

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2408

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

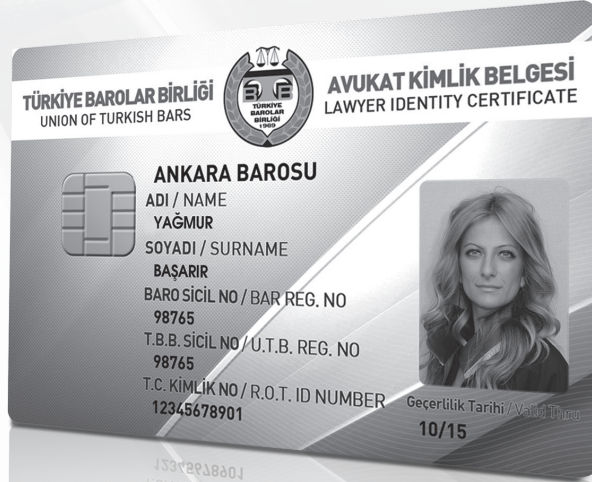




# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

## 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

## Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı / Vice-

President Head of the Publishing Department  
Av. Başar Yaltı

## Genel Yayın Yönetmeni / 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. Özlem Bilgilioğlu

## Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu  
Ali Acar  
Gizem Özkan  
Musa Toprak

## Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Rona Aybay

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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 Özak Sokağı No: 8  
06650 Balgat - ANKARA  
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65  
web:www. barobirlık.org.tr  
e-posta: yayin@barobirlık.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 yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
- Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.**
  - b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti ve anahtar sözcükleri; 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.**
- 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 İtalic** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.  
**Örneğin:** Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**  
**Örneğin:** Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlilik.org.tr** adresine gönderilmelidir.  
7.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.
- Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda bilgi verilmez. Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. 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.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
- Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
- Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde “Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği” çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

# İÇİNDEKİLER / CONTENTS

## 7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

### HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

#### 17 Mahmut ŞEN

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hâkim ve Savcılara İlişkin Disiplin Soruşturmalarının Esasları / Principles on Disciplinary Proceedings of Judges and Prosecutors in the Case-Law of the European Court of Human Rights

#### 67 Tevfik Sönmez KÜÇÜK

Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Siyasi Partiler Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Parti İçi Demokrasi İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi / The Evaluation of the Amendments of the Political Parties Act by the Code Regarding Amendments in Several Codes in Order to Improve Fundamental Rights and Freedoms Under the Principle of Intra-Party Democracy

#### 89 Coşkun ÖZBUDAK

Anayasa Mahkemesi: "Resmi Nikâh Olmaksızın Dini Nikâh Caizdir" / The Constitutional Court: "A Religious Marriage Without Official Marriage is Permissible"

#### 111 Batuhan AKTAŞ

Gümrük İşlemlerine Tabi Tutmadan Ülkeye Eşya Sokma Suçu Üzerine Bir İnceleme / A Study on the Crime of Smuggling the Goods into the Country

#### 157 R. Murat ÖNOK

Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179) / The Crime of Endangerment of Traffic Safety (Turkish Penal Code Art. 179)

#### 203 Gökhan Yaşar DURAN

Askeri Ceza Hukukunda Rüşvet Suçu (Asck M.135) The Offense of Bribery in Military Criminal Law (Military Criminal Code : 135th article)

#### 257 Ezgi EDİBOĞLU

Ekolojik Hukuk Bakış Açısıyla Ekosistem Hakları / Ecosystem Rights In Respect Of Ecological Law

#### 277 A. Savaş DEMİRCAN

Katma Değer Vergisi: Vergi Adaleti, Eşitlik ve Sosyal Devlet / Value Added Tax: Justice on Taxation, Equality and Social State



**291 Mehmet Said COŞKUN**

Davaların Birleştirilmesinde Bağlantı / The Commonality in Terms of Consolidation Of Trials

**317 Emine Gül KAMİLOĞLU LATİFOĞLU**

Kredi Kartlarında Yıllık Ücret Alınmasına İlişkin Hususlar / Legal Issues On Credit Card Annual Fees

**343 M. İhsan SEÇKİN**

Komisyon ve Genel Kurul Tutanaklarına Yansıyan Meclis İradesi Işığında İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kaydının Geçerliliği Sorunu / The Problem of Validity of Amendment Clause in Labor Contract in The Light of Parliament will Reflected on Commission and General Assembly Minutes

**381 Alparslan ŞİMŞEK**

Spor Müsabakalarında Meydana Gelen Bedensel Zararlarda Sporcunun Dikkat Ve Özen Yükümlülüğü / Duty of Care and Attention of Athlete Concerning Bodily Harm at the Sports Competitions

**403 E. İrem AKI**

Yabancı İrk ve Millet İsimleriyle Soyadı Alınması Yasağı ve Anayasa Mahkemesi / The Constitutional Court and The Prohibition of surnames belonging to foreign races and nations

**MAKALELER / ARTICLES**

**421 Atila SAV**

"Avukatlık Mesleğine Yakışacak Tutum Ve Davranışlar Deyimi" Muğlak ve Objektiflikten Uzak Mıdır? (Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Hakkında Görüş)

**435 Talih UYAR**

Tasarrufun İptali Davasına Konu Olan Taşınmazın Satışını İsteme Süresi (İİK. 106, 110, 281/II)

**441 Deniz AKÇAY**

"Cyprus v. Turkey" Kararı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Uyuşmazlık Sınarı

# başkan'dan

## TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANI AVUKAT PROF. DR. METİN FEYZİOĞLU'NUN 2015-2016 ADLİ YILI AÇILIŞ KONUŐMASI

Değerli MeslektaŐlarım,

Değerli Konuklar,

Ülkemizin terörle kasıp kavrulduğu, adalete duyulan güvenin her geçen gün azaldığı ve yurttaŐlarımızın giderek karamsarlığa kapıldığı günlerden geçiyoruz. Bilinsin ki, millet olarak tarih boyunca benzer olaylara karşı pek çok zaman vermek zorunda kaldığımız mücadeleyi, yine kazanacağız. Yeter ki hep birlikte olalım, 77 milyon vatandaŐımızı adalet paydasında kucaklaŐtırmayı başuralım.

Bugün, yargı adına ve toplum için en önemli günlerden biri olan 2015-2016 Adli Yılı açılıŐında tek yürek, tek nefes sesleniyoruz: **“Teröre HAYIR, hukuk devleti ve demokrasiye EVET!”**

Vatan için gerekirse elbette ölüdür. Ancak vatan için yaşamak ve çalışmaktır esas olan. VatandaŐlarımız, uluslararası veya ulusal düzlemde, birileri maddi ve siyasi güç kazansın diye ölmek istemiyor; yaşamak istiyoruz bir ağaç gibi hür ve bir orman gibi kardeşçesine...

Vatan mücadelesinde geçmişte ve bugün, hayatını kaybeden tüm şehitlerimizi burada rahmetle anmayı görev biliyoruz. Ruhları şad olsun. Suruç'taki derin katliamda hayatlarının baharında aramızdan koparılan gençleri, Diyadin'de odunlukta kurŐunlanan fırıncı delikanlıları, insanları iyileştirmek için çırpınırken öldürülen Doktor Abdul-

lah Biroğlu'nu anarken boğazımız düğümleniyor. Yine bu dönemde teröre kurban verdiğimiz yargı şehidimiz, savcımız Mehmet Selim Kiraz'ı, bürosunda vurularak öldürölen Avukat İsmail Akkaya'yı rahmetle anıyor; yargı mensuplarına yönelik şiddeti lanetliyoruz. Hâkim ve savcılardan, avukatlara yönelik şiddet eylemlerinde, bu eylemin bir hâkim ve savcıya yapılması durumunda nasıl tavrı alacaklar ise, aynı tavrı sergilemelerini de bekliyoruz.

### Değerli Konuklar,

Malumunuz olduğu üzere, ölkemizde hukuk, devlet ve toplum düzeninin en büyük sorunu keyfiliktir. Keyfiliğin olduğu yerde hukukun üstünlüğu değil, o an için iktidarı ya da iktidarın belirli parçalarını elinde tutan üstünlerin hukuku geçerli olur. Böyle bir düzende, yani üstünün hukukunun geçerli olduğu bir rejimde, bu üstünler, o an için güçsüz olanların sırtına basarak daha fazla maddi ve siyasi güç elde ederler. Esasen bu, tam bir sömürge düzenidir.

Hukukun üstün olmadığı bir düzende hiçbir vatandaşımızın hukuki güvenliği olamaz. Sadece vatandaşların değil, ölkede iş ve yatırım yapmak isteyen hiç kimsenin güvencede olduğundan söz edilemez. Böyle bir düzende, kamuda da layık olanın layık olduğu göreve getirilmesi şeklinde tanımlayacağımız liyakat sistemi çöker. Bunun yerini o an için iktidarda olanların yakınlarının, layık olmasalar bile istedikleri makama, göreve getirildikleri keyfi bir düzen alır.

Hukuk üstün olmadığında, dış politikada, koskoca öлке, sonu bilinmez maceralara sürüklenir; içeride geçici seçim zaferleri uğruna halk kitleleri birbirine karşı düşmanlaştırılır. Çünkü kendi hukuklarını dayatan üstünlerin, kendilerine sınırsız maddi ve siyasi güç sağlayan bu düzeni devam ettirebilmeleri için sürekli iç ve dış düşman yaratmaları gereklidir. Böylece halk, en temel konularda bile asgari müşterekte anlaşamaz hale getirilir ve birbirine vatan haini gözüyle bakmaya başlar.

Aynı şekilde, hukuki güvenliğin bulunmadığı bir yerde yatırımlarda büyük bir azalma olacağından, toplumun refah seviyesi de kuşkusuz düşecek; iktidara yakın kişilerin servetleriyle, geniş halk kitlelerinin geliri arasında inanılmaz uçurumlar meydana gelecektir.

Kısacası, iktidar çemberindekiler servetlerine servet katarlarken geniş halk kitleleri giderek fakirleşir.

İşin aslı şudur; halkın gücünden korkanlar iktidarlarını sürdürmek için halkı bölüp birbirine düşürmek isterler. Bu oyunu bozmanın yolu akıllı ve kararlı olmaktır; merkeze insanı koymaktır. Bizi bölmek ve birbirimize düşürmek isteyenlere inat adaletin paydasında kucaklaşmaktır.

### **Değerli Konuklar,**

Toplumumuz, keyfilikle mücadelede önemli kazanımlar elde etmiştir. Şöyle ki; demokrasi ve demokrasinin vazgeçilmez temel hak ve hürriyetler ancak toplum tarafından özümsemiş olmaları halinde geniş halk kitlelerinin koruması altına alınır. Halkımız, demokrasi yolculuğunda yaşadığı büyük acılar ve tecrübelerle özgürlüğün ve adaletin; hava, su ve ekmek kadar zorunlu olduğunu, bunları kaybettikçe görmeye başlamış; bu değerleri koruma, kollama ve yeniden kazanma görevini ise herhangi bir yere havale etmek yerine, Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş felsefesine uygun olarak kendi sahiplenir olmuştur. İşte bahsettiğim kazanım paha biçilmez gördüğüm bu sahiplenmedir.

Bu zorlu mücadelede avukatlar, barolar ve Türkiye Barolar Birliği olarak omuz omuza yürüdüğümüz sivil toplum ve meslek örgütleriyle birlikte başarılı bir sınav verdik. Göreve geldiğimizde söz verdiğimiz üzere tüm topluma "kutup yıldızı" olmayı başardığımız için gururluyuz.

### **Değerli Konuklar,**

Biz avukatlar için hukukun üstünlüğünün sağlanması, doğrudan doğruya bir iş, aş ve gelecek sorunu haline gelmiştir. Çünkü keyfiliğin hüküm sürdüğü bir düzende, bir avukatın hukuk bilgisi ve emeğiyle fark yaratması ihtimali fazla yoktur. Keyfi düzenlerde avukatların yerini geçici egemenlerin yakını olduğunu iddia eden iş takipçileri alır. Dolayısıyla, avukatın emeğinin değeri maalesef kalmaz.



### Değerli Konuklar,

Avukatlık mesleğinin ve hukuk devletinin geleceğini açık ve yakın şekilde tehdit etmekte olan en önemli sorun avukat sayısının kontrolsüz artışı ve buna bağlı olarak mesleğin kalitesinde kaçınılmaz olarak yaşanan düşüştür.

Yeterli altyapıdan ve öğretim üyesinden yoksun çok sayıda hukuk fakültesinin varlığı da hukuk eğitiminin kalitesinin sürekli düşmesine neden olmaktadır. Siyasi iktidarın avukatlık sınavının getirilmesine yönelik anlamsız direnci bir türlü aşılammıştır.

Bu konuda, Türkiye Barolar Birliği olarak iki yıldır büyük bir mücadele yürüttüğümüzü bilmenizi isterim. Bu çerçevede, avukatlık stajına girişin ve avukatlık sınavına kabulün merkezi bir değerlendirilmeye tabi tutulmasını öngören bir yönetmelik çıkarttık. Maalesef kanun koyucu, kanun değişikliği yaparak Türkiye Barolar Birliği'nin bu konuda yönetmelikle düzenleme getiremeyeceğini hükme bağladı. Bunun üzerine hukuk fakültelerinin asgari düzeyinin belirlenmesi için bir çalışma komisyonu oluşturduk, fakülte dekanlarını da davet ettik. Bu komisyon, çalışmalarını büyük ölçüde bitirmiştir. Sonuçları önce fakültelerle, daha sonra kamuoyuyla paylaşacağız. Asgari standartların altında olan fakülteleri hem ilan edeceğiz, hem de bu fakültelerin mezunlarını staja kabul etmeyeceğiz.

Sorunlar saymakla bitmiyor...

- Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun siyasi iktidardan tamamen bağımsız şekilde oluşmasının ve karar vermesinin bir türlü sağlanamaması,
- Siyasi iktidar sahiplerinin telkin, tavsiye ve hatta talimat yerine geçebilecek beyanları üzerine medya kuruluşlarına ve sermaye şirketlerine yargı eliyle operasyonlar yapıyor olması,
- Hakim ve savcılarının terfi ve tayinleriyle, yüksek yargıya üye seçiminde siyasi düşünce, mezhep ve hemşehricilik yerine bilimsel ölçütlerin ve liyakat usulünün bir türlü getirilememesi,
- Anaokulu çağından başlayarak, aklın ve bilimin ışığında hükümetler üstü bir politika olarak belirlenmesi gereken eğitimin, ik-

tidar partisine sorgulamadan biat eden nesiller yetiştirmek amacıyla çarpıtılması; buna bağlı olarak laik, akılcı, bilimci, barışçıl, demokratik temellere dayanan Cumhuriyet'e karşı planlı bir karşı devrimin, rotasını hiç bozmadan sürekli ilerlemesi; böylece Türkiye Cumhuriyeti'nin Avrupa Birliği hedefinden saparak bir Ortadoğu devleti haline dönüştürülmesi; bunun için de gerek duyulan toplumsal mühendisliğin eğitim, basın ve yargı yoluyla planlı bir şekilde hayata geçiriliyor olması,

- Avukatlık kimliğinin kanuna rağmen bankalarda resmi belge olarak kabul edilmemesi,
- Yeşil pasaport sorunu,
- Adliyelere girişlerde maruz kaldığımız hakim ve savcıya kıyasla ayrımcı uygulamalar,
- Emeklilikte ek gelir sorunu,
- CMK avukatlarının ücret sorunu,
- Adli yardım fonlarının ihtiyacı karşılamakta son derecede yetersiz kalması,
- Genç avukatların ve stajyer avukatların, ekonomideki duraklamaya, sayının çokluğuna ve yargıya duyulan güvenin azalmasına bağlı olarak yaşadıkları ağır maddi sorunlar,
- Yargılamalarda sıklıkla rastladığımız avukatı yok sayma, kendini avukattan üstün görme yaklaşımı,
- Hâkimlerin usul kurallarını yeterince bilmemeleri sebebiyle kendi usul kurallarını icat etmekte pek çok zaman hiçbir beis görmemeleri,
- Bilirkişilerin dosyanın fiilen karar vericileri konumuna getirilmiş olmaları,
- Bir yandan yüksek mahkemelerin daire sayısının, bu mahkemelerin içtihat mahkemesi olarak artık nitelendirilemeyecek şekilde arttırılması, diğer yandan da yetersiz ve vasıfsız incelemelerle hükümler kurularak adalete olan inancın giderek zayıflamasına neden olunması,

- Cezaevlerinin insani yaşamanın asgari koşullarını bile sağlamaktaki yetersizliği,
- Sayıları her geçen gün artan ve milyonları geçen sığınmacıların yaşadıkları insanlık dramı, öte yandan kamu düzeninin uğradığı ağır zarar ve hukuku, mesleğimizi ve insanlığı ilgilendiren daha yüzlerce sorun, skandal, trajedi...

Bunları çözmek için, BİR olmalıyız, İRİ olmalıyız, DİRİ olmalıyız. Toplumumuza, avukatın hakkının ihlal edildiği bir yerde, aslında vatandaşın hak ve özgürlüklerinin sınırlandırıldığını anlatmalıyız.

Biz avukatlar mesleki sorunlarımıza sahip çıkarken, toplumsal hayatın getirdiği ve yurttaşlarımızı ilgilendiren her sorunun da takipçisi olmaya, insan hak ve özgürlüklerini her ortamda korumaya devam edeceğiz. Aksi, yeminimize ihanet anlamına gelir ki bunu da hiçbir avukat yapmaz.

Bu bağlamda, Türkiye Barolar Birliği'nin, hak-hukuk ihlalleri başta olmak üzere, özellikle hukuk dünyamızın güncel gelişme ve sorunlarına ilişkin görüş, öneri, çağrı ve açıklamaları, "**dikensiz gül bahçesi rüyaları gören**" kimilerine rahatsızlık da verse, sürekli olarak gündemimizin en üst sıralarında yer almaya devam edecektir.

### **Değerli Konuklar,**

Her yönetim düzeninde iktidar vardır. Ancak sadece demokrasilerde etkili muhalefet olabilir.

Her ülkede basın vardır. Ancak sadece demokrasilerde ifade ve basın hürriyeti vardır.

Her hukuk düzeninde suçlayan ve yargılayan vardır. Ancak sadece demokrasilerde etkin ve bağımsız savunma vardır. Böyle bakıldığında, hâkimi ve savcuyu hukuk devletinin hâkimi ve savcısı yapan avukattır.

Bilindiği üzere, doğruları en saygılı ifadelerle bile duymaya tahammül edemeyen muktedirler, 72 yıllık adli yıl açılış töreni geleneğini kanunla mevzuattan kaldırmışlardır. Burada hedef, milleti temsil

eden bağımsız savunmanın susturulması olmuştur. Maalesef bu gelenek, katıksız bir demokrasi bilinciyle sürdürülebilecek ve siyasi iktidara, yargı, “sana boyun eğmiyoruz” mesajı verilebilecek iken, önce Danıştay, sonra Yargıtay, açılış törenlerine Türkiye Barolar Birliği’ni konuşmacı olarak davet etmekten çekinmiştir. Muktedirler karşısında yargı düzenimizin bu iki yüksek mahkemesinin takındığı tutumun yargı tarihimize altın harflerle yazılmayacağı kuşkusuzdur. Dünya tarihi, baskı dönemlerinde, en sıradan insanların devleştiği, sırmalarla süslü yüksek makamların temsilcilerinin ise tarihte silinip gittiği nice örneklerle doludur. Danıştay ve Yargıtay yönetimlerinin siyasi iktidar karşısındaki bu boynu eğik tutumları hepimiz için ve özellikle ülkemizin namuslu, fedakâr, çalışkan binlerce hâkim ve savcısı için büyük bir üzüntü vesilesi olmuştur. Bu önemli günde uzaklardan, diğer ülkelerden gelen değerli meslektaşlarımızın, Türkiye’nin her yerinden baro başkanlarımızın, baro yöneticilerinin, delegelerimizin ve avukatların, hakimlerin ve savcıların bizlerle el ele, gönül gönüle, adli yıl açılışını onurlandırmaları, mesleki dayanışmanın çok ötesinde evrensel değerlere birlikte sahip çıkışın en önemli kanıtıdır. Tüm katılımcılara bir kez daha teşekkür ediyorum.

Hukukun üstünlüğünü savunan, demokratik, laik, sosyal hukuk devletinden yana taraf olup aydınlıkla karanlığın savaşında aydınlıktan yana duruş sergileyen, başta yurt dışından katılım sağlayan konuklarımız olmak üzere, hukuk devletinin yılmaz savunucuları baro başkanlarımıza, toplumun önündeki en önemli dinamikler olan sivil toplum ve meslek örgütlerinin ve sendikaların değerli temsilcilerine, savunmanın temel taşları avukat meslektaşlarıma, hâkim ve savcılarımıza ve tüm katılımcılara şükranlarımızı, sevgilerimizi, saygılarımızı sunuyorum. Elbette bir büyük teşekkürü de hepimizin cefasını çeken adliye emekçileri fazlasıyla hak ediyor.

### **Değerli Konuklar,**

Ülkemizin yargı sisteminin bilişim alt yapısı, devletin bilişim alt yapısına paralel olarak çok büyük gelişim göstermiştir. Telekomünikasyondan ulaşım ağlarına kadar ülkemizde çok önemli hamleler gerçekleştirilmiştir. Ancak, yöneticileri tarihe mal eden kaç kilometre yol, kaç bina diktikleri değil, adalete saygı duyup duymadıklarıdır. Çünkü



adalet, mülkün yani ülkenin temelidir. Adalet sistemi çökerse, o ihtisamlı saraylar ve binalar da başta içinde olanlar olmak üzere hepimizin başına çöker.

Türkiye Cumhuriyeti kurulduğu günden itibaren, "yurtta barış, dünyada barış" ilkesini esas almıştır; laik, demokratik bir düzeni hedeflemiştir. Mustafa Kemal Atatürk'ün, "Cumhuriyeti yaşatmak için fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür nesiller gereklidir" sözü; araştıran, sorgulayan, ön yargılı olmayan, şüphe eden ve bu şekilde ulaştığı doğrular için sonuna kadar mücadele azminde olan bireyleri tanımlamaktadır. Yani, hak ve sorumluluklarla donatılmış vatandaşları.

Şu halde bize düşen görev, Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş felsefesini doğru anlamak ve 21. yüzyılın ihtiyaçlarıyla yoğurarak doğru uygulamaktır. Bunun için evvelki günün, dünün ve bugünün doğru ve yanlışlarından dersler çıkarmak zorundayız. Ancak böyle yaptığımızda parlak bir geleceği birlikte inşa edebiliriz.

Türkiye'nin bir yandan terörle kasıp kavrulduğu, diğer yandan da iktidarın kendinden görmediği her kesime uyguladığı baskılarla bir korku devletine dönüştürülmek istendiği, yargının siyasi ölçme aracı olarak kullanıldığı bugünlerde bizler, baskıya ve korkuya karşı en güçlü panzehirin kol kola girmek ve hep birlikte konuşmak olduğunu biliyoruz. Bu doğrultuda, kuvvetler ayrılığı ilkesini yeniden hayata geçirerek yargının her türlü baskıdan kurtarılması için çabalarımızı sürdürmeye devam edeceğiz.

Bizler, bütün kural ve ilkeleriyle hayata geçirilecek laik, çoğulcu, sosyal devletçi, hukukun üstünlüğüne dayalı bir demokratik rejimin ülkemizde birlik ve beraberlik içinde yaşamanın vazgeçilmez koşulu olduğunu bir kez daha ilan ediyoruz. Hukuk devleti ve demokrasi için yürüttüğümüz bu mücadele, 77 milyon yurttaşımızı aynı paydada buluşturacak yegâne yöntemdir. Bu mücadele, her vatandaşımızın Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmakla hem gurur hem güven duymasını ve geleceği de kol kola birlikte inşa etmesini sağlamak içindir.

### Değerli Konuklar,

“Hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz” hükmü Anayasamızın temel hükümlerinden biridir. Ne var ki, Sayın Cumhurbaşkanı'nın, “İster kabul edilsin, ister edilmesin Türkiye'nin yönetim sistemi değişmiştir. Artık ülkede sembolik değil, fiili gücü olan bir cumhurbaşkanı var. Şimdi yapılması gereken, bu fiili durumun yeni bir anayasayla netleştirilmesidir” şeklindeki ifadesi, Türkiye'nin bir rejim değişikliğine zorlanması ve Anayasa'nın ihlali anlamına gelmektedir. Demek ki toplumsal düzenimizde keyfilik, en baştan en aşağıya kadar yayılmış durumdadır.

Demokrasi, isteyenin istediği zaman binip inebileceği bir tramvay değildir. Demokrasi inancı, istenildiği zaman çıkarılıp atılacak bir gömlek hiç değildir.

Ve aslında son zamanlarda yaşadığımız sorunlardan çıkış formülü de, yasamanın, yürütmenin ve yargının kendi sınırlarına çekilmesi ve sınırlarını bilmesidir.

### Değerli Konuklar,

Elbette bu zor günler geçecek. Akliselim, hâkim olacak. 77 milyon yurttaşımız, insan hakları ve katılımcı-çoğulcu demokrasinin sağladığı eşit vatandaşlık paydasında, zulmün her türlüsünden arınmış güzel ülkemizde bir büyük BİZ olarak yaşayacak...

İşte bu tarihi kucaklaşmayı sağlayacak olan ortak lisan, hukukun üstünlüğü ve demokrasinin evrenselleşmiş ilkeleridir.

Umutluyum, çünkü birlikteyiz. Umutluyuz, çünkü kararlıyız. Hukuk devleti ve demokrasi mücadelesini mutlaka kazanacağız.

Savaşların çocukları vurduğu, sahile vuran minik bir bedenle insanlığın da öldüğü bu dünyada özgürlük eninde sonunda kazanacaktır.

*Kavgayı bir ağacın yaprağına yazmak isterdim,  
sonbahar gelsin yaprak kurusun diye...*

*Öfkeyi bir bulutun üzerine yazmak isterdim,  
yağmur yağsın, Bulut yok olsun diye...*

*Nefreti karların üzerine yazmak isterdim,  
güneş açsın karlar erisin diye...*

*Ve dostluk ile sevgiyi yeni doğmuş bebeklerin yüreğine yazmak isterdim,  
onlarla büyüsün, dünyayı sarsın diye ...*

En içten saygılarımla.

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

# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA HÂKİM VE SAVCILARA İLİŞKİN DİSİPLİN SORUŞTURMALARININ ESASLARI

## PRINCIPLES ON DISCIPLINARY PROCEEDINGS OF JUDGES AND PROSECUTERS IN THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Mahmut ŞEN\*

**Özet:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında hâkimler ve savcılara ilişkin disiplin soruşturmaları, yargı bağımsızlığı ve hukukun üstünlüğü ilkeleri kapsamında ele alınmaktadır. Bu ilkelere göre, disiplin suç ve cezaları yasada açıkça düzenlenmeli ve öngörülebilir olmalı, disiplin sürecinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının gerektirdiği tüm usulî hak ve güvenceler sağlanmalı, öngörülen yaptırım ölçülü olmalı ve verilecek karara karşı başkaca bir bağımsız mercie başvuru imkânı sağlanmalıdır.

**Abstract:** Applications about the disciplinary proceedings of judges and prosecutors are considered by the European Court of Human Rights according to the principle of independence of judiciary and the rule of law. In consideration of these principles, disciplinary proceedings brought against judges require the following: Precision and foreseeability of the grounds for disciplinary liability, fair trial with full hearing of the parties and representation of the judge according to the article 6 of the European Convention on Human Rights, imposition of the sanction subject to the principle of proportionality, right to appeal to a higher judicial authority.

**Anahtar Kelimeler:** Hâkim ve Savcıların Disiplin Sorumluluğu, Yargı Bağımsızlığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Adil Yargılanma Hakkı, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

**Keywords:** Disciplinary Liability of Judges and Prosecutors, Judicial Independence, The European Court of Human Rights, Right to a Fair Trial, High Council of Judges and Prosecutors.

\* Hâkim, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Üyesi



## GİRİŞ

Demokratik bir toplum düzeninde, kuvvetler ayrımı ilkesinin bir gereği olarak yargı organı, yasama ve yürütme erklerini hukuk kuralları ile sınırlama<sup>1</sup> ve devlet-birey ilişkilerinde temel hakları etkili bir şekilde koruma fonksiyonlarını üstlenmiştir.<sup>2</sup> Yargı organının üstlenmiş olduğu bu görevler, bağımsız mahkemelerce yerine getirilmektedir. Yasama ve yürütme organları üzerindeki hukuki denetim fonksiyonunun etkili bir şekilde yerine getirilebilmesi için yargı, kurumsal olarak bu iki erkten bağımsız olmalıdır.<sup>3</sup> Buna ek olarak, her türlü uyuşmazlık hakkında hiçbir şeyden endişe duymadan, vicdani kanaatine göre karar vermesi beklenen hâkimlerin de, bireysel olarak bağımsızlığı güvence altına alınmalıdır. İnsan haklarına ilişkin bütün evrensel belgelerde, yargı organının bağımsızlığının garanti altına alınması, sözleşmecî devletlerin uyması gereken pozitif yükümlülüklerdendir.<sup>4</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) göre, hâkimlerle ilgili güvenceler, hem yasal metinlerde bulunmalı, hem de fiili olarak uygulanmalıdır.<sup>5</sup>

Öte yandan, Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri'ne göre yargı organı, önündeki uyuşmazlık hakkında, taraflardan herhangi birisinin doğrudan veya dolaylı kısıtlama, etki, teşvik, baskı, tehdit ve müdahalesine maruz kalmaksızın, maddi olaylara ve hukuka dayanarak tarafsız bir biçimde karar vermelidir.<sup>6</sup> Bu ilkeye göre yargılama süreçleri, yasama ve yürütme organı başta olmak üzere her türlü kurum, kişi ya da müesseseden gelecek dış etkidен bağımsız yürütülmelidir.<sup>7</sup> Yargı organının kurumsal ve hâkimin kişisel olarak

<sup>1</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara.2014, s. 95*

<sup>2</sup> Thomas B. Ginsburg, *Growing Constitutions: Judicial Review in New Democracies*, University of California, 1999, 34

<sup>3</sup> Mustafa Kutlu, 'Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri, Gelişimi, Hukuk Devletin Kökenleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 157,158.

<sup>4</sup> AİHM, Hokkanen - Finlandiya, 24 Ağustos 1994, Lopez-Ostra - İspanya, 9 Ekim 1994.,<http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 02.05.2015

<sup>5</sup> AİHM, Kudeshkina- Rusya, Başvuru no: 29492/05, 26 Şubat 2009, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 04.05.2015

<sup>6</sup> 1985 Tarihli BM Yargı Bağımsızlığı Temel Prensipleri, Madde 2, Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkelerinin 16. Maddesi.,<http://www.barobirlik.org.tr>, erişim tarihi: 05.06.2015

<sup>7</sup> Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayse, Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku dalı ola-*

bağımsızlığının teminat altına alınması, hak ve özgürlüklerin hiçbir etkiye maruz kalmadan, tamamen hukuki sınırlar içinde gerçekleşen adil bir yargılama sonucu, tarafsız bir biçimde tespit edilmesi için bir önkoşuldur. Bu nedenle bağımsızlık, hâkimlere tanınmış bir ayrıcalık değil, hukukun tarafsız bir biçimde uygulanmasının ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasının bir garantisidir.<sup>8</sup>

Bununla birlikte hâkimin bağımsızlığı, hiçbir kural ve otoriteye tabi olmadığı anlamına gelmemektedir. Yargı mensuplarını, mesleki ve özel hayatlarında yasalara ve etik ilkelere uymaya, kararlarını sadece vicdani kanaatlerine, evrensel hukuka ve yasal düzenlemelere göre vermeye yönlendirecek denetim mekanizmalarının bulunması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir.<sup>9</sup> Bununla birlikte, yargı mensupları hakkındaki denetim ve disiplin işlemlerine ilişkin usul ve kurallar, yargı bağımsızlığı ilkesine uygun düzenlenmelidir.<sup>10</sup>

Öte yandan, AIHS ve AIHM içtihatları çevresinde oluşan hukuk düzeninde, kamu otoritesinin üstünlüğünü pekiştiren ayrıcalıklı hukuk anlayışı yerine, bireysel hakların önem kazandığı bir kamu düzeni öngörülmüştür. Bu düzende hukuk sistemi, kamu otoritesinin baskın taraf egemenliği yerine, birey-devlet ilişkisinde denge anlayışını öne çıkarmıştır.<sup>11</sup> Bu kapsamda, bireysel haklara keyfi olarak müdahalede bulunulmasını önlemek amacıyla, devlet negatif ve pozitif bazı yükümlülükler üstlenmiştir. Yargı mensupları hakkındaki disiplin soruşturmalarına ilişkin süreçler de, bu anlayış çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu nedenle, soruşturma işlemlerinde, hakkında soruşturma yürütülen kişiye devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında sağlanması gereken bazı hak ve güvenceler bulunmaktadır. Bu hak ve güvenceler AIHS'nin 6. maddesinde düzenlenmiştir.

rak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, 2010, İstanbul, s.348

<sup>8</sup> Sibel Inceoğlu, Yeni Anayasa'da Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı? Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (95), 2011, s. 236

<sup>9</sup> N. Sankar Samkhav, Disciplining the Professional Judge, *California Law Review*, no. 88, 1237

<sup>10</sup> Hâkimlerin disiplin sorumluluğunun sınırlarına ilişkin daha geniş bilgi için: Mahmut Şen, Yargının Bağımsızlığı ve Hesap Verebilirliği İlişkisi, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı. 102, Şubat 2015.

<sup>11</sup> Güney Dinç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği, *TBB Dergisi*, Sayı 57, 2005, s.283.

AİHM içtihatlarında hâkimler hakkında yürütülen disiplin soruşturmalarının Sözleşme'nin 6. maddesi'nde düzenlenen adil yargılanma hakkı ilkesine uygun olması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>12</sup> Adil yargılanma hakkı, yargılamaya ilişkin usul ilkelerini belirleyerek, nesnel yürütülecek bir yargılama sonucunda, adil bir karara varmayı güvence altına alan bir ilkedir. Bu özelliği nedeniyle, hukukun üstünlüğü ilkesinin ayrılmaz bir parçasıdır. Bu ilke açısından, yargılama sonucunda ulaşılan sonuçtan ziyade, yargılama sürecinde taraflara sağlanması gereken hukuki hak ve güvenceler önem taşımaktadır.<sup>13</sup> Bu nedenle AİHM açısından, yapılacak disiplin soruşturmalarında yargı mensubu hakkında ne tür bir karar verildiğinden çok, adil yargılanma hakkının gerektirdiği savunma hakkı, masumiyet karanesi, silahların eşitliği, hukuki dinlenilme hakkı, iç hukukta etkili başvuru yolu sağlanması gibi usuli ilke ve kurallara riayet edilip edilmediği önem taşımaktadır. Adil yargılanma hakkı gereğince bir ithamla karşılaşan herkes, tarafsız ve bağımsız bir mercii tarafından davasının görülmesini isteme hakkına sahip olduğundan, kararı verecek mercii bağımsızlık açısından yeterli güvenceye sahip olması da AİHM tarafından denetime tabi tutulmaktadır.

Bu çalışmada, evrensel normlar ışığında iç hukukta hâkim ve savcılar hakkındaki disiplin soruşturmalarına ilişkin usul ve esaslar ele alınmıştır. Birinci bölümde, AİHM içtihatlarına göre yargı mensupları hakkında yapılan disiplin soruşturmalarında uyulması gereken usul kuralları ile verilecek cezaların kapsam ve niteliği üzerinde durulmuş, ikinci bölümde ise Türk Hukuk Sisteminde hâkim ve savcılara ilişkin disiplin hükümleri ile yapılan eleştiriler değerlendirilmiştir.

## 1. BÖLÜM

### AİHM İÇTİHATLARINA GÖRE, HÂKİM VE SAVCILARLA İLGİLİ DİSİPLİN SORUŞTURMALARINDA UYULMASI GEREKEN KURALLAR

AİHM pratiğinde adil yargılanma hakkı, ilk derece ve istinaf mahkemeleri ile temyiz makamlarının yanında, idari ve disiplin ku-

<sup>12</sup> AİHM, Özpinar- Türkiye, Başvuru no: 20999/04, 19 Ekim 2010.

<sup>13</sup> Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Beta, İstanbul, 2013, s. 209

rullarını da kapsamaktadır.<sup>14</sup> Dolayısıyla, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) gibi idari nitelikteki kurullar da yaptıkları iş ve işlemlerde adil yargılanma hakkını gözetmek zorundadır. Mahkeme, kararlarında açıkça hâkimler hakkındaki disiplin süreçlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ilkesine uygun olması gerektiğini belirtmektedir.<sup>15</sup>

AİHS'nin "adil yargılanma hakkı" başlıklı 6. maddesi'nde "herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek 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 isteme hakkına sahiptir... Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir: Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak... iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek..." düzenlemesi yer almaktadır.

Mahkemeye göre, adil yargılanma hakkı, demokratik bir toplum düzeninin en önemli gerekliliklerinden birisidir.<sup>16</sup> Bu nedenle, Mahkeme tarafından AİHS'nin 6. maddesinin öngördüğü usuli hak ve güvenceler olabildiğince geniş yorumlanmaktadır. Madde metninde sayılan haklar, suç isnadı ile karşılaşan bir kişinin sahip olması gereken asgari nitelikteki haklardır. Mahkemenin yorumuna göre, silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, gerekçeli karar, susma ve kendisini suçlamama hakkı, duruşmada hazır bulunma ve sözlü savunma, masumiyet karinesinden yararlanma gibi haklar da, AİHM tarafından adil yargılanma hakkının bir parçası sayılmakta-

<sup>14</sup> Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s. 209

<sup>15</sup> AİHM, Volkov- Ukrayna, Başvuru no: 21722/11, 09/01 /2013, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 01.05.2015

<sup>16</sup> AİHM, İhsan Ay -Türkiye, Başvuru no: 34288/04, 24/1/2014, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 22.05.2015

dır.<sup>17</sup> Mahkemeye göre, adil yargılanma hakkına uyulup uyulmadığı belirlenirken, yargı sisteminin organizasyonu, kararı veren mahkeme ya da kurulun oluşumu, karar verme süreçlerindeki iş ve işlemler ile bu süreçlerde ilgililere sağlanan hak ve güvenceler birlikte değerlendirilmektedir.<sup>18</sup> Adil yargılanmanın gerektirdiği usul şartlarının sağlanması konusunda gerekli tedbirlerin alınması, devletin pozitif yükümlülüğü kapsamındadır.<sup>19</sup>

Dolayısıyla, hakkında bir disiplin yaptırımı uygulanan yargı mensuplarınca yapılan başvurularda AİHM tarafından; kararı veren merciin yeterince bağımsız ve tarafsız olup olmadığı, soruşturma sırasında masumiyet karinesine riayet edilip edilmediği, yargı mensubunun; hakkındaki itham ve iddialar konusunda tam ve zamanında haberdar edilip edilmediği, savunmasını hazırlamak için yeterli süre ve imkânâ sahip olup olmadığı, çelişmeli bir yargılamanın gerektirdiği; tanık dinletme, iddia makamının tanıklarını sorguya çekme, bilirkişi incelemesi talep etme gibi hakların tanınıp tanınmadığı, uygulanan yaptırımın kanun ile öngörülüp öngörülmediği, hukuki güvenlik, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine uyulup uyulmadığı, fiil ile cezanın orantılı olup olmadığı, uygulanan yaptırıma karşı etkili bir iç hukuk yolunun sağlanıp sağlanmadığı gibi kriterler dikkate alınarak denetim yapılmaktadır.<sup>20</sup> Belirtilen kriterlerden birisine uyulmaması, AİHM tarafından ihlal kararı verilmesi için yeterli görülmektedir. Makedonya'ya karşı Mitrinovski kararında başvuran tarafından; karar sürecinde lehine ifade verecek tanıkları dinlemediği, sözlü savunma yapamadığı, kurul kararında yeterli gerekçe bulunmadığı yönünde ileri sürülen iddiaların hepsi Sözleşme'nin 6. maddesine göre kabul edilebilir nitelikte bulunmasına karşın, kararı veren kurulun

<sup>17</sup> Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, , s. 210, ayrıca, Müslüm Akıncı, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.134.

<sup>18</sup> AİHM, Volkov- Ukrayna, Başvuru no: 21722/11, 09/01 /2013, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 01.05.2015

<sup>19</sup> Ender Ethem Atay, İfade Hürriyetine İlişkin Temel Saptamalar, THED, sayı 57, Ağustos 2000.,5

<sup>20</sup> AİHM, Özpınar- Türkiye, Harabin-Slovakya, Baka- Macaristan, Oliciç - Hırvatistan, Juriciç- Hırvatistan, Mitrinovski- Makedonya kararları dikkate alındığında AİHM'nin olayın niteliğine göre, bu kriterlerden birkaçını uyguladığı görülmektedir.

hem objektif, hem sübjektif tarafsızlık ilkelerine aykırı davrandığından bahisle ihlal kararı verildiği belirtilerek, diğer iddiaların tekrar incelenmesine gerek bulunmadığı belirtilmiştir.<sup>21</sup> Başka bir deyişle, AIHM tarafından ihlal sonucuna ulaşmak için tek bir kriterin ihmal edilmesi yeterli görülmüştür.

Öte yandan, Anayasa'nın 90. maddesi'nde "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. 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." hükmü yer almıştır.<sup>22</sup>

Anayasanın bu hükmü yasalar ile temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında bir hiyerarşi ihdas etmiştir. Bu değişiklikte, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar, Türk normlar hiyerarşisinde yasalardan daha üstün bir konuma yükseltilmiş ve iç hukukumuzun doğrudan bir parçası hâline gelmiştir.<sup>23</sup>

Bu hükmeye istinaden, insan haklarına ilişkin evrensel normlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile iç hukuktaki kanun ve idari düzenlemelerin çatıştığı noktada, evrensel normların esas alınması, Anayasa'nın 90. maddesi gereği bir zorunluluktur. Başka bir deyişle, normlar hiyerarşisinde kanun ve daha alt düzeydeki bir iç hukuk normu gerekçe gösterilmek suretiyle usulüne uygun yürürlüğe girmiş olan AIHS'nin adil yargılanma hakkı dahil herhangi bir hükmünün ihmali mümkün değildir. Bu Sözleşme ve AIHM içtihatları, Türk yargı sistemi için bağlayıcı niteliktedir.

Bu değerlendirmeler ışığında, hâkim ve savcılar hakkında yürütülen disiplin süreçlerinde AIHM tarafından dikkate alınan temel kriterler şunlardır:

<sup>21</sup> AIHM, Mitrinovski- Makedonya, Başvuru no: 6899/12, 30/04/2015.,<http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 30.05.2015

<sup>22</sup> 2709 sayılı T.C. Anayasası'nın 90. maddesi, [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr), erişim tarihi: 11.05.2015

<sup>23</sup> Yaşar Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XIII, Y. 2009, Sa. 1-2, s. 263

### 1.1 Disiplin Kararları Verecek Merciiin Bağımsız Olması

Yukarıda belirtildiği üzere, AİHS'nin 6. maddesi bir suç isnadı ile karşılaşan herkesin tarafsız ve bağımsız bir mahkemeye başvuru hakkını güvence altına almaktadır. Madde metninde geçen mahkeme kavramı, özerk bir kavramdır. İç hukuk sisteminde, mahkeme olmayan disiplin kurulları ve idari kurullar, AİHM pratiğinde mahkeme olarak değerlendirilmektedir. Mahkemeye göre, yetkilerinin kanunla belirlenmesi, karar vermek için belirli usul kurallarına tabi olması, gerektiğinde devletin zor kullanma yetkisine dayanarak aldığı kararları uygulatabilmesi, bir kurulun mahkeme olarak nitelendirilmesi için yeterlidir. Dolayısıyla, karar konusu olayı hem maddi, hem de hukuki olarak inceleyip bağlayıcı nitelikte kararlar alan organlar, AİHM tarafından mahkeme olarak addedilirken, tavsiye niteliğinde kararlar veren danışma organları mahkeme olarak değerlendirilmemektedir.<sup>24</sup> Bu değerlendirmelere göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, AİHM tarafından mahkeme olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle HSYK, kurumsal olarak tarafsız ve bağımsız olmalı ve kamuoyu tarafından verdiği kararlar sonrasında bu şekilde algılanmalıdır.

Genel olarak yargının bağımsızlığından söz edebilmek için, karar verme süreçlerinin; davanın taraflarından, yasama ve yürütme organından, yargı içi müdahale ve etkilerden, basın ve ekonomik çıkar gruplarından bağımsız olmasının yanında, kararı verecek kurul ya da kişinin yeterli güvencelere de sahip olması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>25</sup> Bu nedenle, hâkim ve savcılar ile ilgili yapılmış olan başvurular da, yargısal nitelikteki kararlar sonrasında görevden alınma, azledilme, cezalandırılma gibi bir hukuki tasarrufta bulunulma ihtimali var ise, AİHM tarafından yargının bağımsız olmadığına karar verilmektedir.<sup>26</sup>

AİHM, Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında iç hukukta yürütülen yargısal süreçlerin adil olup olmadığının denetimini yaparken,

<sup>24</sup> Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s.225

<sup>25</sup> Cengiz Sarı, Yargı Etiği ve Türkiye'de Yargının Etik Yapılanması, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s.54, 55.

<sup>26</sup> AİHM, Mitrinovski- Makedonya, başvuru no: 6899/12, 30 Nisan 2015, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 30.05.2015



öncelikle mahkeme ya da hâkimin yeterince bağımsız olup olmadığını tespit etmektedir. Bu konuda AİHM, genel olarak yargı sisteminin, özelden ise uyuşmazlığı karara bağlayan mahkeme ya da kurulun bağımsızlığından söz edebilmek için, bazı objektif ve subjektif kriterler aramaktadır. Mahkeme, yargının objektif bağımsızlığına, ülkenin yargıya ilişkin kurumsal ve anayasal düzenlemelerini değerlendirerek karar vermektedir. Kurumsal bağımsızlık açısından bakıldığında, AİHM'ne göre yargı sisteminin organizasyonu ve yönetiminden sorumlu olan yargı kurulu da, yasama ve yürütme erklerinden bağımsız olmalıdır. Yargı kurulunun yapısı, mali olanakları, yetki ve görevleri, üye kompozisyonu, üyelerin seçim yöntemi ve sahip oldukları güvenceler, bağımsızlık ilkesine uygun belirlenmelidir.<sup>27</sup>

AİHM'ne göre, hâkimlere ilişkin disiplin kararı, ya bağımsız bir mahkemece ya da üyelerinin anlamlı bir çoğunluğu meslektaşları tarafından seçilmiş hâkimlerden oluşan kurullarca yerine getirilmeli, yürütme organının bu süreçte etkisi olmamalıdır.<sup>28</sup> Esasen, hâkim ve savcılarının özlük hakları ile ilgili konularda karar verme ve yargının verimli ve etkin bir şekilde işlemlerini sağlama fonksiyonlarının yanında, Yargı kurulunun asıl işlevi, yargı bağımsızlığının teminat altına alınmasıdır. Gerçekten, yargı kurullarının ilk ortaya çıkmaya başladığı zamanlarda yapılan tartışmalar dikkate alındığında temel amaç, yargı mensuplarının özlük işlerinin, yürütmeden bağımsız bir organ tarafından karara bağlanması yoluyla demokrasi ve hukuk devleti anlayışının geliştirilmesidir.<sup>29</sup>

AİHM tarafından, disiplin süreçlerini yürütecek olan kurulun yapısına ilişkin yapılmış olan tespit, evrensel hukukun temel belgelerine dayanmaktadır. Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi'nin 1 no'lu tavsiye kararına göre, hâkimlerin disiplin işlerini yürütecek olan oto-

<sup>27</sup> Nuno Garoupa, Tom Ginsburg, "Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence" Public Law & Legal Theory Working Papers No. 250, 2008, s. 29, <http://chicagounbound.uchicago.edu/mwg-internal>, erişim tarihi 07.01.2014, Dimitry Kochenov, EU Enlargement and the Failure of Conditionality. Pre-accession Conditionality in the fields of democracy and the rule of law, Kluwer Law International, 2008, s. 249

<sup>28</sup> AİHM, Mitrinovski- Makedonya, başvuru no: 6899/12, 30 Nisan 2015, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 30.05.2015

<sup>29</sup> Burak Çelik, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme, XII Levha Yayınları, No: 263, İstanbul, 2012, s. 9.



rite, yasama ve yürütme organından bağımsız olmalıdır. Yargı kurullarının oluşturulmasının amacı, yargının kendi kendini yönetecek bir yapıya kavuşturulması yoluyla mahkemelerin ve bireysel olarak hâkimlerin bağımsızca karar verebilmesini, dolayısıyla hukukun üstünlüğünü sağlamaktır.<sup>30</sup> Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyinin 10 numaralı tavsiye kararında da ifa ettiği görevler ve üye yapısı ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, kuvvetler ayrılığının bir gereği olarak yargı kurullarının, hâkimlerin bağımsızlığını garanti edecek bir tarzda yapılandırılması gerektiği belirtilmiştir.<sup>31</sup> Hâkimlerin Statüsü Hakkında Avrupa Şartı'nda ise hâkimlerin seçimi, mesleğe alınması, atanması, meslekte ilerlemesi ve görevine son verilmesine ilişkin her türlü karar, meslektaşları tarafından doğrudan seçilen hâkimlerin en azından yarı yarıya temsil edildiği, yürütme ve yasama güçlerinden bağımsız kurullarca yerine getirilmelidir.<sup>32</sup>

Yukarıda ifade edildiği üzere, bu görüş AIHM tarafından da benimsenmiştir. Buna göre, hâkimler ile ilgili disiplin kararlarının verildiği kurullarda, üyelerin anlamlı bir çoğunluğu, meslektaşları tarafından doğrudan seçilmiş hâkimlerden oluşmalıdır. Ukrayna aleyhine yapılan bir başvuru üzerine Mahkemece, disiplin cezası kararını veren kurulun üyelerinin çoğunluğunun yasama ve yürütme organı tarafından seçilmesi nedeniyle, üye kompozisyonunun yargı bağımsızlığına uygun olmadığına karar verilmiştir. Mahkeme gerekçesinde, hâkim hakkındaki disiplin sürecinin kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince, devlet yetkisi kullanan diğer organlardan bağımsız yürütülmesi gerektiğini ancak üyelerinin çoğunluğu yasama ve yürütme tarafından oluşturulan bir kurulun bu şartları sağlayamayacağını belirtmiştir.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Opinion no 1 (2001) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) for the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges, paragraph 37, 38 <https://wcd.coe.int>, erişim tarihi: 30.05.2015

<sup>31</sup> Opinion no.10(2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society, <https://wcd.coe.int>, erişim tarihi :30.05.2015

<sup>32</sup> John C. Reitz, Export Of The Rule Of Law, Transnational Law & Contemporary Problems, 2003, s. 429

<sup>33</sup> AIHM, Volkov- Ukrayna, Başvuru no: 21722/11, 09/01 /2013, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 02.05.2015

AIHM'nin Mitrinovski kararında yer verdiği gerekçelere göre, disiplin kararını verecek mercii, her türlü siyasi etkiden bağımsız olmalı, devlet başkanı, adalet bakanı ya da siyasi idarenin herhangi bir temsilcisi disiplin kararı veren heyette yer almamalıdır. Aksine bir kompozisyon, yargı bağımsızlığına aykırıdır. Hâkimlere ilişkin disiplin süreçleri, yargı bağımsızlığı ilkesine uygun yürütülmelidir.<sup>34</sup> Bu kararda, siyasi irade ve yürütme organı ile Yargı Kurullarının ilişkisine ilişkin de, önemli tespitler yapılmıştır. AIHM'ne göre, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin bazılarında son zamanlarda hâkimlerin vermiş oldukları yargısal kararlar nedeniyle sorumluluklarının sınırlarını genişletme eğilimi göze çarpmaktadır. Bu eğilime karşı hâkimler korunmalıdır. Yüksek Yargı Kurullarının bir görevi de, hâkimlerin diğer meslek grupları ile hukuki sorumluluğunun sınırlarının ve şartlarının aynı olmadığına gösterilmesidir. Zira hâkimler, üstlenmiş oldukları kamusal yükümlülük gereği, önlerine gelen her davaya bakmak zorundadırlar. Bu noktada, eğer bir hâkim vermiş olduğu karar nedeniyle ceza ve disiplin açısından sorumlu tutulacak olursa, ne yargı bağımsızlığının korunması, ne de güçler dengesinin sürdürülmesi mümkündür. Bu nedenle yargı kurulu, hâkimlerin karar verme özgürlüğünü sınırlayacak her türlü siyasi projeyi reddetmelidir.<sup>35</sup>

AIHM, Harabin- Slovakya kararında da, Avrupa Hâkimler Birliği'nin tavsiye niteliğinde bir kararına atıf yapmış<sup>36</sup> ve yargının hesap verebilir olmasının, devlet gücü kullanan diğer erklerin, yargı organı üzerinde baskı ve etki aracına dönüşmemesi gerektiği uyarısında bulunmuştur. Buna göre, disiplin soruşturması açılması, yargı mensuplarının kararlarını hedef alan bir tehdide dönüşmemelidir. Hem disiplin yaptırımına karar veren mercii, hem de soruşturmayı başlatan

<sup>34</sup> AIHM, Mitrinovski- Makedonya, başvuru no: 6899/12, 30 Nisan 2015, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 30.05.2015

<sup>35</sup> AIHM, Mitrinovski- Makedonya, başvuru no: 6899/12, 30 Nisan 2015, ayrıca Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi'nin "Manga Carta of Judges" başlıklı tavsiye kararında da, disiplin kararını verecek olan kurulda yasama ve yürütme erkinin etkisinin olmaması gerektiği ifade edilmektedir. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1707925>, erişim tarihi: 05.06.2015

<sup>36</sup> Avrupa Hâkimler Birliği'nin İstanbul'da yaptığı toplantı sonrasında kabul edilmiş olduğu 4 Şubat 2011 tarihli tavsiye kararı, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114666#{"itemid":\["001-114666"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114666#{), erişim tarihi: 05.06.2015

merci ya da kişi, yürütmeden bağımsız olmalıdır. Soruşturma izninin hükümet üyelerinden birisine verilmesi, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır. Bu tür bir düzenleme, yargıya olan güveni sarsacağı gibi, yürütme organının yargısal süreçlere müdahalede bulunduğu yönünde şüphelerin doğmasına da neden olacaktır.<sup>37</sup>

## 1.2. Disiplin Kararları Verecek Merciiin Tarafsız Olması

AİHM'ne göre, yargı kurulunun bağımsız olması yeterli olmayıp, aynı zamanda üyelerinin hakkında karar verilecek konuda, tarafsız olması ve tarafsız olarak algılanması da gereklidir. Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında tarafsızlık, uyumsuzluk sonucunda verilecek kararı etkileyecek bir önyargı, taraflılık ve menfaatin olmaması anlamına gelmektedir. Taraflılık hali, hâkimin objektif davranmasını imkânsız hale getiren ve hükmü perdeleyen veya etkileyen bir davranış veya bakış açısı, zihinsel durum veya koşuldur. Taraflılık, duygu ve düşüncelerin beden dili ile dışa vurumu şeklinde olabileceği gibi, belirli söz ve söylemlerle de yansıtılabilir.<sup>38</sup>

Volkov- Ukrayna kararında belirtildiği üzere; tarafsızlık, kural olarak peşin hüküm ve önyargı yokluğuna işaret eder. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre tarafsızlığın varlığı, belli bir yargıcın kişisel kanaatleri ve davranışlarına göre belirlenen subjektif test ve mahkemenin oluşumu ve sahip olduğu güvenceler dikkate alınarak belirlenen objektif test dikkate alınarak saptanmaktadır. Mahkeme, tarafsızlık açısından kamuoyundaki algıyı da dikkate almaktadır. Buna göre, tarafsız olarak algılanmak, en az tarafsız olmak kadar önemlidir. Zira, adaletin sadece yerine gelmesi yetmez, yerine geldiğinin de görülmesi gerekir. Risk altında olan, demokratik bir toplumda mahkemelerin halkta uyandırması gereken güvendir.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> AİHM, Harabin-Slovakya, Başvuru no: 58688/11, 20/ 11/2012, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 30.05.2015

<sup>38</sup> Steven R.Salbu, Law and Conformity, Ethics and Conflict: The Trouble with Law-Based Conceptions of Ethics, Indiana LawJournal: Vol. 68: Iss. 1, Article 3, s. 56

<sup>39</sup> AİHM, Volkov- Ukrayna, Başvuru no: 21722/11, 09/01 /2013.<http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 02.05.2015

AİHM, karar verecek merciin bağımsız ve tarafsız bir görüntü sergileyip sergilemediğini tespit ederken, tarafların sürecin tarafsız yürütülmediği yönündeki makul şüphelerini dikkate almaktadır. Buna göre, kurulun üye kompozisyonunun, tarafsızlığı teminat altına alacak nitelikte olmaması, üyelerden herhangi birisi ile hakkında karar verilecek kişi arasında husumet bulunması, karar verilecek olay ile karar verme sürecine katılan kişilerden herhangi birisinin ilgisi-nin olması (lehe veya aleyhe) gibi durumlarda, sürecin tarafsız olarak yürütülmediğine ilişkin makul şüphenin varlığı kabul edilmektedir.<sup>40</sup> Ayrıca, karar verme sürecinin farklı aşamalarında, aynı kişinin farklı fonksiyonlara sahip olarak farklı roller üstlenmesi, soruşturma başlatan kişinin daha sonra disiplin kararına katılması veya nihai kararın aynı kişinin onayına sunulması gibi durumları tarafsızlık açısından kabul edilebilir bulunmamaktadır.<sup>41</sup>

AİHM, bir hâkimin aksi somut delillerle kanıtlanana kadar, kişisel olarak tarafsız olduğunu varsaymaktadır. Mahkemeye göre, subjektif tarafsızlığın bulunmadığı, hâkimin kişisel nedenlerle taraflardan birisine karşı önyargılı olduğu veya bilerek ve isteyerek diğerinin lehine hareket ettiği yönündeki iddialar, hukuken kabul edilebilir yol ve yöntemlerle delillendirilmelidir. Bu kapsamda, iddiayı ortaya atan taraf, hâkimin yargılama süreçlerindeki tutum ve davranışları, taraflara karşı sarf ettiği söz ve beyanlar, özel hayatındaki sosyal ve ekonomik ilişkileri, sanal ortamdaki faaliyetleri hakkında taraflı davranıldığı iddiasının kanıtlarını aramakta ve mahkemeye sunmaktadır. Mahkeme, belirtilen konularda sunulan bilgi ve belgeler üzerinden, hâkimin tarafsızlığının şüpheli hale gelip gelmediğini tartışmaktadır.<sup>42</sup>

Olujiç- Hırvatistan kararında başvuran, Hırvatistan Yüksek Mahkeme başkanı ve Yargı Konseyi üyesi iken hakkında yapılan soruşturma sonucu meslekten çıkarılmıştır. Başvuran tarafından, hakkında

<sup>40</sup> AİHM, Sacilor-Lormines - Fransa, Başvuru no: 65411/01, 09/11/2006, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 12.02.2015

<sup>41</sup> AİHM, Dakaras / Litvanya, Başvuru no: 42095/98, 10/10/2000, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 19.05.2015

<sup>42</sup> Mahmut Şen, Hâkimin Tarafsızlığının Sosyal Medya Ortamında Korunması Sorunu, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, Y. 2014, Sa. 3-4, s. 647.

karar veren kurul üyelerinden ikisinin, kendisinin suçluluğu hakkında basına yansıyan ifadeleri olduğu, bu ifadeler dikkate alındığında dosya ile ilgili nihai karar verilmeden önce, şahsı ile ilgili önyargıların bulunduğu, bu nedenle tarafsızlıklarını kaybettikleri ileri sürülmüştür. Mahkeme, öncelikle tarafsızlıkla ilgili genel ilkeyi açıklamıştır. Buna göre, aksine bir veri elde edilene kadar her hâkim, tarafsız addedilmektedir. Bu noktada, yargısal makamlar, tarafsız olduklarına ilişkin algı ve kamuoyu güvenine zarar vermemek için gereken ihtiyat ve özeni göstermelidir. Bu ihtiyat ve özen yükümlülüğü gereğince, basın tarafından provoke edildikleri durumda bile, yargısal süreçte açıklama yapmaktan mümkün olduğunca kaçınılmalıdır. Karar verme süreçlerine katılacak kişilerin, haklarında karar verecekleri kişilerin suçluluğu konusunda karar öncesinde bir kanaate sahip olduklarını belli eden açıklamalar, taraflılık algısına neden olacaktır. Somut olayda, kurul üyelerinden bazıları tarafından henüz karar kesinleşmeden, başvuranın isnat edilen fiilleri işlediği yönünde basına açıklamada bulunması, tarafsızlık ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir.<sup>43</sup>

Tarafsızlık açısından Mitrinovski-Makedonya kararı'nda da benzer değerlendirmeler yapılmış ve Kurul'un toplantıya katılan 15 üyesinden birisinin tarafsızlık ilkesine aykırı davrandığından bahisle ihlal kararı verilmiştir. Karara göre, Makedonya'da Yargı Kurulu 15 üyeden oluşmaktadır. Adalet Bakanı ve Yargıtay Başkanı doğal üye olup, 8 üye meslektaşları tarafından, 5 üye ise parlamento tarafından seçilmiştir. İlgili yargı mensubu hakkında ihbar, 15 üyeden birisi olan, doğal üye Yargıtay başkanı tarafından yapılmıştır. Yapılan soruşturma sonucu, görevi kötüye kullandığı gerekçesiyle başvuran, meslekten çıkarılmıştır. Bu kararın alındığı oturuma, ihbarı yapan doğal üye olan Yargıtay başkanı da katılmıştır. AİHM'ne göre, disiplin sürecinde aynı kişinin birden fazla fonksiyon icra etmesi, adil yargılanma hakkı açısından uygun değildir. Somut olayda, ihbar yapılırken olaya ilişkin deliller ve suçluluğa ilişkin hukuki görüşler eklenmiştir. Yargısal süreçte bir savcının üstlenmiş olduğu rol, Yargıtay başkanı olan kurul üyesi tarafından üstlenilmiştir. Bu üyenin savcı fonksiyonu ile ihbar ve iddiada bulunduktan sonra, ilgili hakkında disiplin cezasının verildiği karar

<sup>43</sup> AİHM, Oliciç-Hırvatistan, Başvuru no:22330/05, 5/02/ 2009.http://hudoc.echr.coe.int, erişim tarihi: 02.05.2015.

oturumunda yer alması, hem objektif, hem de subjektif tarafsızlığın ihlali niteliğindedir.<sup>44</sup> Karar oturumunda 15 üye olması, başvuran ile ilgili dosyada sadece 1 üyenin önceden bilgi ve bir görüşe sahip olması durumu, AİHM tarafından ihlal kararı verilmesi sonucunu değiştirmemiştir.

### 1.3. Masumiyet Karinesinin İhlal Edilmemesi

Masumiyet karinesi, hukukun üstünlüğü ve insana saygı anlayışının bir gereği olarak ortaya çıkmış geleneksel bir hukuk ilkesidir. Bu ilkeye göre, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu olarak ilan edilmemelidir. Bu nedenle ilke, hakkında yargılama veya soruşturma yapılan kişiye karar organının tarafsızlığı garantisi veren, onun suçluluğu ispat edilmezden önce suçlu gibi muamele görmesini önleyen dokunulmaz bir haktır.<sup>45</sup>

Anayasa'nın 38/4. maddesi, AİHS'nin 6/2. maddesi, Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14(2) maddesine göre masumiyet karinesi, temel insan haklarından birisidir. Buna göre, "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz." Bu ilkeye göre, yapılacak yargılama sonucunda aksi kesin olarak ispatlanana kadar, herkes suçsuz kabul edilmektedir. Buna göre, bir eylemin suç olduğu iddia ediliyorsa, iddia eden tarafından hukukun kabul ettiği somut delillerle iddiasının ispatı gerekmektedir.<sup>46</sup> Karar verilirken, aksi ispat edilinceye kadar suçsuzluk ilkesine bağlı kalınmalıdır.<sup>47</sup> Başka bir deyişle, asıl olan kişinin suçsuzluğudur. Anayasamızın düzenlediği şekliyle masumiyet karinesi, sadece bir suç isnadının bulunduğu halleri kapsamamaktadır. Herhangi bir suç isnadı olmayan hallerde de, resmi makamlarca kişilere suçlu muamelesi yapılması, suçsuzluk karinesinin ihlali olarak kabul edilmektedir.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> AİHM, Mitrinovski- Makedonya, başvuru no: 6899/12, 30 Nisan 2015, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 30.05.2015

<sup>45</sup> İlhan Üzülmüş, Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi Ve Sonuçları, TBB Dergisi, Sayı 58, 2005, s. 43,44.

<sup>46</sup> Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s.257

<sup>47</sup> AİHM, Barberà, Messegué ve Jabardo - İspanya, 6 Aralık 1988, § 77, Series A no. 146, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 13.05.2015.

<sup>48</sup> AİHM, Allenet de Ribemont - Fransa, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi:

Konuya ilişkin evrensel hukuk normları dikkate alındığında, 1966 tarihli Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14(2) maddesinde; "Hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçluluğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılma hakkına sahiptir." hükmü yer almaktadır. BM İnsan Hakları Komitesi bir kararında bu hükmü şöyle yorumlamıştır<sup>49</sup>. İnsan haklarının korunması bakımından önemli olan masumiyet karinesi, suç isnadının kanıtlanması yükünü iddia edene yükler, suç isnadı kanıtlanıncaya kadar kimsenin suçlu sayılmayacağını garanti eder, sanığın şüpheden yararlanmasını güvence altına alır ve bir cezai fiille suçlanan kişilerin bu ilkeye uygun olarak muamele görmesini gerektirir. Örneğin, şüpheliyi soruşturma veya yargılama bitmeden suçlu olarak ilan eden basın açıklaması yapmaktan uzak durmak, bütün kamu makamlarının görevidir. Buna ek olarak medya, masumiyet karinesine zarar veren haber vermekten kaçınmalıdır. Buna göre, hem kamu görevlilerinin, hem de basın yayın organlarının soruşturma ve yargılama sonuçlanmadan bir kişinin suçluluğuna dair açıklama ve yayın yapması masumiyet karinesinin ihlali olarak değerlendirilmektedir.<sup>50</sup>

AİHM'ne göre masumiyet karinesi, sadece ceza davalarına yönelik bir ilke değildir. Kişiye bir suç isnadının yapıldığı her durumda, masumiyet karinesine dikkat edilmelidir. Dolayısıyla, ceza yargılamasında olduğu gibi disiplin soruşturmaları yürütülürken de, nihai karar verilmeden önce, kişilerin suçlu ya da suçsuz olduklarına dair açıklamalar yapılması, adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir. Karar verecek mercii tarafından henüz toplanan deliller tartışılmadan, resmi kurumlarca yapılan açıklamalar, dosyanın tarafsız bir şekilde ele alındığı imajına da zarar verebilmektedir. Mahkeme, Allenet de Ribemont/Fransa davasında, içişleri bakanı ve polis müdürleri tarafından, bir televizyon konuşmasında başvuranın, tanınmış bir politikacının öldürülmesinde kışkırtıcı olarak nitelendirilmesini, başka bir olayda ise soruşturmayı yürüten savcı tarafından, sanığın bir yardım kuruluşunun paralarını hileli bir şekilde amacı dı-

09.05.2015.

<sup>49</sup> W.J.H. - Hollanda, Communication No. 408/1990 [1992] UNHRC 25, <http://opil.ouplaw.com>, erişim tarihi: 02.04.2015

<sup>50</sup> AİHM, Allenet de Ribemont- Fransa, 15175/89,10/02/1995, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 13.05.2015.



şında kullandığının söylenmesini, masumiyet karinesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.<sup>51</sup>

Öte yandan, resmi makamlar tarafından henüz soruşturma veya yargılama devam ederken yapılan açıklamalar ile masumiyet karinesi ihlal edilebildiği gibi, basın yayın organlarının adli haberleri verirken kullandıkları dil ve üslup ile de bu ihlalin yapılması mümkündür. Zira masumiyet karinesi, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak, sadece resmi makamlar önünde değil, bunların yanı sıra üçüncü kişiler huzurunda da ileri sürülebilen bir ilkedir.<sup>52</sup> Yargılama ve soruşturma makamlarına düşen, olaya ilişkin her türlü şüpheyi ortadan kaldırmak suretiyle en adil kararı vermek iken, bilgi patlaması ve bilgi kirliliği olayın berraklaştırılmasını engellemektedir.<sup>53</sup> Özellikle, kamuoyu tarafından yakından takip edilen bazı olaylarda, daha soruşturma başlamadan önce olayın niteliğine göre, ilgililerin suçlu ya da suçsuz ilan edilmesi, kişilikleri ve özel hayatlarına dair övücü ya da yericî yayınlar yapılması, kamuoyunun ve kararı verecek olan merciin kanaatlerini etkilemektedir. Adli haberlerin verilmesi çerçevesini aşan, adeta ikinci bir iddia makamı gibi fonksiyon gören basın haberlerinden, tarafsız olması gereken yargılama makamının etkilenmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle, gazete ve televizyonlar, yargısal konulara ilişkin yapılacak yayınlarda, itham altında bulunan kişi yönünden suçsuzluk karinesini suçluluk karinesine dönüştürmemeli, hakkında disiplin soruşturması açısından karar mercii, ceza yargılaması açısından mahkemece bir karar verilmeden, ilgilinin kamuoyunda mahkûm edilmesine neden olmamalıdır.<sup>54</sup>

Masumiyet karinesi uyarınca, bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında müeyyide uygulanabilmesi, kesin hükümle mahkûm olmasına bağlıdır. AİHM, suçsuzluk karinesine ilişkin ilkeleri tartıştığı Barbera, Messegue ve Jabardo davasında, şu hususlara yer vermiştir: Yerel yargılama ve karar organları, muhakemeye, sa-

<sup>51</sup> Metin Feyzioğlu, Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *AÜHFD*, C. 48, 1999/1-4, s. 150, İlhan Üzülmaz, s. 50.

<sup>52</sup> İlhan Üzülmaz, s. 54

<sup>53</sup> Hasan Dursun, s. 113.

<sup>54</sup> İlhan Üzülmaz, s. 54



nığın isnat konusu suçu işlediği önyargısı ile başlamamalıdır. Muhakemede ispat yükü, sanıkta değil, isnadı yapan savcı ya da müfettişte olmalıdır. İddia eden tarafından, ispat için yeterli delil, kararı verecek olan makama sunulmalıdır. Belirli suçlamalara muhatap olmuş kişilere savunmasını hazırlama ve sunma imkân ve zamanı tanınmalıdır. Şüpheden sanık yararlandığından, karar verecek mercii tarafından isnatları ispatlayan deliller dikkate alınmalı, delil ve ispat araçları yoksa, buna uygun karar verilmelidir.<sup>55</sup>

AİHM'ne göre, 6. maddenin 2. fıkrası ile güvence altına alınan hakkın, pratik ve etkili olmasını sağlama ihtiyacı göz önünde tutulduğunda, masumiyet karinesinin aynı zamanda başka bir yönü de bulunmaktadır. Bu ikinci yön ise kişileri, itham edildikleri suçtan aslında suçlu olduklarını düşünen kamu görevlileri ve makamlarına karşı korumaktır. Aksi halde kişinin şöhreti ve kamuoyundaki saygınlık ve onuru zarar görecektir. Dolayısıyla kanıtlanmayan bir itham bakımından, söz konusu kişinin masumiyetine saygı gösterilmesi, devletin Sözleşme kapsamında uyması gereken pozitif bir yükümlülüktür.<sup>56</sup>

Minelli davasında AİHM, sanığın önceden hukuken suçlu olduğu kanıtlanmamışsa ve özellikle savunma hakkını kullanma şansı olmamışsa, sanık ile ilgili bir kararın suçlu olduğunu yansıtması halinde, masumiyet karinesinin ihlal edilmiş sayılacağını belirtmektedir. Mahkemeye göre, kararı verecek makamın hukuka uygun olarak delillendiremediği bir durumda, kişinin suçlu olduğunu düşündüğünü gösteren iş ve işlemlerinin bulunması, ihlal için yeterlidir. Benzer şekilde, iç hukuk mercilerinin yargılama bitmeden, bir suçun işlendiğine ilişkin kullandıkları suçlayıcı bir dil de, masumiyet karinesinin ihlali olarak değerlendirilmektedir.<sup>57</sup>

Bu konuda diğer bir dava, Çetinkaya- Türkiye davasıdır. Bu davada AİHM, masumiyet karinesinin, kişinin suçlu olduğunu yansıtan ve

<sup>55</sup> AİHM, Barberà, Messegué and Jabardo- İspanya, 6/12/1988, series A no. 146, Metin Feyzioğlu, Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", s.148, 149

<sup>56</sup> AİHM, Taliadorou ve Stylianou - Kıbrıs, no. 3927/05, 39631/05, 16 Ekim 2008, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 11.05.2015.

<sup>57</sup> AİHM, Minelli-İsviçre, 8660/79,25/03/1983, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 13.05.2015.

toplumu, kişinin suçlu olduğuna inandıran veya yetkili hâkimin olay ve olguları değerlendirirken önyargılı davranmasına neden olabilecek açıklama veya fiillerle de ihlal edilebileceğini belirtmektedir. Bu bağlamda, kişi yargılanmadan ve suçlu olduğu kesin hükümle belirlenmeden önce, devlet görevlilerinin yaptıkları açıklamalarda suçluluğa ilişkin yer alan ifadeler, adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelecektir.<sup>58</sup>

Yukarıda yer verilen evrensel ilkeler ve AİHM içtihatları dikkate alındığında; masumiyet karinesi gereğince kamu görevlilerinin, yetkili bir mahkeme tarafından kesin hüküm ile tespit edilene kadar hiç kimseyi suçlu ilan etmemeleri gerekmektedir. Bu anlamda bir kişiyi, yetkili mahkemece suçlu olduğuna henüz karar verilmediği bir aşamada, suçlu olarak kamuya ilan etmek, masumiyet karinesinin ihlali anlamına gelecektir.

#### 1.4. Çelişmeli Yargılama İlkesine Riayet Edilmesi

Yukarıda belirtildiği üzere, AİHS'nin 6. maddesi kapsamında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu benzeri idari kurullar, AİHM tarafından mahkeme olarak değerlendirilmektedir.<sup>59</sup> Bu nedenle, bir mahkemenin taraflara adil yargılanma hakkının gereği olarak sağlaması gereken tüm usuli hak ve güvenceler, HSYK tarafından hakkında disiplin yaptırımı uygulanan hâkim ve savcılara sağlanmalıdır.<sup>60</sup>

AİHM'ne göre, 6. maddenin gereklerinden birisi, hakkında karar verilecek kişiye suçlamaların dayanağı olan tüm bilgi ve belgelerin, tam ve zamanında verilmesidir. İlgilinin suçlandığı olaya ilişkin savunma hazırlayabilmesi için, gerekli olan bilgi ve belgelerin hiç verilmemesi, tam olarak verilmemesi ya da yanlış bilgi verilmesi gibi sebeplerle savunmanın istenildiği gibi hazırlanamaması, adil yargılanma hakkına aykırıdır.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> AİHM, Çetinkaya- Türkiye, 57944/00, 18/12/2003, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 13.05.2015.

<sup>59</sup> AİHM, Sramek- Avusturya, Başvuru no: 8790/79, 22/10/1984, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 02.05.2015.

<sup>60</sup> AİHM, Gustafson-İsveç, Başvuru no: 23196/94 45,01/07/1997, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 02.05.2015.

<sup>61</sup> AİHM, McGinley ve Egan – Birleşik Krallık, 21825/93 23414/94, 28/01/2000,

Savunma hakkı üzerindeki her türlü kısıtlama ve eşitsizliğin kaldırılması, adil karar verebilmenin bir şartıdır. Savunma dokunulmazlığı, mutlak haklardandır. İç hukukta, savunmanın etkili bir şekilde yapılabilmesi açısından ulaşılmaması zorunlu olan bazı bilgi ve belgelerin; gizlilik, devlet sırrı, kurumların iç işleyişine dair belgeler, ekonomik ve ticari sır gibi gerekçelerle verilmediği bir vakiydir.<sup>62</sup> Bu tür durumlarda, savunmayı yapacak olan kişinin elinde olmayan bilgi ve belgeler üzerinden, tahmine dayalı olarak savunmasını yapması beklenmektedir. Bu noktada, ulaşılamayan belgeler üzerinden savunma yapmak durumunda kalan bir kişinin, etkili ve yeterli bir savunma ile üzerindeki kuşkuları dağıtması mümkün olmamaktadır.<sup>63</sup> İthamlara dayanak alınan, müfettiş tarafından ulaşılabilen bazı bilgi ve belgelerin hakkında soruşturma yürütülen kişiye verilmemesi hali, savunma hakkı açısından bir eksiklik olarak değerlendirilebilir.

Mahkemeye göre, disiplin süreci silahların eşitliği ilkesine uygun olmalıdır. Bu ilke, davanın bir tarafını, diğer taraf karşısında belirli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, her bir tarafın deliller de dahil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olması zorunluluğunu ifade etmektedir.<sup>64</sup> Başka bir anlatımla silahların eşitliği, yargılama ve soruşturma sırasında, taraflar arasında hak ve olanakların denkliği anlamına gelmektedir.<sup>65</sup> Bu nedenle, soruşturma ya da davanın bir tarafına sağlanan bir hak, aynı anda ve aynı şartlarda diğerine de sağlanmalı, bir tarafa kullanılmayan bir imkân, diğer tarafa da kullanılmamalıdır.

Yargılamada silahların eşitliğinden bahsedildiği zaman ilk akla gelen, çelişmeli yargılama ilkesi olmaktadır. Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. bendine göre, ceza yargılaması ve disiplin soruşturmalarında hak ve menfaatlerinde karşılık bulunan; kendisine bir suç yüklenen kişi ile onu suçlayan kamu görevlisi ya da suçtan etkilenen kişi, tez ve önerilerini sunabilmek için aynı imkânlara sahip olmalıdır.<sup>66</sup>

<http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 14.05.2015.

<sup>62</sup> Hasan Dursun, s. 120.

<sup>63</sup> Hasan Dursun, s. 123.

<sup>64</sup> Sibel İnceoğlu, s.239

<sup>65</sup> Hasan Dursun, s. 166.

<sup>66</sup> Güney Dinç, s.283.

Mahkeme, hakkında yaptırım uygulanacak hâkim ve savcıların çelişmeli bir yargılamada, tarafların sahip olması gereken tüm usuli hak ve güvencelere sahip olduğunu belirtmektedir. Bu hak ve güvencelerden herhangi birisinin ihlali, bütün olarak Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmektedir. Çelişmeli yargılama, dava sırasında verilecek kararı etkilemek amacıyla sunulan delil, mütalaa ve görüşlerin tamamı hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma olanağının tanınması demektir.<sup>67</sup> Buna göre, bir uyumsuzlukta tarafların dosya içerisinde bulunan tüm delillere zamanında ulaşmasını, karşı tarafın delillerini inceleyip, gerekirse uzman kurumlarda orijinal olup olmadığını inceletebilmesini, tanıkları sorgulayabilmesini, tüm suçlamalara, delillere, raporlara ve tanık ifadelerine karşı beyanlarda bulunup, karşı tezlerini sunabilmesini gerektirir.<sup>68</sup> Bu noktada, delil ve belgelere karşı görüş ve beyanlarının alınması ve deliller üzerinde uzman görüşü ya da bilirkişi incelemesi yaptırılacağı belirtiliyor ise bu işlemler için gerekli zaman verilmelidir.<sup>69</sup> Dolayısıyla, taraflar olaya ilişkin bütün delillere zamanında ulaşabilmeli ve bunlara ilişkin beyanlarını diğer tarafla eşit şartlarda ve aynı zaman dilimi içinde sunabilmelidir. Kendisini savunması için yeterli zaman verilmeyen, delillere ulaşması imkânı tanınmayan, hakkındaki itham ve suçlamalar ile bunların dayandığı delil ve ifadeler konusunda bilgilendirilmeyen kişilerin, kendi davalarını etkili bir şekilde savunmaları mümkün olmadığından, tüm bu hususlar adil yargılanma hakkına aykırıdır. Mahkeme, taraflardan birisinin (disiplin soruşturmasında müfettişin) ulaşabildiği bilgi ve belgelere diğer tarafın zamanında ulaşmamasını, adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür. Gerekece ise bilgi ve belgeye daha önce ulaşan tarafın kararı verecek kurulun kararını etkileme açısından diğer tarafa göre avantajlı konuma gelmesidir.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s.243

<sup>68</sup> AİHM, Matytsina v. Rusya, 58428/10, 24/3/2014, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 13.05.2015.

<sup>69</sup> AİHM, Yvon -Fransa, Başvuru no: 44962/98, 24/04/2003, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 13.05.2015.

<sup>70</sup> AİHM, Cliniquedes Acacias ve diğerleri -Fransa, Başvuru no: 65399/01 65405/01 65407/01, 13/10/2005, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 13.05.2015.

AIHM'ne göre, iç hukuk sisteminde yüklenen rol ve fonksiyonu farklı olsa bile, suçlama ve ithamda bulunan savcı veya müfettiş tarafından, hakkında karar verilecek kişi aleyhine dosyaya sunulan her türlü bilgi ve delilin, zamanında karşı tarafla paylaşılması gerekir.<sup>71</sup> Mahkeme, savcılık tarafından polise yaptırılan bazı araştırma ve soruşturmaların, şüphelinin haberi olmaksızın savcının yorumu ile birlikte kararı verecek olan mahkemeye arz edilmesini, silahların eşitliği ilkesine aykırı görmüştür.<sup>72</sup> Buna ek olarak, taraflardan birisi veya savcıya delilleri sunması için zaman sınırlaması getirilmezken, diğer tarafın süre baskısı altında bırakılması, etkili bir savunma için hazırlık süresi verilmemesi gibi durumlar da, ihlal sebebi olarak görülmüştür.<sup>73</sup>

Tarafların, davalarını ispat edebilmeleri açısından, tanık dinlebilme hakkı da Sözleşme ile garanti altına alınmıştır. Bu noktada, maddi olayı aydınlatma potansiyeline sahip tanıkların dinlenilmesi, karşı tarafın iddialarına dayanak yaptığı tanıkların çapraz sorgusuna izin verilmemesi de, ihlal nedenidir.<sup>74</sup> Çapraz sorgu, evrensel hukuk ilkelerine uygun olarak, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için, uyumsuzluğun taraflarının, aleyhlerine olan tanıkları bizzat ya da avukat vasıtasıyla sorgulayabilmesi olarak tanımlanmaktadır.<sup>75</sup> Gerçekten, disiplin soruşturmaları açısından, isnat edilen fiillerin sübuta erip ermediğini tam olarak ispatlamanın önündeki en büyük engel budur. Çoğunlukla, hakkında soruşturma yapılan kişinin beyanları ile müfettiş tarafından alınan tanık ifadeleri çelişmektedir. Bu noktada, soruşturma devam ederken, aleyhe olan ifadelerin bildirilmesi suretiyle soruşturmaya muhatap olan yargı mensubuna, tanık ifadeleri ile aynı yönde düşünmediği hususlarda beyanda bulunması, aydınlatılmasını istediği konularda tanıklara soru sorulması imkânı verilmesi halinde, maddi gerçeğe ulaşma imkânı artacaktır.

<sup>71</sup> AIHM, Ferreira Alves - Portekiz, Başvuru no: 25053/05, 21/06/2007, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 23.05.2015.

<sup>72</sup> Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s.241

<sup>73</sup> AIHM, Platakou- Yunanistan, Başvuru no: 38460/97, 11/01/2001, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 18.05.2015.

<sup>74</sup> Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, , s.240

<sup>75</sup> Hasan Dursun, s. 150.

Dolayısıyla, disiplin soruşturmasının adil yargılanma ilkesine uygun yürütülmesi için, haklarında soruşturma yapılan yargı mensuplarına; aleyhlerindeki her türlü delil ve tanık beyanlarının bildirilmesi, bu delil ve beyanlara karşı söyleyeceklerinin alınması, yazılı veya sözlü olarak tanıklardan, muğlak hususların aydınlatılması için ek beyan istenilebilmesi, suçlanan kişilere davalarını ispat etme imkânı tanınması gerekmektedir. *Dombo Beheer B.V.-Hollanda* dosyasında, olaya tanık olduğu iddia edilen iki kişiden birisinin ifadesinin alınması, ihlal sebebi olarak değerlendirilmiştir.<sup>76</sup>

Özpınar- Türkiye dosyasında ise AİHM, suçlamanın niteliği konusunda bilgi sahibi olunmadan savunma hazırlanması mümkün olmadığından, iddia makamı olan müfettişin elinde bulunan ve suçlamaya temel teşkil eden bilgilerin, suçlanan ile paylaşılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, disiplin süreçleri boyunca savunma avukatları tarafından ileri sürülen; iddia makamının sunmuş olduğu delillere zamanında ulaşamadığı, bu delillerle ilgili görüş ve savunmalarını hazırlamak için zaman ve imkân tanınmadığı, bu şekilde silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği yönündeki iddialar ciddi bulunmuş ve disiplin süreçlerinin yürütülmesinin adil yargılanma hakkı ilkesine aykırı yürütüldüğü sonucuna ulaşmıştır.<sup>77</sup>

Bahsi geçen AİHM kararında, ulusal düzeyde yürütülen soruşturmanın ithamları kesin olarak ortaya koymaya elverişli olmadığı, aksine; görevden almayla sonuçlanan disiplin soruşturması sırasında başvuranın çok az güvenceden istifade edebildiği, disiplin soruşturmasının başlatılmasını takiben yalnızca ithamların başvuranın bilgisine sunulduğu, müfettiş tarafından yürütülen soruşturmada uygulanabilecek en alt sınırdaki teminatların dahi göz ardı edildiği, ne soruşturma çerçevesinde dinlenen tanıkların ifadeleri ne de müfettişin raporunun başvuranın bilgisine sunulmadığı belirtilmek suretiyle ihlal kararı verilmiştir.

<sup>76</sup> AİHM, *Dombo Beheer B.V. - Hollanda*, 14448/88,27/10/1993, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 18.05.2015.

<sup>77</sup> AİHM, *Özpınar- Türkiye*, Başvuru no: 20999/04, 19 Ekim 2010. <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 18.01.2015.

Diğer bir usuli hak ise, tarafların açıkça feragat etmedikleri sürece, duruşmada hazır bulunma ve hukuki dinlenilme haklarına riayet edilmesidir.<sup>78</sup> Yine Özpınar davasında, başvuranın müfettişe ve HSYK'ya yazılı savunmasını sunabilmesine karşın, görevden alınma kararı verilmeden önce ne müfettiş, ne de HSYK'nın başvuranın savunmasını bizzat kendisinden dinlemediği, özellikle bu süreç sırasında gerçekleşen tek duruşma ve sözlü savunmanın, son safhada yani HSYK'nın itirazları inceleme kurulunun toplantısı sırasında yapılmasının AİHM'ni hayrete düşürdüğü, ilgili kişinin kendi bakış açısını dile getirebileceği nizalı bir yargılamadan yararlanabilmesi ve ilgili yetkililerin iddialarına karşı çıkabilmesinin adil yargılanma hakkının bir gereği olduğu açıkça ifade edilmiştir.<sup>79</sup> Benzer bir kararda AİHM, hazırlık soruşturması sırasında toplanmış olan delillerin, sanığın şahsen yer aldığı bir oturumda tartışılmadan kabul edilmesini ihlal sebebi saymıştır.<sup>80</sup> Duruşmada hazır bulunma ve sözlü olarak dinlenilme hakkı, devletin pozitif yükümlülüklerindedir. İlgili tarafından sözlü savunma yapma ve karar oturumuna katılma talep edilmiş ise kararı verecek mercii tarafından bu talebin karşılanması için gerekli her türlü tedbir alınmalıdır.<sup>81</sup>

Adil yargılanma hakkı açısından diğer bir hak ise gerekçeli karar hakkıdır. Bu hak uyarınca, bir suçla itham edilerek yaptırma tabi tutulan kişiye, hakkındaki suçlamanın gerekçeleri ile somut delilleri nihai karar ile bildirilmelidir. Bu durum, aynı zamanda hak arama hürriyeti ile etkili başvuru hakkı açısından da bir gerekliliktir.<sup>82</sup> Hukuk devleti açısından temel ilkelerden birisi olan gerekçeli karar hakkı, karar verme süreçlerinde keyfililiğin önlenmesi, tarafların tatmin edilmesi, itiraz ve temyiz yoluna başvuracaklar açısından hukuksal dayanak oluşturması gibi amaçlara hizmet etmektedir.<sup>83</sup> Kararda somut delil ve ge-

<sup>78</sup> Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa s.240

<sup>79</sup> AİHM, Özpınar- Türkiye, Başvuru no: 20999/04, 19 Ekim 2010.,<http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 18.05.2015.

<sup>80</sup> AİHM, Barbera, Messeque ve Jabardo- İspanya, 13 Haziran 1994, §§ 16-20, Series A no. 285C

<sup>81</sup> Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s.244

<sup>82</sup> Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, s.252

<sup>83</sup> Burak Çelik, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme, XII Levha Yayınları, No: 263, İstanbul, 2012, s. 337.



rekçeler olmadan kanun hükmünde yazan soyut ibarelerin yer alması, bu gerekliliği karşılamamaktadır. Özellikle, kanun metninde yer alan ibareler yeterince açık ve belirli değilse, AİHM tarafından ihlal sebebi sayılmaktadır.<sup>84</sup> Hentrich-Fransa kararında; kararın gerekçesinin somut olmaması, genel ifadelerle yaptırım uygulanmasının, ilgililerin itiraz esnasında gerekli argümanları ileri sürmesini engellediği, bu haliyle yeterli gerekçenin yer almamasının adil yargılanma hakkını zedelediği ifade edilmiştir.<sup>85</sup>

### 1.5. Soruşturmaya Konu Fiillerin Somut Olarak Düzenlenmesi

Hukuk devletinde, temel hakların hangi yol ve yöntemlerle, hangi şartlarda, nereye kadar sınırlandırılabilceği hususu, hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik ilkelerinin gereğidir. Bu kapsamda, sahip oldukları hak ve hürriyetleri kullanan kişiler tarafından, devlet organlarının faaliyetleri ve bu faaliyetlerin sonuçları öngörülebilir. Bu ilke, aynı zamanda hukuk kurallarının herkese aynı şartlarda, eşit, objektif ve istikrarlı bir şekilde uygulanacağı yönündeki beklentilerin de temelini oluşturur.

Devletin kural koyma, kuralları uygulayarak toplumsal düzeni tesis etme ve kuralların uygulanması sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma faaliyetlerinin herkese eşit, objektif, istikrarlı, usuli ve yargısal güvencelere uygun olarak yürütülmesi açısından hukukun bilinir, öngörülebilir ve ulaşılabilir olması zorunludur. Hukuk devletinin hukuki güvenlik unsuru olarak adlandırılan bu ilke, bir yandan devletin bütün kurumlarının hukuk kuralları ile bağlı kalma yükümlülüğünü, diğer yandan ise kişilere bireyler arası ve devlet ile ilişkilerinde hukuka uyma sorumluluğunu yüklemektedir. Kişilerin hukuka uymaları ve devlet tarafından haklarına müdahalede bulunulduğunda bu müdahalenin meşru olup olmadığını takdir etmeleri için hukuku bilmeleri ve anlamaları gerekir. Dolayısıyla devletin kural koyma ve bu kurallara uymayanlar hakkında yaptırım uygulama yetki ve sorumluluğu kullanılırken, bu gerekliliği karşılayacak şekilde iş ve işlemler yapılması zorunludur.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> AİHM, Taxquet /Belçika, Başvuru no.926/05,16 Kasım 2010, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 14.05.2015.

<sup>85</sup> AİHM, Hentrich- Fransa, Başvuru no: 13616/88, 22/09/1994, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 11.05.2015.

<sup>86</sup> Selda Çağlar, Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendi-



Venedik Komisyonu'nun Türkiye Hâkimler ve Savcılar Kanunu Taslağı hakkındaki 610/2011 sayılı görüşünde, somut olarak düzenlenmeyen disiplin hükümleri eleştirilmiştir. Buna göre, somut olarak düzenlenmeyen fiiller nedeniyle disiplin süreci, hoşça gitmeyen kararlar veren hâkimlere karşı kullanılma riskini bünyesinde taşımakta olup, bu riskin bertaraf edilmesi için karar verecek mercilerce bu hükümler dar yorumlanmalıdır.<sup>87</sup>

Yine Venedik Komisyonu'nun bir başka kararında; hukukun üstünlüğünün sağlanması açısından, devlet faaliyetlerinin yasal hükümlere uygun olması, takdir yetkisinin hukuken kabul edilebilir, yeterli gerekçelerle kullanılmak suretiyle keyfiyetin önlenmesi, kişi hak ve hürriyetlerinin yargısal korumaya tabi tutulması, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine riayet edilmesi, devlet faaliyetlerinin eşitlik ilkesine uygun yerine getirilmesinin temel ve vazgeçilmez prensipler olduğu belirtilmektedir.<sup>88</sup>

Öte yandan, AİHM tarafından Volkov- Ukrayna kararına, yargı sisteminin işleyişine ilişkin olarak Venedik Komisyonu tarafından hazırlanan bir rapor da esas alınmıştır. Venedik Komisyonu'nun bahsi geçen raporunda, disiplin sorumluluğunun nedenlerinin kesinliği ve öngörülebilirliğinin, hukuki belirlilik ve yargıçların bağımsızlığını güvence altına almak için sahip olduğu öneme vurgu yapılmıştır. Rapora göre, disiplin hükümleri düzenlenirken muğlak nedenlerden veya geniş tanımlardan kaçınmak için çaba gösterilmelidir. Raporda ayrıca, yargı görevini lekeleyen, hâkimin tarafsızlığı, objektifliği, bağımsızlığı ve dürüstlüğü bakımından şüphe uyandıracak fiillerin işlenmesi gibi çok muğlak ifadelerin, hâkimlere karşı siyasi bir silah olarak kullanma ihtimali nedeniyle tehlikeli olduğu belirtilmektedir.<sup>89</sup>

---

rilmesi, Beta Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2013, s. 2  
<sup>87</sup> Venedik Komisyonu'nun (VK) mart 2011 tarihli ve 610/2011 sayılı Türkiye Hâkimler ve Savcılar Kanunu Taslağı Hakkında Görüşü, para. 59, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/>, erişim tarihi: 08.05.2015

<sup>88</sup> Selda Çağlar, Hukuk, s. 69

<sup>89</sup> Venedik Komisyonunun 15-16 Ekim 2010 ve CDL-AD(2010)029 sayılı raporu, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 02.06.2015

## 1.6. Yargısal Faaliyete İlişkin Konuların Soruşturmayaya Konu Edilmemesi

İnsan haklarına ilişkin evrensel hukuk belgelerinde, hâkimlerin sorumluluğunun kapsam ve sınırlarına ilişkin hükümler yer almaktadır. Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı İlkelerine göre, kişilerin ulusal hukuka göre temyiz hakları ve devletten tazminat isteme hakları saklı kalmak kaydıyla hâkimler, yargısal yetkilerini kullanırken yanlış tasarrufları veya ihmalleri nedeniyle sorumlu tutulmamalıdır.<sup>90</sup>

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (94)12 Sayılı Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolüne Dair Tavsiye Kararı'nda ise hâkimlerin; vicdanlarına, maddi vakıayı yorumlamalarına ve kanunun açık hükümlerine göre, davalar hakkında tarafsız biçimde karar vermek noktasında sınırsız bir özgürlüğe sahip olmaları gerektiği belirtilmiş ve gördükleri davaların esası hakkında, yargı teşkilatı dışında hiç kimseye hesap vermek zorunda bırakılmamalarının gereğine işaret edilmiştir.<sup>91</sup>

Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi'ne göre hâkim, yargı görevini yerine getirirken ihmal ya da tedbirsizlik sonucu işlemiş olduğu fiiller nedeniyle sorumlu olmamalıdır. Yargısal süreçlerde yapılmış olan hataların düzeltilebilmesi için, **iç hukukta başkaca bir mekanizma varsa, bu tür iş ve işlemler kanun yolunda düzeltilmelidir.**<sup>92</sup> Yargı mensupları hakkında disiplin yaptırımına konu edilecek fiiller, verilen karara ve yargısal süreçte kullanılan takdire ilişkin olmamalıdır. Disiplin yaptırımı, hâkim ve savcının soruşturma ve dava sırasında verdiği kötü kararından çok, kötü davranışına ilişkin olmalıdır. Dolayısıyla, disiplin süreci kesinlikle yargısal karar ve hâkimin hukuki takdirini hedef almamalı, yargı yetkisini kullanan kişiler üzerinde bir baskı aracına dönüşmemelidir.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkelerinin 16. maddesi., <http://www.barobirlik.org.tr>, erişim tarihi: 05.06.2015

<sup>91</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (94)12 Sayılı Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolüne Dair Tavsiye Kararı, s. 12, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (94)12 Sayılı Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolüne Dair Tavsiye Kararı, [http://www.cepej.adalet.gov.tr/dosya/dokumanlar/REC\\_94\\_Tavsiye\\_Karari.pdf](http://www.cepej.adalet.gov.tr/dosya/dokumanlar/REC_94_Tavsiye_Karari.pdf), erişim tarihi: 05.06.2015

<sup>92</sup> Opinion No 1 of the Consultative Council of European Judges, para. 59., [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/CCJE%20Opinion%201\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/CCJE%20Opinion%201_EN.pdf), erişim tarihi: 05.06.2015

<sup>93</sup> Gerald Stern, Judicial Error That is Subject to Discipline in Newyork, *Hostra Law Review*, ( 32), s. 1548.

Hâkim ve savcılarla ilgili öngörülen teminatların amacı, bağımsız olarak karar vermesi beklenen hâkim ve savcılarının hiçbir şeyden korkmadan, vicdani kanaatlerine göre karar verebilecekleri bir ortamı sağlamaktır. Bunu sağlamanın yolu ise, disiplin işlemlerinin hâkim ve savcının hukuki takdirini hedef almamasından geçer. Aksi takdirde, üst düzey kamu görevlileri, siyasi aktörler, kamuoyu tarafından yakından tanınan kişiler vs. hakkındaki ihbar ve şikâyetlerin soruşturulması, suç işledikleri tespit edilirse dava açılıp sonuçlandırılması mümkün olmayacaktır. Disiplin süreçlerinin arama, el koyma, gözaltına alma, ceza verme gibi hâkim ve savcının hukuki tasarruflarını hedef aldığı durumlarda, bu soruşturmaların diğer yargı mensupları üzerindeki caydırıcı etkisi nedeniyle hukukun üstünlüğü, kanun karşısında eşitlik, kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkeleri de zarar görecektir.

Yargı mensupları hakkında uygulanan yaptırımların diğer hâkim ve savcılar üzerindeki caydırıcı etkisine ilişkin Kayasu-Türkiye Davasında **önemli tespitler yapılmıştır**. Bahsi geçen davada; cumhuriyet savcısı olarak görev yapan başvuran, 12 Eylül 1980 askeri darbesinin sorumluları hakkında düzenlediği ve savcılık mesleğinden çıkarılmasına ve sonunda da avukatlık mesleğini icra etmesinin yasaklanmasına neden olan iddianame nedeniyle mahkûm edilmesinin, ifade özgürlüğüne haksız müdahale oluşturduğundan bahisle başvuru yapmıştır. AİHM, başvuranın yürütmekte olduğu savcılık mesleğinin, hukukun üstünlüğünün korunması açısından üstlenmiş olduğu misyona vurgu yapmıştır. Buna göre, başvuranın savcı olmasından kaynaklanan özel durumu, adaletin tecellisi için adli yapı içinde kendisine öncelikli bir rol yüklemektedir. Başvuranın, görevi icabı, vatandaşın korunması ve suçun önlenmesi ve bastırılması amaçlarıyla kanunu doğrudan uygulama yetkisi bulunmaktadır. Bu görev başvurana, adaletin iyi işlemesine ve böylece halkın adalete olan güveninin sağlanmasına katkıda bulunmak suretiyle, bireysel hakların ve hukuk devletinin koruyucusu olma yükümlülüğünü getirmektedir. Bir yargı mensubuna cezai bir yaptırım uygulanması, doğası gereği yalnızca ilgili hâkim ve savcı üzerinde değil, icra ettiği meslek üzerinde de caydırıcı bir etki yapar. Toplumun, adaletin tecelli edeceğine güven duyması için hâkim ve savcılarının hukuk dev-

leti ilkelerini etkili bir biçimde temsil etme kapasitesinin olduğuna inanması gerekir. Yürütmüş olduğu soruşturma nedeniyle bazı yargı mensuplarının cezai veya idari yaptırımlara maruz bırakılması, benzer soruşturmaların korkmadan, etkili bir şekilde yürütülmesini imkânsız hale getireceği gibi toplumun bu müesseselere olan güvenini sarsacaktır.<sup>94</sup>

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri tarafından Ukrayna yargısı hakkında hazırlanan raporda ise hâkimlerin politik nitelikte olanlar dahil, dış baskılara karşı korunması gerektiği vurgulanmıştır. Rapora göre, hâkimleri baskı ve etkileme teşebbüslerine karşı savunmasız kılan ve bağımsızlıklarını zayıflatan unsurlar ortadan kaldırılmalıdır. Yetkililer, yargı kurumlarının çalışmasına uygun olmayan siyasi ya da diğer türden nüfuz veya müdahale iddialarını dikkatle araştırmalı ve etkili başvuru yolları sağlamalıdır. Disiplin soruşturmalarında adaleti sağlamak ve siyasileşme riskini ortadan kaldırmak için yeterli güvencelerin uygulamaya konması zaruridir. Bu kapsamda, yargıçların aldıkları kararlardan dolayı meslekten çıkarılma veya kendileri aleyhine disiplin soruşturmasından korkmak için nedenleri olmamalıdır. Bu tespitlerden sonra Avrupa Konseyi tarafından, hâkimlerin kararlarının olağan temyiz usulü dışında tashihe tabi olmaması, yargıçlara yönelik disiplin eylemlerinin, yargı sistemi içinde işleterek, kesin kurallar ve usullerle düzenlenmesi, bu süreçlerin siyasi etkilerden arındırılması, diğer Hükümet kollarındaki yetkililerin, yargı makamlarının çalışmasına bir baskı uygulama aracı olarak görülebilecek veya görevlerini etkili biçimde yerine getirebilmeleri açısından şüphe uyandıran eylem ve açıklamalardan kaçınması, yargıçların aldıkları kararlardan dolayı meslekten çıkarılma veya kendileri aleyhine disiplin soruşturmasından korkmak için nedenleri olmaması tavsiyelerinde bulunulmuştur.<sup>95</sup> AİHM tarafından Volkov dosyasında ihlal kararı verilirken, söz konusu rapordaki eleştiri ve tavsiyeler dikkate alınmıştır.

<sup>94</sup> AİHM, Kayasu- Türkiye, Başvuru no: 64119/00 76292/01, 13/11/2008, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 14.05.2015.

<sup>95</sup> Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg'in, Ukrayna ziyaretinin ardından hazırladığı Rapor, CommDH(2012)10, 23 Şubat 2012. <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 10.05.2015.

### 1.7. Disiplin Cezasının Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun ve Ölçülü Olması

AIHM'ne göre, Sözleşme'de düzenlenen temel haklara kamusal makamlar tarafından müdahalede bulunulması için bazı koşullara uyulmalıdır. Bu şartlar, kanunla öngörülme, bir veya daha fazla meşru amaca yönelik olma ve bu amaçlara ulaşmak için demokratik bir toplum da gerekliliktir.<sup>96</sup> Dolayısıyla, hâkimler hakkındaki disiplin yaptırımları da bu şartlardan birisini taşımadığı sürece, Sözleşme hükümlerine aykırı görülmektedir.

Kanunla öngörülme ve meşru amaca yönelik olma kriterlerini karşılama bile, temel haklardan birisine yapılan müdahalenin demokratik bir toplum düzeninde gerekli olduğu akit devlet tarafından ortaya konulamıyorsa, mahkemece ihlal kararı verilmektedir.<sup>97</sup> Temel haklardan birisine kamusal otoriteler tarafından yapılan müdahalenin, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığı değerlendirilirken, Mahkeme, gereklilik kavramını zorunlu kelimesi ile eş anlamlı olarak yorumlamamakla birlikte; kabul edilebilir, makul, olağan, yararlı gibi sözcüklerden daha güçlü bir anlamda kullanmaktadır.<sup>98</sup> Mahkeme, bu koşul açısından yaptığı değerlendirmelerde “basıklayıcı bir sosyal ihtiyaç”, bu ihtiyacı kanıtlayan “uygun ve inandırıcı yeterli gerekçe”, müdahale teşkil eden “tedbirin ölçülülüğü” ölçütlerini dava konusu somut olaya uygulayarak bir karara varmaktadır.<sup>99</sup>

Ölçülülük ilkesi açısından ise AIHM, öngörülen amaca ulaşmak için daha az sınırlayıcı bir alternatif olup olmadığına bakmaktadır.<sup>100</sup> Aynı amaca daha hafif bir yaptırım ile ulaşılması mümkün ise AIHM tarafından başvuru araç ve yöntemin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olduğuna karar verilmektedir.

<sup>96</sup> Örnek olarak, Vona – Macaristan, Başvuru no.359443, 9 Temmuz 2013, Demir ve Baykara- Türkiye, Başvuru no: 34503/97, 12/11/2008 kararları verilebilir. <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 11.05.2015.

<sup>97</sup> AIHM, Kudeshkina- Rusya, Başvuru no: 29492/05, 26/02/2009, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 14.05.2015.

<sup>98</sup> Abdurrahman Eren, *Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*, Beta Basım A.Ş.İstanbul, 2004, s. 196

<sup>99</sup> Özcan Özbey, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları*, *TBB Dergisi*, 2013 (106), s.56

<sup>100</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu, *Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.57

Ölçülülük ilkesi; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç temel öğeden oluşmaktadır: Elverişlilik ilkesinde kullanılan araç, sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmalıdır. Başvurulan önlem, temel hakkın sınırlandırılması noktasında hedeflenen amaca ulaşmak için en uygun vasıta değilse, bu tedbirin elverişli olmadığına karar verilecektir. Yaptırım meşru amaca ulaşma hedefinden çıkıp cezalandırma amacına yöneldiğinde, ölçülü kabul edilmemektedir. Bu noktada, başvuru tedbirin niteliği, uygulama alanı, ulusal makamların başvurduğu yöntem ve araçlar, başkaca bir tedbirle aynı sonuca ulaşmanın mümkün olup olmadığı, tedbir kaldırıldığı zaman ortaya çıkan sonucun diğer haklar açısından değerlendirilmesi gibi hususlar dikkate alınmaktadır.<sup>101</sup>

Gereklilik açısından, temel hak ve hürriyetlerin kullanımı kural, kısıtlanması istisna olduğundan, kamusal otoriteler tarafından hakkın kullanımını sınırlamak için başvuru önlem veya tedbirin gerekli olduğunun somut ve hukuken kabul edilebilir gerekçelerle ortaya konulması beklenmektedir.

Orantılılık açısından ise belirli bir önlemin, yöneldiği kişiye ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi, onun için beklenmedik nitelikte olmamasını ifade etmektedir.<sup>102</sup> Örneğin, ifade hürriyetinin ihlaline ilişkin başvurularda, iç hukukta hakkı kötüye kullandığına karar verilen kişi hakkında para cezası öngörülmesi kabul edilebilir bulunurken, tedbir olarak hapis cezasına başvurulması ölçülü olarak değerlendirilmemektedir.<sup>103</sup>

Kayasu-Türkiye davasında, Cumhuriyet savcısı olarak görev yapan ilgilinin yürütmekte olduğu bir soruşturma sırasında basına yansıyan açıklamaları nedeniyle hapis cezası ile cezalandırılması, öngörülen amaçla orantısız ve dolayısıyla gereksiz görülmüştür. Bu davada AİHM, başvurucunun meslekten ihracına ve avukatlık mesleğini dahi icra etmesine engel olan orduya hakaret suçundan mahkûm edilmesinin, başvurucunun ifade özgürlüğüne izlenen meşru amaçla orantısız

<sup>101</sup> AİHM, Nur Radyo ve Televizyon Yayıncılığı - Türkiye davası, Başvuru no: 6587/03, 27/11/2007

<sup>102</sup> Abdurrahman Eren, s. 96

<sup>103</sup> AİHM, Perna- İtalya, Başvuru no: 48898/99, 06/05/2003, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 14.05.2015.

bir müdahale teşkil ettiği sonucuna varmış ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlaline hükmetmiştir.<sup>104</sup>

Vogt- Almanya Kararı'nda AİHM, **cezanın ağırlığı ile birlikte dayanağı olan iç hukuk normunun niteliğini ve kararın muhtemel etkilerini değerlendirmek suretiyle ölçülü olmadığına karar vermiştir. Buna göre**, bir ortaokulda Almanca ve Fransızca öğretmeni olan başvuran hakkında Alman Komünist Partisine üye olması nedeniyle, anayasaya sadakat görevini yerine getirmemek iddiasıyla başlatılan soruşturma sonucu, memuriyetten çıkarma cezası verilmiştir. Bu ceza, mevzuatta öngörülen en ağır yaptırımdır. Bu davada AİHM tarafından, yaptırımın ölçülü olup olmadığı değerlendirilirken; anayasaya sadakat görevini ifa etmediğinden bahisle verilen memuriyete son kararının, kişinin ismi üzerinde olumsuz bir etki yaptığı, bu şekilde görevi sonlandırılan bir öğretmenin ülkede tekrar iş bulmasının mümkün olmadığı, bu durumun eğitimini aldığı ve bir tecrübeye sahip olduğu işi yapamaması anlamına geldiği, ayrıca disiplin süreci başlatıldıktan 4 yıl sonra açığa alındığı dikkate alındığında, çocukların başvuranın etkisinden kurtarılması yönünden de zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın bulunmadığı, buna göre Alman hükümetinin ileri sürdüğü argümanlar olayla ilgili olmakla birlikte, demokratik bir toplumda memuriyetine son verme işlemi gibi ağır bir yaptırım için yeterli ve öngörülen amaçla orantılı olmadığı tespit edilmiştir.<sup>105</sup>

Raichinov- Bulgaristan davasında ise yaptırıma konu olan davranış ve fiilin kamuya kapalı bir toplantı salonunda sergilenmesi ve olaya şahit olan kişi sayısının sınırlı olması hususları, yaptırımın ölçülü olup olmadığını değerlendirirken AİHM tarafından dikkate alınmıştır. Bahsi geçen davada, Yargı Konseyi toplantısında Adalet Bakanlığı idari ve mali işler bölüm başkanı olan başvuran, başsavcıyı yolsuzlukla suçlamış ve bu ifadeleri sonrasında hiyerarşik amir pozisyonunda olan başsavcının suç duyurusu üzerine cezalandırılmıştır. Mahkeme, kapalı kapılar ardında bir toplantıda ifade edilen görüşler konusunda baskın hiyerarşik pozisyonda olan kişinin eleştirileri bizzat cevaplaya-

<sup>104</sup> AİHM, Kayasu- Türkiye, Başvuru no: 64119/00 ve 76292//01, 13 Kasım 2008, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 14.05.2015.

<sup>105</sup> AİHM, Vogt- Almanya, Başvuru no: 17851/9, 26/09/ 1995, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 14.05.2015.



bileceğini, suç duyurusu üzerine kişinin cezalandırılmasının orantılı olmadığını ifade etmiştir. Bu noktada mahkeme, olayın sadece toplantıya katılanların huzurunda meydana geldiğini, basında yer almadığını, bu nedenle kişinin ismi ve ünvanı üzerindeki etkinin sınırlı olduğunu, bir toplantıda söylenen sözlerin üzerinde çok fazla düşünülmeden sarfedildiğini, yazılı bir açıklama niteliğinde olmadığını, bu nedenle yaptırımın zorlayıcı bir sosyal ihtiyacı karşılamadığı için demokratik bir toplumda gerekli olmadığını belirtmiştir.<sup>106</sup>

Kudeshkina- Rusya kararında ise, ifade hürriyetinin ihlal edildiğinden bahisle yapılan başvuruda AİHM, açıklamaların niteliği, yapılma zamanı, konusu, arkasındaki motivasyon unsuru gibi pek çok değişkeni değerlendirmiştir. Buna göre, hâkim olarak görev yapan başvuran, kamu görevlilerinin yolsuzluk iddiasıyla yargılandıkları bir dava dosyasının elinden alınması sonrasında, basın yayın organlarına yaptığı açıklamalar nedeniyle hâkimlik mesleğinden çıkarılma cezası ile cezalandırılmıştır. AİHM, olayı değerlendirirken yapılan açıklamaların yargısal süreçlere müdahale edildiği iddiasına ilişkin olduğu, bu tür konuların kamuoyu tarafından tartışılmasında üstün kamu yararı bulunduğu, iddia edildiği gibi hakimler üzerinde bazı dava dosyaları ile ilgili siyasi baskı yaygın ise yargı bağımsızlığı açısından konunun ciddiyetle ele alınması gerektiği, zamanlama açısından dava dosyasının kendisinden alınması sonrasında bu açıklamaların yapıldığı, dosyanın başvurudan alınıp başka bir hakime verilmesindeki kuralsızlık ve düzensizliklerin mahkemenin dikkatini çektiği, ceza usul kanununa göre, hakim duruşmalara katılabildiği sürece aynı heyetle dosyanın incelenmesi gerekmesine karşın bu hususa dikkat edilmediği, açıklamaların arkasındaki nedenin ve motivasyon unsurunun Mahkeme açısından önem taşıdığı, kişisel husumet, kırgınlık ya da maddi beklenti gibi sebeplerle yapılan açıklamaların AİHM tarafından korunmayacağı, başvuru konusu olayda bu nedenlerin hiç birinin olmadığı belirtilmiştir. Bu değerlendirmeler sonrasında, meslekten çıkarma cezası nedeniyle başvuranın 18 yıldır sürdürdüğü hâkimlik görevi ile ilişkisinin kesildiği, disiplin hükümlerindeki en ağır yaptırım olan bu cezanın işlenen fiille uyumlu olmadığı, ayrıca diğer hâkimlerin

<sup>106</sup> AİHM, Raichinov- Bulgaristan, Başvuru no: 47579/99, 20/04/2006, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 10.05.2015.



de bundan sonra yargı sistemindeki aksaklıklara ilişkin benzer açıklamalar yapmamaları konusunda caydırıcı etkisinin olduğu belirtilmek suretiyle ihlal kararı verilmiştir.<sup>107</sup>

### 1.8. Karara Karşı Başvuru İmkânının Sağlanması

Yargı bağımsızlığını konu alan bütün evrensel hukuk belgelerinde, hâkimlere ilişkin disiplin işlemlerinin yargı konseyleri veya disiplin mahkemeleri eliyle yürütülmesi ve disiplin organlarının kararlarına karşı yargı yolunun açık olması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>108</sup>

AİHM ise verilen karara karşı bağımsız bir merciin denetimini, adalete erişim ve etkili hukuksal koruma ilkeleri çerçevesinde ele almaktadır. Buna göre, temel hakların ihlal edildiği iddiaları hakkında karar vermek üzere iç hukukta bir başvuru yolu oluşturmak, devletin pozitif yükümlülüğüdür.<sup>109</sup> Buna göre, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenmiş olan adalete erişim hakkı ile 13. maddesinde düzenlenen ulusal bir makama başvurma hakkı, kişi hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği yönündeki şikâyetleri inceleyip karara bağlayabilecek ve ihlalin tespiti halinde uygun bir giderim yolu sağlayabilecek bir iç hukuk yolunun varlığını zorunlu kılmaktadır.<sup>110</sup> İç hukukta ister somut bir norma dayanarak, isterse devlet organlarının tutum ve davranışları nedeniyle, uyuşmazlıkların bir yargı organı tarafından denetlenmesi olanağı ortadan kaldırılıyorsa AİHM, devletin mahkemeye erişim hakkını AİHS'nin 6. maddesi'nin gereklerine uygun bir şekilde düzenleme yükümlülüğünü yerine getirmeyerek, bu alanda kendisine tanıyan takdir hakkını aştığı sonucuna varmaktadır.<sup>111</sup>

<sup>107</sup> AİHM, Kudeshkina- Rusya, Başvuru no: 29492/05, 26/02/2009, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 14.05.2015.

<sup>108</sup> Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri'nin 20. maddesi, <http://www.barobirlik.org.tr>, erişim tarihi: 25.05.2015, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Hakimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik r (94) 12 Sayılı tavsiye kararı, [http://www.cepej.adalet.gov.tr/dosya/dokumanlar/REC\\_94\\_Tavsiye\\_Karari.pdf](http://www.cepej.adalet.gov.tr/dosya/dokumanlar/REC_94_Tavsiye_Karari.pdf), erişim tarihi: 05.06.2015 ( Venedik Komisyonu'nun 16 Mart 2010 gün ve CDL-AD(2010)004 sayılı Yargı Sisteminin Bağımsızlığı raporu, <http://www.venice.coe.int>, erişim tarihi: 05.06.2015

<sup>109</sup> AİHM, Fayed-Birleşik Krallık, Başvuru no:17101/90, 21/09/ 1994, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 01.05.2015.

<sup>110</sup> Francesco Francioni, Access to Justice as a Human Right, Oxford University Press, 2007, s. 55

<sup>111</sup> Mahmut Şen, Kanun İle Bir Kurumdaki Kamu Görevinin Sona Erdirilmesine

Mahkemece, başvuru ve dava yollarının etkili ve yeterli olup olmadığı yönünde değerlendirme yapılırken, ihlale karşı iç hukukta öngörülen bütün idari başvuru ve dava yolları birlikte değerlendirilmekte ve başvuru merciinin mutlaka yargısal nitelikte olması bir şart olarak ileri sürülmemektedir.<sup>112</sup> Bununla birlikte, başvuru makamlarının yetkileri ve sağladığı güvenceler, başvuru yolunun etkili olup olmadığının tespitinde dikkate alınmaktadır. Buna göre, yargı dışı makamların başvuru yolu olarak öngörüldüğü durumlarda, bu makamlar ihlale neden olan kurumdan bağımsız olarak örgütlenmeli, uyuşmazlığın çözümünde yeterli ve etkili olmalıdır.<sup>113</sup> Başvuru makamı, uyuşmazlığın esası hakkında makul süre içerisinde karar verebilecek yetkinlik ve donanımda değil ise, 13. maddede düzenlenen güvenceleri sağladığından bahsedilemez.<sup>114</sup>

Özpinar- Türkiye davasında AİHM, Kayasu davası'na atıf yapmak suretiyle 2010 yılında yapılan anayasa değişikliğinden önceki yapısı ve görevleri dikkate alınarak, HSYK İtirazları İnceleme Kurulu'nun Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında, etkili bir iç hukuk yolu olmadığına karar vermiştir. Buna gerekçe olarak, 9 kişi ile toplanan itirazları inceleme kurulunda oy çoğunluğu ile karar verildiğini, ilk kararda imzası olan dört üyenin itiraz aşamasında da karara katıldığını belirterek, bu haliyle ilk karardan bağımsız bir karar verilme ihtimalinin zayıf olmasına atıf yapmıştır.<sup>115</sup>

Anayasa değişikliği sonrasında, HSYK 2. Dairesi tarafından 7 üyesinin katılımı ile verilen disiplin kararlarına karşı yapılan itirazlar, mevcut hükümlere göre 21 üyeden oluşan Genel Kurul'da ele alınmakta ve ilk kararda imzası olan 7 üye itiraz incelemesine de katılmaktadır. Yeni yapısı ve üye kompozisyonu sonrasında, HSYK'nca

---

İlişkin Uyuşmazlıklarda Yargısal Denetim ve Adalete Erişim Hakkı, TBB Dergisi 2016 (116), s. 183.

<sup>112</sup> AİHM, Beaumartin -Fransa, Başvuru no:15287/89, 24 Kasım 1994, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 14.05.2015.

<sup>113</sup> AİHM, Beaumartin -Fransa, Başvuru no:15287/89, 24 Kasım 1994, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 14.05.2015.

<sup>114</sup> Mahmut Şen, Kanun İle Bir Kurumdaki Kamu Görevinin Sona Erdirilmesine İlişkin Uyuşmazlıklarda Yargısal Denetim ve Adalete Erişim Hakkı, TBB Dergisi, 2016 (116), s. 185

<sup>115</sup> AİHM, Özpinar- Türkiye, Başvuru no: 20999/04, 19 Ekim 2010, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 18.05.2015.

verilmiş olan kararlara karşı yapılan başvurular üzerine, AİHM tarafından henüz esastan verilmiş bir karar bulunmamaktadır. Meslekten çıkarma kararları haricindeki disiplin kararlarına karşı Genel Kurula yapılan itiraz sonrasında, başkaca bir mercie başvuru imkânı tanınmadığından,<sup>116</sup> bu aşamadan sonra yapılan başvurularda kanatimce itiraz edene tanınan usuli haklar ile genel kurulun ilk kararı veren üyelerden bağımsız hareket edip edemediği, başvuru hakkında yeterli ve etkili bir çözüm önerip öneremediği gibi hususlar AİHM tarafından denetlenecektir.

## 2. BÖLÜM

### TÜRK HUKUKUNDA HÂKİM VE SAVCILARA İLİŞKİN SORUŞTURMA USULÜ VE DİSİPLİN SÜRECİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hâkim ve Savcılara ilişkin soruşturma usulü ile verilecek disiplin cezaları, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nda **düzenlenmiştir. Ayrıca, teftiş kurulunun görev ve yetkilerine ilişkin tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerde de bir takım hükümler bulunmaktadır.**

Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 62. maddesinde hâkim ve savcılara; sıfat ve görevleri gereklerine uymayan hal ve hareketlerinin tespit edilmesi üzerine durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca uyarma, aylıktan kesme, kınama, kademe ilerlemesini durdurma, derece yükselmesini durdurma, yer değiştirme, meslekten çıkarma cezalarından birisinin verileceği belirtilmiştir. Bu yasanın, 62. ve devamı maddelerinde, disiplin cezasına konu olacak fiil ve davranışlar, 70. ve devamı maddelerinde ise soruşturma ve ceza verme süreçlerinde uyulması gereken usul kuralları belirtilmiştir.

Bu hükümler dikkate alındığında; kural olarak hâkim ve savcılar hakkında kanun yollarına başvuru sebebi olarak ileri sürülebilecek veya hâkimlerin yargı yetkisi ve takdiri kapsamında kalan hususlara

<sup>116</sup> 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 33. maddesi, www.mevzuat.gov.tr, erişim tarihi: 11.05.2015

ilişkin olan şikâyetler, işleme konulmamaktadır.<sup>117</sup> Yargı yetkisine ve yargısal takdire giren konularda eleştiri, tavsiye ve telkinde bulunmak, müfettişlere de yasaklanmıştır.<sup>118</sup> Bununla birlikte, uygulamada hâkim ve savcının vermiş olduğu kararın, yasa ile üstlenmiş olduğu kamu görevi kapsamında kalıp kalmadığının tespiti çok kolay olmamaktadır. Yapılan şikâyet ve ihbarlar sonucu, yargısal faaliyet kapsamında verilen arama, el koyma, tutuklama, tahliye gibi kararlar sonrasında, yargı mensupları hakkında inceleme ve soruşturma başlatılabilmektedir.<sup>119</sup> Müşteki kişi ve kurumlar, hâkimin kanunla kendisine verilen yetkileri aşmak suretiyle karar verdiğini iddia ederken, hâkim tarafından; kanunun kendisine tanıdığı takdir yetkisi kapsamında işlem yapıldığı ileri sürülmektedir.<sup>120</sup>

Farklı ülkelerde de vermiş olduğu yargısal kararlar nedeniyle zaman zaman hâkimlerin soruşturmaya tabi tutulduğu görülmekle birlikte, bu kararlar kanuni düzenlemeye göre ulaşılması mümkün olmayan, hukuken başka bir hâkimin vermesi olanaksız olan kararlar nedeniyledir. Bu tip kararlarda hukuka aykırılık o kadar açıktır ki, o toplumda yaşayan ve dava konusu olayı bilen, makul bir insanın hiçbir şartta, o sonuca ulaşması mümkün değildir. Dolayısıyla, aynı davaya başka bir hâkim tarafından bakılması halinde verilmesi mümkün olmayan; sanıklara savunma hakkı verilmemesi, yasada öngörülenden fazla cezaya hükmedilmesi gibi açık hukuka aykırı uygulama ve kararlar, disiplin yaptırımına konu edilebilmektedir.<sup>121</sup> Burada üzerinde durulması gereken husus, verilen kararın yasa tarafından yargı mensubuna çizilen sınırlar içerisinde olup olmadığıdır. Yargı mensubu tarafından verilen karar, yasa kapsamında alabileceği kararlardan ise, hukuki takdirin yanlış olması durumunda, disiplin soruşturması başlatmak yerine, kanun yolu aşamasında düzeltilmesi beklenilmelidir.<sup>122</sup>

<sup>117</sup> 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 97. maddesi, [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr), erişim tarihi: 11.05.2015

<sup>118</sup> 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 17/4. maddesi, [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr), erişim tarihi: 11.05.2015

<sup>119</sup> <http://www.aljazeera.com.tr/haber/17-25-aralik-savcilarina-ihrac>, erişim tarihi: 02.06. 2015.

<sup>120</sup> <http://www.grihat.com.tr/iste-savci-celal-karanin-mahkemeye-verdigi-savunmanin-tam-metni-17791h.htm>, erişim tarihi: 31.05. 2015

<sup>121</sup> Steven Lubet, *Judicial Discipline and Judicial Independence, Law and Contemporary Problems*, 61, s. 72)

<sup>122</sup> Steven Lubet, s.73

Nitekim bu husus, Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (94)12 Sayılı Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolüne Dair Tavsiye Kararı'nda, "hâkimlerce verilen kararlar kanunla öngörülen temyiz süreçleri dışında bir denetime tabi olmamalıdır" denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir.<sup>123</sup> Aksi halde, Venedik Komisyonu tarafından 610/2011 sayılı görüşte ifade edildiği gibi, disiplin süreci, hoşla gitmeyen kararlar veren hâkimlere karşı bir risk unsuru haline gelebilmektedir.<sup>124</sup>

Yargısal faaliyete ilişkin olmayan konularda yapılan şikâyet ve ihbarlar üzerine inceleme ve soruşturma süreçleri, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 3.Dairesinin teklifi ve Kurul Başkanı olan Adalet Bakanı'nın olur vermesiyle başlatılmaktadır.<sup>125</sup> Kanun maddesinde, 'ilgili dairenin teklifi üzerine, hâkim ve savcılar hakkında denetim, araştırma, inceleme ve soruşturma yapılması işlemleri ile inceleme ve soruşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin işlemlere olur vermek' ibaresi yer aldığından uygulamada, Başkan tarafından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 3. Dairesi'nin teklifinin aksine bir hukuki tasarrufta da bulunulabilmektedir.<sup>126</sup> Başka bir deyişle, daire tarafından soruşturma izni öngörülmemeyen bir yargı mensubu hakkında, Başkan tarafından dairenin teklifi dikkate alınmayarak soruşturma başlatılması ya da daire tarafından soruşturma izni verilmesi teklif edilen bir durumda, başkan tarafından bu soruşturmanın engellenmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.

Bu hükmün iptali istemiyle yapılan başvuruyu inceleyen anayasa mahkemesince, Anayasa'nın **159. maddesi hükmüne göre, hâkim ve savcılar hakkında araştırma ve gerektiğinde inceleme ve soruşturma işlemlerinin Kurul müfettişlerine yaptırılabilmesi için ilgili dairenin**

<sup>123</sup> Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri'nin 4. maddesi, <http://www.barobirlik.org.tr>, erişim tarihi: 25.05.2015, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (94)12 Sayılı Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolüne Dair Tavsiye Kararı, [http://www.cepej.adalet.gov.tr/dosya/dokumanlar/REC\\_94\\_Tavsiye\\_Karari.pdf](http://www.cepej.adalet.gov.tr/dosya/dokumanlar/REC_94_Tavsiye_Karari.pdf), erişim tarihi: 05.06.2015

<sup>124</sup> Venedik Komisyonu'nun ( VK) mart 2011 tarihli ve 610/2011 sayılı Türkiye Hakimler ve Savcılar Kanunu Taslağı Hakkında Görüşü, para. 59, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/>, erişim tarihi: 08.10.2014

<sup>125</sup> 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 6. maddesi, [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr), erişim tarihi: 11.05.2015

<sup>126</sup> <http://t24.com.tr/haber/17-aralik-savcilarina-sorusturma-izni-verilmeyen-konulara-bozdogdan-onay,260284>, erişim tarihi: 30.05.2015

teklifi ve HSYK Başkanının oluru gerektiği, bu iki koşulun gerçekleşmemesi halinde, hâkim ve savcılar hakkında inceleme ve soruşturma yapılabilmesine olanak bulunmadığı ifade edilmesine karşın, madde hükmü iptal edilmemiştir.<sup>127</sup> Anayasa Mahkemesi, madde metnini yorumlarken değişikliğin gerekçesinden de bahsetmiştir. Anayasa'nın 159. maddesinde 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin gerekçesine göre, hâkim ve savcılar hakkında inceleme ve soruşturma izni verilmesi yetkisinin Adalet Bakanına ait olması hususu, **iç ve dış kamuoyunda eleştiri konusu yapılmaktadır**. Bu eleştiriler dikkate alınmak suretiyle, halen Adalet Bakanlığına ait olan hâkim ve savcıların denetlenmesi yetkisi, tamamen Kurula devredilmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş olan bu “yorumlu ret” kararı sonrasında, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun ilgili dairesi ile Kurul Başkanı olan Adalet Bakanı arasında yetki sorunu yaşanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin karar gerekçesinde açıkça “hâkim ve savcılar hakkında araştırma ve gerektiğinde inceleme ve soruşturma işlemlerinin Kurul müfettişlerine yaptırılabilmesi için, ilgili dairenin teklifi ve HSYK Başkanının oluru gerektiği, bu iki koşulun gerçekleşmemesi halinde, hâkim ve savcılar hakkında inceleme ve soruşturma yapılabilmesine olanak bulunmadığı” ifade edilmesine karşın, yukarıda belirtildiği üzere, Daire'nin teklifinin aksine Başkan tarafından başlatılan disiplin soruşturmaları bulunmaktadır. AİHM ise bir yargı mensubu hakkında soruşturma işlemlerinin siyasi irade, yürütme erki ya da temsilcisi tarafından başlatılması hususunu kabul edilebilir bulmamaktadır.<sup>128</sup>

Avrupa Konseyi'ne üye olan devletlerde de, adalet bakanının yargı kurulunda bulunması ve yetkileri, yargı bağımsızlığı açısından tartışılmaktadır. Bu tartışmalar sonucunda, Fransa'da 2008 yılında yapılan anayasa değişikliği ile adalet bakanının kurul üyeliği sona erdirilmiş; İtalya'da ise temiz eller operasyonu sırasında, bakanın hâkim ve savcılar üzerindeki denetim yetkisini kullanma biçimi yoğun olarak eleştirilmiştir. Kendisi de eski bir hâkim olan Adalet Bakanının, yolsuzluk ve örgütlü suçlarla ilgili soruşturma yürüten Milano'daki savcılık bü-

<sup>127</sup> Anayasa Mahkemesi'nin E. : 10. 04. 2014 gün ve 2014/57, K. 2014/81 sayılı kararı, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), erişim tarihi: 19.05.2015

<sup>128</sup> AİHM, Volkov- Ukrayna, Başvuru no: 21722/11, 09/01 /2013, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 18.05.2015.

rosuna müfettiş göndermesi tepki toplamış ve Bakan, güvensizlik oyu ile düşürülmüştür. Bu olay sonrasında ilgili mevzuat **değiştirilmek suretiyle Bakanın hâkim ve savcılarının denetimine ilişkin yetkisi sınırlandırılmıştır**. Bakanın sahip olduğu inceleme ve soruşturma açma yetkisi yeni düzenlemeyle, Yargıtay Başsavcılığı'ndan bu yönde talepte bulunmaya dönüştürülmüştür.<sup>129</sup>

Öte yandan, Avrupa Konseyi'ne üye hiçbir ülkede, adalet bakanlığı müsteşarı ya da eşdeğer bir kamu görevlisi, yargı kuruluna üye değildir. Adalet Bakanının kurul üyesi olabileceğinin ifade edildiği çalışmalarda bile, **müsteşarın üyeliğine son verilmesi gerektiği belirtilmiştir**<sup>130</sup>. Eleştirilerin temel çıkış noktası, 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 6. maddesinde belirlenen, **görev tanımıdır. Bu maddeye göre müsteşar, bakanın emrinde olup, bakanın emir ve direktifleri yönünde bakanlığın amaç ve politikalarını yürütmekten sorumludur. Müsteşar, birinci sınıf hâkim veya savcı olsa bile, siyasi bir kişilik olan Adalet Bakanının hiyerarşik olarak astı konumunda olması nedeniyle, kurul çalışmalarında bakandan bağımsız hareket etmesinin zor olduğu belirtilmektedir**.<sup>131</sup>

Tüm bu gerekçelerle, ülkemiz açısından da, hâkimlerle ilgili disiplin süreçlerini karara bağlayan bir kurulun başkanının, siyasi bir kimliği bulunan adalet bakanı olması ve bakanlık müsteşarının doğal üye olarak disiplin dosyalarının genel kuruldaki görüşmelerine katılması, kurul üzerinde yürütmenin etkisine ve baskısına yol açabileceği, dolayısıyla yargı bağımsızlığı açısından sakıncalar doğurabileceği gerekçesiyle eleştiri konusu yapılmaktadır.<sup>132</sup>

Uygulamada inceleme ve soruşturmalar, müfettiş ya da muhakkik eliyle yapılmaktadır. Kurul müfettişleri görevlerini yerine getirirken yapacakları araştırma, inceleme ve soruşturmalarda, lüzum gördükleri kimseleri yeminle dinleyebilmekte, gerektiğinde istinabe yoluna başvurabilmekte, sübut delilleri ile gereken bilgileri kamu kurum ve kuruluşlarından doğrudan toplayabilmektedir. Müfettişler, yapacak-

<sup>129</sup> Burak Çelik, s. 187.

<sup>130</sup> Burak Çelik, s. 229.

<sup>131</sup> Burak Çelik, s. 229.

<sup>132</sup> Burak Çelik, s. 189.



ları inceleme ve soruşturmalarda, bu Kanunda verilen yetkilere ilave olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Cumhuriyet savcısına soruşturmanın yürütülmesiyle ilgili tanınan tüm yetkileri kullanabilmektedir. Kurul müfettişlerince yapılacak denetim, araştırma, inceleme ve soruşturmalarda ilgili kuruluş ve kişiler, istenecek her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür.<sup>133</sup> Dolayısıyla, hâkimlerle ilgili soruşturmayı yapacak olan kamu görevlileri, kovuşturma ve yargılamada cumhuriyet savcısının sahip olduğu yetkileri doğrudan kullanabilmektedir. AİHM'de savcı yetkisi kullanan müfettiş tarafından, ilgilinin sadece aleyhine olan delil ve belgelerin değil, aynı zamanda lehine olanların da toplanması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>134</sup>

AİHM'ne göre, ilgili dosya içerisinde bulunan tüm delillere zamanında ulaşabilmeli, karşı tarafın delillerini inceleyip gerekirse uzman kurumlarda orijinal olup olmadığını inceleyebilmeli, tanıkları sorgulayabilmeli, tüm suçlamalara, delillere, raporlara ve tanık ifadelerine karşı beyanlarda bulunup karşı tezlerini sunabilmelidir.<sup>135</sup> Bu noktada, delil ve belgelere karşı görüş ve beyanlarının alınması ve deliller üzerinde uzman görüşü ya da bilirkişi incelemesi yaptırılacağı belirtiliyor ise, bu işlemler için gerekli zaman verilmelidir.<sup>136</sup> Dolayısıyla mahkemeye göre, hakkında soruşturma yapılan yargı mensubu soruşturmayı yürüten müfettiş ile aynı anda olaya ilişkin bütün delillere zamanında ulaşabilmeli ve bunlara ilişkin beyanlarını diğer tarafla eşit şartlarda ve aynı zaman dilimi içinde sunabilmelidir.

Kanuna göre, ceza verilmeden önce yargı mensubuna savunma için, üç günden az olmamak üzere, süre verilmesi zorunludur. İlgili bu süre içerisinde savunma yapmaz ise, hakkından vazgeçmiş sayılmaktadır.<sup>137</sup> Uygulamada, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından, savunma için 10 günlük süre verilmektedir. Kanun gereği ilgililerin,

<sup>133</sup> 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 17. maddesi, www.mevzuat.gov.tr, erişim tarihi: 11.05.2015

<sup>134</sup> AİHM, Özpinar- Türkiye, Başvuru no: 20999/04, 19 Ekim 2010, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 18.05.2015.

<sup>135</sup> AİHM, Ruiz-Mateos- İspanya, Başvuru no: 12952/87, 23/06/1993, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 8.05.2015.

<sup>136</sup> AİHM, Yvon -Fransa, Başvuru no: 44962/98, 24/04/2003, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 18.05.2015.

<sup>137</sup> 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 71. maddesi, www.mevzuat.gov.tr, erişim tarihi: 11.05.2015

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ilgili dairesinde sözlü savunma yapma hakkı bulunmamaktadır. Ancak, ilgili hakkında meslekten çıkarma kararı verilmiş ise Genel kurulda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma hakkına sahiptir.<sup>138</sup> Bu hüküm ve uygulama, AİHM tarafından eleştirilmektedir. Mahkemeye göre, si-lahların eşitliği ilkesi gereğince ilgili yargı mensubunun aleyhine delil toplayan müfettiş üzerinde bir süre baskısı öngörülmemişken, savunma için ilgiliye kısa bir süre tanınması uygun değildir. Ayrıca, duruşmada hazır bulunma ve hukuki dinlenilme hakkı gereğince, sözlü olarak tez ve argümanlarını heyet huzurunda dile getirme yönündeki talebin karşılanması, Sözleşme'ye taraf olan devletin uyması gereken pozitif yükümlülüklerdendir.<sup>139</sup>

Yapılan soruşturma sonucu, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından, isnat edilen fiilin, hakkında soruşturma yapılan yargı mensubu tarafından işlendiği sonucuna ulaşırsa, yasada bu fiil için öngörülen ceza verilebileceği gibi, belirli şartlarda daha hafif veya daha ağır ceza verilmesi de mümkündür. Yasaya göre, sicilden silinmesi mümkün olan disiplin cezası uygulanmasına neden olmuş bir eylem veya davranışın, cezaların sicilden silinmesini ilişkin süreler içinde tekrarlanması veya aynı tür disiplin cezasını gerektiren birden çok eylem veya davranışın bir arada bulunması hallerinde, bir derece ağır disiplin cezası verilebilmektedir. Yine, ilk defa disiplin suçu işleyenlerden geçmiş hizmetleri sırasında çalışmalarını olumlu olan ve tercihli veya mümtazen yükselmeye layık bulunan ve iyi veya çok iyi derecede sicil alanlar hakkında, meslekten çıkarmayı gerektiren durumlar hariç olmak üzere, verilecek cezalardan bir derece hafif olanının uygulanabilmesi mümkündür.<sup>140</sup> İlgiliye isnat edilen ve soruşturma sonucu işlendiği tespit edilen fiilin karşılığı olan ceza da, AİHM tarafından ölçülü olup olmadığı yönünde denetime tabi tutulmaktadır. Verilen ceza, demokratik bir toplum düzeninin gereklerine uygun ve işlenen fiille orantılı değilse, ihlal kararı verilmektedir.<sup>141</sup>

<sup>138</sup> 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 73. maddesi, [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr), erişim tarihi: 11.05.2015

<sup>139</sup> AİHM, Özpinar- Türkiye, Başvuru no: 20999/04, 19 Ekim 2010, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 18.05.2015.

<sup>140</sup> 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 70. maddesi, [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr), erişim tarihi: 11.05.2015

<sup>141</sup> AİHM, Kayasu- Türkiye, Başvuru no: 64119/00 ve 76292//01, 13 Kasım 2008, ,

Öte yandan, hâkim ve savcılara, savunmaları alınmış olmadıkça, haklarındaki şikâyet ve ihbar üzerine verilen kararlar tebliğ edilmemektedir.<sup>142</sup> Bu düzenlemeden temel amaç, yapılacak inceleme sonucunda fiilin işlendiği, belirli ağırlıkta olduğu ve soruşturulması gerektiği tespiti yapılmadan önce, yargısal süreçlerde tarafsız ve adil olması beklenen hâkimin şikâyetler ile baskı altına alınmasının önlenmesidir. Esasen, Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı İlkeleri'nde de, yargı mensubu kendisi talep etmedikçe, hakkında yapılan inceleme ve soruşturmanın ilk aşamasının gizli yapılacağı belirtilmiştir.<sup>143</sup> Bununla birlikte, ülkemiz uygulamasında yasa hükmü mutlak olarak uygulanmakta, soruşturma sonuçlanıp savunması istenilmediği sürece, şikâyet üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından verilen inceleme ve soruşturma izinlerine ilişkin kararlar ile hakkında yapılan ithamlar, talep etmiş olsa bile ilgiliye bildirilmemektedir. Hatta bazı durumlarda, basın yayın organlarında, yapılan inceleme ve soruşturmaya ilişkin haber ve yorumlar yapılsa ve konu kamuoyu tarafından tartışılabilir, kişinin aleyhinde verilmiş olan karar ve bilgi talebi, HSYK tarafından kabul edilmemektedir. Bu husus, AİHM tarafından ülkemiz aleyhine verilen bir kararda eleştiri konusu yapılmıştır.<sup>144</sup>

Öte yandan, ilgili kanun hükümleri dikkate alındığında, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerinin çekilmesi ve reddi düzenlenmesine karşın soruşturmayı yapan müfettiş için böyle bir hüküm öngörülmemiştir. Dolayısıyla, kanunda öngörülen sebeplerin birisinin gerçekleşmesi halinde, hakkında soruşturma yapılan yargı mensupları tarafından kurul üyelerinin reddedilmesi veya üyenin kendisinin çekilmesi mümkündür. Buna göre, Kurulun Başkan ve üyeleri; aynı işte tanık olarak dinlenmiş, mütalaa vermiş, bilirkişilik, müşavirlik, avukatlık, hâkimlik veya savcılık yapmış ya da daha önce işin soruşturulması ile görevlendirilmiş ise, Kurul ve daire çalışmalarına katılamazlar ve herhangi bir şekilde işe bakamazlar. Ayrıca, Kurul üyeleriyle ilgili

<sup>142</sup> <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 11.05.2015.

<sup>143</sup> 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 33.maddesi, [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr), erişim tarihi: 11.05.2015

<sup>144</sup> Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkelerinin 16. maddesi., <http://www.barobirlik.org.tr>, erişim tarihi: 05.06.2015

<sup>144</sup> AİHM, Özpinar- Türkiye, Başvuru no: 20999/04, 19 Ekim 2010, , <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 18.05.2015.

arasında bir husumet olması veya **üyelerin** tarafsızlıklarını şüpheye düşürecek önemli bir hâlin mevcut olması durumunda, işi görmekten çekinebilecekleri gibi, ilgili tarafından da ret olunabilirler.<sup>145</sup> Disiplin ve karar süreçlerinde tarafsız ve adil karar verilmesini sağlamak açısından, bu düzenleme yerindedir. Bununla birlikte, benzer sebeplerin ortaya çıkması halinde soruşturmayı yapan müfettiş için buna benzer bir düzenleme olmamasının da, bir eksiklik olduğu söylenebilir.

Meslekten çıkarma cezası haricindeki disiplin yaptırımları için, yargı denetimi öngörülmemiştir. Yasaya göre, bahsi geçen tasarruflara karşı ilgili tarafından, kararı veren daireye yeniden inceleme ve Genel Kurula itiraz edilmesi mümkündür. Yasa hükmüne göre, itiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Genel Kurulun veya dairelerin, meslekten çıkarma cezasına ilişkin kesinleşmiş kararlarına karşı ilk derece olarak Danıştay'da iptal davası açılabilir. Bu davalar, kanun gereği acele işlerden sayılmaktadır.<sup>146</sup> Yargısal denetimin her türlü disiplin cezası için öngörülmemesi de, ülkemiz yargı sistemi hakkında rapor hazırlayan Avrupa Konseyi ve Venedik Komisyonu tarafından eleştiri konusu yapıldığı gibi AİHM tarafından da Sözleşme'nin 13. maddesi kapsamında etkili iç hukuk yolu açısından ihlal sebebi olarak değerlendirilebilmektedir.<sup>147</sup>

Eleştiri konusu olan hususlardan birisi ise disiplin hükümlerinin hukuki güvenlik, öngörülebilirlik ve belirlilik açısından yeterli görülmemesidir. Bu ilkeler gereğince disiplin soruşturmasına konu edilecek yasak fiil ve davranışlar, somut olarak düzenlenmelidir. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda yer verilen disiplin hükümleri dikkate alındığında, bazı fiil ve haller ile karşılığı olarak öngörülen cezaların somut olarak düzenlenmesine karşın, bazı fiiller için "hizmet içinde ve dışında, resmi sıfatının gerektirdiği saygınlık ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak", "kusurlu veya uygunsuz hareket ve ilişkileriyle mesleğin şeref ve nüfuzunu veya

<sup>145</sup> 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 40. ve 41. maddeleri, , [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr), erişim tarihi: 11.05.2015

<sup>146</sup> 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 33. maddesi, , [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr), erişim tarihi: 11.05.2015

<sup>147</sup> Venedik Komisyonu'nun 16 Mart 2010 tarih ve CDL-AD(2010)004 sayılı raporu, , <http://www.abgm.adalet.gov.tr/>, erişim tarihi: 08.01.2015

şahsi onur ve saygınlığını yitirmek”, “nitelik ve ağırlıkları itibariyle yukarıda belirtilen benzeri eylemlerde bulunmak” gibi genel ifadelerle düzenleme yapıldığı görülmektedir. Kanun hükmünde yer alan, uygunsuz davranış, mesleğin gerektirdiği güven ve saygıya zarar verme, uygunsuz giyinme, hizmet uyumunu tehlikeye atma gibi<sup>148</sup> genel ifadeler yargı bağımsızlığına aykırı soruşturmanın dayanağı olabileceği gerekçesiyle eleştiri konusu yapılmakta ve disiplin mevzuatındaki genel ifadelerle yapılan düzenlemelerin bağımsızlık algısına zarar vermemesi için ilgili kurumlarca dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>149</sup> Bu noktada özellikle, Yasa’nın 69. maddesinin son fıkrasında ifade edilen “disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmezse ve hükümlülüğü gerektirmese bile, mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde meslekten çıkarma cezası verilir.” hükmü önem kazanmaktadır. Gerçekten, soruşturma konusu olan fiil suç teşkil etmese bile, HSYK tarafından hâkimlik mesleğinin saygınlığına zarar verecek ve kamuoyunda yargı organının saygınlığına zarar verecek nitelikte görülürse, meslekten çıkarma cezası verilebilmektedir<sup>150</sup>. Dolayısıyla, Venedik Komisyonu’nun Türkiye Hâkimler ve Savcılar Kanunu Taslağı Hakkındaki 610/2011 sayılı görüşünde yapmış olduğu uyarı dikkate alınmayıp disiplin hükümleri geniş yorumlandığı zaman, somut olarak düzenlenmeyen fiiller nedeniyle disiplin süreci, hoş gitmeyen kararlar veren hâkim ve savcılara karşı kullanılma riskini bünyesinde taşıyabilmektedir.<sup>151</sup>

## SONUÇ

Hâkim ve savcılarının sorumluluğunun kapsam ve sınırları ile disiplin süreçlerinde sahip olmaları gereken hak ve güvenceler, bir sü-

<sup>148</sup> Venedik Komisyonu’nun (VK) mart 2011 tarihli ve 610/2011 sayılı Türkiye Hakimler ve Savcılar Kanunu Taslağı Hakkında Görüşü, para. 59, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/>, erişim tarihi: 08.10.2014

<sup>149</sup> Venedik Komisyonu, para. 59.

<sup>150</sup> <http://www.milliyet.com.tr/hsyk-4-savci-ve-1-hakimi-meslekten-gundem-2057880/>, erişim tarihi: 05.06.2015

<sup>151</sup> HSYK, Ferhat Sarıkaya hakkında Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 69. maddesinin son fıkrasına göre meslekten ihracına karar verdi. <http://www.hukuki.net/archive/index.php?t-9857.html>, erişim tarihi: 05.06.2015

redir ülke gündemini meşgul etmektedir. Yargısal süreçlerin basın ve kamuoyu tarafından yakından izlendiği bir ortamda, hâkimlerin hiçbir baskı altında kalmadan ve verdikleri kararlar yüzünden gelecek endişesi taşımadan görev yapabilmeleri için, yargı bağımsızlığının hem anayasal düzeyde teminat altına alınması, hem de bu teminatların uygulanması zorunludur. Özellikle, ülkenin ekonomik, güvenlik, eğitim ve sosyal politikalarına ilişkin olan davalarda verilecek olan kararların, davalı konumda olan özel ya da tüzel kişileri ya da baskı gruplarını rahatsız etmesi mümkündür. Böyle bir durumda hâkim, yargısal faaliyet esnasında verdiği karardan veya kullandığı takdirden dolayı zarar görmeyeceğini, soruşturmaya tabi tutulmayacağını bilmelidir.<sup>152</sup> Unutulmamalıdır ki, bağımsızlık ilkesi hoşâ giden, toplumun geneli tarafından benimsenen, popüler kararların alınmasının değil, adil ve vicdani olan kararların verilmesinin teminatıdır.

Yargı bağımsızlığına ilişkin uluslararası belgelere göre, hakimin sorumluluğunu gerektiren fiiller, kanunda açık ve öngörülebilir bir şekilde düzenlenmeli, yargı mensupları yargısal süreçlerdeki hukuki takdirleri nedeniyle disiplin yaptırımına maruz bırakılmamalıdır. Ayrıca karar süreçleri, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ilkesine uygun olmalıdır. Yukarıda belirtildiği üzere, Türk Hukuk Sisteminde hâkim ve savcılarının disiplin süreçlerini düzenleyen hükümler AİHM içtihatları ışığında değerlendirildiğinde; adil yargılanma hakkının gerektirdiği çelişmeli yargılama, silahların eşitliği, savunma hakkı, hukuki dinlenilme, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik, etkili yargısal koruma ve etkili başvuru gibi konularda eksiklikler bulunmaktadır. Ayrıca, Kayasu, Özpinar, Albayrak gibi ülkemiz aleyhine verilen AİHM kararları dikkate alındığında, hakkında soruşturma yapılan kişilerin sahip olması gereken bazı usuli hak ve teminatların, soruşturma ve karar aşamasında HSYK tarafından ihmal edildiği görülmektedir. Dolayısıyla, hem iç hukukta süreci düzenleyen mevzuat hükümleri yargı bağımsızlığı, hâkim teminatı ve adil yargılanma hakkı ilkelerine göre yeniden düzenlenmeli, hem de HSYK karar verirken bu ilkelerin hayata geçirilmesinde gerekli özen ve hassasiyeti göstermelidir.

<sup>152</sup> Mahmut Şen, Yargının Bağımsızlığı ve Hesap Verebilirliği İlişkisi, s.83

## Kaynakça

### Kitap ve Makaleler

- Akıncı Müslüm, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Atay, Ender Ethem İfade Hürriyetine İlişkin Temel Saptamalar, THED, sayı 57, Ağustos 2000.
- Çağlar Selda, Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi, Beta Yayın Dağıtım A.Ş, İstanbul, 2013.
- Çelik Burak, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme, XII Levha Yayınları, No: 263, İstanbul, 2012.
- Dinç, Güney Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği, *TBB Dergisi*, Sayı 57, 2005.
- Eren Abdurrahman, Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeyinin Gerekleri, Beta Basım A.Ş. İstanbul, 2004.
- Fendoğlu Hasan Tahsin, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Feyzioğlu Metin, Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", AÜHFD, C. 48, 1999/1-4.
- Francesco Francioni, Access to Justice as a Human Right, Oxford University Press, 2007.
- Garoupa Nuno, Ginsburg Tom, "Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence" Public Law & Legal Theory Working Papers No. 250, 2008.
- Ginsburg Thomas B., Growing Constitutions: Judicial Review in New Democracies, University of California, 1999, 34
- İnceoğlu Sibel, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Beta, İstanbul, 2013, s. 209
- İnceoğlu Sibel, Yeni Anayasa'da Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı? Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi,(95), 2011, s. 236
- Kochenov Dimitry, EU Enlargement and the Failure of Conditionality. Pre-accession Conditionality in the fields of democracy and the rule of law, Kluwer Law International,2000.
- Kunter Nurullah, Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Arıkan Yayınları, İstanbul,1989.
- Kutlu Mustafa, 'Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri, Gelişimi, Hukuk Devletinin Kökenleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.
- Lubet Steven, Judicial Discipline and Judicial Independence, Law and Contemporary Problems, 61.
- Özbey Özcan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları, *TBB Dergisi*, 2013 (106).



- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş II. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1990.*
- Reitz John C., *Export of the rule of law, Transnational Law & Contemporary Problems, 2003.*
- Salihpaşaoğlu, Yaşar *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, Y. 2009, Sayı. 1-2.*
- Salbu Steven R., *Law and Conformity, Ethics and Conflict: The Trouble with Law-Based Conceptions of Ethics, Indiana Law Journal: Vol. 68: Iss. 1, Article 3.*
- Samkhav N., *Sankar Disciplining the Professional Judge, California Law Review, no. 88.*
- Sarı, Cengiz *Yargı Etiği ve Türkiye’de Yargının Etik Yapılanması, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014*
- Stern Gerald, *Judicial Error That is Subject to Discipline in Newyork, Hostra Law Review, (32).*
- Şen Mahmut, *Yargının Bağımsızlığı ve Hesap Verebilirliği İlişkisi, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı, 102, Şubat 2015.*
- Şen, Mahmut, *Hâkimin Tarafsızlığının Sosyal Medya Ortamında Korunması Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Y. 2014, Sa. 3-4.*
- Şen Mahmut, *Kanun İle Bir Kurumdaki Kamu Görevinin Sona Erdirilmesine İlişkin Uyuşmazlıklarda Yargısal Denetim ve Adalete Erişim Hakkı, Tbb Dergisi 2016 (116)*
- Üzülmez İlhan, *Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları, TBB Dergisi, Sayı 58, 2005.*

## Belgeler

- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (94)12 Sayılı Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolüne Dair Tavsiye Kararı,
- Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg’in, Ukrayna ziyaretinin ardından hazırladığı Rapor, CommDH(2012)10, 23 Şubat 2012.
- 1985 Tarihli BM Yargı Bağımsızlığı Temel Prensipleri
- Manga Carta of Judges
- Opinion no 1 (2001) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) for the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Standards Concerning The Independence Of The Judiciary And The Irremovability Of Judges .
- Opinion no.10(2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the Service Of Society.
- Venedik Komisyonu’nun ( VK) Mart 2011 tarihli ve 610/2011 sayılı Türkiye Hakimler ve Savcılar Kanunu Taslağı Hakkında Görüşü

**AIHM Kararları**

- Ay -Türkiye, Başvuru no: 34288/04, 24/1/2014
- Kudeshkina- Rusya, Başvuru no: 29492/05, 26 Şubat 2009
- Özpınar- Türkiye, Başvuru no: 20999/04, 19 Ekim 2010.
- Volkov- Ukrayna, Başvuru no: 21722/11, 09/01 /2013
- Mitrinovski- Makedonya, başvuru no: 6899/12, 30 Nisan 2015
- Harabin-Slovakya, Başvuru no: 58688/11, 20/ 11/2012
- Sacilor-Lormines - Fransa, Başvuru no: 65411/01, 09/11/2006,
- Daktaras / Litvanya, Başvuru no: 42095/98, 10/10/2000
- Oliciç-Hırvatistan, Başvuru no: 22330/05, 5/02/ 2009.
- Barberà, Messegué ve Jabardo - İspanya, 6 Aralık 1988
- Taliadorou ve Stylianou - Kıbrıs, no. 3927/05, 39631/05, 16 Ekim 2008
- Minelli-İsviçre, 8660/79, 25/03/1983
- Hokkanen - Finlandiya, 24 Ağustos 1994
- Lopez-Ostra - İspanya, 9 Ekim 1994.
- Çetinkaya- Türkiye, 57944/00, 18/12/2003
- Sramek- Avusturya, Başvuru no: 8790/79, 22/10/1984,
- Gustafson-İsveç, Başvuru no: 23196/94 45
- McGinley ve Egan - Birleşik Krallık, 21825/93 23414/94, 28/01/2000
- Matytsına v. Rusya, 58428/10, 24/3/2014
- Yvon -Fransa, Başvuru no: 44962/98, 24/04/2003
- Clinique des Acacias ve diğerleri -Fransa, Başvuru no: 65399/01 65405/01 65407/01, 13/10/2005.
- Ferreira Alves - Portekiz, Başvuru no: 25053/05, 21/06/2007.
- Platakou- Yunanistan, Başvuru no: 38460/97, 11/01/2001.
- DomboBeheer B.V. - Hollanda, 14448/88, 27/10/1993.
- Taxquet /Belçika, Başvuru no.926/05,16 Kasım 2010.
- Hentrich- Fransa, Başvuru no: 13616/88, 22/09/1994
- Vona - Macaristan, Başvuru no.359443, 9 Temmuz 2013
- Demir ve Baykara- Türkiye, Başvuru no: 34503/97, 12/11/2008
- Kudeshkina- Rusya, Başvuru no: 29492/05, 26/02/2009
- Nur Radyo ve Televizyon Yayıncılığı - Türkiye davası, Başvuru no: 6587/03, 27/11/2007
- Perna- İtalya, Başvuru no: 48898/99, 06/05/2003

Kayasa- Türkiye, Başvuru no: 64119/00 ve 76292//01, 13 Kasım 2008

Fayed-Birlesik Krallık, Başvuru no:17101/90, 21/09/ 1994

Beaumartin -Fransa, Başvuru no:15287/89, 24 Kasım 1994

Ruiz-Mateos- İspanya, Başvuru no: 12952/87, 23/06/1993,

Anayasa Mahkemesi'nin E. 10. 04. 2014 gün ve 2014/57, K. 2014/81

### **İnternet Kaynakları**

[www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

<http://www.aljazeera.com.tr>

<http://www.barobirlik.org.tr>

<http://www.cepej.adalet.gov.tr>

<http://www.grihat.com.tr>

<http://t24.com.tr>

<http://hudoc.echr.coe.int>

<http://www.milliyet.com.tr>

<http://www.hukuki.net>

# TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN GELİŞTİRİLMESİ AMACIYLA ÇEŞİTLİ KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN İLE SİYASİ PARTİLER KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN PARTİ İÇİ DEMOKRASİ İLKESİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

THE EVALUATION OF THE AMENDMENTS OF THE POLITICAL  
PARTIES ACT BY THE CODE REGARDING AMENDMENTS  
IN SEVERAL CODES IN ORDER TO IMPROVE FUNDAMENTAL  
RIGHTS AND FREEDOMS UNDER THE PRINCIPLE  
OF INTRA-PARTY DEMOCRACY

Tevfik Sönmez KÜÇÜK\*

**Özet:** 2.3.2014 tarih ve 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, parti içi demokrasi ilkesi çerçevesinde Siyasi Partiler Kanunu'nu üç noktada değiştirmiştir. Bu değişiklikler sırasıyla şunlardır: Partilerin, iki kişiden fazla olmamak kaydıyla tüzüklerinde eş genel başkanlık sistemini kabul edebilmesi, partilerin belde teşkilatı kurma zorunluluğunun kaldırılması ve devlet yardımı almak için genel seçimlerde alınması gerekli olan oy oranının düşürülmesi. İşte bu çalışmada da bu değişikliklerin, parti içi demokrasi ilkesini ne yönde etkilediği kapsamlı olarak tahlil edilecek ve bunların, mevcut sorunların çözümüne katkı sağlayıp sağlamayacağı ortaya konacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Eş Genel Başkanlık, Belde Teşkilatı, Mali Yardım, Parti İçi Demokrasi.

**Abstract:** The Code Dated 2.3.2014, Numbered 6529, Regarding Amendments in Several Codes In Order To Improve Fundamental Rights and Freedoms, has amended Political Parties Act on three points under the principle of intra-party democracy. The alterations are respectively: Allowance for the political parties to adopt co-chair system in their charters, on the condition that it shall be no more than two persons, removal of the political parties' obligation to establish town organization and the reduction of percentage required for a political party to benefit from public aid. In this article, the effects of the above mentioned changes on the principle of intra-party democracy will be analysed and whether these alterations will solve the contemporary problems will be set forth.

**Keywords:** Co-Chair, Town Organization, Public Aid, Intra-Party Democracy.

\* Yrd. Doç. Dr., Yeditepe Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## I. Giriş

En genel ifade ile partiler mekânında demokratik kuralların işlenmesi anlamına gelen parti içi demokrasi, günümüz siyasi partiler hukukunun en önemli sorunlarından biridir. Partilerle ilgili yapılan her tartışmada partilerin iç düzen ve işleyişlerinin demokratik olmadığından yakınılması ve uygulamada karşılaşılan birçok sorunun temel nedeni olarak parti içi demokrasinin olmayışının ifade edilmesi, bu durumun, başlı başına bir göstergesi olarak kabul edilebilir. Partilerin iç düzen ve işleyişlerinin demokratik esaslara uygunluğu esas olarak hukuk ötesi ve hukuki olmak üzere iki temel faktörden etkilenmektedir. Hukuk ötesi faktörlerle anlatılmak istenen husus; hukuki düzenlemelerin dışında kalan etmenlerdir. Bu bağlamda, toplumun siyasi kültürü, parti içi iktidarın kişiselleşmesine neden olan faktörler, seçmenlerin oylarını kullanırken parti içi demokrasi ilkesini dikkate alıp almadığı, partilerin kurumsallaşma düzeyi ile toplumun ekonomik yapısı gibi birçok unsur örnek olarak gösterilebilir.<sup>1</sup>

Hukuki düzenlemeleri ise pozitif hukukun konusuna giren ve partilerin iç düzen ve işleyişlerini etkileyen faktörler olarak tanımlamak mümkündür. Hukuki düzenlemeler ekseninde ele alınması gereken ilk hususu, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun (SPK) oluşturduğu öne sürülebilir. Gerçi hukuki düzenlemeler sadece SPK'dan ibaret değildir ve ayrıca, partilerin yetkili organlarınca çıkarılan tüzük ve yönetmelikler de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Ancak SPK, partilerin iç düzen ve işleyişleri ile ilgili olarak o kadar kapsamlı bir kanun özelliği göstermektedir ki, tüzük ve yönetmelikler kural olarak SPK'nın emredici bir biçimde düzenlediği hususları tekrarlamaktan

<sup>1</sup> Hukuk ötesi faktörlerin parti içi demokrasi ilkesine etkisi için bkz. Tevfik Sönmez Küçük, *Parti İçi Demokrasi*, XII Levha Yay., 1. Baskı, İstanbul, Nisan 2015, s. 332-363. Hatta öğretilerde bazı yazarlar, parti içi demokrasinin gerçekleştirilmesi konusunda pozitif hukukun etkisinin sınırlı olduğunu ve kavramın daha çok toplumun siyasal kültürü ile ilgili bir konu olduğunu ifade eder. Bu konuda bkz. Fazıl Sağlam, "Siyasi Partiler Kanunu'nda Uluslararası Standartlara Uygunluk Açısından Yapılması Gereken Değişiklikler", AYD, C. 17, 2000, s. 243-244; Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yay., 14. Bası, İstanbul, Ekim 2014, s. 193; Bülent Tanör, "Siyasi Partiler Yasası", TÜSİAD Demokratik Standartların Yükseltilmesi Paketi Tartışma Toplantıları Dizisi-1, TÜSİAD Yay., İstanbul, 1997, s. 19.

öteye geçmez. Bu nedenle, partiler mekânında demokrasiyi hâkim kılmak için öncelikle, SPK'da yer alan ve partilerin iç düzen ve işleyişlerinin demokratik esaslara uygunluğunu olumsuz bir şekilde etkileyen hükümler değiştirilmelidir. Hiç şüphesiz, yasal değişiklikler, birer sihirli değnek olarak görülmemelidir. Çünkü parti içi demokrasi, sadece hukukun değil ve ayrıca, hukuk ötesi faktörlerin de etkisinde kalan bir sorundur. Fakat hukuki sorunların, yalnızca hukuki değişikliklerle ortadan kaldırılabileceği unutulmamalıdır.

İşte bu çalışmada, kamuoyunda “Demokratikleşme Paketi” olarak anılan, 2.3.2014 tarihli ve 6529 sayılı olan Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un,<sup>2</sup> SPK'da yaptığı değişiklikler parti içi demokrasi olgusu doğrultusunda ele alınacaktır. Birçok kanunda önemli değişiklikler yapan bu Kanun, parti içi demokrasi ilkesini etkileyen üç maddeyi bünyesinde barındırmaktadır. Şöyle ki; partilerin tüzüklerinde bulunmak ve ikiden fazla genel başkan olmamak şartıyla eş genel başkanlık kurumunun kabul edilebileceğini düzenleyen 2. madde, partilerin ilçelerde teşkilatlanabilmesi için beldelerde örgütlenmesi gerektiğine ilişkin kuralı kaldıran 3. madde ve partilere mali yardım yapılabilmesi için bir önceki seçimlerde en az % 3 oy alınmasını yeterli gören 4. maddedir.<sup>3</sup> Bu çalışmada, bu değişikliklerin, parti içi demokrasi ilkesini ne yönde etkilediği kapsamlı bir şekilde ayrı ayrı mercek altına alınacak ve bunların, parti içi demokrasiye ilişkin mevcut sorunların çözümüne katkı sağlayıp sağlamayacağı ortaya konacaktır.

<sup>2</sup> Bu konuda bkz. Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmi Gazete Sayı: 28940, Yayımlanma Tarihi: 13 Mart 2014.

<sup>3</sup> Oysa o dönem Başbakan olan Recep Tayyip Erdoğan, “Demokratikleşme Paketi” ile ilgili yaptığı açıklamada, parti içi demokrasi ilkesine ilişkin bir hususun daha Yasa'da yer alacağını belirtmişti. Şöyle ki; Başbakana göre, kişilerin, siyasi partilere üye olmaları konusunda birçok yasaklayıcı kuralı bünyesinde barındıran SPK md. 11'de değişikliğe gidilecek ve seçme hakkına sahip olan herkes, aynı zamanda partilere üye olma hakkını elde edecekti. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/24817460.asp>, Çevrimiçi: 10 Eylül 2015. Ne var ki, bu değişikliğin, yasal düzeyde gerçekleştirilmesi zaten mümkün değildi. Çünkü partilere üye olmayı engelleyen SPK md. 11'den evvel partilere geniş kapsamlı bir üyelik yasağı getirilen ve 11. maddenin Anayasa'daki dayanağını teşkil eden Anayasa md. 68 / 5'in öncelikle değiştirilmesi gerekir.

## II. Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Parti İçi Demokrasi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

2.3.2014 tarihli Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un parti içi demokrasi ile bağlantılı olarak SPK'nın üç maddesinde değişiklik yaptığı ifade edilmişti. Hal böyle olunca da, bu değişikliklerin, parti içi demokrasi ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi de üç başlık altında incelenecektir. Bu bağlamda, evvela eş genel başkanlık sistemi ile ilgili olarak getirilen düzenleme ele alınacak, daha sonra ise partilerin ilçeler nezdinde örgütlenebilmesi için beldelerde teşkilatlanmak zorunda olduklarına ilişkin kuralın kaldırılmasının ve devletten yardım alabilmek için genel seçimlerde alınması gerekli oy oranının düşürülmesinin, partilerin iç düzen ve işleyişlerinin demokratik esaslara uygunluğunu ne yönde etkileyeceği tahlil edilecektir.

### 1. Eş Genel Başkanlık Sistemi

2.3.2014 tarihli Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un SPK'nın 15. maddesini değiştiren 2. maddesi gereğince, partiler, tüzüklerinde yer almak ve iki kişiden fazla olmamak kaydıyla eş genel başkanlık sistemini uygulayabilirler. Ayrıca, yine 2. maddeye göre, eş genel başkanlar, SPK'da genel başkanlar için öngörülen hükümlere tabidir. Türkiye'de eş genel başkanlık kurumu, aslında bu kanuni düzenlemeden çok önce ilk kez Demokratik Toplum Partisi tarafından uygulanmıştır.<sup>4</sup> Fakat Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, söz konusu kuralın, SPK'ya aykırı olduğunu belirtmiş ve Demokratik Toplum Partisi'ne, SPK md. 104 ekseninde maddenin değiştirilmesi konusunda uyarıda bulunmuştur. Gerçekten de, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na göre, SPK md. 15, genel başkanlık görevine bir kişinin seçilebileceğini öngörmekte ve birden çok genel başkanın aynı anda görev yapmasına olanak tanımamaktaydı. İşte bu nedenle, Demokratik Toplum Partisi Tüzüğü'nde yer alan eş başkanlığın ve bununla ilgili hükümlerin,

<sup>4</sup> Bu konuda bkz. [http://tr.wikipedia.org/wiki/Demokratik\\_Toplum\\_Partisi](http://tr.wikipedia.org/wiki/Demokratik_Toplum_Partisi), Çevrimiçi: 10 Eylül 2015.



SPK'ya aykırılık oluşturduğu öne sürülmüştür.<sup>5</sup> Demokratik Toplum Partisi ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'ndan aldığı uyarı doğrultusunda büyük kongresini toplayarak hemen Tüzüğünü değiştirmiş ve fakat Tüzüğünde bulunmamasına rağmen bu sistemi fiilen uygulamaya devam etmiştir.<sup>6</sup>

Benzer bir husus, Demokratik Toplum Partisi'nin siyasi halefi olan Barış ve Demokrasi Partisi açısından geçerlidir. Barış ve Demokrasi Partisi Tüzüğü'nün yalnızca 3. maddesinde, eş başkanlık sistemini gerçekleştirmenin partinin en temel amacı olduğu belirtilmiş, Parti Tüzüğünde eş başkanlık ile ilgili başka herhangi bir hüküm öngörülmemiştir.<sup>7</sup> Bu bağlamda üzerinde durulması gereken husus ise şudur: Barış ve Demokrasi Partisi, 12.07.2014 tarihinde III. Olağan Kurultay'ını gerçekleştirmiş ve partinin adını, Demokratik Bölgeler Partisi olarak değiştirerek, Parti Tüzüğünde önemli değişikliklere gitmiştir.<sup>8</sup> Bu çerçevede önem arz eden noktayı, Kurultay tarafından eş genel başkanlık sisteminin kabul edilmesi oluşturmaktadır.<sup>9</sup> Hatta Demokratik

<sup>5</sup> Gerekece için bkz. <http://www.internethaber.com/yargitay-dtpyi-uyardi-3471h.htm>, Çevrimiçi: 10 Eylül 2015.

<sup>6</sup> Bu noktada akla şöyle bir soru gelebilir: Peki, SPK'da öngörülmemesine ve parti tüzüğünde düzenlenmemesine rağmen, eş başkanlık kurumu nasıl uygulanmıştır? Uygulamada bu sorun şu şekilde çözüme kavuşturulmuştur: SPK md. 15 / 5 uyarınca, "Parti tüzüğü, genel başkana görevinin yerine getirilmesinde ve yetkilerinin kullanılmasında yardımcılık etmek üzere genel başkan yardımcısı... öngörebilir...". Demokratik Toplum Partisi ile Barış ve Demokrasi Partisi gibi eş başkanlık müessesini benimseyen fakat SPK'da bu yönde herhangi bir kural bulunmadığından eş başkanlık kurumunu düzenleme konusu yapamayan partiler, merkez karar ve yönetim kurullarında bir genel başkan yardımcısı seçmekteydi. Büyük kongre tarafından belirlenen genel başkan ise, merkez karar ve yönetim kurullarının tespit ettiği bu genel başkan yardımcısına, SPK md. 15 / 5 doğrultusunda belli yetkilerini devretmekte ve bu kişi, uygulamada eş genel başkan olarak nitelendirilmekteydi. Ancak, yine de belirtilmelidir ki, bu husus, parti içinde ve kamuoyunda eş genel başkan olarak anılan genel başkan yardımcısının, genel başkana karşı sorumlu ve bağlı olduğu gerçeğini değiştirmemekteydi. Kısacası, her ne kadar, uygulamada yetkiler, eşit bir şekilde kullanılsa da, kâğıt üzerinde asıl yetkili organ, genel başkan yardımcısı değil, genel başkandı.

<sup>7</sup> Bu konuda bkz. Barış ve Demokrasi Parti Tüzüğü, <http://www.yargitaycb.gov.tr/Partiler/kimlik/bvdp.pdf>, Çevrimiçi: 10 Eylül 2015, s. 1.

<sup>8</sup> Demokratik Bölgeler Partisi Tüzüğü için bkz. <http://www.yargitaycb.gov.tr/Partiler/kimlik/dbp.pdf>, Çevrimiçi: 10 Eylül 2015.

<sup>9</sup> Eş genel başkanlık kurumu ile ilgili kurallar için bkz. Demokrat Bölgeler Partisi Tüzüğü md. 50-53. Bu konuda bkz. Demokrat Bölgeler Partisi Tüzüğü, s. 26-27. Barış ve Demokrasi Partisi'nden ayrılan milletvekilleri tarafından kurulmuş olan Halkların Demokratik Partisi'nin Tüzüğünde de benzer biçimde eş genel başkan-

Bölgeler Partisi, bu noktada bir adım daha ileriye gitmiş, sadece genel başkanlık makamı açısından değil ve ayrıca, yerel örgütlerin yönetim kurulu başkanları için de eş başkanlık müessesinin uygulanabileceğini hükme bağlamıştır.<sup>10</sup>

Eş genel başkanlığa ilişkin kabul edilen bu düzenlemenin birçok yönden eleştiriye açık olduğunun ifade edilmesi gerekir. Bir kere, söz konusu madde metni eksik bir düzenleme örneği arz etmektedir. Şöyle ki; aslında eş genel başkanlık kurumunun temel amacını, parti içerisinde en etkin makamlardan biri olan genel başkanlığın, sadece erkeklerin hâkimiyeti altında olmasını engellemek ve partide kadın-erkek eşitliğini en üst düzeyde sağlayabilmek oluşturur. Bu nedenle, uygulamada eş genel başkanlardan biri mutlaka kadın olmuştur.<sup>11</sup> Başka bir ifade ile burada söz konusu olan kadın kotasının genel başkanlık düze-

<sup>10</sup> lık kurumu öngörülmüştür. Bu konuda bkz. Halkların Demokratik Partisi Tüzüğü md. 16, <http://www.hdp.org.tr/parti/parti-tuzugu/10>, Çevrimiçi: 10 Eylül 2015. Bu çerçevede ise Parti Tüzüğü'nün 15. maddesinde öngörülen organlar şunlardır: Belde Eş Başkanlığı, İlçe Eş Başkanlığı, İl Eş Başkanlığı. Bkz. Demokrat Bölgeler Partisi Tüzüğü, s. 12. Ne var ki, eş başkanlık sisteminin yerel teşkilatlar düzeyinde yönetim kurulları başkanları bakımından uygulanmasının SPK'ya aykırı olduğu iddia edilebilir. Şöyle ki; SPK md. 15 / sona göre, "siyasi partiler, tüzüklerinde yer almak ve iki kişiden fazla olmamak kaydıyla eş genel başkanlık sistemini uygulayabilirler. Eş genel başkanlar, bu Kanunda genel başkan için öngörülen hükümlere tabidir.". Söz konusu düzenleme incelendiğinde, eş başkanlık kurumunun, yalnızca genel başkanlara tanındığı, yerel örgütlerin yönetim kurulu başkanları açısından ise, eş başkanlık sisteminin kabul edilmediği görülmektedir. Nitekim partilerin mahallî teşkilatlarının hangi organlardan oluştuğu bellidir. SPK md. 19 / 1 uyarınca il teşkilatı; il kongresi, il başkanı, il yönetim kurulu ve il disiplin kurulundan oluşurken; SPK md. 20 / 1 gereğince, ilçe teşkilatının zorunlu organları; ilçe kongresi, ilçe başkanı ve ilçe yönetim kuruludur. Her ne kadar, SPK'nın partiler için kabul ettiği bu örgütsel şemanın, parti içi demokrasi ilkesi çerçevesinde eleştirilmesi mümkünse de, Kanun'un açık ve emredici ifadesi karşısında parti tüzükleri aracılığıyla aksine bir düzenleme yapılması artık mümkün değildir. Kaldı ki, SPK'nın 19. ve 20. maddelerinin ilk fıkrasında il ve ilçe başkanlıklarına şüpheye yer bırakmayacak bir şekilde, sadece bir kişinin seçilebileceği hususu kurala bağlanmış; dolayısıyla, birden fazla il ve ilçe başkanının aynı anda görev yapmasına olanak tanınmamıştır. Bu gerekçeler karşısında eş başkanlık sisteminin partilerin yerel teşkilatlarının yönetim kurulu başkanları açısından uygulanması mümkün değildir.

<sup>11</sup> Eş genel başkanlığa izin veren kanun değişikliğinden sonra 12.07.2014'te III. Olağan Kurultay'ı gerçekleştiren Demokratik Bölgeler Partisi Tüzüğü'nün 50. maddesinde de bu husus açıkça ifade edilmiştir: "Parti programı, tüzük hükümleri, PM kararları ve ilgili mevzuat doğrultusunda partiyi temsil ve yönetmek ve biri kadın biri erkek olmak üzere, Parti Eş Genel Başkanları seçilir.". Bkz. Demokrat Bölgeler Partisi Tüzüğü, s. 27.

yinde uygulanmasından başka bir şey değildir.<sup>12</sup> Oysa SPK md. 15 bu hususta herhangi bir güvence getirmemektedir. Her ne kadar, SPK'nın 15. maddesi, eş genel başkanlığın kadın kotasına ilişkin düzenleme ile birlikte uygulanması konusunda yasaklayıcı bir hükmü bünyesinde barındırmasa da, partileri, bu konu ile ilgili olarak bir yükümlülük altına da sokmamaktadır. Hal böyle olunca, mevcut düzenleme çerçe-

<sup>12</sup> Bu noktada kadın kotasının genel başkanlık düzeyinde uygulanması anlamına gelen eş genel başkanlık kurumunun parti içi demokrasi ilkesine aykırı olmadığı ileri sürülebilir. Şöyle ki; partilerle devlet organları arasındaki farkı göz ardı etmek ve makro düzeyde geçerli olan seçimlere ilişkin temel ilkeleri parti içerisinde uygularken gerekli uyarlamaları yapmak kaydıyla seçimlere ilişkin temel prensipler partiler için de geçerlidir. Bkz. Rüdiger Wolfrum, Die innerparteiliche demokratische Ordnung nach dem Parteiengesetz, Duncker & Humboldt Verlag, Berlin, 1974, s. 124; benzer yönde bkz. Martin Morlok, Artikel 21, in Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar (Band II), Mohr Siebeck Verlag, 2006, Rn. 137, s. 390. Fakat partilerin kendine has yapıları dikkate alınarak, bu ilkelerin haklı ve makul nedenlerin varlığı halinde uygulanmayabileceğinin unutulmaması gerekir. Nitekim parti içi seçimlerde oy kullanmayı; üyelik aidatının eksiksiz ödenmesine veya partinin belirli bir süredir üyesi olma koşuluna bağlamak gibi birçok haklı ve makul neden bu kapsamda örnek olarak gösterilebilir. Tevfik Sönmez Küçük, Parti İçi Demokrasi, s. 245-246. Böylece, kadınların temsili artırma amacı güden kota düzenlemelerinin haklı ve makul nedeni olduğu sonucuna varılırsa, parti içi demokrasi olgusuna aykırılık da söz konusu olmayacaktır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu hususta öngördüğü kriterler doğrultusunda ancak şu hallerde kadın kotasının haklı ve makul neden teşkil ettiği kabul edilebilir: Kadınların genel başkan olma şanslarının uygulamada gerçekten zarar görmesi, kotonun kadın-erkek eşitliğini fiilen sağlamaya elverişli ve gerekli olması ve nihayet, somut olayda birbirleri ile çatışan anayasal değerlerin tartışılması sonucunda sınırlandırmanın anlaşılabilir olması. Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında ifade edilen bu ilkeler ile ilgili bkz. Zafer Gören, Anayasa ve Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., C. II, İzmir, 1999, s. 323; Reinhold Zippelius / Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, C. H. Beck Verlag, München, 2008, s. 250. Bu bağlamda, Türkiye'de kadınların, parti genel başkanlığı düzeyinde erkeklere kıyasla önemli ölçüde eksik temsil edildikleri söylenebilir. Gerçekten de, 31.07.2015 tarihi itibarıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Siyasi Partiler Sicil Bürosu'na kayıtlı olan parti sayısı, 97'dir. Bkz. <http://www.yargitaycb.gov.tr/belgeler/site/documents/SPartiler13072015.pdf>, Çevrimiçi: 10 Eylül 2015. Eş genel başkanlık kurumunu kabul eden Demokratik Bölgeler Partisi ve Halkların Demokratik Partisi bir kenara bırakıldığında, Siyasi Partiler Sicil Bürosu'na kayıtlı söz konusu partilerin sadece 10'unun genel başkanı kadındır. Bu partiler şunlardır: Ayyıldız Partisi, Bağımsız Cumhuriyet Partisi, Devrimci Sosyalist Partisi, Emek Partisi, Emekçi Hareket Partisi, Esnaf ve Çiftçi Partisi, Ezilenlerin Sosyalist Partisi, Kadın Partisi, Anadolu Partisi ve Komünist Parti. Görüldüğü gibi, Türkiye'deki partilerin yaklaşık % 90'ının genel başkanı erkektir. Bu husus, siyasal yaşamda kadınların genel başkan olma şanslarının uygulamada da zarar gördüğünün ve yasal düzeyde partiler tarafından tercih edilmesine olanak tanınan eş başkanlık kurumunun, bu eksik temsili engellemeye yönelik en elverişli ve uygun araç olduğunun bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

vesinde partilerin eş genel başkanlarının her ikisinin de erkek olması mümkündür. Fakat yukarıda belirtildiği gibi bu uygulama, eş genel başkanlık sisteminin yapısına aykırı düşer.

Benzer yönde bir eleştiri, eş genel başkanların sahip olduğu yetkiler açısından söz konusudur. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, her ne kadar, SPK açıkça düzenlemese de eş genel başkanlara parti tüzükleriyle eşit yetkilerin tanınması zorunludur. Çünkü aksi yönde yapılacak bir yorumun, genel başkanlar arasındaki eşitliği ortadan kaldıracacağı ve eş genel başkanlık sisteminin mantığına aykırı düşeceği hususunda şüphe yoktur. Bu noktada, tartışmalı olan husus, eş genel başkanların kendilerine tanınan bu yetkileri nasıl kullanacaklarıdır. Şöyle ki; şayet eş genel başkanların belli bir yetkiyi kullanırken beraber hareket etmeleri gerektiği kabul edilirse, bu durumda eş genel başkanlığın, parti yönetiminde belirli sorunlara yol açacağı ileri sürülebilir. Bu husus, özellikle de eş genel başkanların aynı konuda farklı düşünceleri durumunda ortaya çıkabilir. Buna karşılık, eğer eş genel başkanların, yetkilerini birlikte kullanmak zorunda olmadıkları esası parti tüzüğünde benimsenirse,<sup>13</sup> bu takdirde eş genel başkanlık sistemini uygulayan partiler bir süre sonra yönetilemez duruma gelebilir. Gerçekten bir eş genel başkan bir hususta belirli bir yönde tavır alırken, diğer eş genel başkanın, aynı meseleye karşı bakış açısı tamamen farklı yönde olabilir. İşte, bu hususlara çözüm getirmeksizin eş genel başkanlık sisteminin kabul edilmesi partilerin seçmenler nezdinde itibar kaybetmesine ve iç işleyişlerinde tutarlı olmadıkları konusunda bir toplumsal algının oluşmasına neden olabilir.

Bunun yanı sıra eş genel başkanlık sistemi ile ilgili olarak parti içi demokrasi kavramı çerçevesinde yapılabilecek en önemli eleştiri, bu kurumun, genel başkanlık koltuğunda oturan eş genel başkanların dışında parti ile organik bağı olmayan fiili liderlerin ortaya çıkmasına yol açabilmesidir. Özellikle herhangi bir nedenle (örn. cumhurbaşkan-

<sup>13</sup> Nitekim eş genel başkanlık sistemini uygulayan Demokratik Bölgeler Partisi'nde durum bu şekildedir. Örneğin, Parti Tüzüğü'nün 45. maddesine göre, büyük kongreyi olağanüstü toplantıya çağırma yetkisi her bir eş genel başkana ayrı ayrı tanınmıştır. Bu konuda bkz. Bkz. Demokratik Bölgeler Partisi Tüzüğü, s. 23.

lığı görevini yerine getirdiği için) genel başkan olamayan, fakat üyeler tarafından partinin lideri olarak görülen bir kişi, eş genel başkanlık sistemi ile parti içi işleyişi kontrolü altında tutabilir. Parti içi iktidar, eş genel başkanlar arasında paylaştırıldığından, diğer bir ifade ile tüm yetkileri bünyesinde toplayan ve ön plana çıkan bir genel başkan bulunmadığından, bu fiili lider, parti ile bağı kesilmiş olsa da, parti içi iktidarın bölünmesinden yararlanarak, parti içi işleyişe bütünüyle nüfuz edebilir. Hatta 2007 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile birlikte cumhurbaşkanının artık doğrudan doğruya halk tarafından seçildiği nazara alınrsa, cumhurbaşkanı seçilen eski genel başkanın, halkın çoğunluğunun desteğini de arkasına alarak, eş genel başkanlık sebebiyle eski partisi içinde oluşabilecek iktidar boşluğunu daha kolay doldurabileceği öne sürülebilir.

## **2. Partilerin Belde Teşkilatı Kurma Zorunluluğunun Kaldırılması**

2.3.2014 tarihli Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesi aracılığı ile SPK md. 20'de gerçekleştirilen bir diğer değişikliği, ilçelerde örgütlenebilmek için belde teşkilatı kurma zorunluluğunun kaldırılması oluşturur. Gerçekten, bu maddeye göre, partilerin ilçe teşkilatı; ilçe kongresi, ilçe başkanı, ilçe yönetim kurulu ve kurulmuş ise belde teşkilatından oluşur ve partilerin beldelerde teşkilat kurması zorunlu değildir. Oysa SPK md. 20 / 1'in ilk halinde, partilerin ilçe teşkilatları arasında kurulması zorunlu bir organ olarak belde teşkilatları da sayılmakta ve bir ilçede örgütlenebilmek için beldelerin en az yarısında teşkilat kurmuş olma veya beldelerin sayısı, üç ya da daha az ise bu beldelerin yalnız birinde örgütlenmiş olmak yeterli görülmekteydi. Bu hükmün kabul edilmesi ile birlikte, partilerin ilçelerde teşkilatlanmalarının daha da kolaylaştığını söylemek mümkündür. Bu durumun partilerin kendi iç düzen ve işleyişleri hakkında serbestçe karar verebilmeleri anlamına gelen kurumsal parti özgürlüğünü olumlu yönde etkileyeceği iddia edilebilir. Ne var ki, bu bağlamda ortaya şöyle bir soru atılabilir: Peki, bu düzenleme, parti içi demokrasi ilkesini ne yönde etkilemektedir?

Partilerin iç düzen ve işleyişlerinin demokratik esaslara riayet etmesi için atılması gereken adımlardan birini, partilerin mümkün olduğunca coğrafi olarak alt kademelere ayrılması teşkil etmektedir.<sup>14</sup> Nitekim karşılaştırmalı hukukta partilerin sadece ulusal organlardan oluşması yasaklanmış ve ayrıca, alt kademe örgütler kurması emredilmiştir. Örneğin, Alman Siyasi Partiler Kanunu md. 7'de partilerin mahallî teşkilatlara ayrılacağı ve bu teşkilatların büyüklüğünün ve kapsamının parti tüzüklerine bırakıldığı, fakat bu teşkilatların, kural olarak her bir üyenin, parti içi irade oluşumuna katılımına olanak verecek bir biçimde alt kademelere ayrılmasının şart olduğu düzenlenmiştir.<sup>15</sup> Partinin coğrafi olarak alt kademe teşkilatlarına bölünmesinin amacı, her bir üyenin parti içi kararların oluşumuna katılımını sağlamaktır. Bu çerçevede, partilerin en alt düzeydeki teşkilatı ayrı bir önem arz eder. Çünkü bu kademedeki üyeler, doğrudan doğruya parti içi irade oluşumuna katılır ve alınan kararlar daha katılımcı yolla oluşur. Hiç şüphesiz, her parti kademesinin yetkisi farklıdır. Mesela her ne kadar partilerin yerel teşkilatları, partinin genel politikasını doğrudan doğruya etkilemek amacıyla siyasal sorunları tartışabilse de bu örgütler sadece yerel meselelerle ilgili karar alabilirler.<sup>16</sup>

Görüldüğü gibi parti içi demokrasi ilkesi açısından partilerin en alt kademedeki bulunan teşkilatları işlevsel bir rol oynar. Zira yukarıda da işaret edildiği gibi, ancak bu teşkilatlar vasıtasıyla üyeler, doğrudan doğruya parti içi iradenin oluşumuna katılma hakkı elde ederler. Bu bağlamda, yasa koyucu tarafından partilerin belde teşkilatı kurma

<sup>14</sup> Bu konuda bkz. Rüdiger Wolfrum, Die innerparteiliche demokratische Ordnung nach dem Parteiengesetz, s. 86; benzer yönde bkz. Jörn Ipsen, Artikel 21, in Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, C.H. Beck Verlag, München, 2009, Rn. 60, s. 870; Winfried Kluth, Artikel 21, in Volker Epping / Christian Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Grundgesetz Kommentar, C. H. Beck Verlag, München, 2009, Rn. 160; Stefan Ossege, Das Parteienrechtsverhältnis, V-&-R Unipress Verlag, Göttingen, 2012, s. 84.

<sup>15</sup> Bkz. Parteiengesetz, [http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsggrundlagen/pg\\_pdf.pdf](http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsggrundlagen/pg_pdf.pdf), Çevrimiçi: 10 Eylül 2015, s. 8.

<sup>16</sup> Helmut Trautmann, Innerparteiliche Demokratie, Duncker & Humboldt Verlag, Berlin, 1975, s. 231-232. Fakat Wolfrum'un da haklı olarak işaret ettiği gibi, partilerin coğrafi olarak alt kademe teşkilatlarına bölünmesi, parti birliğinin ve bütünlüğünün bozulmasına yol açmaması gerekir. Bu konuda bkz. Rüdiger Wolfrum, Die innerparteiliche demokratische Ordnung nach dem Parteiengesetz, s. 87.



zorunluluğunun kaldırılmasının, parti içi demokrasi ilkesini olumsuz yönde etkileyeceği öne sürülebilir. Şöyle ki; Türkiye’de partiler, coğrafi olarak en alt düzeyde belde örgütlenmeleri nezdinde teşkilatlanabilirler. SPK’nın değiştirilerek, partilerin belde örgütü kurma zorunluluğunun kaldırılmasının ise parti üyelerinin, parti içi kararların oluşumuna katılımını engelleyeceği savunulabilir. Burada aslında iki hak ve özgürlüğün çatışması söz konusudur. Gerçekten de, bir tarafta, partilerin kendi iç düzen ve işleyişlerini istedikleri gibi oluşturabilmesi anlamına gelen kurumsal parti özgürlüğü yer almaktayken, diğer tarafta ise üyelerin, parti içi irade oluşumuna katılımını sağlayan siyasi katılım özgürlükleri bulunmaktadır. Yasa koyucunun bu çatışmayı hak ve özgürlükler arasında bir denge kurarak değil, kurumsal parti özgürlüğü lehine çözdüğü düşünülebilir.<sup>17</sup>

Ancak bu noktada, Türkiye’de partilerin belde örgütlenmesine ilişkin olarak bir hususun daha altının önemle çizilmesi gerekir. SPK’nın 7. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi gereğince, parti teşkilatı, partilerin merkez organları ile il, ilçe ve belde teşkilatlarından, Türkiye Büyük Millet Meclisi Grubu ile il genel meclisi ve belediye meclisi gruplarından ibarettir. Her ne kadar, SPK’nın 7. maddesinin ilk fıkrasının 2. cümlesine göre partilerin kadın veya gençlik kolu ile benzeri yan kuruluşların yanı sıra yabancı ülkelerde yurt dışı temsilcilikleri açabilmesi mümkünse de 7. maddenin 1. fıkrası, dar anlamda parti örgütünün hangi zorunlu bölümlere ayrılması gerektiğini belirlemiştir. Bu kapsamda, Türkiye’de partilerin örgütlenme modellerine ilişkin olarak SPK’ya yöneltebilecek en temel eleştirilerden birini, SPK’nın 7. maddesinin partilere esas olarak tek tip bir örgütlenme şeklini dayatmasının oluşturduğu savunulmuştur.<sup>18</sup> Fakat partilerin tek tip olarak

<sup>17</sup> Hak ve özgürlükler arasındaki çatışmanın bunlar arasında hiyerarşik bir düzen kurularak değil, makul bir denge kurularak çözülmesi gerektiği görüşü ile ilgili olarak bkz. Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, AÜSBF Yay., Ankara, 1982, s. 40.

<sup>18</sup> Bu yönde bkz. Cem Eroğul, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı*, İmge Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 1999, s. 223; Ömer Faruk Gençkaya, “Siyasi Partiler Kanununda Değişiklik Önerileri”, *Siyasi Partiler ve Seçim Kanununda Değişiklik Önerileri*, TESAV Yay., No: 28, Ankara, Nisan 2005, s. 24; Murat Yanık, *Parti İçi Demokrasi*, Adalet Yay., Ankara, 2013, s. 159; Mehmet Kabasakal, “Türkiye’de Siyasal Parti Örgütlenmesindeki Kısıtlamalar”, *Siyasi Partiler ve Demokrasi Sempozyumu*,



örgütleneceklerinin kabul edilmesi, başlı başına parti içi demokrasi ilkesini ihlal etmez. Burada tartışmalı olan husus, bu örgütlenme modelinin, üyelerin parti içi karar süreçlerine katılımına olanak verecek bir şekilde alt kademelere bölünmemesidir.<sup>19</sup>

İşte, SPK'nın 7. maddesinin parti içi demokrasi ilkesi açısından olumsuz yönü de tam bu noktada ortaya çıkar. Çünkü bu madde ile ilgili olarak Sav'ın da belirttiği üzere, SPK, partiler için üç aşamalı ve tek boyutlu, dikey bir örgütsel model öngörmektedir: Merkez örgütü, il örgütleri ve ilçe örgütleri. Maddede anılan ve 1987 senesinde 3370 sayılı Yasa ile 7. maddeye eklenen belde örgütleri, bu örgüt, ilçe örgütüne bağlı olduğundan ve belde örgütünü ilçe örgütü tarafından seçilen üyeler oluşturduğundan teknik anlamda bir örgüt kademelenmesi olarak görülemez.<sup>20</sup> Özetle, 7. maddenin partiler için öngördüğü örgütlenme modeli hakkında şunlar söylenebilir: SPK'ya göre, mahallî düzeyde partilerin en alt kademede örgütlenebileceği birim bellidir. Belde örgütleri, gerçek anlamda bir örgüt olarak kabul edilmediğinden, üyelerin, parti içi irade oluşumuna katılabileceği ilk birim ilçe örgütüdür. Böylece, 7. maddeye göre, özellikle 1960'dan önce faaliyet gösteren ocak ve bucak örgütlerinin kurulması mümkün değildir. Bu yasaklamanın ise esas itibariyle iki temel sonucu bulunur. Bunlardan ilki, kurumsal parti özgürlüğüne ilişkindir. Söz konusu teşkilatların partiler tarafından kurulması engellenerek partilerin serbestçe faaliyette bulunabileceklerine ilişkin anayasal kural ihlal edilmiştir.<sup>21</sup> Bu örgütlerin, partiler tarafından kurulmasının SPK'ca yasaklanmasının diğer sonucu ise üyelerin siyasal katılım özgürlükleri üzerinde kendisini gösterir. Şöyle ki; partilerin iç düzen ve işleyişlerinin demokratik esaslara uygun olması için, partilerin, coğrafi olarak alt kademelere bölünmesi gerekir. Çünkü ancak bu şekilde her bir üyenin, parti içi irade oluşumuna katılımı sağlanabilir. Bu çerçevede partilerin özellikle en alt düzeydeki teşkilatı, buralarda üyeler parti içi kararlarının

TESAV Yay., No: 8, [yayın yeri yok], 1995, s. 138.

<sup>19</sup> Tevfik Sönmez Küçük, *Parti İçi Demokrasi*, s. 371.

<sup>20</sup> Atilla Sav, "Siyasi Partilerin Örgütlenme Modeli", *Siyasi Partiler ve Demokrasi Sempozyumu*, TESAV Yay., No: 8, [yayın yeri yok], 1995, s. 41.

<sup>21</sup> Benzer yönde bir görüş için bkz. Erdoğan Teziç, *100 Soruda Siyasi Partiler*, Gerçek Yay., 1. Baskı, İstanbul, Ocak 1976, s. 68.

oluşumuna doğrudan doğruya katılabildikleri için ayrı bir önem arz eder. Böylelikle, ocak ve bucak örgütlerinin kurulmasının yasaklanması, parti içi karar süreçlerinin aşağıdan yukarıya doğru oluşmasını önleyeceğinden parti içi demokrasi ilkesine aykırı düşecektir.

Kısacası, Türkiye’de partilerin örgütlenmelerine ilişkin parti içi demokrasi ilkesi ekseninde asıl sorunu, Türk partilerinin alt kademelerde teşkilatlanmalarına izin verilmemesi teşkil eder. SPK, partilerin belde teşkilatı kurma zorunluluğunu ortadan kaldırarak, bu sorunu çözmemiş, tam aksine partilerin yerel düzeyde sadece ilçelerde örgütlenebilmelerini kolaylaştırarak meselenin içinden çıkılmaz bir hal almasına neden olmuştur. Oysa parti içi demokrasinin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılması gereken değişiklik, partilerin belde örgütlerinin işlevlerini arttırmak ve üyelerin parti içi karar süreçlerine katılımını güvence altına alacak bir şekilde yerel düzeyde örgütlenme ile ilgili öngörülen yasağı kaldırılmak olmalıdır.

### **3. Hazine Yardımına Hak Kazanmak İçin Genel Seçimlerde Alınması Gereken Oy Oranının Düşürülmesi**

2.3.2014 tarihli Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 4. maddesi ile gerçekleştirilen bir diğer değişikliği, partilere devlet tarafından yapılan mali yardımın esaslarını düzenleyen SPK’nın Ek 1. maddesi oluşturmaktadır. Bu değişiklik doğrultusunda, partilerin devlet yardımından pay alabilmeleri için genel seçimlerde almaları gereken oy oranı, % 7’den % 3’e düşürülmüş ve ayrıca partilere bu şekilde yapılan mali yardımın tutarının her halde bir milyon Türk lirasından az olamayacağı hükme bağlanmıştır. Başka bir anlatım ile yasa koyucu tarafından yapılan bu değişiklik ile devlet yardımını alma hakkına sahip olan partilerin kapsamının genişletildiği ve genel seçimlerde kullanılan geçerli oyların % 3’ünü elde eden partilerin, mali yardım almaya hak kazanacağını söylemek mümkündür. Bu bağlamda cevaplandırılması gereken asıl soru ise şudur: Peki, devlet yardımını almak için genel seçimlerde alınması gereken oy oranının düşürülmesi parti içi demokrasi ilkesini ne yönde etkileyecektir?

Bu sorunun yanıtlanmasından evvel bir hususun altının önemele çizilmesi gerekir: Mali yardım, yalnızca parti içi demokrasi ilkesi ile ilgili bir konu değildir. Partiler bakımından siyasetin maliyetinin, görsel ve işitsel medya araçlarının seçimlerde aktif bir biçimde kullanımı ile artması, artan giderlere karşılık bireylerin siyasete ilgilerinin ters orantılı bir şekilde azalması ve buna bağlı olarak parti gelirlerinin düşmesi sonucunda partiler arasındaki fırsat eşitliğinin sağlanması ve yeni kurulan partilerin daha eski partiler karşısında mali açıdan korunması gerekçeleri ile mali yardımın mutlaka yapılması gerektiği savunulabilir.<sup>22</sup> Diğer taraftan, hazine yardımıyla birlikte partilerin bir kamu kurumu niteliğini alacağı,<sup>23</sup> mali yardımın, büyük partiler lehine ekonomik ayrıcalık sağlayarak, partiler arasındaki rekabeti zedeleyeceği ve partilerin siyasal iktidarı elde etmeleri açısından fırsat eşitliğine aykırı olacağı da iddia edilebilir.<sup>24</sup> Her iki görüşün de kendilerine göre haklı yanları olsa da, bu iddialar, partiler arasındaki yarışın demokratikliğine odaklanmıştır. Oysa bu çalışma için önem arz eden konu, partilere yapılan mali yardımın parti içi demokrasi ilkesini nasıl etkileyeceğidir. Bu nedenle, söz konusu çalışmada kanun koyucu tarafından SPK'nın Ek 1. maddesinde gerçekleştirilen değişiklik yalnızca partilerin iç düzen ve işleyişleri açısından incelenecektir.

Parti içi demokrasi ilkesi çerçevesinde değerlendirildiğinde mali yardımın, partilerin iç düzen ve işleyişlerinin demokratik esaslara uygunluğunu iki şekilde etkileyeceği öne sürülebilir. Bir kere, hazine yardımının, parti içi kararların oluşumu sırasında özel finansörlerin etkisini azaltacağı ve siyasi kararların, belirli grupların yönlendirilmesi ile alınmasını engelleyeceği ifade edilebilir. Partilerin düzenli gelir akışına ihtiyaç duydukları açıktır. Şayet partiler, devlet tarafından finanse edilmeyip, özel bağışçıların mali desteğine muhtaç bırakılırsa,

<sup>22</sup> Ingrid van Biezen, *Financing Political Parties and Election Campaigns*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2003, s. 35-36.

<sup>23</sup> Bu yönde bkz. Mustafa Koçak, *Siyasal Partiler ve Türkiye'de Parti Yasakları*, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, 2002, s. 127.

<sup>24</sup> Mesut Aydın, "Türkiye'de Siyasal Partilere Devlet Yardımı", *AÜHFD*, C. 54, S. 4, 2005, s. 241.

parti içi kararlar alınırken, üyeler, parti yararından çok, bu özel finansörlerin çıkarlarını göz önünde tutabilir. İşte, mali yardımın, partileri, kendileri lehine bağışta bulunan kişilerin taleplerine boyun eğen örgütler olmaktan kurtaracağı söylenebilir.<sup>25</sup> Parti içi demokrasi, parti içerisinde üyelerin hâkimiyetinin kurulması anlamına gelir. Bunun için ise parti içi kararlar alınırken veya seçimler yapılırken, üyelerin, oylarını serbest şekilde, yani üzerlerinde herhangi bir maddi ve manevi baskı hissetmeksizin kullanabilmeleri gerekir. Fakat partilere devlet yardımı hiç yapılmazsa, özel finansörler, bağışlar ile üyelerin iradelerini yanıltma yoluna gidebilir. Bir partiyi ekonomik açıdan kontrol eden kişi ve grupların, parti içi iradenin oluşumu safhasında maddi güçleri aracılığı ile parti içerisinde tek söz sahibi olacağı konusunda şüphe yoktur.

Buna karşılık, hazine yardımı, partilerin iç düzen ve işleyişlerinin demokratikliğini her zaman bu şekilde olumlu yönde etkilemeyebilir. Gerçekten, devlet yardımı ile ilgili yapılan en temel eleştirilerden biri, bu tür mali desteklerin, partileri, üyelerinden uzaklaştıracağı ve onları devlet örgütüne yakınlaştıracağıdır.<sup>26</sup> Aslında bu görüş, haksız da değildir. Zira partiler, giderlerini finanse etmek amacıyla üyelerine ihtiyaç duymazsa, parti içi kararların oluşumu sırasında üyelerine söz hakkı tanıma eğiliminde olmayabilir. Bu durumun ise parti içerisinde üyelerin hâkimiyetini etkisizleştireceğinden, parti içi demokrasi ilkesine aykırı olacağı açıktır. Kaldı ki, mali yardım sadece partilerin üyelerine yabancılaşmasına değil ve ayrıca, üyelerin partilerden uzaklaşmasına yol açabilir. Günümüzde partilere karşı toplumun duyduğu güven, partilerin kamusal finansmanında yüksek meblağların söz konusu olması ve halkın, yapılan yardımı gereksiz bulması gibi nedenlerle hızla azalmaktadır.<sup>27</sup> Bu güven erozyonunun en tipik belirtisini,

<sup>25</sup> Ingrid van Biezen, *Financing Political Parties and Election Campaigns*, s. 36-37; Şafak Evran Topuzkanamış, "Siyasi Partilere Devlet Yardımı", *DEÜHFD*, C. 14, S. 2, 2012, s. 191.

<sup>26</sup> Bkz. Fazıl Sağlam, *Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, Beta Yay., 1. Baskı, İstanbul, Temmuz 1999, s. 29; benzer yönde bir görüş için bkz. Zeki Öztürk, *Seçimlerde Paranın Gücü (Seçim Harcamalarının Finansmanı, Şeffaflığı ve Dene-timi)*, Ebabil Yay., Ankara, 2006, s. 88.

<sup>27</sup> Andreas Hallerman / Markus Kaim, *Parteien im internationalen Vergleich*, Druc-

kişilerin partilere üye olmamaları oluşturur. Toplumun önemli bir kısmı, partilere üye olmadığında ise parti içi siyaset ister istemez belirli oligarşik grupların tekelinde kalır.

Bu açıklamalar doğrultusunda şöyle bir sonuca varılabilir: Parti içinde özel finansörlerin etkisini azaltmak için devlet yardımının yapılması öngörülebilir ancak bu mali destek parti ile üyeler arasındaki bağı zedelenmesine yol açacak ölçüde olmamalıdır. Bu noktada Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilen esaslar yol gösterici bir niteliğe sahiptir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 09.04.1992'de verdiği kararda partilerin mali yardım nedeniyle devlete bağlı örgütler halini almaması için kanun koyucunun belirli önlemler alması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre partilere devlet yardımı yapılmalı fakat bu destek partilerin kendi gelirlerinden fazla olmamalıdır (Nispi üst sınır).<sup>28</sup> Ne var ki, partilerin toplum ve üyeleri ile bağlantısının korunmasını sağlayacak bu nispi üst sınırın yanında mutlak bir sınırın da uygulanması gerektiği savunulmuştur (Mutlak üst sınır). Mahkeme açısından bu sınır, 1989 yılından 1993'e kadar partilere verilen devlet ödeneğinin ortalamasıdır. Hiç şüphesiz, bu miktarın güncellenmesi hususunda kanun koyucu gerekli düzenlemeleri yapabilir.<sup>29</sup> Nitekim, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı sonucunda Alman Siyasi Partiler Kanunu'nun 18. maddesi değiştirilmiştir. Şöyle ki; 18. maddenin birinci fıkrası uyarınca Anayasa'da belirlenen görevleri yerine getirebilmesi için partilere belirli miktarda kısmi devlet yardımı yapılır. Ancak, md. 18'e göre, bu desteğin her yıl güncellenmekte olan belirli bir üst sınırı<sup>30</sup> ve Alman Siyasi Partiler Kanunu'nun 24. maddesinin 4. fıkrasının 1. ve 7. bentleri arasında sa-

kerei Sömmerda GmbH, Erfurt, 2003, s. 47.

<sup>28</sup> BVerfGE, 85, 264, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv085264.html>, Çevrimiçi: 10 Eylül 2015, Rn. 95.

<sup>29</sup> Ibid., Rn. 98.

<sup>30</sup> Alman Siyasi Partiler Kanunu'nun 18. maddesinin 2. fıkrasına göre bu sınır 2011 yılı için 141, 9 milyon Avro, 2012 senesi için 150, 8 milyon Avro'dur. 2013 yılından itibaren ise bu şekilde bir sabit miktar belirleme usulünden vazgeçilmiş ve Federal Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından bir önceki yılın fiyat artış endeksi dikkate alınarak yapılan hesaplama ile ulaşılan miktar nispetinde partilere ödeme yapılmaya başlanmıştır. Parteiengesetz, s. 6.

yılan partilerin kendi gelir kaynakları sonucunda elde edilen miktarı aşması mümkün değildir.<sup>31</sup>

Türkiye’de partilere yapılan mali yardım konusunda ortaya çıkan sorunları ise şu şekilde ifade etmek mümkündür: Her ne kadar, SPK’nın 61. maddesinin 2. fıkrasına göre üyelik aidatları, milletvekillerinden düzenli bir şekilde toplanan aidatlar ve partilere yapılan bağışlar başta olmak üzere partilerin bütçelerinin farklı kaynaklara dayanması mümkün olsa da uygulamada partilerin kural olarak devlet tarafından yapılan mali yardımlar kanalıyla finanse edildikleri görülmür. Başka bir ifade ile eğer Türkiye’de bir parti, devletten mali yardım almaktaysa, parti bütçesinin önemli bir kısmını bu hazine yardımı oluşturur.<sup>32</sup> Bu durumun esas itibariyle iki nedeni vardır. Bir kere, % 3 oy oranına ulaşmış partilere aldıkları oy oranına göre o yılki genel bütçe gelirleri (B) cetvelinin beş binde ikisi kadar yıllık ödeme yapılır. Bu miktar, Türkiye’nin yıllık genel bütçesi düşünüldüğü zaman fazladır. Ayrıca, SPK Ek md. 1 gereğince yardım miktarının yerel seçimlerde iki ve milletvekili genel seçimlerinde üç katına çıkarılması ödenen meblağın daha da artmasına yol açmaktadır. Gerçekten, 1999’da yerel ve genel seçimlerin birlikte yapılması nedeniyle 15 yıldır partilere dağıtılan toplam yardım tutarı kadar miktar bir seferde partilere ödenmiştir.<sup>33</sup> Türkiye’de mali yardımın kapsamı öylesine artmıştır ki, bu maddi destek genelde partilerin giderlerini aşmaktadır. Devlet yardımı alan partilerin genel merkez giderleri incelendiği zaman partilerin

<sup>31</sup> Parteiengesetz, s. 6–7.

<sup>32</sup> Ayrıca, mali yardımın hangi parti organına yapıldığı da parti içi demokrasi ilkesi bakımından önem arz eder. SPK’da bu husus ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamakta, yalnızca SPK Ek md. 1 / 3’te, hazine yardımının parti ihtiyaçlarında ve çalışmalarında kullanılacağı belirtilmektedir. Uygulamada mali yardım, kural olarak partilerin genel merkez teşkilatlarına yapılmakta ve bu desteğin nasıl kullanılacağı hakkında karar verme yetkisi, yine bu örgütlere bırakılmaktadır. Bu konuda bkz. Cem Duran Uzun, *Anayasa Hukuku Açısından Siyasi Partilerin Finansmanı*, Adalet Yay., Ankara, 2010, s. 73. Parti genel merkezlerinin hazine yardımının dağıtılması konusunda sahip olduğu bu yetki, yerel örgütleri genel merkez teşkilatı karşısında tümüyle etkisiz hale getirmektedir.

<sup>33</sup> Ömer Faruk Gençkaya, “Siyasi Partilere ve Adaylara Devlet Desteği, Bağışlar ve Seçim Giderlerinin Sınırlandırılması”, in Ali Çarkoğlu (Ed.), *Siyasi Partilerde Reform*, TESEV Yay., İstanbul, 2000, s. 181.

yüksek oranda bir önceki seneden devreden nakit mevcuduna ve banka mevduat gelirine sahip oldukları görülür.<sup>34</sup>

Kısacası, Türkiye’de devlet tarafından partilere yapılan mali yardımlar, üyelerle partiler arasındaki ilişkiyi zayıflatmakta ve partileri, devlete yakınlaştırmaktadır. Mali yardım miktarını azaltmaksızın veya tıpkı Federal Almanya’da olduğu gibi nispi bir üst sınır belirlemeksizin ve böylece, partileri hazine yardımı dışında kendi gelir kaynaklarına yönlendirmeksizin, genel seçimlerde alınması gereken oy oranını % 3’e düşürerek mali yardım alabilecek partilerin sayısını artırmak, daha fazla sayıda partiyi, üyelerinden uzaklaştırmak anlamına gelir. Zira bir önceki genel seçimlerde kullanılan geçerli oyların % 3’ünü almak, % 7 oy oranı ile kıyaslandığında daha kolaydır. Hal böyle olunca, % 7’lik oranın benimsenmesi durumunda mali yardım almaya hak kazanan parti sayısının 3 olduğu düşünülürse,<sup>35</sup> % 3 oranının kabul edilmesi halinde bu sayı daha da artabilir. Partiler arasındaki fırsat eşitliğini korumak adına hazine yardımı için alınması gerekli olan oy oranının düşürülmesi önemlidir fakat devlet yardımı konusuna parti içi demokrasi ilkesi çerçevesinde yaklaşıldığında yukarıda bahsedilen sorunlar kanun yapıcı tarafından henüz çözüme kavuşturulmamış olduğundan bu husus, Türkiye’de her geçen gün daha fazla partinin, üyelerinden uzaklaşmasından başka bir sonuç doğurmaz.

### III. Sonuç

2.3.2014 tarihli Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un aracılığı ile SPK parti içi demokrasi ilkesi çerçevesinde üç noktada değiştirilmiştir. Bunlardan ilkinin, ikiden fazla olmamak şartıyla partiler tarafından eş genel başkanlık sisteminin kabul edilmesi oluşturmaktadır. SPK’da hükme bağlanan eş genel başkanlığın, belirli sorunları çözüme kavuşturmadığı ve bu nedenle de eleştiriye açık olduğu belirtilme-

<sup>34</sup> Bu yönde örnek olarak bkz. Cem Duran Uzun, Anayasa Hukuku Açısından Siyasi Partilerin Finansmanı, dipnot 188, s. 188-189.

<sup>35</sup> Hazine yardımına hak kazanabilmek için genel seçimlerde kullanılan geçerli oyların % 7’sini almak koşulunun arandığı son seçim 2011 senesinde gerçekleştirilmiştir. Bu seçimlerde % 7’lik barajı geçip, devlet yardımı almaya hak kazanan partiler; Adalet ve Kalkınma Partisi, Cumhuriyet Halk Partisi ve Milliyetçi Hareket Partisi’dir.



lidir. Gerçekten, SPK, nihai amacı genel başkanlık düzeyinde kadın kotasını uygulamak olan eş genel başkanlığa ilişkin olarak, eş genel başkanlardan birinin mutlaka kadın olması gerektiği ile ilgili bir teminat kabul etmediği gibi, eş genel başkanların, parti tüzüklerinde kendilerine tanınan yetkileri kullanmaları aşamasında karşılaşılabilecek sorunları da çözmektedir. Ayrıca, Türkiye’de bu sistemin, partilerin mevcut genel başkanları dışında “gölge liderlerin” ortaya çıkmasına yol açabileceği ve bu liderlerin parti içinde eş genel başkanlık nedeniyle oluşabilecek iktidar boşluğundan faydalanarak, parti içi düzen ve işleyişe bütünüyle nüfuz edebileceği ileri sürülebilir. Bu husus, özellikle toplum tarafından mevcut eş genel başkanların, ilgili partinin gerçek lideri olarak görülmemesi halinde gündeme gelir. Her ne kadar eş genel başkanlar, parti tüzükleri ile belirli yetkilerle donatılmış olsa da uygulamada bu kişiler, “emanetçi genel başkan” profili çizmekten kurtulamayabilir ve partinin iç düzen ve işleyişini parti içi demokrasi ilkesine aykırı bir biçimde “gölge liderin” hâkimiyeti altına girebilir.

SPK’da yapılan değişiklik doğrultusunda partilerin belde teşkilatı kurma zorunluluğunun kaldırılması konusu da parti içi demokrasi ilkesi çerçevesinde eleştiriye açık bir düzenlemedir. Şöyle ki; yukarıda belirtildiği gibi Türkiye’de partilerin örgütsel yapılarına ilişkin olarak çözümlenmesi gereken asıl sorunu, partilerin mahallî düzeyde üyelerin, parti içi karar ve seçim süreçlerine katılımına olanak verecek biçimde örgütlenmesinin yasaklanması oluşturur. Oysa belde teşkilatlanmasının kurulması ile ilgili olarak partilerin serbest bırakılmaları durumunda partiler, yerel düzeyde sadece ilçe örgütünü kurabilirler. İlçe örgütünde üyelerin katılımı ise yalnızca bu örgütün karar alma makamı konumunda olan ilçe kongresi delegelerinin seçilmesinden ibarettir. Böylelikle, partilerin belde teşkilatı kurma zorunluluğunun kaldırılmasının, parti üyelerinin, parti içi irade oluşumuna etkisini daha da güçleştireceği ileri sürülebilir. Kaldı ki, daha önce işaret edildiği gibi SPK’nın mevcut haliyle belde teşkilatlarını, teknik anlamda bir örgüt kademesi olarak bile kabul etmek mümkün değildir. Kanun koyucunun, partilerin belde örgütünü daha da etkinleştirmek ve SPK’da partilerin örgütsel yapıları ile ilgili kabul edilen yasağı kaldırmak yerine, belde teşkilatı kurma zorunluluğunu kaldırmasının parti içi demokrasi ilkesini olumsuz yönde etkileyeceği açıktır.

Benzer yönde eleştiriler, partilere devlet tarafından yapılan mali yardım ile ilgili olarak SPK'da yapılan değişiklik açısından da geçerlidir. Türkiye'de devlet yardımı konusunda esas sorunu, mali yardım alan partilerin bütçelerinin önemli bir kısmını bu yardımların oluşturması ve partilerin öz gelir kaynaklarının, mali yardım karşısında oldukça düşük bir miktara tekabül etmesi teşkil etmektedir. İşte bu nedenle, Türk partilerinin, üyelerinden giderek daha da uzaklaştığı, buna karşılık, devlete yakınlığı öne sürülebilir. Hal böyle olunca, mali yardıma hak kazanmak için genel seçimlerde alınması gereken oy oranının, % 7'den % 3'e düşürme konusunda yapılan değişikliğin, partilerin, devlet örgütüne olan bağlılığını ortadan kaldırmayacağı, aksine seçimlerde % 3'lük oy oranına daha fazla sayıda partinin ulaşması mümkün olduğundan, üyelerinden uzaklaşan parti sayısının da doğru orantılı olarak artacağı iddia edilebilir.

### Kaynakça

- Aydın Mesut, "Türkiye'de Siyasal Partilere Devlet Yardımı", *AÜHFD*, C. 54, S. 4, 2005, s. 235-265.
- Eroğul Cem, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı*, İmge Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 1999.
- Gençkaya Ömer Faruk, "Siyasi Partilere ve Adaylara Devlet Desteği, Bağışlar ve Seçim Giderlerinin Sınırlandırılması", in Ali Çarkoğlu (Ed.), *Siyasi Partilerde Reform*, TESEV Yay., İstanbul, 2000, s. 129-234.
- Gençkaya Ömer Faruk, "Siyasi Partiler Kanununda Değişiklik Önerileri", *Siyasi Partiler ve Seçim Kanununda Değişiklik Önerileri*, TESAV Yay., No: 28, Ankara, Nisan 2005, s. 21-28.
- Gören Zafer, *Anayasa ve Sorumluluk*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., C. II, İzmir, 1999.
- Hallerman Andreas/KAIM Markus, *Parteien im internationalen Vergleich*, Druckerei Sömmerda GmbH, Erfurt, 2003.
- Ipsen Jörn, Artikel 21, in Michael Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, C.H. Beck Verlag, München, 2009, Rn. 1-216, s. 853-900.
- Kabasakal Mehmet, "Türkiye'de Siyasal Parti Örgütlenmesindeki Kısıtlamalar", *Siyasi Partiler ve Demokrasi Sempozyumu*, TESAV Yay., No: 8, [yayın yeri yok], 1995, s. 129-143.
- Kluth Winfried, Artikel 21, in Volker Epping / Christian Hillgruber (Hrsg.), *Beck'scher Online Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck Verlag, München, 2009, Rn. 1-220.
- Koçak Mustafa, *Siyasal Partiler ve Türkiye'de Parti Yasakları*, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, 2002.

- Küçük Tevfik Sönmez, *Parti İçi Demokrasi*, XII Levha Yay., 1. Baskı, İstanbul, Nisan 2015.
- Morlok Martin, *Artikel 21*, in Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar* (Band II), Mohr Siebeck Verlag, 2006, Rn. 1-165, s. 327-423.
- Ossege Stefan, *Das Parteienrechtsverhältnis*, V-&-R Unipress Verlag, Göttingen, 2012.
- Öztürk Zeki, *Seçimlerde Paranın Gücü (Seçim Harcamalarının Finansmanı, Şeffaflığı ve Denetimi)*, Ebabil Yay., Ankara, 2006.
- Sağlam Fazıl, *Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, Beta Yay., 1. Baskı, İstanbul, Temmuz 1999.
- Sağlam Fazıl, "Siyasi Partiler Kanunu'nda Uluslararası Standartlara Uygunluk Açısından Yapılması Gereken Değişiklikler", *AYD*, C. 17, 2000, s. 233-254.
- Sağlam Fazıl, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, AÜSBF Yay., Ankara, 1982.
- Sav Atilla, "Siyasi Partilerin Örgütlenme Modeli", *Siyasi Partiler ve Demokrasi Sempozyumu*, TESAV Yay., No: 8, [yayın yeri yok], 1995, s. 37-46.
- Tanör Bülent / Yüzbaşıoğlu Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yay., 14. Bası, İstanbul, Ekim 2014.
- Tanör Bülent, "Siyasi Partiler Yasası", *TÜSİAD Demokratik Standartların Yükseltilmesi Paketi Tartışma Toplantıları Dizisi-1*, TÜSİAD Yay., İstanbul, 1997, s. 17-24.
- Teziç Erdoğan, *100 Soruda Siyasi Partiler*, Gerçek Yay., 1. Baskı, İstanbul, Ocak 1976.
- Topuzkanamış Şafak Evran, "Siyasi Partilere Devlet Yardımı", *DEÜHFD*, C. 14, S. 2, 2012, s. 167-203.
- Trautmann Helmut, *Innerparteiliche Demokratie*, Duncker & Humboldt Verlag, Berlin, 1975.
- Uzun Cem Duran, *Anayasa Hukuku Açısından Siyasi Partilerin Finansmanı*, Adalet Yay., Ankara, 2010.
- Van Biezen Ingrid, *Financing Political Parties and Election Campaigns*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2003.
- Wolfrum Rüdiger, *Die innerparteiliche demokratische Ordnung nach dem Parteiengesetz*, Duncker & Humboldt Verlag, Berlin, 1974.
- Yanık Murat, *Parti İçi Demokrasi*, Adalet Yay., Ankara, 2013.
- Zippelius Reinhold / Würternberger Thomas, *Deutsches Staatsrecht*, C. H. Beck Verlag, München, 2008.
- Diğer Kaynaklar**
- BVerfGE, 85, 264, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv085264.html>, Çevrimiçi: 10 Eylül 2015, Rn. 1-184.
- <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/partg/gesamt.pdf>, Çevrimiçi: 10 Eylül 2015, s. 1-18 [Metinde, Parteiengesetz olarak kısaltılmıştır].
- <http://www.hdp.org.tr/parti/parti-tuzugu/10>, Çevrimiçi: 10 Eylül 2015 [Metinde, Halkların Demokratik Partisi Tüzüğü olarak kısaltılmıştır].
- <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/24817460.asp>, Çevrimiçi: 10 Eylül 2015.

<http://www.internethaber.com/yargitay-dtpyi-uyardi-3471h.htm>, Çevrimiçi: 10 Eylül 2015.

[http://tr.wikipedia.org/wiki/Demokratik\\_Toplum\\_Partisi](http://tr.wikipedia.org/wiki/Demokratik_Toplum_Partisi), Çevrimiçi: 10 Eylül 2015.

<http://www.yargitaycb.gov.tr/Partiler/kimlik/bvdp.pdf>, Çevrimiçi: 10 Eylül 2015 [Metinde, Barış ve Demokrasi Partisi Tüzüğü olarak kısaltılmıştır].

<http://www.yargitaycb.gov.tr/Partiler/kimlik/dbp.pdf>, Çevrimiçi: 10 Eylül 2015 [Metinde, Demokratik Bölgeler Partisi Tüzüğü olarak kısaltılmıştır].

<http://www.yargitaycb.gov.tr/belgeler/site/documents/SPartiler31032015.pdf>, Çevrimiçi: 10 Eylül 2015.

Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmi Gazete Sayı: 28940, Yayımlanma Tarihi: 13 Mart 2014.

# ANAYASA MAHKEMESİ: “RESMİ NİKÂH OLMAKSIZIN DİNİ NİKÂH CAİZDİR”

## THE CONSTITUTIONAL COURT: “A RELIGIOUS MARRIAGE WITHOUT OFFICIAL MARRIAGE IS PERMISSIBLE”

Coşkun ÖZBUDAK\*

**Özet:** Makalede, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK), *evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yapan ve yaptırımlara ceza öngören hükümlerinin Anayasa’ya aykırı olduğu* yönündeki Anayasa Mahkemesi kararı incelenmiştir.

**Abstract:** In this article is reviewed the decision of the Constitutional Court which stated that the provisions of the Turkish Penal Code Law No. 5237 which stipulate punishment for those who carry out the religious ceremony of marriage prior to official procedures and also for those who cause it to be held are conflicting with the Constitution.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa, Türk Ceza Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Resmi Nikâh, Dinsel Tören, Laiklik İlkesi, Din ve Vicdan Özgürlüğü, Özel Hayatın Gizliliği, Ölçülülük

**Keywords:** Constitution, Turkish Penal Code, Turkish Civil Code, Constitutional Court, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Official Marriage, Religious Ceremony, The Principle of Secularism, Freedom of Religion and Conscience, Right to Privacy, Proportionality

### 1. Giriş

Evlilik kurumu, birçok özellikleri ve mahremiyetleri bulunan, özellikle başlangıç itibarıyla kadın ve erkeğin ortak yaşam kurma iradesini yansıtan, özel ve ikili ilişkinin ağır bastığı bir birlikteliği ifade eder. Bundan dolayı da kuruma, sadece yasal bir temele oturma ve salt kural-yaptırım ikilemi çerçevesinde bakmanın yetersizliği herhalde tartışmasıdır.<sup>1</sup>

\* Avukat, Ankara Barosu

<sup>1</sup> Işıl Saygın, “Resmi Nikah Neden Gereklidir?”, <http://www.isilaysaygin.com/tr/index.php?pg=kadinstatusu&sayfano=19>, (İnd.T.: 02.06.2015)

Bu nedenle, başta sosyal, kültürel ve hukuksal olmak üzere birçok bileşeni olan evlilik kurumunun; oluşumunu, sürdürülmesini, sonlandırılmasını ve bu kuruma bağlı ilişkilerin düzenlenmesini konu alan hukuksal kurallar kamu düzeninden kabul edilmektedir.

Öyle ki, evlilik kurumunun da içinde yar aldığı kurallar, yalnızca kanunla düzenlenmemiş, aynı zamanda Anayasa tarafından da güvence altına alınmıştır.

Bu kapsamda, gerek mülga 743, gerekse halen yürürlükte bulunan 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda (TMK) resmi nikâh olmadan dini tören yapılması yasaklanmıştır.

TMK'daki bu yasağa aykırı eylemler, mülga 765 ve halen yürürlükte bulunan 4721 sayılı TCK'da da suç sayılıp cezaya bağlanarak teminat altına alınmıştır.

Son olarak, Anayasa'nın 174. maddesinde de, *evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikâh esası ile TMK'nın resmi nikâh olmadan dini tören yapılmasını yasaklayan hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı belirtilmiştir.*

Ancak Anayasa Mahkemesi (AYM) itiraz yoluyla önüne gelen ve TCK'nın, *evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yapan ve yaptıranlara ceza öngören hükümlerinin iptali talep edilen bir davada, dava konusu hükümleri Anayasa'ya aykırı bularak (oy çokluğuyla) iptaline karar vermiştir.*<sup>2</sup>

Bu çalışmada AYM'nin anılan kararı, öğretisi, yargı kararları, yargılama pratikleri ve Anayasa'ya uygunluk/aykırılık ölçütleri bağlamında irdelenecektir.

## 2. İnceleme

TMK, TCK ve Anayasa'nın İlgili Hükümleri ve "Kamu Düzeni" Kavramı

TMK'nın "Aile cüzdanı ve dini tören" başlıklı 143. maddesi uyarınca: "Evllenme töreni biter bitmez evlendirme memuru eşlere bir aile cüzdanı verir.

<sup>2</sup> AYM, 27.5.2015, E: 2014/36, K: 2015/51

*Aile cüzdanı gösterilmeden evlenmenin dini töreni yapılamaz. Evlenmenin geçerli olması dini törenin yapılmasına bağlı değildir.”*

TCK'nın “Birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören” başlıklı 230. maddesinin 5 ve 6. fıkralarına göre: “Aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Ancak, medeni nikâh yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.” (f. 5), “Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.” (f. 6).

Anayasa'nın “İnkılap kanunlarının korunması” başlıklı 174. maddesinin 4. bendi uyarınca: “17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikah esası ile aynı kanunun 110 uncu maddesi hükmü” Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz.

Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 21. maddesine göre “Bu Kanunun ve Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılmış veya değiştirilmiş bulunan kanunların maddelerine, diğer mevzuat tarafından yapılan yollamalar, o maddeleri karşılayan yeni hükümlere yapılmış sayılır.”

Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, resmi nikâh olmadan dini tören yapılmasını yasaklayan kanun hükmünün kamu düzeninden olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Türk Hukuk Lügatı'nda “kamu düzeni” kavramı: *Bir ülkede kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve bireyler arasındaki ilişkilerde huzuru ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamaya yarayan, taraflar arasındaki sözleşmelerle ortadan kaldırılamayan kurum ve kuralların hepsi*” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>3</sup>

AYM'ye göre kamu düzeni deyimi; *toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tu-*

<sup>3</sup> Türk Hukuk Kurumu, <http://www.turkhukukkurumu.org.tr/thl/metin/A.pdf>, (İnd.T.: 02.06.2015)



*tan her şeyi ifade eder, bir başka deyimle toplumun her alandaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsar.*<sup>4</sup>

Kamu düzeni kavramı öğretilerde de; *toplumun önemli ve doğrudan doğruya menfaatlerini koruyan, uyulmasında ve uygulanmasında kamunun kesin yararı olan kurallar* olarak kabul edilmiştir.<sup>5</sup>

Bununla birlikte, kamu düzeninin içeriği, kamu düzeninin kapsamını oluşturduğu kabul edilen temel hukuk ilkeleri, temel hak ve özgürlükler ve temel ahlak kurallarının içeriği zaman içinde ve toplumdan topluma değişir. Bunun nedeni toplumun sosyal, siyasal, ekonomik, kültürel ve ahlaki yapısında zaman içinde gerçekleşen değişimlerdir. Dolayısıyla kamu düzeni içeriği zamana ve mekâna göre değişen bir kavramdır.

### **b. Anayasa Mahkemesine (İtiraz Yoluyla) Başvuru Gerekçesi**

1982 Anayasası'nın 5, 10, 17, 20, 24. maddeleri ve bütünü 5237 sayılı TCK'nın 5 ve 6. fıkralarındaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde, resmi evlenme olmadan evlenmenin dinsel törenini yaptırınlar ve yapanlar hakkında ceza müeyyidesi uygulanmasının Anayasa'ya aykırı olduğu, ayrıca bu kanun hükümlerinin mahkemelerce uygulanmasında aksaklıklar olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki; sanıklar "biz hep beraber oturduk birlikteliğimiz için dua ettik" dedikleri takdirde delil yetersizliğinden beraat kararı vermek gerekirken, sanıkların "evet dini nikâhumuz kıyıldı" dediklerinde cezai müeyyide uygulanması aynı suçu işleyen sanıklar arasında eşitsizliğe sebep olacağı gibi, bu suçun oluştuğunun ispatının zor olduğu aşikardır.

Ayrıca, Anayasa'nın kişilere tanıdığı özel hayatın gizliliği ve din ve vicdan hürriyeti hükümleri dikkate alındığında, bir kadın ve erkeğin **birlikte gayrimeşru yaşamaları** suç değilken, dini nikâh kıyarak birlikte yaşamalarının suç teşkil etmesi, kişilerin dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve suçlanamaması kuralını ihlal etmektedir.

Yine Türkiye Cumhuriyeti'nde zina suç olmaktan çıkmış iken resmi nikâh olmadan şahısların dini nikâh kıymalarının suç teşkil etmesi Anayasa'nın ilgili hükümlerine aykırıdır.

<sup>4</sup> AYM, 28.1.1964, E: 1963/128, K: 1964/8

<sup>5</sup> Arda Atakan, "Kamu Düzeni Kavramı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 13, C. 1-2, İstanbul, 2007, s. 60

### c. Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya Uygunluk Gerekçesi

*İtiraz konusu kurallarda, aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar ile evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapan kimsenin iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı; ancak, resmi nikâh yapılması halinde dinsel törenle evlilik yaptıranlar aleyhine açılan kamu davasının ve hükmedilen cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılacağı düzenlenmektedir.*

*Anayasa'nın 20. maddesindeki düzenlemeyle özel hayat ve aile hayatı, Anayasa'da belirtilen istisnalar haricinde Devlete, topluma ve diğer kişilere karşı koruma altına alınmıştır.*

*Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre, din ve vicdan özgürlüğü "demokratik toplumun temel taşlarından biri" ve "insanların kimliklerini ve yaşam biçimlerini oluşturmalarını sağlayan" bir temel hak olarak, tıpkı özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı gibi kural olarak devletin ve diğer kişilerin müdahale edemeyeceği bir alan oluşturmaktadır.*

*Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da belirtildiği üzere, temel hak ve özgürlüklerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve özgürlüklerin sınırını oluşturur. Bir başka deyişle, temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının Anayasa'nın bütününe dikkate alınarak belirlenmesi gerekir.*

*İtiraz konusu kurallarda, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar ile evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapanların cezalandırılması öngörülerek, kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesi hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne bir sınırlama getirildiği açıktır. Zira kişiler arasında evlilik bağının nasıl kurulacağına ilişkin tercihte bulunulmasının ve bu bağın dinsel ritüel ve uygulamalara göre yapılabilmesinin kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında kaldığı tartışmasızdır. Din ve vicdan özgürlüğü yönünden de uluslararası alanda genel kabul görmüş normlar uyarınca, bu özgürlüğün özel bir görünümü olan "dini veya inancı dışı vurma özgürlüğü"; ibadet, dinsel ritüellerin yerine getirilmesi, uygulamalar ve öğretim gibi çok çeşitli dav-*

ranışları kapsamaktadır. Dolayısıyla, evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın da anılan özgürlük kapsamında kaldığı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

İtiraz konusu kurallara ilişkin suçlarla korunmak istenen hukuki menfaat dikkate alındığında, anılan **sınırlamanın amacının, evlilikle kurulan aile düzenini korumak olduğu anlaşılmaktadır**. Gerçekten de söz konusu suçlarla, resmî niteliği bulunmayan dolayısıyla da hukuki himaye sağlamayan evlenmenin dinsel törenini yapmak ve yaptırmak yasaklanarak, evlilik kurumunun bahsettiği haklardan eşlerin mahrum kalmamalarının sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir.

Aile düzeninin korunması ve evlilik kurumunun sağladığı haklardan kişilerin yararlanabilmesi, aile bireylerinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesine, dolayısıyla kamu yararının gerçekleşmesine hizmet edeceğinden, anılan amaçla özel hayatın korunması hakkı ile ve din ve vicdan özgürlüğüne sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin birçok kararında vurgulandığı üzere kanun koyucunun benimsediği ceza siyasetine göre hangi fiillerin suç olarak nitelendirileceğine karar verilmesi hususunda takdir yetkisi bulunduğundan, bu sınırlamayı suç ve ceza ihdas etmek suretiyle gerçekleştirilmesi de mümkün bulunmaktadır. Ancak getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen güvencelere bağlı kalınarak yapılması gerekmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile din ve vicdan özgürlüğü yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde, hakkın özüne dokunmadan, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olarak sınırlanabilir.

Ölçülülük ilkesi uyarınca, özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne müdahale edilebilmesi için demokratik toplum düzeni bakımından bir zorunluluğun bulunması, itiraz konusu sınırlama bakımından, aile kurumunun sağladığı hukuki himayenin, bir başka ifadeyle kişilerin evlilik bağının kurulmasından kaynaklanan haklarının, bu sınırlama olmaksızın korunamaması gerekir. Oysa **hukuk düzeninde, kişilerin evlilik bağının kurulmasından kaynaklanan haklarını koruyacak hukuki müesseselere yer verilmiş bulunmaktadır**. Gerçekten de Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca, eşlerin evlilik bağından kaynaklanan haklarını ileri sürebilmeleri için kanunda belirtilen memur

*önünde resmi nikâh yaptırmaları zorunlu olup, aksi takdirde evlilik bağından kaynaklanan birçok hakka sahip olmaları mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, kişilerin resmî evlilik yaptırmamaları hâlinde maruz kalabilecekleri hukuki yaptırımlar mevcut olup bunlar, kişilerin resmî evlilik yaptırmalarını sağlayabilecek elverişliliktedir. Dolayısıyla kişilerin dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerini cezalandırmayı gerektirecek bir zorunluluk bulunmamaktadır.*

*Sadece evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın suç olarak düzenlenmemesi, bu birlikteliği hukuk düzenince geçerli olarak kabul edilen bir niteliğe kavuşturmamakta ve evlenmenin dinsel töreninin yapılması evlilik birliğinin kurulmasını ve birlikten kaynaklanan hakların kullanılmasını sağlamamaktadır.*

*İtiraz konusu kurallarla getirilen sınırlamanın amacı olan aile düzeninin korunması yönünden gerekli olmadığı hâlde, itiraz konusu kurallarla kişilerin özel hayatları ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile din ve vicdan özgürlükleri kapsamında kalan evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerinin suç olarak düzenlenip bunlara cezai yaptırım bağlanması, anılan haklara orantısız bir müdahalede bulunulması sonucunu doğurmakta ve ölçülülük ilkesine aykırı düşmektedir.*

*İtiraz konusu kurallar bağlamında özel hayatın korunması hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne daha hafif bir sınırlama aracıyla müdahalede bulunularak, sınırlama amacı olan "aile düzenini korumak" mümkünken bundan daha ağır bir müdahale aracı kullanılması, ölçülülük ilkesine uygun düşmez. Hukuk düzenince resmî evlilik dışındaki hiçbir evlilik türüne hukuki sonuç bağlanmamak suretiyle, bir başka ifadeyle, "hukuki müeyyide aracı" kullanılarak itiraz konusu kurallarla amaçlanan aile düzeninin korunmasına yönelik önlem alınmış bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuk düzenince bu önlem alınmışken "hukuki müeyyide" aracından daha ağır bir müeyyide öngören "suç ve ceza aracı"na başvurulması, itiraz konusu kurallarla yapılan sınırlamanın ölçüsüzlüğüni gösteren diğer bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır.*

*Esasen, kişilerin herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmaları, özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip*

*cezalandırılmazken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırımlarının suç olarak düzenlenmesi, anılan ölçüsüzlüğü açıkça ortaya koymaktadır.*

*Diğer yandan, evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapan kimseler de sonuç itibarıyla özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırımlara yardım etmek amacıyla hareket ettiklerinden, bu kişilerin fiillerinin cezalandırılmasını öngören kural da yukarıda belirtilen aynı gerekçelerle ölçülülük ilkesini ihlal etmektedir.*

#### **d. Karşı Oy Gerekçeleri**

*"...Kanun koyucu kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak şartıyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı veya sayılmayacağı ve suç sayılan eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahiptir.*

*Medeni Kanun, Türkiye Cumhuriyeti'nin modern, çağdaş ve laik hukuk sistemine geçişinin temel yapı taşlarından birini oluşturmaktadır. Medeni Kanun'un özellikle resmi nikâh akdine ilişkin hükümlerinin gerektiği şekilde uygulanmasının Türk toplum ve aile hayatı açısından taşıdığı önem ve bu hükümlere uyulmadan dini nikâha dayalı olarak oluşturulan birlikteliklerin özellikle kadın ve çocuklar yönünden doğuracağı olumsuzluklar dikkate alınarak Anayasa'nın 174. maddesiyle resmi nikâh kurumu özel olarak korumaya alınmıştır.*

*Devletin, aileyi ve özellikle anayı ve çocukları koruma görevi gözetildiğinde, dini nikâha dayalı fiili birleşmelerin aile, toplum ve kamu düzenini bozucu sonuçlarını ortadan kaldırabilmek için resmi nikâhtan önce dini nikâh kıydırılmasının suç sayılıp cezalandırılmasında, hukuk devleti ilkesine ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırılık bulunmamaktadır.*

*Anayasa'nın ilgili kurallarında belirtilen laiklik, inanç özgürlüğüne saygıdan kaynaklanan ve dini bu özgürlüğün enginliğine bırakan bir kavram olduğundan, din düşmanlığı, dinsizlik ya da din karşıtlığı olarak algılanamaz. Devletin farklı inançlardaki kişilere aynı yakınlıkta ya da uzaklıkta olması, bunlar arasında hiçbir ayırım yapmaması laiklik ilkesinin gereğidir. **Dini nikâhın Medeni Kanun'da öngörülen evlenme akdinden önce yapıl-***

***masının yasaklanması, bu akiddeden sonra yapılmasını engellemediğinden laiklik ilkesine aykırı değildir.***

*İptali istenen kuralların gerekçesinde, düzenlemenin, Anayasa'nın 174/4. bendi gereğince yapıldığına açıkça işaret edilmiştir.*

*Anayasa'nın 174. maddesiyle ilgili bir Anayasa Mahkemesinin 7.3.1989 tarih ve E.1989/1, K.1989/12 sayılı kararında, madde ile korunan değer konusunun açıklığı kavuşturulduğu görülmektedir:*

*Anayasa Mahkemesi'nin 13.6.1985 tarih ve E.1984/14, K.1985/7 sayılı kararında da işaret edildiği üzere: "... Anayasa'nın 176 ncı maddesinde, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmının, Anayasa metnine dahil olduğu açıklanmış, anılan maddenin gerekçesinde de Başlangıç kısmının, Anayasa'nın diğer hükümleriyle eşdeğer olduğu vurgulanmıştır. Cumhuriyet'in niteliklerini belirleyen 2. maddesinde ise "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayalı, demokratik, laik ve sosyal hukuk devletidir" kuralı ile Başlangıçta belirtilen temel ilkeler Cumhuriyetin nitelikleriyle özdeşleştirilmiştir..."*

*Anayasa'nın 174. maddesinin gerekçesinde de "Atatürk inkılâplarının Atatürk'ün amaç olarak gösterdiği Batı uygarlık düzeyine varıştaki önemleri tartışılmayacak kadar açıktır. Türk Milleti bu inkılâpların bilincine varmış ve onlarla ilgili değerlendirmelerini etrafında toplandığı fikirler nüvesine katmıştır. Ancak zaman zaman Atatürk inkılâplarının anlamını kavrayamayanların belirledikleri görüldüğünden, inkılâpları Anayasanın himayesine alan 1961 Anayasasındaki hükmün yeni Anayasada korunması yerinde görülmüştür..." şeklinde bir belirlemede bulunduğu anlaşılmaktadır.*

*Anayasa'nın 41. maddesi ise aileyi Türk toplumunun temeli kabul etmiş; Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alması gerektiğine işaret etmiştir.*

*Anayasa'nın "Din ve Vicdan Hürriyeti" başlıklı 24. maddesinin son fıkrası: "Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz." kuralını taşımaktadır.*



765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nun, laikliğe aykırı olarak devletin içtimai veya iktisadi veya siyasi veya hukuki temel nizamlarını kısmen de olsa dini esas ve inançlarına uydurmak amacıyla propaganda yapmak veya telkinde bulunmak suçunu düzenleyen 163. maddesinin iptali istemiyle yapılan itiraz başvurusunda Anayasa Mahkemesi iptal istemini reddederken, 3.7.1980 tarih ve E.1980/19, K.1980/48 sayılı kararında şu gerekçeye dayanmıştır: "... Laiklik ilkesini benimseyen Cumhuriyet, hukukun laikliğini sağlamış, böylece Devlet bağımsız ve yansız bir hukuk kurumu olarak çağdaş ve uygar yapısını bulmuştur. Böylece laikliğin Anayasa'nın 2. maddesiyle, temel kural durumunda siyasal ve hukuksal yaşamda geçerli bulunması, laikliği koruyan Türk Ceza Yasasının 163. maddesini Anayasamızın 2. maddesinin doğal ve zorunlu bir sonucu durumuna getirmektedir... Laiklik ilkesini koruyan Türk Ceza Yasasının 163. maddesinin 4. fıkrasının, Anayasanın anılan ilkeye saygınlık sağlayan 12. maddesine aykırı bir yönü yoktur... Türk Ceza Kanununun 163. maddesinin 4. fıkrasında tanımlanan suçun maddi ve manevi öğeleri Anayasanın 19. maddesinin 5. fıkrasındakilerin koşutu olup, Anayasanın 19. maddesinde de geçen 'istismar, kötüye kullanma, yasak dışına çıkma ve kışkırtma' sözcükleri, Türk ceza Kanununun 163. maddesinin 4. fıkrasındaki 'propaganda ve telkini' kapsamaktadır. Anılan Anayasa hükmünde yasaklanan eylemlerin yaptırımının yasa da gösterileceği de açıkça belirtilmiştir. Bu bakımdan itiraz konusu kural Anayasanın 19. ve ayrıca 12., 20. ve 33. maddelerine aykırı değildir...".

İtiraz konusu kuralların Anayasa'nın 174. maddesinde sayılan sekiz inkılâp kanunundan birinin (medeni nikâh esasının) ceza hukuku alanında korunmasına yönelik olması karşısında; "Atatürk inkılâpları - laiklik - Anayasal Koruma" konusundaki 25.10.1983 tarih ve E.1983/2, K.1983/2 sayılı Anayasa Mahkemesi kararındaki gerekçeye yer vermek yerinde olacaktır: "... Atatürk devrimlerinin hareket noktasında laiklik ilkesi yatar ve devrimlerin temel taşı bu ilke oluşturur. Başka bir anlatımla, laiklik ilkesi açısından verilecek en küçük bir ödün Atatürk devrimlerini yörüngesinden saptırarak yok olması sonucunu doğurabilir. Bu nedenden ki Anayasamız 'Hiçbir düşünce ve mülahazanın... Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı' yolunda kesin bir buyruğa 'Başlangıç'ta yer vermek zorunluluğunu duymuş bulunmaktadır... Türk devrimi, Atatürk'ün önderliğinde gerçekleştirilen ulusal bağımsızlığın ve çağdaşlaşma hareketinin adıdır ve bu düşünce



sistemi 1982 Anayasası'nın temel dayanağını ve felsefesinin oluşturmuştur... Bu nedenledir ki Anayasamızın 24. maddesinin 4. fıkrası hükmüne başka manalar izafe etmek, Atatürkçü düşünceye ve Türk devrimine ters düştüğü kadar, bizatihi hükmün açık olan ve yoruma elverişli bulunmayan beyanına ... aykırı olur...".

Benzer değerlendirmelerin yapıldığı 7.3.1989 tarih ve E.1999/1, K.1989/12 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının gerekçesine göz atmak yararlı olacaktır: "... İnkilâp kanunlarının korunması başlığını taşıyan Anayasanın 174. maddesi, kimi sözcük ve değişiklikleriyle 1961 Anayasasının 153. maddesinin yinelenmesi biçimindedir. Maddede sıralanan sekiz Yasa'nın Anayasaya aykırı olduğu biçimde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı öngörüülürken, bu yasaların Türk toplumunu çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik niteliğini koruma amacını güden devrim yasaları olduğu belirtilmiştir... 174. maddenin içeriğinde sıralanan yasaların adları, Türkiye Cumhuriyeti için önemlerini açıklamaktadır. Çağdaş uygarlık düzeyini aşmak ve Türkiye Cumhuriyeti'nin laik niteliğini korumak amacını taşıdıkları Anayasa'da kabul edilip 'inkilâp kanunları' olarak anılmaları, Türk Devrimi ve Atatürk ilkelerinin gerçekleştirme amacı olduklarını göstermektedir... 174. maddenin bağımsız olarak ayrıca Başlangıç bölümü, 2. ve 24. maddelerle birlikte değerlendirilmesi Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik anlayışını açık biçimde ortaya koyar... 174. maddede belirtilen Devrim Yasaları birbiriyle sıkı ilişki içindedir. Hepsi laiklik konusunda ayrı bir alanı düzenleyerek ülkenin çağdaş yapısını kurmuşlardır. Her biri başlı başına büyük önem taşıyan ve birer devrim anıtı olan bu Yasalar, Türkiye Cumhuriyeti'ni sonsuza dek yaşatacak değerdedir..."

Yukarıda kapsamlı olarak metinlerine yer verilen Anayasa hükümleri ile Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararları birlikte değerlendirildiğinde; Anayasanın 174. maddesinin 4. fıkrası ile koruma altına alınan inkilâp kanunlarından "17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikâh esası ile aynı Kanununun 110. maddesi hükmü" (743 sayılı Türk Kanunu Medenisi 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile yürürlükten kaldırılmakla beraber, Anayasanın 174/4. maddesinde sözü edilen düzenlemeler 4721 sayılı Kanunun 141., 142. ve 143. maddelerinde aynı muhafaza edilmiştir.) Ceza hukuku alanında 1936 yılından bu yana koruma altına alınmış (765 sayılı TCK.nun 237/3-4 Md; 5237 sayılı TCK.nun 230/5-6 Md) olup; Anayasanın 174/4. md.nin "Başlangıç"taki değinilen ilkeler, 2.,

14., 24/son ve 41. maddeleriyle birlikte yorumlanması gerekliliği karşısında, "din ve vicdan hürriyeti"nin bu inkılâp kanununun önüne geçirilebilmesine imkân bulunmamaktadır. Türk kadınının çağdaş uygarlık düzeyine ulaştırılması, kadının ve ailenin korunması amacına yönelik olan "medeni nikâh" esasını benimsemesi ve ülkenin

laik düzeninin korumayı hedefleyen bu inkılâp kanununun aksine tutum ve davranışları engellemeye matuf dava konusu kurallar, gerçekte bu Anayasal ilkenin korunmasına yönelik bir ceza yaptırımından ibarettir. Esasen yasa koyucu dahi bu kurallara ilişkin gerekçede, düzenlemeyle Anayasa'nın 174. maddesinin (4) numaralı bendinin vurgulanmakta olduğunu ifade etmiştir. Keza önceki (mülga) Türk Ceza Kanunu'ndaki aynı düzenleme, Anayasa Mahkemesince Anayasa'ya aykırı görülüyerek iptal istemi reddedilmiştir. Anılan İnkılâp Kanununu dolaylı yoldan zayıflatabilecek bir yorum biçimiyle, düzenlemenin vicdan ve din hürriyeti ile bağdaşmadığının öne sürülmesi, yorumda Anayasa'nın işaret edilen diğer hükümlerinin birlikte ele alınması gerekliliği karşısında kabul edilemez. Ayrıca işaret edilen Anayasa Mahkemesi kararları da bunu desteklemediği gibi, bilakis aksini ortaya koymaktadır. Kaldı ki, iptali istenen kuralın (5) numaralı fıkrasının 2. cümlesinde yer alan, "Ancak, medeni nikâh yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar" hükmü de dikkate alındığında aile hukukunu, özel hayatı, din ve vicdan hürriyetini ve medeni nikâh esasını koruyan bu kuralın ölçülü olmadığı da söylenemez. Dolayısıyla kurallar Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı düşmemekte olup, iptal isteminin reddi gerekir.

\* \* \*

Ulusal Kurtuluş Savaşı ile elde edilen bağımsızlık ve milli hâkimiyet temelinde ve devrimle kurulan Türkiye Cumhuriyeti'nin medeni milletler camiasına kendini kabul ettirmesinin başlıca dayanaklarından biri de kadın-erkek eşitliğini esas alan Türk Kanunu Medenisi olmuştur. Medeni Kanun'la çok eşliliğe son verilerek resmi nikâh esasının kabul edilmesinden sonra da yeni hukuki kurumların ayakta tutulabilmesi için, bazı önlemler öngörülmüştür. Medeni nikâh yapılmadan dini nikâh yapılmasının bazı yaptırımlara tabi tutulması da bu kapsamdadır. Konuya salt hukuki ve Anayasal açıdan bakıldığında, Anayasa Mahkemesinin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun bu iptal davasındaki kurallarla aynı düzenlemeyi içeren 237. maddesinin dördüncü fıkrasının iptali istemini reddeden, 2.5.2002 tarihli ve 24743 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, Esas.1999/27, Karar:1999/42 sayılı ve OYBİRLİĞİYLE alınmış kararındaki gerekçeler, bu iptal istemi yönünden de aynen geçerli olup, iptal

isteminin reddi gerekmektedir. Ancak bu kere konuya insan hakları ekseninde bir gerekçeyle yaklaşarak farklı bir sonuca varıldığından, iptal istemine konu olan kuralların koruduğu hukuksal değerler ile ihlal edildiği sonucuna varılan Anayasa hükümlerinin yeniden karşılaştırılması yararlı olacaktır.

Modern laik yaşamın ve buna bağlı toplum düzeninin gereklerini yüce dinimizin emirleri ile en güzel şekilde bağdaştırmayı bilen halkımızın büyük bir çoğunluğu, evlilik akdini icra ederken hem hukuki hem de dini ve sosyal vecibeleri yerine getirmeyi usul edinmiş, buna göre öncelikle remi nikahın yapılması, sonra da dini tören ve düğün yapılması şeklindeki uygulama bir örf ve adet haline gelmiştir.

Kanun'un 230. maddesinin (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, aralarında evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptıranların iki aydan altı aya kadar hapis cezasına çarptırılması öngörülmekle birlikte, ikinci cümlede "Ancak, medeni nikâh yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar" denilmiştir. Bu düzenlemenin, ceza mevzuatında yer alan diğer suçlara ilişkin etkin pişmanlık ve hafifletici sebeplerden farklı, suçu adeta "tazyik hapsi" niteliğinde bir yaptırıma bağlayan bir kural olduğu görülmektedir. Bundan da **amacın, kimseyi dini tören yaptırdığı için cezalandırmak olmayıp, sadece dini törenin nikah akdinden sonra yapılmasını sağlamak, böylece resmi evlenme akdinin ertelenerek, dini esasa göre kurulan aile birlikteliğinin hukuk düzeni dışında kalmasından dolayı kadın ve doğacak çocuklar yönünden muhtemel hak kayıplarını önlemek olduğu** anlaşılmaktadır.

Konuya sosyolojik açıdan bakıldığında, toplumumuzda hem resmi hem de dini nikah ile evlenen çiftlerin oranının Türkiye İstatistik Kurumu'nun verilerine göre 2011 yılında ilk evliliğinde hem resmi hem de dini nikahla evlenenlerin oranı % 93,7 iken sadece resmi nikahla evlenenlerin oranı % 3,3 ve sadece dini nikahla evlenenlerin oranı % 3'tür. Bölgelere göre nikah türleri incelendiğinde, resmi evliliği olmayıp sadece dini nikah yaptıranların oranının en yüksek olduğu bölgenin Güneydoğu Anadolu bölgesi olduğu (% 8,3), en düşük orana sahip bölgenin ise Batı Marmara bölgesi olduğu (% 0,9) görülmektedir (Türkiye İstatistik Kurumu Bülteni, Sayı:13662, 13 Mayıs 2013).

Yine Civelek ve Koç tarafından 2005 yılında yapılmış aile araştırmasında da sadece dini nikahı olanların oranının 1968'de % 15 iken 1978'de % 12, 1988'de % 8, 1998'de %7 ve 2003'te de % 5,8 olduğu görülmektedir. Bu verilere göre 1968'den 2003'e kadar sadece imam nikahlı birlikteliklerde % 61 azalma meydana gelmiştir. Yine aynı araştırmanın bulgularından, Türkiye genelinde

"imam nikahı"nın bölgesel ve sosyo-kültürel faktörlere göre değişiklik arzettiği, bu bağlamda coğrafi olarak Batı'dan Doğu'ya arttığı, eğitim seviyesi yükseldikçe azaldığı, kırsal bölgelerde kentlere daha fazla olduğu, hane refah seviyesiyle de ilgili olduğu, refah seviyesi çok kötü olan ailelerde % 15, orta olan hanelerde % 4, iyi olan hanelerde ise % 1 oranında olduğu görülmüştür. Bu tablodan çıkan sonuç, toplumsal düzenin temel esaslarından biri olarak kabul edilen kadın-erkek eşitliğine dayalı evlilik kurumunun, yani Medeni Kanun'a göre yapılan evlenme akdinin Devletçe bazı yaptırımlarla desteklenmesine ihtiyacın, kalkınmışlık düzeyi arttıkça ters orantılı olarak azaldığı, ancak toplumun bazı kesimleri ve bazı bölgeler itibariyle halen bazı yaptırımlara ihtiyaç bulunduğu ve iptali istenen kuralın bu yönde önemli bir kamu yararına hizmet ettiğiidir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri sayılmış, 10. maddesinde eşitlik ilkesi, 17. maddesinde kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, 41. maddesinde ailenin korunması ve çocuk hakları düzenlenmiştir. Eşitliği güvence altına alan 10. maddeye 2004 yılında eklenen fıkrada "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür" denilmiş; fıkraya 2010 yılında eklenen cümlede de "Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz" hükmü getirilmiştir. ***İptali istenen kuralla herkesten önce kadınları korumakta olduğundan, anayasal denetimde işin bu yönünün gözden kaçırılması hatalı sonuçlara götürecektir.***

Sosyolojik araştırmalara göre ***aralarında herhangi bir şekilde evlenme akdi olmadan aile hayatı yaşayan çiftlerin oranı, sadece dini törenle evlenenlerin oranından daha düşüktür. Öte yandan, bu kategorideki kişilerle dini törenle evlenmiş olduğunu düşünen kişiler arasında eşitlik karşılaştırması yapılması da mümkün değildir.*** Çünkü eğitim ve ekonomik gücü yüksek olan kişilerin kurduğu birlikteliğin her iki taraftan herhangi birinin isteği ile sona erdirilmesi genelde toplumsal barışı bozucu bir etki yaratmazken, inançları gereği kendisini dini nikâhla bağlı sayan taraflar arasında birlikteliğin bozulması çok ciddi sorunlara ve geniş aileleri de karıştıran, toplumsal barışı bozucu ciddi suçlara yol açabilmektedir. Durum ve konumları itibariyle farklı olanlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamayacağı açıktır.

Kuralların öngördüğü cezanın Anayasa'nın 20. ve 24. maddelerindeki temel haklara ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiğinden de söz edilemez. Çünkü

*buradaki müdahale, sadece belli bir dini törenin zamanlamasına yönelik, haklı nedenlere dayanan bir müdahaledir. Medeni nikâhın yapılmasıyla suç ve cezanın ortadan kalkacak olması, müdahaleyi daha da hafiflettiğinden, ölçüsüz sayılamaz. Çoğunluk gerekçesinde de belirtildiği gibi, 20. ve 24. maddelerdeki özgürlüklerin, bunların doğasından kaynaklanan bazı sınırları vardır. Dinsel bir törenin yapılmasından önce kişinin bazı koşulları yerine getirmesinde haklı bir neden ve üstün bir kamu yararı varsa, ölçülü olmak şartıyla Devletçe bazı kurallar konabilir. Nitekim 80 yıldır halkımızın büyük çoğunluğu dini vecibelerini de ihmal etmeden bu kurallara uymuş ve bu kuralların kaldırılması yönünde yasa koyucu üzerinde önemli bir toplumsal talep yaşanmamıştır. Kurullarla sıkıntısı olan kişilerin çoğunlukla, evlilik kurumunun kanuni yükümlülüklerinden kurtulmak ve partnerini, özellikle inançlı bir kişi ise, hukuken evli olmaksızın birlikte yaşamaya ikna etmek için dinin manevi gücünden yararlanmak isteyenler olduğu anlaşılmaktadır. Bunların da özgürlükler kapsamında himaye edilecek meşru bir hukuki yararlarının olmadığı açıktır.*

*Dini töreni yapan kişiler yönünden de kurallara ilişkin iptal isteminin aynı gerekçelerle reddi gerekir. Kaldı ki, başkalarını evlendirmek gibi dini bir zorunluluk da bulunmamaktadır.*

### 3. Değerlendirme

Yukarıda (okuyucuyu sıkma pahasına); itiraz başvurusu, karar ve karşı oy gerekçelerine ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Karşı oy yazılarındaki gerekçeler yeterince açıktır. Bu nedenle, aynı hususlara ilişkin görüşler yinelenmeyecektir.

Buna karşılık, AYM'nin son dönem kararlarında sıkça başvuru alan "ölçülülük" ilkesi ve inceleme konusu kararda başvurduğu kıyas ve yorum yöntemleri irdelenecektir.<sup>6</sup>

Bu noktada, yapılacak eleştirileri daha anlaşılabilir kılma açısından, Ankara Üniversitesi ve İstanbul Üniversitesi'nde yirmi yıl ders

<sup>6</sup> Ancak öncelikle Anayasa mahkemesine itiraz başvurusunda bulunan mahkeme kararında ileri derecede dil ve anlatım bozukluğu bulunduğundan, yapılan alıntıda dil ve anlatım bozukluklarının düzeltilindiğini, ayrıca "gayrimeşru" ve "gayriresmi" kavramları ile "nikâhsız birlikte yaşama" ve "zina" olgularının fena halde birbirlerine karıştırıldığını, ya da bu kavram ve olgulara dayalı kabulün hukuk temelli değil inanç temelli olduğunu düşündüğümü, zira bu mahkemenin, "meşru"luk tanımlamasını ortada dini nikah olup olmadığını dikkate alarak yaptığı kanaatinde olduğumu belirtmeliyim.

vermiş, Türk Hükümetine çeşitli konularda danışmanlıklar yapmış ve bazı kanunların hazırlanmasında öncülük etmiş olan Alman-Türk hukuk profesörü Hirsch'in son derece önemli olan bir görüşüne burada atıf yapmak doğru olacaktır.

Hirsch'e göre: *Hukukçunun görevi kanunu uygulayarak, olguyu kanun gözü ile ölçmektir. Bu bağlamda kanunu yorumlamak demek, kanunun ruhunu ortaya koymak demektir. Her kanun çeşitli etkenlerin ürünü olduğundan, kanunun gerçek anlamı ancak bu etkenlerin anlaşılmasıyla ortaya çıkabilir. Hukuk kuralında ifadesini bulan fikrin ortaya çıkarılmasında; kuralın lâfzî anlamı, tarihçesi, hukuk ve kanun sistemindeki yeri önemlidir. Ayrıca hukuk kuralının kıyasen uygulanması, kıyas edilecek hukuk kuralının niteliğine bağlıdır. Kural genel bir prensibi ifade ediyorsa kıyas mümkündür. Özel bir olgu için konmuşsa kıyas uygun değildir. Ancak bir normun "genel" veya "özel" olduğunu bize bildirecek olan, kuralın hukuk sistemindeki yeridir. Her kanun normu kanun koyucunun çarpışan menfaatlere biçtiği değerlerin bir ifadesidir. Hâkimin kanuna bağlı olduğu ve ancak kanun çerçevesinde hüküm vereceği kuralı hâkimin, kanunun lâfzına bağlı olması demek değildir. Bunun anlamı şudur: Hâkim çarpışan menfaatlerin toplumsal değeri hakkında kanun koyucudan farklı bir hüküm veremez. Hukukçu herhangi bir maddeyi uygularken yorum faaliyetini yukarıdaki kurallar çerçevesinde, bilimsel bir şekilde yapmalı ve bulunduğu yorum normunu mantıkla da kanıtlayabilmelidir.*<sup>7</sup>

AYM, iptal kararına varırken, *nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşayanlarla, dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırınların* durumunu kıyaslamış ve birinciler *cezalandırılmazken*, ikincilerin eyleminin *suç olarak düzenlenmesini*, ölçsüzlüğün kanıtı olarak kabul etmiştir.

Oysa aralarında herhangi bir şekilde evlenme akdi olmadan birlikte yaşayan çiftlerin, dini törenle evlenmiş olduğunu düşünen kişilerle karşılaştırılabilmesi mümkün değildir.

Bu kıyaslama, TMK'daki "*Nişanlanma, evlenme vaadiyle olur*" kuralı kapsamında nişanlı bulunanlar ile hiçbir evlenme iradesi olmaksızın

<sup>7</sup> E. Hirsch, "Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsîr", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 1943, Cilt 1 Sayı 2, s. 192-199, <http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhfdergisi/yil-1943-cilt-1-sayi-1-4/> (Ind.T.: 30.04.2011)



aileleri tarafından beşik kertmesi yapılmış kişilerin nişanın hükümleri açısından eşdeğer tutulmaları kadar hatalıdır.

Bir kere, fiilen birlikte yaşayan çiftlerin, hukuk düzenimizin belirlemiş olduğu anlamda “evlenme” hususunda bir iradeleri bulunmamaktadır. Bu anlamda, evlilik kurumunu düzenleyen hukuk kuralları ile çatışma halinde olmaları da söz konusu değildir.

İptal edilen kurallar kapsamındakiler ise evlenme iradelerini ortaya koyup uygulamaya geçen, bu sırada da Anayasa ile güvence altına alınmış, kamu düzeninden sayılan bir kuralla çatışan kişilerdir.<sup>8</sup>

Anayasa Mahkemesi verdiği bu kararla, Anayasal güvence altına alınmak suretiyle kamu düzeninden kabul edildiği kuşkusuz olan bir kuralın ihlalini, *kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercih ve dini inanç gereği saymış, ayrıca bu ihlali, özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip cezalandırılmayan* bir davranışla aynı kefeye koyma hatasına düşmüştür.

Buna karşılık AYM aynı tarihli ve benzer konulu bir başka kararında 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun, “İffetsiz bir kimse ile evlenen veya böyle bir kimse ile yaşayanlar” başlıklı 153. maddesinin 1. fıkrasında geçen “...veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta...” ifadesini, “askeri hizmetin niteliğine dikkat çekip, kanun koyucunun bu tür düzenlemeler yapma yetkisi olduğunu” vurgulayarak, (oy çokluğuyla) Anayasa'ya uygun bulmuştur.<sup>9</sup>

Oysa bu ibarede söz konusu olan durum da, *kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihi yansıtmakta ve özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince ayrıca suç olarak nitelendirilip cezalandırılmamaktadır*. Aradaki fark, Askeri Ceza Kanunu'ndaki, eylemin dini inançla bağlantılı olmamasıdır.

Bu hatalar, hâkimin şu ya da bu düşünceye/inanca yakın olmasından çok, içinde yorum ve kıyas kurallarını da barındıran evrensel

<sup>8</sup> AYM aynı konudaki 24.11.1999 gün ve E: 1999/27, K: 1999/42 sayılı kararında: “Aralarında resmî nikâh bağı olmaksızın bir arada yaşayanlarla evlenme istek ve iradesiyle dini nikâh yaptırılanlar aynı hukuksal konumda değillerdir.” diyerek, bu yanlışlığa işaret etmiştir. Gerek 24.11.1999 tarihli karara konu başvuruda, gerekse inceleme konusu başvuruda her iki itiraz mahkemesi de aynı hatayı yapmış, maalesef son kararında AYM de bu hataya ortak olmuştur.

<sup>9</sup> [http://www.radikal.com.tr/turkiye/nikahsiz\\_yasayan\\_askerin\\_tskdan\\_ihracina\\_vize-1369080](http://www.radikal.com.tr/turkiye/nikahsiz_yasayan_askerin_tskdan_ihracina_vize-1369080), (İnd.T.: 02.06.2015)



hukuk ilkelerine uzak olmasıyla, ya da daha kötüsü, taşıdığı düşünceyi/inancı en temel hukuksal ilkelere tercih ederek hüküm kurmakta sakınca görmemesiyle açıklanabilir.<sup>10</sup> Ben bu noktada yanılmış olmayı temenni ediyorum.

AYM inceleme konusu iptal kararının gerekçesinde, Anayasa'nın 13, 20 ve 24. maddeleri bakımından inceleme yapmış, buna karşılık Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan laiklik ilkesine değinme gereği dahi duymamıştır. Tüm kararda laiklik kelimesine (18) defa, karşı oy kullanan üyeler yer vermiştir.

Laiklik ilkesine atıf yapılması için bu kelimenin kullanılması gerekemeyebilir. Ancak iptal gerekçesinde bu ilkeyi çağrıştıran ifadeler de yer verilmemiş olması ve Anayasa'da laiklik ilkesinin somutlaştığı maddelerden bir olan 24. maddenin salt din ve vican özgürlüğü bakımından irdelenmesi de ayrıca dikkat çekicidir.

Oysa karşı oy yazarlarının laiklik kelimesini kullanırken atıf yaptığı metinler Anayasa'nın kendisine ve AYM'nin benzer konularda daha önce vermiş olduğu kararlara aittir.

Anayasa'nın Devletin rejimini de düzenleyen, konuyla ilgili hükümlerinde bugüne kadar temel bir değişiklik yaşanmadığı göz önünde bulundurulduğunda, inceleme konusu AYM kararındaki anlayışın önemsiz bir yaklaşım farklılığından kaynaklandığı da söylenememektedir.

AYM'nin son dönem kararlarında haklar ve özgürlükler eksenine ağırlık verdiği ve ölçülülük ilkesine sıklıkla başvurduğu görülmektedir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde ve bireysel başvuru yolunda haklar ve özgürlükler eksenli yaklaşım elbette takdire şayandır. Ancak, denge gözetmeksizin, tek başına haklar ve özgürlükler penceresinden bakılmasının da bir eksen kaymasına yol açması, hakları ve özgürlükleri aslında tümünden yok edecek olan bir gidişin kilometre taşlarını döşemekte olması kaçınılmazdır.<sup>11</sup> Çünkü *özgürlüklerin sınırsız olduğu yerde hiç kimse özgür değildir*.

<sup>10</sup> AYM dini inanç söz konusu olduğunda tercihini özgürlükler bağlamında kullanmakta ve tutumuna gerekçe bulmakta da zorluk çekmemektedir. Bkz. AYM'nin 25.06.2014 tarih ve 2014/256 Başvuru Numaralı kararı, Coşkun Özbudak, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara, Aralık 2014

<sup>11</sup> Bülent Serim, "Nikah Sadece Nikah Değildir", <http://odatv.com/n.php?n=nikah-sadece-nikah-degildir-0106151200>, (İnd.T.: 01.06.2015)

AYM'nin gerekçesinde, ölçülülük açısından değerlendirme yapılırken, TMK'daki düzenleme bağlamında, *kişilerin evlilik bağının kurulmasından kaynaklanan haklarını koruyacak hukuki müesseselere yer verilmiş bulunduğu, bu kapsamda, kişilerin resmî evlilik yaptırımamaları hâlinde maruz kalabilecekleri hukuki yaptırımların, resmî evlilik yaptırımlarını sağlayabilecek elverişlilikte olduğu, dolayısıyla kişilerin dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerini cezalandırmayı gerektirecek bir zorunluluk bulunmadığı* belirtilmiştir.

Oysa Anayasa'da ve yasalarda yer alan birçok yasağın, başkaca yasal önlemler bulunmasına rağmen neden ayrıca ceza yaptırımına bağlanmış olduğu, esasen bu ceza yaptırımlarının ilgili kişilerin en az bir hakkını/özgürlüğünü ihlal ettiği, ancak bu ihlalin Anayasal rejim, kamu düzeni, kamu yararı ve haklar/özgürlükler dengesi uyarınca meşru kabul edilmesi gerektiği herkesten önce AYM'nin malumudur.

Örneğin TCK'da da suç sayılarak cezalandırılan terör eylemleri için, ülkemizde ayrıca bir Terörle Mücadele Kanunu bulunması dikkate alınarak, *hukuk düzenince önlem alınmışken daha ağır bir müeyyide öngören ayrı bir "suç ve ceza aracı"na başvurulması, sınırlamanın ölçüsüzlüğünü gösteren bir unsur olarak değerlendirilebilecek midir?*

Keza TMK düzenlemesi yeterli, TCK hükümleri ölçsüz ise, resmi nikâh yaptırabilmek için yaşı küçük olan çocukların dini nikâhla evlendirilmeleri ya da evli olan bir kişinin dini nikâhla ikinci bir kadın alması hangi cezai yaptırımla engellenecektir?

Bu anlamda, AYM'nin en azından inceleme konusu kararda ölçülülük adına ölçüyü kaçırdığını söylemek herhalde ölçsüzlük olmayacaktır.

Kendisi de bir hâkim olan ŞAKAR, *Cumhuriyet dönemi yargısının Cumhuriyetin müeyyidesi ve inkılâbın koruyucusu olarak inşa edildiğini, dolayısıyla tarihsel misyonu gereği, Cumhuriyet iktidarının talepleri doğrultusunda hareket ettiğini, her iktidar değişikliğinde eskisinin son askeri, yenisinin ilk müntesibi olduğunu, toplumsal talepler ve özgürlüklerin, devrin iktidarının güvenlik anlayışı ve siyasi çıkarıyla örtüştüğü oranda anlamlı olduğunu, bu nedenle de Türkiye'de yargının, temel haklar ve özgürlükleri esas alan, bu dâhilde özgürlükler lehine içtihatlar geliştiren bir yapıda olmadığını, Cumhuriyetten bugüne kadar işleyen adli mekanizmanın bir yargıya dönüşmediği*

gibi, mevcut bütünlüğü de yitirerek **amor**f bir görünüme bürünmekte olduğunu söylemektedir.<sup>12</sup>

Yine hâkim ERTEKİN de, "Mesleki istikbalin iktidar ve güç ile olan meseleye bağlı olduğu bir meslek örgütü içindeki ilişki sisteminin mensuplarına nasıl bir gerilim dayattığı üzerinde düşünmek zorundayız. Bu güne kadar hiç ilgilenilmemiş, belki de fincancı katırlarını ürkütmemek için bir köşede bırakılmış bir sorundur bu. Böyle bir kültürde herhangi bir talebinizi meşrulaştırmanın tek yolu güç ve iktidara yakın olmak, onunla yakınlaşmak, yakınlaşma araçlarını yollarını geliştirmek ise eğer bu durumda meşru ilişkilerden ve davranışlarımızın herkesin ve toplumun önünde haklılaştırması sorunundan uzaklaşmaya başlamışsınız demektir. **Bu aynı zamanda ahlaki sınırlamalardan uzaklaşmak ve bunun yerine güç ve kudret ile ilişki geliştirmeye dayalı kapalı ve el altından yürütülen bir ilişki biçimini kurumsallaştırmak demektir. Bugün yargının içinde olduğu "kültür" tam da böyle bir hiyerarşik kültürdür.** Böyle hiyerarşik ilişki geliştiren bir meslek alanının etik değer ve ahlaki bir olgunlaşma yaratabilmesinin ne kadar zor olduğunu kabul etmek gerekiyor. **Eğer ahlaki ve etik ilkelerimiz iktidar ve güce dönük olarak oluşuyorsa ahlaki davranışlarımız da, yani örneğin kınama ve yerme eğilimlerimiz de kaçınılmaz biçimde iktidar dışındakilerin "yaramazlık"larına, bu yaramazların itiraz ve "isyan"larına yönelebilir.** Buna karşılık, bu ahkaki ölçeğin asıl olarak iktidar ve güç sahiplerinin davranışlarını ölçebilecek bir eğilimi hiçbir biçimde bulunmamaktadır. Böyle bir yargı kültürü kaçınılmaz olarak gücün bizzat kendisini ahlaklaştırırken, zayıfın bizzat kendisini de ahlaki bir zaaf sorgulamasına taşımakta eşsiz bir heyecan duyar. Oysa, **yargının, toplumsal işlevini yerine getirmesini mümkün kılan şey güç ve iktidar merkezinin dışında durabilme kapasitesi ve buna ilişkin dayanıklı pratikler üretebilme yeteneğidir.** Bu nedenle Türkiye'de yargının içinde bulunduğu iktidar, güç, ahlak ve etik ilişkilerini mutlaka toplumsal sorgulamamızın bir konusu haline getirmek zorundayız. Aksi takdirde, toplum, kendi haklarının geliştirilmesi ve derinleştirilmesi konusundaki beklentilerini daha da uzağa ertelemekten başka bir şey yapamayacaktır. Çünkü, **nasıl bir yargıya, nasıl bir yargıca/savcıya, nasıl bir yargı kültürü ve etiğine sahip olduğumuz sorusu gerçekte hangi haklara sahip olduğumuz sorusu ile aynıdır.**"<sup>13</sup> diyerek, yaşamsal bir başka saptama yapmıştır.

<sup>12</sup> Orhan Gazi Ertekin, Faruk Özsu, Muzaffer Şakar, Yargıda Kumpasın Köşe Taşları AKP ve Cemaat, İstanbul, 2014, s. 234, 235

<sup>13</sup> Orhan Gazi Ertekin, Yargı Meselesi Hallolundu!, Ankaralı, 2011, s. 142, 143

Bir başka çalışmalarına *“Türkiye’de Yargı Yoktur”*<sup>14</sup> gibi son derece düşündürücü bir isim vermiş olan bu iki yazarın yaptığı saptamalar ve getirdiği eleştiriler, esasen Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana söz konusu olan yargı anlayışına yöneliktir. Ancak geçmişten günümüze *Cumhuriyet dönemi yargısının Cumhuriyet iktidarının talepleri doğrultusunda hareket ettiği, her iktidar değişikliğinde eskisinin son askeri, yenisinin ilk müntesibi olduğu, toplumsal talepler ve özgürlüklerin, devrin iktidarının güvenlik anlayışı ve siyasi çıkarıyla örtüştüğü oranda anlamlı olduğu* yönündeki saptama, güncel bir kararı konu alan bu çalışma bakımından ayrıca önem taşımaktadır.

Zira görünen o ki, Cumhuriyetin müeyyidesi olmakla eleştirilen yargı, günümüzde de muktedirin güdümünden çıkıp *“hukukun müeyyidesi”* haline gelememiştir.

Eğer Anayasa Mahkemesinin güncel sorunu Cumhuriyet yargısı için söylenenler kadar derin ve kronik değilse, inceleme konusu karardaki hukuka aykırı sonucun; yorum ve kıyas ilkelerinin doğru uygulanmamasından ve ilgili hükümler arasındaki sebep sonuç ilişkisinin yer değiştirmesinden kaynaklandığı söylenebilir. Bu durumda, yukarıda atıf yapılan yorum ilkeleri bağlamında; eldeki konuya ilişkin kuralların sözel anlamı, tarihçesi, hukuk ve kanun sistemindeki yeri, kıyas yapılacak kuralların/durumların niteliği ve yasa (mevzuat) yapıcının amacı dikkate alınarak bir hükme ulaşma çabası adil bir sonucu mümkün kılar.

Ama sorun daha derin ve kronik ise yeni mahkeme binaları ve adliye sarayları değil, hukukun müeyyidesi olan bir yargı kurumu, geleneği ve kültürü inşa etmeye başlanmalıdır.

#### 4. Sonuç

Ulusal Kurtuluş Savaşı sonrasında ilan edilen Cumhuriyet, yalnız rejim değişikliğini değil aynı zamanda hukuk ve ahlak temelindeki değişikliği de ifade eder. Bir başka ifadeyle, Cumhuriyet rejimi ile din temelli ahlak anlayışından laik temelli ahlak anlayışına, dinsel-örfi hukuktan laik hukuka geçiş amaçlanmıştır.

Türk yargısına ilişkin yukarıdaki eleştiriler saklı kalmak üzere, bu amaç doğrultusunda bir evrilme de kısmen gerçekleşmiştir. An-

<sup>14</sup> Orhan Gazi Ertekin, Faruk Özsu, Kemal Şahin, Muzaffer Şakar, Uğur Yiğit, *Türkiye’de Yargı Yoktur*, İstanbul, 2014

cak 1950'li yıllarda başlayan yalpalama 80'lerde ivme kazanmış ve son yıllarda eksen kayması düzeyine ulaşmıştır. Bu kayma, günümüzde yeniden din temelli ahlak anlayışına ve dinsel-örfi hukuka dönüşe işaret etmektedir.

İnceleme konusu karara, Mahkemenin hukuk düzenimizdeki yeri, içinde barındırdığı anlayış, önceki içtihattan dönüş, benzer durumlara ilişkin istikrarsızlık gibi ölçütler açısından bakıldığında, sonuç basit bir içtihat değişikliği gibi değil, (kasıt bu olamasa da) laik hukuk temelinden ayrılışın bir başka işareti gibi görünmektedir.

Seçilmiş iktidarların zamana yayarak yaptıkları için ilk bakışta niteliği anlaşılamayan dönüştürme uygulamalarına artık yargının da aynı yönde ve aynı yöntemle katıldığını söylemek bugün itibarıyla artık haddini aşmak olmayacaktır.

Oysa farkında olmasa da *Türk Toplumunun en büyük kazanımlarından biri Cumhuriyetin laik hukukudur, özel hayata ilişkin tercih-lere ve dini inanca feda edilemeyecek kadar da önemlidir.*

### Kaynakça

- Atakan Arda, "Kamu Düzeni Kavramı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S. 13, C. 1-2, İstanbul, 2007
- Ertekin Orhan Gazi/Özsu Faruk/Şakar Muzaffer, *Yargıda Kumpasın Köşe Taşları AKP ve Cemaat*, İstanbul, 2014
- Hirsch Ernst E., "Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsir", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 1943, Cilt 1 Sayı 2
- Ertekin Orhan Gazi, *Yargı Meselesi Hallolundu!*, Ankara, 2011
- Ertekin Orhan Gazi/Özsu Faruk/Şahin Kemal/Şakar Muzaffer/Yiğit Uğur, *Türkiye'de Yargı Yoktur*, İstanbul, 2014
- Özbudak Coşkun, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara, Aralık 2014
- Saygın İşlay, "Resmi Nikah Neden Gereklidir?", <http://www.isilaysaygin.com/tr/index.php?pg=kadinstatusu&sayfano=19>, (İnd.T.: 02.06.2015)
- Serim Bülent, "Nikah Sadece Nikah Değildir", <http://odatv.com/n.php?n=nikah-sadece-nikah-degildir-0106151200>, (İnd.T.: 01.06.2015)
- AYM'nin 28.1.1964 gün ve E: 1963/128, K: 1964/8 sayılı kararı
- AYM'nin 24.11.1999 gün ve E: 1999/27, K: 1999/42 sayılı kararı
- AYM'nin 25.06.2014 tarih ve 2014/256 Başvuru Numaralı kararı
- AYM'nin 27.5.2015 gün ve E: 2014/36, K: 2015/51 sayılı kararı, (<http://www.anayasa.gov.tr/Haber/detay/305/2015-51.pdf>, İnd.T.: 01.06.2015)
- <http://www.turkhukukkurumu.org.tr/th1/metin/A.pdf>, (İnd.T.: 02.06.2015)
- [http://www.radikal.com.tr/turkiye/nikahsiz\\_yasayan\\_askerin\\_tskdan\\_ihracina\\_vize-1369080](http://www.radikal.com.tr/turkiye/nikahsiz_yasayan_askerin_tskdan_ihracina_vize-1369080), (İnd.T.: 02.06.2015)

# GÜMRÜK İŞLEMLERİNE TABİ TUTMADAN ÜLKEYE EŞYA SOKMA SUÇU ÜZERİNE BİR İNCELEME

A STUDY ON THE CRIME OF SMUGGLING  
THE GOODS INTO THE COUNTRY

Batuhan AKTAŞ\*

**Özet:** Devletin, dış ticaret ve iç pazarda uygulamaya çalıştığı ekonomi politikalarını korumaya yönelik geliştirdiği suç siyasetinin önemli araçlarından biri de kuşkusuz Kaçakçılıkla Mücadele Kanunudur. Bu amaçla, 5237 sayılı Türk Ceza Kanuna uyum çalışmaları sırasında 2007 tarihli 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu yürürlüğe girmiş; ancak söz konusu Kanun, 6455 ve 6545 sayılı Kanunlarla önemli değişikliklere uğramıştır. Bu kapsamda Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 3. maddesinde yer alan kabahatler ayrı bir kanunun – 4458 s. Gümrük Kanunu – bünyesine alınmış, ilgili maddede yalnızca kaçakçılık suçları düzenlenmiştir. Bu suçlardan biri olan ve çalışmanın konusunu oluşturan, Gümrük İşlemlerine Tabi Tutmaksızın Ülkeye Eşya Sokma suçu ise 3. maddenin ilk fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Çalışmada, son değişiklikler çerçevesinde ilgili suç ve bu suç bağlamında kaçakçılık suçlarının genel yapısı incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Kaçakçılık suçları, Gümrük İşlemleri, Ülkeye Eşya Sokma, Gümrük Kapılar Dışından Eşya Sokma, 5607 sayılı Kanun

**Abstract:** One of the most important means of the crime politics developed by the State to protect the economy policies that it tries to implement in foreign trade and domestic market is undoubtedly the Anti-Smuggling Law. For this purpose, during the studies of harmonization with New Turkish Penal Code No. 5237, the Anti-Smuggling Law No. 5607 of 2007 entered into force but was significantly amended by the Laws No. 6455 and 6545. In this context, the misdemeanours listed in the Article 3 of the Anti-Smuggling Law were incorporated into another law and the said article became to regulate only the smuggling crimes. The crime of smuggling the goods into the country, which is one of these crimes and represents the subject of this study, is provided for in the first paragraph of the Article 3. The study will investigate the relevant crime and the general structure of the smuggling crimes in the context of this crime within the framework of the latest changes.

**Keywords:** Smuggling crimes, Customs Procedures, Smuggling the Goods into the Country, Smuggling Goods from the outside of the Customs Gates, Law No. 5607

\* Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi



## GİRİŞ

Dış ticaretin gerilemesine, yurda izinsiz giren eşyanın iç ticareti olumsuz yönde etkilemesine ve tüm bunların yanında devletin önemli gelir kaynaklarından olan gümrük vergilerinin tam olarak alınamamasına neden olan kaçakçılık fiilleri, hemen her devlette suç olarak düzenlenmiştir.<sup>1</sup> Türk hukukunda da kaçakçılıkla mücadele, 1932 yılında kabul edilen ve uzun süre yürürlükte kalan 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine dair Kanun ile başlamış daha sonrasında çağın gelişimlerine ayak uydurmak ve kaçakçılıkla etkin mücadele edebilmek adına 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kabul edilmiştir.<sup>2</sup> 4926 s. Mülga Kanunun ise ömrü çok uzun süreli olmamış, 2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na uyum çalışmaları sırasında yerini 2007 tarihli 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na bırakmıştır.

<sup>1</sup> Kaçakçılık suçları, diğer ülkelere nazaran Türkiye açısından ayrı bir önem arz etmektedir. İç pazar ekonomisi zaten yabancı kaynaklı mallar ile mücadele eden ülkemizde bir de bu malların daha ucuza kaçak olarak yurda girmeleri, gelişme sürecindeki ekonominin iyice gerilemesine sebep olmaktadır. Bir de buna kaçakçılığın yoğun olarak yapıldığı bölgelerdeki insanların bu fiilleri nerdeyse suç olarak değil de günlük yaşamın bir parçası şeklinde görüp hayatlarına dâhil etmeleri eklenince kanunla sağlanmaya çalışılan hukuk düzeni ve barışı bir türlü gerçekleştirememektedir. Tüm bunların yanında, kaçakçılık suçlarından yararlanan kesimlerin büyük bir çoğunluğunu yasa dışı örgütler oluşturmaktadır. Kaçakçılıkla mücadele etmek günümüzde yalnızca devletin ekonomik giderlerini korumak için değil ayrıca bundan yararlanan yasa dışı terör örgütlerinin maddi güçlerini ortadan kaldırmak açısından da önemlidir. Ancak bunun için yapılması gereken kaçakçılıkla mücadele kanunundaki suçların cezalarını ağırlaştırmak değil kaçakçılığın yoğun olarak yapıldığı kısımlarda etkin tedbirler almaktır. Bunun en güzel açıklamasını Sahir Erman, kitabının ön sözünde şu şekilde yapmaktadır: "... Hâlbuki genellikle suçlarla ve özellikle ekonomik suçlarla mücadele konusunda, ceza en son başvurulması gereken bir silahtır. Buna varıncaya kadar alınması gereken birçok idari, mali, iktisadi ve hukuki tedbirler mevcuttur. Ne var ki, bu tedbirlerin alınması ve meyvelerini vermesi masraflı ve zahmetli yoldur; bilgi, sabır, devamlılık ve istikrar ister. Cezaları arttırmak ise masrafsız, kolay ve çabuk yoldur ve kanunkoyucular, çok kere, bu ikinci yolu seçerler. Ancak her kolay, zahmetsiz, çabuk iş gibi, bu yolda umulan neticeyi vermez..." Sahir Erman, Kaçakçılık Suçları – Ek 1 1982-1983, İstanbul, 1984, s. III.

<sup>2</sup> 4926 sayılı Kanunun kabul edilmesinin arkasında yatan neden, 1932 tarihli bir kanunun artık çağın gerisinde kaldığı, onun yerine daha güncel, ticaretin önünü açan ve kaçakçılıkla etkin bir mücadele içine girebilecek bir kanun getirme düşüncesidir. Ayrıca 4926 sayılı Kanunun genel gerekçesi için bkz. Erdener Yurtcan, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi, İstanbul, 2004, s.13 vd.



5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda, 4926 sayılı Kanunun aksine kaçakçılık suçlarına ilişkin cezalar artırılmış, "ekonomik suça ekonomik ceza" ilkesinden uzaklaşarak hapis ve adli para cezaları birlikte öngörülmüştür. Bunun yanı sıra, 4926 sayılı Kanundan farklı olarak suçlar ve cezalar aynı madde (m. 3) altında toplanarak daha sistematik bir görünüm elde edilmiştir. Kanunun amacı ise mülga Kanuna paralel olarak, kaçakçılığı önlemek, izlemek ve araştırıp ortaya çıkarmak için yapılacak işlemlerin usul ve esaslarını düzenlemek şeklinde ifade edilmiştir.

5607 sayılı Kanun, 2007 tarihinde kabulünden bu yana çeşitli kanunlarla değiştirilmiştir, bu değişikliklerin en önemlileri, 2013 tarihli 6455 sayılı Kanun ile 2014 tarihli ise 6545 sayılı Kanunla gelen düzenlemelerdir.<sup>3 4</sup> Bu düzenlemelerle beraber, petrol ve akaryakıt mevzuatında yer alan kaçakçılık fiilleri 5607 sayılı Kanun kapsamına alınmış, bununla beraber kaçakçılık kabahatleri ise ayrı bir kanunun bünyesine aktarılmıştır. Nitekim 5607 sayılı Kanunun son halinde kaçakçılık suçu teşkil eden fiiller, "Kaçakçılık Suçu" başlığı taşıyan 3. maddenin altında tek tek sayılmıştır. Bu sayılanlar dışındaki fiilleri kaçakçılık suçu sayarak, söz konusu Kanunun uygulanması ise kanunilik ilkesi gereği mümkün olmayacaktır. İkinci bölümde kaçakçılık suçlarının benzer diğer suçlarından farkları detaylı bir şekilde anlatılacaktır.

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda yer alan kaçakçılık suçlarının hepsinin suç genel teorisine uygun olarak akademik bir makalede incelenmesi oldukça zor olduğu gibi, böylesine bir uğraşı, makale formatına da aykırıdır. Bundan dolayı, çalışmada yalnızca 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fırcasında düzenlenen "Gümrük İşlemlerine Tabi Tutmadan Ülkeye Eşya Sokma Suçu" incelenecektir. Ancak öncesinde konunun daha iyi anlaşılabilmesi aynı zamanda okuyucu açısından da kaçakçılık suçlarına ilişkin genel bir çerçeve oluşturulabilmesi adına, kaçakçılık suçu kavramından, bu suçun benzerlerinden ve ilgili Kanunun üzerinde yapılan değişikliklerden kısaca bahsedilecektir.

<sup>3</sup> 28/03/2013 kabul tarihli 6455 sayılı Gümrük Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun RG: 28615.

<sup>4</sup> 18/06/2014 kabul tarihli 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun RG: 29044.

## I. KAÇAKÇILIK SUÇU KAVRAMI

Kaçakçılık suçlarının genel yapısına bakıldığında, esasen hem mülga 4926 sayılı Kanun hem de 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu döneminde belli fiillerin kaçakçılık suçu olarak değerlendirildiği görülmektedir.<sup>5</sup> Söz gelimi bu fiiller, ithali veya ihracı yasak bir eşyanın ülkeye sokulması veya ithali yahut ihracı mümkün bir eşyanın ödemesi gereken zorunlu gümrük vergilerini ödememek adına gümrükten kaçırılması şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>6</sup>. Ancak günümüzde bu fiillerin çeşitlendiğini ve daha kapsamlı olarak Kanunlarda düzenlendiğini söylemek mümkündür. Buna örnek olarak, kaçakçılık suçları arasında eşyanın ülkeye izinsiz sokulmasının yanında izin dâhilinde ülkeye sokulan eşyanın amacı dışında kullanılması da sayılmaktadır.<sup>7</sup> Keza, ihraç edilmeyen bir eşyayı sırf ihraç edilmiş gibi göstererek bir takım teşvik ve sübvansiyon alanlarda yine Kaçakçılık Kanununa göre sorumlu olacaktır.<sup>8</sup>

Günümüzde ticaretin küreselleşmesi ve çeşitli şekillerde icra edilmesi göz önüne alınırsa kaçakçılık suçu başlığı altında tek bir tanımın

<sup>5</sup> Kaçakçılık fiili sözlükte; Bir devletin yasalarına karşı gelerek yapılan ticaret veya vergi vermeden, düzen kullanarak yasalarca alım satımı yasak edilen nesnelere yurda sokma, yurttan çıkarma, gizlice alıp satma ve bundan bir kazanç sağlama eylemi şeklinde tanımlanmıştır. Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.55d8a0773f2ba3.81428711](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.55d8a0773f2ba3.81428711) (Erişim Tarihi: 15.03.2015).

<sup>6</sup> Doktrinde Danışman, kaçakçılık suçlarını, ekonomik suç olarak görülen gümrük veya gümrük dışı yollardan ithal veya ihraç edilen ya da bizzatli suç eşyasının konusunu oluşturduğu eylemler olarak tanımlamıştır. Mustafa Danışman, Açıklamalı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kaçak Petrol ve Ulusal Marker, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş, 3. Bası, Ankara, 2014, s. 21.; Aydın ise kaçakçılık kavramını kısaca devletin yasalarında öngörmüş olduğu kurallara aykırı olarak bir şeyin yurtdışına çıkarılması veya yurda sokulması şeklinde tanımla yoluna gitmiştir. Murat Aydın, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Fiilleri ve Yaptırımları (Doktora Tezi), Konya, 2011, s. 6. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında gümrük kaçakçılığını şu şekilde tanımlamıştır: "Yurda sokulması veya yurt dışına çıkarılması yasak olan şeyleri yasa dışı yollardan yurda sokma veya yurttan dışarı çıkarma yahut girmesi ve çıkması serbest ve fakat gümrük vergisine tabi malları vergi vermeden yasa dışı yollardan yurda sokma veya yurttan çıkarma ve bu fiillere teşebbüs etmektir. Diğer bir deyişle, Kaçakçılık ve Gümrük Kanunlarıyla tespit edilmiş politikanın ve elde edilmesi öngörülen hedeflerin gerçekleşmesini güçleştirdiği kabul edilen fiil ve hareketlerdir." YCGK. E. 2000/7-3, K. 2000/32 T. 22.02.2000 [http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay\\_Ceza\\_Genel\\_Kurulu\\_2000\\_7\\_3.php#axzz3jXfj1nWr](http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_Ceza_Genel_Kurulu_2000_7_3.php#axzz3jXfj1nWr) (Erişim Tarihi: 17.03.2015).

<sup>7</sup> 5607 sayılı KMK m. 3/6.

<sup>8</sup> 5607 sayılı KMK m. 3/9.

yapılması ise oldukça zordur. Buna rağmen, kaçakçılık suçları; ülkeye sokulması veya ülkeden çıkarılması yasak olan eşyaları ülkeye sokmak veya ülkeden çıkarmak veya gümrük vergisine tabi eşyaları sırf bu vergiyi ödememek için yasa dışı yollardan ülkeye sokma veya çıkarmak yahut devletin öngördüğü ekonomik politikalara zarar verecek şekilde ülkeye eşya sokmak şeklinde tanımlanabilir<sup>9 10</sup>.

Çalışmanın konusunu oluşturan, gümrük işlemlerine tabi tutmadan ülkeye eşya sokma suçu ise yukarıdaki tanımda kendine yer bulan, klasik kaçakçılık suçlarından biridir. Söz konusu suç, 4926 sayılı Mülga Kanun döneminde de kaçakçılık suçu olarak kabul edilmiştir.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda düzenlenen suçlar niteliği itibariyle ekonomik suçlar arasında sayılmaktadır.<sup>11</sup> Bunun nedeni, bu

<sup>9</sup> Muhammet Tokgöz, 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Gümrük Kaçaklığı Suçları (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2005, s. 11 Kanaatimce de gümrük kaçakçılığı suçları, mevzuat hükümlerine aykırı olarak bir maddenin, ürünün veya değerın ülkeye sokulması veya ülkeden çıkarılması olarak kabaca tarif edilebilir. Ancak gelişen ve büyüyen ticari faaliyetler sonucu yapılan bu tanımın yetersiz kaldığı belirtmek gerekir.

<sup>10</sup> Dünya Gümrük Örgütü ise kaçakçılığın tanımını; "Ticari eşya sevkiyatı üzerindeki vergi, resim ve harçları ödemedi kaçınmak veya buna teşebbüs etmek, ticari eşya için uygulanmakta olan yasaklama, sınırlama ve kısıtlamalardan kaçınmak veya buna teşebbüs etmek, herhangi bir vergi iadesi, sübvansiyon veya ödemeyi haksız yere almak veya buna teşebbüs etmek, iş hayatında meşru rekabet ilke ve uygulamalarını zedeleyici haksız ticari avantaj elde etmek veya buna teşebbüs etmek amacıyla gümrüklerin uygulanmasından sorumlu olduğu kural koyucu ve düzenleyici mevzuat hükümlerinin herhangi bir şekilde ihlali kaçakçılık sayılır." şeklinde yapmıştır. Mustafa Yaşar, "Dünya Gümrük Örgütüncü Benimsenen Kaçakçılık Tanımı", *Gümrük Dergisi*, Sayı:42, 2010, s.42.

<sup>11</sup> Ekonomik suç kavramı, Anglo-Amerikan Hukuku'nda "Occupational Crime (Meslekle ilgili, İş ile ilgili Suçlar), Fransız Hukuku'nda ise "Criminalite d'affaires (Ticaret veya Sanayi Suçları)" olarak tanımlanmıştır. Bu iki hukuk düzeni arasındaki fark yalnızca kavramın farklı olmasından kaynaklanmamaktadır, aynı zamanda Anglo-Amerikan Hukukunda ekonomik suç, toplumsal ve ekonomik ilişkilerde bulunması gereken güven, itimat gibi unsurları ihlal eden eylemlerdir. Fransız düşüncesinde ise iş ve ticaret hayatı ile ilgili işlenen tüm suçlar açısından ekonomik suç sınıflandırılması yapılmaktadır. Ayrıca 12 Şubat 1981 tarihli Avrupa Konseyi raporunda ekonomik suçlar sayılış ve 13. maddede gümrük suçlarına da yer verilmiştir. Konsey raporunda sayılan suçlar: 1. Kartel suçları; 2. Çok uluslu şirket ve teşebbüsler tarafından ekonomik durumun kötüye kullanılması ve hileli uygulamalarda bulunulması; 3. Milletlerarası örgütler veya devletçe tahsis edilmiş olan fonların zimmete geçirilmesi veyahut hileyle ele geçirilmesi; 4. Bilgisayar suçları (verilerin, sırların ihlali gibi); 5. Hayali Şirketler teşkili; 6. Bilançoların tahrifi, uydurulması, muhasebe tutulması yükünün ihlal; 7. Şirketlerin Sermaye ve Ticari durumları hakkında hile yapması; 8. İşçilerin sağlık ve güvenliklerine ait normların ihlali; 9. Alacaklılar Aleyhine Hileler; 10. Tüketiciler

suçların arka planında yer alan hukuki menfaatin, devletin ekonomik giderlerinde yaşanacak kaybın önüne geçilme isteğidir. Diğer bir nedeni ise suçun konusunun, eşya, yani ekonomik değeri olan bir obje olmasından kaynaklanmaktadır.

## II. KAÇAKÇILIK SUÇLARININ BENZER SUÇLARDAN FARKLARI

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda yer alan kaçakçılık suçlarının, diğer kanunlarda "kaçakçılık" ibaresi ile birlikte düzenlenen suçlardan farkının ortaya konması önemlidir. Söz gelimi; 6136 sayılı Ateşli Silahlar Ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanun'da yer alan "Silah Kaçakçılığı", 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen "Vergi Kaçakçılığı" ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmesi lazım gelen "Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde İmal Ve Ticareti" suçları, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun kapsamında değildir. Bunun nedeni söz konusu suçların özel olarak düzenlenmiş olmasıdır.<sup>12 13</sup>

Kanun koyucu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 188. maddesi; *"Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç eden kişi, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır"* hükmü ile uyuşturucu ve uyarıcı madde kaçakçılığı yapan kişiler açısından cezayı, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda öngörülen cezalardan çok daha ağır bir şekilde belirlemiştir.<sup>14</sup> Bunun arkasında yatan neden, kaçakçılık suç-

Aleyhine Suçlar ; 11. Haksız rekabet ( tüketiciyi aldatan reklamlar); 12. Mali suçlar ve girişimcilerin sosyal yükümlerden kaçınması; 13. Gümrük suçları ( gümrük görevlerinden kaçınma, kontenjan limitini ihlal etme); 14. Para ve Döviz suçları; 15. Banka ve Borsa Suçları; 16. Çevreye karşı işlenen suçlar. "Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu", İstanbul Ticaret Odası, Yayın No: 1987-19, İstanbul, 1987, s. 19 vd., Avrupa Konsey raporunun orijinal metni için bkz. [https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/R%2881%2912%20on%20economic%20crime\\_EN.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/R%2881%2912%20on%20economic%20crime_EN.pdf) (Erişim Tarihi: 17.03.2015).

<sup>12</sup> Gümrük kaçakçılığı suçlarının, vergi kaçakçılığı suçlarından farkı için bkz. Şükürü Kızılot/Zuhal Kızılot, Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları, Ankara, 2011, s. 519 vd.

<sup>13</sup> Gümrük kaçakçılığı suçlarının, uyuşturucu veya uyarıcı madde ithal etme suçundan farkları için bkz. Aydın, s.93 vd.

<sup>14</sup> 18 Haziran 2014 tarihli 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Türk Ceza Kanunu'nun 188. maddesinde düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı imal ve ticareti suçu hakkında öngörülen cezalar ağırlaştırılmış ve bunun nedeni 6545 sayılı Kanunun genel gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: "...uyuşturucunun aile ve

larında korunan hukuki değeri devletin ekonomisi ve itibarı oluşturmakta iken, uyuşturucu veya uyarıcı madde kaçakçılığında bunların yanı sıra kamu düzeninin ve sağlığının da ciddi şekilde zarar görme tehlikesinin bulunmasıdır.<sup>15</sup>

6136 sayılı Ateşli Silahlar Ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 2008 tarihli 5728 sayılı Kanun'la değişik 12. maddesine göre "Her kim bu Kanunun kapsamına giren ateşli silahlarla bunlara ait mermileri ülkeye sokar veya sokmaya kalkışır veya bunların ülkeye sokulmasına aracılık eder veya bunları 29/6/2004 tarihli ve 5201 sayılı Harp Araç ve Gereçleri ile Silâh, Mühimmat ve Patlayıcı Madde Üreten Sanayi Kuruluşlarının Denetimi Hakkında Kanun hükümleri dışında ülkede yapar veya bu suretle ülkeye sokulmuş ve ülkede yapılmış olan ateşli silahları veya mermileri bir yerden diğer bir yere taşır veya yollar veya taşımaya bilerek aracılık eder, satar veya satmaya aracılık ederse veya bu amaçla bulundurursa beş yıldan oniki yıla kadar hapis ve beşyüz günden beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır" hükmü le silah kaçakçılığı suçuna yer vermiştir.<sup>16</sup> Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamında düzenlenen kaçakçılık suçları ile silah kaçakçılığı suçundaki temel fark, kanun koyucunun her iki suç açısından farklı hukuki menfaatleri koruma arzusudur. Bundan dolayıdır ki; vergi kaybının ötesinde kamu düzeninin ciddi şekilde bozabilecek silah kaçakçılığı suçunu ayrı bir kanunla düzenlenmiş ve gümrük kaçakçılığı suçundan daha ağır cezalandırılmıştır.<sup>17 18</sup>

---

iş yaşamına, çocuklara ve bağımlının fiziksel ve ruhsal sağlığına verdiği zararların tarifi ve telafisi mümkün değildir. Bu çerçevede, Anayasanın "Ailenin korunması ve çocuk hakları" başlıklı 41 inci maddesinde, Devlete çocukların korunması için gerekli tedbirleri alma; "Gençliğin korunması" başlıklı 58 inci maddesinde ise, gençleri uyuşturucu maddelerden, suçluluk ve benzeri kötü alışkanlıklardan korumak için gerekli tedbirleri alma görevi verilmiştir. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile kullanma suçlarıyla daha etkin mücadele edilebilmesi amacıyla Türk Ceza Kanunu'nun 188, 190 ve 191 inci maddelerinde yapılan değişikliklerle, bu suçlar için belirlenen cezalar bir miktar artırılmakta ve uyuşturucu ve uyarıcı madde kullananlar hakkında uygulanan tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri daha etkin hale getirilmektedir." TBMM, Dönem:24, Yasama Yılı:4, Sıra Sayısı: 592, s. 10.

<sup>15</sup> Tokgöz, s. 18.

<sup>16</sup> Yargıtay'ın yıkıcı, öldürücü alet, barut ve benzeri malın naklini, ithalini veya imalini 1918 sayılı eski Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun kapsamında kaçakçılık fiili olmadığını belirtmiştir. 7. CD. E.1980/6929, K. 1980/6931, 26.12.1980, Sahir Erman, Kaçakçılık Suçları - Ek 1, s. 173 vd.

<sup>17</sup> Sahir Erman, Ticari Ceza Hukuku Cilt IV - Kaçakçılık Suçları, İstanbul, 1981, s. 782.

<sup>18</sup> 6136 sayılı Kanun'un 16. maddesi "Bu Kanunun kapsamına giren suçlarda Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair 1918 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz."

Eski eserlere ilişkin olarak kaçakçılık suçu ise 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda düzenlenmiştir. 2863 sayılı Kanun'un 32. maddesi *"Yurt içinde korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları yurt dışına çıkarılamaz. Ancak, milli çıkarlarımız dikkate alınarak, bunların her türlü hasar, zarar, tehdit veya tecavüz ihtimaline karşı, gideceği ülke makamlarından teminat almak ve sigortalanmak şartı ile, yurt dışında geçici olarak sergiledikten sonra geri getirilmelerine; Kültür ve Turizm Bakanlığınca teşkil edilecek yükseköğretim kurumlarının Arkeoloji ve Sanat Tarihi bilim dallarının başkanlarından oluşan bilim kurulunun kararı ve Kültür ve Turizm Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilir"* hükmü ile eski eserlerin yurt dışına çıkarılamayacağını, bunun istisnasının ise geçici süreyle, teminat alınarak ve milli çıkarlarımız doğrultusunda olabileceği düzenlenmiştir. Bu hükme uyulmamasına ilişkin öngörülen ceza ise 2008 tarihli 5728 sayılı Kanun'la değişik olan 68. maddesinde belirtilmiştir.<sup>19</sup> Bu suçlar açısından da kanun koyucunun korumaya çalıştığı hukuki yarar, kaçakçılık suçlarından farklıdır. Bir diğer fark ise kanun koyucu, eski eserlerin (kültür varlıklarının) yurt dışından ülkeye getirilmesine açıkça izin vermiş, bu hususu suç olarak düzenlememiştir ( 2863 s. K. m. 33).<sup>20</sup>

Sonuç olarak, özel olarak düzenlenen silah kaçakçılığı, uyuşturucu kaçakçılığı veya kültür varlıkları kaçakçılığı gibi suçlarda 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu hükümleri uygulanma alanı bulmayacaktır.

### III. 5607 SAYILI KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNU ÜZERİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

1918 sayılı eski Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun, 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile ilga olmuş; ancak yeni kanun,

---

düzenlemesi ile Kaçakçılık Kanunu'nun silah kaçakçılığına uygulanamayacağını belirtmiştir. Böyle bir maddenin lüzumlu olmadığı açıktır; çünkü aynı sonuca genel kanun - özel kanun yorumundan da ulaşılabilecektir. Ancak kanun koyucu, Yargıtay'ın uygulamadaki hatalı yorumunun önüne geçmek için böyle bir madde düzenlemiştir. Ayrıca, söz konusu madde de yazan mülga 1918 sayılı Kanun'a yapılan atf 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun Geçici 1. maddesi uyarınca 5607 sayılı Kanun'a yapılmış olacaktır.

<sup>19</sup> 2863 sayılı Kanun'un 68. maddesi: "Kültür ve tabiat varlıklarını bu Kanuna aykırı olarak yurt dışına çıkaran kişi, beş yıldan on iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır" şeklindedir.

<sup>20</sup> Erman, Kaçakçılık Suçları Ek -1, s. 174, Tokgöz, s. 17.



2004 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile uyumsuz olduğu ve içerisinde barındırdığı bazı maddelerinde tereddüt yarattığı gerekçesiyle yerini 21.03.2007 tarihinde 5607 sayılı Kanun'a bırakmıştır.<sup>21</sup> 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ise kabul edildiği tarihten bu yana; 2009, 2013 ve 2014 yıllarında çıkarılan kanunlarla ciddi değişikliklere uğramıştır.

Devletin önemli gelir kaynaklarından biri olan gümrük vergilerinin aksatılmadan alınabilmesi, bunun yanı sıra izinsiz olarak ülkeye sokulan malların iç piyasada yaratabileceği olumsuz etkilerin ortadan kaldırılabilmesi için kaçakçılıkla etkin bir şekilde mücadele edilmesi gerekmektedir. Bu mücadelenin nasıl yapılacağı ise Devletin belirlediği suç siyaseti ile yakından alakalıdır. Söz gelimi, 4926 sayılı Kanun zamanında Kaçakçılık suçlarının müeyyidesi olarak kaçakçılık konusu malın fiyatı ile orantılı adli para cezaları belirlenmişti. Bunun temelinde *ekonomik suçlara ekonomik ceza ilkesi* yer almaktaydı ve Devlet

<sup>21</sup> 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun gerekçesinde bu durum şöyle açıklanmıştır: "4926 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği Güz 2006 / 2 119 19.7.2003 tarihinden sonra, 5237 sayılı... Türk Ceza Kanunu 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5 inci maddesinde bu Kanunun genel hükümlerinin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir.- 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 5349 sayılı Kanun'la değişik geçici 1 inci maddesinde; "Diğer kanunların, 5237 sayılı Kanun'un Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır." hükmü yer almaktadır.- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan sonra, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.- 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3 üncü maddesinde de, bu Kanunun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı hükme bağlanmıştır. - 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5 inci maddesi ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3 üncü maddesi gereğince 4926 sayılı Kanunu'nun suç ve kabahatlere ilişkin genel düzenlemelerinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Bu uyum çalışmaları sırasında 4926 sayılı Kanun'un uygulamada tereddüt yaratan hükümleri de gözden geçirilmiş ve madde metinleri sadeleştirilmiş ve 5237 ve 5326 sayılı kanunlarda düzenlenmiş bulunan genel hükümler 4926 sayılı Kanun metninden çıkarılmıştır. Öngörülen bu düzenlemeler, 4926 sayılı Kanun'un madde düzeni ve sıralamasında büyük değişiklikler gerektirdiği için 4926 sayılı Kanun'un tamamını yürürlükten kaldıran bu Tasarı hazırlanmıştır" TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı:5, Sıra Sayısı: 1275, s. 1 vd. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1275m.htm> ( Erişim Tarihi: 16/ Mart/ 2015 ).



hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine idari-mali nitelikte tedbirler olarak kaçakçılığı önlemeye çalışmaktaydı.<sup>22 23</sup>

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda ise 4926 sayılı eski Kanun'a nazaran daha sistemli bir yol izlenmiş, suçlar ve cezalar aynı maddenin altında düzenlenirken, kaçakçılık suçlarına karşı para cezası yerine hapis ve adli para cezası birlikte öngörülmüştür. Bunun yanı sıra, 5607 sayılı Kanun ile mülga 4926 sayılı Kanun'da bulunan "kamu davasının açılmaması", "suç uydurma ve iftira" ve "para cezalarının tahsili ve müteselsil sorumluluk" düzenlemeleri kaldırılmıştır.<sup>24</sup>

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, hazırlanmasının arkasında yatan sebebe uygun olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile uyumlu halde düzenlenmiştir. Bu kapsamda 5607 sayılı KMK'da TCK'da yer alan genel hükümlere uygun olarak tüzel kişiler hakkında özgü tedbirlere başvurulabileceği öngörülmüş, keza kaçakçılık suçlarının nitelik hallerinin yer aldığı 4. maddede suçun toplu işlenmesi halinde "üç veya daha fazla kişi" olduğu belirtilmiştir. Yine söz konusu 4. maddenin ilk fıkrasında yer alan "örgüt" ibaresinden TCK m. 220' de suç olarak düzenlenen ve unsurları belirlenen yapının anlaşılması ve buna göre takibat yapılması gerekmektedir.<sup>25</sup>

5607 sayılı KMK' nın ilk halinde kaçakçılık suçları ve kabahatleri beraber düzenlenmiş iken (3. madde), 2013 tarihli 6455 sayılı "Güm-

<sup>22</sup> Bu nedenle 4926 sayılı Kanunun kabulü ile beraber Kaçakçılık fiillerini işledikleri için hüküm giyen birçok kişi, lehe kanunun göz önüne alınmasından dolayı serbest bırakılmış, diğer bir ifadeyle 4926 sayılı kanun özel af yasası niteliğine bürünmüştür. Tokgöz, s. 2.

<sup>23</sup> Ekonomik suça ekonomik ceza yaklaşımının kaçakçılık suçları açısından yerinde olmadığı ve 4926 sayılı kanun döneminde bu ilke yüzünden kaçakçılık suçlarında önemli artış yaşandığı hususunda bkz. Salih Kocalar/Kerim Tosun/ Ali Yağcı, Açıklamalı - İçtihatlı - Gerekçeli 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Ankara, 2007.

<sup>24</sup> Kaptan Kılıç, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu - Açıklamalı, Ankara, 2007, s. 4.

<sup>25</sup> TCK m. 220'nin gerekçesi uyarınca bir birlikteliğin Örgüt olarak tanımlanabilmesi için, aralarında gevşekte olsa hiyerarşik bir bağ bulunan en az üç kişinin suç işlemek amacıyla, sürekli (devamlı) ve organize şekilde bir arada bulunması ayrıca, amaçladıkları suçu veya suçları işleyebilmeleri için elverişli araç ve gerece sahip olmaları gerekmektedir. Tüm unsurların sağlanması halinde amaç suç ortaya çıkmamasına rağmen somut bir tehlike suçu olan örgüt cezalandırılacaktır. Mehmet E. Artuk/Ahmet Gökçen/Caner A. Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, 13. Bası, Ankara, 2012, s. 244.

*rük Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un*" kabulü ile birlikte kaçakçılık kabahatleri kanundan çıkarılmış ve 3. maddede yalnızca kaçakçılık suçlarına yer verilmiştir.<sup>26</sup> Bunun sonucunda madde metninde yer alan kabahat ifadeleri kaldırılmış ve kabahatlerle ilgili maddelerde düzeltme yoluna gidilmiştir.

6455 sayılı Kanun'un 5607 sayılı KMK'ya getirdiği en önemli revizyon ise 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ile 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'da yer alan suç fiillerinin kaçakçılık suçu olarak tanımlanarak Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda yer almaları olmuştur.<sup>27</sup> Böylece

<sup>26</sup> Bunun nedeni 6455 sayılı Kanun'un gerekçesinde şöyle açıklanmıştır: "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5 inci maddesinde 5237 sayılı Kanun'un genel hükümlerinin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3 üncü maddesinde de, 5326 sayılı Kanun'un genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükümler gereğince mülga 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun suç ve kabahate ilişkin genel düzenlemelerinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile uyumlu hale getirilmesi amacıyla 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Ancak, 5607 sayılı Kanun'da yer alan kabahat fiillerinin birçoğu ya da bu kabahat fiillerinin benzerleri aynı zamanda 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda kabahat olarak düzenlenmiş ve ayrı cezalar öngörülmüştür. 5607 sayılı Kanun'da yer alan kabahatlerin ancak kasten işlenebileceği hükme bağlanmışken, 4458 sayılı Kanun'da idari para cezası verilebilmesi için söz konusu fiillerin taksirle işlenmesi yeterli görülmüştür. Gümrük idareleri, fiilin 4458 sayılı Kanun'da da yer alması halinde, hem 4458 sayılı Kanun hükümleri uyarınca idari para cezası düzenlenmekte, hem de fiilin kasıtlı işlenip işlenmediği hususunu mahkemelerin takdirinde görmeleri nedeniyle, fiilde kasit unsuru bulunup bulunmadığı yönünden araştırma yapmaksızın 5237 sayılı Kanun ve 5607 sayılı Kanun hükümleri uyarınca konu Cumhuriyet Başsavcılıklarına intikal ettirmektedir. Aynı fiil için birden fazla Kanunda hüküm bulunması, aynı fiil için iki ayrı ceza uygulanmasına ve iki ayrı dava açılmasına ve gümrük idarelerinin yanı sıra yargının yükünün de artmasına neden olmaktadır. Tasarı ile 5607 sayılı Kanunda yer alan "kabahat" fiilleri 4458 sayılı Kanun'a aktarılarak mükerrerliğin giderilmesi ve mevzuatın sadeleştirilmesi amaçlanmaktadır." TBMM, Dönem:24, Yasama Yılı:3, Sıra Sayısı: 437, s. 5 vd.

<sup>27</sup> Bunun nedeni 6455 sayılı Kanun'un gerekçesinde şu şekilde izah edilmiştir: "Kaçak petrol ile ilgili ceza hükümleri 5015 sayılı Kanun'da, kaçak tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkiler ile ilgili ceza hükümleri ise 4733 sayılı Kanun'da düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak bu fiillerin büyük bir kısmı aynı zamanda 5607 sayılı Kanun'a göre de kaçakçılık fiilini oluşturmaktadır. Bu durum, idari açıdan olduğu kadar yargı organları arasında da tereddütte ve farklı uygulamalara yol açmakta, açılan davalarda müdahil idarenin belirlenmesi zorlaşmaktadır. Fiilin 5607 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi halinde zarar gören idare Gümrük İdaresi, 5015 sayılı Kanun kapsamında değerlendiril-

akaryakıt, petrol türevi ürünler, her türlü tütün mamulleri ile etil alkol, metanol ve alkollü içeceklere Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda yer vererek, kaçakçılığı yaygın olarak yapılan ve iç piyasadaki etkisi diğer ürünlere nazaran daha fazla olan bu tür ürünlerin kaçakçılığının kontrol altına alınması amaçlanmıştır.<sup>28</sup>

6455 sayılı Kanun'a yapılan değişiklikler neticesinde "kaçakçılık suçlarının" düzenlendiği 3. maddenin ahenginin bozulduğuna inanan kanun koyucu, Haziran 2014 tarihinde 6545 sayılı "Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile söz konusu 3. maddeyi yeniden düzenlenmiştir. Bu kapsamda maddenin 2. fıkrasında yer alan "sahte belge kullanmak suretiyle" ibaresi "aldatıcı işlem ve davranışlarla" şeklinde değiştirilmiş ve belirlenen ceza 1 yıldan 2 yıla çıkarılmıştır. Bunun yanı sıra kaçakçılık suçlarının cezaları yeniden belirlenmiştir.<sup>29</sup>

---

mesi halinde zarar gören idare Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, 4733 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi halinde ise zarar gören idare Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumudur. Kaçakçılıkla mücadelenin etkin bir şekilde ve uzman personel eliyle yürütülmesi, uygulamadaki tereddütlerin ve sıkıntılardan ortadan kaldırılması amacıyla 5015 ve 4733 sayılı Kanunlarda kaçak olarak nitelendirilen eşyalara ilişkin kaçakçılık fiilleri 5607 sayılı Kanuna aktarılmıştır." TBMM, Dönem:24, Yasama Yılı:3, Sıra Sayısı: 437, s. 6.

<sup>28</sup> Kaptan Kılıç, Kaçakçılık Suçları - Gümrük Kabahatleri ve Gümrük Uyuşmazlıkları Çözüm Yolları, İzmir, 2013, s. 3 vd.

<sup>29</sup> Karşılaştırmalı tablo ve ayrıntılı bilgi için bkz. Seyfettin Çilesiz, 6455 Ve 6545 Sayılı Kanunlarla Değişik 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklamalı, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara, 2015, s.74 vd. , Ayrıca diğer fıkralardaki değişiklikler şu şekilde belirtilmiştir: "21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3 üncü maddesinin; ikinci fıkrasında yer alan "sahte belge kullanmak suretiyle" ibaresi "aldatıcı işlem ve davranışlarla" şeklinde; "bir yıldan" ibaresi "iki yıldan" şeklinde; üçüncü fıkrasında yer alan "altı aydan iki yıla" ibaresi "bir yıldan üç yıla" şeklinde; dördüncü fıkrasında yer alan "sahte belgeyle yurt dışına çıkarmış gibi işlem yapan kişi, altı aydan üç yıla" ibaresi "hile ile yurt dışına çıkarmış gibi işlem yapan kişi, bir yıldan üç yıla" şeklinde; beşinci fıkrasında yer alan "altı aydan iki yıla" ibaresi "bir yıldan üç yıla" şeklinde; altıncı fıkrasında yer alan "üç aydan bir yıla" ibaresi "altı aydan iki yıla" şeklinde; sekizinci fıkrasında yer alan "altı aydan iki yıla" ibaresi "bir yıldan üç yıla" şeklinde; dokuzuncu fıkrasında yer alan "İhracat gerçekleşmediği halde gerçekleşmiş gibi göstermek ya da gerçekleştirilen ihracata konu malın cins, miktar, evsaf veya fiyatını değişik göstererek ilgili kanun hükümlerine göre teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak suretiyle haksız çıkar sağlayan" ibaresi "İlgili kanun hükümlerine göre teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak amacıyla ihracat gerçekleşmediği hâlde gerçekleşmiş gibi gösteren ya da gerçekleştirilen ihracata konu malın cins, miktar, evsaf veya fiyatını değişik gösteren" şeklinde; onuncu fıkrasında yer alan "kaçakçılık suçunu işleyen kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır"

Bunun yanı sıra, 2014 tarihli 6545 sayılı Kanun ile 5607 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 19. ve 20. fıkraları mülga olmuş, her iki fıkrayı da kapsayacak şekilde 18. fıkra yürürlüğe girmiştir. Söz konusu fıkra uyarınca: ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan veya taklit yada yanıltıcı bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret taşıyan tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içecekleri; ticari amaçla üreten, bulunduran veya nakleden, satışa arz eden veya satan bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan kişiler hakkında hapis ve adli para cezaları öngörülmüştür.<sup>30</sup>

Tüm bu değişim sürecinde kanun koyucunun amacı, Kanunun ilk maddesinde yer aldığı üzere Kaçakçılık ile etkin bir mücadelenin yanı sıra, daha kaçakçılık konusu eylemler gerçekleşmeden bunun önüne geçmektir. Ancak bu amacın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini ve yapılan değişikliklerin uygulamaya etkisini zaman gösterecektir.

#### IV. GÜMRÜK İŞLEMLERİNE TABİ TUTMADAN ÜLKEYE EŞYA SOKMA SUÇU

##### A. Genel Olarak

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu " Kaçakçılık Suçları" başlıklı 3. maddesinin ilk fıkrasında: "(1) Eşyayı, gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ülkeye sokan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır" hükmüne yer vermiştir. Bu hüküm uyarınca eşyayı gümrük işlemlerine tabi tutmadan ülkeye sokan kişi hakkında hapis cezası ve adli para cezası birlikte öngörülmüştür.

Söz konusu fıkrada belirtilen gümrük işlemi kavramını; 5607 sayılı Kanun'la mülga olan 4926 sayılı Kanunun "tanımlar" başlıklı ikinci maddesi; "Gümrük idarelerince, gümrük mevzuatı ve ilgili diğer mevzuat ge-

---

ibaresi "yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarısından iki katına kadar artırılır, ancak bu fıkranın uygulanması suretiyle verilecek ceza üç yıldan az olmaz" şeklinde; on birinci ve on sekizinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, on dokuzuncu ve yirminci fıkralar yürürlükten kaldırılmış ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir." (Erişim Tarihi: 17 Mart 2015) <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140628-9.htm>

<sup>30</sup> Çilesiz, s. 78.

reğince yapılan işlemleri ifade eder” şeklinde tanımlamıştı.<sup>31</sup> Buna göre gümrük işlemi, gümrük idareleri tarafından mevzuata uygun yapılması gereken her türlü işlemi kapsamaktadır. Söz gelimi, eşyanın gümrük bölgesine getirilmesi ve tüm yasal prosedürün uygulandıktan sonra ülkeye sokulması arasında yapılan tüm işlemler, gümrük idarelerinin görevi dâhilinde ise gümrük işlemi olarak sayılacaktır. Buna karşılık diğer idarelerin gümrüğe ilişkin yapacağı işlemler bu kapsamda ele alınamaz.

Gümrük idarelerinin hangi işleminin gümrük işlemi sayılacağı ise onların kuruluş fonksiyonları ile alakalıdır. Gümrük idarelerinin kurulma amacı olarak öngörülen eşya giriş ve çıkışına dair yürürlükte olan gümrük mevzuatını ve diğer mevzuatlar uyarınca yapacağı işlemler ancak gümrük işlemi olarak değer kazanacaktır.<sup>32</sup>

Eşya taşıyanların, ülkeye eşya sokarken veya çıkartırken hangi gümrük işlemlerine tabi olacağı, 5911 sayılı Kanunla değişik 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun “Taşıtların Türkiye Gümrük Bölgesine Giriş ve Çıkışları” başlıklı Birinci Bölümünde yer alan 33. maddesinde; “Türkiye Gümrük Bölgesine giriş ve çıkış gümrük kapılarından yapılır. Türkiye Gümrük Bölgesinin giriş noktalarındaki gümrük kapıları ile içeride bulunan gümrük kapıları arasında belirli yolların takip edilmesi zorunludur. Giriş ve çıkış kapıları ile bunları birbirine bağlayan yollar ve hava taşıtlarının Türkiye Gümrük Bölgesinde inebilecekleri gümrük işlemi yapılan havalimanları ilgili kamu kuruluşlarının görüşleri alınarak, Müsteşarlıkça tespit edilerek Resmi Gazetede yayımlanır” şeklinde gösterilmiştir.<sup>33</sup>

Gümrük Kanunu'nun bu amir hükmü karşısında Türkiye’de eşya giriş ve çıkışları ancak gümrük kapılarından belirli bir güzergâh takip edilerek yapılabilecektir. 2009 tarihli Gümrük Yönetmeliği’nde de ilgili amir hükmün şartları, usulleri ve mücbir hallerde başvurulacak istisnai halleri düzenlemiştir.<sup>34</sup> Tüm bu düzenlemelerin aksine, bir ki-

<sup>31</sup> Tokgöz, s. 40, Yurtcan, s. 18.

<sup>32</sup> Kılıç, s. 91.

<sup>33</sup> 5911 sayılı Kanun’la Değişik 4458 sayılı Gümrük Kanunu için bkz. [www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4458.doc](http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4458.doc)

<sup>34</sup> Gümrük Yönetmeliği madde 73 vd. Ayrıca bkz.

<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Asp?MevzuatKod=7.5.13472&sourceXmlS>

şinin gümrük işlemlerine uymadan ülkeye eşya sokması durumunda ise 5607 sayılı KMK m. 3'ün ilk fıkrasında öngörülen kaçakçılık suçuna ortaya çıkacaktır. Gümrük işlemlere tabi olmadan eşyanın gümrük kapılarından sokulması halinde söz konusu maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesinde düzenlenen suçun basit hali, gümrük kapıları dışından eşyanın ülkeye sokulması halinde ise ikinci cümlede öngörülen ağır-laştırıcı hal uygulama alanı bulacaktır.<sup>35</sup>

## B. Korunan Hukuki Değer

Kanun koyucunun bir hareketi suç olarak düzenleyip cezalandırabilmesi için o hareketin sonucunda bir hukuki değer zarar görmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucuyu bazı fiilleri suç olarak düzenlemeye iten sebebin soyut hukuki değeri muhafaza etme çabası olduğu söylenebilir.<sup>36</sup>

Gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ülkeye eşya sokma suçu açısından da hukuki değer, Devletin önemli gelirlerinden olan gümrük vergilerinin kaybını önlemek, bir diğer ifadeyle devletin ekonomik giderlerinin kaybının önüne geçilmesidir. Bunun yanı sıra, ülkeye giren eşyanın gümrük işlemlerine tabi tutulmaması, yani Devleti temsil eden kurum olan gümrük idaresinin bilgisi dışında ülkeye girmesi, Devletin iç pazar üzerinde sağlamaya çalıştığı dengenin de zarar görmesine neden olacaktır. Gerçekten de Devletin çeşitli mevzuatlarla düzenlemeye çalıştığı ithalat politikasının başarılı olabilmesi için kaçakçılığın önüne geçilmesi gerekmektedir.

---

earch=&Mevzuatlliski=0

<sup>35</sup> Karş için bkz. Kocalar/Tosun/Yağcı, s. 53.

<sup>36</sup> Mehmet E. Artuk/Ahmet Gökçen/Caner A. Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükmümler, 11. Bası, Ankara, 2011, s. 26. Ayrıca hukuki değer sık sık suçun konusu ile karıştırılmaya müsaittir. İki kavram arasındaki fark ise şu şekilde açıklanabilir: Suçun konusu, yasaklı olan fiilin yöneldiği ve suç tipinde gösterilen kişi veya eşya olurken; suçla korunan hukuki değer ise suç teşkil eden hareketin yöneldiği konunun arka planında yer alan ve korunması hedeflenen soyut değerdir. Örneğin, kasten yaralama suçunda, suçun konusu hareketin yöneldiği kişinin vücudu iken, bu suçla kanun koyucunun koruduğu hukuki değer genel olarak vücut bütünlüğüdür.



Genel olarak değerlendirecek olursak, bu suçta -ve genelde tüm kaçakçılık suçlarında- korunmaya çalışılan hukuki yarar en basit itibariyle devletin ekonomik yararlarıdır.<sup>37</sup>

## C. Suçun Maddi Unsurları

### 1. Fiil

Suçun maddi unsurlarından olan fiil (hareket), suç tipinde yer alan tanıma uygun veya bu tanımda gösterilen neticeyi gerçekleştirmeye elverişli iradi insan davranışı olarak tanımlanabilir.<sup>38</sup> Söz konusu suç açısından aranan fiil ise, eşyanın gümrük işlemlerine tabi tutulmadan ülkeye sokulmasıdır. 2013 tarihli 6455 sayılı Kanun'la değişmeden önce Kanunda "eşyayı, ... Türkiye'ye ithal eden kişi" ifadesi yer almaktaydı.<sup>39</sup> İthal etme deyiminin gümrük mevzuatında düzenlenen gerekli prosedürler uygulanarak eşyanın ülkeye girmesi anlamında daha teknik bir kavramdır; oysaki eşyanın ülkeye sokulması ibaresi kanunun sadeliği ve anlaşılabilirliği bakımında yerinde olmuştur.<sup>40</sup>

Eşyanın gümrük işlemlerine tabi tutulmadan ülkeye sokulması ibaresinden ne anlaşılması gerektiğini tam olarak ortaya koyabilmek için öncelikle Gümrük Kanunu'nda düzenlenen usulleri bilmek gerekmektedir. Söz gelimi, bir eşyanın ülkeye sokulabilmesi için öncelikle eşyanın gümrüğe sunulması, eşyanın mahiyeti, miktarı, nevi, cinsi hakkında özet bir beyan verilmesi<sup>41</sup>, işlemler yapıncaya kadar

<sup>37</sup> Tokgöz, s. 16 vd. Kılıç, s. 92.

<sup>38</sup> Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler - TCK m. 1-75, 3. Bası, İstanbul, 2013, s. 191. Ayrıca; fiil, bir suçun mevcudiyetinin en önemli şartıdır, bu sebeple dış dünyada değişiklik meydana getiren fiil olmadan suçta oluşmayacaktır (nulum crimen sine actione). Bundan dolayıdır ki, ceza hukuku, kişinin isteği arzusu veya düşüncesi ile ilgilenmez, meğerki bu hususlar dış dünyada bir değişiklik meydana getiren iradi insan davranışına dönüşsün. Artuk/Gökçen/Yenidünya (Özel Hükümler), s. 11 vd.

<sup>39</sup> 4926 sayılı Mülga Kanun zamanında da "ithal etme" ibaresi kullanılmıştı. Yurtcan, s. 210.

<sup>40</sup> Aynı yönde bkz. Kılıç, s. 94.

<sup>41</sup> Özet beyanın verilme zorunluluğu, kime ve ne zaman verileceği 5911 sayılı Kanun'la değişik 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 35. maddesinde düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra özet beyanın içeriği ise 35/B' de "Özet beyanın şekli ve içeriği; öncelikle güvenlik ve emniyet amacı ile uluslararası standartlar ve ticari uygulamalardan yararlanılarak risk analizi ve gümrük kontrollerinin etkin yapılabilmesi için gerekli bilgileri kapsayacak şekilde yönetmelik ile belirlenir." şeklinde belirlenmiş ve Gümrük Yönetmeliğine atıfta bulunulmakla yetinilmiştir.



geçici depolama yerine alınması, gümrükçe onaylanmış işlemlere tabi tutulması, eşyanın hangi rejime tabi tutulacağı konusunda beyanın verilmesi (rejim beyannamesi)<sup>42</sup> ve kontrol gibi bir takım prosedürleri tamamlanmalıdır.<sup>43</sup>

İthale konu eşyanın ülkeye sokulmasından önce gümrük işlemleri esnasında özet beyanda yer almayan bir takım eksiklerinin ortaya çıkması durumunda Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu tatbik edilebilecek midir? Veya söz konusu suç ne zaman oluşmuş sayılacaktır? Bu aşamada öncelikle özet beyanı ile rejim beyannamesini birbirinden ayırmak gerekmektedir. Özet beyanında henüz eşya sahiplerinin veya temsilcisinin ithal iradesi ortaya çıkmamaktadır.<sup>44</sup> Bunun neticesinde özet beyana ilişkin eksiklikler konusunda eşyayı taşıyandan veya eşyanın sahibinden gerekli bilgiler alınacak ve somut olayın özelliklerine göre 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda yer alan gümrük kabahatleri uygulama alanı bulacaktır (GK m. 273).<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Gümrük beyanı, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 58. maddesinde: "Bir gümrük rejimine tabi tutulmak istenen eşya, bu rejime uygun şekilde yetkili gümrük idaresine beyan edilir." şeklinde düzenlenmiştir. Rejim beyannamesi de denilen bu beyan, eşyanın Gümrük Kanunu'nda yer alan rejimlerden hangisine tabi olacağı konusunda eşya sahibinin veya temsilcisinin iradesini yansıtmaktadır. Bu beyan yazılı şekilde yapılabileceği gibi bilgisayara veri işleme yoluyla, sözlü olarak veya tasarruf yoluyla da yapılabilir (GK m. 59). Gümrük rejimleri ise yine Gümrük Kanunu'nda yer almaktadır ve inceleme konusu suçla bağlantılı olarak ithale ilişkin gümrük rejimleri Gümrük Kanunu'nun 74 ile 134. Maddeleri arasında; serbest dolaşıma giriş rejimi, transit rejimi, gümrük antrepo, dâhilde işleme rejimi, gümrük kontrol altında işleme rejimi ve geçici ithalat rejimi olarak düzenlenmiştir. Bunlardan en önemlisi Türkiye'ye getirilen eşyanın yurt içinde pazara sunulabilmesi için gerekli olan "Serbest Dolaşıma Giriş Rejimi" dir. Türkiye Gümrük Bölgesine gelen eşyanın serbest dolaşıma girişi ise ancak ticaret politikası önlemlerinin uygulanması, eşyanın ithali için öngörülen diğer işlemlerin tamamlanması ve kanunen ödenmesi gereken vergilerin tahsili ile mümkün olacaktır (GK m. 74). Ayrıntılı bilgi için bkz. Şentürk Çıldır/Hüseyin Denizhan, Açıklamalı - İçtihatlı 6455 ve 6545 sayılı Yasalar İle Değişik 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 2. Bası, Ankara, 2015, s. 68 vd.

<sup>43</sup> Bu aşamaların ayrıntıları için bkz. Dilara Şahin, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'ndaki İthalat Kaçakçılığı Suçları ve Kabahatleri (Yüksek Lisan Tezi), İstanbul, 2011, s. 11 vd. Ayrıca gümrük idaresi ve rejimleri için bkz. Danışman, s. 33 vd.

<sup>44</sup> Özet Beyan ve Rejim Beyannamesi için Krş. dn. 36 ve 37.

<sup>45</sup> Bu konuya ilişkin Kılıç, şöyle bir örnek vermiştir: " Özet beyanda yer almadığı halde, taşıtın boşaltılması sonucu çıkan eşya, gümrük işlemlerine tabi tutulmayan eşya olarak değerlendirilip kaçakçılık suçu işlenmiş mi kabul edilecektir? Kesin bir dille hayır, bu aşamada Gümrük Yönetmeliğine göre takibata geçilecek ve fazlalığın nerden kaynaklandığının izahı taşıt sahipleri, kaptanları, acentelerinden

İnceleme konusu suçun oluşabilmesi için ise yukarıda sayılan gümrük işlemlerinden geçmeyen veya eksikliği anlaşılmadan geçen suça konu eşya için ithal iradesini ortaya koyan “rejim beyannamesinin” gümrük idaresi tarafından onaylanıp kaçağa konu eşyanın (artık failin ithal iradesinin ortaya çıktığı kabul edilecek) ülkeye sokulması gerekmektedir.<sup>46 47</sup> Diğer bir ifadeyle, eşyanın ithal iradesi taşıyan “Rejim Beyannamesi” (Gümrük Beyanı) (4458 s. GK m. 58) verilmesine rağmen, bu beyannamede yer almayan ama ülkeye sokulan eşyalar açısından 5607 s. KMK’nın 3. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suçun basit halinin tamamlandığından bahsedilecektir.<sup>48</sup>

---

istenecektir.” Kılıç, s.95, Şahin ise özet beyana aykırılık durumunda olayın gerçekleştirilmesi halinde kabahat veya suç oluşmayacağını ancak özet beyandaki eksikliklerin gerçekleştirilemediği durumlarda 4458 sayılı GK uyarınca gümrük kabahatlerinin (GK m. 237/1-2) uygulanabilir olduğunu vurgulamış ve ancak rejim beyanına ilişkin aykırılıkların kaçakçılık suçuna vücut verebileceğini ifade etmiştir. Şahin, s. 16. Ayrıca bkz. Erman, Ticari Ceza Hukuku, s. 11, Tokgöz, s. 41, Karş. için bkz. Danışman, s. 54.

46 Tokgöz, suçun tamamlanma anı olarak beyannamenin tescil veya onaylanma anını değil, malın millileştiği diğer bir ifadeyle malın fiili ithalatının gerçekleştiği zamanı kabul etmiştir. Tokgöz, s. 41. Kılıç ise suçun tamamlanma anını Serbest Dolaşıma Giriş Beyannamesinin tescilinden sonra mallar üzerinde kişinin yeniden hâkimiyet kurduğu an olarak belirtmiştir. Kılıç, s.96, Aynı yönde Şahin, s. 28. İthalat beyanının yapıldığı veya gümrük beyannamesinin tescili anında suçun oluştuğunu savunan görüş için bkz. Necip Deda, Kaçakçılık Kanunu Açıklaması, Ankara, 1986, s. 51 vd. Çilesiz, bu konuda kaçakçılık suçunun ancak kaçağa konu eşyanın gümrük bölgesine girmesiyle tamamlanacağını ileri sürmüştür. Çilesiz, s. 93. Aydın ise, failin gümrük idaresinin yapacağı işlemleri yapmasına engel olup ithal fiilini gerçekleştirdiği, yani eşyayı gümrük işlemlerinin yapıldığı yerden çıkarıp yurda soktuğu anda suçun tamamlanacağını belirtmiştir. Aydın, s. 115.

47 “Eşya ile ilgili kati ithalat için eşya sahibi ya da temsilcisi tarafından serbest dolaşıma giriş beyannamesinin verilmesi gereklidir.” Çilesiz, s. 86.

48 Bu hususta diğer bir tartışma suça konu fiilin icrai mi yoksa ihmali mi olduğu noktasındadır. Gümrük işlemlerine tabi tutmadan ülkeye eşya sokma fiili incelendiğinde kanunun “yap” dediği gümrük işlemlerinin yapılmayarak failin ihmali bir hareketinin bulunduğu devamında ise kanunun “yapma” dediği ülkeye sokma hareketinin ise icari nitelikte olduğu görülmektedir. Bu durumda suçun ihmali bir suç olduğu varsayımında teşebbüs hususu konusuz kalacak ve ilgili suçun gümrük işlemleri açısından gerekli bilgilendirmenin yapılmadığı anda suçun oluştuğu ileri sürülebilecektir. Ancak önemli olan noktanın fiilin ikinci kısmı olan icari hareket (ülkeye sokma) olduğu varsayımında failin ülkeye girmeden (örneğin; son kontroller esnasında yakalanması) yakalanması durumunda suç tamamlanmadığından teşebbüsten söz edilebilecektir. Kanaatimce suçun tamamlanma anını ithalin gerçekleştiği yani icari hareketin yapıldığı an olarak almak doğru olacaktır. Böyle bir çıkarımda gümrük işlemlerine tabi tutmama şeklinde gerçekleşen ihmali hareket, son icari hareketin (ülkeye sokma) ön şartı niteliğinde olacaktır. Keza gümrük işlemlerine tabi tutmama şeklinde ortaya çıkan ihmali hareketi suçun tamamlanma anı olarak esas alan yorum suçun lafzıyla örtüşmeyeceği gibi

Bir kez daha vurgularsak, gümrük idaresine tescil ettirilmeden geçici depo yerlerinde bulunan eşyaların, GK m. 35'e göre düzenlenen özet beyannamede eksik olarak belirtilse dahi, henüz ithal iradesi ortaya konulmadığı için kaçakçılık suçu oluşmayacaktır. Bu hareketler, suça hazırlık hareketleri olarak değerlendirilse bile, kanun koyucu bu hususun cezalandırılmasına ilişkin herhangi bir düzenleme öngörmediğinden suçta oluşmayacaktır. Bu hareketlerin, teşebbüs açısından icra hareketi olup olmayacağı hususu tartışabilir. Ancak kanaatimce, daha gümrük idaresinin gözetiminde olup da, ithal iradesi ortaya çıkmamış mallar açısından teşebbüse uygun icra hareketleri olarak görülmesi yerinde değildir.<sup>49</sup> Kaldı ki, 5607 s. KMK' nın 3. maddesinin 21. fıkrası uyarınca kaçakçılık suçlarının kalkışma suçları olarak düzenlenmesi göz önünde bulundurulduğunda, daha eşyayı ülkeye sokma iradesi (rejim-gümrük beyannamesinde bulunmamış) ortaya çıkmadan kişileri cezalandırmak saik ve niyeti cezalandırmayan çağdaş ceza hukuku ile bağdaşmayacaktır. Söz konusu suça teşebbüs ise rejim beyannamesinin verilmesine rağmen (ithal iradesinin açığa çıktığı an) kişinin kaçakçılığa konu malları elinde olmayan sebeplerle yurda sokamaması (örneğin; eşyanın beyannamede verilen şekline uygun olmadığına anlaşılması üzerine mallara muayene sırasında el konulması gibi ) durumunda ortaya çıkacaktır.

Yargıtay bu konuda; *"Olayda, şirket adına tescilli gümrük giriş beyannameleri ile ithali istenilen eşyalar dışında mükellefince beyan harici bırakılmış 66.000 adet duvar korusu, gümrüğünce yapılan muayenede ele geçirildiği, duvar korularının gümrük muayenesine tabi tutulmaksızın ithaline teşebbüs bulunduğu anlaşılmasına göre, mahkumiyet kararı verilmelidir"* kararıyla

---

maddenin amacına da hizmet etmeyecektir. Aynı yönde bkz. Erman, Ticari Ceza Hukuku, s. 25; Karş. Aydın, s. 116.

<sup>49</sup> Yargıtay 2014 tarihli bir kararında sanığın kendisine eşyayı beyan etmesi için gümrükte yeterli imkân tanınmadığı yönündeki savunmasına değer atfetmiştir. "Kaçakçılığa konu eşyayı bu özelliğini bilerek ticari amaçla saklamak sanığın baştan beri değişmeyen savunmalarında, suça konu külçe altınları gümrükte beyan edeceğini, ancak kendisine imkân tanınmadan gümrük muhafaza memurunun kendisini muayene odasına götürdüğünü savunduğu, tutanak içeriğinde "yolcu salonu girişine yaya olarak gelen sanığın gümrük muayene memuruna gümrük işlemleri için sevk edildiğinin " belirtildiği gözetilerek, sanığın, gümrük görevlilerinin müdahalesinden önce eşyayı gümrüğe beyanda bulunma imkânı olup olmadığının tespiti açısından tutanak tanıkları dinlenerek, bu husus açıklığa kavuşturulduktan sonra sanığın hukuki durumunun tayini gerekir." 7. CD. E. 2013/15627 K. 2014/12403 T. 16.6.2014 www.kazancı.com ( Erişim Tarihi: 28.03.2015).

bu hususu vurgulamıştır.<sup>50</sup> Yine başka bir somut olayda, “Gümrük giriş beyannamesi ile ithali talep edilen eşyalar dışında mükellefince beyana hariç bırakılmış 3 kpta 16 adet telefon cihazı, gümrüğünce yapılan muayenede ele geçirildiği cihetle, telefon cihazlarının gümrük muamelesine tabi tutulmaksızın ithale teşebbüs bulunduğu...” bu yönde karar vermiştir.<sup>51</sup>

Buna karşılık, eşya gümrüğe sunulmadan veya sunulmayacağına ilişkin açık bir hal varsa, bu durumda suçun oluşması açısından ithal iradesinin olup olmadığı önemli olmayacaktır. Söz gelimi, gümrüğe getirilen eşyanın, gerekli gümrük işlemleri yapılmadan, özel bir araca konulması durumunda artık eşya sahibinin ithal iradesi araştırılmayacaktır; çünkü suç tipinde öngörülen hareketlerle unsurlar gerçekleşmiş olacağı gibi aracın ülkeye girmesi durumunda suç tamamlanmış olacak, girmeden yakalanması halinde ise teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.<sup>52</sup>

Sonuç olarak, kaçakçılık konusu eşyanın gümrüğe sunulmasından sonra gerekli gümrük işlemlerine tabi olmadan veya gümrüğe hiç sunulmaksızın yine gümrük kapısından yurda sokulması halinde 5607 s. KMK m. 3/1 uygulama alanı bulacaktır. Eşyanın gümrük ka-

<sup>50</sup> 7. CD. E. 1995/762, K. 1995/2488, T. 21.03.1995, <http://legalbank.net/belge/y-7-cd-e-1995-762-k-1995-2488-t-21-03-1995-g-220-mr-220-k-muayenesine-tabi-tutulmadan-ithale-tesebb-364055/> (Erişim Tarihi: 15. 03. 2015). Ayrıca bu konuda Erman, bir Yargıtay kararını haklı olarak şu gerekçeyle eleştirmiştir: “Yargıtay uçaktan inen ve uçak şirketine ait bulunan ticari nitelikteki eşya ile sahibi belli olmayan yolcu eşyasını, uçak şirketine ait otomobilin bagajına koyup kilitlemek, bu eşyayı muayeneye arz etmeksizin yurda ithal için icra vasıtalarını hazırlamayı ifade eder. (7. CD. E. 1981/6793, K. 1981/6894) Otomobil henüz gümrük alanından çıkmadığına göre, bagajdaki eşyanın muayeneye arz edilip arz edilemeyeceği veya gümrüğe bırakılıp bırakılmayacağı belli olmadığı cihetle, Yargıtay’ın kabulüne katılmak imkânsızdır.” Erman, Kaçakçılık Suçları Ek -1, s. 20.

<sup>51</sup> 7. CD. E. 1994/4579, K. 1994/6289, T. 2.06.1994. <http://legalbank.net/belge/y-7-cd-e-1994-4579-k-1994-6289-t-02-06-1994-g-220-mr-220-k-muamelesini-uygulamadan-ithale-tesebb-220/364032/> (Erişim Tarihi: 15.03.2015)

<sup>52</sup> Kılıç, s. 97. Ayrıca bu konuda Yargıtay kararı için bkz. “Sanık Suriye Devleti sınırından iki adet taşıma bidonu içerisinde 50 litre kaçak akaryakıtı ülkeye sokmuştur. Sanığın, gümrük kapısı haricinde yasal olmayan yollardan akaryakıt ithali niteliğindeki eylemi, eşyanın gümrük işlemlerine tabi tutulmaksızın ve gümrük kapıları dışından ülkeye sokulması halinde işlenen kaçakçılık suçunu oluşturmaktadır. Kaçağa konu eşyanın, gümrük kapısından veya sınırdan yurda sokulmak istenirken ya da hemen sonrasında veya bu eylemlerin kesintiye uğramadan devamı sırasında yakalanması halinde, eylem Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamındadır.” 7. CD. E. 2014/17344 K. 2014/13159 T. 25.6.2014 [www.kazancı.com](http://www.kazancı.com) (Erişim Tarihi: 15.03.2015).

pısı dışından yurda sokulması halinde ise aynı fıkranın ikinci cümlesinde yer alan ağırlaştırıcı hal meydana gelecek ve verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılabilecektir.

## 2. Fail

Ceza sorumluluğunun bireyselliği çerçevesinde suçtan doğacak sorumluluğun yalnızca faile ait olduğu görüşü 765 sayılı e.TCK'da kabul edilmiş ve 1982 Anayasası'nda da ceza sorumluluğun şahsi olduğu düzenlenmiştir. Ancak son zamanlarda özellikle ekonomik suçlar açısından tüzel kişilerinde cezai sorumlulukları olup olamayacağı tartışılmaya başlamıştır.<sup>53</sup> Bu tartışmalar sonucu eğilimin tüzel kişilerin sosyal ve ticari sayılabilecek suçlar açısından sorumlu tutulabileceği yönünde olmuştur.<sup>54</sup>

Türk Hukukunda, tüzel kişilerin cezai sorumlulukları TCK'nın 20. ve 60. maddelerinde düzenlenmiştir. TCK'nın 20. maddesi, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımının uygulanmayacağını ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbirlerinin saklı olduğunu belirtmiştir. İlgili maddenin gerekçesinde, Türk Ceza Kanunu'nun izlediği suç ve ceza politikası gereği ancak gerçek kişilerin suç faili olabileceği ancak, işlenen suçtan dolayı tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların uygulanabileceği öngörülmüştür.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının bulunduğu görüşünü savunanlar bu hususta tüzel kişiyi oluşturan gerçek kişilerin iradesinin, tüzel kişinin amacı tarafından yönlendirildiğini bundan dolayı tüzel kişinin adeta bir azmettiren gibi cezadan sorumlu olabileceğini ve bunun sonucunda idari - mali cezalara başvurulabileceğini ileri sürmüşlerdir. Karşı görüşte olanlar ise, cezai sorumluluk açısından kişinin kusurunun, suçla girdiği psikolojik bağın veya durumun özelliklerinin yalnızca gerçek kişilere ait olduğunu ve cezai sorumluluğun şahsileştirilebilmesi için failin muhakkak gerçek kişi olması gerektiğini savunmuşlar. Buna ilaveten, tüzel kişiye verilecek cezanın o tüzel kişiye ortak ama suça iştirak etmemiş diğer kişiler açısından cezanın şahsi olma ve kimse işlemediği bir suçtan cezalandırılmaz ilkesine aykırı olacağını savunmuştur. Daha fazla bilgi için bkz. Yasin M. Aslan, "Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, Sayı: 2010/2, s. 239 vd. <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2010-2/2010-2-aslan.pdf> (E.T. :19.03.2015).

<sup>54</sup> Kayıhan İçel, "Sermaye Piyasası Kurulunun Tebliğlerine Aykırılık Suçu", İHFİM., C. LVI, Sayı:1-4, 1998, s. 112. <http://www.journals.istanbul.edu.tr/ihfm/article/view/1023003839/1023003409> (E.T. : 19.03.2015).

<sup>55</sup> Söz konusu maddenin gerekçesi için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, s. 45.

Keza TCK'nın 60. maddesinde buna paralel olarak, tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirleri düzenlenmiş (faaliyet izninin iptali ve müsadere) ve bu tedbirlerin işlenen fiille uygun olması gerektiği belirtilmiştir.

Söz konusu gümrük işlemlerine tabi tutmadan ülkeye eşya sokma suçu açısından, bu durum değerlendirildiğinde suçun failinin, eşyayı gümrük kapılarından ancak gümrük işlemine tabi tutmadan sokan herhangi bir gerçek kişi olabilecektir. Tüzel kişilerin ise bu suçun faili olmalarından söz edilemez. Kaçakçılık suçu teşkil eden ithalin, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, bu ithalatı gerçekleştiren tüzel kişi yetkilileri fail olup cezai sorumlulukları mevcut olacak iken, ilgili tüzel kişi hakkında 5607 s. KMK m. 4/f. 3'ün göndermesi ile ancak güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir.<sup>56</sup>

### 3. Mağdur

Kaçakçılık suçlarının koruduğu hukuki menfaatin devletin ekonomik giderlerinin azalmasının önüne geçilmesi ve iç ve dış ekonomi politikalarını etkisiz hale getiren bu eylemlerin engellemesi olduğu yukarıda belirtilmişti. Bu kapsamda suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğu ve gerçek kişilerin bu suçun mağduru olamayacakları söylenebilir. Bunun neticesinde, Devletin bir temsilcisi olan Gümrük İdaresi, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamında kalan suçlar için açılan davalarda, hem 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun "*Davaya Katılma*" başlıklı 18. maddesi hem de Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 237. maddesi gereği, kovuşturma evresinde katılan sıfatıyla yer alabilecektir. Yargıtay yeni tarihli bir kararında bu hususu şu şekilde belirtmiştir: "*Yerel mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle: başvurunun nitelik, ceza türü, süresi sonrasında veya bu eylemlerin kesintiye uğramadan devamı sırasında yakalanması halinde, eylemin 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Yasası kapsamında kalacağı ve katılma hakkının da Gümrük İdaresine ait olduğu gözetilmelidir.*"<sup>57</sup> Keza, Yargıtay başka bir kararda eylemin Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamında kalması

<sup>56</sup> Yolcularda 5607 s. KMK m. 6/f. 4 uyarınca bu suçun faili olabilirler. Kılıç, s. 94. Buna karşılık, suçun faillerinin gemi adamları veya gemi personeli olması durumunda uygulanacak mevzuat farklı olacaktır. Tokgöz, s. 24.

<sup>57</sup> 7. CD. E. 2012/28359 K. 2013/12496 T. 6.6.2013 www.kazanci.com (E. T. : 18.03.2015).



durumunda, Gümrük İdaresi dışında başka bir kuruluşun suçtan zarar gören olamayacağı için katılma talebinin reddedilmesi gerektiğini, temyiz hakkının bulunmadığını ve EPDK avukatı için öngörülen vekâlet ücretinin hukuka aykırı olduğunu haklı olarak vurgulamıştır.<sup>58</sup>

#### 4. Konu

Suçun konusu, suç tipinde öngörülen hareketin yöneldiği şeydir. Bu husus kimi zaman bir kişi olarak kimi zaman ise bir eşya veya pozitif hukukun kabul ettiği soyut bir varlık (örneğin; TCK m. 125'de düzenlenen hakaret suçunda kişinin şerefi suçun konusudur) olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>59</sup>

Gümrük işlemlerine tabi olmadan eşyanın yurda sokulması suçunda, söz konusu suçun konusu gümrük işlemlerine tabi tutulmayan eşyadır.<sup>60</sup> Yalnız burada herhangi bir eşya suçun konusunu oluşturmayacaktır. Şöyle ki, bu suçun konusu teşkil eden eşyanın ithalat vergilerinden muaf olmaması gerekmektedir.<sup>61</sup> Aksi durumda, ithalat vergilerinden

<sup>58</sup> "Kaçağa konu eşyanın, gümrük kapısından veya sınırdan yurda sokulmak istenirken ya da hemen sonrasında veya bu eylemlerin kesintiye uğramadan devamı sırasında yakalanması halinde sanığın eşyayı gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ülkeye sokma suçundan cezalandırılması gerekir. Suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen ve katılma hakkı bulunmayan EPDK'nın davaya katılan olarak kabul edilip lehine vekâlet ücretine hükmolunması hukuka aykırıdır." 7. CD. E. 2013/5744 K. 2014/501 T. 16.1.2014 www.kazanci.com (E.T. : 18.03.2015).

<sup>59</sup> Ancak suçun konusu ile mağduru birbirine karıştırmamak gerekir. Bu iki husus bazen örtüşse de çoğu zaman suçun konusu ile mağduru ayırmak gerekir. Örneğin, kasten yaralama suçunda, suçun konusu kişinin vücudu iken mağdur bu vücuda sahip kişidir. Suçla korunan hukuki yarar ise hepsinin arka planında yatan vücut dokunulmazlığının korunmasıdır. Mehmet E. Artuk/Ahmet Gökçen/Caner A. Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Ankara, 2011, s. 310.

<sup>60</sup> Eşya deyiminden ne anlaşılması gerektiği Gümrük Kanunu'nun 3. maddesinin 23. fıkrasında; her türlü madde, ürün ve değer olarak belirtilmiştir. Erdener Yurtcan, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi, Şubat 2015 itibariyle Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara, 2015, s. 23. (Bu kitap bundan sonra Yurtcan, Kaçakçılık Şerhi olarak anılacaktır.)

<sup>61</sup> İthalat vergisinin ne olduğu 5911 sayılı Kanunla değişik 4458 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 9. fıkrasında şu şekilde gösterilmiştir: (Değişik: 18/6/2009-5911/1 md.) "İthalat vergileri" deyimi,  
a) Eşyanın ithalinde ödenecek gümrük vergisi ile diğer eş etkili vergiler ve mali yükleri,  
b) Tarım politikası veya tarım ürünlerinin işlenmesi sonucu elde edilen bazı ürünlere uygulanan özel düzenlemeler çerçevesinde ithalatta alınacak vergileri ve diğer mali yükleri"



muaf olan eşyanın gümrük kapılarından gümrük işlemlerine tabi tutmadan veya gümrük kapıları dışında yurda sokulması halinde Gümrük Kanununun 239. maddesinde düzenlenen kabahat oluşacaktır.<sup>62</sup>

Söz konusu suçun oluşabilmesi açısından önem arz eden bir diğer hal ise, kaçakçılığa konu edilen eşyanın ithalinin yasak olmaması gerekmektedir. Keza, ithali yasak bir eşyanın yurda sokulması 5607 sayılı KMK' nın 3. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenen "*ithali yasak eşyayı yurda sokma*" suçu kapsamında kalacaktır.

İlgili suç açısından bir hususun daha vurgulanması gerekmektedir. Suçun işlenmesi, hareketin yöneldiği konu üzerinde zarara veya tehlikeye neden olabilir. Nitekim suçun konusunun, hareketten etkileniş tarzına göre suçlar zarar ve tehlike suçları olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuşlardır.<sup>63</sup> Bu husustan hareketle, konu üzerinde bir zarar meydana gelmesi halinde zarar suçlarından; konunun, zarar meydana gelmesi tehdidi ile karşı karşıya bırakılması halinde ise tehlike suçlarından bahsedilecektir. İnceleme konusu suç açısından, eşyanın gümrük işlemlerine tabi tutulmadan ülkeye sokulması halinde, devletin gümrük vergileri bakımından bir zarara uğradığı ve söz konusu suçun da zarar suçu olduğu söylenebilir. Ancak, ülkeye gümrük işlemine tabi tutulmadan, diğer bir deyişle devletin kontrolü dışında giren malın iç piyasa üzerinde yapacağı olumsuz etkinin daha zarar ortaya çıkmadan cezalandırıldığını ifade etmek gerekir. Kanaatimce, kaçığa konu eşyanın iç piyasa üzerinde meydana getireceği zarar meydana gelmeden yalnızca oluşabilecek zararı önlemek adına yaptırım altına alınan bu suç ayrıca soyut bir tehlike suçu olarak da ele alınmalıdır.<sup>64</sup>

<sup>62</sup> 6455 sayılı Kanun'la değişik 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 239. maddesi: "İthalat veya ihracat vergilerinden muaf eşyayı 33 üncü madde hükümleri gereğince belirlenen gümrük kapıları dışında başka yerlerden izinsiz olarak ithal veya ihraç veya bunlara teşebbüs edenlerle, bu tür eşyayı gümrük işlemlerini yaptırmaksızın yurda sokanlar veya çıkarıcılar ile buna teşebbüs edenlerden, söz konusu eşyanın ithalata konu olması halinde, CIF değerinin, ihracata konu olması halinde ise FOB değerinin onda biri oranında para cezası alınır." şeklinde düzenlenmiştir. Bu cihetle ithalat vergisinden muaf olan eşyanın Gümrük Kanununda öngörülen ( m.33) usullere uygun olmadan yurda sokulması halinde söz konusu uygulanacaktır. Hükümde para cezasının idari nitelikte olduğu belirtilmemiştir. Ancak bu husus hükmün kabahat olarak düzenlendiği gerçeğini ortadan kaldırmayacaktır.

<sup>63</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 311, Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul, 2011, s. 222.

<sup>64</sup> Bir suçun hem zarar suçu hem de tehlike suçu niteliği taşıyabileceği görüşü için bkz. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş ve

## 5. Nitelikli Unsurlar

### a. Genel Nitelikli Unsurlar

Ceza normlarında genellikle kanun koyucunun önlemeyi istediği suçun basit (temel) hali tanımlanır. Bazı hallerde ise eylemin temel şekline nazaran onu daha ağır veya daha hafif cezalandırılmasını gerektirecek ağırlaştırıcı veya hafifletici hallere yer verilir.<sup>65</sup> Nitelikli unsurlar diye adlandırılabilir bu haller, failin veya mağdurun sıfatından kaynaklanabileceği gibi fiilin işleniş şekli veya işlendiği yer ve zaman ile alakalı olarak da ortaya çıkabilirler. Ancak bu halleri TCK m. 61/1 'de düzenlenen hâkimin somut olayda temel cezayı belirlemek için göz önüne alacağı hallerle karıştırmamak gerekir. Nitelikli haller, kanun koyucu tarafından özel olarak öngörülür, hatta kimi halde ayrı bir kanun maddesi ile düzenlenir.<sup>66</sup> Söz gelimi, kasten öldürme suçunun temel hali TCK m.81'de düzenlenmişken, nitelikli halleri m.82'de ayrıca düzenlenmiştir. Keza kanun koyucunun bir nitelikli hal öngörmesi için onu ayrı bir maddede düzenlenmesine de gerek yoktur, temel halin yanı sıra başka bir olgunun cezayı ağırlaştıracağı veya hafifleteceğini öngörmesi yeterlidir.<sup>67</sup>

Nitelikli hallerin düzenlenmesinin nedeni, eylemin basit haline nazaran suçun; kimi zaman daha vahşice (TCK m. 82/f. 1-b), kimi daha zaman planlı (TCK m.82/f. 1-a), kimi zaman daha kolay (KMK m. 4/f. 1-4), kimi zaman daha fazla zarar meydana getirecek (KMK m. 3/f. 22) vb. şekilde işlenmesinden dolayı suçun temel haline nazaran daha fazla haksızlığın ortaya çıkmasıdır.<sup>68</sup>

Kaçakçılık suçları açısından ise kanun koyucu nitelikli halleri 5607 sayılı KMK m.4 de düzenlemiştir. Buna göre, kaçakçılık suçlarının "*bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi*", "*kaçakçılık suçunun üç veya daha fazla kişi birlikte işlenmesi*", "*bu kanunda tanımlanan suçların kaçakçılığı ön-*

Yenilenmiş 9. Bası, Ankara, 2013, s. 211.

<sup>65</sup> Bu gibi halleri Türk Ceza Kanunu 30. maddenin 2. fıkrasında veya 61. maddenin 4. fıkrasında "nitelikli hal" olarak belirtmektedir. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 316.

<sup>66</sup> Kanunda açıkça belirtilmedikçe yasalar ağırlaştırılmaz veya hafifletilemez, cezayı hafifleten veya ağırlaştırıcı nitelikli hallerde ancak kanunda açıkça gösterilmek zorundadır. Centel/Zafer/Çakmut, s.574.

<sup>67</sup> Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 488 vd.

<sup>68</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya (Özel Hükümler), s. 29.

leme, izleme ve araştırmakla yükümlü kişiler tarafından veya meslek ve sanatın sağladığı kolaylık kullanılarak işlenmesi" veya eşyanın "Devletin siyasî, iktisadî veya askerî güvenliğini bozacak ya da çevre veya toplum sağlığını tehdit edecek nitelikte olması" gibi haller genel nitelikli haller olarak göz önünde bulundurulacaktır.<sup>69</sup>

Bunların yanı sıra, 5607 sayılı KMK m. 10'da kaççağa konu eşyanın konusunun akaryakıt ile tütün, tütün mamulleri, etil alkol, metanol veya alkollü içecekler olması durumunda 5607 sayılı KMK m.3'ün ilk dokuz fıkrasında düzenlenen suçlar açısından cezanın yarısından iki katına kadar artırılacağını düzenlenmiştir. Keza, 5607 sayılı KMK m. 3'ün 22. fıkrası ise kaççağa konu eşyanın değerinin fahiş olması durumunda verilecek cezanın yarısından bir katına kadar artırılacağı öngörülmüştür.

Bunun sonucunda inceleme konusu suç açısından, 5607 s. KMK m. 4'e girmese dahi gümrük işlemine tabi tutmadan ülkeye sokulan eşyanın fiyatının fahiş veya akaryakıt, tütün, tütün mamulleri veya etil alkol, metanol, alkollü içeceklerden olması durumunda verilecek ilgili duruma göre artırılarak verilecektir.<sup>70</sup>

## b. Eşyanın Gümrük Kapıları Dışından Ülkeye Sokulması

Eşyanın gümrük kapıları dışından ülkeye sokulması hali 5607 s. KMK m. 3'ün ilk fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenmiş ve bu durumda cezanın üçte birinden yarısına kadar artırılacağı öngörülmüştür. Eşyanın gümrük işlemlerine tabi tutulmadan gümrük kapılarından yurda sokulması halinde söz konusu suçun temel hali; gümrük kapıları dışından ithali yasak olmayan veya ithalat vergilerinden muaf olmayan eşyanın yurda sokulması durumunda ise nitelikli hali meydana gelecektir.

Kaçakçılık suçlarının ele alındığı bazı eserlerde, gümrük kapıları dışından ülkeye eşya sokma suçu ayrı bir suç olarak ele alınmaktadır.<sup>71</sup> Yargıtay'da bu konuda gümrük kapıları dışından ülkeye eşya

<sup>69</sup> Şahin, s. 20 vd.

<sup>70</sup> Yurtcan (Kaçakçılık Şerhi), s. 24 vd.

<sup>71</sup> Bkz. Kılıç, s. 204, Kocalar/Tosun/Yağcı, s. 53, Çıldır/Denizhan, s. 86. Bu hali bir nitelikli hal olarak gören yazarlar için bkz. Aydın, s. 118, Yurtcan (Kaçakçılık Şerhi), s. 24.

sokma suçunun, gümrük işlemlerine tabi olmadan ülkeye eşya sokma suçundan farklı bir suç olduğunu belirtmektedir.<sup>72</sup> Bunun nedeni, mülga 4926 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (a) bendenin 1 ve 2 numaralı alt bentlerinde her iki fiilin ayrı suç olarak düzenlenmesi ve uygulamada da bunun teamül şeklini almasıdır. Ancak 5607 sayılı Kaçakçılık Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinin ilk fıkrası lafzi yorum metoduyla incelendiğinde artık gümrük kapıları dışından ülkeye eşya sokma eyleminin nitelikli hal olarak düzenlendiği söylenebilecektir. Bu düzenlemenin gerekçesi ise, gümrük kapıları dışından yurda eşya sokulması halinde, hem Gümrük Kanunu'nun amir hükmünün (m. 33) ihlal edilmiş olması hem de eşyanın gümrük işlemlerine tabi olma imkânının tamamen ortadan kalkmasıdır.<sup>73</sup> Ayrıca suçun işlendiği yerin değişmesi ile (gümrük kapıları dışından) maddi unsur olarak düzenlenen gümrük işlemlerine tabi tutmama şartı daha net olarak gerçekleşmektedir.<sup>74</sup> Bundan dolayı kanun koyucu bu nitelikli halin

<sup>72</sup> "5607 sayılı Kanun'un 3/1. fıkrasının 1-cümlesinde, "eşyayı gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın Türkiye'ye ithal etmek" hali suç olarak düzenlenmiştir. Bu suç tipinde 4458 sayılı Kanun'un 33 ve Gümrük Yönetmeliği'nin 72 maddelerinde öngörülen şekilde faaliyet gösteren gümrük bölgesi giriş çıkış ile gümrük işlemlerinin yapıldığı kapılar kullanılmasına rağmen eşyanın gümrük işlemleri yapılmaksızın Türkiye Cumhuriyeti gümrük bölgesinde serbest dolaşıma sokulması hali suç olarak düzenlenmiştir.

5607 sayılı Kanun'un 3/1. fıkrasının 2. cümlesinde ise, "eşyanın, belirlenen gümrük kapıları dışından Türkiye'ye ithal etmek" hali suç olarak düzenlenmiştir. Bu cümlede öngörülen suç tipinde, 4458 sayılı Kanun'un 33 ve Gümrük Yönetmeliği'nin 72.maddelerinde öngörülen şekilde faaliyet gösteren gümrük bölgesi giriş çıkış ile gümrük işlemlerinin yapıldığı kapılar dışından Türkiye'ye ithal edilmesi halinde uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir.

Böylece Türkiye'nin gümrük kapıları kullanılarak ancak gümrük işlemi yapılmadan eşyanın yurda sokulması halinde 3/1-birinci cümlede düzenlenen suç, Türkiye'nin gümrük kapıları kullanılmayarak eşyanın yurda sokulması halinde ise, 3/1- 2. cümlesinde belirtilen suç oluşacaktır." 7. CD. E. 2013/6575 K. 2014/1917 T. 13.2.2014 www.kazancı.com (E.T. : 28.03.2105) Ayrıca, Ertuğrul bu hususta iki ayrı suç olarak düzenlenmesinin nedenini farklı müeyyidelere tabi tutulması ihtiyacından kaynaklandığını belirtmiştir. Metin Ertuğrul, 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 3. Bası, Ankara, 2004, s. 51. Ancak artık böyle bir ihtiyacın kalmadığı her iki durumda da suç açısından öngörülen yaptırımın hapis ile birlikte adli para cezası olduğunu hatırlatmak isterim.

<sup>73</sup> "Gümrük kapısından kaçak eşya sokma halinde devletçe alınan tedbirlerle engellenmesi imkanı nedeniyle kaçığa konu malın yakalanama ihtimali varken, gümrük kapıları dışında fiilin işlenmesi durumunda böyle bir ihtimal bulunmamaktadır."

<sup>74</sup> Kocalar/ Tosun/ Yağcı, s. 54.

Bazı suçlar açısından suçun işlendiği yerin ve zamanın ağırlaştırıcı veya hafifletici nitelikli bir unsur olarak düzenlendiği görülmektedir. Bunun altında yatan neden, bu hallerin suçun icrasını kolaylaştırabileceği veya mağdurun direnme imkânını

gerçekleşmesi halinde verilecek cezayı suçun temel haline nazaran daha ağır belirlemiştir.<sup>75</sup>

Gümrük işlemlerine tabi olmadan ülkeye eşya sokma suçunda vurguladığımız üzere, bir eşyanın ithal amacıyla ülkeye girebilmesi için 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 33. maddesinde düzenlenmiş olan prosedüre uygun olarak, gümrük kapıları ile önceden öngörülen belli yolları takip etmesi ve bir takım usullere uyması gerekmektedir. Ayrıca 5607 sayılı KMK m. 9/f. 3'e göre; "Gümrük bölgesine, Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girmek, çıkmak veya geçmek yasaktır" hükmü ile bu hususu vurgulamıştır. İthal yasak olmayan veya ithalat vergilerinden muaf olmayan herhangi bir eşya ile gümrük mevzuatına aykırı olarak gümrük kapıları dışından eşyanın yurda sokulması halinde söz konusu suçun nitelikli halinin gerçekleştiğinden bahsedilecektir.

#### D. Suçun Manevi Unsuru

Suçun manevi unsuru, faille işlediği fiil arasındaki psikolojik (subjektif) bağ olarak tanımlanabilir.<sup>76</sup> Suçun maddi unsuru, dışa dönük iken manevi unsur içe ilişkindir ve failin sorumluluğunun belirlenmesinde zorunlu unsurdur. Bunun neticesinde, manevin unsurun bulunmadığı hallerde suçun varlığından da bahsedilemeyecektir. Manevi unsur ise kast ve taksir şeklinde ortaya çıkar. Diğer bir ifadeyle, kast ve taksir manevi unsur içerisinde ele alınmalıdır.

Suçun oluşabilmesi için aranan genel manevi unsur kasttır. Kast, TCK m.21'de bir kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek veya isteyerek gerçekleştirmesi olarak tanımlanmıştır. Bunun so-

---

azaltılabileceği düşüncesidir. Söz gelimi, yağma suçunun temel hali TCK m. 148'de düzenlenmiş ve yağmanın konutta veya işyerinde işlenmesi hali ise nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.316. Aynı düşünce 5607 s. KMK m.3/f.1 de düzenlenen gümrük işlemlerine tabi tutmadan ülkeye eşya sokma suçu açısından söylenebilir. Söz konusu suçun farklı bir yer olan gümrük kapıları dışında işlenmesi halinde hem suçun icrası kolaylaşmış olacak (çünkü eşya gümrük memurları tarafından kontrol edilme imkânı ortadan kalkacak) hem de eşya gümrük idaresi bilgisine hiç sunulmadığından devlet açısından daha büyük bir zarar gelme ihtimali ortaya çıkacaktır.

<sup>75</sup> Aslında yer alan fiillerin birbirinden bağımsız hareketler içerdiğini ve ayrı bir suç olarak kanunda düzenlemeleri gerektiği hususunda bkz. Aydın s. 121.

<sup>76</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 318 vd. , Centel/Zafer/Çakmut, s.344, Özgenç, s. 229.

nucunda, failin kasıtlı hareket ettiğinden söz edebilmek için, maddi unsurları öngördüğü fiilin gerçekleşmesini de isteyecektir.<sup>77</sup> Kastın isteme unsurunun, ortaya çıkacak neticelere zorunlu olarak bağlı bulunmayan yan neticeler açısından olursa olsun şeklinde tezahür etmesi durumunda ise olası kasttan (dolus eventualis) bahsedilebilir.<sup>78</sup> İlke olarak kastla işlenebilen suçlar olası kastla da işlenebilir, meğerki suçun kanuni unsurunda “bilerek” ifadesine yer verilsin. Suçun taksirli halinin cezalandırılması ise istisnaidir, bu istisnanın kanunda açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Böyle bir durum olmaması durumunda suçun taksirli halinin cezalandırılmasından bahsedilemez.

Çalışmanın konusu olan gümrük işlemlerine tabi tutmadan ülkeye eşya sokma suçu açısından ise aranan manevi unsur kasttır.<sup>79</sup> Kanun koyucu bu suçun taksirli halinin cezalandırılacağını düzenlememiştir. Kast, bu suç bakımından eşyanın ithalat vergilerinden muaf olmadığını ve eşyanın bir takım işlemlere tabi tutulabileceğini bilme (öngörme); ancak buna rağmen gümrük işlemlerine tabi tutmadan yurda sokulmasını isteme şeklinde ortaya çıkacaktır.<sup>80</sup> Suçun temel hali bakımından, kastın ortaya konulduğunun anlaşılması açısından Rejim Beyannamesinin verilmesi önemlidir. Çünkü yukarıda da vurgulandığı üzere failin kaçığa konu eşyayı yurda sokma iradesi bu beyannamenin gümrük idaresine sunulması ile ortaya çıkmaktadır.<sup>81</sup>

Eşyayı gümrük idaresini sunan kişinin, beyannamede belirttiği malların cinsi, nevi ve miktarı bakımından bir eksiklik veya fazlalığın oluşması durumunda söz konusu mallar bakımından kaçınılmaz bir hataya düştüğünü (TCK m. 30/f. 4) ispatlaması durumunda cezalandırılmayacaktır.<sup>82</sup>

<sup>77</sup> Batuhan Aktaş, “Kabahatler Kanununda Düzenlenen Kast, Taksir ve Hata Halleri Üzerine Bir İnceleme”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:10, Sayı: 105, Mayıs 2015, s. 31.

<sup>78</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 331.

<sup>79</sup> Kılıç, s.101, Tokgöz, s.27. Mülga 4926 sayılı Kanun döneminde de suçun manevi unsuru kast olarak düzenlenmişti. Salih Kocalar/Ahsen Koç, 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklamalı/Gerekçeli, Ankara, 2003, s. 25.

<sup>80</sup> Erman, bu konuda ortaya çıkacak kastın, eşyanın gümrük iradesi işlemine kısmen veya tamamen tabi tutmamak böylece hiç veya eksik vergi ödemek suretiyle ithal etmeyi bilmek ve istemek olarak ortaya çıkacağını belirtmiştir. Erman, s.42.

<sup>81</sup> Kılıç, bu konuda haklı olarak antrepo beyannamesinin verilmesinin kesin ithal arzusu göstermediğinden failin kaçakçılığa ilişkin kastının tam olarak saptanamayacağını vurgulamıştır. Kılıç, s. 102.

<sup>82</sup> İthalatçı gümrük idaresine giriş beyannamesi verdikten sonra yapılacak gümrük



Suçun nitelikli halinin düzenlendiği 5607 sayılı KMK m.3/f.1 c.2 incelendiğinde ise, gümrük kapıları dışından yurda eşya sokulması durumunda herhangi bir beyanname verilme durumu olmadığı gibi bu hususta eşyanın gümrük idaresinin denetime sokulma imkânı da olmamaktadır. Bu nedenle, nitelikli hal için aranacak irade failin eşyanın gümrük işlemine tabi tutmamak için gümrük kapıları dışından yurda sokma istek ve iradesidir. Bir kişinin sınırı yanlışlıkla geçmesi durumunda, gümrük işlemine tabi tutulacak bir eşya taşıyıp taşımadığı ve asıl amacının bu eşyayı ülkeye sokma olup olmadığı, olayın kaçakçılık kanunu kapsamında değerlendirilmesi bakımından belirleyici olacaktır.

## E. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### 1. Teşebbüs

Her suçun ortaya çıkışı farklı bir süreci takip eder. Bu sebeple suçun morfolojik bir yapısı olduğundan bahsetmek mümkündür.<sup>83</sup> Bu yapısı gereği, suç, çeşitli aşamalardan geçer, söz gelimi bu aşamalar; düşünce aşaması, hazırlık hareketleri, icra hareketleri ve tamamlanma anı olarak sınıflandırılabilir. İşte tüm bu sürece *iter criminis* ( suç yolu) denir.<sup>84</sup>

Bahsedilen bu yolun failin elinde olmayan nedenlerle kesilmesi veya failin tüm çabasına rağmen arzu ettiği sonucun ortaya çıkmaması durumunda ise teşebbüs meydana gelmiş olur. TCK'nın 35. maddesi teşebbüsü halini; "*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlama-*

---

muayenesinde beyanname de belirttiği eşyanın fazla çıkması durumu ile karşı karşıya kalabilir. Bunu önlemek adına Gümrük Kanunu 63. maddesinde bu hususta beyanname de yer alan bilgilerin düzeltilmesine izin verileceğini düzenlemiştir. Henüz ithalatçı gümrük muayenesine eşya girmeden beyanname üzerinde değişiklik yapabilir. Hatta malın gümrük idaresi tarafından muayeneye alınmadan önce tartılması veya üzerinde ticari olmayacak miktarda numune alması ve una göre beyanname vermesi halinde artık gümrük muayenesinde oluşacak fazlalık açısından esaslı bir hataya düştüğünü kabul etmek gerekmektedir. Erman, s. 43.

<sup>83</sup> Bu yüzden suçun bir insan gibi doğduğu, yaşadığı ve öldüğü söylenebilir. Pervin A. İpekçioğlu, *Tük Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Ankara, 2009, s. 19.

<sup>84</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 584.



*maz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur*” şeklinde düzenlemiştir.<sup>85</sup> Bu hükümden hareketle, teşebbüs kısaca kişinin elverişli hareketlerle başladığı suçu elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması veya arzu ettiği neticenin ortaya çıkmaması olarak tanımlanabilir.

Bunun neticesinde, teşebbüsün unsurları; 1) suç işleme kastı, 2) icra hareketlerine başlanması, 3) icra hareketleri neticeyi ortaya çıkaracak elverişli hareketlerden olması ve 4) neticenin fail dışında ortaya çıkan bir engel nedeniyle gerçekleşmemesi olarak gösterilebilir.<sup>86</sup>

Kaçakçılık suçları açısından ise teşebbüs mülga Kanun olan 4926 sayılı Kanun’un “*Tanımlar*” başlıklı 2. maddesinin (b) bendinde; “*Kaçakçılık suçu işlemek amacıyla icra vasıtalarının hazırlanması, ancak failin kendi isteği dışında alınan engelleyici önlemler nedeni ile failin meydana gelmemesi*” şeklinde tanımlanmıştı.<sup>87</sup> 5237 sayılı TCK’ya uyum çalışmaları sırasında hazırlanan ve 2007 tarihinde yürürlüğe giren 5607 sayılı KMK’da ise tanımlar başlığı altında teşebbüs tanımlanmamıştır. Bunun neticesinde TCK m. 35’de düzenlenen teşebbüsün unsurlarının kaçakçılık suçları açısından da aranacağı söylenebilir. Bu cihetle, kaçakçılık suçları açısından yukarıda öngörülen unsurlar aranacaktır.

Söz konusu suç açısından, Rejim Beyannamesini tescil ettirildikten sonra (ithal iradesi ortaya çıktıktan sonra) eşyaların, failin iradesi dışında gerçekleşen bir sebeple ülkeye girememesi durumunda suçun temel halinin teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilebilecektir.<sup>88 89</sup>

<sup>85</sup> 5237 sayılı Kanun’un bu düzenlemesi ile artık 765 sayılı eski Türk Ceza Kanununda (eTCK) yer alan eksik teşebbüs ( e.TCK m. 61) ve tam teşebbüs (e.TCK m. 62) ayrımı ortadan kalkmıştır.

<sup>86</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 442 vd. Doktrinde bu unsurların yanı sıra çeşitli unsurlar da belirtilmiştir. İpekçiöğlü, teşebbüsün unsurlarını teşebbüsün maddi unsurları (pozitif ve negatif) ve manevi unsurları olarak ikili bir ayırmda incelemiştir. İpekçiöğlü, s. 45-174.

<sup>87</sup> Yurtcan, s.18. Tokgöz, s. 29.

<sup>88</sup> Şahin, 28, Aydın, 121.

<sup>89</sup> Teşebbüsün başlama anı diğer bir ifadeyle failin icra hareketlerini yapmaya başladığı an ilgili suç açısından beyan yükümlülüğünün başladığı andır. Kişi daha gümrük işlemlerine tabi tutulmadan beyan yükümlülüğü başlamayacağı için bu durumda suçun icra hareketlerinin başladığından söz edemeyiz. Ne zaman ki, kaçığa konu eşya için gümrük işlemlerinin yapılması gereği hâsıl olur ve fail de bu işlemleri yapmama yönünde bir irade ortaya çıkar işte o vakit suçun icra hareketleri başlamıştır ancak bununla suç tamamlanmaz. Failin gümrük işlemlerine tabi tutmaktan kaçırıldığı eşyayı ülkeye sokması gerekmektedir. Bu nedenle daha kaçığa konu eşya ülkeye girmeden son kontroller esansında yakalanması durumunda

Suçun nitelikli hali olan gümrük kapıları dışından ülkeye eşya sokma durumunda ise hal ve olayın şartlarına göre failin ülkeye eşya sokma iradesi ortaya çıktıktan sonra Gümrük Bölgesine girmeden yakalanması halinde suçun teşebbüste kaldığından bahsedilecektir. Her iki durum açısından da 5607 s. KMK m. 3/f. 21 uyarınca suç tamamlanmış gibi cezaya hükmedilecektir.

5607 sayılı KMK m.3/f. 21; “Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiiller, teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile, tamamlanmış gibi cezalandırılır” hükmü ile kaçakçılık suçlarının teşebbüste kalması halinde dahi sanki tamamlanmış gibi cezalandırılacağını öngörmüş ve bu açıdan kaçakçılık suçlarını bir kalkışma suçu olarak düzenlemiştir.<sup>90</sup> Ancak kaçakçılık suçlarının bir kalkışma suçu olarak düzenlenmesinin mantığını anlamak mümkün değildir. Ekonomik suçlar kapsamında ele alınan Kaçakçılık suçlarına uygulanması gereken temel ilke “ekonomik suçta ekonomik ceza” ilkesidir. Bu ilkenin kaçakçılıkla mücadele konusunda yetersiz kaldığı ileri sürülüyor olsa dahi genel teşebbüs hükümlerinin neden uygulanmadığı açıklanamamaktadır. TCK m. 309 vd. düzenlenen “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” kalkışma suçları olarak düzenlenmiş ve teşebbüs halinde kalsa dahi suç tamamlanmış gibi cezalandırılacakları öngörülmüştür. Kaçakçılık suçları ile karşılaştırıldıklarında TCK m. 309 vd. düzenlenen suçların kamu düzenini ve toplumsal barış ortamını ne derece etkileyebileceğinin açıklığı karşısında, teşebbüste kalsalar dahi suç tamamlanmış gibi cezaya hükmedilmeleri bir dereceye kadar kabul edilebilir niteliktedir. Buna karşılık, koruduğu hukuki yarar devletin ekonomik giderlerinde yaşanacak kaybın önlenmesi ve iç - dış ekonomi politikalarının sağlıklı bir şekilde işlemesi olan kaçakçılık suçlarının kalkışma suçu olarak

---

suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Nitekim bu hususta Yargıtay; “kaçırılacak hayvanlar, henüz güvenlik alanına girmeden sınıra 13-14 km uzaklıkta yakalandıklarına göre kaçakçılığa kalkışma hali oluşmamıştır” kararı ile de vurgulamıştır. (7 CD. E. 1976/1991, K. 1976/4287, T. 05.06.1976) Aydın, s. 122.

<sup>90</sup> Kalkışma suçları, tamamlanması öne alınmış suçlar olarak da adlandırılmıştır. Kanun koyucunun, kalkışma suçlarını düzenlemesindeki amaç hareketin tamamlanmamasına rağmen ortaya çıkacak zarar tehlikesini önleme arzusudur. İpekçiöğlü, s. 195. Kalkışma suçları, TCK da ( m. 227, 309,311 vb.) ve diğer özel kanunlarda (6222 s. Kanun m. 11 vb.) istisnai olarak düzenlenmiştir. Ayrıca kalkışma suçları için bkz. Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım - 1 Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı ( Çeviren-Editör: Yener Ünver), Ankara, 2014, s. 465.

düzenlenmesi isabetli değildir.<sup>91</sup> Kaçakçılık suçlarına, genel teşebbüs hükümlerinin uygulanması yerinde olacaktır.

Ayrıca ilgili suç açısından etkin pişmanlık hükümleri Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda, 3. maddede tanımlanan suçlardan birine iştirak etmiş olan kişi; resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce kaçakçılık konusu eşyanın ve faillerinin yakalanmasına yardım etmesi durumunda cezalandırılmayacağı, keza kaçakçılık fiilinin bütünüyle ortaya çıkmasına yardım ettiği durumlarda cezasının üçte iki oranında indirileceği öngörülmüştür. Kişinin, 3. maddenin 7. fıkrası hariç herhangi bir kaçakçılık suçuna iştirak etmesine rağmen soruşturma evresi sona erinceye kadar suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katını ödemesi halinde cezasında yarı oranında indirim yapılacağı da hüküm altına alınmıştır.

## 2. İştirak

Türk Ceza Kanunu'nda suçların esasen tek bir kişi ile işlenmesi yeterli görülmüş ve kanun koyucu suç tipinde birden fazla kişinin bir araya gelmesini zorunlu tutması istisna teşkil etmiştir.<sup>92</sup> Diğer bir ifadeyle, genel ilke suçun tek faille işlenmesidir (bireysel suç). Birden fazla kişinin bir araya gelmesi ise bazı suçlar açısından; mağdurun direncini kırdığı veya suçun işlenmesini kolaylaştırdığı için ağırlaştırıcı hal (örneğin; yağma suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesi durumunda TCK m.148 değil, 149 uygulanacaktır) olarak düzenlenmiştir.

Bununla beraber, günümüzde suçun işlenmesini kolaylaştırma adına suçların birden fazla kişi tarafından işlenme eğilimi arttığı için iştirak (yani ortaklık etme) hükümlerinin yeniden düzenlenmesi gerekliliği doğmuştur. Nitekim eski 765 sayılı Kanundan (eTCK) farklı olarak, Türk Ceza Kanunu iştirak hükümlerini Faillik (müstakil, müşterek ve dolaylı faillik) ve Şeriklik (azmettirme ve yardım etme) olarak ikili bir ayrıma tabi tutmuştur.<sup>93</sup>

<sup>91</sup> Aynı yönde bkz. Tokgöz, s. 30.

<sup>92</sup> Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun gerçekleşmesi için kanun koyucu 3 veya daha fazla kişinin bulunmasını aramıştır. (TCK m. 220)

<sup>93</sup> Eski Türk Ceza Kanunu döneminde, asli ve fer'i iştirak ayrımı kabul edilmişti. Asli iştirak ise, asli maddi iştirak ve asli manevi iştirak olmak üzere ikiye ayrılmış-

4926 sayılı mülga Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ise kaçakçılık suçlarının iştirak halinde işlenmesini ağırlaştırıcı hal olarak düzenlemiştir. Söz gelimi; 4926 s. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasında; *"Bu Kanunun suç saydığı fiillerin teşekkül halinde işlenmesi durumunda birinci fıkrada belirtilen cezaya ilaveten ilgili maddelerdeki cezalar bir kat artırılarak uygulanır"* denilerek, kaçakçılıkla iştirak etmek amacıyla aralarında önceden anlaşan iki veya daha fazla kişinin kaçakçılık suçlarını gerçekleştirmesi halini nitelikli hal olarak öngörmüştü. Keza, aynı maddenin 3. fıkrası kaçakçılık konusu suçların teşekkül oluşturmaksızın iki veya daha fazla kişi tarafından işlenmesi halinde toplu kaçakçılığın oluşacağını belirtmiş ve bu durumda da verilecek cezada artırıma gitmişti. Teşekkül halinde işlenen kaçakçılık ile toplu halde işlenen kaçakçılık suçu arasında bulunan fark; teşekkül halinde faillerin devamlılık iradelerini taşımaları, toplu kaçakçılıkta ise aralarındaki anlaşmaya dayanarak tek bir kaçakçılık suçunu işlemeleridir.

2007 tarihli 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na uygun olarak hazırlanmasından dolayı, iştirak hükümlerinde de değişikliklere gitmiştir. Bunun neticesinde, teşekkül halinde işlenen kaçakçılık suçları ibaresini kaldırarak, genel nitelikli hal olarak, kaçakçılık suçlarının bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesini düzenlemiştir.<sup>94</sup> Bunun yanı sıra, aynı maddenin ikinci fıkrası kaçakçılık suçlarının toplu halde işlenmesi için örgüt niteliği taşımayan üç veya daha fazla kişinin bulunması gerektiğini belirterek, Türk Ceza Kanunu ile bir uyum yakalamıştır.

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun iştirake ilişkin gösterdiği bir diğer özellik ise, Kanunun 4. maddesinin 6. fıkrası uyarınca kaçakçılık fiillerini önleme, izleme ve araştırma ile görevli kişilerin bu kanun kapsamında işlenen suçlara göz yumması durumunda müşte-

---

tı. Asli maddi iştirak, "fiili irtikâp etme" ve "doğrudan doğruya beraber işleme" şekillerini kapsarken; asli manevi iştirak ise bünyesinde "azmettirme" barındırıyordu. Fer'i iştirak halleri ise tek tek sayılmaktaydı. Artık yeni Kanunla bu ayrımlar kaldırılmış ve failin sorumluluk statüsüne göre cezayı belirleyen daha çağdaş bir sistem benimsenmiştir. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 620.

<sup>94</sup> Örgüt deyiminden ne anlaşılması gerektiği TCK m. 220'de düzenlenen "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma" suçunun gerekçesinde belirtilmiştir. Ayrıca bkz. dn. 11.

rek fail olarak sorumluluklarının belirlenecek olmasıdır. Kaçakçılık fiillerini önlemek ve araştırmakla yükümlü olan kişiler aynı Kanun'un 19. maddesinde; "Mülkî amirler, Gümrük Müsteşarlığı personeli ile Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığına bağlı personel, bu Kanunla yaptırım altına alınan fiilleri önleme, izleme ve araştırmakla yükümlüdür" şeklinde belirlenmiştir. Bu madde uyarınca sayılan kişilerin kaçakçılık suçlarına katılımı yardım etme şeklinde de gerçekleşse bu özel hükümden dolayı artık müşterek fail olarak cezalandırılacaklardır.<sup>95</sup>

Gümrük işlemlerine tabi tutmadan ülkeye eşya sokma suçu açısından ise yukarıda değerlendirilen genel nitelikli haller uygulama alanı bulacaktır. Söz gelimi, gümrük işlemlerine tabi tutmadan ülkeye eşya sokma suçu tek bir kişi tarafından işlenebileceği gibi, örgüt faaliyeti çerçevesinde veya örgüt idaresi olmayan üç veya daha fazla kişi tarafından toplu olarak işlenebilir. Ayrıca bu suça göz yuman ve 19. maddede sayılan kişiler müşterek fail olarak sorumlu olacaklardır.<sup>96</sup> Bu suçun nitelikli hali açısından da aynı hususlar geçerlidir.

### 3. İçtima

Suçların içtması konusunda Türk Ceza Kanunu'nda kabul edilen ilkelerden birisi; "ne kadar fiil varsa o kadar suç, ne kadar suç varsa o kadar ceza vardır" şeklinde ifade edilmektedir.<sup>97</sup> Ancak bu ilkenin de istisnaları mevcuttur. 5237 sayılı TCK, "Suçların İçtması" (TCK m. 42-44) başlı-

<sup>95</sup> Ayrıca ilgili suçun, suçları önlemek, izlemek ve araştırmakla görevli olan bu kişiler tarafından işlenmesi ağırlatıcı hal olarak düzenlenmiştir (KMK m.4/4). Bu hususta söz konusu nitelikli hali ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişiler gerçekleştirebilecektir. Suçun temel hali herkes tarafından ancak nitelikli hali belirli özellikleri sağlayan kişiler tarafından işlenebilen suçlara doktrinde "görünüşte özgü suçlar" denilmektedir. Aydın, s. 114.

<sup>96</sup> Bunun yanı sıra, 5607 sayılı KMK m. 5 hükmü uyarınca bu suça iştirak eden kişiler, resmi makamlar tarafından suç öğrenilmeden, fiili, diğer failleri ve kaçak eşyanın yerini mercilere haber vermesi ve bu bilgi doğrultusunda faillerin yakalanıp eşyanın bulunması durumunda faile ceza verilmeyecektir. Yetkili makamlar suçu öğrendikten sonra, gerekli bilgileri paylaşıp olayı aydınlatmalar hakkında ise cezanın üçte iki oranında indirileceği öngörülmüştür.

<sup>97</sup> Özgeç, s. 536. Eski Türk Ceza Kanununda farklı olarak artık suçların ve cezaların içtması ayrımı yeni kanunda yer almamaktadır. Yeni Türk Ceza Kanununda yalnızca suçların içtması düzenlenmiş, cezaların içtması Ceza ve Güvelik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun (CGTİHK) 99. maddesinde düzenlenmesi uygun görülmüştür. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 669.

ğı altında içtima hallerini düzenlemiştir. Bu hallerde kişi birden fazla suç işlemesi durumunda genel ilkeye göre hareket edilmeyecek adeta suçlar içtima hallerinin içerisinde eritilecektir. Söz gelimi, TCK m. 43 uyarınca bir kişinin, aynı suç işleme icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı suçu birden fazla kez işlemesi durumunda birden fazla ceza değil verilecek cezanın artırılacağı öngörülmüştür. Yine, TCK m.43/f. 2 ve m. 44'de fikri içtima halleri hüküm altına alınmış ve bu hallerin ortaya çıkması durumunda genel ilkenin aksine yalnızca cezaların artırılacağı veya daha ağır olan suçtan ceza verileceği düzenlenmiştir.<sup>98</sup>

Kaçakçılık suçları açısından ise içtima hükümleri mülga 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 24. maddesinde " *Bu Kanununun suç saydığı fiiller nedeniyle Türk Ceza Kanunu ve ceza öngören diğer kanunlarda yazılı cürümleri işleyenler hakkında içtima kuralları uygulanmaksızın her cürmün cezası ayrı ayrı hükmolunur*" düzenlenmişti. Bu hüküm ile genel ilkeye istisna getiren içtima kurallarının uygulanmasının önüne geçilmiş ve tek bir fülle hem kaçakçılık suçunun hem de diğer ceza kanunlarda yer alan suçların birinin oluşması durumunda her iki suçtan da cezalandırılacağı öngörülmüştü.<sup>99</sup> Ancak bu hüküm özellikle zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir.<sup>100</sup>

<sup>98</sup> TCK m. 43/f. 2 de bir kişinin tek bir fiille birden fazla kişiye karşı aynı suçu işlemesi durumu, öğretide aynı neviden fikri içtima olarak, m. 44 de ise bir kişinin tek bir fülle birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet vermesi farklı neviden fikri içtima olarak adlandırılmıştır. Özgenç, s. 560 vd., Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 693 vd.

<sup>99</sup> Bu hükmün müteselsil ve aynı kanun kapsamında kalan fikri içtima hükümlerine aykırı olmadığı konusunda bkz. Tokgöz, s. 33, Erman, 79. Ayrıca, Yargıtay bu konuda 1990 tarihinde verdiği bir kararda, " ... 1918 s. Kanununun 31. maddesinde kaçakçılık münasebetiyle TCK'nda yazılı sair bir cürüm işleyenler hakkında içtima kaidesi tatbik olunmaksızın her cürümün cezasının ayrı ayrı hükmolunacağı öngörülmüş olup, iddianameyle kaçakçılık suçundan dava açıldığı gözetilerek, bu suçtan dolayı yargılama yapıp sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, kamu davası açılmamış eylemden dolayı TCK'nun 426ncı maddesi uyarınca yazılı şekilde hüküm tesisi..." (7. CD. E. 1995/8663, K. 1995/ 9410, T. 27.11.1995) Erhan Günay, Kaçakçılık Davaları Usul ve Esasları, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 2000, s. 90.

<sup>100</sup> Erman, bu konuda Yargıtay'ın verdiği bir kararı (7. CD. E. 1978/6276, K. 1978/7010 T. 27.11.1978) şu sözlerle haklı olarak eleştirmiştir: "Bu sebeptendir ki tatbikata yer etmiş olan ve kanununun içtihatla ilga edilmesi ve yargı organının kendisini adeta kanun koyucunun üstünde sayması neticesini doğuran gaip ve garip olduğu kadar da hukuk prensipleri bağdaması imkânsız görüşe katılmamaktayız. Gerçekten Yargıtay ihracatçısı aynı, ithalatçısı aynı, eşyanın cins ve nev'i aynı, geliş



5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ise mülga 4926 sayılı Kanun'un aksine içtima hükmünü ayrı bir madde altında düzenlenmiştir. 5607 s. KMK m.4/ f. 5 uyarınca kaçakçılık suçlarının belgede sahtecilik yapılarak işlenmesi durumunda TCK' da yer alan belgede sahtecilik suçundan ayrıca failin cezalandırılacağı öngörülmüştür.<sup>101</sup> Bunun dışındaki içtima kuralları kaçakçılık suçları açısından da uygulama alanı bulacaktır.

Gümrük işlemlerine tabi tutmadan ülkeye eşya sokma suçu açısından ise içtima halleri çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Söz konusu suçun aynı suç işleme icrası kapsamında birden fazla kez işlenmesi durumunda TCK m. 43'de yer alan zincirleme suç hükümleri uygulanacak ve tek bir ceza ağırlaştırılarak verilecektir.<sup>102</sup> Örneğin, eşyanın gümrük işlemlerine tabi tutulmadan aynı suç işleme icrası kapsamında yurda farklı zamanlarda sokulmasında söz konusu suç açısından zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.<sup>103</sup> Bu konuda doğabilecek sorun, TCK m. 43'de yer alan değişik zamanlar ibaresinin hangi zamana kadar zincirlemeye olanak verdiğinin açık olmamasıdır.<sup>104</sup> Bu

---

tarihi aynı, nakil vasıtası aynı, gümrük kapısı aynı olsa dahi, birden fazla giriş beyannamesi ile ithal edilmek istenen eşya söz konusu olduğunda, müteselsil suç hükümlerinin tatbik edilemeyeceğine ve beyanname sayısınca suç bulunduğu karar vermiş hatta aynı malın birkaç seferde gümrüğe getirilip çekilmesi halinde, o kadar suç bulunduğu hükmetmiştir." Erman, s. 81.

<sup>101</sup> Mülga 4926 sayılı Kanun'un "Sahte Belge Düzenleme" başlıklı 12. maddesi; "Gümrük idarelerinde işlem görmediği halde işlem görmüş gibi herhangi bir belge veya beyanname düzenleyenler veya bu suçları bilişim yoluyla işleyenler hakkında Türk Ceza Kanunu'nun evrakta sahtekârlık ve bilişim alanındaki suçlarla ilgili hükümlerinde belirtilen cezalar bir kat artırılarak uygulanır" ibaresi ile belgede sahtecilik suçunun gümrük işlemine ilişkin düzenlenmesi durumunda TCK'da yer alan belgede sahtecilik suçlarındaki cezaların bir kat artırılacağı hüküm altına almıştır. Yurtcan, s. 60. Ancak 5607 sayılı Kanun'la böyle bir düzenlemeye yer verilememiştir.

<sup>102</sup> Özellikle mağduru toplumu oluşturan herkesin olduğu suçlarda zincirleme suç hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekmektedir. Bu konuda uygulamada yaşanacak tereddütün giderilmesi adına "mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır" cümlesi eklenerek giderilmeye çalışılmıştır. Özgenç, s. 552. Kaçakçılık suçları gibi gerçek kişilerin mağdur olamayacağı bu suç açısından da söz konusu hükmün uygulanacağını rahatlıkla belirtebiliriz.

<sup>103</sup> Kılıç bu konuda verdiği örnekte, gümrüğe getirilen birden fazla eşyanın parça parça sokulmasında ayrı suçların değil tek bir suçun oluşacağını haklı olarak belirtmiştir. Kılıç, s. 103. Bu durumda artık tek bir suç gerçekleşeceği için cezada artırım yapılmayacaktır.

<sup>104</sup> Bu konuya 2014 tarihli Ceza Genel Kurulunda değinilmiş ve şu ifadelerle yer verilmiştir: "Ceza Genel Kurulunun 14.01.2014 gün ve 384-2, 03.12.2013 gün ve



konuda failin hareketlerinin aynı suç işleme icrası kapsamında kalıp kalmadığı araştırılmalıdır.<sup>105</sup>

Gümrük işlemlerine tabi tutmadan ülkeye eşya sokulması sucusu fikri içtima açısından da özellik gösterebilir. Failin tek bir hareketle

---

1475-577, 30.05.2006 gün ve 173-145, 08.07.2003 gün ve 189-207, 13.10.1998 gün ve 205-304, 20.03.1995 gün ve 48-68 ile 02.03.1987 gün ve 341-84 sayılı kararlarında "aynı suç işleme kararı" kavramından, kanunun aynı hükmünü birçok kez ihlal etme hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyetin anlaşılması gerektiği, bu bağlamda failin suçu işlemeden önce bir plan yapmasının veya bu suça niyet etmesinin, fakat fiili bir defada yapmak yerine, kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirmeyi daha uygun görmesinin, hareketinin önceki hareketinin devamı olmasının ve tüm hareketleri arasında subjektif bir bağlantı bulunmasının anlaşılması gerektiği kabul edilmiş, ilk eylemle ikinci eylem arasında makul sayılamayacak uzunca bir sürenin geçmesinin, sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle suçu işlediğini gösterdiği belirtilmiştir... Suç kastından daha geniş bir anlamı içeren suç işleme kararı, suç kastından daha önce gelen genel bir karar ve niyeti ifade etmektedir. Önce suç işleme kararı verilmekte ve bundan sonra bu genel kararın icrası farklı zamanlardaki suçlarla gerçekleştirilmektedir. Kararın gerçekleştirilmesi için gerekli suçların her birinde ayrı suç kastları, bir başka deyişle bir suç için gerekli olan maddi ve manevi unsurlar ayrı ayrı yer almaktadır. Böylece suç işleme kararı denilen genel plân, niyet veya karar, zinciri oluşturan ve her biri birbirinden bağımsız olan suçları birbirine bağlayan ortak bir zemini oluşturur.

Suç işleme kararının yenilenip yenilenmediği, birden çok suçun aynı karara dayanıp dayanmadığı, aynı zamanda suçlar arasındaki süre ile de ilgilidir. İşlenen suçların arasında kısa zaman aralıklarının olması suç işleme kararında birlik olduğuna; uzun zaman aralıklarının olması ise suç işleme kararında birlik olmadığına karine teşkil edebilecektir. Yine de çeşitli suçlar arasında az veya çok uzun zaman aralığının var olması, bu suçların aynı suç işleme kararının etkisi altında işlendiğini ya da işlenmediğini her zaman göstermeyecektir. Diğer bir anlatımla, sürenin uzunluğu kararın yenilendiğini düşündürebileceği gibi, kısalığı da her zaman kararın yürürlükte olduğunu göstermeyebilecektir. Diğer taraftan, hukuki veya fiili kesintiler olduğunda farklı değerlendirmeler yapılması mümkündür. Ancak bu değerlendirme her olayda ayrı ayrı ve diğer şartlar da dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu nedenle, başlangıçta belirli bir süre geçince suç işleme kararı yenilenmiş ya da değişmiş olur demek, soyut ve delillerden kopuk bir değerlendirme olacaktır. Failin iç dünyasını ilgilendiren bu kararın varlığının her olayın özelliğine göre suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesindeki özellikler, fiillerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre, korunan değer ve yarar, hareketin yöneldiği maddi konunun niteliği, olayların oluşum ve gelişimi ile dış dünyaya yansıyan diğer tüm özellikler değerlendirilerek belirlenmesi gerekecektir.

Görüldüğü üzere, zincirleme suçun oluşumu için işlenen suçlar arasında ne kadar zaman geçmesi gerektiği konusunda genel ve mutlak bir kural koymak mümkün olmadığından, hangi süre içerisinde işlenirse işlensin, işlenen suç başlangıçtaki genel niyete veya suç işleme konusundaki tek karara dayanıyor ise zincirleme suç hükümleri uygulanacak, ancak işlenen suç failin yeni bir suç işleme kararına dayanıyorsa artık zincirleme suç söz konusu olmayacaktır..." YCGK E. 2013/7-591, K.2014/171, T. 08.04.2014 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2013-7-591.htm> (Erişim Tarihi:15.04.2015).

<sup>105</sup> Çilesiz, 96.

ithali yasak olan bir eşyayı gümrük işlemlerine tabi tutmadan ülkeye sokması halinde, tek bir fiille kanunda düzenlenen birden fazla suçun ihlal edilmesi gündeme geleceğinden farklı nevi'den fikri içtima kuralları uygulanacaktır. Bunun neticesinde ithali yasak eşyayı gümrük işlemlerine tabi olmadan yurda sokan kişi açısından en ağır ceza olan 5607 s. KMK m.3/f. 7'de düzenlenen ithali yasak eşyayı yurda sokma suçundan ceza verilecektir. Suçun nitelikli hali olan gümrük kapıları dışından yurda eşya sokulması suçu açısından da belirttiğimiz içtima halleri uygulama alanı bulacaktır.<sup>106</sup>

Bunun yanı sıra, gümrük işlemlerine tabi tutmadan ülkeye eşya sokulması suçunun örgüt faaliyeti çerçevesine işlenmesi durumunda failer hem ilgili suç açısından hem de TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan cezalandırılmaları gerekecektir. Keza, ilgili suç işlenirken ayrıca gümrük kanunda düzenlenen kabahatlerden birinin işlenmesi durumunda 5326 sayılı Kabahatler Kanununun içtimaî düzenleyen 15. maddesinin 3. fıkrası uyarınca failer yalnızca işledikleri suçlar açısından sorumlu olacaklardır.<sup>107</sup>

## F. Yaptırım

4926 sayılı mülga Kanun'da söz konusu suç açısından öngörülen ceza, Kanun'un 4. maddesinin 2. fıkrasında eşyanın gümrüklenmiş değerinin üç katından az, altı katından fazla olmamak üzere ağır para cezası uygulanacağı düzenlenmişti. Eşyanın gümrük kapıları dışından ülkeye sokulması durumunda ise eşyanın gümrüklenmiş değerinin üç katından az altı katından fazla olmamak üzere ağır para cezasına hükmedileceği, değer in fahiş olması durumunda ise 1 yıldan 3 yıla kadar hapis ve eşyanın gümrüklenmiş değerinin üç katından az, altı katından fazla olmayacağı öngörülmüştü.<sup>108</sup>

5607 sayılı Kaçaklıkla Mücadele Kanunu ise Türk Ceza Kanunu ile uyumlu olmak adına hafif - ağır para cezası ayırımına son vermiş ve

<sup>106</sup> Aydın, s. 110. Ayrıca failin kaçığa konu eşyayı gümrükten geçirebilmek için gümrük memurlarına rüşvet vermesi durumunda ayrıca rüşvet suçundan da cezai sorumluluğuna gidilecektir.

<sup>107</sup> Hamide Zafer/Gülfem Pamuk/Kerim Çakır, Gerekeçeli - Açıklamalı - İçtihatlı Kabahatler Kanunu, İstanbul, Ağustos, 2014, s. 14.

<sup>108</sup> Yurtcan, s. 33 vd., Tokgöz, s. 39

bunları adli para cezası olarak düzenlemiştir. Nitekim gümrük işlemlerine tabi tutmadan ülkeye eşya sokulması durumunda fail veya failer hakkında, kanunda 1 yıldan 5 yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır.<sup>109</sup> Kaçağa konu eşyanın gümrük kapıları dışından ülkeye sokulması halinde ise verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılacağı kanunda belirtilmiştir.

Bunun yanı sıra, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca yukarıda da belirttiğimiz gibi gümrük işlemlerine tabi tutulmadan ülkeye eşya sokulması suçunun konusunun akaryakıt, tütün veya tütün mamulleri ile etil alkol, metanol, alkollü içecekler olması durumunda verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılacaktır. Keza, suçun konusunun fahiş olması durumunda da kanun koyucu cezanın yarısından bir katına kadar artırılacağını düzenlemiştir.<sup>110</sup>

5607 sayılı KMK, müsadere konusunu, 13. maddesinde; *"Bu Kanunda tanımlanan suçlarla ilgili olarak 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun eşya ve kazanç müsadereğine ilişkin hükümleri uygulanır. Ancak kaçak eşya taşımada bilerek kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının müsadere edilebilmesi için aşağıdaki koşullardan birinin gerçekleşmesi gerekir:*

a) Kaçak eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması.

b) Kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya naklinin, bu aracın kullanılmasını gerekli kılması.

<sup>109</sup> Adli para cezası hususunda Türk Caza Kanunu'nun 52.maddesinin ilk fıkrasında yedi yüz otuz günden fazla olamayacağı belirtilse de hem Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun özel kanun niteliğinde olması hem de ilgili maddede (TCK m. 52) aksine hükmün bulunmaması koşulunun getirilmesi karşısında KMK m. 3/1'de öngörülen adli para cezası hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Yurtcan (Kaçakçılık Şerhi) , s. 25.

<sup>110</sup> Bu konuda, fahiş fiyatın kim tarafından tespit edileceği ve hangi fiyatın fahiş olarak değer göreceği belirtilmemiştir. Tokgöz, bu hususta malın değeri üzerinden ikramiye alacak gümrük görevlerinin malın değerini artırma ihtimallerinin olabileceğini belirtmiştir. Tokgöz, s. 38. Fahiş fiyat konusunda 1990 ile 1997 yılları arası Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin uygulamasına bakmak için bkz. Günay, s. 72.

c) *Taşıma aracındaki kaçak eşyanın, Türkiye'ye girmesi veya Türkiye'den çıkması yasak veya toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olması* şeklinde hüküm altına almıştır. Buna göre kaçağa konu eşya açısından TCK m. 54. ve 55. maddelerde düzenlenen genel müsadere uygulama alanı bulacak, kaçak eşya taşınmasında kullanılan araç için ise yukarıda öngörülen seçimlik hallerden birinin gerçekleşmesi yeterli olacaktır. Etkin pişmanlık nedeniyle fail hakkında cezaya hükmolunamaması veya kamu davasının düşmesine karar verilmesi durumunda kaçağa konu eşya hakkında müsadere hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Buna karşılık, eşyanın taşındığı araç açısından böyle bir istisna öngörülmediğinden bu hallerde taşıtın sahibine iadesine karar verilebilir. Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere el konulmadığı durumlarda, bunların karşılığı öngörülen değerlerin müsaderesine hükmedilir.

## SONUÇ

Çalışmada, gümrük işlemlerine tabi tutmadan ülkeye eşya sokma suçunun yanı sıra, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu üzerine yapılan değişiklikler ile kaçakçılık suçlarının benzer diğer suçlardan farkları ayrıca ele alınmıştır. Bu kapsamda, 2013 tarihli 6455 sayılı Kanun ile 2014 tarihli 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler göz önünde bulundurulmuş ve güncel kanun metni üzerinden söz konusu suç incelenmiştir. Bunun yanı sıra, 6136 sayılı Ateşli Silahlar Ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanun'da yer alan "*Silah Kaçakçılığı*" ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 188. maddesinde düzenlenen "*Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde İmal Ve Ticareti*" suçları hakkında Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun uygulama alanı bulmayacağını hatırlatmak isterim.

Çalışmanın ana konusunu oluşturan, gümrük işlemlerine tabi tutmadan ülkeye eşya sokma suçu 5607 sayılı KMK m.3'ün ilk fıkrasında düzenlenmiştir. 6455 sayılı Kanunla ilgili madde metninde yer alan "ithal eme" ibaresi değiştirilmiş, bunun yerine "ülkeye sokma" ifadesi tercih edilmiştir. Bu değişikliğin söz konusu suç açısından daha yerinde olduğu inancını taşımaktayım.

Gümrük Kanunu'nun amir hükmü olan 33. maddesi uyarınca ithal amacıyla gümrük kapılarına getirilen her eşyanın belli gümrük kapı-

larından belli usullere uygun olarak yurda sokulması gerekmektedir. Bu konuda söz konusu suçun tamamlanma anı bakımından doğan tartışmaya tekrar değinmekte fayda vardır. Bir eşya geçici depo yerinde beklerken gümrük idaresine verilen özet beyanda eksiklik olması durumunda kaçakçılık suçunun oluştuğundan kanaatimce bahsedilemeyecektir. Bunun nedeni, eşya hakkında ithal amacının diğer bir deyişle Türkiye de serbest dolaşıma sokulma iradesinin henüz ortaya çıkmamış olmasıdır. Eşya hakkında rejim beyannamesinin tescil edilip gümrük idaresince onaylandıktan sonra beyannamede yer almayan malların ülkeye sokulması durumunda ancak suç tamamlanmış olacaktır.

Suçun faili, Türk Ceza Kanunu'na uygun olarak ancak gerçek kişilerdir. Buna karşılık, 5607 sayılı KMK'nın 4. maddesinin 3. fıkrası uyarınca kaçakçılık suçunun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde veya onun yararına işlenmesi halinde ilgili tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Suçun mağduru ise toplumu oluşturan herkestir. Gerçek kişiler açısından bu suçun mağduru olabilmeleri mümkün değildir. Yargıtay'ın kaçakçılık suçları üzerine ihtisas yapan 7. Ceza Dairesi de bu hususta suçtan zarar gören olarak gümrük idaresinin devleti temsilen davaya katılabileceğine ilişkin verdiği kararlar bu hususu destekler niteliktedir.

Suçun konusunu, ithalat vergilerinden muaf olmayan eşya oluşturmaktadır. Kaçağa konu eşyanın ithalat vergilerinden muaf olması durumunda ilgili kaçakçılık suçu değil, Gümrük Kanunu'nun 239. maddesinde düzenlenen kabahat oluşacaktır. Bunun yanı sıra, suçun konusu eşyanın ithali yasak olan eşyalardan olması durumunda 5607 sayılı KMK'nın 3. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenen ithali yasak eşyanın ülkeye sokulması suçundan da bahsedilecek, fikri içtima kuralları uyarınca fail cezası daha ağır olan ithali yasak eşyanın ülkeye sokulmasından cezalandırılacaktır. Ayrıca hareketin yöneldiği konu bakımından gümrük işlemlerine tabi tutmadan ülkeye eşya sokma suçunun, devletin gümrük vergilerini tam olarak alamaması nedeniyle zarar suçu, aynı zamanda ülkeye kaçak olarak giren eşyanın iç ekonomi de yaratacağı zarar tehdidi nedeniyle soyut tehlike suçu olarak düzenlendiği kanaatini taşımaktayım.

Gümrük kapıları dışından ülkeye kaçak eşya sokulması hali ise, 5607 s. KMK'nın 3. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde suçun temel haline nazaran nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Yargıtay'ın bu konuda farklı kanaat taşımaya rağmen; her iki hareket incelendiğinde, ikisinin de temel noktasının eşyayı gümrük işlemine tabi tutmadan yurda sokulması olduğu görülmektedir. Her iki ihlal açısından da korunan hukuki değer aynı olmakla birlikte gümrük kapıları dışından yurda eşya sokulmasında suçun işlendiği yer ve suçun haksızlık içeriği değişmektedir. Diğer bir deyişle, gümrük kapıları dışından eşya sokulmasında, kaçağa konu eşyanın gümrük idaresinin kontrolünden tamamen kaçırılmak istendiği ve failin yakalanma ihtimalini azaltarak fiilin daha ağır bir haksızlık içerdiği söylenebilecektir. Bunun sonucunda, gümrük kapıları dışından yurda eşya sokulması halinde kaçağa konu eşyanın gümrük işlemlerine ve gümrük idaresinin denetimine tabi olmayacağı net bir şekilde ortaya koyan fail açısından cezanın suçun temel şekline göre belirlenip daha sonra üçte birinden yarısına kadar artırılacağı düzenlenmiştir.

Genel nitelikli haller ise 5607 s. KMK'nın 4. maddesinde sayılmıştır. Suçun bir örgüt faaliyeti çerçevesinde veya bir suç işleme kararının icrası kapsamında üç veya daha fazla kişi tarafından işlenmesi hallerinde cezaların artırılacağı öngörülmüştür. Bunların yanı sıra, kaçağa konu eşyanın değerinin fahiş olması veya konusunun akaryakıt, tütün veya tütün ürünleri ile etil alkol, metanol ve alkollü içecekler olması durumunda cezaların temel şekline nazaran artırılarak hükmedileceği belirtilmiştir.

Özel görünüş şekilleri açısından, söz konusu suç teşebbüse elverişli bir suçtur. Bahsettiğimiz üzere, rejim beyannamesinin tescil edilip onaylanmasına rağmen eşyaların failin elinde olmayan bir sebeple ülkeye sokulamaması durumunda, yine gümrük kapıları dışında ülkeye eşya sokulması halinde failin hudutta vb. bir yerde eylemine elinde olmayan sebeplerle devam edememesi durumunda teşebbüsten bahsedilecektir. Burada özellik arz eden husus, 5607 sayılı KMK m. 21 hükmü uyarınca kaçakçılık suçlarının teşebbüste kalmış olsalar bile tamamlanmış gibi cezalandırılacakları düzenlemesidir. Böyle bir hükmün yerinde olmadığı ve TCK m. 35'de yer alan genel teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının daha yerinde olacağını savunmaktayım.

İçtima halleri açısından ise 5607 s. KMK m. 4/f. 5 uyarınca bu suçların yanında resmi belgede sahtecilik suçunun işlenmesi durumunda ayrıca ondan dolayı da cezaya hükmedileceği öngörülmüştür. Bunun yanı sıra, fail kaçakçılık suçunu aynı suç işleme icrası kapsamında değişik zamanlarda gerçekleştirmesi halinde TCK m. 43'de yer alan zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Bu hususta makalede değinilen Ceza Genel Kurul kararına dikkat edilmelidir.

Son olarak, suç açısından öngörülen yaptırım bir yıl ile beş yıl arası düzenlenmiş ve bunun yanında onbin Türk Lirası adli para cezası öngörülmüştür. Kaçakçılık konusu eşyanın müsadereyi konusunda Türk Ceza Kanunu'nun 54 ve 55. maddelerinde düzenlenen müsadere hükümleri, kaçak eşyayı taşıyan araç açısından ise KMK m. 13 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

### Kaynakça

- Aktaş Batuhan, "Kabahatler Kanununda Düzenlenen Kast, Taksir ve Hata Halleri Üzerine Bir İnceleme", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:10, Sayı: 105, Mayıs 2015.
- Aydın Murat, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Fiilleri ve Yaptırımları (Doktora Tezi), Konya, 2011.
- Artuk E. Mehmet/Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. Bası, Ankara, 2011.
- Artuk E. Mehmet/Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, 13. Bası, Ankara, 2012.
- Artuk E. Mehmet/Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Ankara, 2011.
- Aslan M. Yasin, "Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, Sayı: 2010/2.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. Bası, İstanbul, 2011.
- Çıldır Şentürk/Denizhan Hüseyin, *Açıklamalı - İctihatlı 6455 ve 6545 sayılı Yasalar İle Değişik 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu*, 2. Bası, Ankara, 2015.
- Çilesiz Seyfettin, *6455 Ve 6545 Sayılı Kanunlarla Değişik 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklamalı, Gözden Geçirilmiş 3. Bası*, Ankara, 2015.
- Danışman Mustafa, *Açıklamalı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kaçak Petrol ve Ulusal Marker*, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş, 3. Bası, Ankara, 2014.
- Deda Necip, *Kaçakçılık Kanunu Açıklaması*, Ankara, 1986.



- “Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Ön Tasarısı Sempozyumu”, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No: 1987-19, İstanbul, 1987.
- Erman Sahir, Kaçakçılık Suçları - Ek 1 1982-1983, İstanbul, 1984.
- Erman Sahir, Ticari Ceza Hukuku Cilt IV - Kaçakçılık Suçları, İstanbul, 1981.
- Ertuğrul Metin, 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 3. Bası, Ankara, 2004.
- Günay Erhan, Kaçakçılık Davaları Usul ve Esasları, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 2000.
- Heinrich Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım - 1 Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı (Çeviren-Editör: Yener Ünver), Ankara, 2014.
- İçel Kayıhan, “Sermaye Piyasası Kurulunun Tebliğlerine Aykırılık Suçu”, İHFM., C. LVI, Sayı:1-4, 1998.
- İpekçioğlu A. Pervin, Tük Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara, 2009.
- Kılıç Kaptan, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu - Açıklamalı, Ankara, 2007.
- Kılıç Kaptan, Kaçakçılık Suçları - Gümrük Kabahatleri ve Gümrük Uyuşmazlıkları Çözüm Yolları, İzmir, 2013.
- Kızılot Şükrü/Kızılot Zuhale, Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları, Ankara, 2011.
- Kocalar Salih/Tosun Kerim/Yağcı Ali, Açıklamalı - İçtihatlı - Gerekçeli 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Ankara, 2007.
- Kocalar Salih/Koç Ahsen, 4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklamalı/Gerekçeli, Ankara, 2003.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, Ankara, 2013.
- Şahin Dilara, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’ndaki İthalat Kaçakçılığı Suçları ve Kabahatleri (Yüksek Lisan Tezi), İstanbul, 2011.
- Tokgöz Muhammet, 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Gümrük Kaçaklığı Suçları (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2005.
- Yaşar Mustafa, “Dünya Gümrük Örgütüne Benimsenen Kaçakçılık Tanımı”, *Gümrük Dergisi*, Sayı:42, 2010.
- Yurtcan Erdener, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi, İstanbul, 2004.
- Yurtcan Erdener, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi, Şubat 2015 itibariyle Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara, 2015.
- Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler - TCK m. 1-75, 3. Bası, İstanbul, 2013.
- Zafer Hamide/Pamuk Gülfem/Çakır Kerim, Gerekçeli - Açıklamalı - İçtihatlı Kabahatler Kanunu, İstanbul, Ağustos, 2014.

### İnternet Kaynakları

- [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.55d8a0773f2ba3.81428711](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.55d8a0773f2ba3.81428711)
- [http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay\\_Ceza\\_Genel\\_Kurulu\\_2000\\_7\\_3.php#axzz3jXfj1nWr](http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_Ceza_Genel_Kurulu_2000_7_3.php#axzz3jXfj1nWr)

- [https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/R%2881%2912%20on%20economic%20crime\\_EN.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/R%2881%2912%20on%20economic%20crime_EN.pdf)
- <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1275m.htm>
- <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140628-9.htm>
- [www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4458.doc](http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4458.doc)
- <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.13472&sourceXmlSearch=&MevzuatIliski=0>
- <http://legalbank.net/belge/y-7-cd-e-1995-762-k-1995-2488-t-21-03-1995-g-220-mr-220-k-muayenesine-tabi-tutulmadan-ithale-tesebb-/364055/>
- <http://legalbank.net/belge/y-7-cd-e-1994-4579-k-1994-6289-t-02-06-1994-g-220-mr-220-k-muamelesini-uygulamadan-ithale-tesebb-220/364032/>
- <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2010-2/2010-2-aslan.pdf>
- <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023003839/1023003409>
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2013-7-591.htm>

# TRAFİK GÜVENLİĞİNİ TEHLİKEYE SOKMA SUÇU (TCK m. 179) THE CRIME OF ENDANGERMENT OF TRAFFIC SAFETY (TURKISH PENAL CODE ART. 179)

R. Murat ÖNOK\*

**Özet:** Makalemizde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinde yer verilen ve ancak kasten işlenebilen, trafik güvenliğinin korunmasını amaçlayan üç ayrı suç tipi incelenmiştir. Suç tiplerinin uygulanmasında özellikle önem arz eden, ehliyetsiz araç kullanma, sarhoş araç kullanma, uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi altında araç kullanma gibi durumlar ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. Uygulamada büyük önem taşıyan m. 179/3'ün tatbikinden doğan maddi ve usuli sorunlar tespit edilerek olası çözüm yolları önerilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Trafik Güvenliği, Sarhoş Olarak Araç Kullanma, Ehliyetsiz Olarak Araç Kullanma, Madde Etkisi Altında Araç Kullanma, Tehlike Suçları

**Abstract:** This article analyzes three different criminal offenses laid down in Art. 179 of the Turkish Penal Code, that can only be committed intentionally, and which aim at protecting traffic safety. Instances that are of particular importance in the application of these provisions, such as driving without a license, drunk driving, driving under the influence of narcotic drugs, have been dealt with in detail. The substantive and procedural problems arising from the application of Art. 179 (3), which bears particular importance in practice, have been determined, and possible solutions have been suggested.

**Keywords:** Traffic Safety, Drunk Driving, Driving Without a Licence, Driving under Substance Influence, Crimes Constituted by Endangerment of Legal Interests

\* Yrd. Doç. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## 1. Giriş

Teknolojik gelişmeler sayesinde motorlu araçların yaygınlaşması, bir yandan kişilerin seyahat özgürlüğünden çok daha geniş ölçüde istifade etmesini sağlamışken, diğer yandan hava kirliliği ve trafik yoğunluğu gibi sorunlar ile birlikte, yaralanmalı ve ölümlü çok sayıda kazaya yol açmıştır.<sup>1</sup> Özellikle karayolu ulaşımı bakımından bu sorun ülkemizde çok ciddi boyuttadır. Nitekim, Türkiye’de karayollarında, 2013 yılında 161.306, 2014 yılında 168.512 ölümlü ve yaralanmalı kaza meydana gelmiştir. Bu kazalarda, 2013 yılında, 3685 kişi hayatını kaybetmiş, 274.829 kişi yaralanmış; 2014 yılında ise 3524 kişi ölmüş, 285.059 kişi de yaralanmıştır.<sup>2</sup> Gelişmiş Batılı ülkelerde her 100.000 araca düşen ölü sayısı 10 civarında iken, ülkemizde bu sayı, maalesef, 21’dir.<sup>3</sup> Trafik kazalarının sosyo-ekonomik maliyeti yıllık yaklaşık 20 milyar TL olarak tahmin edilmektedir.<sup>4</sup>

Buna karşılık, demiryolu, denizyolu ve havayolu taşımacılığındaki istatistikler daha olumludur. Ülkemiz açısından 2012 yılındaki verilere bakarsak; demiryolu kazalarında 55 ölü, 101 yaralı;<sup>5</sup> Türk bandıralı deniz araçlarının karıştığı kazalarda 25 ölü, 8 yaralı;<sup>6</sup> Türk bayraklı hava araçlarının yaptığı kazalarda ise 8 ölü, 3 yaralı,<sup>7</sup> istatistiklere geçmiştir.

Öte yandan, trafik kazalarına bağlı ölüm ve yaralanmalar evrensel bir sorun olup her yıl 20 milyonun üzerinde kişi kazalarda yaralanmaktadır; karayollarında meydana gelen kazalar nedeniyle global ekonomik kaybın 518 milyar Amerikan Doları civarında olduğu tahmin edilmektedir.<sup>8</sup> Bu durum karşısında, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu

<sup>1</sup> Steven Cammiss/Sally Kyd Cunningham, “Swift and sure justice? Mode of trial for causing death by driving offences”, *Criminology and Criminal Justice*, 2014, s. 1-2 (doi:10.1177/1748895814553131).

<sup>2</sup> Karayolları Genel Müdürlüğü Trafik Kazaları Özeti 2013, Temmuz 2014, Tablo 1 (<http://www.kgm.gov.tr/SiteCollectionDocuments/KGMdocuments/Trafik/TrafikKazalariOzeti2013.pdf>, son erişim 15.3.2015) ve Karayolları Genel Müdürlüğü Trafik Kazaları Özeti 2014, Mayıs 2015, Tablo 1 (<http://www.kgm.gov.tr/SiteCollectionDocuments/KGMdocuments/Trafik/TrafikKazalariOzeti2014.pdf>, son erişim 11.7.2015).

<sup>3</sup> Karayolları Genel Müdürlüğü Trafik Kazaları Özeti 2013, Temmuz 2014, Tablo 19.  
<sup>4</sup> <http://tgp.gov.tr/sayfalar/hakkimizda> (son erişim 5.6.2015).

<sup>5</sup> Demiryolu, Denizyolu, Havayolu ve Karayolu Kaza İstatistikleri, Kaza Araştırma ve İnceleme Kurulu, Ankara 2013, s. 17 ([http://www.ubak.gov.tr/BLSM\\_WIYS/KAIK/tr/Belgelik/20140312\\_103823\\_76347\\_1\\_76648.pdf](http://www.ubak.gov.tr/BLSM_WIYS/KAIK/tr/Belgelik/20140312_103823_76347_1_76648.pdf), son erişim 15.3.2015).

<sup>6</sup> Ulaştırma Kaza İstatistikleri 2013, s. 24.

<sup>7</sup> Ulaştırma Kaza İstatistikleri 2013, s. 33.

<sup>8</sup> <http://www.un.org/en/roadsafety/> (son erişim 5.6.2015).

tarafından 2 Mart 2010'da kabul edilen bir karar ile<sup>9</sup> 2011-2020 yılları "Yol Güvenliği için Aksiyon Onyılı" ilan edilmiştir. Bu çerçevede, her ülkede bilinçlendirme ve eğitim faaliyetleri gerçekleştirilecek ve ulusal programlar hazırlanacaktır. Türkiye de, 2020 yılına kadar karayolu ölümlerinde %50 azalmayı hedef olarak belirlemiş ve buna ulaşılması için kurum ve kuruluşlara düşen görevi içeren Karayolu Trafik Güvenliği Stratejisi ve Eylem Planı'nı bir Başbakanlık genelgesi şeklinde yayınlamıştır.<sup>10</sup> Ayrıca, geniş bir toplumsal katılımı amaçlayarak kurulan Trafik Güvenliği Platformu, trafik güvenliğine ilişkin kamuoyu ve farkındalığın oluşturulması ve kamu politikalarının belirlenmesi sürecinde görev yapacaktır.<sup>11</sup>

Elbette, trafikte meydana gelen ölüm ve yaralamaları engellemeye yönelik tedbirlerden biri de, kusurlu davranışlarıyla buna yol açan kişilere cezai yaptırım uygulanmasıdır. Medyada "trafik terörü" olarak adlandırılan sorunla mücadele etmekte bir araç olarak, TCK m. 179'da "Trafik güvenliğini tehlikeye sokma" başlıklı suç tipine yer verilmiştir. Bu suçun sıklıkla işlendiğini tahmin etmek zor olmasa da ne yazık ki Adalet Bakanlığı'nın gerek Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü gerekse Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü sitelerinden, bu suç tipine dair spesifik veriye ulaşmak mümkün olmamaktadır. Fakat 2013 yılında, "Genel Tehlike Yaratan Suçlar"dan ötürü açılan davalardaki suç sayısı 69.747 olarak belirtilmektedir.<sup>12</sup>

## 2. Suç Tipine Dair Genel Bilgiler

Ceza kanunları, sadece *belirli* bir kimsenin veya kimselerin hukuki yararlarını zarara uğratan veya böyle bir yararı tehlike altına sokan davranışları değil; herkesin, yani genel olarak toplumun belirli hukuki

<sup>9</sup> Global Plan for the Decade of Action for Road Safety 2011-2020, UN GA A/RES/64/255 (10 Mayıs 2010). [http://www.who.int/roadsafety/decade\\_of\\_action/plan/plan\\_en.pdf](http://www.who.int/roadsafety/decade_of_action/plan/plan_en.pdf)

<sup>10</sup> 31 Temmuz 2012 tarihli ve 28370 sayılı Resmi Gazete.

<sup>11</sup> <http://tgp.gov.tr/sayfalar/hakimizda> (son erişim 6.6.2015).

<sup>12</sup> [http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik\\_2013/48.pdf](http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2013/48.pdf) (son erişim 20.10.2014). Sayfadaki açıklamaya göre, "açılan davalardaki suç sayısı", cari yıl içinde açılan ve bozularak gelen davalardaki suçları kapsamaktadır. Buna karşılık, Türkiye İstatistik Kurumu'nun web sitesinde, "trafik suçları" açısından hapse giren kişi sayısı yıllık olarak yer almaktadır. Fakat sadece 2006-2008 arası verilere ulaşılabilirdiği gibi, bu sayıların büyük ölçüde taksirle öldürme-yaralama olaylarına ilişkin olduğu tahmin edilebilir.

yararlarını tehlikeye veya zarara uğratan fiilleri de suç olarak düzenleme ihtiyacı duyar.<sup>13</sup> Bu çerçevede, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" başlıklı İkinci Kitabı'nın "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Kısım altında, m. 170-180 arasında "Genel Tehlike Yaratan Suçlar"a yer verilmiştir.

Trafik güvenliğine ilişkin olarak, TCK m. 179'da, üç ayrı fıkra halinde, aslında birbirinden bağımsız üç suç tipine yer verilmiştir.<sup>14</sup> Öte yandan, 765 sayılı önceki TCK'da birçok maddede dağınık hâlde düzenlenmiş olan, trafik güvenliğini sağlamaya yönelik hükümler de bir araya getirilmiştir.<sup>15</sup> Bu bakımdan, TCK m. 179'un 765 sayılı Kanun'da tam olarak karşılığı yoktur.<sup>16</sup>

TCK m. 179/1'e göre, "*Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştirerek, kullanılamaz hâle getirerek, konuldukları yerden kaldırarak, yanlış işaretler vererek, geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koyarak ya da teknik işletim sistemine müdahale ederek, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olan kişi*" bir yıldan altı yıla kadar hapis ile cezalandırılmaktadır.

TCK m. 179/2'ye göre, "*Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi*" iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

Uygulamada en fazla soruna yol açtığı söylenebilecek üçüncü ve son fıkraya göre, "*Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmasına*

<sup>13</sup> Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler - Topluma Karşı Suçlar, Ankara, 2012, s. 5.

<sup>14</sup> Benzer Sibel Kılıçarslan İsfen, Alman ve Türk Ceza Hukukunda Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları (AlmCK m.d 315 ila 316 ve TCK md. 179), Ankara, 2013, s. 69, bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. s. 71.

<sup>15</sup> Kılıçarslan İsfen, s. 68-69.

<sup>16</sup> Çetin Arslan/Bahattin Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004, s. 750; Ali Parlar/ Muzaffer Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Ankara, 2007, s. 1361). Eski kanunla yeni düzenlemelerin karşılaştırması için bkz. Özlem Çakmut Yenerer, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları (TCK m. 179-180)", Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Cilt: III (yayına hazırlayanlar E. Hilgendorf ve Y. Ünver), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No: 18, İstanbul 2010, s. 773-775.

*rağmen araç kullanan kişi*” yine iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

Öte yandan, TCK m. 180’de ise trafik güvenliğini *taksirle* tehlikeye sokma suçuna yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme, aslında TCK m. 179/1 ve 2’nin taksirle işlenmiş haline tekabül etmektedir. TCK m. 179/2’deki fail, aracı “sevk ve idare eden” kimse iken, TCK m. 180’de herhangi bir kimse olabilir.<sup>17</sup> Fakat m. 179’dan farklı bir nokta olarak, m. 180’de *kara* ulaşımı bakımından tehlikeye neden olmaya yer verilmiştir.<sup>18</sup> Bu yaklaşımı yerinde bulmaktayım, zira karayolunda taksirle neden olunan somut tehlikeler de TCK kapsamına alınırsa, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’ndaki (KTK) idari yaptırım gerektiren eylemler ile teknik anlamda suçların ayrımı belirsiz duruma gelirdi.

### 3. Suçla Korunan Hukuksal Yarar

Her üç fıkra bakımından da, trafik güvenliği ve bu bakımdan kamu güvenliği korunmaktadır.<sup>19</sup> Ayrıca, her üç fıkra bakımından, kişilerin yaşam hakkının, beden bütünlüğünün ve mülkiyet hakkının korunduğu söylenebilir.<sup>20</sup> İleride göreceğimiz üzere, soyut tehlike

<sup>17</sup> Sesim Soyer Güleç, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Trafik Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı 9, Aralık 2006, s. 170 (hatta, m. 179/3 ile m. 180 arasında da aynı bakımdan fark vardır; zira, m. 179/3 açısından özgü suç söz konusudur); Çakmut, s. 779.

<sup>18</sup> Arslan/Azizağaoğlu, s. 753; Soyer Güleç, s. 168; Çakmut, s. 784; Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, İstanbul, 2007, s. 269; Necati Meran, *Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 2. Bası, Ankara, 2007, s. 916.

<sup>19</sup> Arslan/Azizağaoğlu, s. 750; Parlar/Hatipoğlu, s. 1361; Hafızoğulları/Özen, *Özel Hükümler*, s. 40 (“kara, deniz, hava ve demiryolu ulaşımının başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından güvenli olmasının sağlanmasına ilişkin kamusal yarar” korunmaktadır); Mahmut Koca, “Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179/2, 3)”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Sayı 11-12, Temmuz-Ağustos 2005, s. 106 (yazara göre “kamusal trafiğin güvenliği” korunmaktadır). Kıyaslayınız Kılıçarslan İsfen, s. 72 (korunan asıl hukuki yarar, “trafiğin sorunsuz işleyişine olan temel güven”dir). Nihai olarak kamu güvenliğinin korunduğuna dair yine bkz. Çakmut, s. 778.

<sup>20</sup> Arslan/Azizağaoğlu, s. 750; Ali Rıza Çınar, “Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçlarından Türk Ceza Yasasının 179/3. Maddesindeki Alkollü Araç Kullanma Suçu”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 10, Eylül 2010, s. 8; Soyer Güleç, s. 168; Parlar/Hatipoğlu, s. 1361; Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Bası, Ankara, 2014, s. 685. Kişilerin trafikte güven içinde hareket etme hakları ile birlikte hayat, vücut bütünlükleri ve malvarlığı hakların “kapsar biçimde” kamu



suçu mahiyetinde olan TCK m. 179/3 açısından da bu son değerlendirme geçerlidir; zira tipik davranış yüzünden bir tehlike doğmuş olsun olmasın amaç, trafiğin güven içinde akmasını sağlayarak bireyler açısından meydana gelebilecek tehlikeleri önlemektir.<sup>21</sup>

#### 4. Maddi Unsular

##### A. Fail

TCK m. 179/1 bakımından herkes fail olabilir.<sup>22</sup>

TCK m. 179/2 bakımından fail, aracı harekete geçiren, harekette tutan veya yönlendiren kişidir.<sup>23</sup> Bu nedenle, kanaatimizce, bizzat işlenebilen bir suç söz konusudur.<sup>24</sup> Zira tipik hareketin failin kendisi tarafından, doğrudan doğruya (kişisel olarak tek başına) gerçekleştirilmesi gerekir.<sup>25</sup> Failin illa aracın içinde bulunması gerekmez;<sup>26</sup> örneğin, aracın uzaktan kumanda edilmesi de mümkündür.

TCK m. 179/3 açısından (gerçek) özgü bir suç söz konusudur, zira ancak "alkol veya uyuşturucu madde etkisi" ya da "başka bir nedenle" emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olan kişi, fail olabilmektedir.<sup>27</sup> Bilindiği gibi, gerçek özgü suçlarda failin kişisel

---

düzeni ve güvenliğinin korunduğuna dair bkz. Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan,/Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt IV (Madde 147-204), Ankara 2010, s. 4961.

<sup>21</sup> Koca, s. 101; Çakmut, s. 775; Nur Centel, "Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179/3)", Rechtsbrücke/Hukuk Köprüsü, Sayı 2, 2012, s. 157; yine bkz. Çakmut, s. 778.

<sup>22</sup> Soyer Güleç, s. 169; Özbek ve diğerleri, Ceza Özel, s. 685; Centel, s. 158; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4961; Hafızoğulları/Özen, Özel Hükümler, s. 40; Kılıçarslan İsfen, s. 85.

<sup>23</sup> Çınar, Fasikül, s. 10; benzer Koca, s. 102. Kıyaslayınız Centel, s. 158 ve Çakmut, s. 776.

<sup>24</sup> Soyer Güleç, s. 169; Kılıçarslan İsfen, s. 83. Kıyaslayınız Arslan/Azizağaoğlu, s. 750; Parlar/Hatipoğlu, s. 1361.

<sup>25</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuk Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, 2014, s. 269; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 14. Baskı, Ankara, 2014, kn. 260; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, 2014, s. 106; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2015, s. 141.

<sup>26</sup> Koca, s. 102.

<sup>27</sup> Soyer Güleç, s. 169; Ali Rıza Çınar, "Ceza Yasasında Alkollü Araç Kullanma Suçu", V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu - "Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları", Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142, Ankara 2008, s. 664; Çınar, Fasikül, s. 8; Özbek ve diğerleri, Ceza Özel, s. 696; Centel, s. 158; Kılıçarslan İsfen,

(ve doğal) niteliği veya sıfatı suçun tipik bir unsurudur; bu vasfı taşımayanlarca suçun işlenmesi mümkün değildir.<sup>28</sup>

## B. Mağdur

Her üç fıkra açısından da, belirli veya belirlenebilir kişi(ler)in varlığı aranmamaktadır; zira suçun düzenlendiği Kısım'dan da anlaşılacağı üzere, yasaklanan davranışların genel olarak toplumu tehdit ettiği kabul edilmektedir.<sup>29</sup>

## C. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusundan kasıt, suçun üzerinde işlendiği, hareketin yöneldiği şey (kişi veya nesne) dir.<sup>30</sup> TCK m. 179 bakımından da suçun konusu, trafik düzeni veya güvenliğidir.

Suç ancak trafik düzeni içerisinde işlenebileceğine göre, öncelikle, her üç fıkra bakımından trafik kavramının anlamı açıklanmalıdır.<sup>31</sup> Bunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 2 ve 3'e göre belirlemek gerekir. Bu durumda, trafik, "*Yayaların, hayvanların ve araçların karayolları üzerindeki hal ve hareketleri*"ni, karayolu ise "*Trafik için, kamunun yararlanmasına açık olan arazi şeridi, köprüler ve alanlar*"ı ifade eder.<sup>32</sup>

Bu bakımdan, umuma açık olmayan yerlerde bu suç işlenemez.<sup>33</sup> Keza, sadece belirli kişilerin izin alarak girebileceği yerler (örneğin, iş-

s. 147. Kıyaslayınız Arslan/Azizağaoğlu, s. 750; Koca, s. 107; Çakmut, s. 76 ve Parlar/Hatipoğlu, s. 1361 (yazarlara göre herkes fail olabilir). Alman Hukukundaki benzer § 316 hükmünün bizzat işlenebilen suçlardan olduğuna dair bkz. Bernd Heinrich (ed. Yener Ünver); Ceza Hukuku Genel Kısım-I, Ankara, 2014, kn. 176.

<sup>28</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 268; Öztürk/Erdem, kn. 260; Hakeri, s. 140; Özbek ve diğerleri, s. 221; Koca/Üzülmez, s. 105-106.

<sup>29</sup> Çakmut, s. 775.

<sup>30</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Genel, s. 280; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Bası, İstanbul, 2014, s. 218; Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 18. Baskı, Ankara, 2012, s. 103; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, 2014, s. 540; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara, 2014, s. 206; Koca/Üzülmez, s. 169; Hakeri, s. 143; Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2012, s. 233; Zafer, s. 152.

<sup>31</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. Kılıçarslan İsfen, s. 79 vd.

<sup>32</sup> Banket ve kaldırımlar da bu kapsamdadır (Çınar, Sempozyum, s. 667).

<sup>33</sup> Koca, s. 102; Çınar, Sempozyum, s. 666-667; Soyer Güleç, s. 170; Kılıçarslan İsfen, s. 79.

yeri çalışanlarına özgü park alanı) bu kapsamda değildir.<sup>34</sup> Buna karşılık, orman, köy, tarla ve yayla yolları da, kamuya açık olmak kaydıyla, karayolu tanımına dâhildir.<sup>35</sup> Keza, dükkân ve alışveriş merkezleri gibi yerlere ait otoparklar da kamuya açık alan olarak kabul edilmelidir.<sup>36</sup>

## D. Fiil<sup>37</sup>

### I. TCK m. 179/1

TCK m. 179/1 bakımından fiil, 1) kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti “değiştirmek”, “kullanılamaz hâle getirmek”, “konuldukları yerden kaldırmak”, 2) “yanlış işaretler vermek”, 3) “geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koymak”, ya da 4) “teknik işletim sistemine müdahale etmek” olarak, seçimlik hareketler biçiminde sayılmıştır. Görüldüğü gibi, suçun hangi hareketlerle işlenebileceği hususunda kanuni tanımda bir özelleştirme yapıldığı için,<sup>38</sup> bağlı hareketli bir suç; kanuni tanımda gösterilen birden fazla hareketten herhangi birinin yapılmasıyla suç oluştuğu için,<sup>39</sup> seçimlik hareketli bir suç söz konusudur.<sup>40</sup> En önemlisi, bir somut tehlike suçu söz konusudur.<sup>41</sup> se-

<sup>34</sup> Çınar, Sempozyum, s. 667; Soyer Güleç, s. 176. Oysa, Alman Hukukunda bunlar da trafik alanı olarak kabul görmektedir (Kılıçarslan İsfen, s. 80).

<sup>35</sup> Çınar, Sempozyum, s. 667.

<sup>36</sup> Kılıçarslan İsfen, s. 79.

<sup>37</sup> TCK terminolosine uygun olarak (bkz. örneğin, m. 8/1, c. 2 ve m. 44), fiil kavramı “hareket” anlamında (bu yönde Özgenc, s. 159; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Genel, s. 213; Koca/Üzülmez, s. 80; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75) Ders Kitabı, 4. Bası, İstanbul, 2015, s. 180 vd.) kullanılmıştır. Kıyaslayınız Hakeri, s. 154; Özbek ve diğerleri, Ceza Genel, s. 222 vd. (“eylem”); Demirbaş, s. 213; Hafızoğulları/Özen, Ceza Genel, s. 194 (yazarlar, fiil (veya eylem) terimini hareketi de kapsayan bir üst kavram olarak kullanmaktadır). Yine bkz. ve kıyaslayınız Toroslu, s. 124 vd. (yazar, üst başlık olarak “davranış” terimini kullanmakta, icrai davranışa ise “hareket” demektedir).

<sup>38</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Genel, s. 242; Toroslu, s. 131; Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2014, s. 256; Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Genel, s. 246; Öztürk/Erden, kn. 284; Demirbaş, s. 221; Özgenc, s. 164; Hakeri, s. 163; Koca/Üzülmez, s. 114; Özbek ve diğerleri, Ceza Genel, s. 237; Zafer, s. 187.

<sup>39</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Genel, s. 232; İçel, s. 255; Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Genel, s. 246; Öztürk/Erden, kn. 305; Demirbaş, s. 222; Özgenc, s. 166; Hakeri, s. 163-164 (“seçenek hareketli suç”); Koca/Üzülmez, s. 115; Özbek ve diğerleri, Ceza Genel, s. 234; Zafer, s. 187.

<sup>40</sup> Soyer Güleç, s. 170; Özbek ve diğerleri, Ceza Özel, s. 686; Hafızoğulları/Özen, Özel Hükümler, s. 41.

<sup>41</sup> Soyer Güleç, s. 171; Parlar/Hatipoğlu, s. 1361; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4960, 4962;

çimlik hareketlerin “başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden” olması gerekir.<sup>42</sup>

İşareti “değiştirmek”, kanaatimizce, trafik güvenliğini aksatacak şekilde işaretin içeriğini farklılaştırmaktır. Örneğin, hız sınırını 60 km. olarak gösteren işarettaki 6 rakamını 8’e çevirmek gibi. İşareti “kullanılamaz hâle getirmek”, içeriğini anlaşılmasız şekle sokmaktır; örneğin, hız sınırını gösteren levhanın üstünü boyayarak okunmaz duruma getirmek gibi. İşaretleri “konuldukları yerden kaldırmak” ise işareti içeren levhayı bulunduğu yerden çıkarmaktır; illa bir yere alıp götürmeye gerek yoktur. Levhayı söküp bir kenara atmayı da bu kapsamda görmek mümkündür; kaldı ki, her durumda, böyle bir hareketi “kullanılamaz hâle getirmek” olarak da mütalaa etmek mümkündür.

Dikkat edilmelidir ki, sadece ulaşımın güvenli akışını sağlamak üzere konulan işaretlere yönelik müdahaleler suçtur. Bu bakımdan, örneğin, karayolu üzerinde yer alan ve yol üzerindeki tesislerin yerini, uzaklığını vb. gösteren veya çeşitli noktaların (örneğin, şehirlerin) istikametini gösteren işaretlere yönelik fiiller bu suç kapsamına girmez.<sup>43</sup> Bunlara yönelik müdahaleler, niteliğine göre, hırsızlık veya mala zarar verme suçu kapsamında değerlendirilebilir.

“Geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey” koymanın anlamı zaten açıktır; fakat şuna dikkat edilmelidir ki, kanunilik ilkesi gereği, yolun “bozularak” ulaşımın tehlikeye düşürülmesi m. 179/1 kapsamında değildir.<sup>44</sup> Böyle bir davranış bir zarara yol açarsa, duruma göre, taksirle/kasten yaralama veya öldürme (ve kastın varlığı durumunda, zarar oluşmasa bile teşebbüs) hükümlerine gidilebilir.

Yanlış işaret vermek ise mevzuatın gerektirdiğinin aksine bir işaret ile (el-kolla, sesle, ışıkla uyarı gibi) sürücülerini hatalı yönlendirmektir.<sup>45</sup> Bu bakımdan, kanaatimizce, inişe geçen uçakların kokpitine lazer tutmak bu fıkra kapsamına girmemektedir. Burada trafik bakımından

İsmail Malkoç, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1-187), 1. Cilt, Ankara, 2007, s. 1179; Kılıçarslan İsfen, s. 73.

<sup>42</sup> Bu bakımdan, tehlikenin “gerçekleşme olanağının doğması”nın yeterli olduğu yönündeki görüşte (Malkoç, s. 1180) isabet yoktur.

<sup>43</sup> Hafızoğulları/Özen, Özel Hükümler, s. 41.

<sup>44</sup> Malkoç, s. 1180.

<sup>45</sup> Benzer Hafızoğulları/Özen, Özel Hükümler, s. 41.

pilotu yönlendirici bir işaret söz konusu değildir. Böyle bir fiili, “Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Tarafından Verilecek **İdari Para Cezaları Hakkında Yönetmelik**”<sup>46</sup> kapsamında değerlendirmek gerekir. Yönetmeliğin Ek’inde belirlenen 51 no.lu kurala göre, “Uçuş emniyetini riske edecek şekilde hava araçlarına lazer tutmak, uçak haberleşmesine müdahale etmek veya benzer ihlâlerde bulunmak” 10.000 TL. idari para cezasını gerektirmektedir.

Yine, aracı sürmekte olan şoförün sinyalizasyon işaretlerini yanlış veya eksik kullanmak suretiyle tehlike yaratması ise (örneğin, işaret vermeden dönüş yapması), kastın tespiti durumunda, m. 179/2 kapsamına girecektir.

Teknik işletim sistemine müdahale etmek ise ulaşım araçlarının hareketini ve durmasını (veya yavaşlamasını) sağlayan sistemlerin işleyişini olumsuz yönde etkileyen fiillerdir.<sup>47</sup>

## II. TCK m. 179/2

TCK m. 179/f.2’de (ve f.3’te) kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım aracından bahsedilmektedir. Söz konusu araç, yük, hayvan ya da yolcu taşıyan, kamuya veya özel kişiye ait, motorlu veya motorsuz herhangi bir taşıttır.<sup>48</sup> Demek ki, aracın motorlu bir taşıt olması gerekmediğinden, örneğin, bisiklet ya da at arabası da hüküm kapsamındadır.<sup>49</sup> Buna karşılık, çocuk arabası, paten, kayak gibi araçların bu hüküm kapsamında olmadığı belirtilmektedir.<sup>50</sup> Öte yandan, “ulaşım” aracından bahsedilse de taşıtın mutlaka ulaşım amacına tahsis edilmiş olması gerekmez.<sup>51</sup>

TCK m. 179/2’de kanuni tanımda hareketten ayrı bir neticenin öngörülmüş olmaması, yani hareketin yapılmasıyla tipikliğin gerçek-

<sup>46</sup> Resmi Gazete Tarihi: 29.01.2013 Resmi Gazete Sayısı: 28543

<sup>47</sup> Benzer Parlar/Hatipoğlu, s. 1362; Çakmut, s. 780.

<sup>48</sup> Koca, s. 102; Soyer Güleç, s. 175; Çınar, Sempozyum, s. 669; Çınar, Fasikül, s. 10; Centel, s. 159; Kılıçarslan İfşen, s. 80.

<sup>49</sup> At arabasıyla bu suçun işlendiğinin tespit edildiği bir örnek için bkz. Yar.12.CD., 4.7.2013, 22578/18367.

<sup>50</sup> Çınar, Sempozyum, s. 670.

<sup>51</sup> Koca, s. 102.

leşmesi nedeniyle,<sup>52</sup> salt hareket suçu söz konusudur.<sup>53</sup> Ayrıca, serbest hareketli bir suçtur.

TCK m. 179/2 bakımından vurgulanması gereken en önemli husus, bir somut tehlike suçunun söz konusu olmasıdır.<sup>54</sup> Kanunda kullanılan, “ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli *olabilecek* şekilde sevk ve idare eden kişi” biçimindeki formülasyonun, hükümde bir somut tehlike suçunun söz konusu olduğunu ifade etmek açısından başarılı olmadığı belirtilmelidir.

Bilindiği gibi, somut tehlike suçlarında, söz konusu tehlike, gerçekleşmesinden korkulan belirli bir neticenin meydana gelmesi ihtimali olarak kabul edilmektedir ve hâkim tarafından, somut olayın şartları ışığında, böyle bir tehlikenin doğup doğmadığı tespit edilmelidir.<sup>55</sup>

Gereğince belirtildiği üzere, “Aracın sevk ve idaresinin salt trafik düzenine aykırılığı bu suçun oluşumuna neden olmayacaktır. Bu suçun oluşabilmesi için, aracın trafik düzenine aykırı olarak ve ayrıca kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde kullanılması gerekir”.

Yargıtay’ın vurguladığı üzere, “Ancak her kural ihlâlinin mutlaka kişiler bakımından tehlikeye neden olacağını söylemek de mümkün değildir. Bu durumda tehlikeye neden olma halinin somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir(...) Bu suçun oluşabilmesi için suç tanımında yer

<sup>52</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Genel, s. 247; Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Genel, s. 248 (“neticesi harekete bitişik suç”); Öztürk/Erdem, kn. 311; Demirbaş, s. 234 (“neticesiz/şekli suç”); Özgenç, s. 170; Hakeri, s. 177; Koca/Üzülmez, s. 120; Özbek ve diğerleri, Ceza Genel, s. 237 (“şekli suç/neticesi harekete bitişik suç”). Kıyaslayınız Zafer, s. 190 vd.

<sup>53</sup> Özbek ve diğerleri, Ceza Özel, s. 692; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4960-4961.

<sup>54</sup> Soyer Güleç, s. 171; Koca, s. 103; Parlar/Hatipoğlu, s. 1362; Özbek ve diğerleri, Ceza Özel, s. 692; Kılıçarslan İsfen, s. 73; Meran, s. 916. Aksi yönde Koray Doğan, “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtım Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:5, Sayı: 16, Ocak 2014, s. 202, dn. 124.

<sup>55</sup> Giovanni Fiandaca, Enzo Musco, *Diritto Penale Parte Generale*, Sesta edizione, Bologna, 2009, s. 203-204; Ferrando Mantovani, *Diritto Penale Parte Generale*, VII edizione, Padova, 2011, s. 210. Kıyaslayınız Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4963 (yazarların “Eylem potansiyel olarak bu tehlikeyi doğurmasına karşın o anda belirli bir kişi veya kişilere yönelik bir tehlike meydana gelmesi dahi” suçun oluşacağı yönündeki görüşlerine katılmıyoruz. Öyle olsaydı, soyut tehlike suçu söz konusu olurdu ve 2918 s. KTK’ya aykırılık ile TCK m. 279/2’nin ihlâlini ayırt etmek mümkün olmazdı.)

*alan eylemin gerçekleştirilmesi yeterli olmayıp, tehlikelilik halinin gerçekleşmesi ya da gerçekleşmesinin mümkün bulunması zorunludur. Bu nedenle her somut olay bakımından tehlikeye neden olma ögesinin varlığı aranmalıdır”<sup>56</sup>*

Örnek vermek gerekirse, hakkı olmadığı hâlde emniyet şeridini kullanmak, tek başına bu suçu oluşturmazken, bu şekilde hareket eden araçlar yüzünden şeridin tıkanması ve ambulansın geçememesi nedeniyle varması gereken noktaya gecikerek ulaşması durumunda, bu suç oluşur.

Öte yandan, doktrinde, sürücü belgesi geri alınmış veya iptal edilmiş kişinin araç kullanmasının mutlaka bu suçu oluşturacağı yönündeki görüşe<sup>57</sup> de katılmıyoruz.<sup>58</sup> Örneğin, alkollü araç kullandığı için ehliyeti süreli olarak geri alınan sürücünün bu süre esnasında her araç kullanmasının somut bir tehlike yarattığını bir varsayım olarak kabul etmek gerçekçi olmadığı gibi, ceza hukuku ilkelerine de uygun değildir. Böyle bir yaklaşımın “fail ceza hukuku” anlayışını yansıttığı görüşünderiz; zira geçmiş fiillerinden hareketle, failin tehlikeli kişilik yapısı kabul edilerek her araç kullandığında, bu yönde ayrıca bir araştırmaya gerek olmaksızın, tehlikeli şekilde hareket ettiği kabul edilmiş olmaktadır.

Bununla birlikte, İngiltere gibi bazı ülkelerde, ehliyetsiz araç kullanmak suretiyle ölüme sebebiyet verme şeklinde bağımsız bir suç tipine yer verildiği de belirtilmelidir.<sup>59</sup> İlginçtir ki, İngiltere’de bu suçtan sorumlu tutulmak için, aracın kullanılması ile meydana gelen ölüm

<sup>56</sup> Yar.CGK, 4.2.2014, 12-1566/32 (www.kazanci.com.tr). Yine bkz. “Olay tarihinde sanık hakkında trafik akışına ters yönde olacak şekilde araç kullandığı gerekçeyle trafik idari para cezası tutanağı düzenlenmiş ise de, sanığın seyir halinde bulunduğu yolun bölünmüş yol olup olmadığı, olay saati itibariyle yoğunluğun bulunup bulunmadığı, sanığın ters yönde ne kadar mesafe gittiği araştırılmamıştır. /Şu hâlde, olayda somut tehlike halinin oluşup oluşmadığının belirlenebilmesi için öncelikle tutanak tanıkları dinlenip olay yerinde keşif yapılarak, sanığın kolluk görevlilerince yakalandığı yolun bölünmüş yol olup olmadığı, yakalanma saati itibariyle yoğunluğun bulunup bulunmadığı, sanığın ters istikamette ne kadar mesafe gittiği ve bu yönde tehlike oluşturacak nitelikte tali yol ve kavşak olup olmadığı hususları tespit edilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumu takdir ve tayin edilmelidir.”, Yar.CGK., 11.2.2014, 12-1567/63 (www.kararara.com)

<sup>57</sup> Çakmut, s. 781; Kılıçarslan İsfen, s. 91.

<sup>58</sup> Benzer Malkoç, s. 1181; fakat kıyaslayınız s. 1185 vd.

<sup>59</sup> Cammiss/Cunningham, s. 17. 2008 Ağustos’ta yürürlüğe giren Road Safety Act ile değişik1988 tarihli Road Traffic Act section 3ZB.



neticesi arasında nedensellik bağının varlığı yeterlidir. Bu bakımdan, objektif sorumluluk örneği bir düzenlemedir. TCK m. 20 vd. hükümleri karşısında, bu türden bir yaklaşımın ülkemizde benimsenmesi mümkün değildir. Ayrıca, 24/5/2013 tarihli ve 6487 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle değişik KTK m. 36/3'te, ehliyetsiz sürücü için uygulanacak idari para cezası öngörülürken, KTK m. 48/5 ve 48/8'de alkol veya uyuşturucu kullanmış durumda yakalanmış sürücüyü dair düzenlemelerde yapılan aksine, TCK'ya bir yollama yapılmamıştır. Oysa kanunlaşmayan ve daha sonra değişen metinde, TCK m. 179/2'nin uygulanacağı açıkça belirtilmişti.<sup>60</sup>

Başka bir görüşe göre,<sup>61</sup> salt ehliyetsiz araç kullanmak bu suça yol açmaz; gerekli ehliyeti almamış failin, bir trafik kuralını ihlâl etmesi veya bir trafik kazasına neden olması durumunda suç oluşur. Bu önermenin ikinci kısmına, trafik güvenliğinin tehlikeye atıldığı bilinç ve iradesinin mevcudiyeti şartıyla, katılıyorum. Zira trafik kazasına "neden olan" kişiden kasıt, kusursuz olarak bir kazaya karışan değil, kendi kusurlu davranışıyla kazanın müsebbibi olanı ifade eder. Buna karşılık soyut kural ihlâlinin yeterli olmadığı kanaatindeyim: ehliyetsiz olarak araç kullanıp kırmızıda duran kişiyle (bu durumda, söz konusu görüşe göre suç oluşmayacak), ehliyetsiz olarak araç kullanıp boş yolda kırmızıda yavaşça geçerek kimseyi tehlikeye atmayan kişinin (bu durumda, söz konusu görüşe göre suç oluşacak) ceza hukuku açısından ayırt edilemeyeceği görüşündeyim. Böyle bir yaklaşım, suçun "somut tehlike suçu" yapısıyla uyuşmamaktadır.

Hatta, aynı görüş sahibi yazarlar,<sup>62</sup> trafik güvenliği bakımından tehlikeli görüldüğü için sürücü belgesi geri alınmış veya iptal edilmiş kişinin trafiğe çıkmasının başlı başına TCK m. 179/2'ye girdiği kanaatinde dirler. Bu mutlak tasnife de katılmak mümkün gözükmemektedir. Gerçekten, örneğin, otomobil kullanmayı beceremediği/başaramadığı için ehliyet alamayan kişiye nazaran; ehliyet alıp da, park kurallarına uymadığı için ceza puanı limitini doldurup ehliyeti iptal edilen kişiyi daha tehlikeli kabul etmenin bir nedeni yoktur. Oysa anılan görüşe göre ilk durumda suç oluşmayacak, ikincisinde ise oluşacaktır.

<sup>60</sup> Malkoç, s. 1188.

<sup>61</sup> Parlar/Hatipoğlu, s. 1362; Çakmut, s. 781.

<sup>62</sup> Parlar/Hatipoğlu, s. 1362.

Bu bakımdan, kanaatim, gerek ehliyeti olmayan<sup>63</sup> gerekse geri alınmış olan sürücü bakımından, TCK m. 179/2'nin uygulanması için, başkasının hayat, sağlık veya malvarlığını somut olayda tehlikeye düşürücü davranışının varlığı kanıtlanmalıdır. Keza, anılan yazarlar da suçun "somut tehlike" suçu olduğu konusunda hemfikirdir. Oysa ehliyetsiz olarak araç kullanma şeklindeki tipik hareketin başlı başına bir tehlike arz etmesi nedeniyle cezalandırılması gerektiği görüşü, TCK m. 179/2'yi, ehliyeti olmayanlar veya geri alınanlar bakımından bir soyut tehlike suçuna çevirir.

TCK m. 179/2'nin gerekçesine göre *"Bu suç ayrıca, trafik güvenliği için öngörülmuş bakım ve onarımlar yapılmadan aracın trafiğe çıkarılması hâlinde de işlenebilir. Ancak bunun için ayrıca, gerekli bakım ve onarımı yapılmamış aracın trafiğe çıkarılması suretiyle kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından bir tehlikeye neden olunması gerekir."*<sup>64</sup>

Bu açıklamalara göre, gerekli onarım ve bakım yapılmış olsaydı, meydana gelmeyecek olan bir tehlike, bu husustaki ihmal sonucunda doğmuş olmalıdır. Aksi takdirde, ihmali davranış ile meydana gelen tehlike arasında nedensellik bağının varlığından söz edilemez. Kanaatimizce, gerekli kontrollerin yapılması durumunda tehlikeyi doğuran olayın (örneğin, lastik patlaması nedeniyle kazanın) meydana gelmeme ihtimalinin, gelme ihtimalinden fazla olması yeterli değildir; ihmalin gösterilmemiş olması durumunda, tehlikenin meydana gelmeyeceğinin "kesine yakın veya yüksek ihtimalle" tespit edilebilmiş olması aranmalıdır.<sup>65</sup> İhmali davranışta nedenselliğin tespiti varsayımsal bir yargıya bağlı olduğundan, mutlak bir kesinlik aranamaz.<sup>66</sup> Zira burada gerçek ve fizik kanunları anlamında bir nedensellikten ziyade onun "normatif bir eşdeğeri", yani varsayıma bağlı bir değerlendirme söz konusudur.<sup>67</sup>

<sup>63</sup> Yar.12.CD., 24.1.2012, 6135/1013 (aktaran Kılıçarslan İsfen, s. 90, dn. 111).

<sup>64</sup> Kıyaslayınız Çakmut, s. 780 (yazara göre, suçun bu şekilde işlenmesi mümkün değildir).

<sup>65</sup> Mantovani, s. 155; Fiandaca/Musco, s. 602. Sadece "kesine yakın", yani yüze yakın bir yüzdesel ihtimale tekabül eden nedensel ilişkinin şart olduğu görüşü için bkz. Stefano Canestrari/Luigi Cornacchia /Giulio De Simone, Manuale di Diritto Penale - Parte Generale, Bologna, 2007, s. 366. Alman öğretisinde de baskın görüşün bu yönde olduğuna dair bkz. Öztürk/Erdem, kn. 301. Yine bkz. Zafer, s. 215.

<sup>66</sup> Fiandaca/Musco, s. 601.

<sup>67</sup> Canestrari/Cornacchia/De Simone, s. 365.

Ne var ki TCK'nın genel hükümlerinde ihmali davranışın cezalandırılacağına dair bir hükme yer verilmemesi ve bu konuda açıklık olan diğer bazı suç tiplerinin aksine, TCK m. 179/2'nin ihmali davranışla da işlenebileceğinin hükümde belirtilmemesi karşısında; gerekçedeki bu açıklamaya rağmen, ihmali davranışın bu fıkra kapsamında ele alınmasının kanunilik ilkesine uygunluğu tartışmalıdır.<sup>68</sup> İhmali davranışın cezalandırılabilirliği bakımından, doktrindeki çoğunluk görüşünün, olumsuz yönde olduğu söylenmelidir.<sup>69</sup>

Ayrıca, diğer bir tartışmalı husus da bakım ve onarım konusundaki ihmalin, suçun fiil unsurunu oluşturan "sevk ve idare" kavramları kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.<sup>70</sup> Kanaatimizce, TCK m. 2/3 hükmü karşısında, buna olumsuz cevap vermek gerekir. Şayet bu görüş benimsenirse, gerekçede yer verilen örneğin m. 179/2 kapsamına girmediğini kabul etmek gerekecektir.<sup>71</sup>

Her durumda, aksi kabul edilse bile, yasaklanmış olan fiilin, gerekli bakım ve onarımların salt ihmal edilmiş olması değil (zaten bu durumda, çoğu zaman kasttan ziyade taksirden bahsetmek gerekirdi); bu durumun bilincinde olarak aracın kullanılması, yani "sevk ve idare" edilmesi olduğu da vurgulanmalıdır.

### III. TCK m. 179/3

TCK m. 179/3'te bağlı hareketli<sup>72</sup> bir soyut tehlike suçu düzenlenmiştir.<sup>73</sup> Bilindiği üzere, soyut tehlike suçlarında, tecrübe kurallarına

<sup>68</sup> Özgenç, s. 222. Bu sorunsal hakkında geniş bilgi için bkz. Mehmet Nihat Kanbur, "Türk Ceza Kanununda Mevcut Hükümler Çerçevesinde İhmal Suretiyle İcra Suçlarına İlişkin Sorunlar Üzerine Değerlendirmeler", *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı: 18, Nisan 2012, s. 42 vd. Bu konuda açıklık olmayan suç tiplerinde ihmali hareketin cezalandırılmayacağına dair bkz. örneğin, Öztürk/Erdem, kn. 303; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Genel*, s. 237; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 11. Baskı, Ankara, 2014, s. 89; kısmen farklı gerekçeyle aynı yönde Hakeri, s. 171-172; Koca/Üzülmez, s. 370-371. 5237 sayılı TCK döneminde doktrinin konuya yaklaşımı için bkz. Kanbur, s. 49 vd: yazar, ihmali davranışın genel olarak cezalandırılmayacağına dair kanunkoyucunun bilinçli bir tavrı olmadığı ve yapısına uygun düştüğü durumda, her suçun ihmalen işlenebileceği kanaatindedir (age, s. 62, 65).

<sup>69</sup> Özbek ve diğerleri, *Ceza Genel*, s. 530.

<sup>70</sup> Bu husustaki eleştiri için bkz. Soyer Güleç, s. 172.

<sup>71</sup> Bkz. bu yönde Donay, s. 267.

<sup>72</sup> Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 4961.

<sup>73</sup> Soyer Güleç, s. 172; Koca, s. 106; Özbek ve diğerleri, *Ceza Özel*, s. 700; Çınar, Fa-

istinaden, belirli bir davranışın beraberinde bir tehlikeyi getirdiği varsayılır; bu bakımdan, tipik davranışın varlığı tespit edildikten sonra, hâkimin, böyle bir tehlikenin somut olayda gerçekten doğup doğmadığını tespit etmesi gerekmez.<sup>74</sup> TCK m. 179/3 açısından da, başkalarının hayat, sağlık veya malvarlığı bakımından somut bir tehlike doğmuş olması şart değildir.<sup>75</sup>

Ayrıca, kesintisiz bir suç söz konusudur.<sup>76</sup> Bilindiği gibi, bu tür suçlarda, tipik hareketin yapılmasıyla suç tamamlanır, ancak sona ermez (bitmez).<sup>77</sup> Burada da aracın kullanılmasıyla suç tamamlanır; kullanmanın bırakılmasıyla da suç sona erer.

Vurgulanması gereken husus, suçun oluşması için alkol veya uyuşturucu maddenin sırf kullanılmış olmasının her zaman yeterli olmadığıdır.<sup>78</sup> Yargıtay'ın da vurguladığı ve madde gerekçesinde ifade edildiği üzere, kişinin emniyetli şekilde araç kullanamayacak durumda olduğunun her somut olayda saptanması zorunludur.<sup>79</sup> Bu nedenle,

---

sikül, s. 8; Çakmut, s. 782; Centel, s. 158; Kılıçarslan İsfen, s. 73. Aynı yönde Yar. 2.CD., 8.2.2010, 1915/2968 (aktaran Çınar, Fasikül, s. 8). Alman Hukuku bakımından aynı yönde Heinrich, kn. 164. Somut tehlike suçunun düzenlendiğine dair hatalı görüş için bkz. Malkoç, s. 1189; Parlar/Hatipoğlu, s. 1362.

<sup>74</sup> Fiandaca/Musco, s. 204; Mantovani, s. 210.

<sup>75</sup> "Oluş ve dosya içeriğine göre, Sanığın olay günü alkollü olarak cadde üzerindeki taksi durağında park halinde duran ticari taksiyi, sahibinden habersiz çalıştırıp yola çıktığı, Sıtkıpaşa caddesine dönüş yapmak istediği sırada yaya kaldırımına çarptıktan sonra direksiyonu toplayarak aynı caddeyi takiben, Yılmaz Akpınar bulvarına doğru seyir halinde iken trafiğe kapalı ve yol yapımının devam ettiği olay mahallinde aracın ön tampon ve çamurluk kısmıyla asfalt yığına çarpıp bunların üzerinden ilerdeki kum yığınının üzerine çıkarak tek taraflı kazaya sebebiyet verdiği olayda, alınan doktor raporunda sanığın orta derecede alkollü olduğunun belirtilmesi ve trafik görevlileri tarafından tutulan 15.11.2005 tarihli tutanağa göre alkolün etkisiyle güvenli sürüş melekelerini kaybetmiş ve emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olmasına rağmen araç kullanıldığının tespit edildiğinin belirtilmesi karşısında sanığa atılı trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçunun unsurları itibarıyla oluştuğu gözetilmeden, mahkumiyeti yerine, yolun trafiğe kapalı olması nedeniyle trafiğin güvenliğinin tehlikeye düşürülmesinden bahsedilemeyeceği ve sanığın kendisinin yaralandığı olayda, kast veya olası kastın oluşmayacağı şeklindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçelerle beraatine karar verilmesi" (bozmayı gerektirmiştir), Yar.2.CD., 21.3.2011, 38665/5696.

<sup>76</sup> Soyer Güleç, s. 172.

<sup>77</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Genel, s. 243; Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Genel, s. 252; Özbek ve diğerleri, Ceza Genel, s. 240; Koca/Üzülmez, s. 116.

<sup>78</sup> Çınar, Sempozyum, s. 672; Parlar/Hatipoğlu, s. 1363.

<sup>79</sup> Yar.CGK, 22.5.2007, 2-103/111: "Görüldüğü gibi, dosya kapsamından sanığın al-

failin alkol oranını tespit eden tutanağın varlığı ve bu durumda iken başka trafik kurallarını da ayrıca ihlâl ettiğinin (örneğin, hız sınırını aşmış olduğunun) tespiti, faili cezalandırmak için yeterli değildir. Fakat hemen aşağıda, ayrıca da muhakemeye dair hususları ele alırken göreceğimiz üzere, alkol madde etkisi bakımından, belirli sınırın aşılması durumunda mutlak bir karine kabul edilmiştir.

Güvenli şekilde araç sevk ve idare edememe durumu, “alkol” veya “uyuşturucu madde” etkisi ya da “başka bir neden”den kaynaklanabilir.

Alkol kavramıyla içkilerde yer alan “etil alkol” kast edilmiş olup bu kavramı daha fazla açıklamaya gerek yoktur.

Uyuşturucu madde ise TCK m. 188 vd.na paralel olarak, uyarıcı maddeleri de içerir.<sup>80</sup> Buna karşılık, Almanya’da birçok sakinleştirici ve ağrı dindiricinin de bu kapsamda görüldüğü; kas gevşetici veya mide, bağırsak veya kalp ilaçları gibi reaksiyon azaltıcı ilaçların ise kapsam dışı tutulduğu belirtilmektedir.<sup>81</sup> Kanaatimce, TCK m. 179/3 açısından bu tür ilaçların kullanımı “başka bir nedenle” ibareleri kapsamında değerlendirilmelidir.

“Başka bir neden” ise failden kaynaklanan<sup>82</sup> ve onun güvenli şekilde araç sevk ve idare etmesine engel her türlü durumdur.<sup>83</sup> Gerekçede,

---

kollü olarak araç kullandığı sabit ise de, emniyetli bir şekilde araç kullanamayacağına ilişkin herhangi bir bilgi veya belge bulunmamaktadır. Her ne kadar olay tutanağında sanığın süratli bir şekilde araç kullandığı belirtilmişse de süratinin ne olduğu konusunda somut bir bilgi veya belge bulunmadığı gibi, olay yerine çağırılan trafik görevlilerince sanık hakkında yalnızca alkollü araç kullanmak ve araçta yaptırdığı değişikliği tescil ettirmeden araç kullanmak eylemleri nedeniyle idari yaptırım uygulanmış, süratli araç kullanmak ile ilgili bir işlem yapılmamıştır. Akabinde hastaneye götürülen sanığın, ileri derecede alkollü olduğuna ilişkin rapor düzenlenmiş, ancak emniyetli bir şekilde araç kullanamayacak hâlde olduğuna ilişkin olarak uzman hekim tarafından verilmiş bir rapor da bulunmamaktadır. O hâlde, sanığın yalnızca alkollü araç kullanması nedeniyle TCY’nin 179/3. maddesi uyarınca cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır”. Fakat bu yaklaşımın suçu “somut tehlike suçu”na çevirdiği yönündeki görüşe (Çakmut, s 783) katılmıyoruz (aynı yönde eleştiri için bkz. Kılıçarslan İsfen, s. 98).

<sup>80</sup> Bu maddelerin tasnifi için bkz. Özbek ve diğerleri, Ceza Özel, s. 740-741.

<sup>81</sup> Heinz Schöh (çev. Hakeri, Hakan), “Trafikte Alkol, Uyuşturucu Madde ve İlaç”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi - 6, Trafik ve Ceza Hukuku, Ankara, 2006, s. 48

<sup>82</sup> Soyer Güleç, s. 173; Özbek ve diğerleri, Ceza Özel, s. 699.

<sup>83</sup> Bu ibarelerin değerlendirilmesinin subjektif olduğuna dair eleştiri için bkz. Ars-

uzun süre araç kullanmak dolayısıyla yorgun ve uykusuz olan kişilerin araç kullanmaya devam etmesi buna örnek olarak gösterilmiştir.<sup>84</sup> Failin aşırı cüret veya heyecan peşinde olması nedeniyle tehlikeli manevralar yapması, m. 179/3 değil, m. 179/2 kapsamında değerlendirilir.

Emniyetli şekilde araç idare ve sevk edemeyecek durum ise failin, aracıyla yolda uzun süre yol almaya ve yolda karşılaşılabileceği, trafiğe özgü ani ve güç sorunların üstesinden gelmeye artık muktedir olmayan bir şoför düzeyine inmiş olmasıdır.<sup>85</sup>

Böyle olunca, vaktinde ehliyet almış olan; fakat aradan geçen zamanda bazı duyularında meydana gelen önemli zayıflamalara rağmen araç sürmeye devam eden kişiler de, kanaatimizce, bu kapsamdadır. Zira hastalık veya uykusuzluk gibi durumların bu kapsamda değerlendirilirken, duyularında sürekli bir işlev azalması meydana gelmiş olanların kapsam dışı tutulması mantıklı olmayacaktır. Elbette, bu tür durumlarda, kastın tespiti sorun arz edebilir. Fail, hem duyudaki işlev veya yetenek (refleks gibi) kaybının bilincinde olmalı hem de bu durumda araç kullanmasının arz ettiği tehlikeyi bilmelidir.

Acaba ehliyeti olmamasına ve araç kullanmayı iyi bilmemesine rağmen otomobil kullanmaya kalkan kişi m. 179/3'teki suçu işlemiş midir? Aslında, madde lafzı, normalde araç kullanmak için gerekli ehliyet ve fiili olarak da yeterliliğe sahip kişinin, geçici bir nedenle bunu yapamayacak duruma gelmesini düzenler gibi gözükmektedir. Yine de, kanaatimizce, "başka bir nedenle" ibaresini, ehliyetsiz ve düzgün araç kullanamayan kişiyi kapsar şekilde yorumlamak mümkündür. Fakat bir somut tehlike suçu söz konusu olduğundan, sadece ehliyetsiz olmanın TCK m. 179/3'teki (veya f. 2'deki) suçu oluşturmayacağına dikkat etmek gerekir.<sup>86</sup> Buna dair çeşitli ihtimalleri, yukarıda, m. 179/2'nin fiil unsuru kapsamında tartışmıştık. Öte yandan, yasal bir şekilde ehliyet

lan/ Azizağaoğlu, s. 751.

<sup>84</sup> Ateşli hastalık halinin bu kapsamda olabileceğine dair bkz. Centel, s. 159. Benzer yönde Donay, s. 267 (yazar, genel olarak "hastalık"tan bahsetmekteidr).

<sup>85</sup> Çınar, Fasikül, s. 814; Christian Fahl (çev. Çakmut Yenerer, Özlem ), "Alman Ceza Kanunu Prg. 316: Bisiklet Sürücülerinin Araç Kullanamama - Ehliyetsizlik Hali, Trafikte Alkol, Uyuşturucu Madde ve İlaç", Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi - 6, Trafik ve Ceza Hukuku, Ankara, 2006, s. 106.

<sup>86</sup> TCK m. 179/2 açısından bu yönde Yar.12.CD., 24.1.2012, 6135/1013 (aktaran Kılıçarslan İsfen, s. 90, dn. 111).



almış olmasına rağmen düzgün araba kullanamayan kişiyi ise bu kapsamda görmemek gerekir. Kendisine verilen ehliyet, sürücünün kendi sürüş kabiliyetine dair sübjektif değerlendirmesi ne olursa olsun; objektif olarak bu yeterliliği haiz görüldüğünün resmi ispatıdır. Böyle bir sürücünün eylemini tipik bir haksızlık olarak görmek mümkün olmadığı gibi, haksızlık bilincinin (m. 30/4) olduğunu da söylemek olanaklı gözükmemektedir. Bunun istisnası, yukarıda izah ettiğimiz, zamanla meydana gelen duyu ve işlev azalması veya kaybı durumudur.

Alkol etkisi bakımından, KTK'nın uygulanmasına dair Yönetmelikte idari para cezası tatbiki için öngörülen limit (0,50 promil)<sup>87</sup> (Yönetmelik m. 97), TCK m. 179/3'ün uygulanması açısından belirleyici değildir.<sup>88</sup> Yargıtay uygulamasında, alkollü yakalanan sürücünün alkol testinde çıkan promil oranına göre ayırım yapılmaktadır. Promil oranı 1,00'ün üstündeyse, m. 179/3'teki suçun oluştuğu kabul edilmektedir;<sup>89</sup> güvenli sürüş yeteneğinin kaybedildiğini gösteren, dışa yansıyan bulgular ayrıca aranmamaktadır. Bu doğrultuda, KTK m. 48/6'ya da, 1,00 promilin üzerinde alkollü olan sürücülere TCK m. 179/3'ün uygulanacağına dair hüküm eklenmiştir.<sup>90</sup> Mahkûmiyet için alkol oranının tespiti yeterli olacak, ayrıca hiçbir inceleme (ve bu arada Adli Tıp raporu) gerekmeyecektir.

Belirtelim ki, alkol testi sonucu 1,00 promilin üstünde çıkan sürücünün "emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek" durumda olduğunun mutlak bir karine olarak kabulünü<sup>91</sup> ceza hukuku ilkeleriyle bağdaşmak zor gözükmemektedir.

<sup>87</sup> Medyada ve hatta Yargıtay kararlarında bu miktar "50 promil" olarak belirtilse de, aslında doğrusu "0,50" promildir. Bunun anlamı ise 100 cc kanda %0,5 oranında etil alkol bulunmasıdır. ABD ve İngiltere'de bu oran "BAC" (blood alcohol concentration - kanda alkol yoğunluğu) kısaltmasıyla belirtilmekte ve 0,50 promil, "0.05 BAC"a tekabül etmektedir.

<sup>88</sup> Çınar, Fasikül, s. 11; Çınar, Sempozyum, s. 674; Çakmut, s. 782; Centel, s. 160; Meran, s. 918; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4966. Aksi yönde Koca, s. 109; Malkoç, s. 1183.

<sup>89</sup> Fakat bu oranın motorlu taşıta ilişkin yerleşik içtihatla kabul edildiğine dikkat edilmelidir. Örneğin, Almanya'da, bisiklet için daha yüksek bir oran (1,6) aranmaktadır (Çınar, Fasikül, s. 14; Fahl (çev. Çakmut), s. 107).

<sup>90</sup> 4/5/2013 tarihli ve 6487 sayılı Kanun'un 19. maddesi.

<sup>91</sup> Bu şekilde, içtihat yoluyla, "varsayılan tehlike suçu" (reati di pericolo presunto) yaratılmıştır. Doktrininde, bu tür tehlike suçuna, soyut ve somut tehlike suçlarının yanında, üçüncü bir kategori olarak yer verilmektedir (Mantovani, s. 210). Bu tür suçlarda, belirli bir davranışta mündemiç bir tehlike söz konusu olmasa da, hukuk bunun varlığını kabul eder; bu bakımdan, bu tehlikenin somut olayda var olmadığını ispat etmek de mümkün olmaz (age, s. 211).



Bir yandan, bilimsel çalışmalar, sürücülerin kullanabileceği azami alkol miktarını düşürmenin, alkollü sürücülerin karıştığı ölümlü kaza oranlarını azaltmakta etkin olduğunu kanıtlamıştır.<sup>92</sup> Hatta 21 yaşın altındaki gençler bakımından “sıfır tolerans” politikası uygulanmasının etkili olduğunu gösteren çalışmalar mevcuttur.<sup>93</sup> Fakat KTK açısından öngörülen limit ayrı, belirli limiti aşanların otomatikman ceza yaptırımına tâbi olması başkadır. Zira her insan açısından ve her zaman, emniyetli sürüş kabiliyetinin *kaybedildiğini* içtihat yoluyla kabul etmek için, alkol oranı 1,00 promilin üstünde olan *hiçbir* insanın *hiçbir zaman* güvenli araç süremediğinin mutlak bir bilimsel gerçek olarak kanıtlanmış olması gerekir. Oysa, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu’na göre, bu durumdaki sürücülerin “bireysel farklılıkları ortadan kaldıracabilecek ölçüde alkollü olduğunu ve bu seviyede alkol tesiri altındaki sürücülerin hemen tümünün emniyetli sürüş yeteneğinin olumsuz olarak etkilendiğinin kabulü” gerekmektedir.<sup>94</sup> Görüldüğü gibi, *argumentum a contrario*, sürüş yeteneği olumsuz etkilenmeyen sürücüler de olabilmektedir, zira sürücülerin “hemen tümü”nden bahsedilmektedir. Kaldı ki, “olumsuz etkilenme” ile “emniyetli süremeyecek durumda olmak” da farklı kavramlar olsa gerek. Yargıtay’da Adli Bilimciler Derneği’nce gerçekleştirilen çalıştayın sonuç raporunda da,<sup>95</sup> kandaki alkol miktarının kişi davranışlarına ve sürüş güvenliğine etkisine dair birçok değişik sınıflandırma yapıldığı görülmektedir; fakat, alkol oranı 1,00 promilin üstünde çıkan herkesin, *istisnasız ve mutlak olarak* güvenli araç kullanmasının olanaksız olduğuna dair bir *veriye* işaret edilmemektedir; sadece sonuç kısmında böyle bir limit uygulanması konusundaki *değerlendirme* aktarılmaktadır. Keza, Alman

<sup>92</sup> Bkz. örneğin, James C. Fell & Robert B. Voas, “The effectiveness of reducing illegal blood alcohol concentration (BAC) limits for driving: Evidence for lowering the limit to .05 BAC”, *Journal of Safety Research*, Vol. 37 (2006), s. 233-243; Alexander C. Wagenaar, Mildred M. Maldonado-Molina, Linan Ma, Amy L. Tobler & Kelli A. Komro, “Effects of Legal BAC Limits on Fatal Crash Involvement: Analyses of 28 States from 1976 through 2002”, *Journal of Safety Research* Vol. 38 (2007), s. 493-499.

<sup>93</sup> Raymond C. Pecka/Michael A. Gebers/Robert B. Voas/Eduardo Romano, “The relationship between blood alcohol concentration (BAC), age, and crash risk”, *Journal of Safety Research*, Vol. 39 (2008), s. 317-318.

<sup>94</sup> Faruk Aşçıoğlu/Belkıs Yapar/Aliye Tütüncüler/Ahmet Belce, “Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu Açısından Alkol”, *Adli Tıp Dergisi* 2009; 23(3), s. 15.

<sup>95</sup> Bkz. “Türk Ceza Yasasına Göre Alkollü Araç Kullanmanın Güvenli Sürüş Yeteneğine Etkileri Çalıştayı” Sonuç Bildirgesi, özellikle s. 10. Kıyaslayınız Soyer Güleç, s. 176.

Yargıtay'ının da 1,1 promilin üstü bakımından sürücünün "mutlak elverişsizliği"ni kabul ettiğini<sup>96</sup> hatırlatmak gerekir.

Oranın 0,30 ile 1,00 promil arasında olması durumunda ise, somut olaydaki sürücünün kişisel durumuna bakılmaktadır: *"Alkol ve uyuşturucu maddenin sırf kullanılmış olması bu suçun oluşması için yeterli olmakla birlikte Adli Tıp Kurumu Beşinci İhtisas Kurulu raporlarında istikrarlı bir şekilde vurgulandığı üzere; alkollü bir şekilde trafikte seyreden bir sürücünün alkol konsantrasyonu hangi seviyede olursa olsun bireysel farklılıklar göstermekle birlikte trafik güvenliği açısından değişen derecelerde risk oluşturabileceği, ancak bu durumun tehlike arz edecek düzeyde olup olmadığı, dolayısıyla sürücünün tesiri altında bulunduğu alkol seviyesinde araç kullanması halinde, güvenli sürüş yeteneğini kaybedip etmediği, bireyin o andaki sürüş ehliyetini belirleyebilecek dikkat, algı, denge, refleks, psikomotor ve nöromotor koordinasyon gibi nörolojik, nistagmus, akomadasyon, görme gibi oftalmolojik ve genel durumunun tespitine yönelik detaylı dahili muayenesine yönelik tıbbi verilerin değerlendirilmesi ile mümkün olabileceği, ancak böyle bir tespit yapılmamış olsa bile bireysel farklılıkları da elimine edebilecek şekilde 100 promilden yüksek olarak saptanan alkol düzeyinin, güvenli sürüş yeteneğini kaybettireceğinin, bilimsel olarak kabulü gerektiği anlaşılmalı (...); 104 promil alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücü belgesiz sanığın, güvenli sürüş yeteneğini kaybettiği ve dolayısıyla atılı suçtan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği..."*<sup>97</sup> Bu açıdan, Alman uygulamasında olduğu gibi, sürüş yeteneği bakımından "mutlak-nispi" elverişsizlik veya yetenek kaybı ayrımı yapıldığı söylenebilir.<sup>98</sup>

Bu bakımdan, alkol oranı 1.00'in altında olan sürücü açısından, sanığın güvenli sürüş yeteneğini kaybettiğine dair dışa yansıyan bulguların varlığı gereklidir. Yargıtay, ilk derece mahkemesinin, tespit edilen alkolün, güvenli araç kullanımına olumsuz etkilerini gerekçelendirmesini aramaktadır.<sup>99</sup> Hattâ alkol oranı ne denli düşükse, emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edilemediğine dair, dışa yansıyan

<sup>96</sup> Almanya bakımından şu an için öngörülen oran (1,1), 1966'ya kadar 1,5, 1990'a kadarsa 1,3'tü (Schöh (çev. Hakeri), s. 48).

<sup>97</sup> Yar.12.CD., 23.2.2012, 12992/5144.

<sup>98</sup> Kılıçarslan İsfen, s. 113.

<sup>99</sup> Çınar, Fasikül, s. 13.

belirtiler o denli fazla ve kesin olmalıdır.<sup>100</sup> Bu konuda, tanık beyanı, trafik tutanağında yer alan tespitler, olay sırasındaki görüntü kayıtları gibi delillere başvurulabilir.<sup>101</sup> Adli Tıp Kurumu, 31-100 mg/dL kan alkol seviyesinde olan (alkol testi sonucu 31-100 promil çıkan sürücüler için), ancak ivedilikle yapılacak detaylı hekim muayenesi sonucunda güvenli sürüş yeteneğinin kaybedilip kaybedilmediğinin tespit edilebileceği kanaatinde dir.<sup>102</sup>

Yukarıda söylenenlerden anlaşılacağı üzere, tespit edilen alkol 0,30 promilin altında ise, emniyetli sürüş yeteneğinin kaybedilip edilmediğine dair araştırma ve muayene yapmaya gerek yoktur. Buna karşılık, alkol düzeyi bunun altında olan sürücünün yine de emniyetli sürüş yeteneğini kaybettiğinden şüphelenen polis, buna ilişkin gerekli tetkikleri yaparak bunları izah eden bir tutanak düzenlemişse, yine de bu suçtan mahkûmiyet söz konusu olabilir.<sup>103</sup> Zira bu oranın altındaki alkol oranının etkisi kişiden kişiye değişmektedir; bu bakımdan, bazı kişileri, somut olayda güvenli araç kullanamayacak duruma sokmuş olması mümkündür.

İstisnaen, alkol oranı ölçümü yapılamadığı durumlarda da m. 179/3'teki suçtan mahkûmiyet kurmak mümkündür.<sup>104</sup> Örneğin, aşırı sarhoşluğu nedeniyle araç kullanırken sızmış olan veya ayakta duramayan ve bu nedenlerle alkol ölçümü yapılamayan sürücü açısından m. 179/3'teki suçun oluştuğunu kabul etmek gerekecektir. Yargıtay kararları da bu yöndedir.<sup>105</sup>

<sup>100</sup> Soyer Güleç, s. 177; Kılıçarslan İsfen, s. 114.

<sup>101</sup> Centel, s. 160. "(...)özellikle olay Teslim ve Tesellüm Tutanağını düzenleyen za-bit müzmileri ve alkol kontrolünü yapan görevliler dinlenerek sonuca göre sanığın hukuki durumunun tayin ve taktiri gerekirken eksik inceleme ve yasal olmayan gerekçe ile yazılı şekilde sanığın mahkumiyetine karar verilmesi" gerekir, Yar.2.CD., 18.10.2006, 2656/16946.

<sup>102</sup> Aşıcıoğlu/Yapar/Tütüncüler/Belce, s.15.

<sup>103</sup> Benzer Özbek ve diğerleri, Ceza Özel, s. 697 (yazarlara göre, "ne oranda olursa olsun" alkollü araç kullanılması bu suçu oluşturabilir).

<sup>104</sup> Çınar, Sempozyum, s. 694; Kılıçarslan İsfen, s. 114.

<sup>105</sup> "... görgü ve tespit tutanağıyla sanığın ayakta duramayacak kadar alkollü olup, bu sebeple alkol ölçümü yapılamadığının tespit edildiği, sanığın almış olduğu alkolün etkisiyle kaza yaptığını dair savunması, tanıklar B. Ş., S. G.'ün beyanları ve tüm dosya kapsamından atılı suç sübut bulduğu görgü ve tespit tutanağıyla sanığın ayakta duramayacak kadar alkollü olup, bu sebeple alkol ölçümü yapılamadığının tespit edildiği, sanığın almış olduğu alkolün etkisiyle kaza yaptığını dair savunması, tanıklar B. Ş., S. G.'ün beyanları ve tüm dosya kapsamından atılı

Buna karşılık, TCK m. 179/3'te araç "kullanan" kişi denildiği için, salt sürücü koltuğuna geçmek veya motorun çalıştırılması suçun oluşmasına yeterli olmayacaktır.<sup>106</sup> Bu tür davranışları, cezalandırılmayan hazırlık hareketi olarak kabul etmek gerekir.

## 5. Hukuka Aykırılık

Suç tipinin yapısı itibariyle, ilgilinin rızası kurumuna başvurmak mümkün değildir. Suçun mağduru genel olarak toplum olduğundan, m. 179/f.1 ve f.2'deki davranışın gerçekleştirilmesiyle hayatı, sağlığı veya malvarlığı zarara uğrayan kişinin/kişilerin rızası, fiili hukuka uygun kılmaz.<sup>107</sup>

## 6. Manevi Unsurlar

TCK m. 179'un her üç fıkrası bakımından, suç tipi ancak kasten işlenebilir.<sup>108</sup> TCK m. 179/f.1 ve f. 2 ile TCK m. 180'i ayırt eden temel unsur da budur.

TCK m. 179'daki her üç suç tipi açısından da, manevi unsur olarak saik veya amaca yer verilmemiştir.

---

suç sübut bulduğu hâlde...", Yar.12.CD., 4.6.2013, 22052/15150 (www.kazanci.com.tr). Yine bkz. "... sanığın yönetimindeki otomobille seyir halindeyken, yol onarım ve yapım çalışması nedeniyle yolun açılmasını bekleyen otomobillere ve yolun sağında bulunan tuğla yığına çarpması şeklinde gelişen olayda, kazanın meydana gelmesinde araçta mevcut teknik bir arıza, yoldan kaynaklanan olumsuz bir sebep veya başkaca bir etken bulunmamasına, sanığın otomobilini sevk ve idare etmeden önce üç şişe bira içtiği ve dikkatsiz olduğu yönündeki savunmasına, polis memurlarınca tanzim edilen tutanakta, 4-5 kez denenmesine rağmen sanığın alkolmetreyi üfleyemediği, nefes kontrolü yapamadığı, ağız kokusu, konuşmaları, hareketleri ve yürüyüşü itibariyle araç kullanamayacak derecede alkollü olduğunun belirtilmesine, Korgan Devlet Hastanesinde görevli nöbetçi doktor tarafından düzenlenen doktor raporunda, sanığın ileri derecede alkollü olup, araç kullanımının uygun olmadığı tespitinde bulunulmuş olmasına, gerek kaza sonucu araçlarında hasar oluşan sürücüler gerek tutanak tanıklarının duruşmada alınan beyanlarında, sanığın çok fazla alkollü olduğu, konuşmakta ve yürümekte zorluk çektiği, dilinin dolandığı, ayakta zor durduğu ve yalpalayarak yürüdüğü yönündeki ifadelerine göre, sanığın, güvenli sürüş yeteneğini kaybedecek oranda alkollü olduğu ve almış olduğu alkolün etkisiyle trafik güvenliğini açıkça tehlikeye düşürdüğü anlaşılmakla...", Yar. 12.CD., 19.6.2012, 13412/15345.

<sup>106</sup> Çınar, Fasikül, s. 10; Centel, s. 159; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4963; Soyer Güleç, s. 175.

<sup>107</sup> Koca, s. 104-105.

<sup>108</sup> Çakmut, s. 785; Parlar/Hatipoğlu, s. 1363; Meran, s. 916-917.

Gerek TCK m. 179/1 gerekse TCK m. 179/2 bakımından, hükümde aranan tehlikeyi “objektif cezalandırılabilme şartı” olarak değil, suçun bir unsuru (“netice”) olarak kabul etmek gerekir.<sup>109</sup> Buna bağlı olarak da, failin kastı, bu tehlikeyi kapsamalıdır.<sup>110</sup> Yar.CGK, tehlikenin meydana gelmesinin hukuki niteliği üzerinde durmaksızın, kastın bunu kapsamı gerektiği yönünde karar vermiştir.<sup>111</sup> Fakat bu içtihattan, başkalarının hayat, sağlık ya da malvarlığı bakımından tehlikeye neden olmanın unsur olarak mütalaa edildiği anlaşılmaktadır; aksi durumda, bunun objektif cezalandırılabilme şartı olarak görülmesi durumunda, failin kastının bunu kapsamasını aramak mümkün olmazdı.<sup>112</sup>

<sup>109</sup> Aynı yönde Soyer Güleç, s. 181; Doğan, TAAD, s. 185; Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s. 8. Aksi görüşte Mehmet Emin Artuk/Mehmet Emin Alşahin, “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı”, *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2 (Prof.Dr. Nur Centel’e Armağan), İstanbul, 2013, s. 28; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Özel, s. 450; Özgenc, s. 610; Demirbaş, s. 532; Koca/Üzülmez, s. 351; Zeynel Temel Kangal,, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, *İÜHFİM, C. LXVIII, S.1-2*, 2010, s. 162.

<sup>110</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4972; Kılıçarslan İsfen, s. 85.

<sup>111</sup> “Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun kanunda kasıtlı bir suç olarak düzenlenmesi ve ancak kasten işlenebilmesi karşısında, söz konusu suçun oluşabilmesi için, failin tehlikeli sevk ve idaresinin kastı ve iradi davranıştan ileri gelmesi gerekmektedir. Failin genel kasıtlı hareket etmesi yeterli olup saik (özel kast) aranmamıştır. Ancak sanığın kastının, failinin başkalarının hayat, sağlık ya da malvarlığı bakımından tehlikeye neden olabileceğini kapsamı gerekir. Aracın tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare edilmesi, çoğu zaman bir trafik kuralına da aykırılık oluşturmaktadır. Failin bir trafik kuralını bilinçli olarak ihlâl etmesi durumunda kasit unsuru gerçekleşecektir. Kural ihlâlinin kasta ya da en azından olası kasta değil taksire dayanması, başka bir anlatımla dikkatsiz ve tedbirsiz davranışlarının herhangi bir tehlikeye yol açması halinde kasit unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle bu suç oluşmayacak, kuralın kasta değil taksire dayalı olarak ihlâli neticesinde ölüm veya herhangi bir yaralanma meydana gelmiş ise fiil yalnızca taksirle öldürme ya da yaralama suçunu teşkil edecektir (...)Sevk ve idaresindeki araçla ışık kontrollü dörtlü dönel kavşağa gelen ve yeşil ışık ile birlikte kavşağa giren, ancak sola dönüşte bulunan ve kendi istikametine kırmızı yanmakta olan ışıklı işaret cihazını fark etmeyerek, mağdurun aracının yoluna girip, maddi hasarlı ve yaralamalı trafik kazasına neden olan, tüm aşamalarda kavşak içerisindeki trafik ışığını fark etmediğini savunan ve bu savunmasının aksini ispatlayacak, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı bir delil elde edilemeyen sanığın eylemi, somut olayda basit tıbbi müdahale ile giderilecek nitelikte yaralanan mağdurların şikâyetçi olmamaları nedeniyle taksirle yaralama suçunu oluşturmadığı gibi kasten hareket etmemiş olması nedeniyle trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu da oluşturmayacağından...” , Yar.CGK, 4.2.2014, 12-1566/32 (www.kazanci.com.tr).

<sup>112</sup> Öztürk/Erdem, kn. 222; İçel, s. 212; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Genel, s. 541; Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Genel, s. 204; Toroslu, s. 446; Demirbaş, s. 204; Özgenc, s. 235; Hakeri, s. 299; Özbek ve diğerleri, Ceza Genel s. 468; Koca/Üzülmez, s. 347-348;

Bu bakımdan; TCK m. 179/2 açısından, failin trafik kuralını bilinçli olarak ihlâl etmesi ve ayrıca, bu fiilinin, başkalarının hayat, sağlık ya da malvarlığı bakımından tehlikeye neden olacağını bilmesi gerekir.<sup>113</sup> Hatta kural ihlâli ve/veya tehlikeye yol açıldığı açısından olası kastın varlığı da yeterlidir.<sup>114</sup> Özellikle, TCK m. 179/2'de sayılan "kara ulaşım aracı" bakımından bu önemlidir; zira deniz, hava veya demiryolu ulaşımı bakımından, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye taksirle neden olmak, TCK m. 180'de ayrıca cezalandırılmıştır. Görüldüğü gibi, m. 180'de "kara ulaşımı"na yer verilmemiştir; bu bakımdan, kara ulaşım aracını sevk ederken, taksiri nedeniyle kişilerin hayatını, sağlığını veya malvarlığını salt tehlikeye düşüren kimse, cezalandırılmayacaktır.<sup>115</sup> Elbette, kişilerin yaralanmasına veya ölümüne yol açılması durumunda, taksirle öldürme veya yaralama hükümleri uygulanabilecektir.

TCK m. 179/3 açısından da, kişinin, mevcut durumu karşısında, güvenli şekilde araç kullanmayacağını bilmesi ya da bu ihtimali en azından göze alması (olası kast) gerekir.<sup>116</sup>

## 7. Kusurluluk

TCK m. 179/2 açısından, kusurluluğu kaldıran neden olarak (bkz. CMK m. 223/3-b)<sup>117</sup> zorunluluk hali (TCK m. 25/2) düşünülebilir. Ör-

<sup>113</sup> Koca, s. 104.

<sup>114</sup> Genel olarak m. 179/2 açısından olası kastın yeterli olduğuna dair Soyer Güleç, s. 179; Kılıçarslan İsfen, s. 92 (bu doğrultudaki Yargıtay kararları için bkz. dn. 118-120).

<sup>115</sup> Yar.CGK, 4.2.2014, 12-1566/32 (www.kazanci.com.tr).

<sup>116</sup> Aynı yönde Çınar, Fasikül, s. 14; Centel, s. 163; Kılıçarslan İsfen, s. 146.

<sup>117</sup> Belirtelim ki, TCK m. 25/2'de yer alan düzenlemeyi, gerekçedeki aksi yönde açıklamaya ve CMK m. 223/3-b hükmüne rağmen, hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendiren çok sayıda yazar vardır (örneğin, İçel, s. 331; Toroslu, s. 164; Öztürk/Erdem, kn. 389; Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Genel, s. 306; Hafızoğulları/Özen, Ceza Genel, s. 247). Bir görüşe göre, kurtarma fiiliyle korunmak istenen hukuki yarar, feda edilen hukuki yarara göre (önemli ölçüde) üstünse, hukuka uygunluk nedeni; değilse veya her iki değer eşitse, kusurluluğu kaldıran neden söz konusudur (Demirbaş, s. 289; Temel Zeynel Kangal, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara, 2010, s. 47 vd.). Diğer bir görüşe göre, (Özbek ve diğerleri, Ceza Genel, s. 412), TCK'daki düzenleme hem hukuka uygunluk nedeni olan hem de mazeret sebebi olan zorunluluk halinin unsurlarını bünyesinde barındırmaktadır; benzer Zafer, s. 301. Yargıtay, yerleşik içtihadında, TCK m. 25/2 düzenlemesini kusurluluğu kaldıran neden olarak kabul etmektedir (bkz. örneğin Yar.CGK,



neğin, hasta olan annesini hastaneye yetiştirmek amacıyla trafik kurallarını bilinçli olarak ihlâl ederek başkalarının sağlığını tehlikeye düşüren kişinin durumu gibi.<sup>118</sup>

TCK m. 179/3 açısından tartışılabilir bir durum, bir eğlence mekânı çıkışında, sarhoş olmasına rağmen araç kullanmakta ısrar eden kişinin kaza yapacağı öngörülerek arkadaşlarınınca vazgeçirilmeye çalışılması, fakat tüm ikna çabalarına rağmen arabasını bırakmamakta direnmesi üzerine; en azından, arkadaşlarından en az içki içen kişinin direksiyona geçerek aracı sürmesidir. Böyle bir durumda, somut olayın koşullarına göre başka türlü hareket etme olanağı kalmadığını kanıtlamak şartı nedeniyle,<sup>119</sup> zorunluluk nedeninin uygulanması, kural olarak, olanak dışıdır.

TCK m. 179/3 açısından “actio libera in causa” kuramının uygulanacağına dikkat etmek gerekir (bkz. TCK m. 34/2).<sup>120</sup> Diğer bir deyişle, aracı kullanmaya karar verdiği anda algılama veya irade yeteneğini kaybetmiş olan kimsenin, iradi olarak aldığı alkol veya uyuşturucu etkisiyle bu duruma gelmiş olması durumunda, kusur yeteneği tammiş gibi işlem yapılır.<sup>121</sup> Buna karşılık, irade dışı aldığı alkolün etkisiyle al-

26.2.2008, 1-281/37).

<sup>118</sup> Çeşitli örnekler için bkz. Koca, s. 104 ve Soyer Güleç, s. 183. “Sanığın kovuşturma aşamasında olay tarihinde hasımları olan şahısların kendisini takip ettiklerini, onlardan kurtulmak için aracıyla hızlı bir şekilde gittiğini, yanında İ. A. isimli şahsın bulunduğunu, kavşağa geldiğinde kendisine yeşil ışık yanmakta olduğunu, hızını azalttığını ancak takip edildiği için kavşağa normal hızından biraz hızlı girdiğini, mağdurun aracıyla çarpıştığını ve maddi hasarlı trafik kazasının meydana geldiğini, daha sonra kendisini takip eden şahısların yanında bulunan İ. A.’ı kaçırdıklarını ve kendisine kurşun sıktıklarını, G.T., S.Ç. ve N.T. isimli şahıslar ile bu olay sebebiyle davasının bulunduğunu ve bu şahısların bu olaydan dolayı ceza aldıklarını, bu şahısların kendisini takip ettiklerinden dolayı can güvenliği olmadığından hız yaptığını, canını kurtarmak için kendisine yeşil ışık yanmakta iken kavşağa hızlı girdiğini beyan ettiği, kaza tespit tutanağı düzenlenirken de sanığın bir başkası tarafından takip edildiğini beyan etmiş olması karşısında sanığın eylemini zaruret halinde gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin tespiti”, Yar.12.CD., 3.6.2013, 21865/14868 (www.kazanci.com.tr).

<sup>119</sup> Zira, hemen her zaman, bir tanıdığı arayarak gelmesini rica etmek, bir yerde oturarak ayılmayı beklemek, taksi çağırarak gibi opsiyonlar mevcuttur. Kaldı ki, “tehlikeye bilerek sebebiyet vermeme” koşulu da çoğu zaman gerçekleşmiş olmayacaktır.

<sup>120</sup> Soyer Güleç, s. 180.

<sup>121</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Genel, s. 514; Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Genel, s. 402; Toroslu, s. 389; Öztürk/Erden, kn. 454; Demirbaş, s. 356; Özgenç, s. 393; Zafer, s. 338.



gılama ve irade yeteneği önemli ölçüde zayıflayan veya ortadan kalkan kişinin, bu durumun etkisinde olduğunu bilerek araç sürmesi durumunda, kusurun olmaması nedeniyle cezalandırılmaması gerekir.<sup>122</sup>

## 8. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

### A. Teşebbüs

TCK m. 179/1 salt hareket suçu olduğundan, kural olarak, teşebbüse elverişli olmasa da, icra hareketlerinin parçalara bölünebildiği durumlarda teşebbüs hükümleri uygulanabilir.<sup>123</sup> Örneğin, failin “tek yön” işaretini sökmeye çalışırken devriye gezen polise yakalanması gibi.

TCK m. 179/2 salt hareket suçu olduğundan, kural olarak, teşebbüse elverişli değildir.<sup>124</sup> Burada icra hareketlerinin parçalara bölünebilmesi de mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki, bu suçtaki (ve birinci fıkradaki) somut tehlikeyi “objektif cezalandırılabilme şartı” olarak kabul eden görüş açısından,<sup>125</sup> elbette, teşebbüs hiçbir zaman mümkün olmayacaktır.<sup>126</sup>

Keza, TCK m. 179/3’e teşebbüs de, kural olarak, mümkün gözükmemektedir.<sup>127</sup> Zira, suçun oluşabilmesi için aracın “kullanılması” ge-

<sup>122</sup> Kıyaslayınız Malkoç, s. 1183 (yazar, kasttan hareketle, failin sorumlu olacağını düşünmektedir. Oysa, cezalandırılabilirlik için kusurun da ayrıca değerlendirilmesi gerekir.)

<sup>123</sup> Soyer Güleç, s. 181; Özbek ve diğerleri, Ceza Özel, s. 689; Arslan/Azizağaoğlu, s. 751; Çakmut, s. 788; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4973; Kılıçarslan İsfen, s. 85. Yine bkz. Malkoç, s. 1181 (yazar, “tehlikenin gerçekleşeceğinin muhakkak olduğu durumlarda” teşebbüsün varlığının kabul edilebileceğini belirtse de, bu görüşü, somut tehlike suçunun yapısına dair, hatalı bulduğum yaklaşımdan kaynaklanmaktadır).

<sup>124</sup> Koca, s. 105; Özbek ve diğerleri, Ceza Özel, s. 693; Çakmut, s. 788; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4973; Kılıçarslan İsfen, s. 94; aksi görüşte Arslan/Azizağaoğlu, s. 751. Kıyaslayınız Soyer Güleç, s. 182 (yazara göre, bu, pratikte zor ama teorik olarak mümkündür).

<sup>125</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuk Özel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2014, s. 450 ve kıyasen 451.

<sup>126</sup> Parlar/Hatipoğlu, s. 1363; İlhan Üzülmöz/Ahmet Hulusi Akkaş, “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, c: II, sy: 1-2 s. 78; aksi görüşte T. Zeynel Kangal, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, *İÜHFİM*, C. LXVIII, S.1-2, 2010, s. 163-164.

<sup>127</sup> Arslan/Azizağaoğlu, s. 751; Koca, s. 110; Soyer Güleç, s. 182; Çınar, Fasikül, s. 15; Çakmut, s. 788; Centel, s. 163; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4973; Özbek ve diğerleri,

rekir, bu ana kadarki hareketler ise hazırlık hareketi mahiyetindedir. Kaldı ki, teşebbüsün kabulü durumunda, ceza, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre belirleneceğinden (m. 35), soyut tehlike suçlarında ise somut olayda bir tehlikenin bile doğmuş olması aranmadığından, yaptırımın nasıl belirleneceği sorunu ortaya çıkacaktır.<sup>128</sup>

## B. İçtima

KTK m. 14/a'ya göre "Karayolu yapısı üzerine, trafiği güçleştirecek, tehlikeye sokacak veya engel yaratacak, trafik işaretlerinin görülmelerini engelleyecek veya güçleştirecek şekilde bir şey koymak, atmak, dökmek, bırakmak ve benzeri hareketlerde bulunmak" yasaktır ve son fıkraya göre, buna aykırı davranışlara para cezası uygulanır. Buradaki para cezası, teknik anlamda bir idari yaptırım olduğundan, Kabahatler Kanunu m. 15/3 gereği, koşulları oluşması durumunda, faile sadece TCK m. 179/1'den ceza verilir.<sup>129</sup>

Şayet, m. 179/1'e göre tipik hareket, mala zarar vermek suretiyle gerçekleştirilmişse (örneğin, trafik işaretlerini "kullanılamaz hale getirme"), her iki suç arasında fikri içtima ilişkisi doğar.<sup>130</sup>

TCK m. 179/1'deki hareketler seçimlik olduğundan, bunlardan birden fazlası gerçekleştirilmişse, suç yine de tektir; fakat bu durum, TCK m. 61 uyarınca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.<sup>131</sup>

TCK m. 179/2-3'te düzenlenen suç tipine uyan davranışların gerçekleştirilmesi neticesinde ölüm (veya yaralama) neticesinin meydana gelmesi durumunda, doktrindeki baskın görüşe göre, fikri içtima kuralları gereği hareket edilecektir.<sup>132</sup> Yargıtay uygulaması da bu yönde-

---

Ceza Özel, s. 700. Kıyaslayınız Kılıçarslan İsfen, s. 82, 147: moturun çalıştırılması fakat aracın hareket ettirilememesi veya anahtarın kontağa sokulup çevrilmesi fakat moturun arızalı çıkması durumunda teşebbüs olabilir. Bu tür çok istisnai durumlarda, gerçekten, teşebbüsten bahsedilebilir.

<sup>128</sup> Zafer, s. 195.

<sup>129</sup> Centel, s. 164; Özbek ve diğerleri, Ceza Özel, s. 690.

<sup>130</sup> Soyer Güleç, s. 183.

<sup>131</sup> Malkoç, s. 1180.

<sup>132</sup> Koca, s. 105; Soyer Güleç, s. 183; Parlar/Hatipoğlu, s. 1363; Çakmut, s. 789; Özbek ve diğerleri, Ceza Özel, s. 695, 701 ("tek fiil" söz konusu olmak şartıyla); Meran, s. 917; Kılıçarslan İsfen, s. 150. Kıyaslayınız Çınar, Fasikül, s. 105 (yazar, sadece m. 179/2 bakımından bunu kabul etmektedir) ve Doğan, TAAD 2014, s. 202 (yazar da fikri içtima uygulamasına başvurmakla beraber, gerekçesi özellik arz etmektedir).

dir.<sup>133</sup> Benim de katıldığım diğer bir görüşe göreyse,<sup>134</sup> m. 179/2-3 ile taksirle neden olunan netice arasındaki ilişki, asli-tali norm kurallarına göre çözümlenmelidir: tehlike suçu olan m. 179'a ilişkin norm, zarar suçu olan m. 85 veya m. 89'un gerisine çekilir ve uygulanmaz. Öte yandan, doktrinde, sadece tek suç oluşacağı<sup>135</sup> yönünde ve iki suçtan dolayı da ceza verileceği<sup>136</sup> yönünde görüşler de savunulmaktadır.<sup>137</sup>

Fakat şuna dikkat etmek gerekir ki, taksirle yaralama suçunun takibi şikayete bağlı olduğundan (bilinçli taksir hariç), mağdurun şikayetçi olmaması durumunda, fail sadece m. 179'dan ötürü cezalandırılabilir.<sup>138</sup>

<sup>133</sup> Yar.9.CD., 16.4.2009, 10751/4420, <http://www.adalet.org/cbckran.php?id=6041>. Yine bkz. Yar. 17.1.2012, 15930/177: "Yönetimindeki otomobille bölünmüş yolda ters istikamete girerek katılan K.'ın sevk ve idaresindeki otomobile çarpıp, mağdurların etkisi basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralanmalarına sebebiyet vermek suretiyle kazaya karışan ve 341 promil alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sanığın, güvenli sürüş yeteneğini kaybettiği ve dolayısıyla atılı trafik güvenliğini tehlikeye sokma ve taksirle yaralama suçlarının oluştuğunun kabülünde bir isabetsizlik bulunmadığı, ancak bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan sanığın, 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesi uyarınca 61. madde de nazara alınmak suretiyle yalnızca taksirle yaralama suçundan cezalandırılması ile yetinilmesi gerektiği gözetilmeden..."

<sup>134</sup> Hakeri, s. 644-645; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4975. Yine bkz. Zafer, s. 440. Bu görüş uygulandığında, taksirle yaralama söz konusu olduğunda, fail daha hafif ceza alacaktır; oysa, fikri içtimaya gidildiğinde, daha ağır cezayı gerektiren m. 179'a göre işlem yapılacaktır. Bunun nedeni, yazarın da haklı olarak belirttiği üzere (Hakeri, s. 644), kanun koyucunun tehlike suçuna öngördüğü cezanın zarar suçuna nazaran daha ağır olması şeklindeki tercihidir.

<sup>135</sup> Çınar, Sempozyum, s. 699: yazar, içtimanın söz konusu olamayacağı kanaatini belirttikten sonra, failin sadece taksirle yaralamadan sorumlu tutulup m. 179/3'ün uygulanmadığı bir Yargıtay kararına atıf yapmıştır. Yine bkz. ve kıyaslayınız Centel, s. 163 (yazara göre, yaralama veya ölüm sonucuna taksirle neden olunması durumunda, kasıtlı suç olan TCK m. 179/3 ile içtima söz konusu olmaz.)

<sup>136</sup> Malkoç, s. 1182.

<sup>137</sup> Buna karşılık, TCK m. 179'un failinin, yarattığı tehlike sonucu meydana gelen kazada oluşan yaralanma veya ölümler bakımından da en azından olası kastla hareket etmiş sayılması gerektiğine dair görüşe (Malkoç, s. 1192; Parlar/Hatipoğlu, s. 1363) katılmak mümkün değildir (aynı yönde Çakmut, s. 789).

<sup>138</sup> Çakmut, s. 789; Centel, s. 164. "Sanığın 179 promil alkollü olarak ters istikametten seyri sırasında katılanın kullandığı araca çarparak yaralanmasına sebebiyet verdiği olayda, iddianame içeriğinde sanığın tehlikeli araç kullandığı belirtildiğinden, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan dava açıldığı kabul edilmekle, taksirle yaralama suçundan şikayetten vazgeçme nedeniyle düşme kararı verildiğinde TCK'nın 44. maddesi gözetildiğinde, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan sanık hakkında hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi" (bozmayı gerektirmiştir), Yar.12.CD., 2.2.2012, 18307/1754.

TCK m. 179/f.1 ve f. 2 açısından suçun mağduru belirli veya belirlenebilir kişi/kişiler olmadığından, birden fazla kişinin tehlikeye maruz bırakılması durumunda bile, suç tektir.<sup>139</sup> TCK m. 179/3 açısından da aynı doğrultuda yorum yapılmalıdır: *“alkoliin etkisi ile emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmasına rağmen araç kullanan ve bu sırada iki müştekiye ait araca çarparak hasar veren sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK’nun 179/3.maddesine uyan suçu oluşturduğu ve bu madde uyarınca bir kez cezalandırılması gerekirken müşteki sayısınca suç oluştuğunun kabulü”* mümkün değildir.<sup>140</sup>

TCK m. 179/2 (veya f. 3 kapsamında) trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suretiyle bir başkasının malına zarar vermesi durumunda (TCK m. 151), bu son suç açısından olası kastın varlığı tespit edilebiliyorsa, asli-tali norm ilişkisi gündeme gelir. Bilindiği üzere, bir normun, açıkça veya örtülü olarak, ancak başka bir ceza normunun ihlâl edilmemiş olması koşuluyla uygulama alanı bulması durumunda, asli-tali norm ilişkisi söz konusu olur ve asli normun bulunduğu hallerde, yardımcı (tali) normun fiile uygulanması mümkün değildir (*yardımcı normun sonralığı ilkesi*).<sup>141</sup> Bir görüşe göre, yardımcı (tali) norm olan TCK m. 179, asıl norm olan TCK m. 151’in gerisine çekilir ve fail sadece mala zarar verme suçundan dolayı cezalandırılır.<sup>142</sup> Fakat TCK m. 170’e ilişkin içtihadından hareketle,<sup>143</sup> Yargıtay’ın bu durumda fikri içtima kurallarını uygulayacağı söylenebilir.<sup>144</sup> Kanaatimce, TCK m. 151 ile korunan hukuksal yarar,<sup>145</sup> TCK m. 179’un koruduğu hukuksal yararı sadece kısmen karşıladığından, asli-tali norm ilişkisinden bahsedilemeyecek ve koşulları varsa, fikri içtima hükümlerine başvurulacaktır.

<sup>139</sup> Koca, s. 105; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4968 (bkz. bu yönde Yar.2.CD., 6.6.2006, 4914/11439); Kılıçarslan İsfen, s. 151.

<sup>140</sup> Yar.2.CD., 6.6.2006, 4914/11439.

<sup>141</sup> Öztürk/Erdem, kn. 660; Artuk/Gökcan/Yenidünya, Ceza Genel, s. 636; Hakeri, s. 642 vd.; Koca/Üzülmez, s. 513.

<sup>142</sup> TCK m. 179 ile zarar suçları arasındaki ilişki bakımından bu yönde Muhammed Demirel, “Karar Analizi: Tehlike Suçları - Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi”, İÜHFİM, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 1484. Genel olarak, aynı fiilden kaynaklanan zarar suçunun somut tehlike suçuna göre asli norm teşkil ettiği yönünde bkz. Koca/Üzülmez, s. 513.

<sup>143</sup> Bkz. örneğin, Yar. CGK, 23.6.2009, 8-101/178 (www.kazanci.com.tr).

<sup>144</sup> Doktrinde bu yönde Özbek ve diğerleri, Ceza Özel, s. 691.

<sup>145</sup> Bu yarar salt olarak mülkiyettir (Tezcan/Erdem/Önok, s. 631; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: I, 2. Bası, İstanbul, 2011, s. 386; Özbek ve diğerleri, Ceza Özel, s. 649.)

Hem TCK m. 179/2 hem de m. 179/3'ün koşulları gerçekleşmişse (sarhoş sürücünün yayaların hayatını tehlikeye sokar şekilde otomobil kullanması gibi), fikri içtima hükümleri uygulanır.<sup>146</sup> Kaldı ki, her iki suçun cezası aynıdır.

TCK m. 179/3 ile KTK m. 48 arasındaki ilişki bakımından ise, Kabahatler Kanunu m. 15/3 hükmü gereği, fail hakkında sadece TCK'ya göre ceza verileceği savunulmaktadır.<sup>147</sup> Bununla birlikte, 24/5/2013 tarihli ve 6487 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle KTK m. 48/5'te yapılan değişiklikten sonra, *"Yapılan tespit sonucunda, 0.50 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücüler hakkında, fiili bir suç oluştursa bile, 700 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi altı ay süreyle geri alınır"* denilmek suretiyle, buna istisna getirilmiştir. Sonraki iki fıkraya göre de: *"Yapılan tespit sonucunda, 1.00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen sürücüler hakkında ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 179 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uygulanır./ Hususi otomobil sürücülerini bakımından 0.50 promilin, diğer araç sürücülerini bakımından 0.20 promilin üzerinde alkollü olan sürücülerin trafik kazasına sebebiyet vermesi hâlinde, ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır"*

Görüldüğü gibi, 1,00 promilin üzerinde (en az 1,01 promil) alkol çıkması durumunda mutlaka; buna karşılık, 0,51-1,00 promil arasında alkol çıkması durumunda, şayet "trafik kazasına sebebiyet" verilmişse, hem idari yaptırımın uygulanması hem de ceza takibatı yapılması öngörülmüştür. Bu son durumda, lehe bir yorumla, "trafik kazasına sebebiyet vermesi" denildiği için, kaza bakımından kusuru tespit edilmeyen alkollü sürücü hakkında, başka bir neden yoksa, salt kazaya karıştığı için TCK m. 179/3'ten ceza verilmeyeceği savunulabilir.

Nihayet, KTK m. 48/8'e göre *"Uyuşturucu veya uyarıcı madde aldığı tespit edilen sürücülere 3.600 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi beş yıl süreyle geri alınır. Bu kişiler hakkında ayrıca Türk Ceza Kanunu hükümleri uygulanır"*. Görüldüğü gibi, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullandığı tespit edilen sürücü bakımından, kullanılan maddenin türü ve dozu ne olursa olsun, hem idari yaptırım uygulanacak hem de ceza hukukuna başvurulacaktır.

<sup>146</sup> Soyer Güleç, s. 183; Çınar, Fasikül, s. 15; Kılıçarslan İsfen, s. 149.

<sup>147</sup> Çınar, Fasikül, s. 15; Kılıçarslan İsfen, s. 149; Meran, s. 918.

### C. İştirak

TCK m. 179/1 bakımından iştirak bir özellik arz etmez.<sup>148</sup>

TCK m. 179/2 bakımından, aracı sevk ve idare etmeyen kişiler ancak azmettiren veya yardım eden olabilirler.<sup>149</sup> Zira özgü bir suç söz konusudur (bkz. TCK m. 40/2).

Keza, TCK m. 179/3'te de özgü bir suç düzenlendiğinden, buna da ancak azmettirme veya yardım etme şeklinde iştirak edilebilir.<sup>150</sup>

### 9. Yaptırım

TCK m. 179/1'de öngörülen suçun cezası kanunda "bir yıldan altı yıla kadar hapis" olarak belirlendiğinden, asliye ceza mahkemesi görevlidir. TCK m. 179/2-3 bakımından da, soyut cezanın üst sınırı iki yıl hapis olduğundan,<sup>151</sup> yine asliye ceza mahkemesi görevlidir. Her üç suç tipi de re'sen takip edilir.

TCK m. 179/2-3'teki suç tipleri bakımından hükmolunacak somut ceza, hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231) ve erteleme (TCK m. 51) sınırları içerisinde kalacaktır. Hattâ her üç fıkra açısından somut cezanın m. 49/2 gereği "kısa süreli hapis" cezası kapsamında kalması ve TCK m. 50 uyarınca adli para cezasına veya seçenек yaptırımlara çevrilmesi mümkün olacaktır. Ancak şuna dikkat edilmelidir ki, bu seçenек yaptırımlardan sadece birini seçmek mümkün olduğundan, hakkındaki hapis cezası adli para cezasına çevrilen failin, ayrıca bir de TCK m. 50/1-d gereği belirli süreyle araç kullanmaktan yasaklanması mümkün değildir.<sup>152</sup> Ayrıca, sanık hakkında tâyin olunan hapis cezası karşılığı olarak ehliyetinin geri alınmasına karar verilirken araçtan yararlanmayı engelleyecek şekilde araç ruhsatının da geri alınmasına karar verilmesi de mümkün değildir.<sup>153</sup>

<sup>148</sup> Soyer Güleç, s. 182.

<sup>149</sup> Koca, s. 105; Soyer Güleç, s. 182; Kılıçarslan İsfen, s. 94

<sup>150</sup> Koca, s. 110; Çınar, Fasikül, s. 15; Soyer Güleç, s. 182; Centel, s. 164; Özbek ve diğerleri, Ceza Özel, s. 700; Kılıçarslan İsfen, s. 148.

<sup>151</sup> Doktrinde, "failin ahlaki bozukluğu ile eylemin ağırlığı" nedeniyle TCK m. 179/3'ün cezasının, ikinci fıkraya göre daha ağır olması gerektiği dile getirilmiştir (Donay, s. 268). Keza, TCK m. 180'de öngörülen taksirli suçun cezasının üst sınırının daha fazla olması da eleştirilmiştir (ibid).

<sup>152</sup> Yar.2.CD., 27.6.2006, 6101/12468.

<sup>153</sup> Yar. 2.CD., 11.10.2006, 2006/882, 2006/16397



Öte yandan, TCK m. 49/1 gereği, TCK m. 179/2-3'e giren fiilin cezasının alt sınırı bir ay hapis olacaktır. Bu durumda, somut ceza 30 günü aşmazsa, TCK m. 50/3'ün uygulama alanı bulacağına dikkat edilmelidir: fail daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş ise, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmek zorundadır.

TCK m. 179/2 açısından, suçta kullanılan eşyanın (aracın) müsadere edilmesinin orantısız sonuçlar doğuracak olması nedeniyle, m. 54/3 hükmüne istinaden, bu yola başvurulmaması gerektiği belirtilmektedir.<sup>154</sup> En azından motorlu taşıt aracı için bu görüşün doğru olduğu söylenebilir.

Dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da, TCK m. 179'da düzenlenen tüm suç tipleri kasıtlı olduğundan, taksirli bir suçun varlığı durumunda uygulama alanı bulabilen TCK m. 53/6'ya göre, meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da ehliyetin geri alınmasına karar verilemeyeceğidir.<sup>155</sup>

Son bir husus olarak, KTK m. 48/9'a göre "*Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeyen sürücülere 2000 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır*". Oysa, ölçümü kabul edip yasal sınırın üstünde alkollü çıkan sürücünün sürücü belgesi, ilk seferinde daha kısa süreyle, ikinci seferinde aynı süreyle (2 yıl) geri alınmakta; para cezası da, her durumda, daha düşük olmaktadır. Herhalde, KTK m. 48/9 hükmünün amacı, kontrolden kaçmak suretiyle yaptırımdan kurtulmaya çalışılmasını engellemektir. Bu bakımdan, buradaki cezanın, dolanılmaması istenilen hükümdeki cezadan daha ağır olması çelişkili gözükmektedir. Bu açıdan, bu düzenlemenin hukukun temel esaslarından olan "ölçülülük ilkesi"ne aykırı olduğu düşüncesindeyim.

## 10. Muhakemeye Dair Bazı Hususlar

Muhakeme hukuku bakımından uygulama sorunları esas olarak TCK m. 179/3 bakımından yaşanmaktadır. Temel mesele, alkol oranının

<sup>154</sup> Hakeri, s. 689.

<sup>155</sup> Yar.2.CD., 29.5.2006, 12374/10938. Yine bkz. Çınar, Sempozyum, s. 700; Meran, s. 919.



belirlenmesi usulüdür. Uygulamada, TCK m. 179/3'ten mahkûmiyet hükmü kurabilmek için illa kan örneği üzerinden alkol düzeyinin tespit edilmesi<sup>156</sup> şart görülmemektedir.<sup>157</sup> Yargıtay'ın yaklaşımı bu yöndedir.<sup>158</sup> Bu yaklaşım ise alkolmetre (nefes ölçümü) yoluyla elde edilen verilerin güvenilirliğini şart kılmaktadır ki,<sup>159</sup> bu konuda hata payının yüksek olduğu az sonra izah edilecektir.<sup>160</sup> Oysa mehaz Alman Kanunu uygulaması bakımından, ceza kanunu hükümlerine başvurabilmek için mutlaka *kandaki* alkol değerinin tespiti gerekmektedir.<sup>161</sup>

Öte yandan, kan testine dair bazı hususlar, KTK m. 48/2-4'te<sup>162</sup> düzenlenmiştir.<sup>163</sup> En önemli değişiklik, alkolmetre ile ölçüm yapılması

<sup>156</sup> Alkol oranı ölçümü hakkında bilgi için bkz. Feridun Yenisey, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi", Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi - 6, Trafik ve Ceza Hukuku, Ankara, 2006, s. 13 vd.

<sup>157</sup> Doktrinde aynı yönde görüş için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4968. Aksi yönde Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (BAU -CMK), Cilt I (CMK 1-156), İstanbul, 2013, s. 664; Çınar, Sempozyum, s. 683; Centel, s. 160.

<sup>158</sup> Aktaran Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4972.

<sup>159</sup> Nefes yoluyla yapılan ölçümün geçerli sayılması için; kullanılmasına resmen izin verilmiş bir cihazla tespit yapılmış olmalı, cihazın düzenli olarak periyodik denetimleri yapılmış olmalı ve ölçüm sırasında uyulması gerekli prosedüre riayet edilmiş olmalıdır (Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 662). Fakat bu koşullarda bile, söz konusu yöntemle alınan sonuç, kandaki alkol yoğunluğunu tam olarak doğru yansıtmaz (age, s. 663).

<sup>160</sup> Kan testinden çıkan sonucun esas alınması gerektiği yönünde Yenisey, s. 20; Kılıçarslan İsfen, s. 105. Yine bkz. Kılıçarslan İsfen, s. 127-128. Kaldı ki, nefes yoluyla yapılan ölçümün de, ceza muhakemesine delil olabilmesi için, "10 dakika kadar izleme süresinden sonra tekrarlanması" gerektiği vurgulanmaktadır (Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 663), ki uygulamada, itiraz durumu hariç, buna hiç rastlanmamaktadır.

<sup>161</sup> Kılıçarslan İsfen, s. 120. Yine bkz. Yenisey, s. 20.

<sup>162</sup> 4/5/2013 tarihli ve 6487 sayılı Kanunun 19. madde ile değişik. Ayrıca bkz. Karayolları Trafik Yönetmeliği m. 97.

<sup>163</sup> "Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılır.

Kişinin yaralanmalı veya ölümlü ya da kollukça müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazasına karışması hâlinde, ikinci fıkrada belirtilen muayeneye tabi tutulması zorunludur. Teknik cihaz ile yapılan ölçüme itiraz eden veya bu cihaz ile ölçüm yapılmasına müsaade etmeyen bu sürücüler, en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürülerek uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınır. Bu işlem bakımından 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 75 inci maddesi hükümleri, beşinci fıkrası hariç olmak üzere uygulanır.

Trafik kazası sonucunda kişinin ölmesi veya teknik cihaza üflemyecek kadar yaralanmış olması hâlinde, üçüncü fıkra hükümlerine göre bu kişilerden kan, tü-

na izin vermeyen kişiden kan örneği alınmasına olanak tanınmasıdır. Bu düzenlemeden önce, “üfleme” kabul etmeyip kan testi yaptırmak istediğini belirten, fakat hastaneye gittiğinde, kendisinden kan alınmasına da rıza göstermeyen kişilere doktorlar müdahale etmemekte ve bu da uyuşmazlıklara yol açmaktaydı. KTK m. 48’de yapılan değişiklik, “Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır.” şeklindeki CMK m. 75/7 tarafından desteklenmektedir.<sup>164</sup> Netice olarak, muhatabın rızası olmasa bile, bu hükümler uyarınca ondan kan örneği alınması mümkündür.<sup>165</sup>

Uygulamada yaşanan bir sorun, trafik kontrolü sırasında yapılan ölçüme itiraz edilmesi durumunda yapılan ikinci ölçümün de yine alkolmetre ile yapılması ve sonuçların birbirleriyle uyumsuz olmasıdır. Öyle ki, yapılan bir bilimsel çalışmada, her iki ölçümün alkolmetre ile yapıldığı 95 olgunun 40 adedinde iki ölçüm sonucunun birbiri ile uyumsuz olduğu saptanmıştır.<sup>166</sup> Bu durumda, mahkeme tarafından, bilirkişiye iki ölçümden hangisine itibar edilmesi gerektiği veya aradaki farklılığın nedenleri sorulmaktadır.<sup>167</sup> Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu, ölçümde kullanılan cihazların zamanında ve usulüne uygun olarak kalibrasyonunun yapıp yapılmadığı, ölçüm kurallarına riayet edilip edilmediği, ölçüm ile olay arasında geçen süre ve kullanılan cihazların teknik özelliklerini dikkate alarak düzenlediği raporu sonucunda, iki cihazdan birisinin daha güvenilir olduğunu ortaya koyamıyorsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği hareket edilmektedir.<sup>168</sup>

Öte yandan, alkolmetre sonucuna itiraz edilmesi durumunda, kan örneği alındığında, alkolmetreye üfleme anı ile kanın alınması anı arasında geçen süre bakımından, kan testi sonucuna promil değeri eklendiğine (saat başı 0,15 promil) dikkat edilmelidir. Bu bakımdan, her iki ölçüm saatinin tutanakla belirlenmesi önemlidir.

---

kürük veya idrar gibi örnekler alınır”.

<sup>164</sup> Bu bakımdan, KTK m. 42 uyarınca kan örneği alınması CMK m. 75’teki koşullara tâbi değildir (Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, İstanbul, 2014, s. 281).

<sup>165</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 659; Veli Özer Özbek/ Mehmet Nihat Kanbur/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2014, s. 513.

<sup>166</sup> Aşıcıoğlu ve diğerleri, s.14.

<sup>167</sup> Aşıcıoğlu ve diğerleri, s.14.

<sup>168</sup> Aşıcıoğlu ve diğerleri, s.14.

Ciddi bir sorun, ayrıca kan testine başvurulmadığı durumlarda, salt tek bir nefes ölçüm yoluyla elde edilen değerinin güvenilirliğinin, gerekli usul ve tekniklere titizlikle uyulmadığı durumlarda, tartışmaya çok açık olmasıdır.<sup>169</sup> Uygulamadan anlaşılan husus, ölçümlerin çok büyük ölçüde alkolmetre ile yapıldığı, bunların da çoğu zaman tek ölçüm şeklinde olduğu; fakat bu ölçümlerde yanılma payının hayli yüksek olduğudur! Oysa KTK m. 48/6'ya yapılan ekleme sonucunda, bu uygulamanın kanunlaştırıldığını da gözden kaçırmamak gerekir.<sup>170</sup>

TCK m. 179/3 açısından, uyuşturucu madde etkisi söz konusu olduğunda, Yargıtay içtihadında, her bir maddenin niteliğine göre, hüküm uygulanmasını gerektirecek mutlak limitler belirlenmiş değildir. Önemli olan, her somut olayda, alınan maddenin güvenli şekilde araç sürme yeteneğini ortadan kaldırmış olduğunun delillerle kanıtlanmasıdır. KTK m. 48/8'e göre "*Uyuşturucu veya uyarıcı madde aldığı tespit edilen sürücülere 3.600 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi beş yıl süreyle geri alınır. Bu kişiler hakkında ayrıca Türk Ceza Kanunu hükümleri uygulanır*". Bu hükümden hareketle, kullanılan uyuşturucu veya uyarıcı madde miktarı ne olursa olsun, güvenli sürüş yeteneğinin kaybedildiğinin kanuni karine olarak benimsendiği savunulmaktadır.<sup>171</sup> Oysa TCK'ya yapılan atıf, TCK m. 191 açısından değerlendirilmelidir; her durumda TCK m. 179/3'ün de *mutlaka* uygulanmak zorunda olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Zira her türlü madde kullanımının, dozu ne olursa olsun, güvenli sürüş yeteneğini yok ettiğini söylemek, bilimsel olarak doğru değildir.<sup>172</sup> Ayrıca, bir defalık veya çok nadir *esrar* kul-

<sup>169</sup> "Çalışmamızda her iki ölçümün alkolmetre ile yapıldığı 95 olgunun 40 adedinde iki ölçüm sonucunun birbiri ile uyumsuz olduğu saptanmıştır. Uyumsuzluk birçok olguda çok barizdir." Aşcıoğlu ve diğerleri, s. 14. Ayrıca bkz. "906 olguda (%87,4) alkolmetre ile tek bir ölçüm yapılmış olup, sadece iki olguda ilk ölçüm yöntemi olarak kanın tercih edildiği saptanmıştır. Ölçüme itiraz olan 130 olguda ise ikinci kez ölçüm yapılmıştır. Bu olguların 95'inde ikinci ölçüm de alkolmetre ile diğerlerinde ise kandan yapılmıştır" (age, s. 11). Kaldı ki, kan ölçümünde bile, doğru bir sonuç elde edebilmek için, içki alınan saatin tam olarak belirlenmesi gerekmektedir (Soyer Güleç, s. 178).

<sup>170</sup> Kılıçarslan İsfen, s. 112.

<sup>171</sup> Kılıçarslan İsfen, s. 119.

<sup>172</sup> Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımı ile araç sürme arasındaki ilişkiyi gösteren detaylı bir çalışma için bkz. [http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/ondcp/issues-content/drugged-driving/nida\\_dd\\_paper.pdf](http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/ondcp/issues-content/drugged-driving/nida_dd_paper.pdf) (son erişim 6.1.2015).

lanımının araç kullanma yeteneğini bozduğu ispatlanmış değildir.<sup>173</sup> Zaten, 2009 itibariyle, Avrupa'da sadece 11 devlette, herhangi bir miktarda madde kullanımı ceza yaptırımını ile karşılanmaktadır.<sup>174</sup>

Bu durumda, her somut olayda özgül bir değerlendirme gerekli görülmelidir; çünkü alkol oranlarının aksine, uyuşturucu veya uyarıcı maddeler bakımından, her insan ve her madde açısından geçerli, standart asgari değerler belirlemek bilimsel açıdan elverişli bir yöntem değildir.<sup>175</sup> Bu durumdan hareketle "sıfır tolerans" uygulanması gerektiğine dair görüş<sup>176</sup> ise, şüpheden sanık yararlanır ilkesine aykırı olur.<sup>177</sup> Zira yazarın bizzat vurguladığı gibi, "elimizde yeterli ölçüm ve değerlendirme arşiv ve tecrübesine dayalı kriterler" in yokluğunda, ihtimale binaen, failin güvenli sürüş yeteneğini kaybettiğini *farz etmek*, ceza hukuku mantığına aykırıdır. Uzmanların üzerinde ittifak ettikleri standart bir sınır değer olmadığına göre, failin araç kullanma konusundaki elverişsiz durumu, somut olay bakımından özel olarak tespit edilmelidir.<sup>178</sup> Bu bakımdan, madde kullanımına bağlı tipik göstergelerin varlığının (gözlerin kızarması, göz bebeklerindeki değişiklik, konuşmada değişme gibi) tespit edilmiş olması da tek başına yetmez.<sup>179</sup> Sürüşte hata yapıldığının tespiti şart değilse de; bütüncül bir değerlendirme sonucunda, araç sürmeye elverişlilik durumu değerlendirilmelidir.<sup>180</sup>

## SONUÇ

Son 30 yılda ülkemizde trafik kazaları nedeniyle olay yerinde yaklaşık 150.000 kişinin hayatını kaybettiği tespit edilmiştir.<sup>181</sup> "Trafik

<sup>173</sup> Klaus Wirth/Sabine Swoboda (çev. Hakeri, Hakan), "Trafikte Esrar Kullanımı (Birinci Bölüm)", Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi - 6, Trafik ve Ceza Hukuku, Ankara, 2006, s. 67.

<sup>174</sup> www.emcdda.europa.eu/...cfm/att\_90966\_TR\_TDAD09002TRC.pdf (son erişim 6.1.2015)

<sup>175</sup> Bkz. yukarıdaki rapor, s. 21-22. Yine bkz. Schöh, s. 52; Klaus Wirth/Sabine Swoboda (çev. Hakeri, Hakan), "Trafikte Esrar Kullanımı (İkinci Bölüm)", Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi - 6, Trafik ve Ceza Hukuku, Ankara, 2006, s. 72-73.

<sup>176</sup> Kılıçarslan İsfen, s. 119.

<sup>177</sup> Alman Mahkemelerinin eroin ve kokain gibi "sert" uyuşturucuların kullanımında bile bu yaklaşımı kabul etmediğine dair bkz. Wirth/Swoboda (çev. Hakeri), s. 73.

<sup>178</sup> Wirth/Swoboda (çev. Hakeri), s. 73.

<sup>179</sup> Wirth/Swoboda (çev. Hakeri), s. 74.

<sup>180</sup> Wirth/Swoboda (çev. Hakeri), s. 74.

<sup>181</sup> Trafik Güvenliği Platformu Trafik Eğitim Komitesi Strateji Belgesi, s. 1 (<http://>

terörü" ile mücadele etmek için devletin birçok farklı araca başvurması mümkün ve gereklidir. Bu doğrultuda, 2020 yılına kadar karayolu ölümlerinin %50 oranında azaltılması hedefine<sup>182</sup> uygun olarak, iş dünyası, medya ve sivil toplum kuruluşlarının katılımıyla oluşturulan Trafik Güvenliği Platformu, trafik güvenliği politika ve stratejilerinin belirlenmesi, trafik kuralı ihlallerinin etkileri hakkında toplumda farkındalık oluşturulması, trafik denetim süreçlerine destek sağlanarak kapasite ve etkinliğinin geliştirilmesi gibi konularda çalışmalar yürütmektedir. Örneğin, 2011 yılında polis tarafından 3.461.183 kez alkol denetimi yapılmış, bu sürücülerden tam 308.976'sına cezai işlem uygulanmıştır.<sup>183</sup> Keza, emniyet kemeri takma oranı şehir içi %44, şehir dışı %76 olarak tespit edilmiştir.<sup>184</sup> Bu oranlardan görüldüğü üzere, duyarlılık ve bilinç artırma çalışmaları vazgeçilmez öneme sahiptir. Nitekim bilimsel araştırmaların gösterdiği üzere, yaptırımın caydırıcılığı, kamuoyunun sürekli olarak bilinçlendirilmesi, denetimlerin etkinliği ve görünürlüğü gibi faktörlerle desteklenmesine bağlıdır.<sup>185</sup>

Öte yandan, bir hukuksal yararın korunmasının son aşaması olan, bu yararın ihlali ceza hukuku yaptırımına bağlamak da, TCK m. 179 aracılığıyla gerçekleştirilmiştir. KTK'da öngörülen idari yaptırımların uygulanması suretiyle haksızlık içeriği karşılanamayan<sup>186</sup> bazı fiiller

182 tgp.gov.tr/platform-dosyalari sayfasından indirilebilir)

182 İbid.

183 Trafik Güvenliği Eylem Planı, s. 4.

184 Trafik Güvenliği Eylem Planı, s. 4.

185 Robert E. Mann/Scott Macdonald/Gina Stoduto/Susan Bondy/Brian Jonah/ Abdul Shaikh, "The effects of introducing or lowering legal per se blood alcohol limits for driving: an international review", *Accident Analysis and Prevention* 33 (2001) 569-583, s. 579-580.

186 Öte yandan, KTK'da öngörülen para cezalarının son yıllarda önemli ölçüde artırılmış olmasının, ilk bakışta, caydırıcılık açısından fayda sağlayacağı düşünülebilirdi. Ne var ki, Türkiye bakımından, trafik cezalarının caydırıcı olmadığı vurgulanmıştır (Trafik Güvenliği Eylem Planı, s. 7. Söz konusu plan, T.C. Başbakanlık Personel ve Prensipier Genel Müdürlüğünün Sayı:B.02.0.PPG.0.12-010-06 no.lu genelgesinin ekinde yer almakta olup şu adresten indirilebilir: <http://www.trafik.gov.tr/Sayfalar/TrafikMevzuat/EylemPlani.aspx>). Keza, Avustralya'da yapılan bir araştırmada, daha yüksek miktarda para cezalarının caydırıcılık açısından özel bir etki doğurmadığının tespit edildiğine dikkat çekmek gerekir (Don Weatherburn/Steve Soyer, "The Specific Deterrent Effect of Higher Fines on Drink-Driving Offenders", *The British Journal of Criminology*, Vol. 51, No. 5, 2011, s. 798.) Bu bakımdan, etkisine dair herhangi bir kriminolojik çalışma yapmaksızın, KTK'daki parasal cezaları artırmak suretiyle ihlallerin azalmasını beklemenin bilselliği şüphelidir!

cezai yaptırıma bağlanmak suretiyle, trafik güvenliğinin sağlanmasına dair kamusal yarar en üst düzeyde himaye edilmek istenmiştir.

Tekrara düşmek pahasına, uygulamada önem taşıyan hususlardan *bazılarına* dair görüşlerimi özetlemekte fayda görüyorum:

- 1) TCK m. 179/2'nin uygulanması açısından temel sorun, somut olaydaki davranışın yarattığı somut tehlikenin kanıtlanması olacaktır. Bu bakımdan, salt trafik kurallarına aykırı davranışların varlığını tespit eden tutanaktan hareketle, ihlâl ne kadar bariz ve vahim olursa olsun, ceza verilmesi mümkün olmayacaktır.
- 2) Yukarıda gerekçeleriyle ve örnekli olarak açıklandığı üzere, sürücü belgesi geri alınmış veya iptal edilmiş kişinin araç kullanımının mutlaka bu suçu oluşturacağı yönündeki görüşe veya bu koşullar altında herhangi bir trafik kuralını ihlal eden kişinin bu suçu işlediği görüşüne katılmıyorum. Bu tür yaklaşımlar, fail ceza hukuku anlayışına yaklaşmakta olduğu gibi, TCK m. 179/2'nin "somut tehlike suçu" yapısına da aykırı düşmektedir. Kanaatimce, gerek ehliyeti olmayan gerekse geri alınmış olan sürücü bakımından, TCK m. 179/2'nin uygulanması için, başkasının hayat, sağlık veya malvarlığını somut olayda tehlikeye düşürücü davranışının varlığı kanıtlanmalıdır. Oysa ehliyetsiz olarak araç kullanma şeklindeki tipik hareketin başlı başına bir tehlike arz etmesi nedeniyle cezalandırılması gerektiği görüşü, TCK m. 179/2'yi, ehliyeti olmayanlar veya geri alınanlar bakımından bir soyut tehlike suçuna çevirir.
- 3) TCK m. 179/2'nin gerekçesine göre, "*trafik güvenliği için öngörülmuş bakım ve onarımlar yapılmadan aracın trafiğe çıkarılması hâlinde de*" bu fıkra uygulanabilir. Yukarıda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere, bu öneri kanunilik ilkesine aykırı gözükmemektedir. Zira TCK'nın genel hükümler kısmında ihmali davranışın cezalandırılacağına dair bir hükme yer verilmediği gibi, bu konuda açıklık olan diğer bazı suç tiplerinin aksine, TCK m. 179/2'nin ihmali davranışla işlenebileceği hükümde belirtilmemiştir. Ayrıca, bakım ve onarım konusundaki ihmali, suçun fiil unsurunu oluşturan "sevk ve idare" kavramları kapsamında değerlendirmek de TCK m. 2/3 karşısında mümkün gözükmemektedir.



- 4) TCK m. 179/3'ün uygulanması açısından Yargıtay tarafından belirlenen mutlak sınır, yani 1,00 promilden fazla alkollü çıkan sürücünün bu suçu işlediğinin kabulü, tartışmaya açıktır. Zira, "Tıp biliminde ise hastalık yok hasta vardır ilkesi gereği bireysel farklılıkları dikkate almaksızın herkesi kapsayacak kesin bir alkol düzeyinden bahsetmek çok zordur. Böyle bir sınır ancak alkol düzeyini bireysel farklılıkları ortadan kaldıracak çok üst sınırlara çıkarmak sureti ile mümkün olmaktadır. Bu konudaki Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu'nun görüşü 200 mg/dl'dir."<sup>187</sup> Kaldı ki, farklı ülkelerdeki yasal sınır da farklılık arz etmektedir.

Teorik olarak, 1,00 promilin üzerinde alkollü çıkan tek bir kişinin bile aslında aracı emniyetli şekilde sürmeye hâlâ muktedir olabilmesi mümkünse, bu tespit, içtihat yoluyla mutlak bir karine benimsemenin doğru olmadığını kabûle yeterlidir. Bunu değerlendirirken, getirilen yargısal karineyi, kanda alkol oranının tespitine dair uygulanan yöntemle bir bütün olarak değerlendirmek gerekir.

- a) Konu tıbbi olduğu için, bu makalede hangi oranda kanda alkol yoğunluğunun güvenli olarak araç sürme yeteneğini kesin olarak kaldırdığını tartışmak mümkün değildir. Fakat tıp uzmanlarının önerdiği ve Yargıtay'ın kabul ettiği oran açısından şu hususun dikkate alınmış olması gerekir: şayet tespit edilen bu oran, binde bir ihtimalle bile olsa, aslında emniyetli sürüş yeteneği azalmakla birlikte, asgari ölçüde muhafaza etmekte olan, yani m. 179/3 karşısında aslında masum olan bazı kişilerin, başka hiçbir araştırma yapılmaksızın ve kendilerini temize çıkarma olanağına sahip olmaksızın, mahkûm olmalarına yol açacak potansiyele sahip İSE, bu yargısal karine, başta "in dubio pro reo" ve "masumiyet karinesi" olmak üzere, ceza hukukunun temelinde yatan birçok ilke ve değere aykırı olacaktır. Soyut tehlike suçları zaten kategorik olarak doktriner tartışmaya neden olmakta iken, bir de böyle yargısal bir mutlak karine getirmek, hükmün uygulanmasını daha da sorunlu kılacaktır.

<sup>187</sup> Faruk Aşıcıoğlu, "Türk Hukukunda Alkollü Araç Kullanma", Alkol ve Güvenli Sürüş (ed. Ahmet Belce ve Sefa Saygılı), Türkiye Yeşilay Cemiyeti 1, İstanbul, 2011, s. 63.



- b) Esas sorunlu olan, aşağıda özetleneceği gibi,<sup>188</sup> alkol düzeyinin ispatı açısından kullanılan mevcut metodun (tek bir nefes ölçümü yetebilmektedir) sıhhatinin şüpheli olmasıdır.

Bu son husus, Yargıtay'ın getirdiği mutlak karine ile bir arada değerlendirildiğinde, TCK m. 179/3'ün uygulanmasının haksızlıklara yol açabilecek potansiyeli kabul edilmelidir.

- 5) Buna karşılık, alkol oranı 1.00'in altında olan sürücü açısından, sanığın güvenli sürüş yeteneğini kaybettiğine dair dışa yansıyan bulguların varlığı gereklidir.
- 6) Uygulamaya göre, tespit edilen alkol 0,30 promilin altında ise, emniyetli sürüş yeteneğinin kaybedilip edilmediğine dair araştırma ve muayene yapmaya gerek yoktur. Kanaatimce, alkol düzeyi bunun altında olan sürücünün yine de emniyetli sürüş yeteneğini kaybettiğinden şüphelenen polis, buna ilişkin gerekli tetkikleri yaparak bunları izah eden bir tutanak düzenlemişse, TCK m. 179/3 uygulanabilir: 0,30 promilin altındaki alkol oranının etkisi kişiden kişiye değişmektedir; bu bakımdan, bazı kişileri, somut olayda güvenli araç kullanamayacak duruma sokmuş olması mümkündür.
- 7) Vaktinde ehliyet almış olan fakat aradan geçen zamanda bazı duyularında veya işlevlerinde meydana gelen önemli zayıflamalara rağmen araç sürmeye devam eden kişilerin de, duyudaki işlev veya yetenek kaybının bilincinde olmaları ve bu durumda araç kullanmalarının tehlike arz ettiğini bilmek koşullarıyla, TCK m. 179/3'ten sorumlu tutulmaları mümkündür.
- 8) TCK m. 179/1,2 açısından hükümde aranan tehlikeyi "objektif cezalandırılabilme şartı" olarak değil, suçun bir unsuru ("netice") olarak kabul ettiğimden; failin kastı, bu tehlikeyi kapsmalıdır. Yargıtay da kastın tehlikeyi kapsamı gerektiği yönünde karar vermiştir.<sup>189</sup>
- 9) TCK m. 179/2-3'te düzenlenen suç tipine uyan davranışların gerçekleştirilmesi neticesinde ölüm (veya yaralama) neticesinin meydana gelmesi durumunda, doktrindeki baskın görüşe ve Yargıtay'a

<sup>188</sup> Bkz. aşağıda, 13 no.lu sonuç.

<sup>189</sup> Yar.CGK, 4.2.2014, 12-1566/32 (www.kazanci.com.tr).

göre fikri içtima kuralları gereği hareket edilecektir. Şahsi kanaatime göreyse, TCK m. 179/2-3 ile taksirle neden olunan netice arasındaki ilişki, asli-tali norm kurallarına göre çözümlenmelidir: tehlike suçu olan m. 179'a ilişkin norm, zarar suçu olan m. 85 veya m. 89'un gerisine çekilir ve uygulanmaz. Buna karşılık, mala zarar verme suçu ile ilişki bakımından fikri içtima kurumuna başvurmaktan yanayım, zira m. 151 ile korunan hukuksal yarar sadece mülkiyettir.

- 10) TCK m. 179/3 ile KTK m. 48'daki idari ceza arasındaki ilişki bakımından, KTK'daki 2013 tarihli yasal değişiklikten sonra, Kabahatler Kanunu m. 15/3 hükmü uyarınca hareket edilmeyecektir. 1,00 promilin üzerinde (en az 1,01 promil) alkol çıkması durumunda mutlaka; 0,51-1,00 promil arasında alkol çıkması durumunda, şayet "trafik kazasına sebebiyet" verilmişse, hem idari yaptırım uygulanacak hem de, koşulları varsa, TCK m. 179'a başvurulacaktır.
- 11) KTK m. 48/8 uyarınca, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullandığı tespit edilen sürücü bakımından, kullanılan maddenin türü ve dozu ne olursa olsun, hem idari yaptırım uygulanacak hem de ceza hukukuna başvurulacaktır.
- 12) "Yaptırım" başlığı altında izah edildiği üzere, KTK m. 48/9'daki, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığını ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeyen sürücülere uygulanması öngörülen ceza, hukuk devletinin temel ilkelerinden olan "ölçülülük" prensibine aykırıdır. Zira ölçüm sonucu yasal sınırın üstünde alkollü çıkan sürücünün cezası daha hafif olmaktadır!
- 13) TCK m. 179/3'ten mahkûmiyet hükmü kurabilmek için illa kan örneği üzerinden alkol düzeyinin tespit edilmesi Yargıtay tarafından şart görülmemektedir. Bu yaklaşım, alkolmetre (nefes ölçümü) yoluyla elde edilen verilerin güvenilirliğini şart kılmaktadır. Uygulamada ölçümler büyük ölçüde alkolmetre ile, hem de tek ölçüm şeklinde yapılmaktadır ve bu ölçümlerde yanılma payı hayli yüksektir. Oysa KTK m. 48/6'ya yapılan ekleme sonucunda, bu uygulama kanunlaştırılmıştır. Mevzuatın Kanunu uygulamama-

sında olduğu gibi, ceza kanunu hükümlerine başvurabilmek için mutlaka *kandaki* alkol değerinin tespiti gerekli görülmelidir.

- 14) TCK m. 179/3 açısından, uyuşturucu madde etkisi söz konusu olduğunda, Yargıtay içtihadında her bir maddenin niteliğine göre, hükmün uygulanmasını gerektirecek mutlak limitler belirlenmiş değildir. KTK m. 48/8'in TCK'ya yaptığı genel atfı, her durumda TCK m. 179/3'ün *mutlaka* uygulanmak zorunda olduğu şeklinde anlamak doğru değildir. Her türlü madde kullanımının, dozu ne olursa olsun, güvenli sürüş yeteneğini yok ettiğini söylemek mümkün olmadığı gibi; uyuşturucu veya uyarıcı maddeler bakımından, her insan ve her madde açısından geçerli, standart asgari değerler belirlemek bilimsel açıdan elverişli bir yöntem değildir. Bu durumdan hareketle "sıfır tolerans" uygulanması gerektiğine dair yaklaşım da şüpheden sanık yararlanır ilkesine aykırı düşer. Bu nedenlerle, her somut olayda, alınan maddenin güvenli şekilde araç sürme yeteneğini ortadan kaldırmış olduğu delillerle kanıtlanmalıdır.

### Kaynakça

- Arslan Çetin/Azizağaoğlu Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004
- Artuk Mehmet Emin/ Alşahin, Mehmet Emin, Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanlaşımı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan), Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, İstanbul, 2013
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuk Genel Hükmümler, 8. Baskı, Ankara, 2014 ("Ceza Genel")
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuk Özel Hükmümler, 14. Baskı, Ankara, 2014
- Aşıcıoğlu Faruk, Türk Hukukunda Alkollü Araç Kullanma, in: Alkol ve Güvenli Sürüş (ed. Ahmet Belce ve Sefa Saygılı), Türkiye Yeşilay Cemiyeti 1, İstanbul, 2011
- Aşıcıoğlu Faruk/Yapar Belkıs/Tütüncüler Aliye/Belce Ahmet, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu Açısından Alkol, *Adli Tıp Dergisi*, Yıl 2009, Sayı 23 (3)
- Cammiss Steven/Cunningham Sally Kyd, Swift and sure justice? Mode of trial for causing death by driving offences, *Criminology and Criminal Justice*, 2014 (doi:10.1177/1748895814553131)
- Canestrari Stefano/Cornacchia Luigi/De Simone Giulio, Manuale di Diritto Penale – Parte Generale, Bologna, 2007
- Centel Nur, Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179/3), *Recht-sbrücke/Hukuk Köprüsü*, Sayı 2, 2012

- Centel Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, İstanbul, 2014
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Bası, İstanbul, 2014 ("Ceza Genel")
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: I, 2. Bası, İstanbul, 2011
- Çakmut Yenerer Özlem, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları (TCK m. 179-180), in: Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Cilt: III (yayına hazırlayanlar E. Hilgendorf ve Y. Ünver), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No: 18, İstanbul 2010
- Çınar Ali Rıza, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçlarından Türk Ceza Yasasının 179/3. Maddesindeki Alkollü Araç Kullanma Suçu, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 10, Eylül 2010 ("Çınar, Fasikül")
- Çınar Ali Rıza, Ceza Yasasında Alkollü Araç Kullanma Suçu, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu - "Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları", Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142, Ankara 2008 ("Çınar, Sempozyum")
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, 2014
- Demirel Muhammed, Karar Analizi: Tehlike Suçları - Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi, İÜHFİM, C. LXXI, S. 1, 2013
- Demiryolu, Denizyolu, Havayolu ve Karayolu Kaza İstatistikleri, Kaza Araştırma ve İnceleme Kurulu, Ankara 2013
- Doğan Koray, Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtima Sorunu, TAAD, Yıl:5, Sayı: 16, Ocak 2014
- Donay Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, 2007
- Fahl Christian (çev. Çakmut Yenerer Özlem), Alman Ceza Kanunu Prg. 316: Bisiklet Sürücülerinin Araç Kullanamama - Ehliyetsizlik Hali, Trafikte Alkol, Uyuşturucu Madde ve İlaç, in: Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi - 6, Trafik ve Ceza Hukuku, Ankara, 2006
- Fiandaca Giovanni/Musco Enzo, Diritto Penale Parte Generale, Sesta edizione, Bologna, 2009
- Global Plan for the Decade of Action for Road Safety 2011-2020, UN GA A/RES/64/255
- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2012 ("Ceza Genel")
- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler - Toplum Karşı Suçlar, Ankara, 2012 ("Özel Hükümler")
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2015
- Hancı Hamit, Türk Ceza Yasasına Göre Alkollü Araç Kullanmanın Güvenli Sürüş Yeteneğine Etkileri Çalışmayı" Sonuç Bildirgesi ([http://www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_1159.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1159.htm))
- Heinrich Bernd (ed. Yener Ünver); Ceza Hukuku Genel Kısım-I, Ankara, 2014
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2014
- Kanbur Mehmet Nihat, Türk Ceza Kanununda Mevcut Hükümler Çerçevesinde İh-

- mal Suretiyle İcra Suçlarına İlişkin Sorunlar Üzerine Değerlendirmeler, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı: 18, Nisan 2012
- Kangal Zeynel Temel, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Ankara, 2010
- Kangal Zeynel Temel, *Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları*, İÜHFİM, C. LXVIII, S.1-2, 2010
- Karayolları Genel Müdürlüğü Trafik Kazaları Özeti 2013, Temmuz 2014
- Kılıçarslan İsfen Sibel, *Alman ve Türk Ceza Hukukunda Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları* (AlmCK m.d 315 ila 316 ve TCK md. 179), Ankara, 2013
- Koca Mahmut, *Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu* (TCK m. 179/2, 3), *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Sayı 11-12, Temmuz-Ağustos 2005
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara, 2014
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (BAU -CMK), Cilt I (CMK 1-156), İstanbul, 2013
- Malkoç İsmail, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu* (Madde 1-187), 1. Cilt, Ankara, 2007
- Mantovani Ferrando, *Diritto Penale Parte Generale*, VII edizione, Padova, 2011
- Mann Robert E./Macdonald Scott / Stoduto Gina /Bondy Susan /Jonah Brian /Shahikh Abdul, "The effects of introducing or lowering legal per se blood alcohol limits for driving: an international review", *Accident Analysis and Prevention* 33 (2001)
- Meran Necati, *Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 2.Bası, Ankara, 2007
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara, 2014 ("Ceza Genel")
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/ Bacaksız Pınar/Tepe İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, 2014 ("Ceza Özel")
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/ Bacaksız Pınar/Tepe İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, 2014
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, Ankara, 2014
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 14. Baskı, Ankara, 2014
- Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt II, Ankara 2007
- Pecka Raymond C./ Gebers Michael A./ Voas Robert B./Romano Eduardo, "The relationship between blood alcohol concentration (BAC), age, and crash risk", *Journal of Safety Research* 39 (2008)
- Schöh Heinz (çev. Hakeri, Hakan), *Trafikte Alkol, Uyuşturucu Madde ve İlaç*, in: *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi - 6, Trafik ve Ceza Hukuku*, Ankara, 2006
- Soyer Güleç Sesim, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar*, HPD, Sayı 9, Aralık 2006
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel*

- Hukuku, 11. Baskı, Ankara, 2014
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 18. Baskı, Ankara, 2012
- Üzülmez İlhan/Akkaş Ahmet Hulusi, "Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları", *Erciyes ÜHFD* 2007, c: II, sy: 1-2, sh: 71-87.
- Weatherburn Don/ Moffatt Steve, "The Specific Deterrent Effect of Higher Fines on Drink-Driving Offenders", *The British Journal of Criminology*, Vol. 51, No. 5, 2011
- Wirth Klaus/Swoboda Sabine (çev. Hakeri, Hakan), Trafikte Esrar Kullanımı (Birinci Bölüm), in: *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi - 6, Trafik ve Ceza Hukuku*, Ankara, 2006
- Wirth Klaus/Swoboda Sabine (çev. Hakeri, Hakan), Trafikte Esrar Kullanımı (İkinci Bölüm), in: *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi - 6, Trafik ve Ceza Hukuku*, Ankara, 2006
- Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt IV (Madde 147-204)*, Ankara 2010
- Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi, in: *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi - 6, Trafik ve Ceza Hukuku*, Ankara, 2006
- Zafer Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75) Ders Kitabı*, 4. Bası, İstanbul, 2015

# ASKERİ CEZA HUKUKUNDA RÜŞVET SUÇU (AsCK m.135)

## THE OFFENSE OF BRIBERY IN MILITARY CRIMINAL LAW (Military Criminal Code: 135th article)

Gökhan Yaşar DURAN\*

**Özet:** Rüşvet suçu, Askerî Ceza Kanunu (AsCK)'nin 135'nci maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bu suç düzenlenişi bakımından sadece Türk Ceza Kanunu (TCK)'nin rüşvet suçunu düzenleyen maddelerine atıfta bulunulmakla yetinmiştir. Makalemizde bu suç tipinin, unsur ve özellikleri açıklanacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Rüşvet, rüşvet anlaşması, askerî hizmet

**Abstract:** The offence of bribery has been regulated in Article 135 of the Military Penal Code (AsCK). However, this crime, in terms of its regulation, is set out in the AsCK only by making reference to the articles of the Turkish Penal Code (TCK) that set out the offence of bribery. The elements and features of this type of crime will be explained in this article.

**Keywords:** Bribery, bribery agreement, military service

## I. SUÇLA İLGİLİ GENEL AÇIKLAMALAR

### A. MADDENİN DÜZENLENİŞİ

#### 1. Rüşvet Suçunun AsCK'da Düzenlenişi (AsCK m.135)

Rüşvet suçu, AsCK'nın 'Dokuzuncu Fesil ('Hizmet ve Vazifenin İhhlali'), 135'nci maddesinde şöyle düzenlenmiştir: "Askerî şahıslardan herhangi biri Türk Ceza Kanununun 3üncü babının 3üncü faslında yazılı suçlardan birini işlerse o fasıldaki cezalarla cezalandırılır". AsCK'da yer alan bazı askerî suç düzenlemelerinde, suça ilişkin unsurlara maddede yer verilip sadece suçun cezası bakımından TCK'ya atıf yapılırken<sup>1</sup> AsCK m.135'de,

\* İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> "Başkasının yaralanmasına ve ölmesine sebep olanlar" başlıklı AsCK'nın 146'nci maddesi buna örnek olarak gösterilebilir. Madde şöyledir: "Silahları ve cephane-



TCK'da düzenlenen rüşvet suçunun tüm unsurlarına ve cezasına atıf yapılmaktadır. Diğer bir anlatımla AsCK m.135'de, suçun unsur ve cezaları bakımından maddenin içi kanun koyucu tarafından doldurulmamış, bu boşluk genel ceza kanununda yer alan rüşvet suçuna atıf yapılarak tamamlanmıştır.<sup>2</sup>

Suçun askerî suç niteliğine gelince; doktrinde asker olmayan kim-seler tarafından da işlenebilen, askerî bir menfaati korumak amacı güden, askerî bir hizmet veya görevin ihlali suretiyle işlenmesi gerekli olmayan ve yapılan atıf dolayısıyla unsurları kısmen ya da tamamen genel nitelikteki kanunlarda öngörülmüş askerî suçlar '*askerî suç benzerleri*' olarak tanımlanmıştır.<sup>3</sup> Bu tanıma göre, AsCK m.135 unsurları tamamen genel nitelikte bir kanun olan TCK'ya atıfta bulunduğundan bu özelliği itibarıyla askerî suç benzeri niteliğindedir.<sup>4</sup>

Bu durumda AsCK m.135 ile TCK'da düzenlenen rüşvet suçu arasında bir fark olup olmadığı sorgulanabilir. Doktrindeki görüşlerde, maddenin düzenlendiği '*Hizmet ve Vazifenin İhlali*' konulu fasıl başlığından yola çıkılarak, AsCK m.135'e askerî suç niteliği veren tek şeyin, suçun askerî hizmete ait bir vazifenin ihlali kapsamında işlenmesi olduğu açıklanmıştır.<sup>5</sup> Kanaatimizce bu fark dışında suçun ileride incelenecek faileri de bu ayrıma dahil edilmelidir.

Burada açıklanması gereken bir başka nokta, AsCK m.135'in atıfta

---

si hakkında dikkatsizlik ve nizamlara ve emirlere talimatlara riayetsizlik dolayısıyla başkasının yaralanmasına veya ölmesine sebep olanlar hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 455 ve 459 uncu maddelerine göre ceza verilir".

<sup>2</sup> Doktrinde bu husus eleştirilmiştir: "...Alman Askerî Ceza Kanunu'nda rüşvete ait hükümler ayrıca yazılıdır: «140: her kim hizmet ve vazifenin ihlâlini ihtiva eden bir fiil için, hediye veya sair menfaatler alır, ister, vadettirirse rüşvet dolayısıyla beş seneye kadar kürek cezasile cezalandırılır. Az vahim hallerde üç aya kadar hürriyeti tahdit eden bir ceza hükmolunur.» Bizim kanunumuza bu suçun ayrıca konulmaması büyük bir noksanıdır, muğlak bir ifade ile yazılmış olan 135inci maddedeki rüşvet suçunun hangi işlere dair olacağı gösterilmemiş olduğundan bu noksanın giderilmesi için gerekli değişiklikler yapılmalıdır" (Rıfat Taşkın, Askerî Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 1941, s.232).

<sup>3</sup> Sahir Erman, Askerî Ceza Hukuku, İstanbul, 1983, s.151; Zeynel Kangal, Askerî Ceza Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2012, s.91; Olgun Değirmenci, Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2014, s.109.

<sup>4</sup> Kangal, s.92.

<sup>5</sup> Taşkın, s.232; Benzer görüş Orhan Çelen, Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı, Örnekli, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, Askerî Ceza Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2013, s.454.

bulunduğu hükme hangi kanunun uygulanacağı hususudur. Diğer bir anlatımla AsCK m.135'in uygulaması, bu maddenin atıfta bulunduğu mülga 765 sayılı TCK'nın rüşvet suçunu düzenleyen maddelerine göre mi, yoksa bu hükümlere karşılık gelen 5237 sayılı yeni TCK'da düzenlenen rüşvet suçu hükümlerine göre mi yapılacaktır. 5237 sayılı TCK'nın kabul edilmesiyle birlikte bu kanunun yürürlük ve uygulama şeklini gösteren 5252 sayılı Kanun'un 3'ncü maddesinde<sup>6</sup> bu konuya açıklık getirilerek diğer kanunların mülga 765 sayılı TCK'ya yaptığı yollamalar artık yollama yapılan eski kanunun yeni TCK hükümlerinde karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılacaktır. Bu nedenle AsCK m.135'de yer alan, "*Türk Ceza Kanununun 3'üncü babının 3'üncü faslında yazılı suçlar...*" cümlesinin anlamı, 765 sayılı mülga TCK'nın rüşvet suçunu düzenleyen maddelerine karşılık gelen 5237 sayılı TCK'nın 252, 253 ve 254'ncü maddeleri olacaktır.<sup>7</sup> AsCK m.135'in daha iyi anlaşılması bakımından bu maddenin atıfta bulunduğu TCK'nın rüşvet suçunu düzenleyen bu maddeleri incelenmelidir.

## 2. Rüşvet Suçunun TCK'da Düzenlenişi (TCK m.252-254)

Rüşvet suçları 765 sayılı mülga TCK'nın ikinci kitabının '*Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler*' başlıklı Üçüncü Bab'ının '*Rüşvet*' başlıklı Üçüncü Fasil, 211-217'nci maddeleri arasında düzenlenmişti.<sup>8</sup> Daha

<sup>6</sup> 5252 sayılı TCK'nın 3'ncü maddesi şöyledir: "(1)Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır. (2) Mevzuatta, yürürlükten kaldırılmış Türk Ceza Kanununun kitap, bab ve fasıllarına yapılmış olan yollamalar, o kitap, bab ve fasıl içinde yer almış hükümlerin karşılığını oluşturan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun maddelerine yapılmış sayılır".

<sup>7</sup> 765 sayılı (mülga) TCK'nın 211-217'nci maddelerine 5237 sayılı yeni TCK'nın karşılık gelen maddeleri şöyledir: Eski TCK'nın 211, 212, 213, 214'ncü maddeleri yeni TCK'nın 252'nci maddesi, 215'nci maddesi yeni TCK'da 254'ncü maddesine karşılık olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'da bu suça ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 216 ve 217'nci maddelerin ise yeni TCK'da herhangi bir karşılığı bulunmamaktadır (Gürsel Yalvaç, Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, 13.Baskı, Ankara 2013, Eski/Yeni TCK Karşılaştırma Tablosu, s.117).

<sup>8</sup> 765 sayılı mülga TCK'da rüşvet suçu, 211'nci maddede tanımlanmış, failleri açıkça gösterilmiş, rüşvet almak(m.212) ve rüşvet vermek(m.213) suçları ikili bir ayrımla yaptırım altına alınmış müteakip maddelerde rüşvet vermenin özel ağırlaştırıcı nedeni(m.214), rüşvet verme ve alma ile ilgili cezasızlık sebebi(m.215), rüşvete aracılık edenlerin durumu(m.216),rüşvet olarak verilen şeyin müsaderesi ile ilgili yasal düzenlemelere(m.217) yer verilmiştir (Bu açıklamalar için bkz.Erdal Baydemir, "5237 sayılı TCK Kapsamında Rüşvet Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.88, 2010, s.333).

sonra Avrupa Birliği(AB)'ne uyum çerçevesinde hazırlanan suçlara ve cezalara ilişkin yeni düzenlemeler getiren 5237 sayılı yeni TCK'da, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, AB uyum süreci ve yolsuzlukla mücadele alanında yapılan çalışmalar göz önüne alınarak, bu suç, 765 sayılı mülga TCK düzenlemesinden daha farklı bir yapıya bürünmüştür.<sup>9</sup> Nitekim 5237 sayılı yeni TCK'nın yürürlüğe girmesiyle rüşvet suçu, TCK'nın İkinci Kitabı'nın 'Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükmümler' başlığı altında Dördüncü Kısım, Birinci Bölümü'nde 'Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar' başlığı altında, TCK'nın 252-254'ncü maddeleri arasında düzenlenmiştir.<sup>10</sup> TCK'nın "Rüşvet" başlığını taşıyan 252'nci maddesinin (5377 sayılı Kanun'un 28'nci maddesiyle değişik 5'nci fıkrası hariç) orijinal metni aşağıdaki gibiydi.

*"(1) Rüşvet alan kamu görevlisi, dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Rüşvet veren kişi de kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.*

*(2) Rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.*

*(3) Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.*

*(4) Birinci fıkra hükmü, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler ya da halka açık anonim şirketlerle hukuki ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukuki ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması halinde de uygulanır.*

<sup>9</sup> Ufuk Ünlü, "Son Değişiklik Kapsamında Rüşvet Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012 (102), s.324.

<sup>10</sup> Baydemir, s.333.

(5) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/28 md. ) *Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adli bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının, yapılanma şekli ve görev alanı ne olursa olsun, devletler, hükümetler veya diğer uluslararası kamusal örgütler tarafından kurulan uluslararası örgütlerin görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslar arası ticarî işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır. ”*

Yukarıda açıklanan madde ve bu madde ile bağlantılı olan ‘etkin pişmanlık (TCK m.254)’ hükmü düzenlenişinden kısa bir süre sonra 02. 07. 2012 tarih ve 6352 sayılı ‘Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun’ ile değişikliğe uğramıştır.<sup>11</sup> Bu değişiklikler özetle şöyledir:

765 sayılı mülga TCK’da yer alan basit rüşvet suçu yerine 5237 sayılı TCK’nın 257’nci maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçuna 3’ncü fıkra olarak ilave edilen, ‘Görevin Gereklere Uygun Davranması İçin veya Bu Nedenle Çıkar Sağlamak Suretiyle Görevi Kötüye Kullanma Suçu’, bu madde metninden çıkarılmıştır (6352 s.K.m.105/5-b).

İrtikap suçuyla ilgili olarak TCK’nın 250’nci madde 1’nci fıkrasına eklenen, ‘Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendirebileceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir’ şeklindeki ikinci cümle eklenmiştir. Bu değişiklikle rüşvetin uygulama alanı çok daraltılmıştır.<sup>12</sup>

6352 sayılı Kanun’la yapılan yukarıda özetlenen değişiklikler sonucu Rüşvet suçunu düzenleyen 252’nci maddenin yürürlükteki son hali aşağıdaki şekle dönüşmüştür:

<sup>11</sup> 6352 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde, bu değişikliğin nedeni, uluslararası kuruluşların tavsiye kararlarına dayandırılmıştır (Ünlü, s.331).

<sup>12</sup> Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R.Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 9.Baskı, 2013, s.874.

## 1. Rüşvet

'Madde 252- (Değişik: 2/7/2012-6352/87 md.)

(1) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracilar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracilar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi de birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.

(3) Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(4) Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir.

(5) Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.

(6) Rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.

(7) Rüşvet alan veya talebinde bulunan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(8) Bu madde hükümleri;

a) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları,

b) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler,

c) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar,

d) Kamu yararına çalışan dernekler,

e) Kooperatifler,

f) Halka açık anonim şirketler, adına hareket eden kişilere, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi; bu kişiler tarafından talep veya kabul edilmesi; bunlara aracılık edilmesi; bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi halinde de uygulanır.

(9) Bu madde hükümleri;

a) Yabancı bir devlette seçilmiş veya atanmış olan kamu görevlilerine,

b) Uluslararası veya uluslararası mahkemelerde ya da yabancı devlet mahkemelerinde görev yapan hâkimlere, jüri üyelerine veya diğer görevlilere,

c) Uluslararası veya uluslararası parlamento üyelerine,

d) Kamu kurumu ya da kamu işletmeleri de dahil olmak üzere, yabancı bir ülke için kamusal bir faaliyet yürüten kişilere,

e) Bir hukuki uyuşmazlığın çözümü amacıyla başvuru tahkim usulü çerçevesinde görevlendirilen vatandaş veya yabancı hakemlere,

f) Uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak kurulan uluslararası veya uluslararası örgütlerin görevlilerine veya temsilcilerine, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması ya da uluslararası ticari işlemler nedeniyle bir işin veya haksız bir yararın elde edilmesi yahut muhafazası amacıyla; doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi ya da bunlar tarafından talep veya kabul edilmesi halinde de uygulanır.

(10) Dokuzuncu fıkra kapsamına giren rüşvet suçunun yurt dışında yabancı tarafından işlenmekle birlikte;

a) Türkiye'nin,

b) Türkiye'deki bir kamu kurumunun,

c) Türk kanunlarına göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisinin,

d) Türk vatandaşının, tarafı olduğu bir uyuşmazlık ya da bu kurum veya kişilerle ilgili bir işlemin yapılması veya yapılmaması için işlenmesi halinde, rüşvet veren, teklif veya vaat eden; rüşvet alan, talep eden, teklif veya vaadini

*kabul eden; bunlara aracılık eden; rüşvet ilişkisi dolayısıyla kendisine menfaat temin edilen kişiler hakkında, Türkiye’de buldukları takdirde, resen soruşturma ve kovuşturma yapılır’.*

AsCK m.135 uygulaması bakımından bu maddenin atıfta bulunduğu yukarıda açıklanan TCK’nın 252’nci madde hükmü esas alınacaktır. Bu noktada Yargıtay’ın bu suçun sivil failleri ile ilgili verdiği kararları şüphesiz askerî mahkemeler için de yol göstericidir. Ancak Askeri Yargıtay’ın bağımsız bir yüksek mahkeme olarak gerek denetim mercii sıfatıyla gerekse ilk ve son derece mahkemesi olarak vereceği kararlarında, TCK’nın 252’nci maddesini, Yargıtay’dan bağımsız olarak yorumlama yetkisine sahip olduğu unutulmamalıdır.

## B. SUÇA İLİŞKİN BAZI KAVRAM VE TANIMLAR

### 1. Rüşvet Tanımı

6352 sayılı Kanun’la değiştirilen TCK’nın 252’nci madde 1’nci fıkrasına göre, **rüşvet bir kamu görevlisinin**, ‘Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağla(nması)’ şeklinde tanımlanmaktadır. Diğer bir anlatımla rüşvet, görevli veya temsilcinin görevinden doğan bir işlemi yapmaması veya geciktirmesi veya görevine aykırı bir işlem yapması için kendisi veya üçüncü şahıs yararına para veya faydalı bir başka şey alması veya menfaat vaadini kabul etmesidir.<sup>13</sup> Bu tanıma göre rüşvet suçunun oluşması için kanaatimizce iki unsur önem taşımaktadır. Bunlardan ilki, taraflar arasında bir rüşvet anlaşması olması ve diğeri, rüşvet konusu yapılması veya yapılması gereken kamu görevlisinin görev ve yetki alanında bulunan bir işin bulunmasıdır.

6352 sayılı Kanun’la yapılan değişik sonucu 5237 sayılı TCK’nın rüşvet suçunu **düzenleyen 252’nci maddesinin orijinal metninden** farklı olarak, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranması zorunluluğu kaldırılmıştır. Yani hukuka uygun bir işlemi yapması veya yapmaması için de olsa, menfaat sağlanmışsa rüşvet suçu

<sup>13</sup> Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9.Bası, Ankara 2012, s.681.



oluşacaktır.<sup>14</sup> Yapılan veya yapılmayan işin ayrı bir suç oluşturması durumuna ileri de içtima bahsinde değinilecektir.

## 2. Görevin İfası İle İlgili İş

### a. TCK m.252 Bakımından

Rüşvet suçunun oluşabilmesi için yapılması veya yapılmaması istenen işin kamu görevlisinin görevine giren bir iş olması gerekmektedir.<sup>15</sup> Nitekim bu husus, TCK m.252'nin madde gerekçesinde, "*Rüşvet suçunun oluşabilmesi için amaçlanan şeyin kamu görevlisinin görevine giren bir iş olması gerekir. Kamu görevlisinin görevine girmeyen bir işin yapılması amacıyla menfaat temini halinde, rüşvet suçu oluşmaz*" şeklinde açıklanmıştır.<sup>16</sup> Aksi halde, yani kamu görevlisinin görevine girmeyen bir işin yapılması amacıyla menfaat sağlanması ya da kamu görevlisinin o görevle ilgili olarak hukuka uygun bir biçimde görevlendirilmemiş olması halinde rüşvet suçu oluşmayacaktır. Ancak kamu görevlisinin bu eylemi şartları varsa, somut olayın özelliğine göre nüfuz ticareti veya dolandırıcılık suçunu oluşturabilir.<sup>17</sup> Nitekim TCK m.252'nin madde gerekçesinde de, "*...Gördürülmesi amaçlanan işin kamu görevlisinin görevine girmemesi halinde, rüşvet suçunun değil, nüfuz ticareti suçunun oluştuğu*" açıklanmıştır.<sup>18</sup>

Kamu görevlisinin söz konusu işle dolaylı olarak vazifeli olması, "görev" kavramının anlam ve kapsamı konusunda doktrinde bazı tartışmalara neden olmuş ancak bu konuda bir görüş birliği sağlanama-

<sup>14</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13.Baskı, Ankara 2013, s.1035; AsCK m.135'in yer aldığı "Hizmet ve vazifenin ihlali" fasıl başlığından, rüşvet suçunun mutlaka kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranarak hizmet ve vazifeyi ihlal suretiyle işlenmesi sonucu çıkarılabilir. Mülga 765 sayılı TCK dönemindeki rüşvet tanımına göre maddenin bu manada doğru fasıl başlığı altında düzenlendiği söylenebilir de, 5237 sayılı TCK'da rüşvet suçunun oluşumu bakımından artık hizmet ve vazife aksatılmadan hukuka uygun bir işlemin yapılması ile de bu suç işlenebileceğinden, diğer bir deyişle rüşvet sonucunda herhangi bir hizmet veya vazifenin ihlal edilmiş olması aranmadığından yeni düzenlemedeki rüşvet tanımı ile AsCK m.135'in düzenlendiği fasıl başlığı kanaatimizce birbirleri ile uyumlu değildir.

<sup>15</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1035.

<sup>16</sup> Baytemir, s.349.

<sup>17</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1035, 1037.

<sup>18</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1035.

mıştır.<sup>19</sup> Bazı görüşlerde, söz konusu işin kamu görevlisinin çalıştığı dairenin yetkisi dahilinde olması halinin, somut olayın **özelliğine** göre rüşvet suçunu oluşturabileceği açıklanmıştır. Yine bu işe, kamu görevlisinin başka kamu görevlileriyle birlikte yapacağı işlerde dahildir. Kamu görevlisinin yaptığı işin bir başka makam tarafından iptal edilebilir olması ya da işlemin diğer kamu görevlilerinin imza ya da mührüyle tekemmül etmesi, işin onun görevine girmediğini göstermez. Somut olayda hâkim, mevzuat hükümlerine göre işin kamu görevlisinin görev kapsamı içinde olup olmadığını takdir edecektir.<sup>20</sup>

### b. AsCK m.135 Bakımından

TCK m.252 ile AsCK m.135 bakımından en önemli ayırım bu noktadadır. Yukarıda açıklandığı üzere bu suça askerî nitelik veren en önemli özellik kamu görevlisinin görevine giren işin askerî bir iş olmasıdır. Burada bahse konu iş, rüşvet alan asker kişi suç failinin görevine giren iştir. Nitekim Askerî Yargıtay da bu hususu; 'İşlenmesi en az iki kişinin bir araya gelmesine bağlı toplu suçlardan olan rüşvet suçunun oluşabilmesi için taraflar arasında serbest iradelerin ürünü olan ve karşılıklı rızaya dayalı bulunan bir ön anlaşmanın 'rüşvet sözleşmesinin' bulunması, ayrıca rüşvet fiili ile sanığın görevi arasında sebebiyet bağının bulunması, başka bir deyişle rüşvet karşılığı yapılması veya yapılmaması istenen işin sanığın görevi cümlesinden olması gerekmektedir' şeklinde açıklamıştır.<sup>21</sup>

AsCK m.135 hükmünde askerî işin ne olduğu konusunda herhangi bir açıklama bulunmamasına rağmen, kanaatimizce bu konu, 'askerî hizmet' kavramının tanımlandığı 211 sayılı İç Hizmet Kanunu ve AsCK'nın ilgili hükümleri ile açıklanabilir. Nitekim 211 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesine göre hizmet; 'Kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir'. AsCK 12'nci maddesine göre ise

<sup>19</sup> Baytemir, s.349.

<sup>20</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1036.

<sup>21</sup> As.Yrg.Drİ.Krİ., 11.6.1987, E.122, K.105, Orhan Çelen, En Son İçtihatlı, Notlu, Açıklamalı, Örnekli, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askerî Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, Ankara 1997, s.379. (Bu kitaba Çelen, 1997 şeklinde atf yapılacaktır).

hizmet; “...gerek malûm ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askerî vazifenin madun tarafından yapılması hâlidir”. Doktrinde bu iki tanım birlikte değerlendirilerek, ‘hizmet halinin; kanunlarla nizamlarda yapılması veya yapılmaması yazılı olan hususlardan başka, amirin askerî bir vazife ile ilgili veya askerî bir vazifeye yönelik olarak vermiş olduğu emirler olduğu açıklanmıştır.’<sup>22</sup>

Askerî işin ne olduğu konusu açıklandıktan sonra bir başka husus, bu işin kamu görevlisinin görevine giren bir iş olması şartıdır. Bu konu kanaatimizce askeri vazife kavramı ile açıklanabilir. Nitekim 211 sayılı İç Hizmet Kanunu’nun 7’nci maddesinde askerî vazife; ‘Hizmetin icap ettirdiği şeyi yapmak veya yapmamaktır’ şeklinde tanımlanmıştır. Bu hüküm göz önüne alındığında, asker kişilerin vazifesi, kanunlarla nizamlarda yapılması yazılı olan işlerle, amirler tarafından emredilen işlerin yapılması ve yasak edilen işlerin yapılmamasıdır.<sup>23</sup> Burada bahsedilen işin ise askerî hizmete ilişkin bir iş olduğu hususunda kanaatimizce şüphe yoktur.

Askerî mevzuat hükümleri içinde asker kişilerin bakımından görev konusunu belirleyen bazı açık düzenlemeler bulunmaktadır. Nitekim İç Hizmet Kanunu’nun ‘Rütbe Sahibinin Vazifeleri’ başlıklı 74’ncü maddesinde, ‘Hangi rütbe sahibinin hangi birlik ve askerî kurumda ne gibi vazife alacağı kadrolarda tesbit edil(eceği)’ açıklanmıştır. Kanaatimizce rüşvet suçuna konu askerî işin failin bu hüküm gereği kadro görevi ile ilgili bir askerî iş olması gerekecektir.

Atamaya yetkili makamlar tarafından subay ve astsubayların önceden belirlenmiş kadro görevlerine yapılacak atamaların ne şekilde yapılacağına ilişkin hususlar 926 sayılı TSK Personel Kanunu’nun ilgili maddelerinde (m.117-124) belirlenmiştir. Bir göreve atanan kişi, atandığı göreve fiilen başlamakla işgal ettiği makamın yetkilerine haiz olacaktır. Yine bu kadro görevlerine asaleten veya vekaleten atanmak mümkündür. Bunun dışında bir göreve vekâlet etmekte her zaman mümkündür. Amirin görevden geçici olarak ayrılmasını gerektiren (izin, istirahat, hava değişimi, kurs, geçici görevlendirme vb.) sebeplerle uzaklaşılması halinde, İç Hizmet Yönetmeliği’nin 34’ncü madde-

<sup>22</sup> Değirmenci, s.62.

<sup>23</sup> Değirmenci, s.63.

sine göre ayrılan amirden sonra gelen en kıdemli subay ya bırakılan vekâletle ya da olağanüstü hâllerde duruma göre kendiliğinden emir komutayı devralmaya fiilen başladığı an o makamın yetkilerine haiz olacaktır.<sup>24</sup>

Uygulamada Askerî Yargıtay kararlarında rüşvet suçunun oluşup oluşmadığı yukarıda açıklanan unsurlar bakımından öncelikle değerlendirilmektedir. Nitekim Askerî Yargıtay kararlarında; *'Sanık Ord.Yb.H.T.'nin görevi itibarıyla Akaryakıt taşıma işinin bayilere verilmesi, kontenjan ayrılması ve artırılması konusunda tek belirleyici olması, diğer sanıkların bu durumu bilmesi, sanık H.nin de bunun bilinci ile kimi sanıklar-la yüz yüze görüşmelerinde istenilen para verilmediği takdirde taşıma işinin de verilmeyeceğini muhatabın yüzüne karşı söylemekten çekinmemesi, hatta parası olmadığını söyleyenlerden çek olarak bunu tahsil etmekte hiçbir çekince göstermemesi*<sup>25</sup>, *'Nöbetçi çavuşlarının yoklamalarında bulunmayan erati gayri mevcut göstermeleri görevleri cümlesinden bulunduğu cihetle, nöbetçi çavuşuna kendisini yoklamada mevcut olmadığı halde mevcutmuş gibi göstermesi için para ver(ilmesi)*<sup>26</sup>, *'Nöbetçi subaylığı görevi sırasında içki içerken yakaladığı üç er hakkında tutanak tutarak işlem yapmak üzere birlik komutanlarına bilgi vermesi gerekirken bu işlemi yapmaması karşılığında üç milyon lirayı bu erlerden alıp menfaat temin etmesi*<sup>27</sup> eylemlerinde, gerek askeri iş gerekse de rüşvet alan failin görevi noktasında rüşvet suçunun oluştuğunu açıklamıştır.

Buna karşılık Askerî Yargıtay, *'As.Konak K.lığında yazıcı er olarak çalışan sanığın fiili; izinden geç dönen aynı birlik erlerinden ...hakkındaki tahkikat evrakını, 400 lira verdiği takdirde askerî mahkemeye gönderilmesine mani olacağını söylemek suretiyle adı geçen erden menfaat sağlaması*<sup>28</sup>, *'İzin vermeye yetkili olmayan sanık astsubayın er'i memleketine göndermesi ve bunun karşılığında para alması*<sup>29</sup>, *'Erat dağıtımın komisyo-*

<sup>24</sup> Değirmenci, s.71.

<sup>25</sup> As.Yrg.1.D. 11.06.2007, E.2007/1013, K.2007/1196, Cihan Koç, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği Askeri Ceza Kanunu Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) Disiplin Kanunu ve Yüksek Disiplin Kurulları Yönetmeliği Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, 21.Baskı, Ankara 2014, s.697.

<sup>26</sup> As.Yrg.4.D. 10.2.1970 E.68 K.58, Özbakan, s.338.

<sup>27</sup> As.Yrg.1.D. 12.07.2006, E.2006/1176, K.2006/1168, Koç, s.696.

<sup>28</sup> As.Yrg.Drl.Krl. 11.12.1964 E.115 K.130, Özbakan, s.337.

<sup>29</sup> As.Yrg.Drl.Krl. 29.11.1979 E.47 K.94, Özbakan, s.338.

nunda aza olan sanığın, karşılıklı anlaşmaya istinaden kendilerini istedikleri mahallere gönderilmelerini temin zımnında erattan menfaat temin edilmesi<sup>30</sup>, sanık öğretmen yüzbaşının 'Hazırlama okulunda okuyan oğlunun sınıf geçmesi ve muhabere sınıfına ayrılması vaadiyle müşteki anneden 500000 TL. para al(ması)<sup>31</sup> eylemlerinde, rüşvet alan suç faillerin eylemlerinin 'tervici merama muktedir olmadığı halde'<sup>32</sup> olduğundan bahisle menfaat sağlamak suçunu oluşturduğu, bu eylemlerin rüşvet suçunu oluşturmadığına karar verilmiştir. Bu kararlarda, failin suçunun rüşvet suçunu oluşturmama nedeni, failin menfaat karşılığında yapabileceğini söylediği işi yapma gücüne sahip olmaması, diğer bir ifadeyle failin bu iş konusunda görevli ve yetkili olmamasıdır. Bir işle asıl yetkili ve görevli kamu görevlisinin haberi olmaksızın onun adına hareket ediliyor gibi gösterilip başkalarından menfaat sağlanması halinde, rüşvet suçu söz konusu olmaz. Bu durumda üçüncü kişi bakımından olayın şartlarına göre, basit ve nitelikli dolandırıcılık (TCK m.157) veya nüfuz ticareti (TCK m.255) gibi suçlar oluşabilir.<sup>33</sup>

### 3. Rüşvet Suçunun Yapısı

Rüşvet suçunun düzenleniş özelliği itibarıyla yapısı doktrinde ikili bir sistemle açıklanmaktadır. Bunlardan ilkinde göre, rüşvet alan ve verenin suçları aynı maddede tek fiil olarak düzenlenmelidir. Bu durumda rüşvet alan ve rüşvet veren aynı fiil dolayısıyla suçu işlediklerinden çok failli bir suç söz konusudur. 5237 sayılı yeni TCK'da rüşvet suçuna ilişkin orijinal metinde, bu sistem benimsenmiştir. Bu husus TCK m.252'nin, 6352 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki madde metnine ilişkin gerekçede şöyle açıklanmıştır: '*Rüşvet suçu, bir karşılaşma suçudur; bu nedenle, çok failli bir suçtur. Bir tarafta, rüşvet veren; diğer tarafta ise rüşvet alan kamu görevlisi yer almaktadır. Rüşvet veren ve alan, aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemektedirler. Bu itibarla, veren ve alan açısından rüşvet suçu tek bir suçtur*'.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> As.Yrg.Drl.Krl. 29.11.1979 E.47 K.94, Özbakan, s.338.

<sup>31</sup> As.Yrg.Drl.Krl., 24.1.1991, E.11, K.16, Çelen, s.455.

<sup>32</sup> Eski 765 sayılı TCK'nın rüşvet ile ilgili maddelerinden 227/1'de yazılı niteleme idi. Yaklaşık anlamı; 'bir işi yapabilme gücüne sahip olmak'tır (<https://eksisozluk.com/tervici-merama-muktedir-olmak--1969240>, 18.08.2015).

<sup>33</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1057.

<sup>34</sup> 6352 sayılı Kanun'la TCK 252'nci maddesinde yapılan değişikliğe rağmen, deği-

İkinci sistemde rüşvet, fert veya kamu görevlisinin haksız menfaat teklif veya vaat etmesi veya vermesi, karşı tarafında bunu kabul etmesi biçiminde, yani iki tarafın ayrı ayrı fiilleri şeklinde kabul edilmektedir. Bu durumda her iki taraf suçluluğu, kendi fiilinden alarak rüşvet verme ve rüşvet alma suçlarının failleri olurlar. 765 sayılı mülga TCK'da bu sistem kabul edilmişti. Buna göre, rüşvet suçlarında rüşvet alan ve rüşvet veren olmak üzere iki failin bulunması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, rüşvet alan ve rüşvet veren meydana gelen tek suçun şerikleri durumunda değil, birbirinden ayrı iki suçun müstakil faileriydi ve sorumlulukları buna göre belirleniyordu.<sup>35</sup>

765 sayılı mülga TCK'da benimsenen eski sistemin değişmesi ile artık AsCK m.135 bakımından da suçun birinci gruba dahil çok failli bir suç olduğu kabul edilmelidir. Nitekim doktrindeki görüşlerde bu doğrultudadır.<sup>36</sup>

AsCK m.135'te '*Askerî şahıslardan herhangi biri...*' cümlesinden, suç faileri bakımından (rüşvet alan veya rüşvet veren) herhangi bir ayrıma yer verilmemiştir. Diğer bir anlatımla suç failerinden en az birisinin askeri bir şahıs olması yeterlidir. Uygulama da her iki tarafında asker kişi olma olasılığı yüksektir. Ancak rüşvet verenin veya alanın TSK veya MSB kadrolarında görevli olan ya da olmayan sivil bir kişi olması ihtimali de gözden uzak tutulmamalıdır. **Rüşvet alan ya da rüşvet veren kişinin, asker kişi olması halinde**, bu kişi bakımından AsCK m.135'den uygulama yapılırken suçun sivil kişi suç faili bakımından doğrudan TCK m.252'ye göre uygulama yapılacaktır. Bu konulara ileri de daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

### 3. Rüşvet Anlaşması

765 sayılı mülga TCK döneminde doktrin ve uygulamadaki görüşlerde, rüşvet suçlarının anlaşma ile tamamlandığı kabul edilmektey-

---

şiklik öncesi madde gerekçesinde yer verilen bu açıklamaların, rüşvet suçunun yapısı bakımından yürürlükteki metni bakımından da göz önüne alınması gerekir (Bu açıklama için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1026).

<sup>35</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1026.

<sup>36</sup> AsCK'da rüşvet suçu gibi, askerî eşyayı satmak, satın almak, rehin vermek, rehine olarak kabul etmek suçları da karşılıklı olarak işlenebilen çok failli askerî suçlardır (Kangal, s.163).

di.<sup>37</sup> Nitekim bu husus 5237 sayılı yeni TCK'nın TCK m.252/3'ncü fıkrasında, '*Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur*' şeklindeki hükümle açıkça düzenlenmiştir.<sup>38</sup> Bu tarz bir düzenleme kanunilik ilkesi açısından da, daha yerindedir<sup>39</sup>.

Bir anlaşmadan söz edilebilmesi için en az iki tarafın bulunması gerekmektedir. Nitekim rüşvet suçunun oluşumu içinde en az iki kişi gerekmektedir. Bu nedenle bu suç toplu ya da çok failli suçlar grubundadır. Birazdan bu suçun yapısı üzerinde durulacaktır.

Yine bir anlaşmanın yapılabilmesi için anlaşma konusunda bir teklifte bulunulmalıdır. Rüşvet suçunun oluşumu bakımından teklifin kimden geldiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Yani rüşvet teklifi rüşvet alan kamu görevlisinden gelebileceği gibi rüşvet veren kişinin de böyle bir teklifte bulunması mümkündür. Bunu karşı tarafın kabul etmesi ile birlikte her iki taraf açısından rüşvet anlaşması tamam olduğundan rüşvet suçu oluşacaktır. Nitekim Askerî Yargıtay kararlarında; '*Sanığın kanun ve nizamlara göre yapmak zorunda olduğu ameliyatları yapmak için müştekinden para istemesi ve alması*<sup>40</sup>, '*Fail astsubayın izne gönderme, döndükten sonra da bildirim çizelgesini askerlik şubesine göndermeyip yok etme karşılığında anlaşığı erden para alması*<sup>41</sup> eylemlerinde rüşvet teklifinin kamu görevlisinden gelmesi diğer tarafında bunu kabul etmesi ile birlikte rüşvet suçunun oluştuğu kabul edilmiştir.

Suçun nitelik olarak incelenmesinde rüşvetin bir kalkışma ya da teşebbüs suçu olduğu söylenebilir. Kural olarak rüşvet, para ve sair menfaatin temin edildiği anda tamamlanır. Esasında suçun menfaatin temin aşamasında kalması, suça teşebbüs olarak kabul edilebilecekken, izlenen suç siyaseti gereği, suçun tamam olması için menfaatin temin edilmesi aranmamış, bu konuda anlaşmaya varılması, suçun

<sup>37</sup> Baytemir, s.354.

<sup>38</sup> Madde gerekçesinde; "*Rüşvet suçu, menfaatin kamu görevlisi tarafından temin edildiği anda tamamlanmış olur. Ancak, izlenen suç siyaseti gereği olarak,(...) kamu görevlisi ile iş sahibi arasında belli bir işin yapılması veya yapılmaması amacına yönelik menfaat temini öngören bir anlaşmanın yapılması durumunda dahi rüşvet suçu tamamlanmış gibi cezaya hükmedilecektir*" denilerek "*rüşvet anlaşması*" terimine gerekçede de açıkça yer verilip, bu konu yasal bir zemine oturtulmuştur (Baytemir, s.1027).

<sup>39</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1027.

<sup>40</sup> As.Yrg.5.D. 05.05.1999, 280/274, Koç, s.694.

<sup>41</sup> As.Yrg. 2.D. 5.5.1999, E.345, K.342, Koç, s.695.



tamam olması için yeterli sayılmıştır. Ayrıca tarafların anlaşma konusunu yerine getirmemeleri, rüşvet suçundan dolayı cezalandırmalarına engel olmayacaktır.<sup>42</sup> Askerî Yargıtay'ında kararları doktrindeki bu görüşler doğrultusundadır. Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında şu açıklamalarda bulunmuştur<sup>43</sup>: 'Rüşvet suçunun temel unsuru, bir memurun yapacağı iş konusunda çıkar elde etmek için karşı tarafla anlaşmış olmasıdır. Anlaşmanın varlığı için tarafların iradelerinin birleşmiş olması yeterli olup başkaca bir şart aranmamaktadır. Kanun'un, '...Rüşvet alan veya bir vaat veya taahhüt kabul eden...' demesi nedeniyle, çıkarın mutlaka elde edilmiş olması gerekmiyep, buna ilişkin vaat veya taahhüdün kabul edilmesi dahi suçun tamamlanması için yeterli bulunmaktadır.'

Askerî Yargıtay diğer kararında da benzer biçimde, 'Yasa sadece rüşvet almayı değil, belirtilen amaçlarla vaat ve taahhüt kabul etmeyi dahi tercih ettiğine göre, vaat edilen paranın kısmen alınmış veya hiç alınmamış olması suçun oluşumunu etkileme(yeceği)<sup>44</sup>, '...Anlaşmanın yapılamamasından sonra, tarafların vaatlerini çeşitli nedenlerle yerine getirmemelerinin, suçun oluşumuna, kaldırılmasına veya ceza miktarının belirlenmesine<sup>45</sup> herhangi bir etkisinin bulunmadığını açıklanmıştır.

Rüşvet suçunun oluşabilmesi için, anlaşmanın işin yapılmasından önce veya en geç yapılması anında olması gerekir. Çünkü iş yapıldıktan sonra yarar sağlanması için yapılacak anlaşma, bir rüşvet anlaşması niteliğinde olmayıp koşulları varsa bu suç genel hükümler kapsamında görevde yetkiyi kötüye kullanma olarak vasıflandırılabilir.<sup>46</sup> Nitekim Askerî Yargıtay bu görüş doğrultusunda, 'Bir memurun özel bir kasıtle yasa ve nizamla aykırı bir şekilde görev yapması ya da yasa ve nizamla uygun şekilde yaptığı işten menfaat sağlamaya çalışması(nın)<sup>47</sup>, 'mağdurun haklı olan işini yaptıktan çok sonra yaptığı işten dolayı mağdurdan para istemesi hali(nin)<sup>48</sup> unsurları yasada belirtilen cebri ya da ikna suretiyle

<sup>42</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1027.

<sup>43</sup> As.Yrg.3.D., 27.5.2009, E.2009/1472, K.2009/1449, Çelen, s.455, 456.

<sup>44</sup> Çelen, 1997, s.379.

<sup>45</sup> As.Yrg.2.D. 18.2.2009, E.2009/205, K.2009/229, Koç, s.698.

<sup>46</sup> Ünlü, s.334.

<sup>47</sup> As.Yrg.3.D., 26.03.1996,188-187. Bu karar ile atıfta bulunulan diğer kararlar: Y.C.G.K.,06.10.1980, 162-308, Y.C.G.K., 28.06.1982, 274-318, Y.C.G.K., 10.02.1986, 431-48, Bal, s.240-1).

<sup>48</sup> As.Yrg. 3.D., 26.03.1996,188-187. Bu karar ile atıfta bulunulan diğer kararlar: Yrg.5.C.D., 21.01.1987, 2787-203, -Yrg.5.C.D., 08.04.1986, 962-1745, Yrg.5.C

irtikapta bulunmak, rüşvet almak gibi suçları oluşturmadığı takdirde genel nitelikte “görevi kötüye kullanmak” suçunu’ oluşturacağına karar vermiştir. Bu konuyla bağlantılı olarak Askerî Yargıtay kararında bahsedilen memuriyet görevinin kötüye kullanılması suçuna ilişkin AsCK m.144 düzenlemesinden bahsedilmelidir.

TCK’daki görevi kötüye kullanma suçuna göre AsCK’da özel olarak düzenlenen bu suç tıpkı rüşvet suçu gibi yine aynı fasıl başlığı altında ‘*Umumi surette ihmal ve tekasül*’ başlıklı 144’ncü maddesinde düzenlenmiştir<sup>49</sup>. Bu nedenle asker kişinin askeri görevi ile bağlantılı olarak işlediği görevi kötüye kullanma suçları bakımından suç faili hakkında bu hüküm gereğince vasıflandırma yapılacaktır. Ancak bu maddedeki suçun oluşabilmesi için tıpkı rüşvet (AsCK m.135) suçunda olduğu gibi, işin ‘askeri bir iş’ olması gerekmektedir. Özel bir hizmete ilişkin bir işin suiistimali durumunda AsCK m.144’den uygulama yapılamayacaktır<sup>50</sup>. Bu durumda kanaatimizce şartları varsa AsCK’nın ‘*Makam ve Memuriyet Nüfuzunu Suiistimal*’ fasıl başlığı altında düzenlenen ‘*Memuriyet Nüfuzunun Sair Suretle Kötüye Kullanılması*’ başlıklı AsCK’nın 115’nci maddesinden uygulama yapılmalıdır<sup>51</sup>.

Yine geçerli bir rüşvet anlaşmasından bahsedilebilmesi için, rüşveti tanımlayan maddede belirtilen hususlarda, tarafların serbest iradeleri ile (hile, tehdit, cebir vs. olmadan) rızalarının uyuşmuş olması gerekecektir<sup>52</sup>. Nitekim Askerî Yargıtay da bir kararında benzer bir gö-

.D.,07.07.1987,6406-3800, Y.C.G.K.,09.11.1987, 265-538 , Bal, s.240-1).  
<sup>49</sup> AsCK’da yer alan m.144’e ilişkin düzenleme şöyledir: “Kendisine tevdi edilen askeri bir işin ifasında bu kanunda yazılı hallerden başka Türk Ceza Kanunu mucibince cezayı mucip ihmal ve tekasül gösteren ve vazifesini suiistimal eden o kanun mucibince cezalandırılır. (T.C.K.B:F:4)”. Nitekim bu maddenin atfı yaptığı madde 5237 sayılı TCK’nın “görevi kötüye kullanma” başlıklı TCK 257’nci maddesidir (Çelen, s.469).

<sup>50</sup> Özbakan, s.358.

<sup>51</sup> AsCK’nın 115’nci maddesi şöyledir: “Emir vermek yetkisini veya memuriyet nüfuzunu kötüye kullanarak mevzuatın tayin ettiği ahvalden başka bir suretle herhangi bir gerçek veya tüzel kişi yahut astı hakkında keyfi bir işlem yapan yahut yapılmasını emreden amir veya üst, bir aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu işlem, siyasi bir amaçla yahut kişisel bir çıkar sağlamak için yapılmış veya yapılması emredilmiş ise, fiil başka bir suç oluşturmadığı takdirde altı aydan aşağı olmamak üzere hapis cezası verilir”.

<sup>52</sup> Sahir Erman/Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992, s.96; Benzer görüş Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1040.

rüşle<sup>53</sup>, 'Rüşvet anlaşmasının varlığının kabulü için, rüşvet isteme teklifinin failce girilen bir icbar veya ikna hareketi olmaksızın, fertçe kabul edilmesi(nin) yeterli (olduğu), ferdin saiki(nin) önemli' olmadığını açıklamıştır. Kamu görevlisinin, muhatabı olan kişiyi zorlayarak veya onu ikna ederek veya onun hatasından istifade ederek kendisine veya başkasına menfaat temin etmesi durumunda ise, fiili, irtikap suçunu oluşturacaktır. **İrtikap** suçunun oluşumu için kamu görevlisi failin memuriyet sıfatını kullanmasının yeterli olup failin ayrıca görevli veya yetkili olmasına gerek yoktur.<sup>54</sup> Askerî Yargıtay bir kararında<sup>55</sup>, 'Takım komutanı olan sanığın; emri altında bulunan ve zengin olduğunu öğrendiği acemi ere 'seni eğitimde süründürürüm, sana çok çektiririm' gibi sözlerle cebir ve baskı altında tutarak adı geçenden müteaddit defa para ve en son olarak da 800000 TL. tutarında borç senedi alması(nun) cebri irtikap suçunu' oluşturacağını açıklamıştır. AsCK'da irtikap suçuna ilişkin özel bir düzenleme olmadığından asker kişiler bakımından da uygulama genel hükümler kapsamında yapılacaktır.

Yine rüşvet anlaşması konusunda karşılıklı bir rıza uyuşması olmaksızın, sadece taraflardan birinin diğerini yakalatmak amacıyla anlaşmış görünmesi halinde, geçerli bir rüşvet anlaşmasından bahsedilemeyecektir. Bu durumda yakalatan kişi hangi tarafsa onun açısından suç oluşmazken, diğer taraf açısından rüşvet suçu teşebbüs aşamasında kalır.<sup>56</sup> Nitekim Askerî Yargıtay da, '...Müştekinin rüşvet anlaşmasının yapılmasından önce durumu Askerî Savcılığa bildirerek sanığın yakalanmasını sağlamasının rüşvet alma suçunun tamamlanmasına herhangi bir tesirinin bulunmadığı ancak ...kendisi hakkında rüşvet verme suçundan dolayı yasal takibat yapılmasına engel olduğu(na)' karar vermiştir.<sup>57</sup>

Bir başka olasılık da, rüşvet anlaşmasının şarta bağlı olarak yapılması halinde, rüşvet suçunun oluşup oluşmayacağıdır. Uygulamada şart gerçekleşmezse, rüşvet anlaşmasının gereğinin yerine getirilemeyeceği, diğer bir anlatımla anlaşma konusu ortadan kalkacağı cihetle,

<sup>53</sup> As. Yrg. Dr. l. Krl. 13.1.2005 E.2005/9 K.2005/7, Çelen, s.455.

<sup>54</sup> Soyaslan, s.688.

<sup>55</sup> Çelen, s.694.

<sup>56</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1028, 1029, 1041.

<sup>57</sup> As. Yrg. Dr. l. Krl. 13.1.2005 E.2005/9 K.2005/7, Çelen, s.455.

rüşvet suçunun oluşmayacağı kabul edilmektedir.<sup>58</sup> Ancak, öğretide, yararın sağlanması veya vadin yerine getirilmesinin belli bir şartın gerçekleşmesine bağlı tutulmuş olması durumunda da rüşvet suçunun oluşacağı kabul edilmektedir.<sup>59</sup> Kanaatimizce rüşvet suçunun tehlike suçu olarak kabulü halinde anlaşmanın şarta bağlı olarak yapılması suçun oluşumuna engel değildir.

Son olarak eğer rüşvet anlaşması yapıldığı hususunda yeterli delil yoksa bu durumda rüşvet suçu oluşmayacaktır.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Bkz. Yarg. CGK'nın 4.5.1987 t. ve 600/245 sayılı kararı. Kararda "rüşvet sözleşmesinin konusu, işin yapılması veya yapılmaması olduğundan, şarta bağlı rüşvet sözleşmesi yapılamaz, Zira şart gerçekleşmezse rüşvet, sözleşme gereği yerine getirilemeyecektir. Başka bir deyişle anlaşma konusu ortadan kalkacaktır" denilmektedir (Baytemir, s.356).

<sup>59</sup> Baytemir, s.356.

<sup>60</sup> "Daha önce seri numaraları alınmış olan 8 adet yirmi milyon TL'nin sanığın kamuflej elbisesinin üst cebinden çıktığı, bu parayı J.Er.M.C'nin sanığa verdiği, bu durumun da suçüstü işlemi tutanağı ile tespit edildiğinde tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu parayı sanığın neden aldığı konusunda, J.Er.M.C'nin beyanından başka bir delil bulunmadığı gibi, sanığın parayı alma sebebi olarak belirtilen erken terhise gönderme gibi usulsüz işlemleri yaygın olarak yaptığına dair başkaca da bir delil yoktur...Ancak J.Er.M.C'nin şikayet dilekçesinin sanığı ve bölük komutanı ile bölük idari işler astsubayını da kapsadığı bunlar hakkında sonucu dosyadan anlaşılacakla birlikte bir soruşturma başlatılmıştır. Müsnet suçun kanuni unsurunun ve sanığın suç kastının tespiti bakımından bu soruşturmadaki yazılı ve sözlü delillerin önemli olduğu değerlendirildiğinden, eksik soruşturma nedeniyle mahkumiyet hükmünün bozulması yoluna gidilmiştir" (As.Yrg.1.D. 4.7.2007, E.2007/1449, K.2007/1446, Koç, s.697-698);"Sanığın, Kuzey Deniz Saha Komutanlığı Askeri Mahkemesi'nce E. E. hakkında çıkarılan giyabi tevkif müzekkeresini infaz etmemesi karşılığında kızı T. 'ye burs adı altında gönderilen 695.000.000 lirayı rüşvet olarak aldığı kabul edilerek hükümlülüğüne karar verilmişse de, banka kayıtlarına göre sanığın kızının Ankara'daki banka hesabına para gönderilmeye 16. 11. 1994 tarihinde başlandığı, buna karşılık Askeri Mahkeme'nin giyabi tevkif müzekkeresinin infazına ilişkin yazının Bursa İl Emniyet Müdürlüğüne ilk olarak 2.2.1996 geliş tarihi itibarıyla kayıt edildiği nazara alındığında, bu paraların giyabi tevkif müzekkeresinin infaz edilmemesi karşılığında yapılmış bir rüşvet anlaşması sonucunda alındığını kabul etmenin aradaki zaman farkı itibarıyla mümkün olamayacağı, daha sonrada sanık ile E. E. arasında bu konuda bir rüşvet anlaşması yapıldığına dair başkaca da kanıt bulunmadığı, ancak, suç tarihinde İl emniyet müdürü olarak önemli bir görev ifa eden sanığın E. E. 'den yüksek tutarda parasal yardım kabul edip alması ve bunu uzun bir süre sürdürmesinin TCK'nın 240. maddesine uyan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu ve bu suçtan cezalandırılması gerekir ise de, keza sanığın İzmir Emniyet Müdürü olarak görevli iken açtığı banka hesabına muhtelif defalar para yatırması ve Bursa'da emniyet müdürü olarak görev yaptığı sırada E.E.'in uçağını kullanarak muhtelif yerlere gitmesinden dolayı ayrı ayrı görevi kötüye kullanma suçlarından hükümlendirilmesi; (Uygulama: TCK'nın 212/2, 219/1-son, 240/1-son, 80, 59, 647 sayılı Kanun'un 4.)" (5.CD,E:2001/7094;K: 2002/1270; 6.3.2002)" (Baytemir,

## II. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Genel hükümler kapsamında düzenlenen rüşvet suçu (TCK m.252) ile kamu hizmetlerinde tarafsız olunması ve kimseye ayrıcalıklı davranılmaması sağlanarak kamuya duyulan güvenin ve saygınlığın korunmasının amaçlandığı ifade edilmiştir.<sup>61</sup> Kamu görevinin yapılması sırasında dürüstlükten en ufak sapmanın dahi kamu idaresinin güvenilirliğini sarsacağı kaygısını duyan yasa koyucu, böyle bir düzenlemeyle toplumda mevcut olan güveni korumaktadır.<sup>62</sup> Nitekim bu suçun TCK'da '*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*' bölüm başlığı altında düzenlenmesinden de kanaatimizce bu sonuca ulaşılabilir. Genel hükümler kapsamında rüşvet suçu ile yukarıda açıklanan değerler koruma altına alınmışken AsCK'da benzer bir düzenlemeye yer verilmesi hususu, ancak kanun koyucunun başka değerleri de koruma altına almak istemesi ile açıklanabilir.

Kanaatimizce her askerî suç aynı zamanda ordu içindeki askerî disiplini de ağır bir biçimde ihlal etmektedir. Bu nedenle rüşvet kapsamında ihlal edilen kamu hizmetinin askerî hizmet ve vazifenin ihlal edilmesi şeklinde ortaya çıkması aynı zamanda bir disiplin ihlali olarak da kabul edilmelidir. Nitekim askerî hizmet ve vazifenin ne şekilde yerine

---

s.355); Buna karşılık Askeri Yargıtay'ın bir başka kararı şöyledir: 'Rüşvet alan sanık Yb.H.T ve müdafileri diğer sanıklardan alınan paraların borç olarak alındığını, hatta borçla ilgili olarak düzenlenen senetlerin bir kısım alacaklılara gönderildiği, bu borçlar nedeniyle icra işlemleri başlatıldığını, rüşvet veren sanıklar ise, sanık Ord.Yrd.H.T. ve M.M'nin borç olarak para istediklerini kimi sanıklar bu paraları H.Yarbayın çocuğunun rahatsızlığı, kimi sanıklar aracının kaza yapması, kimi sanıklar satın aldığı evin taksitlerini ödemekte zorlanması nedeniyle kendilerinden talep edilmesi üzerine verdiklerini, hatta bazıları paralarını istediklerini, alamayınca icra işlemi başlattıklarını bu paraları rüşvet amacıyla vermediklerini ileri sürmüş(lerse de mevcut deliller kapsamında)...Ord.Yb.H.T.'nin rüşvet konusu paraları borç olarak aldığı, diğer sanıklarında borç olarak verdikleri yolundaki savunmalarının inandırıcılıktan uzak olduğu, sanıkların suçtan kurtulabilmek için 'borç verilmesi' gibi makul ve rasyonel olmayan bir mazeret ileri sürdükleri" kanaatine varılarak temyiz nedenlerine itibar edilmemiştir (As.Yrg.1.D. 11.06.2007, E.2007/1013, K.2007/1196, Koç, s.697).

<sup>61</sup> Ünlü, s.333.

<sup>62</sup> Nitekim bu husus TCK 252'nci madde gerekçesinde, "Kamu hizmetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü, kamu görevlilerinin rüşvet kabul etmez ve 'satın alınmaz' oldukları hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir. Rüşvete ilişkin suç tanımı, bu güveni korumayı amaçlamıştır" denilmek suretiyle açıklanmıştır (Baytemir, s.339).

getirileceğine ilişkin hükümler içeren 211 sayılı İç Hizmet Kanunu'nun 75<sup>63</sup> ve İç Hizmet Yönetmeliği'nin 1'nci<sup>64</sup> maddelerinde açıklanan yükümlülüklerle aykırı hareketler birer disiplin ihlali sayılmaktadır. Rüşvet suçu da bu yükümlülüklerle aykırı hareketin bir işleniş şekli olarak ağır bir disiplinsizlik ihlalidir. Disiplinin bozulması, askerî hizmetin yürütülmesi, korunması ve sürdürülmesine de etki eder.

Sonuç olarak AsCK m.135 ile korunan hukuki yarar karma niteliktedir. Bunlardan ilki, TSK personeli olarak asker kişilerin de 'rüşvet kabul etmez' ve 'satın alınamaz' oldukları hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması ve diğeri disiplinin bozulmaması, askerî hizmetin korunması, aksaksız ve kesintisiz olarak yürütülmesidir.

### III. SUÇUN UNSURLARI

#### A. MADDİ UNSUR

##### 1. Fiil

##### a. Genel Olarak

Yukarıda 765 sayılı mülga TCK sisteminde, **rüşvet alan ve rüşvet veren suç faillerinin meydana gelen tek suçun şerikleri durumunda değil**, birbirinden ayrı iki suçun müstakil failleri olduklarını, 5237 sayılı yeni TCK sisteminde ise, **rüşvet suçunun çok faili bir suç olarak düzenlendiğini** açıkladık. Yeni sisteme göre, işlenen tek bir suç vardır. Bu suçun failleri ise aynı suçun zorunlu müşterek failleridir. Ancak bu durumda iştirake ilişkin hükümler değil, bu konuda suçun yapısından

<sup>63</sup> TSK İç Hizmet Kanunu 75'nci maddesi şöyledir: "Her rütbe sahibi, kanunların, nizamların ve amirlerin kendisine tahmil ettiği bütün hizmet ve vazifeleri öğrenmeye, vazifeli olduğu yerlerde öğretmeye ve bu hizmet ve vazifeleri eksiksiz yapmaya ve takib ederek yaptırmaya ve daima ve her yerde disiplini tesis ve muhafazaya...memur ve mecburdur. Her rütbe sahibinin vazifeleri talimatname ile belirlenir".

<sup>64</sup> TSK İç Hizmet Yönetmeliği'nin "Disiplin" başlıklı 1'nci maddesi şöyledir: "Yurt ve Millet'in saadet ve selâmetini ve istiklâlini temin etmek ve Cumhuriyeti korumak, ancak disiplini mükemmel olan Silâhlı Kuvvetlerle kabildir. Silâhlı Kuvvetlerde disiplinin yerleşmesi için, Silâhlı Kuvvetlerin bütün mensuplarını mutlak bir itaate ve vicdan mesuliyeti duyarak doğrulukla vazife görmeğe, her hizmeti en küçük teferuatına kadar, büyük bir dikkatle ve istekle yapmağa alıştırmak; kalplerine yurt, Cumhuriyet, Milliyet meslek ve vazife sevgisini sokmak lâzımdır. Bunlar her âmirin baş vazifelerindedir."



dolayı çok failli bir suça ilişkin hükümler uygulanacaktır.<sup>65</sup> Konunun daha iyi anlaşılması bakımından fiil konusunu, çok failli suçun rüşvet veren ve rüşvet alan tarafı olan suç faillerinin eylemlerine göre ele alacağız.

### b. Rüşvet Verme

TCK m.252'de rüşvet veren suç faili bakımından maddi fiil, TCK m.252'nin fıkralarına göre; '*menfaat sağla(mak) f.1*'; '*Rüşvet konusunda anlaşmaya var(mak) f.3*'; '*rüşvet talebinde (veya) teklif veya vaatte bulun(mak) f.4*'; '*menfaat temin (etmek) f.9*' şeklinde açıklanmıştır.<sup>66</sup>Yukarıdaki fiiller kanaatimizce failin icrai bir davranışla işleyebileceği türden eylemlerdir. İhmalî bir davranışla bu suçun işlenmesi kanaatimizce mümkün değildir. AsCK m.135'te, rüşvet veren suç failinin eylemleri bakımından TCK'ya atıfta bulunulduğundan yukarıdaki açıklamalar aynen geçerli olacaktır.

Uygulamada rüşvet veren failin eylemleri bakımından örnek Askerî Yargıtay kararlarına rastlanabilir: Nitekim, '*Uzun süre hastanede kalabilmek veya evinde kalmasını sağlayacak nitelikte bir rapor istihsal edebilmek için er...'*den aldığı 2500 liradan bir miktarını görevli doktora teklif eden sanık astsubayın fiili<sup>67</sup>, '*Hakkında kamu davası açan Askerî savcının makam odasına gelerek içinde 1000 TL.sı bulunan bir zarfı muamileyhin masasına bırakan ve karşılığında üste fiilen taarruz ve hakaret suçları ile ilgili davasının kapatılmasını isteyen sanık uzman çavuşun fiili*' rüşvet veren suç failin eylemlerine örneklerdir.

### c. Rüşvet Alma

Rüşvete konu menfaatin verenin egemenlik alanından çıkarılıp, failin veya onun öngördüğü üçüncü kişinin egemenlik ve nüfuz ala-

<sup>65</sup> Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında bu hususu şöyle açıklamıştır: "... Rüşvet suçu, rüşvet alanla veren arasında rüşvet hususunda anlaşmanın yapılması ile işlenmiş sayılır. Tarafların müşterek iradesini birleştiren rüşvet anlaşmasında, karşılıklı etkileşim ve azmettirme yönünden eylemin 353 sayılı Yasa'nın 12.maddesinde öngörüldüğü biçimde müştereken işlenmiş olduğunun kabulü gerekir" (Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü, 3.4.2006, E.2006/9, K.2006/9, RG.: 14.10.2006, 26319, Koç, s.696).

<sup>66</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1038.

<sup>67</sup> As.Yrg.4.D. 30.4.1975 E.176 K.202, Özbakan, s.338.



nına sokulması ile bu suç tamamlanmaktadır.<sup>68</sup> ‘Rüşvet almak’ fiili de, rüşvet verme gibi failin icrai türden davranışları ile işlenebilecek eylemlerdir. Menfaat konusu yararın rüşvet alan kamu görevlisine teslim edilmesinin suçun oluşumu bakımından olumlu ya da olumsuz bir katkısı yoktur. Ancak bu husus tespit edilmişse ispat açısından önemli bir delil olarak kabul edilebilir. Nitekim Askerî Yargıtay da, ‘Rüşvet anlaşması yapıldıktan sonra bu anlaşmaya konu olan vaat veya taahhüdün yahut işin yerine getirilip getirilmemesi ya da sonradan ferdin veya memurun bu anlaşmadan vazgeçerek ceza sorumluluğundan kurtulmak için ...durumu merciine duyurması(nın) da suçun tamamlanmasına engel ol(mayacağına)’ karar verilmiştir.<sup>69</sup> Dikkat edileceği üzere rüşvet anlaşması yapıldıktan sonra sadece rüşvet alanın değil rüşvet verenin de anlaşmadan vazgeçmesi suçun oluşumu bakımından önem taşımamaktadır.

## 2. Fail

### a. Genel Olarak

AsCK m.135 hükmünde “Askerî şahıslardan herhangi biri’nin suçun faili olabileceği açıklanmıştır. Aslında bu açıklamadan, suçun failinin rüşvet alan veya rüşvet veren olarak suçun faili olabilmesi mümkündür. AsCK m.135’in uygulanması bakımından bu faillerin her ikisinin de askerî şahıs olması mümkünse de mutlaka buna gerek bulunmamaktadır. Nitekim Askerî Yargıtay kararları da bu doğrultudadır.<sup>70</sup>

Daha önce yukarıda açıkladığımız üzere, AsCK m.135’e askeri suç niteliği özelliği veren ve AsCK m.135’i TCK m.252’den ayıran hususlardan bir diğeri de, faillerinden en az birinin mutlaka asker kişi olmasıdır. Zira ileride muhakeme bölümünde değinileceği üzere sivil bir kişinin AsCK m.135’in faili olması mümkün değildir.

<sup>68</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1040.

<sup>69</sup> As.Yrg.Drl.Krl. 13.1.2005 E.2005/9 K.2005/7, Çelen, s.455.

<sup>70</sup> “Hudut karakolunda manga komutanı olarak görevli bulunan ve 2.8.2002 tarihinde kaçak mazot yüklü 52 adet at ile İran uyruklu bir şahsı yakalayan, rüşvet almak suçundan sözleşmesi feshedilmiş P.Uzm.Çvş. sanığın, görevinin gereği olarak bu durumu ilgili makamlara bildirmesi gerekirken, yasal işlemleri yapmayıp mazotu, atları ve İranlı şahsı serbest bıraktığı, bu uygulamanın karşılığında sivil şahıs C.K.tan 1850 TL. para aldığı anlaşıl(dığından)” sanığın rüşvet suçundan mahkumiyetine ilişkin kararda hukuka aykırı bir yön bulunmadığına karar verilmiştir (As.Yrg.4.D., 4.10.2011, E.2011/515, K.2011/824, Çelen, s.456).

AsCK m.135 hükmüne göre, suçun taraflarından en az birinin 'askerî şahıs'<sup>71</sup> olması, rüşvet alan açısından bu işin kendi görevi ile ilgili bir iş olması hususları birlikte değerlendirildiğinde bu suç kanatımızca, 'mahsus' veya 'özgü suç'<sup>72</sup> tur. Suçun asker kişi failleri bakımından değişik olasılıklar söz konusu olabilir. Bu olasılıklar üzerinde durulmalıdır:

Milli Savunma Bakanlığı (MSB) veya Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personelin askerî bir işin yapılması kapsamında rüşvet alan ya da rüşvet veren suç faili olabilirler. Ancak Askerî Yargıtay kararlarına<sup>73</sup> göre, bu kişilerin işleyebileceği

<sup>71</sup> Askerî hukuk mevzuatında, asker kişilerin kimler olduğu konusunda dağınık halde birçok hükme rastlamak mümkündür. Örneğin; İç Hizmet Kanunu 2'nci maddesine göre, Asker, "Askerlik mükellefiyeti altına giren şahıslarla (Erbaş ve erler) özel kanunlarla Silâhlı Kuvvetlere intisap eden ve resmî bir kıyafet taşıyan şahsa denir"; AsCK 3/1'nci fıkrasına göre, "Askerî şahıslar; Mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve er ile erbaş ve erler ile askerî öğrenciler" dir; AsYUK 10'ncu maddesinde ise, "A) Muvazzaf askerler; subaylar, astsubaylar, askerî öğrenciler, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, erbaş ve erler, B)Yedek askerler(Askerî hizmette buldukları sürece),C)Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silâhlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel (Bu bend Anayasa Mahkemesininin 20.9.2012 tarih 2012/45-125 EK. İle Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.) D) Askerî işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler (Bu bend Anayasa Mahkemesininin 27.12.2012 tarih 2012/117-204 EK. ile Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir) E)Rızası ile Türk Silâhlı Kuvvetlerine katılanlar"ın bu Kanunun uygulanmasında asker kişi sayılacağı hükme bağlanmıştır.

<sup>72</sup> Doktrindeki bir görüşe göre, sadece asker kişiler veya belirli sınırlı durumlarda sivil personel tarafından işlenebilen sırf askerî suçlar özgü suç niteliğini taşımaktadırlar (Kangal, s.167).

<sup>73</sup> "Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli tüm sivil personelin emrinde çalıştıkları askerî amirlere karşı ast durumunda oldukları, iç Hizmet Kanunu'nun 14'üncü maddesinde asta yüklenen görevleri aynen yapmaya mecbur oldukları, aksine hareket edenlerin askerlerin tabi olduğu cezai müeyyidelere tabi olacakları belirtilmiştir. Buna göre ve yerleşmiş Askerî Yargıtay içtihatları da nazara alındığında Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli tüm sivil personel, Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı, "Amire Hakaret", "Amire Mukavemet", "Amire Fiiline Taarruz", "Emre İtaatsizlikte Israr" gibi askerî cürümleri; 477 Sayılı Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanunda yazılı, "Amire Saygısızlık" ve "Emre itaatsizlik" gibi disiplin suçlarını işleyebileceklerdir.Sanık da Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli saat ücretli sivil işçi olduğundan belirtilen suçları ve özellikle emre itaatsizlikte ısrar suçunu işleyebilecektir. Askerî Ceza Kanunu'nun bazı maddelerini değiştiren 4551 sayılı Kanun'un TBMM'de görüşülmesi sırasında AsCK'nun TSK'da görevli işçilere uygulanmadığı belirtilerek anılan Kanun'un 3'üncü maddesine eklenen fıkra ile, *Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Devlet Memurlarının asker kişi sıfatları* TSK iç Hizmet Kanunu'nun 115'inci maddesi ile sınırlandırılmış ise de, bu yasa Askerî Ceza

askerî suçlar; emre itaatsizlikte ısrar (AsCK m.87), amiri tehdit (AsCK m.82), amire hakaret (AsCK m.85), amire mukavemet (AsCK m.90) ve amire fiilen taarruz (AsCK m.91) suçları olarak sayılmıştır. Bu nedenle bu kişilerin görev alanlarına giren askerî bir işin yapılması kapsamında, rüşvet almaları ya da rüşvet vermeleri veya bu suça aracılık etmeleri halinde eylemleri, TCK m.252 kapsamında vasıflandırılacaktır.

Lise veya eşiti askerî okullarda öğrenim gören askerî öğrencilerin daha çok askerî bir işin yapılması ya da yapılmaması hususunda rüşvet teklif eden taraf olarak suçun faili olmaları mümkündür. Ancak yukarıda MSB'lığı veya TSK kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel bakımından anlatılanlar, lise veya eşiti askerî okullarda öğrenim gören askerî öğrenciler bakımından da geçerlidir. Bu nedenle bu kişilerin AsCK m.135'in suç faili olmaları mümkün değildir. Örneğin, dersten geçmek için öğretmeni bir subayla rüşvet anlaşması yapan öğrencinin eylemi TCK m.252 kapsamında değerlendirilecektir.

Terhis edilerek TSK'dan ayrılan muvazzaf askerî personelin yedeklik süreleri içerisinde<sup>74</sup> tatbikat vs. nedenlerle yeniden askerî hizmete çağrılmaları durumunda, AsCK m.4 kapsamında<sup>75</sup> yedek askerî şahıs statüsünde asker kişi sayıldıklarından bu kişilerin görevde buldukları sürece AsCK m.135'in faili olmaları kanaatimizce mümkündür.

Açıklanması gereken bir diğer hususta, yabancı asker kişilerin AsCK m.135'den dolayı haklarında yargılama yapıp yapılamayacağıdır. Doktrinde yabancı asker kişilerin; '*savaşan Türk ordusu nezdinde bulunan bir subay*', '*mülteci asker şahıs*', '*savaş esiri*' ya da '*Nato Kuvvetler Statüsüne tabi bir personel*' olarak 4 ayrı biçimde AsCK'ya tabi olabile-

---

Kanunu'nun uygulanması açısından işçiler yönünden de bir değişiklik getirmemiştir. Dolayısıyla Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli işçilerin amirlerinin verdiği askerî hizmete ilişkin emirlerini yapmak zorunda oldukları ve buna uymayanların eylemlerinin de emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturacağı kuşkusuzdur" (As. Yrg.Drl.Krl.,10.4.2003, 9/33, Kangal, s. 74-75).

<sup>74</sup> Erbaş ve erler bakımından yedeklik devri, muvazaflik devrinin bitiminden askerlik çağının sonuna kadardır. Askerlik çağı kişinin 41 yaşına girdiği yılın 1 Ocak tarihinde biter (1111 SK. m.7, 2). Böylece muvazaflik hizmetini erbaş veya er olarak tamamlayan kişi bu yaşa kadar yedeklik evresinde bulunur.

<sup>75</sup> AsCK'nın 3'ncü maddesinde, yedek askerler askerî şahıslar arasında sayılmışken, AsCK'nın 4'ncü maddesi ile AsYUK m.10/B bendinde yedek askerlerin askerî hizmette buldukları sürece AsCK hükümlerine tabi olacakları hüküm altına alınmıştır.

cekleri açıklanmıştır<sup>76</sup>. Özellikle burada Nato Kuvvetler Statüsüne tabi olan yabancı askerî personelin durumu ele alınmalıdır. Zira rüşvet suçunun, 29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun'la değişik 252'nci maddenin 5'nci fıkrası ve bu fıkranın 6352 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenen TCK m.252'nin 9'ncü fıkrasında, yabancı devlet ya da uluslararası kuruluş görevlilerine veyahut uluslararası ticari kuruluş bünyesinde çalışan personele sağlanan bazı yararların da rüşvet suçu kapsamında değerlendirilmesi ile rüşvet vermenin kapsamı genişletilerek 15 Şubat 1999 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan "*Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi*"nin, iç hukuka aktarılması sağlanmıştır<sup>77</sup>. Nitekim TCK m.252/9 (f) bendinde, '*Uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak kurulan uluslararası veya uluslararası örgütlerin görevlilerine veya temsilcilerine, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması ...nedeniyle bir işin veya haksız bir yararın elde edilmesi*' rüşvet suçu kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak bu madde de yabancı asker kişilerin durumları bakımından bir ayrıcalık öngörülmemiştir.

Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (NATO), TCK m.252/9'ncü fıkrasında bahsedilen uluslararası bir kuruluştur. Bu örgüt ülkemizin de taraf olduğu, üye devletler arasında yapılan ve 10 Mart 1954 tarihli "*Kuzey Atlantik Antlaşmasına Taraf-Devletler Arasında Kuvvetlerin Statüsüne Dair Sözleşme*" ile kurulmuştur. Bu kuruluşun NATO kapsamında görevli temsilcilerinin, yabancı asker şahıs olmaları ve yaptıkları işinde iki ülke ortak menfaatini ilgilendiren askerî bir iş olması mümkündür. Eğer rüşvet alan taraf yabancı asker kişi ise bu kişinin hangi ülke kanunlarına göre cezalandırılacağı, Türk kanunlarına göre cezalandırılacak ise AsCK veya TCK hükümlerine göre mi cezalandırılacağı tartışılabilir. Yine aynı husus yabancı asker kişinin rüşvet vermesi eylemi içinde tartışılabilir. Eğer yabancı asker kişiye askerî iş kapsamında rüşvet veren veya aynı işi yapma konusunda görevliyken rüşvet alan Türk asker kişisi bakımından ise AsCK m.135'den işlem yapılacaktır. Ancak yabancı bir asker kişiye AsCK hükümlerinin uygulanması için AsCK m.157'de yer alan durumlardan birinin bulunması gerekecektir.

<sup>76</sup> 'Yabancı Askerî Şahıslar' konusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Değirmenci, s.52-54.

<sup>77</sup> Baytemir, s.342.

Bu durum dışında ülkemizde NATO karargah veya birliklerinde görevli yabancı asker kişiler hakkında AsCK hükümleri uygulanamaz<sup>78</sup>. AsCK'nın 'Muharip orduda bulunan yabancı subaylara bu kanunun tatbiki' başlıklı 157'nci maddesinde, 'Muharip Türk ordusu nezdinde bulunmalarına müsaade edilmiş olan yabancı subaylar Türkiye Cumhuriyeti Hükümetince hususi mukarrerat (anlaşma) yapılmamışsa Türk subayları hakkındaki hükümlere tabidirler. Bu subayların refakatlerinde bulunan şahıslar hakkında 155 inci madde hükmü tatbik olunur' hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, yabancı asker kişilerin AsCK'na tabiiyetleri bu konudaki anlaşma hükümlerine göre belirlenecektir. Bu nedenle NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesi'nin hükümlerine bakılması gerekecektir<sup>79</sup>. Ancak AsCK m.157'nin düzenlendiği AsCK'nın 'Dördüncü Bab', 'Yalnız harb zamanında askerî kanunlara tabi şahıslar hakkındaki hükümler Orduya mensup olmayanlar hakkında bu kanunun tatbiki' şeklindeki açıklamadan AsCK m.157'nin ancak harp zamanı uygulamasının mümkün olduğu hususu göz önüne alınmalıdır.

### b. Rüşvet Alan Fail

TCK m.252'nin 1, 2, 4'ncü fıkralarına göre rüşvet alan suç faili, bir kamu görevlisi olmalıdır.<sup>80</sup> Bu nedenle rüşvet alan fail bakımından TCK m.252 özgü bir suçtur.

5272 sayılı yeni TCK'nın tanımlar başlıklı 6'ncı maddesinin 1/c fıkrasında, "Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi... anlaşılır." hükmü getirilmiştir. Madde gerekçesine göre, bu kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için yegâne ölçüt gördüğü için "kamusal bir faaliyet" olmasıdır. Kamusal faaliyet ise Anayasa

<sup>78</sup> Değirmenci, s.54-55.

<sup>79</sup> NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesi yargı yetkisini gönderen devletin yargı yetkisi ve kabul eden devletin yargı yetkisi olmak üzere iki başlık hâlinde düzenlenmiştir. Sözleşmeye göre, suçun, görevin ifası dolayısıyla veya resmi görev sırasında işlenmiş olması (m.7/3-a/ii) durumunda gönderen devletin yargı yetkisi söz konusudur (Değirmenci, s.54).

<sup>80</sup> "Ancak TCK m.252/8 hükmü ile suçun faili olabilecek kişilerin kapsamı genişletilerek kamu görevlisi sıfatı taşımaları da, kamu yararını ilgilendiren işlemler yapmaya yetkili birçok kurumun görevlilerinin de suçun faili olmalarına olanak tanımıştır" (Tezcan/Erdem/Önok, s.880).

ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir.<sup>81</sup>

Anayasa 129/son fıkrasında, kamu görevlileri dışında bir de '*diğer kamu görevlisi*' kavramından bahsedilmektedir. Bu kavram, memurların özel soruşturmasına ilişkin kapsam dışında kalan birtakım kamu personelini kapsam dâhiline alınması gereğinden doğmuştur.<sup>82</sup> Bu kavrama dahil olanlar arasında asker kişilerin de yer aldığı hususunda kuşku yoktur.<sup>83</sup> Bu nedenle AsCK m.135'in, TCK m.252'ye atıfta bulunduğu hallerde asker kişilerin rüşvet alan suç faili olarak cezalandırılmalarında ayrıca bir tezatlık bulunmamaktadır.

Rüşvet alan asker kişinin AsCK m.135'ten dolayı sorumlu olması için, işin askerî bir iş olması ve bu işin kendi görevi dahilinde olması yeterlidir. Ancak askerî bir işin TSK ya da MSB'lığı kadrolarında görevli devlet memurları tarafından da yürütülmesi mümkündür. Bu durumda bu kişiler yukarıda açıklandığı üzere, AsCK m.135'in faili olamayacaklardır. Ancak bu kişilere rüşvet teklif eden kişinin asker kişi olması halinde bunların AsCK m.135'e göre cezalandırılması mümkündür.

### c. Rüşvet Veren Fail

AsCK m.135'te açıklanan rüşvet suçunun oluşabilmesi için taraflardan en az birinin asker kişi olması yeterlidir. Bu kişinin rüşvet teklif eden olması halinde, AsCK m.135'ten sorumlu olabilmesi için, işin askerî bir iş olması yeterli olup bu işin asker kişi ya da sivil bir kişinin görevi dahilinde yürütülüp yürütülmemesinin rüşvet veren asker kişi bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Asker kişiye rüşvet veren kişinin sivil kişi olması halinde işlediği suç TCK m.252, bu kişiden rüşvet alan asker kişinin suçu ise AsCK m.135'e göre değerlendirilmelidir.

<sup>81</sup> Ünlü, s.325.

<sup>82</sup> Ünlü, s.326.

<sup>83</sup> Diğer kamu görevlileri, kamu hizmetlerine ilişkin asli ve sürekli görevleri yerine getirmekle birlikte, memurlar dışında kalan, hâkimler ve savcılar, 657 sayılı Kanun'un 1'nci maddesindeki üniversite öğretim elemanları, ve askerler gibi ayrı bir personel rejimi ve düzeni olan kamu görevlilerini ifade etmektedir (Ramazan Çağlayan, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 sayılı Kanunun Hakkında Değerlendirme", *AÜEFHD*, C.VII, S.1-2 (Haziran-2003), s.113., [http://www.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2003\\_VII\\_6.pdf](http://www.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2003_VII_6.pdf), 13.07.2015).



Doktrindeki bir görüşe göre, rüşvet verenin kamu görevlisi olması durumunda, kamu görevlisi sıfatı suçta unsur olmadığından TCK m.252'ye göre verilecek cezanın diğer şartlar da mevcut olmak kaydıyla TCK 266'ncı maddesine<sup>84</sup> göre artırılabilmesi açıklanmıştır.<sup>85</sup> Genel hükümler bakımından açıklanan bu husus kanaatimizce AsCK m.135 bakımından uygulamaya elverişli değildir. Zira yukarıda açıklandığı gibi, AsCK m.135'teki suçun, rüşvet veren kişi bakımından oluşabilmesi için bu kişinin askerî şahıs olması zorunludur. Diğer bir anlatımla kamu görevlisi olma sıfatı, AsCK m.135'te suçun unsurudur. Bu nedenle AsCK m.135'in rüşvet teklif eden asker kişi suç faili bakımından ayrıca TCK m.266'ya göre cezasında artırıma gidilmesi hukuka aykırı olacaktır.

### 3. Mağdur

Her suçun bir mağduru bulunmaktadır. TCK sisteminde, ancak gerçek kişiler suçun mağduru olabilir. Tüzel kişiler, bir suçtan ancak zarar gören konumundadır. Bu nedenle devlet, bir suçta ancak zarar gören olabilir. Rüşvet suçunda suçun mağduru, toplumu oluşturan herkestdir. Devlet tüzelkişiliği ise, suçtan zarar gören olabilir.<sup>86</sup>

Rüşvet suçu çok failli suçlardan kabul edildiğinden, rüşvet veren kişi mağdur değil, rüşvet verme fiilinin faili durumundadır.<sup>87</sup> Bir kişinin bir suçun hem faili hem de mağduru olarak kabul edilmesi ise mümkün değildir.<sup>88</sup>

AsCK m.135 bakımından rüşvet suçu işlenerek, toplum nazarında, askerî hizmet ve vazifeyi ihlal eden asker kişilere karşı, mesleğinin ve askerlik sıfatının gerektirdiği saygınlık ve güven duygusu sarsılmakta, bu durumun ayrıca TSK'nın iç disiplinine aykırı olması nedeniyle,

<sup>84</sup> "Kamu görevine ait araç ve gereçleri suçta kullanma" başlıklı TCK m.266 şöyledir: "Görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır".

<sup>85</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1043.

<sup>86</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 1048-1049.

<sup>87</sup> Baytemir, s.343.

<sup>88</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Baskı, Ankara 2011, s. 315.



kurum menfaati zedelenmektedir. Bu nedenle milli savunma hizmetini yürüten devlet tüzelkişiliği suçtan zarar görendir. Kanaatimizce TCK m.252'de olduğu gibi<sup>89</sup>, AsCK m.135 açısından da suçun mağduru, korunan hukuki değer göz önüne alındığında toplumu oluşturan herkeştir.

#### 4. Suçun Konusu

Rüşvet suçunun konusu, TCK 252'nci madde 1 ve 2'nci fıkralarında '*...bir menfaat sağlanması*' şeklinde vurgulanmıştır.<sup>90</sup> Madde gerekçesinde, **rüşvetin konusunu oluşturan 'yarar'**ın niteliği; '*Rüşvet suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisinin temin ettiği menfaatin belli bir amaca yönelik olması (...)* gerekir' şeklinde belirtilmiştir. Bu nedenle doktrinde, önceden bir anlaşma veya teklif bulunmaksızın, iş yapıldıktan sonra bundan duyulan memnuniyet sonucu verilen veya alınan hediyein rüşvet sayılmayacağı açıklanmaktadır.<sup>91</sup> Ancak doktrindeki bir görüşe göre, bu durum bir disiplin ihlali olarak disiplin işlemi yapılmasını gerektirebilir.<sup>92</sup> Askerî mevzuatta hükümlerinde bu konuda açık düzenlemeler yer almaktadır.

İç Hizmet Kanununa göre üst, astından özel bir menfaat temin edecek bir istekte bulunamayacağı gibi hediyesini kabul edemez ve borç alamaz (211 SK. m.16). Bu yükümlülüğe aykırı hareketler 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun kabulünden önce bir disiplin suçu olarak 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanunu (DMK) 53'ncü maddesi kapsamında düzenlenmişti.<sup>93</sup> 31.1.2013 Kabul tarihli 6413 sayılı TSK

<sup>89</sup> TCK m.252 bakımından rüşvet suçunun mağduru için bkz. Artuk/Gökçen/Yeni-dünya, s.1049.

<sup>90</sup> 765 sayılı eski TCK'da rüşvetin maddi konusu 211'nci maddenin 1'nci fıkrasında; "para, hediye ve her ne nam altında olursa olsun sağlanan diğer menfaatler ile alıp satılan veya ihale edilen taşınır ve taşınmaz malların gerçek değeri ile verilip alınan bedel arasındaki fahiş fark" şeklinde belirtilmiştir (Baytemir, s.344).

<sup>91</sup> Artuk/Gökçen/Yeni-dünya, s.1049.

<sup>92</sup> Baytemir, s.349.

<sup>93</sup> 6413 sayılı Kanun'un kabulünden önce bir askerî disiplin kanunu olarak barış zamanında uygulanmakta olan ancak 6413 sayılı Kanun'un kabulünden sonra sadece savaş zamanında uygulanacak olan 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'un, 53'ncü maddesi şöyledir: "Astlarına hizmetle ilgisi olmayan emir verenler, astlarından hediye isteyenler veya borç alanlar on günden iki aya kadar oda veya göz hapsi cezası ile cezalandırılırlar". Ancak 53'ncü maddede, suçun oluşumu bakımından hediye

Disiplin Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile 477 sayılı DMK savaş zamanında uygulanmak üzere askıya alınmış ve barış döneminde disiplin uygulamaları için 6413 sayılı Kanun hükümleri uygulamaya konulmuştur. 6413 sayılı Kanun'da da, maiyetinde çalışan personel tarafından verilen ve makul bir seviyenin üstünde maddi değeri olan bir hediyein kişisel menfaat elde etmek amacıyla kabul edilmesi bu Kanun'un 'Aylıktan kesme cezasını gerektiren disiplinsizlikler' madde başlıklı 18'nci madde 1'nci fıkra (g) bendinde, disiplin cezasını gerektiren bir haksız fiil olarak düzenlenmiştir.<sup>94</sup> 'Maiyetinden hediye kabul etmek' başlığı altında yer alan bu düzenleme şöyledir: 'Maiyetinde çalışan personel tarafından verilen ve makul bir seviyenin üstünde maddi değeri olan bir hediyeyi kişisel menfaat elde etmek amacıyla kabul etmektir'.<sup>95</sup> Bu madde kapsamında disiplinsizliğin faili olabilmek için, armağan edilen eşyanın maddi değerinin makul bir seviyenin üstünde olması ve menfaat temini amacıyla kabul edilmesi gerekmektedir. Rüşvet alan kamu görevlisi de bir menfaat temin etmekle birlikte, amir ile ast ya da maiyeti arasında belirli bir işin yapılması veya yapılmaması için hediye verilmesi konusunda önceden yapılmış bir anlaşma bulunmamaktadır.<sup>96</sup>

Yine burada açıklanması gereken bir diğer husus rüşvet suçunun konusu olan menfaat ve yararın suçun her iki faili bakımından da aranıp aranmayacağıdır. Askerî Yargıtay'ın 765 sayılı mülga TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde verdiği eski tarihli bir kararında<sup>97</sup>, 'İki taraflı suçlardan olan rüşvet suçunda, alıcı kadar rüşveti verenin de menfaati gerekli olduğundan, onarım için kademeye gönderilmiş olan askerî aracın tamir edilmesinde hiçbir şahsi menfaati bulunmayan vasıta şoföründen bakım işini nasıl olsa yapacağını zikretmekle beraber bakım hanede

---

istemek yeterli olup, istenen hediyein kabul edilip edilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır (Bu madde ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gökhan Yaşar Duran, Askerî Disiplin Hukuku, İstanbul 2012, s.244-247).

<sup>94</sup> Fahrettin Demirağ, Gereçeli ve Açıklamalı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile Askerî Ceza Kanunu ve İç Hizmet Kanunu, Ankara 2014, s.187.

<sup>95</sup> 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun m.10/son fıkrasında benzer bir yasağa yer verilmiştir. Madde şöyledir: "Amir, maiyetindeki memurlara kanunlara aykırı emir veremez ve maiyetindeki memurdan hususi bir menfaat temin edecek bir talepte bulunamaz, hediyesini kabul edemez ve borç alamaz".

<sup>96</sup> Demirağ, Gereçeli ve Açıklamalı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu..., s.188-189; Benzer açıklama için bkz. Olgun Değirmenci/Battalgazi Tanrıverdi, Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s.270.

<sup>97</sup> As.Yrg.Drl.Krl.8.4.1966 E.20 K.21, Özbakan, s.337.

*öteden beri kurulan nüfuza dayanarak hediye (sigara parası) isteyen sanık çavuşun fiili(nin); rüşvet olmayıp, memuriyet nüfuzunu kötüye kullanmak suçunu teşkil ede(ceğini)* açıklamıştır. Doktrindeki görüşlerden birine göre, TCK m.252'de yer alan 'menfaat' kavramının dar yorumlanmamalıdır.<sup>98</sup> "Yarar"dan anlaşılması gereken, kamu görevlisinin ekonomik, hukuksal veya kişisel durumunu objektif olarak iyileştiren her türlü edimdir.<sup>99</sup> Bu yarar maddi veya cinsel nitelikte olabilir. Bu bağlamda kişinin tatil ve seyahat masraflarının karşılanması da düşünülebilir.<sup>100</sup>

TCK'dan farklı olarak yararın azlığı zimmet suçu bakımından hafifletici neden olarak kabul edilmesine karşılık, bu durum rüşvet suçu açısından hafifletici bir neden olarak kabul edilmemiştir.<sup>101</sup> Bu husus eleştirilmiştir.<sup>102</sup> Eğer verilen ile yapılan arasında açık bir dengesizlik varsa çıkar sağlama yoktur. Mesela memura yapılan sigara, kola, bira gibi ikramlar çıkar sağlama olmaz.<sup>103</sup>

Rüşvet suçunda suçun konusu olan yarar ya da menfaatin 'doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye (TCK m.252/1)' verilmesinde suçun oluşumu bakımından bir engel bulunmamaktadır. Rüşvet alan kişi açısından elde edilecek menfaatin fiilen alınmış olması da şart değildir. Daha öncede açıklandığı üzere rüşvet anlaşmasının yapılması ile rüşvet suçu tamamlanmış olur. Bu nedenle failin, muhatap kamu görevlisine sağlamak istediği yararın cins, değer ve miktarını belirtmeksizin rüşvet teklif ve önerisinde bulunduğu da rüşvet suçu oluşur. Ancak Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 765 sayılı Kanun döneminde önceleri bu şekilde oluşan eylemi "memura görevinden dolayı hakaret suçu" olarak nitelendiriyordu. Ancak artık bu uygulamadan vazgeçilip, eylem "rüşvet verme suçu" olarak nitelendirilmektedir.<sup>104</sup>

<sup>98</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1049.

<sup>99</sup> Baytemir, s.344-345.

<sup>100</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 1049.

<sup>101</sup> Baytemir, s.346.

<sup>102</sup> Doktrinde bu durum, cezalandırmaya müstahak bir ağırlıkta olması gerektiği şeklinde açıklanmaktadır. Kanunda değer azlığı ile ilgili bir hükmün bulunmaması suç politikası açısından isabetli değildir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 1050).

<sup>103</sup> Soyaslan, s.688.

<sup>104</sup> Baytemir, s.346,347; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.994; Olay tarihinde ruhsatsız tabanca bulundurmak suçundan yakalanan ve bilahare mahkûm olan oğlunun karakola götürmekte olan müşteki karakol komutanı A.K. 'a sanık

## 5. Suçun Nitelikli Unsurları

a. *Fail Bakımından Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsur (TCK Bakımından (TCK m.252/7)*

AsCK m.135'te, **rüşvet suçuna** ilişkin nitelikli bir hale yer verilmişse de bu maddenin atıfta bulunduğu madde sadece TCK m.252'nin basit hali değil aynı zamanda bu suça ilişkin nitelikli halleri de kapsamaktadır. Nitekim TCK m.252, 7'nci fıkrasında, '*Rüşvet alan veya talebinde bulunan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır*' hükmü, şartları varsa AsCK m.135'in rüşvet alan asker kişi suç failleri bakımından da geçerlidir.

TCK'nın 6/1'nci fıkra (d) bendinde yargı mensupları, '*yüksek mahkemeler ve adli, idari ve askerî mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar*' şeklinde açıklanmıştır. Bu hükme göre, askerî yargıda görev yapan, yargı mensuplarının da TCK m.252/7'nci fıkra kapsamında yer aldıkları konusunda şüphe yoktur. Yine asker kişilerin askerî ya da adli mahkemelerde bilirkişilik (örneğin; doktor, mühendis vs.) yapmaları her zaman mümkündür.

Burada AsCK m.135 bakımından tartışılacak husus, TCK m.252/7'nci fıkrası kapsamında sorumlu tutulacak askerî yargı görevinde bulunan yine bu görev kapsamında bilirkişilik faaliyetinde bulunan asker kişilerin görevlerine giren işin niteliğinin ne olduğunun belirlenmesidir. Zira yargı faaliyetinin askerî bir iş olarak kabul edilmesi halinde failler AsCK m.135 atfıyla TCK m.252/7'ye göre cezalandırılmalıdır. Kanaatimizce yargılama görevi askerî bir iş değil, anayasal bir görev olan yargı hizmetinin yerine getirilmesidir. Bu nedenle askerî yargı mensuplarının ya da bu konuda bilirkişilik yapan askerî personelin bu hizmetin yapılması ya da yapılmaması için menfaat temin etmeleri doğrudan TCK m.252/7'nci fıkra kapsamında değerlendirilmelidir.

---

Behçet'in "özel görüşelim daha karakola gitmedik yalnız görüşelim, ben sizi görürüm" dediği oluşunda mahkemece bu şekilde kabul edildiği dosya içeriğinden anlaşılmalı sanığın vermeyi teklif ettiği para miktarını açıklamamış bulunması karşısında eylemin memura hakaret suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde rüşvet teklif etmekten hüküm kurulması, 5. CD, 27. 12. 1999 T, E:1999/5098; K:1999/6376', Baytemir, s.347'.

Yine bir başka olasılık askerî hâkim sınıfı bir subayın idari bir görevde bulunduğu sırada bu görev kapsamında yaptığı idari bir işin yapılması veya yapılmaması için rüşvet anlaşması yapması halidir. Bu durumda failin eylemi asker bir kişinin görevi kapsamında askerî bir iş olarak değerlendirileceğinden fail hakkında AsCK m.135 kapsamında uygulama yapılmalıdır. Yine bu iş yargı görevi kapsamında değilse kanaatimizce TCK m.252/7'nci fıkradaki nitelikli hale gidilmemelidir.

Doktrindeki bir görüşe göre, TCK m.252/7'nci fıkra ile bağlantılı olarak, rüşvet anlaşmasının her iki tarafının da alacağı cezanın artırılabilmesi, ancak bunun için yarar sağlayan, vaatte bulunan veya rüşvet anlaşması yapan diğer taraf hakkında bu ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için, kamu görevlisinin sıfatını biliyor olması gerektiği açıklanmıştır.<sup>105</sup> Bu açıklama AsCK m.135 bakımından da geçerlidir. Diğer bir anlatımla suçun rüşvet veren failinin, rüşvet alan kişinin yargı mensubu ya da askerî bir bilirkişi olduğunu bilmesi halinde TCK m.252/7'nci fıkra kapsamında cezası artırılabilecektir.

Yine burada bahsedilmesi gereken bir başka husus, 2918 sayılı Trafik Kanunu'nun Ek 11'nci maddesi gereğince suç ve ceza tutanağı düzenlemek görevine ilişkin olarak, aynı Kanun'un 114/1'nci fıkrasında kendisine görev verilen kişilerin işledikleri rüşvet suçuna ilişkin nitelik hal uygulamasıdır. Zira 2918 sayılı Kanun'un Ek 11'nci maddesi gereğince<sup>106</sup> bu suç faillerinin cezalarının yarı oranında artırılması ve mesleklerinden ilişkilerinin kesilmesi öngörülmüştür.<sup>107</sup> Burada bu kapsamda konumuz açısından Jandarma Genel Komutanlığı personelinen bahsedilmelidir. Bu personelin 2918 sayılı Kanun'dan doğan görevleri bulunmaktadır. Bu kişilerin 2918 sayılı Kanun kapsamında işledikleri rüşvet suçundan dolayı eylemlerinin AsCK m.135'e göre mi yoksa TCK m.252'ye göre mi cezalandırılacakları tartışılabilir.

<sup>105</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.991.

<sup>106</sup> Bu madde şöyledir: "Bu Kanunun 114'ncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç ve ceza tutanağını tanzim ile görevlendirilenlerin ika edecekleri suçlardan Türk Ceza Kanununun 181, 209, 211, 212, 228, 240 ıncı maddelerinde yazılı fiilleri yapanlar hakkında belirtilen maddelerde geçen cezalar yarı nispetinde artırılarak hükmolunur ve bu suçları işleyenlerin meslekle ilişkileri kesilir". Maddede 765 sayılı mülga TCK 212'nci maddesine atıf yapılmıştır. Bu maddenin karşılığı olan suç TCK m.252'dir.

<sup>107</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1048.

Kanaatimizce suçun vasıflandırılması AsCK uygulamasında asker kişi sayıldığına kuşku bulunmayan jandarma personelinin trafik kanunundan doğan görevlerinin askerî bir iş kapsamında yürütülen bir iş olup olmamasına göre değişecektir. 2803 sayılı 'Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu', 7'ncü maddesinde, 'Jandarmanın genel olarak görevleri' açıklanmaktadır<sup>108</sup>. Bu görev jandarma personelinin mülki görevi kapsamında icra edildiğinden bu işin askerî bir iş olduğu söylenemeyecektir.<sup>109</sup> Bu durumda 2918 sayılı Trafik Kanunu'nun Ek 11'nci maddesi gereğince suç ve ceza tutanağı düzenlemek görevine ilişkin olarak aynı Kanunun 114/1'nci fıkrasında kendisine görev verilen kişinin, jandarma personeli olması ve bu kişinin bu görevinden dolayı rüşvet anlaşması yapması doğrudan TCK m.252 kapsamında cezalandırmayı gerektirecektir. Yine failler hakkında verilecek ceza 2918 sayılı Kanun'un Ek 11'nci maddesi gereğince artırılabilecektir.

*b. AsCK'da Yer Alan Genel Artırım Nedeni (AsCK m.51)*

AsCK 51'nci maddesinde, kasten işlenen askerî suçlar bakımından<sup>110</sup> AsCK'da yer alan tüm suçlara uygulanabilen genel bir artırım

<sup>108</sup> 2803 sayılı "Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu", 7'ncü maddesinde, "Jandarmanın genel olarak görevleri" şöyle açıklanmaktadır: "Jandarmanın sorumluluk alanlarında genel olarak görevleri şunlardır. a) Mülki görevleri; Emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korunmalarını yapmak. b) Adli görevleri; İşlenmiş suçlarla ilgili olarak kanunlarda belirtilen işlemleri yapmak ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirmek. c) Askerî görevleri; Askerî kanun ve nizamların gereği görevlerle Genelkurmay Başkanlığınca verilen görevleri yapmak. d) Diğer görevleri; Yukarıda belirtilen görevler dışında kalan ve diğer kanun ve nizam hükümlerinin icrası ile bunlara dayalı emir ve kararlarla Jandarmaya verilen görevleri yapmak".

<sup>109</sup> Askeri Yargıtay bir kararında, "Sanığın sınır güvenliğini sağlama, karar sınırından kaçak giriş ve çıkış yapılmasını önleme görevlerine aykırı hareket ederek, yasa dışı geçiş ve kaçakçılığına göz yumduğu anlaşılmakta olup, eylemin varlığı konusunda kuşku bulunmamaktadır...yasa dışı geçiş ve kaçakçılığına göz yumma ve bu yasadışı geçiş karşılığında rüşvet almak (yarar sağlama) hususunda, H.İ. ile sanık arasında anlaşmaya varıldığı ve bu anlaşmanın yapılması ile sanığın rüşvet suçunu işlediği kabul edilmiştir" (As.Yrg.3.D.11.3.2014, E.2014/272, K.2014/241, Koç, s.699). Bahse konu olay Jandarma'nın mülki görevine giren bir işin yapılması ile ilgili olduğundan, kanaatimizce suç faili asker kişi hakkında doğrudan TCK hükümlerine göre rüşvet suçundan işlem yapılacaktır.

<sup>110</sup> 'As.C.K.nun 51 inci maddesi, ancak kasdi suçlarda kabili tatbik olduğundan, gayri kasdi suçlardan olan As.C.K. nun 146 ncı maddesi ile hakkında takibat ya-



nedenine yer verilmiştir. Maddeye göre; *'Bu kanunda hususi bir hüküm tayin edilmemiş oldukça aşağıdaki haller her halde cezanın arttırılmasını muhtemeldir.*

A) Madunlarla birlikte bir suçu yapmak<sup>111</sup> veya madunların bir suçuna iştirak etmek;

B) Suç silahın veya resmi nüfuz ve salahiyetin suistimali suretiyle hizmetin ifası esnasında yapılmak;

C) Suç müteaddit şahıslar tarafından toplu olarak veya herkesin gözü önünde birlikte işlenmek'

AsCK m.51'e göre yapılacak ceza artırımının ne şekilde yapılacağı ise AsCK m.50'de şöyle açıklanmıştır: *'Bu kanunda bir suç için şahsi hürriyeti tahdit eden bir cezanın arttırılacağı yazılı olan yerlerde mezkûr ceza mevzuubahis cürüm için muayyen olan cezanın iki misline kadar çoğaltılabilir. Şu kadar ki ceza o cürüm için kanunda yazılı azami haddi geçemez'.* AsCK'da kasten işlenebilen bir suçta, AsCK m.51'in uygulanabilmesi için, AsCK m.51'de düzenlenen nitelikli hallerle ilişkin unsurların, bahse konu suçun bir unsuru ya da nitelikli halleri arasında yer almaması gerekmektedir.

AsCK m.51/(A) bendinin, AsCK m.135 bakımından değerlendirilmesinde rüşvet suçunun yapısı göz önüne alınarak bir tespit yapılmamıştır. Zira AsCK m.135'de suçun oluşumu için, rüşvet alan ve veren kişiler arasında herhangi bir astlık üstlük ya da amir ve maiyet ilişkisi aranmadığı gibi, böyle bir ilişkinin bulunup bulunmaması da kanaatimizce önem taşımamaktadır. Suçun oluşumu için rüşvet alan ve rüşvet veren kişilerin varlığı gerekmektedir. Diğer bir anlatımla suçun bir unsuru olarak çok failli bir suçta yer verildiğinden kanaatimizce suçun rüşvet alan veya veren failleri arasında bir astlık üstlük ilişkisi bulunması AsCK m.51/(A) bendine göre üst açısından failin cezasında herhangi bir artırım yapılmasını gerektirmeyecektir. Ancak TCK m.252/(5)'nci fıkrası kapsamında rüşvet suçuna aracılık eden müşterek failin AsCK m.135'teki suç faillerinden birinin üstü olması halinde, bu husus

pılan sanığın cezasının bu madde gereğince artırılması yolsuzdur' (As.Yrg.1.D., 27.11.1962, E.2566, K.2998., Özbakan, s.373).

<sup>111</sup> "Birlikte işleme" ifadesinden, sanıkların irade birliği göstermesi, aralarında müşterek bir anlaşma olması, suçun iştirak hâlinde işlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır' (Değirmenci, s.133-134).



rüşvet suçunun bir unsuru olmadığından astının suçuna aracılık eden üst'ün cezası AsCK m.51/(A) bendine göre artırılabilir.

AsCK m.135 oluşumu bakımından, asker kişinin görevine giren askerî bir işin, yapılması veya yapılmaması için rüşvet anlaşmasının yapılması gerektiğinden, kanaatimizce AsCK m.51/(B) bendindeki suçun '*resmi nüfuz ve salahiyetin suiistimali suretiyle hizmetin ifası esnasında yapılmak*' suretiyle işlenmesi hali de, rüşvet suçunun zorunlu bir unsuru olduğundan, kanaatimizce bu genel artırım nedenine dayalı olarak da artırım yapılması mümkün değildir.

Diğer bir nitelikli hal ise, AsCK m.51/ (C) bendindeki, '*Suç(un) müteaddit şahıslar tarafından toplu olarak veya herkesin gözü önünde birlikte işleme(si)*' hükmüne ilişkindir. Bu bent, çok failli rüşvet suçuna iştirak hükümleri kapsamında katılan asker kişilere ilişkindir. Askerî Yargıtay bir kararında, bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, '*suçun en az 3 kişi tarafından toplu olarak ya da en az 2 kişi tarafından herkesin gözü önünde birlikte (İştirak halinde) işlenmesi gerek(tiğine)*'<sup>112</sup> karar vermiştir. AsCK m.51/(C) bendindeki artırım nedeni kanaatimizce AsCK m.135 bakımından şartları varsa uygulamaya elverişlidir.

## B. MANEVİ UNSUR

Rüşvet suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Bu suçun taksirle işlenebilen bir biçimine yer verilmemiştir. Ancak bu suçun işlenmesinde failin genel kastının yanı sıra, belli bir amaçla (saikle) hareket edip etmemesi gerektiği tartışılabilir. Madde hükmü incelendiğinde, '*görevin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için ...menfaat sağlaması*' arandığından, kastın yanı sıra failin özel bir amaçla hareket etmesi gerektiği, manevi unsur için aranan bir husustur.<sup>113</sup> Ancak bu konu doktrinde tartışmalıdır. Zira bazı yazarlara göre, saik olarak yukarıda açıklanan husus aslında suç tipinin yöneldiği neticedir. Bu nedenle suçun oluşumu için genel kast yeterli olduğundan suçun olası kast ile işlenmesi de mümkündür.<sup>114</sup>

<sup>112</sup> As.Yar.1D., 10.06.2009, 2009/1229-144 E.-K., *Askerî Yargıtay Dergisi*, S.23, Y.2010, s.27-28.

<sup>113</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1051.

<sup>114</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.992.

Bir diğer hususta, failin kastının; hem bahse konu işin görevi ile ilgili olmasını hem de sağlanan veya vaat edilen yararın hukuka aykırı olmasını içermesi gereğidir.<sup>115</sup> Suç failinin, görevinin gereklerine aykırı olarak yapacağı veya yapamayacağı işlemin, kendi görev hudutları içinde olup olmadığını tayin hususunda hataya düşmüş olması halinde, diğer bir anlatımla failin görevine giren bir hususun, görevine girmediyini zannederek işlem yapması durumunda, TCK'ya ilişkin hata (TCK m.30) hükümleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerekecektir.<sup>116</sup>

#### IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

##### A. TEŞEBBÜS

TCK m.252'de rüşvet bir teşebbüs suçu olarak düzenlenmiştir. Kural olarak rüşvet, para ve sair menfaatin temin edildiği anda tamamlanır. Bu aşamaya kadar suçun işlenişine iştirak mümkündür. Bu durumda, henüz menfaat temin edilmiş olmadığından teşebbüs hali söz konusu iken, kanun koyucu, kamu görevlisinin kendisine yapılan bir menfaat teklifini kabul ederek, teklif edenle anlaşmaya varmasını, suçun tamamlanması bakımından yeterli görmüştür (TCK m.252/3) Rüşvet suçunun tamamlanması bakımından vadin yerine getirilip getirilmediği, önemli değildir.<sup>117</sup>

Rüşvet suçunun teşebbüse müsait olup olmaması bakımından, çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, rüşvet suçu sırf hareket suçu-şekli (neticesiz suç-neticesi harekete bitişik) suçtur. Bu görüşe göre, rüşvet suçu teşebbüse elverişli değildir. Ancak hareketler aşamalara bölünüyorsa teşebbüse elverişlidir. Diğer görüşe göre, rüşvet suçu tehlike suçudur. Rüşvet anlaşmayla tamamlanır. Taraflar anlaşmak için görüşür, fakat anlaşamazlarsa teşebbüs söz konusudur. Anlaşma sırasında, bir taraf vazgeçerse, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Vazgeçmeyen taraf ise, suç tamamlanmadığı için rüşvet suçuna teşebbüsten sorumlu olur. Ancak rüşvet anlaşması tamamlandıktan sonra, yararın sağlanmasından vazge-

<sup>115</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.992.

<sup>116</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1051.

<sup>117</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.993; Baytemir, s.356-357.

çilmesi veya yarar vaadinden cayılması halinde etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır.<sup>118</sup>

Kamu görevlisi, rüşvet talep eder ve fakat fert bunu kabul etmezse ya da tersi olursa, teklif eden taraf rüşvet alma veya verme suçuna teşebbüs etmiş olur. Bu durumda kural olarak, rüşvet suçunun teşebbüs aşamasında kalması halinde sorumluluk, TCK'nın 35'nci maddesinde düzenlenen teşebbüs hükümlerine göre belirlenecekken bu konuda TCK m.252/4'ncü fıkrasında özel düzenleme bulunduğundan fail hakkında TCK m.252/1 ve 2'nci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilerek belirlenecektir.<sup>119</sup>

Yine teşebbüs açısından açıklanması gereken bir diğer durumda daha önce yukarıda açıklanan, kamu görevlisinin rüşvet talep etmesi karşı tarafın da kamu görevlisini yakalatmak için teklifi kabul etmiş görünmesi olasılığıdır. Bu durumda rüşvet anlaşması olmadığından, talep eden açısından eylem teşebbüs aşamasında kalmıştır. Aynı şey rüşvet vereni yakalatmak maksadını güden kamu görevlisi bakımından da geçerlidir. Bu durumda rüşvet teklifinde bulunan kişinin eylemi teşebbüs aşamasında kalacaktır.<sup>120</sup> Doktrindeki bir görüşe göre, bu durumda da, kamu görevlisinin teşebbüs eylemi, TCK m.35'e göre değil, TCK m.252/4'ncü fıkrası kapsamında indirim tabi tutulmalıdır.<sup>121</sup>

## B. İŞTİRAK

Bu suçun işlenişine iştirakin her şekli ile katılmak kanaatimizce mümkündür. Burada AsCK m.135 bakımından özellik gösteren durumlardan biri, yukarıda açıklandığı üzere, AsCK m.51'de kasten işlenen askerî suçlar bakımından, suçun nitelikli hali sayılan, bazı özel iştirak şekillerine yer verilmesidir. Bunun dışında AsCK m.135'in, rüşvet suçuna yaptığı atıf nedeniyle bu suç kapsamında düzenlenen özel iştirak şekilleri incelenmelidir. Bu kapsamda rüşvet suçunda, rüşvete aracılık eden suç ortaklarına ilişkin özel bir iştirak şekline yer verildiği görülmektedir.

<sup>118</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.994.

<sup>119</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1051-1053.

<sup>120</sup> Baytemir, s.357.

<sup>121</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1053.

Rüşvet alan veya rüşvet verenin fiiline katılan kişinin, rüşveti veren veya alandan hangisinin vasıtası ise, onun suç ortağı sayılacağına ilişkin 765 sayılı eski TCK'nun 216'ncı maddesine, 5237 sayılı yeni TCK'da yer verilmemiştir. Bunun sebebi rüşvet suçunun yapısının gerçek anlamda çok failli bir suç olarak düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Gerekçede de, veren ve alan açısından rüşvet suçu tek bir suçtur. Bu nedenle, söz konusu suç tanımı kapsamında "*rüşvete aracılık eden*" kavramına yer verilmemiştir, denilmiştir.<sup>122</sup> TCK m.252'de, 6352 sayılı Kanun'la düzenleme yapılıncaya kadar ki dönem içinde, yeni düzenleme nedeniyle rüşvet suçunda iştirakin söz konusu olduğu durumlarda olay iştirake ilişkin genel hükümler (TCK m.37-41) çerçevesinde çözümlenmiştir.<sup>123</sup> Ancak bağlılık kuralı gereği, kamu görevlisi olmayan müşterek faillerin yardım eden olarak cezalandırılması, izlenen suç politikası gereği az bulunmaya başlayınca, 6352 sayılı Kanun ile TCK m.252/5'nci fıkrasında rüşvet suçuna aracılık eden kişi bakımından özel iştirak hükmü getirilmiştir. Bu fıkra şöyledir: '*Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır*'.

Yine 6352 sayılı Kanun'la, TCK m.252'nci maddenin 6'ncı fıkrasında da, özel bir iştirak biçimine yer verilmiştir. Fıkraya göre, '*Rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır*'. Ancak bu kişinin cezalandırılabilmesi için sağlanan menfaatin '*rüşvet ilişkisinden kaynaklanan bir yarar olduğunu*' bilmesi gerekir.<sup>124</sup>

Öncelikle AsCK m.135'in TCK m.252'ye yaptığı atıf suçun bütününe ilişkin olduğu için maddenin yukarıda açıklanan fıkralarında düzenlenen özel iştirak biçimleri AsCK m.135 kapsamında da suça aracılık eden ya da rüşvet ilişkisinde kendisine dolaylı menfaat sağlanan asker kişiler bakımından da geçerli olacaktır. Ancak burada bizi asıl ilgilendiren husus, AsCK m.135 kapsamında işlenen rüşvet suçuna; aracılık eden (TCK m.252/5) ya da kendisine menfaat sağlanan (TCK

<sup>122</sup> Baydemir, s.338.

<sup>123</sup> Baytemir, s.

<sup>124</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1057.

m.252/6) asker ya da sivil kişilerin suç vasıflarının tespitidir. Bu fıkralarda bahsi geçen, 'Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesinden' rüşvet verene, 'rüşvetin temini hususlarında' aracılık edilmesi ise rüşvet alana aracılık edilmesine karşılık gelmektedir. TCK m.252 bakımından bu ayırım çok önemli olmamakla birlikte, kanaatimizce AsCK m.135 bakımından rüşvete aracılık eden kişinin hangi tarafta yer aldığı açısından önem taşımaktadır. Öncelikle AsCK m.135 bakımından suçun faili olabilmek için daha öncede açıklandığı üzere failin görev alanına giren işin mutlaka askerî bir iş olması gerekmektedir. Burada şu olasılıklar üzerinde durulabilir:

Örneğin, rüşvet alan asker kişidir. Bu kişiye aracılık eden de asker kişidir. Bu durumda aracı olan kişinin suçu AsCK m.135 olarak vasıflandırılacaktır.

Örneğin, rüşvet alan kamu görevlisi sivil kişi olmakla birlikte bu kişinin görevine giren iş askerî bir iş ise, buna aracılık eden asker kişinin işlediği suç kanaatimizce AsCK m.135'tir. Ancak sivil kişinin işlediği suç TCK m.252'dir. Eğer sivil kişi kamu görevlisinin görevine giren iş askerî bir iş değilse, rüşvet veren veya aracılık eden asker kişi olsa bile, tüm failer bakımından uygulama genel hükümler kapsamında rüşvet suçuna (TCK m.252) ilişkin hükümlere göre belirlenecektir.

Yukarıda açıklananlar dışında, AsCK m.135 kapsamında işlenen rüşvet suçuna asker bir kişinin azmettiren olarak iştirak etmesi de kanaatimizce mümkündür. Ancak azmettiren askerî şahsın emir vermeye yetkili bir amir olması haline ilişkin AsCK özel bir iştirak şekline yer verilmiştir. 'Madununa suç yapmak için emir verenlerin cezası' başlıklı AsCK m.109'ncu maddesinde yer alan bu düzenleme şöyledir<sup>125</sup>:

'1. Rütbe veya makam ve memuriyetinin nüfuz ve salahiyetini suistimal ederek madununa bir suçun yapılmasını teklif eden, amir veya mafevok iki seneye kadar hapsolunur.

2. Suç yapılır veya yapılmağa teşebbüs edilirse faili asliye muayyen olan ceza, emir veren hakkında (M. 50) artırılarak hükmolunur'.

Maddeye göre, emir vermeye yetkili bir amir ya da üstün, rütbe

<sup>125</sup> Değirmenci, s.328.

veya makam ve memuriyetinin nüfuz ve salahiyetini suiistimal ederek, rüşvet konusunda astına teklifte bulunması halinde astın bu teklifi kabul etmesine gerek olmaksızın, AsCK m.109/1'nci fıkra kapsamında madununa suç yapmak için emir vermekten dolayı cezalandırılacaktır. Bu emrin ya da teklifin ast tarafından yerine getirilmesi ya da buna teşebbüs edilmesi halinde, AsCK m.109/2'nci fıkrasına göre, ast, rüşvet suçundan dolayı cezalandırılırken, bu ceza, emri veren bakımından AsCK m.50 gereğince artırılarak verilecektir. Bu kişinin, *'rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi* (TCK m.252/6) olması ayrıca mümkün olduğundan artık burada daha özel olan AsCK m.109/2'ye göre hareket edilmesi gerekecektir.

### C. İÇTİMA

Suçların içtimaı konusunda genel hükümler uygulanır<sup>126</sup>.

Rüşvet suçunun sebebinin teşkil eden ve rüşvet dolayısıyla yapılan ya da yapılmayan işin suç oluşturması halinde, bu suç rüşvet almanın temel ya da nitelikli unsuru olmadığı takdirde, her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilmelidir.<sup>127</sup> Rüşvet suçunun daha özel nitelikte bir suç olması dolayısıyla görevi kötüye kullanma suçu ile aralarında fikri içtima ilişkisi yoktur.<sup>128</sup>

AsCK m.135 söz konusu olduğunda uygulamada rüşvet suçunun aşağıda ele alınacak olan değişik askerî suçlarla birlikte içtima ilişkisi içinde bulunabileceği değerlendirilmektedir:

Örneğin kamu görevlisinin öğrendiği suçu yetkili makamlara bildirmemek (m.279)<sup>129</sup> için rüşvet alması halinde bu suç rüşvet suçunun

<sup>126</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1058.

<sup>127</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1058.

<sup>128</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.1000; "Sanığın sürücü belgesiz araç kullanmak suçundan jandarma trafik zabıtasınca yakalandığında, görevli Ö. Ş.'ye işlem yapmaması için 5. 000. 000 lira teklif ettiği görevlinin kabul etmeyerek sanık hakkında sürücü belgesiz araç kullanmak ve rüşvet teklifi suçundan işlem yapılması için diğer görevli H. Y.'ye götürdüğünde, sanığın bu sefer görevli H. Y.'e de kendisi hakkında işlem yapılmaması için 10. 000. 000 lira teklif ettiği anlaşılacakla, sanık hakkında TCK'nın 80. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilerek meyrek yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır" (5. CD, 2001/1374-2002/2833, 25.4. 2002, Baytemir, s.368).

<sup>129</sup> "Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi" başlıklı TCK m.279 şöyledir: "(1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle

temel ya da nitelikli hali olmadığından (m.42) faile ayrıca TCK m.279'u ihlalden ceza verilmesi gerekir.<sup>130</sup> Bu kamu görevlisinin askerî bir şahıs olması durumunda, AsCK m.135 ile birlikte TCK m.279'a ilişkin özel düzenleme olan AsCK m.145<sup>131</sup> hükmü uygulanacaktır.

Resmi belgede sahtecilik yapmak için rüşvet alan kamu görevlisi, resmi belgede sahtecilik fiilini işlerse, rüşvet dışında ayrıca ceza bu suçtan da ceza alacaktır. Yine burada gayrimeşru işinin görülmesi için rüşvet veren kişi de bu suç işlendiği takdirde, hem rüşvet vermekten hem de sahtecilik suçuna iştirakten sorumlu olacaktır<sup>132</sup>. Eğer sahtecilik hakikate aykırı bir raporun tanzim edilmesi maksadıyla kamu görevlisi asker bir kişi tarafından yapılırsa (AsCK m.134)<sup>133</sup> bu durumda suçun vasıflandırılması rüşvet (AsCK m.135) ve AsCK m.134'e göre yapılacaktır.

*İhaleye fesat karıştırmak* (TCK m.235)<sup>134</sup> maksadıyla rüşvet alınması halinde, TCK m.235/4'ncü fıkrasında, 'İhaleye fesat karıştırmaya dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç

---

bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.(2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır".

<sup>130</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1058.

<sup>131</sup> "Madununa nezarete ihmal edenler, madunun suçları hakkında takibatta bulunmayanlar" başlıklı AsCK m.145 şöyledir: "(...) veya ile birlikte veya bu fiiller hakkında kasten kanuni takibatta bulunmayan mafevk kısa hapis ile veya altı aya kadar hapis ile cezalandırılır".

<sup>132</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1058.

<sup>133</sup> "Hakikata muhalif rapor layiha sair evrak tanzim ve ita edenler" başlıklı AsCK m.134 şöyledir: "1. Hizmette veya tevdi edilen bir vazifeye mütaallik olarak kasten hakikata muhalif rapor veya takrir veya layiha ve sair resmi evrak tanzim eden ve veren veyahut bunların hakikata muhalif olduğunu bilerek mafevklere takdime delalet eden altı aydan üç seneye kadar hapis ile cezalandırılır."

<sup>134</sup> "İhaleye fesat karıştırmaya" başlıklı TCK'nın 235'nci maddesi şöyledir: "(1) (Değişik: 11/4/2013-6459/12 md.) Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır: a) Hileli davranışlarla; 1. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek, 2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak, 3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak, 4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak..."



hükmüne göre cezalandırılırlar' hükmü ile özel bir içtima kuralına yer verildiğinden, gerçek içtima kuralına göre fail TCK m.235 haricinde işlediği suça göre rüşvet ya da irtikap suçlarından dolayı da cezalandırılacaktır.<sup>135</sup> AsCK söz konusu olduğunda, TCK m.235 benzeri bir hükme 'Şartnameye aykırı mal ve hizmet kabul etmek' başlıklı AsCK m.143'ncü maddesinde yer verildiği anlaşılmaktadır. Madde şöyledir: 'Sözleşmeye bağlanmış yiyecek, giyecek, teçhizat veya diğer mal ve hizmetler ile her nevi imalat ve inşaatı, sözleşmeye ilişkin şartname ve numunelerine uymadıkları halde kabul eden veya ettirenler üç yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılırlar...'. AsCK m.143 ile AsCK m.135 arasındaki içtima ilişkisini ortaya koyan bir Askerî Yargıtay kararına rastlanmamıştır. Ancak 'suçta ve cezada kanunilik ilkesi' gereğince TCK m.235/4 hükmünün kıyasen AsCK m.143 bakımından uygulanması mümkün değildir (TCK m.2/3). Kanaatimizce AsCK m.143 hükmünde TCK m.235/4'deki gibi özel bir içtima kuralına yer verilmediği sürece, rüşvet alarak bu suçu işleyen asker kişi suç failleri bakımından sadece AsCK m.143'e göre işlem yapılabilir.

Yine askerî ceza uygulamasında AsCK m.135 ile içtima ilişkisi içinde bulunabilecek diğer bir askerî suçta AsCK m.81'de düzenlenen, 'Askerlikten kurtulmak için hile yapma' suçudur.<sup>136</sup> AsCK m.81 hükmü şöyledir: '1-Askerlik çağına girenlerden askerlikten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile ismini değiştirenler, başkasını kendi yerine tabib muayenesine veya askere gönderenler, başkasının hüviyet cüzdanını veya askerî vesikasını kullananlar, askerlik işlerinde sahte şahadetname veya evrak kullanan yahut her ne suretle olursa olsun hile ve desise yapanlarla kıt'aya veya bir müesseseye intisab ettikten sonra kendisinin yapmağa mecbur olduğu hizmetten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile hile yapanlar on seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar. 2-Yukarıdaki fıkrada yazılı cezalar suç ortaklarına da uygulanır. Az vahim hallerde altı aydan beş seneye kadar hapis cezası verilir'.

Madde metninden anlaşılacağı üzere, AsCK m.81 çok failli bir suç olmayıp bu suçun faili tek bir kişi olabileceği gibi uygulamada daha

<sup>135</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.813, 1059.

<sup>136</sup> Aynı açıklama için bkz. Gökhan Yaşar Duran, "Askerlikten Ceza Hukukunda Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak Suçu (AsCK m.81)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2013, Yıl:25, S.105, s.367-368.

çok iki veya daha fazla kişinin katılımıyla birlikte müşterek failer arasında da bir rüşvet anlaşması yapılarak işlenebilir. Bu ihtimale göre, kamu görevlisine rüşvet anlaşması ile sağlanan menfaat karşılığında, rüşvet veren kişinin askerlikten kurtulması sağlanmaktadır. Doktrin-deki bir görüşe göre, 'Gayrimeşru bir işinin görülmesi için rüşvet veren kişi, rüşveti alan kamu görevlisi tarafından bu suç işlendiği takdirde, ayrıca bu suça iştirakten dolayı cezalandırılmalıdır'.<sup>137</sup> AsCK m.81 söz konusu olduğunda ise, rüşvet alan kamu görevlisinin işlediği suç, failin iştirak hükümlerine göre (AsCK m.81/2) cezalandırılmasını gerektirirken, rüşvet veren kişi ise bu suçun asli faili olarak (AsCK m.81/1) cezalandırılmaktadır. Ancak burada konumuz açısından önemli olan husus AsCK m.81 hükmünü rüşvet anlaşması yaparak ihlal edenlerin ayrıca rüşvet suçundan dolayı cezalandırılıp cezalandırılmayacakları hususudur. Bu konuda eski tarihli bir Askerî Yargıtay kararı yol göstericidir. Karar şöyledir: "*Sanığın ihtiyat askerlik hizmetini yapmadığı halde defterlere yapmış gibi şerh verilmesi, kısmen askerlikten kurtulmak amacını istihdaf eden bir hile olması itibarıyla bu hileden maddî ve manevî menfaatler de temin edilebileceğine göre sanığın ayrıca rüşvet suçundan da*" cezalandırılması gerekmeyecektir. Askerî Yargıtay bir başka kararında ise bunun nedenine ilişkin önemli bir açıklamada bulunmaktadır. Karar şöyledir: "*Karşılıklı anlaşma neticesi bölük komutanına menfaat temin etmeyi kabul eden ve vaadini yerine getiren er ile adı geçeni hakikat hilafına yoklamalarda mevcut göstererek askerlik hizmetini kayden yürüten ve fakat ihbar tarihine kadar onu 11 ay gibi uzun bir süre askerlik hizmetinden uzak tutan bölük komutanının fülleri münferiden firar ve rüşvet suçlarını teşkil etmeyip bünyesinde her iki suçu da içtima ettiren askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu(nu)*" oluşturacaktır.<sup>138</sup> Bu karara göre, AsCK m.81, rüşvet suçunun unsurlarını da bünyesinde barındırdığı için sadece AsCK m.81'den uygulama yapılmalıdır. Kanaatimizce bu karardan çıkarılması gereken sonuç iki suç arasında bileşik suçun (TCK m.42)<sup>139</sup> varlığının kabul edildiğidir. Bu nedenle iki suç arasında içtima hükümleri uygulanamayacaktır.

<sup>137</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1058.

<sup>138</sup> As.Yrg.3.D.13.8.1965 E.710 K. 694, Özbakan, s.190.

<sup>139</sup> "Bileşik suç" başlıklı TCK'nın 42'nci maddesi şöyledir: "(1) Biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz".

Doktrinde bu konudaki bir başka görüşte, 'AsCK m.81, rüşvet suçunu düzenleyen TCK m.252'ye göre özel hüküm olduğundan AsCK m.81'(in) söz konusu olaya uygulanacağı' açıklanmıştır.<sup>140</sup> Bu görüşe göre sorun, genel norm-özel norm ilişkisi içerisinde ele alınmıştır. AsCK m.81 ile TCK m.252 arasındaki ilişki göz önüne alındığında özel norm olan AsCK m.81'in genel norma göre daha önce uygulanmasında herhangi bir sorun yoktur. Ancak AsCK m.81 ile AsCK m.135 arasındaki içtima ilişkisinde genel-özel norm ilişkisinden söz edilemeyecektir. Bu durumda problem kanaatimizce fikri içtima kuralına (TCK m.44)<sup>141</sup> göre çözümlenmelidir<sup>142</sup>.

Burada Askerî Yargıtay'ın bir başka kararı konuyu açıklamak için incelenmelidir. Karar şöyledir: 'Askerlik Şubesi Başkan Vekili olan sanıkla (Astsb) aynı şubede görevli diğer sanık sivil memurun, bakiye askerliğini tamamlamak üzere kıt'asına sevk evraklarını hazırladıkları hükmülden, işlemi iptal edecekleri ve geriye kalan askerliğini şube muntikasında yaptıracaklarına dair vaat üzerine para almaları eylemi(nin)<sup>143</sup> rüşvet suçunu oluşturduğu açıklanmıştır. Ancak bu kararı içtima hükümleri kapsamında değerlendirmek hatalı olacaktır. Zira söz konusu olayın sadece rüşvet kapsamında değerlendirilmesinin nedeni AsCK m.81'deki suçun unsurları itibarıyla oluşmamasıdır. Yine askerlikten kurtulmak için hile suçu "netice suçu" olmayıp, neticenin tahakkukuna ihtiyaç göstermeyen, fiilin işlenmesi ile tamamlanan "şekli suç" niteliğinde olduğundan teşebbüse de elverişli değildir. Bu nedenle söz konusu olayda AsCK m.81 bakımından teşebbüs hükümleri de söz konusu olmamıştır<sup>144</sup>.

<sup>140</sup> Bu görüş için bkz. Değirmenci, s.282.

<sup>141</sup> "Fikri içtima" başlıklı TCK'nın 44'nci maddesi şöyledir: "(1) İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır".

<sup>142</sup> "Fikri içtima halinde, suç teklifinin mi, yoksa suç çokluğunun mu bulunduğu öğretide tartışmalıdır...Kanımaızca tek suç görüşüne göre, fikri içtima kuralları, suçların içtimasını düzenleyen kurallar değildir. Bu görüş doğrultusunda, fikri içtima görünüşte içtima (görünüşte normlar çatışması) halinden farklıdır. Şöyle ki, görünüşte içtima (görünüşte normlar çatışmasında), ihlal ve dolayısıyla suç bir tanedir; yorum yoluyla ve doğrudan doğruya normlar arası ilişkiden (genel-özel norm, normun önceliği, tüketen tüketilen norm gibi) hareketle bu normlardan sadece birinin uygulanabileceği sonucuna varılmaktadır. Oysa fikri içtimada, ihlal edilen normlardan birinin yorum yoluyla ve normlar arasındaki ilişkiden hareketle uygulanmasını sağlamak mümkün değildir..." (Bu açıklamalar için bkz. Zafer, s.480).

<sup>143</sup> As. Yrg. Dr. l. Krl. 1.6.1989 E.127 K.146, Özbakan, s.338.

<sup>144</sup> Benzer açıklamalar için bkz. Duran, Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapma

Yine AsCK m.135 ile içtima ilişkisi içinde bulunabilecek diğer bir suç tipi özellikle adli kontrol faaliyeti yürüten Sahil güvenlik ya da Jandarma mensubu askerî personelin *sınır noktalarında menfaat karşılığı kaçakçılık faaliyeti yürüten suçlularla yaptıkları rüşvet anlaşmasıdır. Öncelikle burada yürütülen iş örneğinin, bir nöbet hizmeti kapsamında yürütülen askerî bir iş ise fail hakkında AsCK m.135'ten işlem yapılmalıdır. Ancak bu işin askerî kolluk faaliyeti kapsamında yürütülen adli bir görev olması halinde daha öncede açıklandığı gibi rüşvet suçunun bir tarafı asker kişi de olsa bunların görev alanına giren işin askerî bir iş olmaması nedeniyle doğrudan TCK m.252'den işlem yapılması gerekecektir. Ancak burada asıl tartışılması gereken husus, failin rüşvet dışında ayrıca işlemiş olduğu kaçakçılık suçlarından da gerçek içtima hükümleri kapsamında cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Bu konuda uygulamaya bakılmalıdır.*

Nitekim askerî savcılığın iddianamesine konu bir olayda askerî mahkeme nöbet hizmetini ifa ettiği sırada giriş ve çıkış kaçakçılığını önleme görevleri bulunan bir erin kaçakçılarla rüşvet anlaşması yapması eylemini sadece kaçakçılık suçu olarak değerlendirerek bu suçun askerî yargının görev alanında olmaması nedeniyle verdiği görevsizlik kararı temyize konu olmuştur. Askerî Yargıtay değerlendirmesinde<sup>145</sup>: *'...5607 sayılı Kanun'un 3/1'nci<sup>146</sup> maddesinde düzenlenen kaçakçılık suçunun maddi unsuru olan eşyaları gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın Türkiye'ye ithal etmek olarak değil, AsCK'nın 135'nci maddesi delaletiyle TCK'nın 252'nci maddesinde düzenlenen rüşvet suçunun maddi unsuru olan kamu görevi ifa eden sanığın görevinin gereklerine aykırı olarak bir iş yapması için diğer sanıklarla vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlanması olarak tanımlanması ve dolayısıyla sanığın üzerine atılı fiillerin sübutu halinde; askerî yargının görev alanında olan bir askerî suçu oluşturacağı göz önüne alınarak, sanık hakkındaki görevsizlik kararının bozulması gerektiğine karar verilmiştir'*. Bu karara göre asker kişi suç failin eylemi sadece AsCK m.135'e göre cezalandırılmayı gerektirecektir. Kanaatimizce bunun nedeni kaçakçılık suçunun unsurlarının AsCK m.135 kapsadığının kabul edilmesidir.

---

Suçtu, s.358-359.

<sup>145</sup> As.Yrg.2.D. 10.03.2010, E.2010/676, K.2010/642, Koç, s.699.

<sup>146</sup>

## V. CEZAYI KALDIRAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK

Rüşvet suçlarına engel olmak ve suçun gizli kalmasını önlemek amacıyla 765 sayılı mülga TCK'nın 215'nci maddesinde etkin pişmanlıktan faydalanılabilmesi için, rüşvetin konusu olan hususun kısmen de olsa yerine getirilmemiş olması şartı aranmaktaydı. 5237 sayılı yeni TCK'da bu koşul kaldırılmıştır.<sup>147</sup>

5237 sayılı TCK'nın rüşvet suçuna ilişkin olarak düzenlenen 'Etkin pişmanlık' başlıklı 254'ncü maddesinin 6352 sayılı Kanun'la değişik şekli aşağıdaki gibidir:

(1) (Değişik: 2/7/2012-6352/88 md.) Rüşvet alan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce durumu yetkili makamlara haber vermesi halinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(2) (Değişik: 2/7/2012-6352/88 md.) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(3) (Değişik: 2/7/2012-6352/88 md.) Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(4) (Ek: 26/6/2009 – 5918/4 md.) Bu madde hükümleri, yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişilere uygulanmaz'.

AsCK m.135 rüşvet suçu bakımından TCK'nın sadece rüşvet suçuna ilişkin maddesine değil, bu suçu düzenleyen tüm maddelerine atıfta bulunduğundan, bu kapsamda TCK m.254'de düzenlenen yukarıda ki uygulama, AsCK m.135'in asker kişi suç failleri bakımından da kanaatimizce geçerlidir.

<sup>147</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1060.

## VI. MUHAKEME USULÜ

353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu (AsYUK)'un 9'ncü maddesi, *"Askerî mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askerî olan suçları ile, bunların asker kişilerin aleyhine veya askerî mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler"* hükmünü içermektedir. Aynı Kanun'un 17'nci maddesi ise, *"Askerî mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmez. Ancak suçun; askerî bir suç olmaması, askerî bir suçla bağlı bulunmaması hâlinde askerî mahkemenin görevi sona erer"* şeklindedir.

AsCK m.135'ten sorumlu olan asker kişi suç failleri bakımından, AsYUK m.9 gereğince, yargılama askerî mahkemede yapılacaktır. AsYUK m.17 gereğince, AsCK m.135'in faillerinin yargılama esnasında emekli olmaları ya da istifa etmeleri ile askerlikten ilişkileri kesilse bile, askerî mahkemede yargılanmalarına devam edilecektir. Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında<sup>148</sup>, *'rüşvet suçu olarak adlandırılan sanığın eylemi ile ilgili olarak, sanığın TSK.dan ayrılmış olmasının yargılamayı gerektiren ilgiyi kesmeyeceği, dolayısıyla mahkemenin görevsizliğinden bahsedilemeyeceği...'* açıklanmıştır.

Burada asıl problem, rüşvet alan ya da veren askerî şahıs, diğer tarafın ise sivil kişi olması halinde ya da iştirak bahsinde açıklandığı üzere AsCK m.135'e iştirak edenlerin sivil şahıs olmaları halinde, uygulamanın nasıl yapılacağına ilişkindir. Öncelikle sivil bir kişinin askerî mahkemede yargılanması mümkün değildir. Buradaki asıl konu, sivil şahsın AsCK m.135'teki rüşvet suçunun faili olup olamayacağına ilişkindir. Bu konu, *'Barış zamanında sivil kişilerin Askerî Ceza Kanununa tâbi suçlarında yargılama mercii'* başlıklı AsYUK m.13'ncü maddesinde şöyle açıklanmaktadır: *'Askerî Ceza Kanununun 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 75, 79, 80, 81, 93, 94, 95, 114 ve 131 inci maddelerinde yazılı suçlar, askerî mahkemelerin yargı yetkisine tâbi olmayan sivil kişiler tarafından barış zamanında işlenirse; bu kişilerin yargılanması, adli yargı mahkemeleri tarafından, Askerî Ceza Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle yapılır'*.

<sup>148</sup> As.Yrg.3.D., 10.4.2006, E.2006/576, K.2006/572, Çelen, s.455.



Yukarıdaki madde hükmüne göre, sivil bir şahsın AsCK m.135'in faili olması mümkün değildir. Zira AsYUK m.13'e göre, sivil bir şahsın işleyebileceği suçlar arasında AsCK m.135 bulunmamaktadır. Bu nedenle AsCK m.135 kapsamında işlenen bir suçun rüşvet alan ya da veren tarafı, ya da iştirakçilerinden biri olarak suça katılan sivil bir kişi bakımından uygulanması gereken madde TCK m.252 olacaktır.<sup>149</sup> Ancak bu suçun diğer tarafı olan asker kişi bakımından ise uygulama AsCK m.135'e göre yapılacaktır İki ayrı mahkemede aynı konuda yargılama yapılması uygulamada sorunlara yol açabilir. Bu nedenle her iki davada adil bir sonuç çıkması bakımından, sivil mahkemenin elindeki dosyayı bekletici mesele yaparak, Askerî mahkeme kararı kesinleştikten sonra bir karar verilmesinin uygun olacağı düşüncesindeyiz.

## VII. YAPTIRIM

AsCK m.135'de düzenlenen rüşvet suçu, suçun cezalandırılması bakımından TCK'da düzenlenen hükümlere atıfta bulunmaktadır. Bu nedenle asker şahıs suç faillerine verilecek cezalar ve cezanın artırımını, indirimini gerektiren nitelikli durumlar için genel hükümler kapsamında rüşvet suçunu düzenleyen maddelere bakılacaktır. Bunun dışında AsCK m.51 ve AsCK m.109 kapsamında düzenlenen özel iştirak hallerinden kaynaklanan artırım nedenine ilişkin şartların varlığı halinde, yukarıda açıklandığı üzere asker kişi suç faillerinin cezalarının artırımı mümkün olacaktır.

Yine AsCK uygulamasında da geçerli olan, TCK'nın genel hükümler bahsinde düzenlenen 55'nci maddesi kapsamında, AsCK m.135'in faili olan kişilerin bu suçun işlenmesi ile elde ettikleri maddi menfaatler müsadere edilecektir.<sup>150</sup>

AsCK m.135 bakımından bir diğer hususta, bu suça bağlı olarak, suç faillerine verilecek fer'i ceza uygulamasıdır. Asker kişilerin hakkındaki hükmolunacak fer'i askerî cezalar AsCK m.29'da; TSK'dan çıkarma, rütbenin geri alınması ve askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme

<sup>149</sup> Nitekim Askeri Yargıtay bir kararında, "Rüşvet alanın asker kişi, verenin ise sivil kişi olması halinde sivil sanığın bu suçundan dolayı genel adliye mahkemesince yargılanması gerektiğini" açıklamıştır ( As.Yrg.1.D., 3.2.1972 E.2 K.37, Özbakan, s.338).

<sup>150</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1055.



olarak düzenlenmiştir. Fer'î askerî cezalara hükmedilirken, failin suç işlediği andaki sıfatı dikkate alınır. Fail suç tarihinden sonra emekliye ayrılrsa ya da TSK ile ilişkisi kesilse de koşulları varsa, fer'î cezalara karar verilmelidir.<sup>151</sup>

*'Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası' AsCK m.30'da şöyle düzenlenmiştir:*

*'Aşağıda yazılı hallerde subay, astsubay, uzman jandarmalar ve özel kanunlarında bu cezanın uygulanacağı belirtilen asker kişiler hakkında, askerî mahkemeler veya adliye mahkemelerince asıl ceza ile birlikte, Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da verilir. Bu husus mahkeme hükmünde belirtilmemiş olsa dahi, Silahlı Kuvvetlerden çıkarmayı gerektirir.*

*A) Taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere ölüm, ağır hapis, bir seneden fazla hapis cezası ile hükümlülük halinde,*

*B) Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle hükümlülük halinde.*

*Taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere, askerî mahkemelerce üç aydan fazla hapis cezası ile birlikte Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da verilebilir.'*

Bu hükme göre, AsCK m.30/1- (B) bendi gereğince, suçun niteliği açısından rüşvet suçu, faileri ister AsCK m.135, ister TCK m.252'den cezalandırılsın, TSK'dan çıkarılmayı gerektiren bir suç olarak maddede yer almaktadır. Yine bu fer'î cezanın verilebilmesi için mutlaka yargılama merciinin askerî mahkeme olmasına da gerek yoktur. Adli makamlar tarafından da rüşvet suçundan ceza alan asker kişiler bakımından da yine bu fer'î ceza verilecektir.

*'Askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası, niteliği ve sonuçları ' başlıklı AsCK m.32/B bendinde de, askerî öğrenciler hakkında, askerî mahkemeler veya adliye mahkemelerince, AsCK m.30 birinci fıkrası (B) bendinde yazılı hallerde TSK'dan çıkarılma ile aynı sonucu doğuran, askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası verileceği açıklanmaktadır.*

<sup>151</sup> Erman, s.251; Kangal, s.190.

## SONUÇ

Rüşvet suçu AsCK m.135'te düzenlenerek askerî bir suç haline getirilmiştir. Ancak bu suçun asker kişi suç failinin görevine giren askerî bir iş kapsamında işlenmesi haricinde, TCK m.252'de düzenlenen rüşvet suçundan hiçbir farkı bulunmamaktadır.

Her iki suç tipinde de korunan hukuki yarar ortaktır. Tek fark, AsCK m.135 ile ayrıca bu suçla bozulan askerî disiplin ve bunun sonucu olarak askerî hizmet koruma altına alınmaktadır. Yine rüşvet suçunu işleyen asker kişiler bakımından, ister TCK m.252'den adliye mahkemelerinde, ister AsCK m.135'ten askerî mahkemelerde yargılama yapılsın, her iki mahkeme hükmüne göre failin cezalandırılması halinde, doğacak netice değişmeyecek, failer AsCK m.30 gereğince TSK'dan çıkarılma fer'i cezası kapsamında TSK'dan çıkarılacaklardır. Aslında fer'i ceza uygulaması bu manada bir disiplin uygulamasıdır. Bu nedenle, AsCK m.135'le korunmak istenen diğer amaca doğrudan TCK m.252 hükmü ile de ulaşılabilir. Zira AsCK m.30 uygulamasında rüşvet suçundan adliye mahkemelerinde verilecek ceza ile fail TSK'dan çıkarılmaktadır. Kanaatimizce, AsCK m.135'nci maddesinin yürürlükteki bu şekliyle AsCK içinde yer almasına gerek bulunmamaktadır.

Böyle bir olasılıkta da askerî mahkemenin görevi değişmeyecektir. Zira 353 sayılı AsYUK'un "Genel görev" başlıklı 9'ncü maddesi göz önüne alındığında, bu suç TCK m.252 kapsamında askerî bir suç olmasa da, askerlik hizmet ve görevi ile ilgili olarak işlendiği için yine suçun asker kişi failleri bakımından yargılama askerî mahkemelerde yapılacaktır. Zira AsCK m.2'de yer alan, 'asker şahısların askerî olmayan suçları için Türk Ceza Kanunu hükümleri tatbik olunur' hükmü uyarınca asker kişilerin doğrudan TCK m.252'den dolayı yargılanmalarında herhangi bir hukuka aykırılık ta bulunmamaktadır. Sadece AsYUK m.17 gereğince, asker kişi suç failinin askeri mahkemelerde yargılanırken emeklilik istifa gibi nedenlerle, TSK'dan ilişkisinin kesilmesi halinde, suçun askerî bir suç olmaması ve suç failinin de artık asker kişi olmaması nedeniyle, askerî mahkeme ile yargılama ilişkisi kesilecektir. Bu durumda askerî mahkemenin görevsizlik kararı vererek suç dosyasını suçun işlendiği mahal ağır ceza mahkemesine göndermesi gerekecek-

tir. Yine doğrudan TCK m.252 hükmünün uygulanması durumunda, sadece askeri suçlara uygulanabilen AsCK 51'nci maddesi uygulanamayacaktır.

Son olarak kanaatimizce ihaleye fesat karıştırmak (TCK m.235/4) suçunda olduğu gibi, bazı askerî suçlarda da (AsCK m.81, m.143 vs.) korunan hukuki menfaat göz önüne alınarak özel bir içtima kuralına yer verilmesi ve bu suçların failleri hakkında rüşvet suçu dışında işlenen diğer askerî suçlardan da gerçek içtima kuralı kapsamında uygulama yapılmasının bu suçların önlenmesi bakımından daha etkili olacağı değerlendirilmektedir.

### Kaynakça

- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Baskı, Ankara 2011.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13.Baskı, Ankara 2013.
- Bal Kemal, Askerî Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar, Ankara 2002.
- Baydemir, Erdal, "5237 sayılı TCK Kapsamında Rüşvet Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.88, 2010.
- Çağlayan, Ramazan "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 sayılı Kanunun Hakkında Değerlendirme", *AÜEFHD*, C.VII, S.1-2 (Haziran-2003), s.113., [http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2003\\_VII\\_6.pdf](http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2003_VII_6.pdf), 19.08.2015.
- Çelen Orhan, En Son İçtihatlı, Notlu, Açıklamalı, Örnekli, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askerî Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, Ankara 1997.
- Çelen Orhan, Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı, Örnekli, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, Askerî Ceza Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2013.
- Değirmenci Olgun, Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2014.
- Değirmenci Olgun/Tanrıverdi Battalgazi, Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Şerhi, Ankara 2013.
- Demirağ Fahrettin, Askerî Ceza Kanunu, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2000.
- Demirağ, Fahrettin Gereğçeli ve Açıklamalı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile Askerî Ceza Kanunu ve İç Hizmet Kanunu, Ankara 2014.
- Duran Gökhan Yaşar, Askerî Disiplin Hukuku, İstanbul 2012.
- Duran Gökhan Yaşar, "Askerî Ceza Kanununda Askerlikten Kurtulmak için Hile Yapmak Suçu (AsCK m.81)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (TBBDD), Yıl:2013, S.105.
- Erman Sahir, Askerî Ceza Hukuku, İstanbul, 1983.

- Erman Sahir/Özek Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992.
- Kangal Zeynel T., Askeri Ceza Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2012.
- Koç Cihan, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği Askeri Ceza Kanunu TSK Disiplin Kanunu ve Yüksek Disiplin Kurulları Yönetmeliği Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, 21.Baskı, Ankara 2014. (Eklendi)
- Özbakan Hulusi, İçtihatlı, Gerekçeli, Notlu, Açıklamalı, Askeri Ceza Kanunu, Ankara 1990.
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/ epe İlker, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 3.Baskı, 2012.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9.Bası, Ankara 2012.
- Taşkın Rıfat, Askeri Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 1941.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R.Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 9.Baskı, 2013.
- Ünlü Ufuk, "Son Değişiklik Kapsamında Rüşvet Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, TBB Dergisi 2012 (102).
- Yalvaç Gürsel, Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, 13.Baskı, Ankara 2013.
- Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Bası, İstanbul 2013.

# EKOLOJİK HUKUK BAKIŞ AÇISIYLA EKOSİSTEM HAKLARI

## ECOSYSTEM RIGHTS IN RESPECT OF ECOLOGICAL LAW

Ezgi EDİBOĞLU\*

**Özet:** Çevre hukuku kapsamında düzenlenen haklar, başta Anayasa ve kanunlar olmak üzere, yaygın bir mevzuatta düzenlenmektedir; fakat çevre hukuku ve çevre hakkının düzenleniş biçimi ile kapsamının yetersizliği, yeni bir hukuki düzenleme ihtiyacını doğurmaktadır. Ekosistemi bir süje olarak kabul eden “ekosistem hakları” ile çevre hukukundan daha geniş bir alanı kapsayan “ekolojik hukuk” kavramları, bu ihtiyaç üzerine hukuk dünyasında tartışılmaya başlanmıştır. Bu çalışmada, hâlihazır yasal düzenlemelerin, yargı yolu ve yargı dışı yollarla nasıl düzenlendiği ve gelecekte ekolojik hukuk bakış açısıyla ekosistem haklarının nasıl düzenlenmesi gerektiği açıklanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Ekolojik Hukuk, Ekosistem Hakları, Çevre Hukuku, Çevre Hukuku Mevzuatı

**Abstract:** Rights of environmental law are regulated in several legislations such as the constitution and other laws. However, the inadequacy of the scope and wide base of regulations of the environmental law and environmental rights bring about the need of reregulation. As a result of this need, ecosystem rights, which approach the ecosystem as a subject, and ecological law, which covers a wider scope than the environmental law, have become a topic in the area of law. This article addresses the existing regulations, which include judicial and non-judicial ways, and the expectations on future regulations on ecosystem rights in accordance with ecological law.

**Keywords:** Ecological Law, Ecosystem Rights, Environmental Law, Legislation of Environmental Law

## GİRİŞ

Son yüzyılda meydana gelen çevresel yıkımlar herkesin malumunda olmakla beraber; bu konuda ortaya konan tepki ve çalışmalar bireyler, kurumlar ve bilhassa devletler bazında yetersizdir. Uluslararası alanda dünyanın çevresel durumu üzerine yapılan ölçüm ve değerlendirmeler, durumun vahametini ortaya koymaktadır. Bu konuda ülkemizdeki mer'î mevzuatı incelemek, eleştirmek ve ekosistemi bir hak süjesi olarak algılamak gelecek süreçlerde etkili olabilmek için gerekli hukuki altyapıyı sağlayacaktır.

### 1. TANIMLAR VE EKOSİSTEM HAKLARININ KAPSAMI

Öncelikle konunun klasik hukuk terminolojisi dışında kalan terimlerini açıklamak gereklidir. Ekoloji, *"canlılarla çevrelerini ve bu iki varlığa ait öğelerin karşılıklı etkileşim ve ilişkilerini araştıran bir bilim dalıdır."*<sup>1</sup> Tanımından da anlaşılacağı gibi ekoloji, tüm fauna ve florayı kapsayan, dolayısıyla ekosistemleri içeren, birçok alt dalı olan disiplinler arası bir daldır.<sup>2</sup> Ekosistem ise; *"dünya üzerindeki canlı ve cansız varlıkların, aralarında karşılıklı ilişkiler kurarak oluşturdukları biyolojik sistemlerdir."*<sup>3</sup>

Ekolojiyi esas alan, çevre hakkını kapsayan ve sürdürülebilir yaşamla birlikte gelecek kuşaklara yaşanabilecek bir dünya bırakmayı amaçlayan ve henüz gelişme aşamasında olan hukuk dalı ise ekolojik hukuktur. Ekolojik hukuk, ekosistem haklarının temelini oluşturma gayreti içindedir. Bu sebeple ekosisteme karşı yapılan haksız fiillere ve sürdürülebilirliğe karşı tehditlere gerekli hukuki temeli sağlayacak olan hukuk dalıdır. Henüz çok yeni olan ve gelişmekte olan bu alanda yapılan çalışmalar ile dünyanın halihazır durumu, ekolojik hukukun yakında adını çok fazla duyacağımız bir alan olduğunu göstermektedir.

Her hak, kapsamı için bir koruma alanı oluşturur ve bu kapsamda yapılan ihlallere karşı bir dayanaktır. Peki ekolojik hukukun tanıdı-

<sup>1</sup> Necmettin Çepel, Çevre Koruma ve Ekoloji Terimleri Sözlüğü, TEMA Vakfı Yayınları 2. Baskı, İstanbul 1996, s. 64.

<sup>2</sup> Çepel, s. 65.

<sup>3</sup> Çepel, s. 73.

ğı haklara binaen; bu hakların süjeleri kimlerdir? Ceza hukuku anlamında ise; ekosisteme karşı işlenen suçların kapsamı nedir, kimler bu suçu işleyebilir ve bu suçlara karşı kimler dava açabilir? Bu hak ve ceza yaptırımını hukukumuzda nerede yer alıyor veya gelecekte nerede yer almalıdır?

Tanımındaki kavramlardan ve açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, ekosistem çok geniş bir süjedir ve bu durum ekosisteme karşı işlenen suçların kapsamı konusunda ne kadar geniş bir alana sahip olduğumuzu göstermektedir. Ekosistem hakları ise bu alanı koruyan hukuki zemindir. O halde, ekosisteme zarar veren veya ekosistemin sürdürülebilirliğine engel olan davranışlar birer hukuka aykırılık teşkil edecektir. Dikkat etmek gerekir ki; sadece ekosistemlerin sağlığı değil, devamlılığı da koruma kapsamına girmektedir.

Sürdürülebilirlik kavramı da ekosistem haklarının korumasındadır ve sürdürülebilir kalkınma kavramını da kapsar. Sürdürülebilir kalkınma, *“doğal kaynakların sürekliliğini tehlikeye düşürmeden, gerçekleştirilen ekonomik kalkınmadır.”*<sup>4</sup> Fakat belirtmek gerekir ki bu kavram özünde yine bir devlet politikası olarak ekonomik hedefleri göstermektedir çünkü asıl amaç ekonomik bir kavram olan kalkınmadır. Buna alternatif olarak sunulan sürdürülebilir gelecek/yaşam kavramı ise doğal varlıklara bir “kaynak” olarak değil de bir “varlık” olarak bakmaktadır.<sup>5</sup>

## 2. EKOSİSTEM HAKLARININ SÜJELERİ VE DAVA EHLİYETİ

Bu hakların kapsamından sonra söz konusu hakları kimlerin ihlal edeceği ve yapılan ihlallere karşı kimlerin hak sahibi olacağı meselesi ikinci temel noktadır. Türk hukuku, hukuki mücadele dayanağını Anayasa'nın 2'nci maddesinden alır, adil yargılanma hakkını ise yine Anayasanın 36. maddesi sayesinde güvence altına alır ve nihayet aynı madde dava hakkının “herkes” ait olduğunu belirtir. Ayrıca yargı kararlarına da herkesin uyması gereği Anayasa'nın 138'inci maddesi ile

<sup>4</sup> Çepel, s. 160.

<sup>5</sup> Mark Hertsgaard, Yeryüzü Gezgini, Çeviri: Anıl Emel, Tema Vakfı Yayınları, İstanbul 2001, s. 231-256.



korunurken tek başvuru yolu dava açmak değildir. Anayasa madde 74 ile dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı vatandaşlara ve karşılıklı şartıyla ülkemizde ikamet eden yabancılara tanınmıştır.

### 2.1. Sùjelerin İdari Yargı ve Adli Yargı Hukuk Davaları Kapsamında İncelenmesi

Dava açma aşamasında, dava açma şartı idari ve adli yargıda (hukuk davaları anlamında) farklılık gösterir. İdari davalarda, Anayasa madde 125 gereği idarenin her türlü eylem ve işlerine karşı yargı yolu açıktır, iptal davaları için menfaat ihlali şartı aranırken; İdari Yargılama Usul Kanunu (İYUK) m.2 gereği tam yargı davalarında kişisel hak ihlali aranır. Eğer ki yaşadığımız yer bir ekosistemse, nasıl olur da yaşadığımız yere yapılan bir zarardan menfaat ihlaliniz olmaz? Ekosistem haklarına karşı yapılan her ihlalde, o ekosistemde bulunan her gerçek ve tüzel kişinin yani herkesin menfaatinin ihlal edildiğini ve dolayısıyla dava açma hakkına sahip olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

Menfaat ihlali geniş yorumlanmalıdır, idari anlamda iptal davasını menfaati etkilenen herkes açabilecektir. Kişisel hak ihlali aranan tam yargı davaları ise zararın tazmini amaçlı olduğu için, ancak zarardan etkilenenlerin bu davayı açabileceği kabul edilir. Tam yargı davalarındaki ehliyet mantığı, adli davalar için de geçerlidir yani davacı olmak için aranan şart kişisel hak ihlalidir. Ekosistemde oluşan bir zararın parasal bir değeri olduğu tartışılabilir fakat bu tip davalar ekosisteme yapılan bir saldırıyı iptal davası gibi def edemez. Tam yargı davaları, zarar oluştuğundan sonra açılacakları için koruma etkileri yoktur. Özel hukukta yer alan önleme davaları dışında, adli yargıda açılan bir dava iptal davaları gibi zararın doğumundan önce koruma sağlayamaz. Önemli olan zarar oluşmadan müdahale edebilmektir çünkü yok edilen bir doğal alanın eski hale getirilmesi neredeyse imkânsızdır. Örneğin, "1cm verimli veya organik toprak 200 ila 100 yıl arasında, ortalama olarak da 500 yılda oluşmaktadır. Gerçekte tarıma elverişli toprağın kalınlığının 90cm olması istenmekte ise de 40

*cm toprakta da pek çok yerde tarım yapılabilir. En iyimser tahminle 40cmlik toprağın doğal oluşumu için 20.000 yıl beklemek gerekmektedir.*<sup>6</sup> Yok olan bir tarım arazisi için tam yargı davası ile kişilerin zararının tazmini, ekosistemi eski hale getirmeyecektir. Uygulamada en çok karşımıza çıkan, “ülkenin ekonomik menfaati” adı altında yok edilen tarım arazileridir. Bu arazilerin 20.000 yıl gibi görünmeyen çok büyük bir maliyetinin olduğu artık ekonomi politikalarında göz önüne alınmalıdır.

Ekosistem haklarını korumak için dava açma hakkı ile ilgili en somut açıklama Çevre Kanunu'nun 3. maddesinin a bendinde yer almaktadır; *“Başta idare, meslek odaları, birlikler ve sivil toplum örgütleri olmak üzere herkes, çevrenin korunması ve kirliliğin önlenmesi ile görevli olup bu konuda alınacak tedbirlere ve belirlenen esaslara uymakla yükümlüdürler.”* Görüldüğü gibi maddeye göre aslında “herkes” çevrenin korunması ve kirliliğin önlenmesinde rol oynar. Bu madde söz konusu kişilere dava ehliyeti sağlamakla kalmıyor ayrıca bunu bir yükümlülük olarak da gösteriyor. Ekosistem haklarının genişliğinin yanında, dava açmaya yetkili kişiler de bir o kadar geniş yer almalıdır çünkü yaşadığımız ekosistemden hepimiz doğrudan ya da dolaylı olarak etkileniyoruz. Yargılamada, bir insanın ya da tüzel kişinin ekosistemi korumak için dava açmasında hukuki bir yarar olmadığı kararına sıklıkla rastlarız. Bir ekosistem kendini koruyamayacağına göre zarar gören bir ekosistemi korumak için açılan davalarda menfaat ihlalini kabul etmemek doğru bir yaklaşım değildir. Son yıllarda Danıştay, çevresel konularla ilgili açılan iptal davalarında dava ehliyeti kavramını daha geniş yorumlamaya başlasa da yeterli ölçekte geniş yorum yapmamaktadır. Özellikle belirtilmelidir ki; Danıştay bu konuda uzun zamandır mücadele eden kuruluşlar dışında kalan daha küçük ölçekli kuruluşların yahut amacını somut olaya göre dar yorumladığı meslek örgütlerinin açtığı davalarda, hukuki yarar bulunmadığına ve dolayısıyla dava açmaya ehliyetsiz olduklarına karar vermektedir.<sup>7</sup> Çevresel mücadelede

<sup>6</sup> Ömer Aykul, Ekolojik Hukuk, Seçkin Yayınları 2. Bası, Ankara, 2012, s. 53.

<sup>7</sup> Bu konudaki örneklerden biri Danıştay 14. Dairesi'nin vermiş olduğu 21.09.2011 tarih, E. 2011/13742, K. 2011/796 sayılı karardır. İşbu kararda Danıştay 14. Dairesi, baroların meşru, kişisel ve güncel yararı bulunmadığını değerlendirerek

küçük veya yeni oluşan kuruluşların da yer alması elzemdir; aksi halde yerel ölçekli zararların fark edilmesi ve müdahalesi zorlaşacaktır. Yerli halkın ise yargı yoluna gitmesi, büyük çevre felaketlerinin dışında pek mümkün olmamaktadır zira iptal davalarının maliyeti (birlikli, keşif vb. ücretleri) ile bu konudaki mevzuatın durumu kişiler açısından caydırıcı olmaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalar ile bu kadar geniş hukuki yararı olan kesimi işaret etmek, akıllara dava yükü ile ilgili sorular getirebilecektir. Şöyle ki; ekonomik bir çıkar sağlamayan ve bireysel farkındalığı bu kadar az olan ekolojik hukuk mücadelesinde, kişilerin onca masraf yaparak sürekli yargı yoluna başvurmalarını beklemek gerçekçi olmayacaktır.

Açıklanan tüm hususlar toparlandığında şöyle bir yargıya varılır: Ekosistem bir hak süjesi olarak vardır; fakat ekosistemin korunmasını talep hakkı ekosistemde yaşayanlara ait bir haktır. İşte bu yüzden çevre hukuku ile ilgili davalarda, menfaat ihlali kavramının geniş yorumlanması ve ekosistemin korunmasını talep hakkı yaygın olarak kullanılabilir hale getirilmelidir.

## 2.2. Süjelerin Ceza Hukuku Kapsamında İncelenmesi

Ceza davalarında ekosisteme karşı suç teşkil eden ve kanunumuzda suç olarak tanımlanan bir fiil görüldüğü zaman ihbar yoluyla savcılar harekete geçirilebilecektir. Kanunsuz ceza olmaz kuralı gereği bu suçların kanunda yer alması şarttır. Şikâyete tabi olmayan zira herkesi ilgilendiren bu suçlar aşağıda açıklanacaktır. İddia makamı kamu olduğu için burada savcıların dava zamanaşımı içinde ihbar suretiyle haberdar edilmesi yeterlidir.

Mağdur, konu itibarıyla ekosistemler olacaktır fakat belirtmek gerek ki henüz ceza kanunumuz yeterli ekosisteme karşı suç tanımı yapmamıştır. Hava, su veya kara ekosistemlerine karşı işlenen suçların bir karşılığı bulunmamaktadır.

---

davayı ehliyet yönünden reddetmiştir. Diğer bir örnek; Danıştay 8. Dairesi T. 15/06/1998, E.1998/397, K. 1998/2243. İşbu kararlara ulaşılırken [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) adresinden yararlanılmıştır.

Fail, kanunda suç sayılan fiili işleyen herkes olabilir. Gerçek ve tüzel kişiler, idareler, kamu kurum ve kuruluşları, yabancılar da dahil olmak üzere; zarar veren herkes sorumlu tutulabilir.

Burada önemli bir nokta bulunmaktadır. Ceza davaları hapis veya para cezası öngörür fakat bu cezalar zarar verilen süreyi eski hale getiremez. Hukukumuzda eski hale iade ekosisteme karşı işlenen suçlarda tanımlanmalıdır. Sadece suç teşkil eden fiiller için değil, haksız fiil sebebiyle zarar tazmini olan özel hukuk davaları ve idare hukuku davalarında da eğer ekosistem zarar görmüş ise bunun giderilmeye çalışılması gerekir. Örneğin; bir şirket ekosisteme zarar vermiş ve bunun için idari veya adli para cezası ödemişse, bu para o ekosistemin eski hale gelmesi için harcanmalıdır. Bakış açımız cezalandırma ya da bu yolla kazanç elde etme üzerine değil; mutlaka ekosistemin çıkarılması ve korunması üzerine olmalıdır. Belki de ilk değişmesi gereken şey bu konudaki bakış açısıdır.

### 3- ÜLKEMİZDEKİ YASAL DÜZENLEMELER VE YARGI YOLUYLA KORUMA

Peki ekosistem hakları, ne kadar Anayasa ve kanunlarımızda yer alıyor, yasa koyucu ekosisteme karşı işlenen suçları, kanunlarda ne kadar tanıyor ve tanımalı? Günümüzde ekosistem hakları ayrı olarak düzenlenmediği için çevre hukuku ile ilgili haklar ve çevre suçlarında öngörülen yaptırımlar burada belirtilecektir.

Anayasa'nın maddelerinde ekosistemle ilgili haklar yer almaktadır; m. 43 kıyı ekosistemini, m. 44 toprak ekosistemini, m. 45 çayır ve mera sistemlerini, m. 169 ve m. 170 ise orman ekosistemini korumaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 56. maddesi herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını, 63. maddesi tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması hakkını tanımaktadır. Çevre hukukunu en çok ilgilendiren maddelerden biri olan 56. madde, sağlık ve konut hakkını da korumakta; ayrıca çevre hakkını anayasada tanıyarak ekosistem haklarını şu anki çağdaş yasalarda bulunan koruma düzeyine çıkarılmaktadır. Fakat tabii ki bu hak da yeterli değildir çünkü sadece insan odaklı çevreyi değil; tüm ekosistemleri içine alacak düzeyde bir korumaya ihtiyaç vardır. Bunların dışında madde 166 ve 168 de ekosistem-

le bağlantılıdır. Madde 166, planlama maddesidir. İlerde açıklanacak bilgi alma hakkının işlerliği için planlamadan herkesin haberdar olması ve önleyici tedbirlerin önünün açılması gerekir. Madde 168 ise doğal varlıkların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğundan bahisle, yeraltı sularının özel mülkiyete konu olamayacağını somutlaştırmaktadır.

Bu anayasal hakların yanında çok temel yasalar da ekosistemi korumaktadır. Başta Çevre Kanunu olmak üzere Orman Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Kabahatler Kanunu gibi birçok kanun ekosistem haklarıyla ilgili düzenlemeler içerir. Bunların dışında kanun hükmünde kararnamelerde de ekosistemle ilgili içerik mevcuttur. Ayrıca çok sayıda yönetmelik çevre hukuku ile ilgili düzenleme içerir<sup>8</sup>.

Burada Çevre Kanunu'nun önemi büyüktür. Henüz ekolojik hukuk yasallaşmamışken çevre hukuku buna temel oluşturmaktadır; zaten ekolojik hukuk, çevre hukuku üzerinde yapılan çalışmalarla bugünlere gelmiştir. Çevre Kanunu'nun m.3'te yer verdiği ilkeler kısmı ve sürdürülebilir kalkınmaya atf yaptığı ilk maddesi ekolojik hukuk mücadelesinde hayati önem taşır.

Tabii ki yalnızca Anayasa, kanunlar ve yönetmelikler bu mevzuatı düzenlememektedir. Ülkemizin bağitlandığı ekosistemle ilgili birçok uluslararası antlaşma vardır. Bu antlaşmalar sayesinde sürdürülebilir kalkınma kavramı hukukumuza girmiştir. Anayasa'nın 90. maddesi gereği usulüne uygun yürürlüğe konulan uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir. Üstelik usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile kanunlarımız arasında çıkan bir ihtilafta uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı da yine m.90'da düzenlenmiştir. Temel hak ve özgürlükler Anayasamızın 12. ve 74. maddeleri arasındadır ve çevre hakkını içine alan 56. madde de bu kısımda yer alır. Bu sebeple, çevre alanındaki

<sup>8</sup> Müslüm Akıncı, Oluşum ve Yapılanma Sürecinde Türk Çevre Hukuku, KKK Yay., Izmit, 1996, s.36 vd.

uluslararası antlaşmalar kanun niteliğinde olmanın yanında, olası bir kanunlar ihtilafında esas alınacak çok önemli metinlerdir. Bu metinlerin uygulamada etkin olarak yer alması, avukatlarca hukuki dayanak olarak kullanılmalrı ve mahkemelerin gerekçeli kararlarında yer almalarıyla mümkün olacaktır.

Son yüz yılda gelişen ve özellikle son 50 yılda farkındalığı belirgin bir şekilde artan çevre hukuku alanında milletlerarası sözleşme sayısı, 1972 Stockholm Deklarasyonu ve sonrasında hızla çoğaldı. Türkiye, bu süreçte yapılan sözleşmelerin önemli bir kısmıyla bağitlansa da bu sözleşmelerin yargılamalarda henüz yeterli ve etkili rol alamadıklarını belirtmek gerekir. Uluslararası alanda bölgesel, kıtasal ve evrensel etkiye sahip olan birçok antlaşma vardır. Türkiye, konumu ve ekosistemlerin etkileşimi gereği genellikle Avrupa kara ve Akdeniz, Karadeniz deniz ekosistemleri ile ilgili olan ve bunların dışında evrensel nitelikli antlaşmalara taraftır. Bu alanda Avrupa Komisyonunun yürüttüğü kıtasal ve ayrıca Birleşmiş Milletler bünyesinde yapılan evrensel (genellikle Birleşmiş Milletler Çevre Programı etkindir) etkiye sahip antlaşmalar sayıca fazladır. Çevre hukuku ile ilgili yasal düzenlemelerde, yasa koyucu işbu milletlerarası antlaşma standartlarını dikkate almalı ve yapılacak düzenlemeler bu standartların altına inmemelidir.

Ekosistemin korunması için tanınan bu haklara karşı hukuka aykırı hareketlerin caydırıcılığı maksadıyla mevzuatımızda bazı düzenlemeler yapılmıştır. Zira sadece hakkın tanınması, o hakkın öznesini korumak için yeterli olmamaktadır. Örneğin, şartları varsa orman yakma suçuna müebbet hapis cezası öngörülmüştür ve Anayasa madde 169 gereği münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz hükmü vardır. Fakat yine tekrar etmek gerekir ki sadece bu gibi cezaları düzenlemek yetersizdir. Bu yaptırım yollarını harekete geçirecek prosedür öngörülmeli, denetim mekanizmaları düzenlenmelidir. Fakat asıl olan ekosistemi eski haline döndürebilmeye yönelik hukuki çalışmalar olmalıdır. Verilen bir müebbet hapis cezası yakılan ormanı geri getirmeyeceği gibi ceza ile caydırıcılık yeterli olsaydı, şiddet olaylarının çok daha az rastlanır olması beklenirdi. Cezalandırma,

ekosistemler için tek başına yeterli bir koruma sağlayamaz. Eski hale getirme kurumu, çevre olaylarında uygulanacak hale getirilmelidir. Bu konuda dünya örnekleri incelemeleri ve ülkemizde uygulama önerileri ile ilgili çalışmalara ihtiyaç vardır.

Ceza Kanunu'nun ilk maddesinde kanunun amacı açıklanırken, çevreyi korumak ve suç işlenmesini önlemek de kanunun amaçları arasında sayılmıştır. Dar anlamda çevreyi, geniş anlamda ekosistemi korumak ve suç işlenmesini önlemek için düzenlemeler yapılmıştır. Ceza Kanunu'nun çevreye karşı suçlar bölümünde yer alan çevrenin kasten kirletilmesi suçu (m.181), çevrenin taksirle kirletilmesi suçu (m.182), gürültüye neden olma suçu (m.183) ve imar kirliliğine neden olma suçunu (m.184) tanımlar. Genel tehlike yaratan suçlardan radyasyon yayma (m.172), atom enerjisi ile patlamaya sebep verme (m.173), tehlikeli maddelerin izinsiz olarak elde bulundurulması (m.174); kamunun sağlığına karşı suçlardan zehirli madde katma (m.185), bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti (m.186), kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma (m.187), zehirli madde imal ve ticareti (m.193) de çevreye karşı suçlar olarak kabul edilirler. Ceza Kanun'u çevreye karşı suçlar için hapis veya adli para cezası öngörür.

Şunu belirtmek gerekir ki çevreyi korumak, Ceza Kanunumuzun amaçları içinde yer almasına rağmen çevre hakları yeterli korumaya sahip değildir. Çevrenin korunması amacı daha çok son yıllardaki küresel ısınma ve sürdürülebilirlik farkındalığına paralel; fakat lâfzî bir düzenleme olarak kalmaktadır. Kanunun diğer amaçları olarak sayılan kamu düzen ve güvenliğini korumak, suç işlenmesini önlemek gibi amaçlarını gerçekleştirilmeye yönelik düzenlemeler ile çevreyi korumak için yapılan düzenlemeler kıyaslandığında, yasa koyucunun ekosistemler için henüz yeterli düzenleme yapmadığı açıktır.

Ceza Kanunu haricinde, Kabahatler Kanunu da bu konuda bazı düzenlemeler içermektedir. Kabahatler Kanunu, 41. maddesinde tanımladığı çevreyi kirletme ve 36. maddesindeki gürültü kabahatlerine idari para cezası öngörür.

Bir kimsenin malına başka bir kimse tarafından zarar verildiği hallerde, zararın giderimi adli yargıda talep edilebilir. Mülk ve çevre-



sine gelen zararlar için de aynı yol işletilince, çevresel zararlar adli yargıda komşuluk hukuku üzerinden tazmin edilmiştir. Yargıtay komşuluk hukukunu geniş yorumlayarak zarar giderimini Türk Medeni Kanunu m.730 ve m.737' ye dayanarak çözümlenmiştir.<sup>9</sup> Ayrıca aynı sebeplerle kişilik hakları zedelenenler Borçlar Kanunu m.58 ile manevi zararlarının da tazminini isteyebilmektedir.

Çevre Kanunu ise 20. maddesi ile idari nitelikteki cezaları ve 26. maddesi ile adli nitelikteki cezaları tanımlamıştır. Kirletenin sorumluluğu isimli 28. madde ise kirleteni kusur şartı aramaksızın sorumlu tutar. Yani bu madde, m.20 ve m.26 dışında ayrıca düzenlemiş ve kusursuz sorumlulukla zarar tazmini öngörmüştür. Son olarak, daha önce de belirtildiği gibi İYUK ile sağlanan iptal ve tam yargı davaları ile adli davalar olan tespit ve eda davaları da ekosisteme karşı işlenen suçlarda hukuki koruma sağlar.

Bütün bu düzenlemeler sonrası ekosisteme karşı işlenen suçların gelecekte nasıl düzenlenmesi gerektiğinden bahsetme ihtiyacı doğmaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki ekosistemler canlı varlıklardır, modifikasyona uğrayabilir ya da yeni yaşam alanlarıyla yeni ekosistemler doğabilir.

Bu konuda kent ve kentli hakları gündeme getirilebilir. 1960'lar da Henri Lefebvre'nin gündeme getirdiği bu hak, David Harvey'in çalışmalarıyla ülkemizde de bilinir hale geldi. Harvey, kentin neden bir ekosistem olduğunu açıklayarak tarihsel örnekleriyle bu hakkın genel bir analizini yapmıştır ve kanımca kent hakkının varlığı artık tartışılmaz bir gerçekliktir. Harvey, makalesinde kent hakkını şu şekilde ifade etmiştir: *“Ne tür bir kent istediğimiz sorusu ne tür toplumsal bağlar, doğa ile ilişki, yaşam biçimleri, teknolojiler ve güzel duyu değerleri arzulanığımız sorusundan ayrılamaz. Kent hakkı kent kaynaklarına ulaşma bireysel özgürlüğünden çok öte bir şeydir: Kenti değiştirerek kendimizi değiştirme hakkıdır. Ayrıca bireyselden çok ortak bir haktır çünkü bu dönüşüm kaçınılmaz olarak kentleşme süreçlerini yeniden şekillendirmek üzere ortaklaşa bir gücün kullanımına dayanır. Kentlerimizi ve kendimizi yapma ve yeniden yapma özgürlüğünün en değerli ama aynı zamanda en çok ilgisiz kalınmış*

<sup>9</sup> Örneğin; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Kararı, E. 1978/3173, K. 1978/15053, T. 29.12.1978. İşbu karar; www.kazanci.com adresinden alınmıştır.

*insan haklarımızdan biri olduğunu ileri sürmek isterim.*"<sup>10</sup> Kentler gittikçe büyüyen ve insanlar için önemi artan bir ekosisteme dönüşmüş durumdadır. Son otuz beş yılda Türkiye’de kentli sayısı 7 milyondan 35 milyona çıkmıştır. Kentler bu kadar büyürken, kentin bir yandan da turizm, tüketim, eğlence gibi sektörlerin merkezi haline getirilip bir mal olarak pazarlanması, kentlilerin yaşam alanı bulamamalarına neden olmaktadır. Kentler, kentli ihtiyaçlarına cevap vermek yerine yöneticilerin rant alanı haline gelmiş haldedir. Kentler insanların yarattığı bir yaşam alanı olmalıyken Murray Bookchin’in kitabında ifade ettiği gibi “kentsiz kentleşme”<sup>11</sup> var olmuştur. Küreselleşme ve yönetim sistemlerinin neticesinde, birey kentsel yaşamdan dışlanıp kentin şekillenmesine yabancılaşmakta, edilgen hale gelmektedir. Kentlerde yaşayanların, bu ekosistemi şekillendirme ve yönetimine katılabilme olanaklarının ve aynı zamanda yöneticilere karşı bir güvencelerinin olması gerekir. Bu sebeple kent ekosisteminin ve burada yaşayanların hukuki olarak korunmaya ihtiyaçları vardır. Kentlilerin korunma ihtiyacının tezahür etmiş en güncel örneği ise kentsel dönüşümde yaşananlardır. Kentsel dönüşüm hiç bitmeyecek bir süreçtir çünkü kent yaşayan bir ekosistemdir ve eskiyen yerler yapılırken yeni yapılar eskiyecektir. Yöneticilerin kenti bir mal olarak pazarlamalarından pasif süje olarak kenti ve yaşayanlar olarak kentlileri korumak, ancak hukuki güvence ile mümkün görünmektedir. Gelecek kuşakların haklarına dokunmadan, sürdürülebilir yaşam sağlamak ve kentin sorunlarını planların çözebileceği seviyeye indirmek, toplumsal dayanışma ve kentli haklarının hayata geçirilmesiyle mümkün görünmektedir. Bu konuda dünyada gelişmeler ve uluslararası metinler mevcuttur<sup>12</sup>. Bu hak, bizim yasalarımızda açık bir şekilde düzenlenmemektedir. Çevre hakkının altında düşünülen, imar planları ve değişiklikleriyle şekillendirilen bir alan durumundadır. Bu hakkın gereği günümüz dünyasında alenen ortadadır ve bu sebeple diğer haklardan bağımsız, anayasal bir hak olarak açıkça düzenlenmelidir.

<sup>10</sup> David Harvey, “Kent Hakkı (the Right to the City)” , 28.05.2013, <http://www.sendika.org/2013/05/kent-hakki-david-harvey/> (16.03.2015).

<sup>11</sup> Murray Bookchin, Kentsiz Kentleşme Yurttaşlığın Yükselişi ve Çöküşü, çev. Burak Özyalçın, Sümer Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 35-53.

<sup>12</sup> Örneğin; 1992 Avrupa Kentsel Şartı (European Urban Charter).

Ceza Hukuku anlamında yapılması gerekenler ikinci önemli konudur. Bilindiği gibi kanunsuz ceza olmaz. Önce hangi fiillerin suç oluşturacağı ve yaptırımlarının ve olacağı Ceza Kanunu'nda belirtilmelidir. Bu konuda tehlikede olan havaya, karaya, denizlere, sulak alanlara karşı işlenen suçların maddi ve manevi unsurları kanunda belirlenmeli ve yaptırımları para veya hapis cezası olarak yasama tarafından belirlenmelidir. Bunların saptanması kadar önemli olan, bu maddelerin uygulanmasını sağlamaktır. Yasal düzenlemeler konusunda ek olarak belirtmelidir ki; TEMA Vakfı tarafından Anayasa'ya; Çevre, Barış ve Gelişme Hakları başlıklı ve 11 haktan oluşan bir bölüm eklenmesi önerisi yapılmıştır. Bu bölümde yer alan ekosistem ve ekosistemin korunmasını isteme hakkı, ekolojik hukukun gelişiminin mutlak bir koşuludur.

#### 4- BİLGİ ALMA, KATILMA VE BAŞVURU HAKKI YOLLARI

Yargı yolu dışında herkesin ekosistemi savunabilmesi ve ekosisteme karşı suçların önlenmesi için farklı yolların da düzenlenmesi ve bu yolların işler hale getirilmesi gereklidir. Bilindiği gibi yargı yolu uzundur, ispat yükü vardır ve maliyetlidir. Bu nedenle insanlar çok önemli sonuçları olmayacaksa ekosisteme yapılan zararları (özellikle de sürdürülebilirliğe karşı suçları) önlemek için yargı yoluna başvurmayacaklardır. Üstelik yargı yoluna gidildiğinde ya zarar önceden doğmuş olmakta ya da yürütmeyi durdurma kararı almak çok zor olduğu için zarar dava sırasında oluşmaktadır. Bir ekosistem zarar gördükten sonra onu eski hale getirmek çok zor hatta kimi zaman neredeyse imkânsızdır. Bu sebeple daha kısa ve basit yollar öngörülmemelidir. Bu yöntemler hem maliyetten hem de zamandan tasarrufu sağlarken; yargıdaki dava yükünü hafifletecektir. Ayrıca vatandaşların yönetimde aktif rol alması sadece ekosistem hakları için değil, ülkedeki yönetim ve özgürlük algısı için de çok önemlidir.

##### 4.1. Bilgi Edinme Hakkı

Vatandaşların çevreyle ilgili olan plan ve projeleri öğrenebilmesi ve değişiklikler gerçekleşmeden başvuru yapabilmesi için bilgi edinme hakkına sahip olması şarttır. Yönetimde açıklık ilkesi ve haber

alma hürriyeti için; devletin bilgi verme ödevi vardır. Ayrıca belirtilmelidir ki; eksik, gerçeği yansıtmayan bilgiler verilmesi halinde, bilgiyi veren kurum ve kuruluşlar aleyhine yargı yolu açıktır.

Anayasa'nın 74. maddesi bilgi edinme hakkını tanımıştır ve herkesin bu hakka sahip olduğunu belirtmiştir. Ana kanun ise 4982 sayılı ve 2003 tarihli Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'dur. Bu kanuna bağlı olarak 2004 tarihli Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır. Bu kanuna bağlı bir diğer yönetmelikse 2014 yılında Resmi Gazetede yayımlanan 'Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Bilgi Edinme Hakkı Uygulama Yönetmeliği'dir. Çevre ile ilgili mevzuatta ise Çevre Kanunu'nun 30. maddesi bilgi edinme ve başvuru hakkını içerir. Mevzuatla ilgili değinilmesi gereken son şey Türkiye'nin taraf olmadığı fakat çevresel konularda bilgi edinme hakkıyla ilgili önemli bir metin olan Aarhus Sözleşmesidir. Tam adı; Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Karar Vermede Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi'dir. 1998 yılında Aarhus'ta imzalanmıştır. Taraf devletlere önemli pozitif yükümlülükler yükleyerek, bilgi edinme, katılma ve başvuru haklarını garanti altına almaktadır. Türkiye'nin bu sözleşmeye taraf olmaması çevrecilerin yoğun eleştirisine sebep olmaktadır.

Bilgi edinme hakkı olmadan başvuru hakkı olması halinde, katılma hakkının içi boşalır hatta önleyici anlamda yargı yoluna gitmek bile çok zor hale gelir. Şayet haberiniz yok ise herhangi bir denetleme yaptırılmaz, bir usuli yöntemi uygulayamazsınız. Herhangi bir önleyici mekanizmaya gitmek için önce var olan plan veya projeyi bilmeniz gerekir. Yapılacak işlemlerde rol alacak vatandaşların bu plan ve projelerden nasıl haberi olacaktır? Vatandaşların çevreyle ilgili bir değişiklik var olup olmadığını sormak için idareye gidip bilgi alabilmesi yani bilgiye erişimde bir engel olmaması, bilgi edinmeyi işler hale getirmez. İşlemin konusu, yaşadığımız alanı yani herkesi yakından ilgilendiriyorsa, ilgili kurum bu işlemle ilgili bilgiyi halka sunmaya ve kamuoyuna duyurmaya çabalamalıdır. Örneğin; yapılacak plan ve projeler medya aracılığıyla duyurulabilir, halka açık alanlarda ilan ve anons edilebilir, ilgili sivil toplum kuruluşları haberdar edilebilir. Gelişime açık bu alanda farklı yollar da geliştirilip halkın bilgiye erişimi ve böylece katılımı sağlanabilir. İngiltere'de metro

istasyonlarına asılan bildirimler, vatandaşları ilgilendiren konularda onları bilgilendirme şekillerinden biridir. Uluslararası alanda, 1969 yılında kurulan Milletlerarası Çevre Hukuku Konseyi (International Council of Environmental Law) bilgiye erişimi sağlama amacıyla oluşturulmuştur.

#### 4. 2. Katılma Hakkı

Katılma hakkı, vatandaşların pasif olarak değil; aktif olarak yönetime katılmalarını sağlayan haktır. Sadece oy verip yönetimi idareye bırakmak pasif bir tutumdur. Bu hakkı kullanarak yönetim sürecine katılmak, ekosisteme karşı yapılabilecek ihlalleri önlemede çok etkin bir yol olacaktır. Fakat bu hakkın uygulanabilmesi için öncelikle ülkede demokratik bir ortam ve çevre bilinci olmalıdır.

Ülkemizde katılma hakları siyasi haklar bazında tanınmışsa da mahalli idarelere, kamu kurum ve kuruluşları gibi daha yerel veya ulaşılabilir yapılara katılım öngörülmelidir. Örneğin; çevre etki değerlendirme sürecine vatandaşların görüşlerini alma anlamında katılımı sağlanmıştır. Uygulamada yeterli verim alınamasa da katılım hakları anlamında önemli bir gelişmedir. Buna benzer örnekler arttırılmalı ve halkın katılımı sağlanmalıdır.

Dünyada tepki gösterme, birlikte hazırlık çalışması, danışma, karara katılma, çevre yönetimine katılma örnekleri görülen bu hak, ülkemizde daha çok bilgi alıp verme ve görüş bildirme şeklinde uygulanmaktadır. Mevzuatımızda katılma hakkı konusunda büyük eksikler vardır hatta neredeyse bu hak söz konusu değildir. Bilgi edinme hakkı kapsamında belirtilen Aarhus Sözleşmesinin kabulü ile bu hak uluslararası standartlarda mevzuatımıza girebilir. İşbu uluslararası sözleşmenin kabulü önemli bir husustur.

#### 4.3 Başvuru Hakkı/ Dava Hakkı

Anayasa'nın 36. maddesi, hakları ihlal edilen herkesin yetkili makamlara başvurusunu güvence altına almıştır ayrıca yine m.74 gereği vatandaşlar dilek ve şikâyetleri için yetkili makamlara başvurabilirler. Söz konusu başvuru yolu idari başvuru olabileceği gibi yargısal başvuru şeklinde de olabilir; başvuru hakkı, başvuru yoluyla usuli

bir mekanizmanın işlemlerini sağlar. Çevre Kanunu ise başvuru hakkını bilgi edinme hakkıyla birlikte m.30'da düzenlenmiştir. Yargısal yol ve mevzuat daha önce açıklandığından alternatif yollar kısaca açıklanacaktır.

Yargı yolu yerine idari başvuru (üst merciine), arabuluculuk veya kamu denetçiliğine (ombudsman) başvuru yolları denenebilir.

Bir idarenin yaptığı bir işlem gereği ekosistemin zarar gördüğü veya görebileceğini düşünülüyorsa idari dava açmadan önce İYUK m.11 gereği idari başvuru yapmak gerekir. Madde, *"İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir..."* şeklinde bu yolu bir zorunluluk olarak düzenlemiştir. Fakat üst makama yapılan başvuru sonuç verebileceği gibi idari dava açılması da gerekebilir.

Kamu denetçiliği yolu, 2012 yılında yürürlüğe giren 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kanunu ile hukukumuzda girmiştir. Kanunun amacı *"...kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak..."* şeklinde belirtilmiştir. Kamu Denetçiliği Kurumu'na yapılacak şikâyetle denetleme mekanizması işletilir varsa ihlaller saptanır. Ekosistemlere karşı tehdit oluşturan kamu kurumu işlemleri için bu yol işletilebilir fakat yalnızca öneride bulunulabileceği ve herhangi bir yaptırım uygulayamayacağı unutulmamalıdır. Hukukumuzda yeni giren Kamu Denetçiliği Kurumu işlerlik kazandıkça yararlı olabileceği gibi uygulamada beklenen faydayı sağlayabilir; bu kurumun işlerliği zamanla görülecektir.

Arabuluculuk kurumu 6325 sayılı Kanun'la Türk hukukuna girmiştir. Kanunun ilk maddesinde bu kurumun, *"... tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde..."* uygulanacağı belirtilmiştir. Tarafsız bir üçüncü kişinin arabuluculuk yapması özel hukuk anlamında etkili olabilse de ekolojik hukuk anlamında günümüz komşuluk hukukundan doğan tazminatlarla işe yarayabileceği kanaatindeyim. Bu du-

rumda ise önleyici değil tazmin edici bir yaklaşım söz konusu olacak ve ekosistem bir hak süjesi olarak değil; bir mal olarak uyuşmazlığa konu olacaktır. Zira statüleri gereği, devletin idaresi altında olan ekosistemler (ormanlar, göller, meralar vb. ) için bu yola başvurulamayacaktır.

## 5- MAHALLİ İDARELERİN ROLÜ

Bu hakların dışında, mahalli idarelerden biri olan belediyelerin, ekosistem haklarını korumadaki rolünü ayrıca açıklamak istiyorum. Bu konu vatandaş olarak herkesi ilgilendirmektedir çünkü mahalli idareler yaşam alanlarımızla en sıkı ilişkili idarelerdir.

Alt yapı hizmetleri, yeşil alanlar, gürültü ve hava kirliliğiyle mücadele, çöp ve katı atıkların toplanması gibi sorumluluklar mahalli idarelerindir. Bu idarelerin çevre korumadaki bu gibi görev ve yetkileri idari kolluk hizmeti olarak değerlendirilir. Son dönemlerde belediyelerin çevresel konularda yetkileri arttırılmıştır çünkü şehirleşmeyle birlikte çevre sorunları artmaktadır. Örneğin; Belediye Kanunu ile belediyelere yasak koyma ve bu yasaklara uymayanlara idari para cezası verme gibi çevreyi düzenleme imkânı verebilecek haklar tanınmıştır.

Belediyelerin çevre düzeni planı, nazım imar planı yapma, ön izin verebilme, yasak koyma, idari para cezası verebilme şeklindeki yetki ve sorumlulukları dışında da ekolojik hukukla ilişkisi kurulabilir. Belediyelerin yetki alanları içinde bulunan ekosistemleri koruyacak düzenlemeler yapması ve halkın görüş ve şikâyetlerini dikkate alması gerekir. Örneğin; bir vatandaşın evinin önündeki dere kirlendiğinde belediyeye gidip bu durumu bildirmesi halinde, belediye kendi yetki ve sorumluluğu altında bulunan dere için hemen sorumluları bulmaya ve dere ekosistemini bozulmadan kurtarmaya çalışmalıdır. Bir dere için yargı yolu çok uzak bir ihtimalken; belediyeye gitmek herkes için ulaşılabilir ve kolaydır. Belediyelerin çevreyi sahiplenmesi ve bunu düzenleyecek mekanizmalar geliştirmesi halinde birçok küçük ekosistem korunacaktır.

Yaşadığımız yüzyılda kentleşme çok ileri safhadadır ve bu durum çevresel sorunlar doğurmaktadır. Aynı zamanda halk bilgi alma, katılma ve başvuru haklarından henüz çok habersiz ve siyasi ortam



gereği haklarını kullanabilmekten çok uzaktır. Bu yüzden mer'î mevzuat uygulamasında asıl iş yine idarelerdedir. İdari süreçlere halkın katılımı bir süreç sonucu gerçekleşebilir, bunu içinse çevre bilinci ve demokratik ortam sağlanmalıdır. Çevre koruma sürecinde merkezi idare denetleyici, önleyici ve caydırıcı olmalıdır. Belediyelerse çevre politikalarına aktif katılımcı ve korumacı yönde ağırlık vermelidir. Çevre bilincini verebilecek olan idareler yine mahalli idarelerdir çünkü halkla direk temas halinde olan onlardır. Çevreyi korumayı belediyeler sağlayabilirse, büyük tip çevre felaketlerin önü alınabilir.

## SONUÇ

Bilindiği gibi ülkemiz üçüncü kuşak hakları tanımakta fakat bu haklar yeterli uygulama alanı bulamamaktadır. Toplum olarak da bu hakları 20 yıl öncesine kadar neredeyse lüzumsuz bulduğumuz acı bir gerçektir. Bunun sonucu olarak da üçüncü kuşak bir hak olarak hukuk sistemimizde yer alan çevre hakkı, yeterli koruma ve uygulama sağlayamamaktadır. Yapılan çalışmaları uygulamak ve daha da önemlisi yerele indirmek için çok daha fazla emek harcanmalı ve konuya eğilen hukukçular kadar farklı dallardan araştırmacılar da çalışmalarını ekosisteme yöneltmelidir. Henüz çok başında olan ekolojik hukuk yasalarda gerekli yerini almalı, ekosisteme karşı işlenen suç tanımları yapılmalı, koruma arttırılmalı ve halkın idari katılımını arttıracak yeni yollar geliştirilmelidir. Dikkat edilirse o kadar çok gereklilik var ki; açıklama yapmak kadar gerekliliklerden de bahsetme ihtiyacı doğmaktadır.

Ekosistemin kendini yenileyebileceği ve böylece yok olmaktan kendini koruyacağı araçlarını da elinden almış durumdayız. İnsanın, bir ekosistemden talep edebileceğinden fazlasını aldığı ve doğadaki dengeyi bozduğu bir dönemdeyiz. Gereken tedbirleri almak için geç bile kalınmıştır. Artan nüfus ve tüketim alışkanlıkları dolayısıyla ekosistemlerin geleceği risk altındadır. Gereklili korunma sağlanamazsa birçok türün daha nesli tükenecek, birçok alan kendini yenileyemeyecek ve doğal kaynaklar yok olacaktır. İşte bu yüzden ki ekosisteme karşı işlenen bir suç, tüm insanlığın geleceğine etki edebilecektir. Özellikle ekosistemin bir süje olarak tanınması ve ekosistemin korunmasını talep hakkı, tüm bu gerekçelerle çok önemlidir. Ekosistem

bir süje olarak korunmadıkça yapılan çalışmaların sağlam bir temele oturtulamayacağı açıkça ortadadır. Ekosisteme yapılan haksız fiillere bu açıdan yaklaşmak ve anayasal korumayı sağlamak, yasa koyucunun bir görevidir. Yapılan düzenlemeler çok çabuk eskiyecektir çünkü ekosistemler canlıdır; bu canlılığı takip ederek ayak uydurmak ekosistemlerin ve insan neslinin geleceği için mecburidir. İnsanların bu konuda bilinçlenmesi ve devletlerin çevre politikalarında sürdürülebilir yaşamı gözetmesi bu korumanın önemli bir parçasıdır.

### Kaynakça

- Akıncı Müslüm, Oluşum ve Yapılanma Sürecinde Türk Çevre Hukuku, KKK Yay, Izmit, 1996
- Aykul Ömer, Ekolojik Hukuk, Seçkin Yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2012.
- Bookchin Murray, Ekolojik Bir Topluma Doğru, Sümer Yayınevi, Çev. Abdullah Yılmaz, İstanbul, 2013.
- Bookchin Murray, Kentsiz Kentleşme Yurttaşlığın Yükselişi ve Çöküşü, Sümer Yayınevi, Çev. Burak Özyalçın, İstanbul, 2014.
- Brown Lester R., Eko- Ekonomi, Çeviren: A.Yeşim Erkan, Tema Vakfı Yayınları, İstanbul, 2003.
- Brown Lester R., Plan 3.0 Uygarlığı Kurtarmak için Harekete Geçmek (tümüyle yenilenmiş basım), Tema Vakfı Yayınları, Çev. Ayşe Başçı, İstanbul, 2008.
- Dünyanın Durumu 2014, Sürdürülebilirlik için Yönetişim, Worldwatch Enstitüsü, Çev. Gülru Hotinli, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2014.
- Dünyanın Durumu 2013 Sürdürülebilirlik Hala Mümkün mü?, Worldwatch Enstitüsü, Çev. Ulutaş Ekiz/Çağrı Ekiz, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2014.
- Güneş Yusuf/Coşkun Aydın Aynur, Çevre Hukuku, Kazancı Kitap, İstanbul, 2004.
- Harvey David, "Kent Hakkı (the Right to the City)", 28.05.2013, <http://www.sendika.org/2013/05/kent-hakki-david-harvey/> (Erişim Tarihi: 16.03.2015)
- Egeli Gülün, Avrupa Birliği ve Türkiye'de Çevre Politikaları, Türkiye Çevre Vakfı Yayını, Ankara, 1996.
- Erişgin Nuri, Çevre Kirletenin Hukuksal Sorumluluğunda İlliyet Bağı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2005.
- Hertsgaard Mark, Yeryüzü Gezgini, Çev. Emel Anıl, Tema Vakfı Yayınları, İstanbul, 2001.
- Kanadoğlu Sabih, Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2003.
- Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 02.02.2015).
- Keleş Ruşen/Ertan Birol, Çevre Hukukuna Giriş, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2002.

Kuzu Burhan, Sağlıklı ve Dengeli bir Çevrede Yaşama Hakkı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1997.

Memiş Emin, Çevre ve Çevre İdare Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

Özay İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

Postel Sandra/Allsopp Michelle/Page Richard/Johnston Paul/Santillo David, Suları Nasıl Tükettik, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, çev. Ayşe Başçı, İstanbul, 2010.

Şen Ersan, Çevre Ceza Hukuku, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994.

Yılmaz Sacit, Çevre Hukuku Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Çevre Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

# KATMA DEĞER VERGİSİ: VERGİ ADALETİ, EŞİTLİK VE SOSYAL DEVLET

## VALUE ADDED TAX: JUSTICE ON TAXATION, EQUALITY AND SOCIAL STATE

A. Savaş DEMİRCAN\*

**Özet:** Türkiye Cumhuriyeti (TC) Anayasası'nın 73. maddesinin yer alan mali güç ilkesinin yalnızca dolaysız vergiler için değil aynı zamanda dolaylı vergiler için de uygulanması gerektiği aşikârdır. Dolaylı vergilerin en geniş kapsamlı olanı ve ticari, ekonomik her aşamada yaratılan katma değeri kendine konu edinmiş olan Katma Değer Vergisinin (KDV), toplum üyelerinin tüm harcama unsurlarını kapsadığı düşünüldüğünde adalet, ardılı eşitlik ve sosyal devlet kavramı daha da önem kazanmaktadır. Zira bu ilkelere dikkat edilmediği takdirde, toplumun mali gücü düşük kesimleri ciddi bir şekilde olumsuz etkilenecek ve anayasal vergilendirme ilkeleri anlamını kaybedecektir. Bu çalışmamız da, KDV'deki anayasal vergilendirme ilkelerinden olan adalet, eşitlik ve sosyal adalet ilkelerini zedeleyen unsurlar irdelenmeye ve olası çözüm önerileri üretilmeye çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Vergilendirmede Adalet, Eşitlik, Sosyal Devlet, Katma Değer Vergisi, Türkiye

**Abstract:** It is obvious that principle of financial resources existing on Article 73 of the Turkish Constitution has not been issued just to implement for direct taxes, but also for indirect taxes. Given that value added tax, which is a wide range of indirect taxes and it is based on value added that is created on every phase of economical and commercial activities, involves all expenditures of member of society so that the principle of justice, equality and social state gains more importance. Likewise, if these principles are not paid attention, the social class of society, who has less financial resources, has been affected adversely; thereby constitutional taxation principles has lost its meaning. In this study, we will examine some factors that damage the principles of justice, equality and welfare state, which are constitutional taxation principles. We will try to offer possible solutions.

**Keywords:** Justice on Taxation, Equality, Social State, Value Added Tax, Turkey

\* Öğr. Gör., Namık Kemal Üniversitesi, Hayrabolu Meslek Yüksekokulu, Bankacılık ve Sigortacılık Programı

## GİRİŞ

Devletin temel görevi kamusal hizmetleri ve dolayısıyla kamusal finansmanı sağlamaktır. Elbette ki bu amacın en önemli yolu vergilendirilmedir. Dolaysız olarak adlandırılan vergilerin şahıs ve kurumları vergilendirilmesinin yanında, ekonomideki değer yaratan her türlü ticari ve ekonomik hareketlenmelerinde vergiye tabi tutulması amacının doğal sonucu olan KDV, gerçekten de her türlü mal teslimi, hizmet ifası ve her aşamada ki artan değeri vergilendirerek ne denli yaygın ve modern bir vergi türü olduğunu birçok vergi sisteminin de yerini alarak kanıtlamıştır. Öte yandan bir vergi sistemini verimli kılan tek özelliği, sadece zengin vergilendirme yelpazesine sahip olması değil, yürürlükteki bazı normatif düzenlemeler ile uyum içinde varlığını sürdürmesi de bir diğer özellik olarak sayılabilir. Zira ilk anayasal düzenleme olarak kabul edilen 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'un kralın vergilendirme yetkisini sınırlandırma amacı güden ilk düzenleme olduğu düşünüldüğünde, vergi yasalarının, genelde anayasa, özelden ise anayasanın vergilendirme ilkeleri ile uyumlu olması gerektiği ortadadır. TC 1982 anayasasının 73. maddesinde ise temel vurgu mali güçtür. Dolaysız vergilerde özellikle gelir vergisinde mali güce ilişkin düzenlemeler, anayasal vergilendirme ilkelerine itaati sağlamada ki iradeyi temsil etse de KDV' de mali güç ilkesinin uygulanması sıkıntılı bir konudur. Zira KDV'nin yaygınlığı, konu zenginliğine sebebiyet vermiş; dolayısıyla mali gücü düşük kesimlerinde tüketmiş olduğu her türlü mal ve hizmet grubunun bu zenginliğe dâhil olması sebebi ile KDV'yi anayasal vergilendirme ilkelerine muhalefet eder hale getirmiştir. Mali gücün ilham aldığı kavramın eşitlik ilkesi olduğu düşünüldüğünde, anayasa mahkemesinin eşitliğin tanımını yaparken kullanmış olduğu **"aynı hukuki statüde olanların aynı, farklı hukuki statüde olanların farklı hukuk kurallarına tabi olması"** ifadesi, bazı noktalarda KDV'de anlamını yitirmektedir. KDV'yi diğer vergi türleri ile karşılaştırıldığında özgün kılan bu yaygınlığı, toplumun refah seviyesi üzerinde olan olumsuz etkisini yadsınamaz hale getirmiştir.

### 1. Vergi Adaleti

TC Anayasası'nın 73. maddesinin 2. fıkrası "Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır." şeklinde düzenlenmiştir. Böylelikle vergilendirmenin de maliye politikasının

araçlarından biri olduğu düşünülürken vergi sistemimize anayasal manada **“vergilendirme de adaletli ol”** vurgusu yapılmış ve bu vurgunun sebebi olarak da sosyal adalet ilkesi belirtilmiştir.<sup>1</sup>

Vergi adaleti, üzerinde yüzyıllardan beri tartışılan en önemli vergileme ilkelerinden biridir. Vergilemede adalet kavramı, tarihsel süreç içerisinde çok değişik şekillerde değerlendirilmiş ancak herkes tarafından kabul edilebilir bir şekilde sınırlarını çizme olanağı hala bulunmamıştır. Çünkü vergide adalet kavramı toplumlara, toplumu meydana getiren kişi ve gruplara, mekân ve zamana göre farklı anlamlarda yorumlanmaktadır. Daha doğru bir ifadeyle, adalet kavramı kesin ve mutlak bir kavram değildir. Bu nedenle, vergi adaleti ne kesin, ne de her zaman ve her yerde belirli ölçülere dayanmaktadır. Hatta vergi adaleti kişiden kişiye değiştiği gibi, aynı kişide bile zaman ve mekâna göre vergi adaleti anlayışında değişiklik söz konusu olabilmektedir. Çünkü toplumu oluşturan fertlerin veya fert gruplarının siyasi, iktisadi sosyal ve hatta ahlaki düşüncelerinde zamanın akışı içinde önemli değişiklikler görülebilmektedir.<sup>2</sup>

Vergi adaleti, içeriği çok farklı şekilde doldurulabilecek bir kavramdır. Bu kavram, vergi devletinde artan kamu harcamalarının finansmanını temin etmek için vergi yükünün artırılmasını haklı göstermek amacıyla sık sık kötüye kullanılmıştır. Siyasi partiler ise bu kavramı sürekli temsil ettikleri çıkar gruplarının yararına kullanmaktadır. Ayrıca vergi adaleti, farklı kültürlerde farklı içeriklerle kabul edilebilir. Nitekim Hıristiyan toplumlar, ruhban sınıfının vergi ödememesini adil olarak değerlendirmiştir. Çünkü onlar dualarıyla devlete hizmet ediyordu. İslam hukukuna göre ise müslüman olmayan kişilerden kendi inançlarını muhafaza edebilmeleri için cizye adı altında alınan bir vergi adil sayılıyordu.<sup>3</sup>

Adam Smith'e göre adalet ilkesi ile gerçekte verginin yükünün dengeli dağılımı anlamında adalet değil, ekonomik anlamda bir eşitliğin gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle de Adam Smith

<sup>1</sup> A.Savaş Demircan, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Işığında Ücret Gelirlerinin Vergilendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:116, Ocak 2015, s.260.

<sup>2</sup> Şerafettin Aksoy, *Kamu Maliyesi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998, s.226.

<sup>3</sup> Joachim Lang, “Vergi Adaletinin Anayasal Temelleri” XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, Antalya, 14-16 Mayıs 1998, s.3.  
<http://www.maliyesempozyumu.sakarya.edu.tr/sites/maliyesempozyumu/file/1372373051-13-turkiye-maliye-sempozyumu-pdf.pdf>

adalet ilkesini, “ödeme gücü” ya da “mali güç” ile açıklamaya çalışmıştır. İyi ve adil bir vergi, kişilerden ekonomik kıstaslara göre alınan bir vergidir.<sup>4</sup>

## 2. Vergilendirmede Eşitlik

Eşitlik ilkesi Türk pozitif hukukunda TC 1961 Anayasası'nın 12. maddesi ile TC 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde düzenlenmiştir. 10. maddenin 1. fıkrasına göre ise, “**Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.**” TC Anayasası'nın, vergi ödevinin düzenlendiği 73. maddenin 1. fıkrasına göre ise; “**Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.**” Tüm bu anayasal ilkeleri beraber yorumladığımızda, sınıfsal, etnik ve dinsel veya cinsel bir ayırım gözetilmeksizin herkesin toplumsal maliyetlere birlikte katlanması gerektiği sonucuna varmaktayız.<sup>5</sup>

Esasen vergilendirmede eşitlik ilkesi, salt vergi yüküne yönelik iktisadi sınıflandırmalarla ilgili değildir. Vergilendirmede eşitlik, vergi yasalarının kanun önünde eşitliğin şekli ve maddi hukuki eşitliğe uygun olmalarıyla sağlanır. Dolayısıyla vergilendirmede eşitlik, vergi hukukunda her iki eşitlik türünü de kapsayan üst başlıktır. Mali güce göre vergilendirme ise bunlardan birini maddi hukuki eşitliği sağlamanın aracıdır. Vergi hukukundaki sınıflandırmaların bir kısmı fedakârlığın denkleştirilmesine yöneliktir. Zira ödeme gücü yaklaşımında vergilendirmede eşitlik fedakârlığın denkleştirilmesiyle sağlanmaktadır. Bununla birlikte, vergilendirme yetkisinin kullanımında maddi hukuki eşitlik, salt fedakârlığın denkleştirilmesiyle sınırlı değildir. Zira sınıflandırmaların tek amacı fedakârlığı eşitlemek değildir. Vergi hukukunda fedakârlığı denkleştirme amacı dışında, devletin üstlendiği pozitif statü haklarıyla bağlantılı, sosyal amaçlara yönelen pek çok sınıflandırma vardır. Bunlar da vergilendirmede eşitliğin türüdür. Bu çerçevede gerek mali güç, gerek sosyal amaçlara yönelik diğer sınıflandırmalar Anglo-Sakson hukukunda ki deyimiyle vergilendirmede dikey eşitliği sağlamanın araçlarıdır.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Halil Nadaroğlu, *Kamu Maliyesi Teorisi*, İstanbul, Beta Basım, 1996, s.297.

<sup>5</sup> A.Savaş Demircan, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Işığında Ücret Gelirlerinin Vergilendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:116, Ocak 2015, s.263.

<sup>6</sup> Oytun Canyaş ve İ.Erdem Seçilmiş, “Anayasa Mahkemesinin Mali Güç İlkesi-



Eşitliğin iki yönü bulunmaktadır. Yatay vergi adaleti/eşitliği hukuk devleti kavramının “kanun önünde eşitlik” ilkesiyle, dikey vergi adaleti/eşitliği ise “sosyal refah devletiyle” bağlantılıdır. Buna göre vergileme bakımından yatay vergi adaletinin gerçekleştirilmesi bir yandan vergi yasalarının genel, nesnel ve kişisel olmayan düzenlemeler içermesine, diğer yandan ödeme gücü ve aile durumu yönünden aynı durumda olan bireylerin belli bir vergiyle ilgili olarak aynı işleme tabi tutulmasına bağlanmaktadır.<sup>7</sup>

Ancak TC Anayasası'nın 10. madde başlığının “**kanun önünde eşitlik**” olarak düzenlenmiş olması, kimlerin eşit ve kimlerin farklı kabul edileceklerinin takdirinin yasama organına bırakıldığını göstermektedir. Bu durumda, vergilendirmede eşitliği gerçekleştirecek olan makam yasama organıdır.<sup>8</sup>

Kanun koyucu, ekonomik, kültürel, sosyal ve sağlık politikaları ile vergi tekniğine ilişkin kolaylaştırıcı nedenlerle eşitlik ilkesine istisnalar getirebilir. Bu istisnalar, anayasanın diğer kurallarına dayanıyorsa eşitlik ilkesinden sapmalar geçerli sayılabilir.<sup>9</sup>

Vergilendirmede eşitlik ilkesi bazen belirli bir hukuk kuralı dolayısıyla değil de, fiili bazı durumlar nedeniyle bozulmaktadır. Örneğin vergi denetiminin yetersizliği ve eksikliği vergilendirmede eşitlik ilkesini bozmaktadır. Çünkü vergi yükümlülerinin ancak bir kısmı denetlenebiliyorsa yükümlüler arasında haklı bir nedene dayanmayan bir ayırım yapıyor demektir.<sup>10</sup>

### 3. Sosyal Devlet İlkesi

Bugün anayasalarda yer alan sosyal devlet ilkesinin herkesin üzerinde anlaşığı bir tanımını vermek zordur. Bu nedenle bu kavramı devletin ulaşmak istediği amaçlara ve üstlendiği görevlere göre belir-

ne Yaklaşımına İktisadi Bakış” *Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF Dergisi*, C. XV, S. 1, s.306.

[http://www.iibfdergi.aku.edu.tr/pdf/15\\_1/14.pdf](http://www.iibfdergi.aku.edu.tr/pdf/15_1/14.pdf)

<sup>7</sup> Funda Başaran Yavaşlar, *Gelir Vergisinin Temelleri*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011, s.62.

<sup>8</sup> Akif Erginay, *Kamu Maliyesi*, Ankara, Savaş Yayınları, 1990, s.47.

<sup>9</sup> Nami Çağan ve Ahmet Kumrulu ve Mualla Öncel, *Vergi Hukuku*, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Mart 2010, s.41.

<sup>10</sup> Çağan, s.41.

lemeye çalışmak daha doğru olur. Sosyal devlet, bir toplum içinde sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin sağlanmasını amaç olarak benimsemektedir.<sup>11</sup>

TC 1982 Anayasası'nın 2.maddesi sosyal devlet ilkesini "**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 tanımlayarak normatif olarak en üst seviyede devlet, toplumun refah seviyesini yükseltme amacını gütmüştür.

Sosyal devletin bireye karşı yükümlülüğü iki boyut içerir. Bireyin kendi içinde bulunduğu koşullara ilişkin yükümlülük ve bireyin topluma nazaran bulunduğu koşullara ilişkin yükümlülük. Bu yükümlülüklerin vergilendirmeye ilişkin izdüşümü 73.maddede yer alır: Mali güce göre vergilendirme ilkesi ve verginin adaletli ve dengeli dağılımı ilkesi. Birinci yükümlülük, yükümlünün mali gücü ile uyumlu bir biçimde vergilendirilmesini ya da mali gücünü artan oranda vergilendirilmemesini, ikinci yükümlülük ise mali gücü farklı olanların farklı oranlarla vergilendirilmesi yoluyla vergi yükünün dengeli dağılımının sağlanması ki bu da artan oranlı vergilendirme ile somutlaşır.<sup>12</sup>

## 5. Etkin Bir KDV Sistemi İçin

Eşitlik ilkesine uygun vergilendirmenin adaleti sağlayacağı kabul edilmektedir. Ancak Türk anayasası bir adım daha atarak sadece eşitlik ilkesi ile yetinmemiş 73.maddenin ilk fıkrası ile verginin mali güç ile alakasını açıkça hükme bağlamıştır. Dolayısıyla bizim sistemimiz bakımından maddi eşitlik ilkesi vergi hukukunda açıkça somutlaştırılmış vaziyettedir. Mali güç ilkesi sadece belli başlı vergiler için değil tüm vergileri kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla KDV açısından da uygulanması gerekmektedir. Ancak KDV de asıl vergi yükünü taşıyan vergi mükellefi yani kanuni mükellef değil nihai tüketicidir.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Tahsin Bekir Balta, İdare Hukuku Cilt1 Genel Konular, Ankara, AÜSBF Yayını, 1972,s.113.

<sup>12</sup> Billur Yaltı Soydan, "Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları İle Okumak", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı:119,Ağustos 1998,s.109.

<sup>13</sup> Funda Başaran Yavaşlar, "Katma Değer Vergisinde Sistem Sorunları ve Güncel

Dolayısıyla nasıl bir yapının uygulanması gerekir ki nihai tüketici adil bir vergi yükü taşınsın? Başka bir deyişle vergi yükü adil bir şekilde dağıtılsın. Verginin mali güçte olma ilkesinin aslında belirleyici olduğu alanlar matrah ve konu olarak ortaya konmaktadır. Tarife konusunda belirleyici olup olmadığı tartışmaya açıktır. Mali yazında, ilkenin tarihi geçmişine baktığımızda artan oranlı tarife ile bağlantılı ve dolayısıyla artan oranlı tarifenin emredildiği özellikle kabul ediliyor. Bazı yazarlar böyle olmadığını tek oranlı tarife yapısının da ülkenin gereği olarak ortaya çıkabileceğini ifade etmektedirler. Verginin mali güçle orantılı olması, gerçek mali gücün tespiti ve vergilendirmenin bunun üzerinden yapılmasını ifade etmektedir. Nihai tüketicinin mali gücü tespit edilmek zorundadır; çünkü nihai tüketici vergilendirilmektedir. Mali güç ilkesinde ki mali güç, tasarruf edilebilir mali güç ifade etmektedir. Bundan çıkan sonuç ise, zorunlu yaşam giderlerinin her durumda vergilendirme dışında kalması gerektiğidir.<sup>14</sup>

Nitekim Gelir Vergisi Kanununun (GVK)'da ki asgari geçim indirimi yürürlüğe girmeden önceki sistemde, zorunlu yaşam giderleri 5 kategoriye ayrılmıştı. Bunlar gıda giderleri, giyim giderleri, eğitim giderleri, sağlık giderleri, kira giderleri şeklindedir. Ücretliler stopaj yolu ile vergilendirilmekte oldukları için yılsonu geldiğinde söz konusu 5 kategoride yapmış oldukları giderleri açıklıyorlardı ve dolayısıyla yıl içinde kendilerinden alınmış olan fazla vergiyi yılsonunda matrah tekrar hesaplanıp yıl içinde ödemiş oldukları vergi indirilerek kendilerine iade edilmekte ve bunun adına da mahsup denmektedir. Yasa koyucunun kendisi ile tutarlı olması gerekir. Dolayısıyla bir yerde zorunlu yaşam giderlerinin mali gücü temsil etmediği için vergi dışı bırakılırken vergi sistemin başka bir yerinde bu durumu vergi matrahında belirtmesi bir çelişki olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>15</sup>

Dolayısıyla KDV bakımından da nihai tüketicinin zorunlu yaşam giderlerinin verginin dışında kalması gerekmektedir. Kanımızca zorunlu yaşam giderlerini iki gruba ayırmak mümkündür. **Birincil derecede** olan kişinin kendisinin ve bakmak ile mükellef oldukları kişilerin doğrudan maddi varlığını muhafazasını korumak için yapmak

---

Gelişmeler" VI. Uluslararası Mali Hukuk Sempozyumu, Basılmamış Bildiri Kitabı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 17 Kasım 2014.

<sup>14</sup> Yavaşlar

<sup>15</sup> Yavaşlar

zorunda olduğu harcamalardır ki bunlar gıda harcamaları, barınma harcamaları, ısınma harcamaları, doğum harcamaları, engelliler için araçlar ile ilgili yapılan harcamalar ve belli nitelikteki sağlık harcamalarıdır. Belli nitelikteki derken ölçümüz, harcamanın kişinin maddi varlığının devamı için yapılması zorunlu bir harcama olup olmadığıdır. Kişinin maddi varlığını sürdürebilmesi için yapılması zorunlu bir harcama söz konusu ise örneğin aniden rahatsızlanma sonucu cankurtaran çağırılması ya da kanser gibi ölümcül bir hastalığın tedavisi gibi. İşte bu gibi örnekler kişinin tamamen kişinin maddi varlığını sürdürmeye yönelik giderlerdir. Dolayısıyla kanımızca bu tür harcamaların tamamen vergi dışı kalması gerekmektedir.<sup>16</sup>

Kişinin maddi varlığını sürdürmesiyle **ikincil derecede** ilgili olan ve/veya kişinin beyinsel, ruhsal, manevi, gelişim ile ilgili olan harcamalar ise, bugün ki anlayışımıza göre yapılması yine zorunlu harcamalar olmak ile beraber ilk gruptakine nispeten daha zayıf harcamalar olmaktadır. Bunlar KDV'nin konusu olabilirler ancak bunlar göreceli zayıf bir mali gücü temsil ettikleri için buna göre vergilendirilmeleri gerekir. Bahsi geçen 2. gruba giren harcamaları ise sağlık harcamaları, eğitim harcamaları, kültürel harcamalar, cenaze harcamaları şeklinde sınıflandırmaktayız. Kanımızca genel orandan daha düşük bir oran uygulanması mümkündür. Zira her ne kadar mali gücü temsil etse bile daha zayıf bir mali gücü temsil ettikleri ortad olduğundan dolayı vergilendirilebilirler. Ancak son derece düşük bir vergi oranına tabi olmaları gerekmektedir. Bu konular dışında kalan konuların vergilendirilip vergilendirilmeyeceği ise tamamen sosyal devlet ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Sosyal devlet ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde eğer bir konunun KDV bakımından vergi dışında bırakılması gerekiyorsa bu yapılabilir ancak, bunun ölçüsü sosyal devlet ilkesinin amaçlarını gerçekleştirmek için uygun mudur bu konunun tespiti gerekir. Ölçülülük ilkesi içinde yaptığımız takdir de olumlu bir şekilde sonuçlanması mümkündür. Örnek vermek gerekirse petrol doğalgaz gibi üretim için kullanılması zorunlu olan ve bu nedenle pek çok mal ve hizmetin maliyetini doğrudan etkileyen hammadde ve yarı maddeler ile ilgili olarak vergi istisnası getirilmesi veya bunların daha düşük vergilendirilmesi, ekonomiyi etkileyecek bir karar olduğundan dolayı böyle bir karar alınıp alınamayacağı alınacaksa

<sup>16</sup> Yavaşlar

ne şekilde biçimlendirileceğini adı geçen ilkeler çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir. Mali gücü hiç temsil etmeyen veya zayıf bir mali gücü temsil eden harcamaların günümüzde ki mal ve hizmet çeşitliliği karşısında tamamen vergi dışı bırakılması ya da düşük bir vergi oranına tabi tutulması kuşkusuz ki kabul edilemez. Çünkü o kadar geniş yelpaze de mal ve hizmet vardır ki; örnek vermek gerekirse 10 TL 'den 600 TL' ye kadar çok geniş bir yelpazede peynir çeşidi olduğunu görüyoruz. Dolayısıyla ikisi arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Yapılması gereken konuyu matrah ile tamamlamaktır.<sup>17</sup>

Gıda harcamaları gibi belli konularda doğrudan vergi dışında tutmak yerine bir denetim yapılması gerekmektedir. Zira son derece lüks kabul edilecek bir tüketim söz konusu ise bu durumda zorunluluktan çıkılması durumu söz konusudur. Dolayısıyla üst bir tarifenin uygulanması gerekmektedir. KDV'nin verginin mali güçle orantılı olması gerektiği ilkesi belli bir tarife yapısına uygunluğu emretmiyor mu konusuna dönecek olursak şunu ifade etmek gerekmektedir; bir defa artan oranlı tarife uygulayabilmek mümkün değildir. Çünkü artan oranlı tarife uygulandığı takdirde KDV'nin mali gücü zayıf kesimler üzerinde ki negatif etkisini çok daha fazla güçlenmesine sebep olacaktır. Dolayısıyla bu eylemin tamamen dışarıda kalması gerekmektedir. Yapılması gereken, istisnalar ile desteklenmiş ve bu tür konuları düşük oranlar ile vergilendirmek birden fazla tek oranın uygulanmakta olduğu bir sistemin söz konusu olması gerektiğidir. Vergi oranı konusuna gelecek olursak, vergi oranı verginin mali güçle orantılı olma konusu ile ilgili değildir. Vergi oranları başta mülkiyet hakkı olmak üzere birçok alan ile ilgili olmak ile beraber hangi noktadan itibaren mülkiyet hakkını ihlal etmektedir? Bu çerçevede değerlendirilmesi gereken bir konudur.<sup>18</sup>

Nitekim TC 1982 Anayasası'nın 35. maddesinde ise mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır. Zira anayasa mahkemesi bir kararında "**Ge-rek kişi gerek devlet yönünden, alacağıının zamanında ödenmemesi halinde, ekonomik varlıkta enflasyon sebebiyle azalma olmakta, bir nevi mülkiyet hakkı zarara uğramakta ve bu zarar faizle telafi edilmektedir. Hal böyle olunca da mükellefe aylar yıllar sonra iade edilen vergiye faiz işletilmemesi veya vade tarihinden sonraki dö-**

---

<sup>17</sup> Yavaşlar

<sup>18</sup> Yavaşlar

**nemlerde işletilmesi kişi aleyhine mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır”<sup>19</sup>** diyerek mülkiyet hakkını vurgulamaktadır.

Avrupa Birliği’nde (AB) duruma bakacak olursak; 2006/112 sayılı konsey direktif kararı uygulanması gereken genel oranın % 15’ten az olması mümkün değildir. Direktif sadece belli mal ve hizmetler için, en fazla 2 indirimli oran uygulanmasına izin vermektedir ve normal indirimli oranın % 5 in altına inmesini yasaklamaktadır. AB’ye üye ülkelerde genel oran, % 27 ile Macaristan ki en yüksek oran bu ülkede karşımıza çıkmaktadır. Danimarka ve İsveç % 25 ile bu ülkeyi takip etmekte ve % 15 ile Lüksemburg ile artık sınırın altına inilemeyeceğini görmekteyiz. İndirimli oranlar ise % 5 ile % 18 arasında değişmekte ki bu oranları da Macaristan’da görmekteyiz. Daha güçlü indirilmiş oranlar ise, İspanya İrlanda İtalya, Fransa ve Lüksemburg’ ta karşımıza çıkmakta ve % 2,1 Fransa’da ve % 4,8 İrlanda arasında değişmekteydi.<sup>20</sup> İsviçre’ye baktığımız da ise Anayasa’nın KDV’yi düzenlediği 130. maddesinde de vergilemede adalet ilkesinin uygulanmasına yönelik özgün ilkelerin yer aldığı görülmektedir. Buna göre: **“1. Federasyon, kendi kullandığı ve ithal ettiği mal ve hizmetler üzerine azami % 6,5 oranında KDV koyabilir. 2. Vergi gelirlerinin % 5’i düşük gelir grupları lehine alınacak tedbirler için kullanılır. 3.Yaş yapısının geliştirilmesinden dolayı: yaşlılık, muhtaçlık ve sakatlık sigortaları garanti edilmediği takdirde, KDV federal kanunla en fazla % 1 oranında arttırılabilir.”<sup>21</sup>**

Söz konusu direktifte hangi konularda istisnaların tanındığına bakmak gerekirse; aşına olunduğu üzere ihracat istisnası, uluslar arası taşımacılık istisnası, uluslararası ticaret ile diğer istisnalar, sigorta ve reasürans ile ilgili tanınmış istisnalar, finansal ve leasing işlemlerine ilişkin istisnaların yanı sıra en çok dikkat çeken istisnalar ise kamu yararına ilişkin istisnalar örneğin, organ teslimi, posta ve iletişim hizmetleri, yaşlı bakım evi, hastane ve tıbbi bakımlar gibi bir takım mal, teslim ve hizmetlerin vergiden istisna edildiklerini görmekteyiz. İndirimli oranlara

<sup>19</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2008/58, Karar Sayısı: 2011/37, Karar Günü: 10.2.2011, R.G. Tarih-Sayı: 14.05.2011-27934

<sup>20</sup> Yavaşlar

<sup>21</sup> Musa Gök ve Özgür Biyan ve Sevda Akar, “Vergilemede Adalet İlkesinin Anayasal Temelleri ve Uygulamaya Yansımaları: Seçilmiş OECD Ülkeleri Açısından Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *Marmara Üniversitesi İ.İ.B. Dergisi*, Sayı: I,2013, Cilt XXXIV,s.276.

<http://dosya.marmara.edu.tr/ikf/iib-dergi/2013-1/269.pdf>

gelecek olursak, direktif çerçevesinde, karşımıza şunlar çıkmaktadır. Her ne kadar hepsini aymak mümkün olmasa da, gıda maddeleri su teslimi, ilaç, kültürel etkinlikler ve eğlence parklarına giriş, radyo ve televizyon harçları, yazar ve besteciler tarafından yapılan bir takım teslimler, sosyal mesken inşaatları özellikle bunların onarımı, tarımsal ürünler, otel konaklamaları spor karşılaşmalarına giriş, kuaför hizmetlerine kadar son derece geniş bir indirimli gruba rastlamak mümkündür.<sup>22</sup>

Türkiye’de duruma baktığımızda ise; yasanın yürürlüğe girdiği 1985 yılında tek oran söz konusuydu ve bu oran % 10’du. Ancak 1986 yılında bakanlar kuruluna tanınan yetki sonucunda oranlar çeşitlenmeye başlamıştır. Farklı listeler oluşturulmuş ve o listelerin farklı oranları uygulaması söz konusu olmuştur ve oran bir dönem % 40’a kadar çıkmıştır. Ancak Özel Tüketim Vergisinin (ÖTV) kabul edilmesi ile beraber, oranlar aşağıya çekilmiş ve şu anda genel oran % 18 ve diğer iki oran ise % 1 ve % 8 dir. İndirimli oranların uygulanacağı vergi oranlarına bakacak olursak listelerin çok geniş olduğu aşikârdır. Gruplandırmaya çalışacak olursak; toptancı safhasında ki tarım ürünleri, gazete ve dergiler, ulaşım ile ilgili bazı araç ve malzemeler, 150 m<sup>2</sup> altı konut teslimleri, sosyal hizmetler, cenaze hizmetleri ve kutsal kitapların basılması hizmetleri, üretim araçları ile ilgili teslimler, şeklinde bir ayırım yapılabilir. % 8’lik oranın içine ise gıda maddeleri, giyim imalatında kullanılmış olan bir takım mensucat gibi ürünler, ödeme kaydedici cihazlar, küspe, eğitim kültür ve sosyal hizmetler çerçevesinde yapılan bir takım hizmetler örneğin yaşlı ya da huzur evleri gibi hizmetler, belediyelerin verdiği atık su hizmetleridir. Bunlarla da yetinmeyen yasa koyucu bir istisna kataloğu oluşturmuş bu kataloğun içinde taşımacılık, ihracat istisnası, ithalat istisnası, diplomatik istisnası, sosyal ve askeri amaçlı istisnalar, vb. istisnaları koymuştur. Sosyal ve askeri amaçlı istisnaların neden getirildiğine baktığımız zaman, yasa koyucu bunları farklı şekillerde derecelendirmiş durumdadır. Örneğin, idari kolaylık, vergi toplama maliyetini düşürmek, darphane ve damga matbaası tarafından yapılmış teslimler ile bir takım mal ve hizmetler sosyal indirim ve istisnalar çerçevesinde vergi dışında bırakılmış vaziyettedir. İkisini karşılaştırdığımızda zorunlu yaşam giderleri vergi dışı bırakılmalıdır. Zira sistem, tüm bunları % 8’lik orana tabi tutmaktadır. Bunun haricinde sistemde bir takım adaleti zede-

<sup>22</sup> Yavaşlar



yici olan düzenlemelerde vardır. Örnek vermek gerekirse, beyaz eşya artık lüks sınıfından çıkarak zorunluluk olarak kullanılmaktadır. Ancak bu mallarda herhangi bir indirimin olmadığını görmekteyiz. Bu tür durumların kanaatimizce değiştirilmesi gerekmektedir.<sup>23</sup>

KDV 28.maddesinde bakanlar kuruluna çok geniş yetkiler verilmiştir. Zira KDV 28.madde şu şekildedir. **“KDV oranı, vergiye tabi her bir işlem için % 10’dur Bakanlar Kurulu bu oranı, dört katına kadar artırmaya, % 1’e kadar indirmeye, bu oranlar dâhilinde muhtelif mal ve hizmetler ile bazı malların perakende safhası ve inşaatın yapıldığı arsanın veya konutun vergi değeri ve bulunduğu yeri esas alarak konut teslimleri için farklı vergi oranları tespit etmeye yetkilidir.”** Bakanlar kurulu kendisine tanınan bu yetkiyi o kadar çok kullanmıştır ki, şu ana kadar 28.maddede 48 kez değişiklik yapmıştır. Bakanlar kurulu bu değişiklikleri yaparken esas aldığı konu nedir? Verginin mali güçle orantılı olma ilkesini esas almış olabilir mi? Ya da sosyal devlet ilkesini mi esas almıştır? Nihai tüketicileri daha adil bir şekilde vergilendirmeyi mi esas almıştır. Bu sorunun yanıtını şu şekilde vermek mümkündür. Yasa koyucunun yapamayacağını bakanlar kurulu hiçbir şekilde yapamaz. Çünkü kendisine aktarılmış olan bir yetkiyi kullanmaktadır.<sup>24</sup>

## SONUÇ

Vergi, bir ekonomik ya da ticari çaba sonucunda elde edilen, kazanılan/elde edilen bir değer üzerinden alınmalıdır. Aksine bir ekonomik ya da ticari faaliyet sonucu elden çıkartılan, yok edilen bir değer üzerinden vergi alınması KDV’yi anayasal vergilendirme ilkelerinden uzaklaşmış bir hale getirmektedir. Zira KDV, mali güç ile ilkesi ile uyumlu hale getirilmediği sürece bu uzaklaşmışlığın olumsuz etkileri, en çok düşük gelirli toplum katmanları üzerinde hissedilecektir. Bu açıdan bakıldığında maddi varlığını devam ettirebilmek için tüketmek zorunda kalan toplumun mali gücü düşük kesimleri için düzenlemeler yapılmadığı takdirde toplumun az kazanan kesimleri ile çok kazanan kesimleri mali yönden birbirinden daha da uzaklaşacaklardır.

KDV’nin mali güç ile ilgisinin kurulabilmesi için, özellikle orandan ziyade konusu dikkatle belirlenmelidir. Zira konu, bizzat vergilendirilmesi istenen mal ve hizmetleri hedef alırken oranın aynı ama-

<sup>23</sup> Yavaşlar

<sup>24</sup> Yavaşlar

ca hizmet edeceğini iddia etmek doğru olmaz. Tüm bunların nihai tüketicinin (Vergi yüküne katlanan) maddi varlığının devamını devam ettirmede etkili olduğu unutulmamalıdır. Bugün ki şartlar atında lüks tüketim olarak kabul edilen bazı mal grupları tekrar gözden geçirilmeli ve günümüz şartlarına uyarlanmalıdır. Unutulmamalıdır ki KDV piyasa şartları kullanılarak yansıtılabilmekte dolayısıyla asıl vergilendirilmesi gereken kanuni mükellef adeta göz ardı edilmekte ve tüm yük, mali güç dikkate alınmaksızın düşük gelir gruplarının üzerinde kalmaktadır. Nihai tüketicinin varlığını sürdürmek için ihtiyaç duyduğu birincil derecede zorunlu yaşam giderleri ile ikincil derecede ki zorunlu yaşam giderleri arasında KDV bağlamında fark gözetilmeli birincil dereceli giderler daha düşük bir vergileme rejimi ile desteklenmelidir. Özellikle beyaz eşyada ÖTV ve KDV arasında bir uyum sağlanmalı ÖTV'nin var olduğu konu üzerinde ki KDV oranları bahsi geçen anayasal vergilendirme ilkeleri uyarınca, düşük mali güce sahip olan kesimler lehine yeniden düzenlenmelidir. Sosyal devlet ilkesi gözetilerek özellikle kamu yararına yönelik olan yaşlı bakım evi, hastane ve tıbbi bakımlar gibi bir takım mal, teslim ve hizmetlerin daha düşük bir vergileme rejimine tabi tutulması ya da istisna kapsamının da alınmasının sosyal devlet ilkesinin amaçlarına ne denli hizmet edeceği yadsınamaz bir gerçektir.

Bir malın bir yerden başka bir yere nakli sırasında değer kazanması ve fiyatının yükselebileceği bir gerçektir. Ancak bu malın kendisinde veya sağlayacağı faydada artış sağlayacağı anlamına gelmez. Vergi faydayı arttıran üretimden kaynaklanan bir olaydır. O nedenle bir mal bir yerden başka bir yere nakledilirken faydada artış meydana gelmediğinden bundan vergi almaya kalkmak ekonominin genel kurallarına aykırıdır. Ancak bu mal bir ticaret malı olup belli bir miktarın üzerinde ise, o zaman vergi alınabilir; çünkü ticaretin esasında kar ve kazanç getirmesi dolayısıyla gizli bir üretim vardır. Sonuç olarak KDV kişilerin tüketim haklarına müdahale olduğu fertlerin ekonomik güçleri ve ihtiyaçları farklı farklı olup bunlardan KDV alırken eşitliği sağlamak mümkün olmadığı ve bu vergi toplumda artan ekonomik faydadan kaynaklanmadığı için ekonomik hayatta normal bir verginin oynayacağı fonksiyonları icra edemez; öyle ise bu verginin normal değil anormal bir vergi olduğunu söyleyebiliriz.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Osman Ekicioğlu, "Çağdaş Vergi Anlayışının İslam Hukuku Açısından Eleştirisi", s.310 <http://www.enfal.de/vergi.pdf>

### Kaynakça

- Aksoy Şerafettin, Kamu Maliyesi, İstanbul, 1998.
- Balta Tahsin Bekir, İdare Hukuku Cilt1 Genel Konular, Ankara, AÜSBF Yayını,1972.
- Canyaş Oytun-Seçilmiş İ.Erdem, "Anayasa Mahkemesi'nin Mali Güç ilkesine Yaklaşımına İktisadi Bakış". *Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF Dergisi*, C.XV,S.I, ss.301-315.  
[http://www.iibfdergi.aku.edu.tr/pdf/15\\_1/14.pdf](http://www.iibfdergi.aku.edu.tr/pdf/15_1/14.pdf)( Erişim Tarihi: 10 Şubat 2015)
- Çağan Nami- Kumrulu Ahmet-Öncel Mualla- Vergi Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.
- Demircan A.Savaş, "Anayasal Vergileme İlkeleri Işığında Ücret Gelirlerinin Vergilendirilmesi" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:116, ss.259-274.
- Erginay Akif, Kamu Maliyesi, Ankara, Savaş Yayınları, 1990.
- Funda Başaran Yavaşlar, "Katma Değer Vergisinde Sistem Sorunları ve Güncel Gelişmeler Sempozyumu", Basılmamış Bildiri Kitabı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, VI. Uluslar arası Mali Hukuk Sempozyumu, 17.11.2014.
- Gök Musa- Biyan Özgür- Akar Sevda, "Vergileme de adalet ilkesinin anayasal temelleri ve uygulamaya yansımaları: Seçilmiş OECD ülkeleri açısından karşılaştırmalı bir analiz. *Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi*, Sayı: I Cilt XXXIV,ss.269-292.  
<http://dosya.marmara.edu.tr/ikf/iib-dergi/2013-1/269.pdf>( Erişim Tarihi: 10 Şubat 2015)
- Lang Joachim, "Vergi Adaletinin Anayasal Temelleri. XIII. Türkiye Maliye Eğitimi Sempozyumu", Antalya,1998.  
<http://www.maliyesempozyumu.sakarya.edu.tr/sites/maliyesempozyumu/file/1372373051-13-turkiye-maliye-sempozyumu-pdf.pdf>. Erişim Tarihi: 13 Şubat 201
- Nadaroğlu Halil, Kamu Maliyesi Teorisi, İstanbul, Beta Basım,1996.
- Soydan Billur Yaltı "Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak" *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı:119,ss.98-118.
- Yavaşlar Funda Başaran, Gelir Vergisinin Temelleri, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011.
- Ekicioğlu Osman, "Çağdaş Vergi Anlayışının İslam Hukuku Açısından Eleştirisi", <http://www.enfal.de/vergi.pdf> <http://www.enfal.de/vergi.pdf>. (Erişim Tarihi: 15 Şubat 2015)

# DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİNDE BAĞLANTI

## THE COMMONALITY IN TERMS OF CONSOLIDATION OF TRIALS

Mehmet Said COŞKUN\*

**Özet:** Medenî usul hukukunda usul ekonomisini sağlamak ve yargılamalarda çelişik kararların verilmesini önlemek adına davaların birleştirilmesi kurumu öngörölmüŐtür. Aralarında bağlantı bulunan davalar birleştirilebilecektir. Çalışmamızda bağlantının usul hukukundaki bazı kurumlarla ilişkisi ve davaların birleştirilmesindeki kısıtlamalar bağlamında kapsamı belirlenmeye çalışılacaktır. Bağlantının unsurlarına dair incelememiz, bazı usul hukuku kurumlarının uygulanması bakımından da ayrıca önem taşımaktadır.

**Anahtar Sözcükler:** Bağlantı, Davaların Birleştirilmesi, Usul Ekonomisi, Sebep, Etki, Çelişik Hükümler.

**Abstract:** In civil procedural law, institution of consolidation of trials is established in order to provide procedural economy and prevent conflicting judgments. The trials which have commonality with each other can be consolidated. This research aims to determine the scope of the commonality within the context of relation among other procedural institutions and the restrictions on consolidation of trials. The research on components of the commonality is also significant in terms of application of some other procedural institutions.

**Keywords:** Commonality, Consolidation of Trials, Procedural Economy, Cause, Effect, Conflicting Judgments.

## GİRİŞ

Mahkemelerde yapılan yargılamalar gereğinden uzun sürmekte ve davalarda gereksiz harcamalar ya da aynı hususun tespiti için defalarca çalışma yapılmaktadır. Ayrıca aynı olay hakkında farklı mahkemeler farklı sonuçlara varmakta ve çelişik kararlar verilebilmektedir. Bu durumlar yargılamanın doğasıyla ve usûl hukukuna hâkim ilkelerden usûl ekonomisi ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Zira yargıla-

\* Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra İflas Hukuku Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

malar makul süre içinde ve gereksiz gider yapılmaksızın yapılmalı ve hakkaniyet gereği verilen hükümler diğer mahkemelerin verdiği hükümlerle çelişmemelidir. HMK'da da bunu sağlamaya yönelik bazı kurumlar vaz'edilmiştir. Davaların birleştirilmesini düzenleyen m.166 bunlardan biridir.

Zaman, emek ve gider kaybını önlemek ve aynı ya da benzer durumlarda birbirine uygun kararlar verilmesini sağlamak adına HMK m.166'da aralarında bağlantı bulunan davaların birleştirilebileceği öngörülmüştür. Buna göre iki dava arasında bağlantı varsa ve bu iki dava aynı düzey ve sıfatta olan mahkemelerde görülüyorsa duruma göre talep üzerine veya re'sen birleştirilebilir. İlk derece mahkemelerinde görülen davalar birleştirilebileceği gibi istinaf mahkemelerinde görülen davalar da birleştirilebilir.

Bağlantı, yalnızca davaların birleştirilmesinde aranan bir kurum olmayıp kapsamı ve amaçları tam olarak aynı olmasa da bazı diğer kurumlarda ve diğer usûl kanunlarında da önemli bir yere sahiptir. Karşı dava ve terditli dava açılması için de bağlantı, özel dava şartı olarak aranmaktadır.<sup>1</sup> Cezaî ve idarî usûl hukukları içerisinde de davaların birleştirilmeleri bakımından bağlantı şart olarak öngörülmüştür. Ancak söz konusu usûl hukuklarının kendi özel durumlarına göre bağlantı kurumunun kapsamı yine farklıdır.

Davaların birleştirilmesinde kilit rol oynayan bağlantı m.166/4'te açıkça tanımlanmıştır. Buna göre davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da iki davadan biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olması bağlantının varlığını gösterir. Bu tanımda bağlantının unsurlarına yer verilmiştir. Unsurlarına bakıldığında ise davaların birleştirilmesindeki amaçlar görülecektir. Ancak m.166 bağlantının varlığına rağmen bazı davaların bağlanamayacağını ya da bağlanmayabileceğini öngörmüştür.

Bu çalışmada bağlantı kurumunun hukukumuzdaki yerini anlamak adına öncelikle davaların birleştirilmesi konusu derinlemesine işlenecektir. Ardından diğer davalarda ve usûl hukuklarında da varlığı aranan ya da var olan bağlantı kavramına yer verilecektir. Sonrasında da çalışmamızın temasını oluşturan bağlantı kurumu ilk olarak kavramsal olarak ve unsurları açısından incelenecektir. Davaların birleş-

<sup>1</sup> Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker, Medenî Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, 14.Bası, Ankara, 2013, s.472 ve s.544.

tirilmesindeki amaçlar göz önünde bulundurularak bağlantıya daha detaylı bir bakış atılacaktır. Son olarak da davalar arasında bağlantı bulunmasına rağmen bu davaların birleştirilmesinin önündeki engeller ile bağlantı arasındaki ilişkiye değinilecektir. Böylece davaların birleştirilmesinde aranan bağlantı kurumu farklı yönleriyle ele alınacaktır.

## 1. DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİ

### A. ŞARTLARI

İki davanın birleştirilebilmesi için m.166'da iki şartın varlığı öngörülmüştür:

İlk olarak bu davaların aynı düzey ve sıfattaki mahkemelerde görülüyor olması gerekmektedir. Burada bahsedilen "düzey" den kasıt istinaf aşamasında olan bir davayla ilk derece mahkemesinde görülmekte olan bir davanın birleştirilemeyeceğidir. "Sıfat" ile anlatılmak istenen ise birleştirilecek davaların görev yönünden aynı mahkemede görülüyor olmasıdır. Bu bağlamda iş mahkemesinde görülen bir davayla asliye hukuk mahkemesinde görülen bir dava birleştirilemeyecektir. Ancak asliye hukuk mahkemeleri, özel mahkemelerin görevine giren davaları ilgili özel mahkeme sıfatıyla görebilir.<sup>2</sup> Dolayısıyla asliye hukuk mahkemesinin bir özel mahkeme sıfatıyla gördüğü bir dava ile başka bir yargılama çevresindeki aynı sıfattaki bir özel mahkemede görülmekte olan bir dava birleştirilebilecektir. Aynı mahkemede ayrı ayrı görülmekte olan davalar da birleştirilebilecektir.

İkinci olarak ise bu davalar arasında bağlantı bulunmalıdır. Bağlantının tanımı ise m.166/4'te yapılmıştır.

Bu bağlamda aynı düzey ve sıfattaki mahkemelerde görülmekte olan davalar arasında bağlantı bulunması durumunda bu davalar birleştirilebilecektir.

### B. USÛLÜ

Davaların birleştirilmesi üç farklı duruma göre ayrı usullerde yapılır:

Aynı yargı çevresindeki ilk derece mahkemelerinde görülmekte olan davaların birleştirilmesi m.166/1 gereği davanın her aşamasın-

<sup>2</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.115.

da talep üzerine ya da re'sen gerçekleştirilebilir. Davalar davanın ilk açıldığı mahkemede birleştirilir. Birleştirme kararını davanın ikinci açıldığı mahkeme vereceğinden taraflar birleştirme taleplerini de bu mahkemeye yapacaklardır. İkinci mahkeme davaların birleştirilmesi talebini reddederse bu karar bir ara karardır. Zira bu kararı vermekle davadan elini çekmemekte aksine davaya devam etmektedir. Dolayısıyla bu karara karşı tek başına kanun yollarına gidilemez. İkinci mahkeme, davaların birleştirilmesi yönünde karar verirse bu kararın ara karar olduğu noktasında doktrinde tartışma yoktur.<sup>3</sup> Zira aynı yargı çevresindeki aynı düzey ve sıfattaki mahkemeler arasında yalnızca iş dağılımı ilişkisi vardır<sup>4</sup> ve hatta Baki Kuru bu mahkemeleri "aynı mahkeme" olarak ifade etmektedir.<sup>5</sup> Dolayısıyla birleştirme kararı veren hâkimin davadan elini çekmesi gibi bir durum oluşmadığından bu karar ara karardır. Birleştirme kararlarına karşı kanun yollarına başvuru imkânı mevcuttur. Lâkin birleştirme kararı tek başına bozma sebebi teşkil etmez. İkinci mahkeme birleştirme kararını m.166/3 gereği derhal birinci mahkemeye bildirir. Birleştirme kararı verildiği anda birinci mahkeme bu kararla bağlıdır. Böylece iki dava birinci mahkemede birlikte görülmeye başlar. Ancak mahkeme, birleştirilen davaların ayrılmasıyla daha iyi yürütüleceğinden bahisle m.167 gereği bu davaları birbirinden ayırabilir. Fakat ayrılan davaların her ikisine de bakmaya devam eder. Bu bakımdan birleştirme kararıyla mutlak anlamda bağlı değildir.

Ayrı yargı çevrelerinde görülmekte olan davaların birleştirilmesindeki usûl ise kısmen farklıdır. Bu davaların birleştirilmesi için m.166/2 gereği talep şarttır, mahkeme re'sen birleştirme kararı veremez. Fakat yine birleştirme talebi davanın her aşamasında ileri sürülebilir. Ayrı yargı çevrelerinde görülen davaların birleştirilmesi kararının arar karar mı nihaî karar mı olduğu noktasında doktrinde tartışma vardır. Kuru ve Pekcanitez'e göre ayrı yargı çevrelerinde görülmekte olan davalarda birleştirme kararı verilmesine müteakip hâkim dosyadan elini

<sup>3</sup> Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku (6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış), 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.492; İbrahim Ermenek, Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.235, 236.

<sup>4</sup> Pekcanitez/Atala /Özekes, s.116.

<sup>5</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.491-493.



çektüğinden bu kararlar nihaî kararlardır.<sup>6</sup> Öte yandan Ermenek'e göre birleştirilen davalar ayrı yargı çevrelerinde olsa dahi birleştirme kararı bir ara karardır.<sup>7</sup> Fikrimizce ayrı yargı çevrelerinde görülen davaların birleştirilmesi kararı HMK'nın hükümleri düşünüldüğünde bir nihaî karardır. Zira HMK m.166/2'de söz konusu kararların kesinleşmesinden bahsedilmektedir. Hâlbuki ara kararlar verildikleri anda derhal yerine

<sup>6</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.493; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.637.

<sup>7</sup> Ermenek, ayrı yargı çevrelerinde görülen davaların birleştirilmesi kararının bir ara karar olduğu görüşündedir. Bu görüşün gerekçelerinden ilki, birleştirme talebini davalı yaptığı durumda birleştirme kararının kesinleşmesi sonrası davalının gerekli masrafları yatırmaması durumunda bu karardan dönülmesinin gerekliliğidir. İkincisi, birleştirmenin koşulları oluşmaksızın birleştirme kararı verilirse nihaî karar olduğu kabulünde bu karardan dönülemeyeceğinin getireceği sakıncalardır. Üçüncüsü ise, birleştirme kararı vermenin hâkimin takdir yetkisinde olmasına karşın nihaî karar vermenin hâkimin takdir yetkisine tâbi değil, koşulları oluştuğunda hâkim için bir zorunluluk olmasıdır. Bkz. Ermenek, s.224-236. Bu görüşe üç noktada katılmamaktayız. İlk olarak, HMK'da birleştirme talebi masraflarının nasıl ödeneceğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kuru, bir işlemin giderinin o işlemin yapılmasını isteyen taraftan peşin olarak alınması gerektiğini ve hâkim tarafından verilen kesin süre içerisinde yatırmadığı takdirde o işlemin yapılmasını talep etmekten vazgeçmiş sayılacağını ifade etmektedir, Bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s.697-700. Dolayısıyla talebe bağlı olan ayrı yargı çevrelerinde görülen davaların birleştirilmesi kararı verilmeden evvel söz konusu masraf ya tahsil edilmiş olacaktır ya da talep yapılmamış sayılacağından birleştirme kararı verilemeyecektir. Bu durumda verilmiş olan karardan dönülmesi gerekliliği ortaya çıkmayacaktır. İkinci olarak, ayrı yargı çevrelerinde görülen davalarda ikinci mahkemenin birleştirme kararıyla birinci mahkemenin bağlı olması bu kararın bir nihaî karar olmasıyla değil, HMK m.166/2'deki açık hüküm sebebiyledir. Birleştirme kararının ara karar olarak kabul edilmesi, söz konusu bağlayıcılık nedeniyle ortaya çıkabilecek sakıncaları ortadan kaldırmayacaktır. Üçüncü olarak, bazı koşullar gerçekleştiğinde hâkimin nihaî karar verme zorunluluğu olmasına karşın, bazı istisnaları olmakla birlikte birçok durumda koşulları oluşsa dahi hâkim ara karar vermek zorunda değildir. Ancak hâkimin burada ara karar verip vermeyeceğine ilişkin takdir yetkisi söz konusu durumu bir ara karar ile mi yoksa nihaî karar ile birlikte mi karara bağlayacağı noktasındaki seçme hakkından ibarettir, Bkz. Timuçin Muşul, Medenî Usul Hukukunda Ara Kararları, Dicle ÜHFD 1988/4, s.229-230. <http://www.dicle.edu.tr/Contents/544d56a0-4737-423f-b8da-845323e085f3.pdf> (erişim: 30.09.2015). HMK'da hâkime verilen takdir yetkisi ise aşağıda da belirtileceği üzere tüm koşulları sağlanmış olsa dahi birleştirmenin usul ekonomisini sağlayıp sağlayamayacağını tespit etmek noktasındadır. Bunun dışında HMK m.166'daki "...birleştirilebilir" ifadesinden hâkimin bu kararı uyuşmazlığın esasına ilişkin nihaî kararla birlikte verebileceği sonucuna ulaşılamaz. Dolayısıyla birleştirme talebi yapıldıktan sonra gerekli giderler yatırılmışsa hâkim, kabul ya da ret şeklinde bir karar vermek zorundadır. Hâkimin birleştirme talebini bir karara bağlamak zorunda olması ise birleştirme kararının ara karar kabul edilme zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Sonuç olarak, tüm bu nedenlerle ayrı yargı çevrelerinde görülmekte olan davaların birleştirilmesi kararı bir nihaî karardır.

getirilmelidirler ve ayrıca hâkim verdiği ara kararından her zaman dönnebilmektedir.<sup>8</sup> Kesinleşen bir karardan ise dönmek mümkün değildir.<sup>9</sup> Dolayısıyla birleştirme kararını nihaî karar olarak kabul etmek gerekir.

İstinaf aşamasında farklı dairelerde görülmekte olan davalar da m.166/5 gereği birleştirilebilir. Burada da yine birleştirilecek davaların aynı yargı çevresinde görülmekte olup olmamasına göre ayırım yapılması gerekecektir. Eğer istinaf aşamasında olan davalar aynı yargı çevresindeki istinaf dairelerinde görülüyorsa m.357 gereği talep üzerine ya da re'sen birleştirme kararı verilir. Aksi takdirde yine aynı hüküm gereği birleştirme talebinde bulunulamaz. Birleştirme kararı sonrası davalar, uyuşmazlığı doğuran asıl hukuki ilişkiye ait kararı inceleyen bölge adliye mahkemesi dairesinde görülmeye devam edilir.

## 2. BENZER HUKUKÎ KURUMLARLA İLİŞKİSİ

### A. MEDENÎ USÛL HUKUKU'NDA BAĞLANTI

#### I. Dava Arkadaşlığında (Sübjektif Dava Birleşmesi)

Dava arkadaşlığı türlerinden ihtiyarî dava arkadaşlığının var olabilmesi için HMK m.57 üç şarttan birinin varlığını aramıştır. Bunlardan ilk ikisi davaların birleştirilmesi kurumunda aradığımız bağlantı kavramındaki ifadelerle benzerlik taşımamaktadır. Ancak üçüncü şart, HMK m.166/4'te yapılan bağlantı kavramının tanımıyla benzerlikler taşımaktadır. Şöyle ki: *“Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması.”*

İlk iki şart ifadeler bakımından bağlantı kavramındaki ifadelerle benzeşme de sonuç itibarıyla bağlantının muhtevasına dâhil olduğu düşünülebilir. Bu sonuca bağlantıyı geniş anlamda düşündüğümüzde varabiliriz.<sup>10</sup> Zira HMK m.57'deki *“davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması”* veya *“ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri durumlarını”* da bağlantının davaların aynı veya benzer sebepten doğması unsuruna dâhil edebiliriz.

<sup>8</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.449-450.

<sup>9</sup> Pekcanitez/Atalay/Özeker, s.840.

<sup>10</sup> Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt:3, Demir Demir Yayıncılık, Altıncı Baskı, İstanbul, 2001, s.3411-3412.

Görüleceği üzere ilgili şartta ihtiyarî dava arkadaşlığının oluşabilmesi için oldukça kapsayıcı ifadeler kullanılmıştır. Buna göre ihtiyarî dava arkadaşlığının oluşabilmesi için maddî sebeplere ek olarak hukukî sebeplerin varlığı da yeterli görülmüştür. Örneğin iki kişinin kendisine verdiği zararlardan mağdur olan davacı maddî sebepler yani vakıalar farklı olsa dahi bu iki kişiyi pasif ihtiyarî dava arkadaşı göstererek haksız fiile dayalı olarak dava açabilir. Tam tersi olarak da vakıanın aynı ve fakat hukukî sebeplerin farklı olduğu hâlde de ihtiyarî dava arkadaşlığı söz konusu olabilecektir.<sup>11</sup> Ayrıca bu sebeplerin sadece aynı olması değil benzer olması da ihtiyarî dava arkadaşlığının oluşabilmesi için kâfidir. HUMK'ta sebeplerin benzer olması ihtiyarî dava arkadaşlığı için yeter-şart olarak sayılmamıştı ve ihtiyarî dava arkadaşlığının oluşabilmesi için sebeplerin benzer olmasının da yeterli olması doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararlarıyla sağlanmıştır.<sup>12</sup> Ancak HMK m.57/1-c ile bu tartışmalara bir nokta konulmuştur.

İhtiyarî dava arkadaşlığının söz konusu olması için gereken şartların bu denli geniş yelpazeli olmasının sebebini ilgili hükmün gerekçesinde görüyoruz. Buna göre ihtiyarî dava arkadaşlığı kurumu usûl ekonomisi ilkesini ve çelişkili kararların çıkmamasını gerçekleştirmeye yönelik olarak vaz'edilmiş ve kapsamı geniş tutulmuştur.<sup>13</sup> Bu amaçlara bakıldığında davaların birleştirilmesi kurumunun ulaşmaya çalıştığı amaçlarla paralellik gösterdiği görülebilir. Bu bakımdan da davaların birleştirilmesinde aranan bağlantının ihtiyarî dava arkadaşlığının şartlarından biri olan m.57/1-c ile yakından ilişkili olduğu söylenebilir.

<sup>11</sup> Yargıtay'ın bu husus ile ilgili bir kararı: 10.HD, E.2013/12317, K.2013/17764. "Davanın, birden fazla kişi hakkında aynı veya benzer sebepten doğması haline gelince; aynı sebepten maksat, yalnız hukuki sebep olmayıp, bir olaya, yani aynı vakıaya ve fakat farklı hukuki sebeplere dayanılarak da birden fazla kişinin dava açması veya dava edilmesi olanaklıdır. Örneğin, sebepsiz iktisap hükümlerine göre sorumlu olan kişilere karşı ve haksız fiili birlikte işleyen kişilere karşı birlikte dava açılabilir. Burada da ihtiyarî dava arkadaşlığı söz konusudur." www.kazanci.com (erişim: 29.04.2014)

<sup>12</sup> Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.589; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, Değiştirilmiş 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.519; Yargıtay kararları için bkz. 19.HD E. 2005/2808, K. 2005/5955, T. 26.5.2005 ve 19.HD, E. 2005/448, K. 2005/3753, T. 7.4.2005 www.kazanci.com (erişim: 29.09.2015)

<sup>13</sup> Gerekçe, s.92-93.

## II. Terditli Davada

Davacının aynı davalıya karşı olarak birden fazla talebini aralarında aslîlik-ferîlik ilişkisi kurmak suretiyle açtığı davaya terditli dava denir. Aynı dava dilekçesinde her iki talep de ileri sürülür. Ancak m.111/2 gereği hâkim ilk olarak aslî talebi inceler ve eğer reddederse ferî talebi incelemeye geçebilir.<sup>14</sup> HMK m.111'de bu talepler arasında hukukî ya da ekonomik bir bağlantı olmasını aramıştır. Doktrinde kanunun istemler arasında bağlantı aramasını yerinde bulmayan ve buna alternatif getiren görüş de mevcuttur.<sup>15</sup>

Kanunun aradığı "hukukî bağlantı" kavramından kastının hukukî sebep olmadığı görüşündeyiz. Bunun yerine taleplerin her ikisinin de aynı hukukî ilişkiden veya vakılardan kaynaklanması yeterli olacaktır. Zira uygulamada karşılaşılan olaylarda<sup>16</sup> taleplerin temelinde aynı hukukî ilişki yahut vakıa bulunmaktadır. Örneğin, başkasının arsasına, malikinin izni olmaksızın, iyi niyetle inşaat yapılması halinde malzeme sahibi, arsa sahibine açacağı davada ilk olarak arazinin mülkiyetinin kendisine geçirilmesini, aksi takdirde kullanılan malzeme karşılığında uygun bir tazminatın kendisine verilmesini talep edecektir. Dolayısıyla hukukî sebebin aynı olmasından ziyade taleplerin dayandığı vakıaların aynı olması mevcut hâle daha uygun düşmektedir. Ayrıca iki talebin aynı hukukî sebebe dayanması onların arasında kademeli bir ilişki kurmaya da yetmeyecektir. Bu bağlamda "hukukî bağlantı" kavramı davaların birleştirilmesinde aranan "bağlantı" kavramıyla paralellik gösterebilecektir. Ancak m.166'daki "bağlantı" kavramından daha dar kapsamlı olduğu aşikârdır.

Terditli davada bağlantının varlığının kabul edileceği hallerden bir diğeri ise talepler farklı vakıalara dayandırılrsa bile taleplerin birbirine engel olması durumudur.<sup>17</sup> Buna göre taleplerden birinin kabulü

<sup>14</sup> Bu husus ile ilgili Yargıtay kararı için bkz. 11.HD, E.2012/9126, K.2013/13009, T.21.06.2013. www.kazanci.com (erişim: 29.04.2014)

<sup>15</sup> Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.313. Umar'a göre talepler arasında bağlantı aramak yerine taleplerin dayandığı vakıalar arasında bağlantı olması aranmalıdır. Buna göre örneğin aslî talep a, b ve c vakıalarına dayanıyorsa ferî talep de en azından a ve b vakıalarına dayanmalıdır.

<sup>16</sup> 19.HD, 28.11.2012, 8159/17876; 23.HD, 12.12.2012, 3887/7342 (Yılmaz, s.776 naklen)

<sup>17</sup> Timuçin Muşul, Terdit İlişkileri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1984, s.76-78.

diğerinin kabulünü önlemelidir. Örneğin, taleplerden biri sözleşmeye dayalı alacak iken diğeri sözleşmenin geçersizliğinin tespiti durumunda sebepsiz zenginleşmeye dayalı alacak olabilmektedir. Buna göre taleplerden birinin kabul edilmesi diğerinin kabul edilmesine mani olacaktır. Bu hâlde de terditli dava için gereken bağlantının var olduğu kabul edilecektir. Bu şart, hem usûl ekonomisini sağlamakta hem de davalının devamlı surette dava tehditlerine maruz kalmasını önlemektedir.

Terditli davadaki bağlantının bu tanımı m.166'daki bağlantıyla benzerlik göstermektedir. Davaların birleştirilmesinde aranan bağlantı talepler arasında bir kademelik ilişkisi aramamaktadır. Ancak davalardan biri hakkında verilecek hükmün diğerini de etkilemesi bakımından terditli davadaki bağlantı ile davaların birleştirilmesindeki bağlantı arasında bir alaka olduğu ortadadır. Nitekim doktrinde de bu yönde görüş mevcuttur.<sup>18</sup>

### III. Karşı Davada

Aynı dosya içerisinde davalının da davacıya karşı hak ileri sürdüğü ve bunun da hüküm altına alınmasını istediği davaya karşı dava denir.<sup>19</sup> Karşı dava kurumu HMK m.132-135'te düzenlenmiş olup m.132/1'de açılabilmesinin şartları düzenlenmiştir. İlk şartı derdest bir davanın bulunmasıdır. İkinci şart ise kanunî ifadeyle "*karşı davada ileri sürülebilecek talep ile asıl davada ileri sürülen talep arasında takas veya mahsup ilişkisinin bulunması yahut bu davalar arasında bağlantının mevcut olması*"dır.

Karşı davanın açılabilmesi için gereken bu şarta baktığımızda doktrinde de sıkça dile getirildiği gibi m.166/4'e doğrudan atıf yapılmıştır.<sup>20</sup> İlgili hükmün gerekçesinde de bağlantının tanımı yapılırken m.166/4'tekiyle aynı ifade kullanılmıştır.<sup>21</sup> Söz konusu atıf "bağlantı" kavramının tanımı ve kapsamına ilişkindir. Dolayısıyla karşı davada aranan "bağlantı" ile davaların birleştirilmesinde aranan "bağlantı" arasında bir özdeşlik vardır.

<sup>18</sup> Muşul, s.79.

<sup>19</sup> Pekcanitez/Atala /Özekes, s.543.

<sup>20</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.544; Yılmaz, s.868; Umar, s.395.

<sup>21</sup> Gerekçe, s.168.

Karşı davanın şartlarından biri de bağlantının dışında talepler arasında takas veya mahsup ilişkisinin varlığıdır. Takas veya mahsup ilişkisinin bağlantı kavramına dâhil olduğu gerek doktrinde gerekse gerekcede açıkça ifade edilmektedir.<sup>22</sup> Fikrimizce de bu görüş yerindedir. Zira takas ve mahsup ilişkisi asıl davada verilecek hükmü etkileyecek niteliktedir. Bu durumda takas ve mahsup ilişkisinin “bağlantı” kavramına dâhil olduğu noktasında bir duraksama olmamalıdır.

## B. CEZA USÛL HUKUKU'NDA BAĞLANTI

Ceza yargılamasında da davaların arasında bağlantı bulunması durumunda bu davaları birleştirmek mümkündür. CMK m.8-11’de birleştirmenin şartları ve usulü belirtilmiştir. Ceza yargılamasında bu kurumun ihdas edilmesinin sebebi hukuk yargılamasındakiyle aynı olup, doktrin ve Yargıtay kararlarında ifade edildiği gibi yargılamada ekonomiyi sağlamak ve çelişkili kararların çıkmasını önlemektir.<sup>23</sup>

CMK m.8’e göre iki tür bağlantı vardır. Bunlar doktrinde “*dar anlamda bağlantı*” ve “*geniş anlamda bağlantı*” şeklinde ifade edilmektedir.<sup>24</sup> Dar anlamda bağlantı CMK m.8/1’de tanımlanmıştır: “Bir kişi, birden fazla suçtan sanık olur veya bir suçta her ne sıfatla olursa olsun birden fazla sanık bulunursa bağlantı var sayılır.” Buna göre fiillerin ya da failerin ortak olması durumu bağlantının varlığını gösterir. Fikrimizce ceza yargılamasında bağlantı için yapılan bu tanım, HMK m.166’daki davaların birleştirilmesi kurumundan ziyade HMK m.57’de düzenlenen ihtiyarî dava arkadaşlığı ile HMK m.110’da düzenlenen davaların yığılması kurumlarıyla sağlanmak istenen durumu gerçekleştirmeye yöneliktir. Bir suçta fiillerin ortak ve birden fazla failin olması yapılan yargılamada sanıkların “*uyuşmazlık konsorsiyumu*”, medenî usûl hukukundaki ifadeyle “*dava arkadaşlığı*” durumunu doğuracaktır.<sup>25</sup> Bu durumda tıpkı ihtiyarî dava arkadaşlığında olduğu gibi yargılama

<sup>22</sup> “Takas ve mahsuppta bir bağlantının bulunduğu kanun tarafından açıkça varsayılmıştır.” Pekcanitez/ Atalay/Özkes, s.544-545; “[takas ve mahsubun] dışında kalan bir başka bağlantının mevcut olması gerekir.” HMK m.132 gerekçesi.

<sup>23</sup> Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.216-217; “Birleştirmeyi düzenleyen yasal gerekliliğin nedeni daha doğru karar vermek, sürat sağlamak, delillerin kaybolmasını veya dağılmasını önleyerek çelişkili kararlar verilmemesini sağlamaktır.” Yargıtay CGK, E.2010/162, K.2010/179, T.28.09.2010. www.kazanci.com (erişim: 29.04.2014)

<sup>24</sup> Soyaslan, s.217.

<sup>25</sup> Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.150-151.



birlikte yapılırken aslında birden fazla dava olacaktır.<sup>26</sup> Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi ihtiyarî dava arkadaşlığı açısından aranan bağlantı da davaların birleştirilmesinde aranan bağlantıyla benzerlik göstermesi hasebiyle ceza muhakeme hukukunda ifade edilen fiillerin ortak olması durumu davaların birleştirilmesinde bahsedilen bağlantı kavramının içerisine dâhil olmaktadır. Dar anlamda bağlantı için aranan bir diğer ortaklık ise faillerin aynı olmasıdır. Bu ise doğrudan doğruya HMK m.110'daki davaların yığılması kurumuyla benzerdir. Zira her iki kurumda da yargılamaların iddia sahipleri aynı kişi olması ve iddialar aynı kişiye karşı ileri sürülmelidir. İddialar arasında ayrıca herhangi bir ilişki aranmamaktadır. Dolayısıyla ceza usûl hukuku açısından faillerin ortak olması bir bağlantı olarak kabul edilirken bu durum medenî usûl hukukundaki davaların birleştirilmesinde aranan bağlantı kavramı açısından geçerli değildir.

Ceza usûl hukukundaki bir diğer bağlantı çeşidi ise geniş anlamda bağlantıdır. Geniş anlamda bağlantı CMK m.8/2'de tanımlanmıştır fakat doktrinde bu tanımın üzerine hüküm etkileme unsuru eklenmiştir.<sup>27</sup> Doktrinde öngörülen bu unsur Yargıtay tarafından da benimsenmiş ve buna göre hüküm verilmiştir.<sup>28</sup> Kanunî tanımda bağlantının içeriğine dâhil edilen unsurlar ceza usûl hukukunun kendine özgü niteliği gereği medenî usûl hukukundaki bağlantı kavramıyla benzerlik göstermemektedir. Fakat geniş anlamda bağlantının bütün unsurları olmasa da doktrin tarafından eklenen söz konusu unsur, medenî usul hukukundaki davaların birleştirilmesi için aranan bağlantının HMK. m.166/4'te "biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması" şeklinde geçen unsuruyla aynıdır.

### C. İDARÎ USÛL HUKUKU'NDA BAĞLANTI

İdarî usûl hukukunda da davaların birleştirilmesi kurumu mevcuttur. İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun m.38-42'de bu kurum ayrıntılarıyla düzenlenmiştir. Davaların birleştirilmesi için kanunun ara-

<sup>26</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.151.

<sup>27</sup> "...suçlardan birinin bir unsurunun ya da cezasına etki yapan bir nedenin ispatının, diğerinin unsurunun ya da cezasına etki eden bir nedenin ispatına etmesi..." Soyaslan, s.218.

<sup>28</sup> "davaların birbirlerini etkileyici nitelikte olduğu, dava dosyalarının birinde yer alan bilgiden diğer davada da yararlanılabilmesi, çelişkili kararlara neden olmaması için davaların birleştirilerek sonucuna göre hüküm kurulması" 8.CD. E.2013/2523, K.2013/11479, T.11.04.2013. www.kazanci.com (erişim: 29.04.2014)



dığı şart davalar arasında bağlantı bulunmasıdır. Aralarında bağlantı bulunan davaların birleştirilebilmesi için m.38 gereği aynı düzeydeki mahkemelerde görülüyor olması gerekmektedir. Ancak Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalar ile idare veya vergi mahkemelerinin baktığı davaların birleştirilmesinde de hiçbir engel yoktur, zira bu durumda yargılamalar aynı düzeyde yapılmaktadır.<sup>29</sup> Temyiz aşamasında olan bir dava ile ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın veya idare veya vergi mahkemesinin baktığı davalar birleştirilemez. Davaların birleştirilmesi için aranan "davaların aynı sıfattaki mahkemelerde görülüyor olması" şartı idarî yargılama hukuku bakımından geçerli değildir. Vergi mahkemesinde görülen bir dava ile idare mahkemesinde görülen bir dava birleştirilebilir.<sup>30</sup>

Bağlantının tanımı m.38'de "Aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm, diğerini etkileyecek nitelik..." şeklinde ifade edilmiştir. Bu tanımın ikinci kısmı olan hükümlerin birbirlerini etkileyecek nitelikte olması şartı HMK m.166/4'te yapılan tanımla birebir aynıdır ve her ikisi de çelişik kararların çıkmasını önlemeye ve daha sağlıklı incelemelerin yapılmasını sağlamaya yöneliktir.<sup>31</sup> İlk kısma bakıldığında ise medenî usûl hukukundaki tanımda "hukukî sebep" ifadesi zikredilmemiştir. Bu bakımdan idarî usûl hukukundaki bağlantının kavramı daha geniş görünmektedir.<sup>32</sup> Diğer yandan İYUK m.38'de bu sebeplerin yalnızca aynı olması aranmak-

<sup>29</sup> Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt 2 İdarî Yargılama Hukuku, 4.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.1036.

<sup>30</sup> Gözübüyük/Tan, s.1042.

<sup>31</sup> "...müşterek ve müteselsilen sorumluluk ilkesinin hukuki niteliği dikkate alındığında, sorumlulardan birisi hakkında açılan davada verilecek hükmün diğer sorumlu hakkındaki davanın sonucunu doğrudan etkileyeceği kuşkusuzdur. Bu hem aynı maddi ve hukuki nedenden doğan davaların sağlıklı incelenmesi ve hem de Anayasa'nın en kısa sürede ve en az masrafla davaların sonuçlandırılmasını öngören 141 inci maddesi açısından da zorunluluktur." Danıştay 4.Dairesi E.1994/2181, K.1995/1620, T.10.04.1995. www.kazanci.com (erişim: 29.04.2014)

<sup>32</sup> "Olayda, bağlantılı olduğu iddia edilen uyuşmazlıklardan birinin 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu, diğerinin ise 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu hükümlerinden kaynaklanması, diğer bir anlatımla, davalara konu idari işlemlerin farklı hukuki sebeplere dayanması nedeniyle ayrı hükümlere göre değerlendirilip yargılama yapılması söz konusu olduğundan, anılan davalar arasında, 2577 sayılı Kanunun yukarıda anılan hükmünde öngörülen bağlantının varlığından söz edilmesi olanaklı bulunmamaktadır." Danıştay 7.Dairesi E.2010/5548, K.2010/4415, T.30.09.2010. www.kazanci.com (erişim: 29.04.2014)

ta ve benzer sebepler bakımından bağlantının varlığı kabul edilmektedir. Bu açıdan da HMK m.166/4'te düzenlenen bağlantı kavramı daha geniş kapsamlıdır.

### 3. BAĞLANTI SORUNU

#### A. KAVRAM VE UNSURLAR

##### I. Kavram

Bağlantı kelimesinin gerçek anlamı “iki şey arasında ilişki sağlayan bağ” şeklindedir.<sup>33</sup> Mülga HUMK'ta, Yargıtay kararlarında ve birçok akademik eserde hukukî anlamda “bağlantı” kelimesinin yerine “irtibat” kelimesi de kullanılmaktadır.<sup>34</sup> Yukarıdaki tanımda geçen “ilişki” kelimesi de bazı akademik eserlerde “bağlantı” yerine kullanılan kelimelerdendir.<sup>35</sup> Hukuk terminolojisinde bağlantının tanımı ise HMK m.166/4'te yapıldığı gibi “davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelik...” şeklindedir.

Bağlantı ifadesiyle genel olarak iki dava arasında bulunan ortak unsurlar anlaşılmaktadır.<sup>36</sup> Ancak bağlantının arandığı hukukî kuruma göre bu unsurlar değişiklik gösterebilmektedir. Bu değişim kanun koyucunun tercihinden kaynaklanmakta olup ilgili hukukî kurumun hizmet ettiği amaca göre belirlenmektedir. Misalen hukukî sebebin aynı olması, medenî usûl hukukundaki davaların birleştirilmesinde aranan bağlantıda bir unsur değil iken idarî yargılama hukukundaki davaların birleştirilmesinde aranan bağlantıda bir unsurdur. Ceza usûl hukukunda bağlantı kavramına daha farklı unsurlar dâhil edilmiştir.

<sup>33</sup> <http://www.tdk.gov.tr/> (erişim: 04.05.2014)

<sup>34</sup> HUMK m.187'de bağlantı kelimesi yerine irtibat kelimesi kullanılmaktadır. Bağlantı kelimesi yerine irtibat kelimesinin kullanıldığı eserler için bkz. Bayram Arif, “Birlikte Dava Açılmasında Davaların Aynı Sebepden Doğmuş Olmasının Anlamı”, *Adalet Dergisi*, C.68, s.3-4, Ankara, 1977, s.282 ve Muşul, s.79. 15. HD. E. 2012/1199 K. 2012/2789 T. 25.4.2012. (erişim: 01.05.2014)

<sup>35</sup> Çınar Can Evren, “İdarî Yargıda Karşılık Dava”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Cilt:2, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.2668.

<sup>36</sup> E. İlhan Postacioğlu, “Davaların Birleştirilmesi”, Makaleler ve Karar İncelemeleri, Vedat Yayınları, İstanbul, 2011, s.105. Yalnız bu makalede “ortak” kelimesi yerine “müşterek” kelimesi kullanılmıştır.

## II. Unsurlar

Bağlantının iki temel unsuru bulunmaktadır. Bunlardan ilki “sebe-  
bep” unsurudur. Buna göre davalar aynı veya birbirine benzer sebep-  
lerden doğmalıdır. İkinci unsur ise etki unsurudur. Buna göre davalar-  
dan biri hakkında verilecek hüküm diğeri hakkında verilecek hükmü  
etkileyebilmelidir.

### 1. Sebep

#### a. Sebebin Türüne Göre

Sebep unsurundan kastedilmek istenenin ne olduğu noktasında doktrinde iki görüş mevcuttur. Bunlardan ferdileştirme görüşüne göre dava sebebi, davacının ileri sürdüğü hukukî ilişki bir diğere de-  
yişle hukukî sebeptir<sup>37</sup>. Bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 33. maddesi gereği hâkim tarafların dava dilekçelerinde belirttikleri hukukî sebeplerle bağlı değildir<sup>38</sup>. Bunun dışında dava sebebinin, hukukî sebep olduğunu kabul ettiğimizde uygulamada hak kayıpları yaşanacaktır. Misalen; ev sahibi (A), kiracısına (B) ocak ayı kirasını ödememesi sebebiyle kira sözleşmesine dayanarak eda davası açıp kazansın. Daha sonra (A) ekim ayı kirasını ödemeyen (B)’ye dava açmak istediğinde kesin hüküm itirazı ile karşılaşacaktır. Zira taraflar aynıdır, talep sonuçları bir aylık kira alacağı olup aynıdır ve son olarak bu iki davanın hukukî sebepleri de aynıdır. Dava sebebinin hukukî sebep olduğu varsayımında ekim ayı kira alacağını alamayan (A) zarara uğrayacaktır. Sonuç olarak ferdileştirme görüşü günlük hayatta karşılaşılan problemlere cevap veremediğinden yerinde bir görüş değildir.

Bir görüşe göre davadaki maddî vakıaların bir hukukî sebebe istinaden ileri sürülmesi durumunda dava sebebi bu ikisinin birleşimi olacaktır<sup>39</sup>. Buna göre hâkimin hukukî altlama faaliyetinden sonra

<sup>37</sup> Süha Tanrıver, *Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Adalet Yayınevi, 2007, s.91-92.

<sup>38</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanun’un 33.maddesinde “Hâkim, Türk hukukunu resen uygular.” denilmektedir. Davalarda “iura novit curia” (hâkim hukuku bilir) ilkesi uygulanmaktadır. Tarafların dilekçelerinde yazdıkları hukukî sebepler hâkimi bağlamayacak olup hâkime yardımcı olması açısından önemlidir.

<sup>39</sup> Nedim Meriç, *Türk Hukukunda Maddi Anlamda Kesin Hükmün Objektif Sınırları*, Mihder, 2007/2, S.7, s.397.

belirli tespitler yapılmış olunacak ve maddî vakıaları tek başına dava sebebi kabul etmek yerinde olmayacaktır. Bu görüşü kabul etmek de mümkün değildir. Bunu bir örnekle açıklamak yerinde olacaktır. Mal sahibi (M) ile taşıyıcı (T) bir taşıma sözleşmesi yapıyorlar. Taşıma esnasında (T) kaza yapıyor ve mallar hasar görüyor. (M), (T)'ye taşıma sözleşmesine dayanarak zararının giderilmesi için dava açıyor ve kazanıyor. Meriç'in görüşünden hareket edecek olursak (M), (T)'ye daha sonra haksız fiile dayanarak zararının giderilmesi için dava açarsa bu dava kesin hüküm nedeniyle reddedilemeyecektir<sup>40</sup>. Zira ilk davadaki dava sebebi sözleşmenin kaza suretiyle yerine getirilmemesi iken ikinci davada dava sebebi kaza suretiyle haksız fiile dayalı zarar verilmesidir. Açıkça görüldüğü üzere bu durum hakkaniyete aykırıdır. Ayrıca *"iura novit curia"* (hâkim hukuku bilir) ilkesi gereği hâkim tarafların ileri sürdüğü hukukî sebeplerle bağlı değildir. Dolayısıyla dava sebebini maddî vakıalarla hukukî sebebin oluşturduğu bir bütün olarak düşünmek yerinde olmayacaktır.

Dava sebebini açıklayan bir diğer görüş ise vakıalara dayandırma görüşüdür. Buna göre dava sebebi, davacının talep sonucunu haklı göstermeye yarayacak maddî vakıaların bütünüdür<sup>41</sup>. Yukarıda bahsedilen olayda dava sebebini maddî vakıalar olduğunu düşündüğümüzde hakkaniyete uygun bir sonuç çıkacaktır. Olayda taraflar ve talep sonuçları aynıdır. Fakat birinde maddî vakıa ocak ayı kirasının ödenmemesi iken diğerinde ekim ayı kirasının ödenmemesidir. Dolayısıyla dava sebepleri farklıdır ve ilk davada verilen hüküm, ikinci dava bakımından kesin hüküm teşkil etmez. Sonuç olarak, dava sebebini yalnızca davada ileri sürülen maddî vakıalar olduğunu kabul etmek gerekir.

Fikrimizce bağlantının kapsamına dâhil edilen "sebeplere" unsuru ile kesin hükmün unsurlarından olan ve HMK m.303'te geçen "dava sebebi" bir yönüyle birbirlerinden farklıdır. Dava sebebi, *"davada istem temeli olan maddî vakıalar"* şeklinde tanımlanabilir.<sup>42</sup> Bu tanımdan dava

<sup>40</sup> Ahmet Cahit İyilikli, Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, S.106, s.180. (erişim: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/>)

<sup>41</sup> Tanrıver, s.92-93.

<sup>42</sup> Umar, s.842. Umar, alıntının bulunduğu ilgili kısımda bu tanıma Yargıtay'ın da katıldığını 11.HD'nin 24.4.1970 günlü kararını örnek veriyor. Yargıtay HGK'nın benzer yöndeki bir kararı için bkz. HGK E. 2011/2-890 K. 2012/239 T. 28.3.2012.

sebebinin içeriğindeki vakıaların bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini çıkarsamaktayız. Misalen bir davada talep a ve b vakıalarına dayanırken başka bir davada benzer bir talep a ve c vakıalarına dayandığı durumda bu davaların dava sebeplerinin aynı olduğundan bahsedemeyiz. Ancak burada her iki dava arasında ortak bir maddî vakıanın olduğundan bahsedebiliriz. Dolayısıyla bu durumda bu iki dava arasında bağlantı da vardır.

Bağlantının tanımında davayı doğuran sebeplerden bahsedilmektedir. Burada geçen sebepten maksadın hukukî sebep olmadığını ve olamayacağı yukarıda ifade edilmişti. Söz konusu sebep, hukukî sebep olmadığına göre maddî vakıa olmalıdır.

## **b. Sebebin Niteliğine Göre**

Davaların dayandığı sebepler aynı olabileceği gibi benzer de olabilecektir.

### **i. Aynı Sebep**

İki dava arasında bağlantı olabilmesi için bu davalardaki maddî sebeplerin aynı olması gerekmektedir. Bağlantının varlığı için mülga HUMK m.45'te de bu şart aynen vardır. Yargıtay'ın 1962 yılında verdiği bir karar üzerine aynı sebepten kastın ne olduğuna ilişkin doktrin ile Yargıtay'ın görüşleri farklılık arz etmektedir.<sup>43</sup> Bu karardaki olay şöyledir: Bir askerî kamyon ile bir yolcu otobüsü çarpışıyor; otobüste ölen yolculardan birinin mirasçısı nakliye sözleşmesine dayanarak otobüs firmasına dava açıyor; aynı davacı bir de kazada kusuru bulunan şoförü istihdam eden Millî savunma Bakanlığı'na dava açıyor; Yargıtay ise HUMK m.45 gereği davaların aynı sebepten doğması dolayısıyla birleştirilmesine karar vermiştir. Doktrinde bu davaların aynı sebepten kaynaklanmadığı ifade edilmektedir.<sup>44</sup> Zira davalardan biri nakliye sözleşmesine dayalı iken diğeri bir istihdam edenin sorumluluğuna dayanmaktadır.

---

www.kazanci.com (erişim: 04.05.2014)

<sup>43</sup> TD(Şu anda 11.HD), 18.9.1962, E.1962/2470, K.1962/3173 (Kemal Şenocak, Motorlu Araçlar Sorumluluk Sigortasında Riziko İstisnaları , Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s.64'ten naklen)

<sup>44</sup> Umar, s.465.

Fikrimizce yukarıdaki olayda Yargıtay'ın görüşü yerindedir. Burada yukarıda yaptığımız formülü kullanmak yerinde olacaktır. İlk davadaki vakıalar, muris ile nakliye şirketi arasında nakliye sözleşmesi akdedilmesi (a) ve kazanın gerçekleşmesidir (b). İkinci davadaki vakıalar ise Bakanlığın şoförü istihdam etmesi (c) ve kazanın gerçekleşmesidir (b). İlk dava a ve b vakıalarına, ikinci dava ise b ve c vakıalarına dayanmaktadır. Bu davalar arasında b vakıası ortak olduğundan bir maddî sebebin aynı olduğundan bahisle bu davalar arasında bağlantı olduğu kabul edilmelidir.

Bunun dışında her iki davada dayanılan dava sebepleri tamamen de aynı olabilir. Örneğin kısmî dava ile ek davada dayanılan vakıalar tamamen aynı olduğundan bu davalar arasında bağlantı olduğundan bahisle birleştirilmeleri gerekir.<sup>45</sup> Bu durumda davalar arasında evleviyetle bağlantı bulunduğunu ifade etmek gerekir. Ayrıca dava sebepleri aynı olduğu takdirde taraflardan en az biri ya da talep sonucu farklı olmalıdır ki bu durumda derdestlik söz konusu olmasın.<sup>46</sup>

## ii. Benzer Sebep

Maddî sebeplerin aynı olmasının yanında benzer olması da davalar arasında bağlantı olmasını sağlamaktadır. Maddî sebepler arasında aranan bu nitelik HMK ile getirilmiş olup mülga HUMK'ta yer almamaktadır. Mülga HUMK döneminde bazı durumlarda iki davadaki maddî sebeplerin aynı olup olmadığı noktasında duraksamalar yaşanmaktaydı.<sup>47</sup> HMK bu tikanıklıkları gidermek amacıyla maddî sebeplerin benzer olmasını da ilgili hükme eklemiştir. Söz konusu değişiklik HMK m.166'nın gerekçesinde de ifade edildiği gibi bağlantılı davaların kapsamını oldukça genişletmiştir.<sup>48</sup>

"Aynı" kavramı gibi objektif bir kavram dahi uygulamada duraksamalara yol açarken "benzer" kavramı gibi oldukça izafî bir kavramın ne gibi sonuçlar doğuracağı bilinmemektedir. Burada hâkime oldukça geniş bir takdir hakkı verilmiş ve iki davanın birleştirilmesinde fayda mülhaza edilmesi durumunda bağlantının varlığı kabul edilmiştir. Maddî sebeplerin arasında benzerliğin nasıl tespit edilece-

<sup>45</sup> HGK E.2003/9-163 K.2003/167 T.19.03.2003 (naklen: Yılmaz, s.974.)

<sup>46</sup> Ermenek, s.155.

<sup>47</sup> Umar, s.464.

<sup>48</sup> Gerekçe, s.202.

ği sorunu maddî sebeplerin karşılaştırılması ve bazı hususlarda ortak noktaların bulunması suretiyle tespit edilebilir. Ancak bu formülün tespit edilmesi ve her olaya uygun hale getirilmesi zor görünmektedir. Bunun yerine, birleştirilmesi söz konusu olan davalarda birbirine benzer hükümlerin verilmesi gerekiyorsa ya da usûl ekonomisini sağlamak mümkün olacaksa bu davaların maddî sebeplerinin birbirine benzer olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Nitekim Yargıtay da bu hususu bir kararında açıkça ifade etmiştir.<sup>49</sup>

Benzer sebebin ne olduğu noktasında doktrinde ve Yargıtay kararlarında objektif ölçütler belirlenmelidir. Her ne kadar hâkimin bu noktada takdir hakkı genişletilse de “benzer sebep” kavramını abartılı bir biçimde geniş yorumlamak takdir yetkisini haiz olduğunu kabul etmek yerinde değildir.<sup>50</sup> Bu bağlamda iki davada benzer sebeplerin var olması için taraflardan en az birinin aynı olması gerekmektedir.<sup>51</sup> Davalarda aynı olacak taraf, davaların sebeplerinin ortaya çıkmasında aktif role sahip taraf olmalıdır. Öncelikle söz konusu dava sebepleri ise aynı hukukî altlamaya tabi tutulabilmelidir ki buna doktrinde “görünüşte benzerlik” denilmektedir.<sup>52</sup> Örneğin, büyük bir otomobil şirketinin farklı model otomobillerinde var olan performans kayıpları dolayısıyla müşteriler ayrı ayrı dava açtıklarında bu davalar birleştirilmelidir. Zira performans kaybına neden olan taraf aynı, bütün davalar sözleşmeye aykırılıktan doğmaktadır ve arabalarda benzer problemler vardır. Ancak bir kişinin iki farklı otomobil şirketinden aldığı iki otomobilde de performans kaybı ortaya çıkarsa bu durumda her iki tarafa açtığı davalar birleştirilmemelidir. Çünkü dava sebebi olan problemlerin ortaya çıkmasına neden olan taraflar aynı değildir. İki farklı ki-

<sup>49</sup> “Davaların birleştirilmesi, hukuk yargılamasının yukarıda belirtilen amaçlarına hizmet eden araçlardandır. Benzer ya da aynı doğrultuda karar vermeyi gerektiren durumlarda davalar birleştirilerek ortak yargılama sürecine girildiğinde, deliller birlikte toplanarak gereksiz zaman kaybı ve masraf yapılmasının önüne geçilmekte, böylece basit, ucuz ve hızlı yargılama ile usul ekonomisi amacı gerçekleştirilmiş olmaktadır. Diğer yandan, tarafların yargılamayı uzatmaya yönelik ve farklı karar alma yönündeki çabaları engellenmekte, dürüstlük kuralına uygun davranmaları sağlanmaktadır. Bu yöntemle ayrıci hukuki sorunun parçasını oluşturan ya da benzer sorunlar nedeniyle aynı doğrultuda karar vermeyi gerektiren davalarda çelişkili karar verilmesi önlenmekte ve hukuki istikrar sağlanmaktadır.” 14. HD. E. 2011/11528 K. 2011/12642 T. 25.10.2011 www.kazanci.com (erişim: 05.05.2014)

<sup>50</sup> Ermenek, s.157.

<sup>51</sup> Ermenek, s.157.

<sup>52</sup> Ermenek, s.158.



şinin iki farklı otomobil şirketinden aldıkları arabalarda performans kaybı olması halinde açılan davalar da evleviyetle birleştirilmemelidir. Doktrinde farklı hukuki altlamaya tabi dava sebeplerinin ortaya çıkmasına neden olan kişinin bu fiilleri yapmaktaki amacı aynı ise açılan davaların yine de birleştirilebileceği ifade edilmektedir. Amacın aynılığı ise birleştirilecek davaların talep sonuçlarının aynı olması ile var kabul edilmelidir.<sup>53</sup> Davaların türleri talep sonuçlarına göre belirlenmektedir.<sup>54</sup> Buna göre aynı kişiye karşı biri sebepsiz zenginleşmeye, biri haksız fiile ve diğeri sözleşmeye dayalı açılan eda davaları amaç benzerliği nedeni ile birleştirilebilecektir. Bu noktada benzer sebebin geniş yorumlandığı görülse de davaların birleştirilmesi usul ekonomisine hizmet etmemesi durumunda davalar birleştirilmeyeceğinden böyle bir ölçüt fikrimizce kabul edilebilir. Zira bu ölçüte dayanarak borç ödemekten aciz bir kişi farklı şekillerde birden fazla defa mal kaçırma tasarruflarında bulunsa da bu kişilere karşı açılacak tasarrufun iptali davaları amaçların ortak olması dolayısıyla benzer sebeplerden doğduğunu kabul ederek davalar birleştirilebilmelidir.<sup>55</sup> Hatta bu noktada davalılardan biri aynı olsa da diğeri aynı olmasa bile bu davalar birleştirilebilmelidir.

## 2. Etki

Bağlantının bir diğer önemli unsuru ise kanunun ifadesiyle “biri hakkında verilecek hükmün diğeri etkileyecek nitelik[te]” olmasıdır. Hükümlerin birbirlerini etkileyecek nitelikte olması durumu için HMK’den bazı örnekler ve soyut ölçüler belirlenebilir. Bu örneklerden biri HMK m.132/1-b’de sayılan hâl iken bir diğeri davaların aynı hukukî işleme dayanmasıdır.

HMK m.132/1-b’de “karşı davada ileri sürülecek olan talep ile asıl davada ileri sürülen talep arasında takas veya mahsup ilişkisinin bulunması yahut bu davalar arasında bağlantının mevcut olması” denilmek suretiyle karşı dava açılabilmesi için gereken şartlardan biri verilmiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi burada HMK m.166/4’e bir atıf yapılmış ve fakat öncesinde arz edilen durum bağlantıya ek olan bir unsur değil, bağlantının içerisinde olduğu kanun koyucu ta-

<sup>53</sup> Ermenek, s.159-160.

<sup>54</sup> Pekcanitez/Atalay/ Özkes, s.509.

<sup>55</sup> Ermenek, s.160.

rafından varsayılan bir durumdur.<sup>56</sup> Fikrimizce “karşı davada ileri sürülecek olan talep ile asıl davada ileri sürülen talep arasında takas veya mahsup ilişkisinin bulunması” unsuru bağlantının unsurlarından maddî sebebe değil, hükümlerin birbirlerini etkilemesi unsuruna dâhildir. Bir diğer ifadeyle açılmış olan iki davada ileri sürülen talepler arasında takas veya mahsup ilişkisi var ise bu iki davanın hükümlerinin birbirlerini etkileyeceği kanun koyucu tarafından varsayılmıştır. Örneğin, A, B’ye haksız fiil sebebiyle 10.000 TL değerinde dava açmıştır. Karşı dava açma süresini kaçıran B de 3000 TL’lik alacağı dolayısıyla A’ya dava açmıştır. Her iki tarafın da açtıkları davalarda haklı olduğu varsayımında bu davalar birleştirilirse B’nin A’ya 7000 TL ödemesine karar verilebileceğinden burada verilecek hükümlerin birbirlerini etkilediği kabul edilmelidir. Dolayısıyla böyle bir hâlde iki farklı davada bu davalar arasında bağlantının var olduğu kabul edilmelidir.

Bazı Yargıtay kararlarında ortak bir işlemten doğan iki farklı davanın sonunda verilecek hükümlerin birbirini etkileyecek nitelikte olduğu ifade edilmiştir.<sup>57</sup> Ancak pratik bakımdan bu davaların birbirini etkilemesinin bağlantının varlığı için bir durum olarak kabul edilmesi fayda sağlamayabilir. Zira her iki dava da aynı hukukî işleme dayandığından maddî sebeplerinin aynı olduğundan bahisle bağlantının bulunduğu her halde kabul edilecektir. Diğer yandan bu iki dava arasında yalnızca maddî sebeplerin aynı olması değil, verilecek hükümlerin de birbirini etkileyecek nitelikte olması hasebiyle daha güçlü bir bağlantının bulunduğu ve dolayısıyla birleştirme kararı verilmesi için daha güçlü bir nedenin var olduğu söylenebilir.

Soyut ölçüt olarak ise davaların talep sonuçlarına bakmak gerekecektir. Bu noktada her iki davanın tarafları ve dava sebepleri tamamen farklı olabilir. Talep sonuçları birbirlerini tamamlayacak ya da biri diğerine etki edecek mahiyette ise bu davalar birleştirilmelidir. Bir dava-

<sup>56</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.544,545.

<sup>57</sup> “Her iki dosyanın tarafları aynı olup, uyumsuzluklar aynı sözleşmeden kaynaklandığından ve davaların yargılması sonucunda verilecek kararlar birbirlerini etkileyebileceğinden, dosyaların birleştirilmesinin gerekli olduğu sonucuna varılmaktadır.” 15. HD. E. 2013/347 K. 2013/1714 T. 13.3.2013 (erişim:05.05.2014); Savunulan düşüncüyü ifade eden bir başka Yargıtay kararı için bkz. 13. HD E.2013/1560 K.2013/2553 T.06.02.2013 (naklen: Yılmaz, s.975.)

da verilecek hüküm diğer davada delil olarak kullanılabilirse burada hükümlerin birbirlerini etkilediğinden bahisle bağlantının varlığı kabul edilmelidir.<sup>58</sup> Bir dava ile bu dava bakımından bekletici sorun sayılabilecek bir hususun görüldüğü davanın HMK m.166'ya göre birleştirilmesi mümkün ise o hususu bekletici sorun saymak yerine bu iki davayı birleştirmek gerekir.<sup>59</sup> Zira bu iki davanın da hükümleri birbirini etkileyecek mahiyettedir. Örneğin, ilk olarak arazi sahibi A, B'ye karşı el atmanın önlenmesi davası açmıştır, diğer yandan da daha sonra C, A'ya söz konusu arazinin kendisine ait olduğu iddiasıyla istihkak davası açmıştır. Bu durumda ikinci davanın ilk dava bakımından bekletici sorun yapılması yerine bu iki davanın birleştirilerek birlikte görülmesi daha yerinde olacaktır. Zira arazinin sahibi eğer C ise A'nın açtığı dava husumet yokluğundan reddedilecektir. Bu bakımdan bu iki davada verilecek hükümler birbirini etkilememektedir.

## B. AMAÇSAL AÇIDAN BAKIŞ

### 1. Usûl Ekonomisi

Usûl ekonomisi ilkesi medenî usûl hukukunun en temel ilkelelerinden biri olup hâkime bunu sağlamak bir görev olarak verilmiştir. Bunun yanında hâkime usûl ekonomisini sağlamasına yardımcı olacak enstrümanlar da verilmiştir. Bunlardan en önemlilerinden biri hiç şüphesiz davaların birleştirilmesi kurumudur. HMK m.166'nın gerekçesinde davaların birleştirilmesi kurumunun usûl ekonomisi açısından büyük önem taşıdığı ifade edilmiştir.<sup>60</sup>

Bağlantının unsurlarından özellikle davalardaki maddî sebeplerin aynı olmasının aranması usûl ekonomisini sağlamaya yöneliktir. Zira maddî sebepler aynı olduğunda tahkikat ortak yürütülecek ve aynı vakıa iki ayrı davada iki defa incelenmeyecektir.<sup>61</sup> Örneğin bir

<sup>58</sup> Ermenek, s.165-168.

<sup>59</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.607.

<sup>60</sup> Gerekeçe, s.201.

<sup>61</sup> "Aynı mahkemede açılan davalar arasında bağlantı bulunduğu ve tahkikatın birlikte yürütülmesinde hukuki menfaat bulunduğu görülmektedir. Bu durumda mahkemece, yargılamanın temel prensiplerinden olan usul ekonomisi de dikkate alınarak; Aksaray 1.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin bozma öncesi 2011/28 E, 2012/137 K. sayılı dosyası ile eldeki davanın HMK.166. maddesi gereğince birleştirilmesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamış ve kararın bozulması gerekmiştir." 4. HD. E. 2013/4165 K. 2014/4192

vakianın tespiti teknik bir inceleme gerektiriyor ve bu yüzden bilirkişiye başvuruluyor. Aynı vakianın tespiti için iki defa bilirkişiye başvurulması hem masraf bakımından hem de zaman bakımından israfa neden olmaktadır. Davaların birleştirilmesi ise bu israfı önlemektedir.

Usûl ekonomisi davaların birleştirilmesi bakımından amaç konumundadır. Bağlantı ise araç konumundadır. Bunun anlamı iki dava arasında bağlantı bulunsa bile birleştirilmesi usûl ekonomisi bakımından olumsuzluk yaratıyorsa bu davalar birleştirilmeyecektir. Hatta birleştirilmişse ayrılacaktır.<sup>62</sup> Örneğin bir araba kaza yapıyor ve yerleşim yerleri farklı on kişiye zarar veriyor. Mağdurlar, zarar veren aleyhine kendi yerleşim yerlerinde haksız fiile dayalı tazminat davası açıyor. Bu durumda bu davaların birleştirilmesi gereksiz uzamaya neden olabileceğinden birleştirilmeyebilir.

## 2. Hükümlerin Çelişmemesi

Hukuk güvenliğini sağlamanın en önemli yollarından biri de hukukun aynı durumda olanlara karşı aynı şekilde muamele etmesidir. Bunu sağlamak adına hukukumuzda kesin hüküm<sup>63</sup>, bekletici sorun<sup>64</sup> vb. gibi kurumlar ihdas edilmiştir. Yine bu kurumlardan biri de HMK m.166'da düzenlenen davaların birleştirilmesi kurumudur.<sup>65</sup>

İki ayrı dava iki farklı mahkemede görülürse ve aynı veya benzer maddî sebepler farklı yönlerde değerlendirilirse iki davanın hükümleri de farklı yönlerde olacaktır. Bu ise hukuk güvenliğini olumsuz yönde etkileyecektir. Bu davaların birleştirilerek ortak bir tahkikat sürecinde vakıaların incelenmesiyle birbirine benzer hükümler verilecek ve böylece hukuk güvenliğinin sağlanması yolunda önemli bir adım atılmış olunacaktır.

T. 11.3.2014; Yargıtay'ın aynı bir başka kararı için bkz. 13. HD. E. 2012/8675 K. 2012/13762 T. 28.5.2012 (erişim: 07.05.2014)

<sup>62</sup> "HMK'nun 166. Maddesi uyarınca davalar arasında bağlantı bulunduğu gerekçeyle birleştirilen dava daha sonra usul ekonomisi nazara alınarak ayrılmıştır." 14. HD. E. 2012/7765 K. 2012/8781 T. 20.6.2012 www.kazanci.com (erişim: 07.05.2014)

<sup>63</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.842.

<sup>64</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.604.

<sup>65</sup> Gerekçe, s.202; "Davaların birleştirilmesine ilişkin hükümler[in] ... amacı usul ekonomisine hizmet etmek ve aynı konuda çelişkili kararlar verilmesini önlemektir." 13. HD. E.2013/1560 K.2013/2553 T.06.02.2013 (naklen: Yılmaz, s.974)

### C. BAĞLANTILI DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİNDEKİ KISITLAMALAR

Aralarında bağlantı bulunan bütün bağlantılı davalar birleştirilemeyecektir. Bağlantılı davaların birleştirilmesinin önünde bir kanunî engel bir de hâkimin takdir yetkisine dayanan bir engel bulunmaktadır.

#### I. Aynı Sıfat ve Düzeydeki Mahkemeler

Kanun koyucu HMK m.166/1-2'de aralarında bağlantı bulunan davaların birleştirilmesi için bu davaların öncelikle aynı sıfat ve düzeydeki mahkemelerde görülüyor olmasını aramıştır. Aynı sınıftan kasıt ilgili mahkemelerin aynı görevli mahkeme olmasıdır.<sup>66</sup> Örneğin, icra mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile aile mahkemesinde görülmekte olan bir dava birleştirilemez. Bir diğer sınırlayıcı unsur ise davaların aynı düzeydeki mahkemelerde görülüyor olmasıdır. Bununla istinaf aşamasındaki bir dava ile ilk derece mahkemesinin bakmakta olduğu bir davanın birleştirilemeyeceğini anlıyoruz. Bölge adliye mahkemelerinin ya da Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı bir dava ile ilk derece mahkemesinin baktığı bir davanın birleştirilmesinin caiz olup olmadığı noktasına Yargıtay kararlarında herhangi bir temas bulunamamıştır. Ancak idarî yargılamalarda Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla gördüğü bir dava ile idare mahkemesinin gördüğü bir dava İYUK m.38/3 gereği birleştirilebilir. Ancak HMK, İYUK'a atıf yapmadığından kıyas yoluyla bu hükmün uygulanması mümkün değildir. Fakat yine de söz konusu üst derece mahkemeleri de yaptıkları incelemeleri ilk derece mahkemesi sıfatıyla yaptığından yorum yoluyla ilk derece mahkemesinde görülen bir dava ile üst derece mahkemesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla gördüğü bir dava birleştirilebilir.<sup>67</sup>

Kanun koyucunun "aynı sıfat" şartını araması kamu düzeninden olan göreve ilişkin kurallara böyle bir istisna getirip getirmeme tercihi ile ilgilidir. Davaların birleştirilmesi ile aynı amaca hizmet eden karşı dava ve objektif dava birleşmesi durumlarında "aynı sıfat şartı" aranmamıştır. Bu durumlarda göreve ilişkin kurallara istisna getiren kanun koyucunun aynı istisnayı HMK m.166'da getirmemesi

<sup>66</sup> Yılmaz, s.972.

<sup>67</sup> Ermenek, s.107.

doktrinde eleştirilmektedir.<sup>68</sup> Zira usul ekonomisi ve çelişik kararların çıkmaması bakımından en az karşı dava ve objektif dava birleşmesi kadar önemli olan davaların birleştirilmesi imkânının “aynı sıfat” şartı ile kısıtlanması fikrimizce de yerinde değildir. Söz konusu durumlarda bir mahkemenin kendi görevine girmeyen uyuşmazlıkları da incelediği bir vakıa iken davaların birleştirilmesi bakımından böyle bir kısıtlama yapılmamalıdır. Kanun koyucunun bu kısıtlamadan muradı göreve ilişkin kuralların getirilen istisnalarla fazlaca delinmesini önlemek olsa dahi bu kısıtlamanın uygulamadaki duruma göre içtihatlarla getirilmesine imkân vermesi daha yerinde bir karar olurdu.

## II. Hâkimin Takdir Yetkisini Kullanması

Hâkim iki davanın birleştirilmesine karar verirken öncelikle yukarıda da bahsedilen söz konusu davaların aynı sıfat ve düzeydeki mahkemelerde görülüp görülmediğini incelemelidir. Ancak bu inceleme hâkimin sübjektif kanaatine bağlı olmayıp objektif kriterlere bağlanmıştır.

Ardından hâkim söz konusu davalar arasında bağlantı bulunup bulunmadığını incelemelidir. Bu noktada HMK mevcut düzenlemeyle mülga HUMK’a nazaran hâkime daha geniş bir takdir alanı bırakmıştır. Ancak bu takdir alanı daha çok hâkimi davaları birleştirmeye teşvik etmek yönündedir. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi birleştirme için davalar arasında benzer maddî sebeplerin aranması birleştirmemeye değil birleştirmeye yönelik bir unsurdur.

Son olarak hâkim, usûl ekonomisinin sağlanıp sağlanmayacağını göz önünde bulundurmalıdır. Bu noktada hâkimin sübjektif kanaati oldukça önemlidir. Hâkim, davalar arasında bağlantı bulursa dahi gereksiz masrafa ve uzamaya neden olacaksa davaların birleştirilmemesine karar verebilir.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Ermenek, s.108.

<sup>69</sup> “HMK. nun 166/1 maddesinde aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfatteki hukuk mahkemelerinde açılmış davaların aralarında bağlantı bulunması durumunda birleştirilebileceği şeklinde düzenleme yapıldığı, bu hususunun kamu düzeni ile ilgili olup mahkemece yargılamanın her aşamasında res’en dikkate alınması gerektiği anlaşılmalı ) gerekçesi ile mahkemenin görevsizliğine karar vermiş ise de, Sulh Hukuk Mahkemesi’nin birleştirme talebine olumlu yanıt verilip bilahare birleştirmeyi kabul ettikten ve yargılamaya devam ettikten sonra Sulh

## SONUÇ

Bu çalışmada ilk olarak davaların birleştirilmesinin şartlarını ve usulünü inceledik. Bu inceleme davaların birleştirilmesinde bağlantı kavramını daha iyi anlayabilmek adına yapıldı.

Ardından bağlantı kavramının veya unsurlarının diğer hukukî kurumlarda kullanılma amacını ve şeklini inceledik. Bu bağlamda davaların birleştirilmesindeki bağlantı kavramı ihtiyarî dava arkadaşlığının şartları ile oldukça benzer özellikler taşımaktadır. Yalnız bazı noktalarda ihtiyarî dava arkadaşlığının şartları daha farklı unsurlar içermektedir. Terditli davada talepler arasında aranan bağlantı ise ilk bakışta davaların birleştirilmesindeki bağlantı ile farklı görünse de yine yakın hatta birbirine neredeyse eş anlamlar taşımaktadır. Karşı davada aranan bağlantı zaten HMK m.166/4'e atıf yapmaktadır. Ceza muhakeme hukukunda davaların birleştirilmesindeki bağlantı ise yargılama sistemlerinin değişik özellikler göstermesi sebebiyle tamamen farklı olsa da kıyas yoluyla benzerlikler görülebilmektedir. İdarî yargılama usulünde davaların birleştirilmesindeki bağlantı bariz biçimde hukuk yargılamasında davaların birleştirilmesindeki bağlantıdan daha geniş düzenlenmiştir. Bunun dışında benzer unsurların yorumlanmasına baktığımızda ise İYUK'un birçok noktada HMK'ya atıf yapması ve dolayısıyla bu yargılama sistemleri arasında daha fazla ortak nokta bulunması sebebiyle benzer sonuçlara varabilmekteyiz.

Son olarak medenî usul hukukunda davaların birleştirilmesindeki bağlantıyı kavramsal, amaçsal noktada ve sınırları noktasında tahlil ettik. Bağlantının unsurları arasında hukukî sebebin aynı veya benzer olmasının bulunmadığını tespit ettik. Aynı sebep ve benzer sebep kavramlarıyla neyin anlaşılması gerektiği üzerinde durduk. Bağlantının usul ekonomisini ve çelişik hükümlerin çıkmasının engellenmesi noktasında bir araç konumunda olduğunu ortaya koyduk. Bu araçsallık sebebiyle kanun koyucunun bağlantıya rağmen davaların birleştirilmesini sınırladığını gördük.

---

Hukuk Mahkemesi'nin birleştirme kararı veremeyeceğinden, bahisle yazılı şekilde karar verilmesi, usul ekonomisi açısından yerinde görülmemiştir." 13. HD. E. 2012/8675 K. 2012/13762 T. 28.5.2012 (erişim: 07.05.2014)



### Kaynakça

- Bayram Arif, "Birlikte Dava Açılmasında Davaların Aynı Sebepten Doğmuş Olmasının Anlamı", *Adalet Dergisi*, C.68, s.3-4, Ankara, 1977, s.282-287.
- Budak Ali Cem, *Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu - Gerekçeler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Ermenek İbrahim, *Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Evren Çınar Can, "İdari Yargıda Karşılık Dava", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Cilt:2, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.2667-2677.
- Gözübüyük Şeref/Tan Turgut, *İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku*, 4.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- İyilikli Ahmet Cahit, *Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, S.106. (erişim: <http://tbbergisi.barobirlik.org.tr/>)
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- Kuru Baki, "Birleştirme Talebi", *Hukukî Mütalâalar - Yayımlanmamış Makaleler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.280-284.
- Kuru Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt:3, Demir Demir Yayıncılık, Altıncı Baskı, İstanbul, 2001.
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, Değiştirilmiş 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, *Medeni Usul Hukuku (6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış)*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Meriç Nedim, *Türk Hukukunda Maddi Anlamda Kesin Hükmün Objektif Sınırları*, Mihder, 2007/2, S.7, s.377- 434.
- Muşul Timuçin, *Medenî Usul Hukukunda Ara Kararları*, *Dicle ÜHFD* 1988/4, <http://www.dicle.edu.tr/Contents/544d56a0-4737-423f-b8da-845323e085f3.pdf>
- Muşul Timuçin, *Terdit İlişkileri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1984.
- Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, 14.Bası, Ankara, 2013.
- Postacıoğlu E. İlhan, "Davaların Birleştirilmesi", *Makaleler ve Karar İncelemeleri*, Vedat Yayınları, İstanbul, 2011, s.105-112.
- Soyaslan Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Tanrıver Süha, *Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Adalet Yayınevi, 2007.
- Umar Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).
- Yılmaz Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

# KREDİ KARTLARINDA YILLIK ÜCRET ALINMASINA İLİŞKİN HUSUSLAR

## LEGAL ISSUES ON CREDIT CARD ANNUAL FEES

Emine Gül KAMILOĞLU LATİFOĞLU\*

**Özet:** Bu çalışmada, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "Diğer Hususlar" başlıklı 31'inci maddesinde düzenlenen, kart çıkaran kuruluşların, tüketicilere yıllık üyelik aidatı ve benzeri isim altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunması zorunluluğu kapsamında; kredi kartı ücretlerinin mahiyeti, sözleşmede düzenlenme şekilleri, bu ücretlerin denetime tabi olup olamayacağı, son olarak ise Kanun Koyucu tarafından getirilen düzenlemenin hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilmiştir.

**Anahtar Sözcükler:** Kredi Kartı Aidatı, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, Tüketici Hukuku, Banka Kartları, Ücretsiz Kredi Kartı, Yıllık Aidat

**Abstract:** In this study, starting with banks' obligation of offering a credit card with no annual fee, legal basis of credit card fees, structure of card contracts, supervision over credit card fees and finally the compliance with law of this regulation are examined.

**Keywords:** Credit Card Fees, Consumer Protection Law, Consumer Law, Bank Cards, Cards Without Fees, Annual Fees

## 1. Giriş

Günümüzde ekonomik ilişkilerin giderek gelişmesi, ticari hayat-taki üretimin artması, teknolojik ilerlemeler, insanlar arası iletişimin kolaylaşması tüketicilerin ürünlere ulaşması yolunda engelleri kaldırmıştır. İnsanlar zamanla, ihtiyaç veya istek duydukları ürün ve hizmetleri alabilmek için kredi kanalları şeklinde kaynaklar sağlamaya başlamıştır.<sup>1</sup> Bu kanallardan biri ise kredi kartları olarak kendini gös-

\* Bankalar Yeminli Murakıbbı, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu

<sup>1</sup> Şebnem Akipek, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.3, s.103

termiştir. Özellikle kişilerin krediye kolay erişebilir kılınması ve nakit para taşımama fikri ve kullanım kolaylığı, kredi kartlarının yaygınlaşmasına yol açmıştır.<sup>2</sup> Kredi kartlarının, taksitlendirme imkanları, mil hizmetleri, vale hizmetleri, nakit para çekme olanağı gibi hizmetler sağlaması ve bu hizmetlerin yurtdışında da kullanılabilmesi kredi kartlarını daha da cazip kılmıştır.<sup>3</sup>

Ülkemizde kredi kartı kullanımı çok eskiye dayanmamakla birlikte gelişen dünyaya çabuk adaptasyon sağlanmıştır. Fakat ülkemizdeki kart kullanımı, diğer avantajlarından ziyade, borcu öteleme olanağı sağlaması nedeniyle tercih edilmektedir. Ancak ötelenen borçlar, işsizlik ve düşük maaşlar nedeniyle sarmal haline gelmiş ve kredi kartı borçlarının ödenememesiyle sonuçlanmıştır. Kredi kartı çıkaran banka ve kuruluşların uyguladıkları faiz oranlarının da yüksek olması nedeniyle kart borçlarının ödenmesi imkansız hale gelmiştir.<sup>4</sup>

Bu kapsamda kanun koyucu öncelikle 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlemelere gitmiş, sonrasında 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nu ve Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmeliği yürürlüğe koymuştur. Sonrasında 6101 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel işlem koşulları mahkeme ve tüketici hakem heyetlerinde esas alınmaya başlanmış ve özellikle kredi kartı aidatlarının iadesi yönünde hükümler verilmiştir. Ardından 28.11.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmasından altı ay sonra yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da daha önce düzenlenmeyen bazı hükümlere yer verilmiştir. Bunlardan biri de bankalarca en az bir adet kredi kartını ücretsiz olarak kullanıma açma zorunluluğudur.

İlgili çalışmamızda söz konusu düzenlemeye ilişkin olmak üzere; kredi kartı ücretlerinin mahiyeti, sözleşmede düzenlenme şekilleri, bu ücretlerin denetime tabi olup olamayacağı, son olarak ise kanun koyucu tarafından getirilen bankaları muhatap ücretsiz kredi kartı uygulamasının hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilmiştir.

<sup>2</sup> Akipek, s.104

<sup>3</sup> Murat Haznedar, Kredi Kartı Ücreti, *Banka ve Finans Hukuk Dergisi*, İstanbul 2012

<sup>4</sup> Akipek, s.104

## 2. Kredi Kartının Hukuki Niteliği

Kredi kartı, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 3'üncü maddesinde "*Nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kart veya fizikî varlığı bulunmayan kart numarası*" şeklinde tanımlanmıştır.

En genel anlamıyla kredi kartı, hak sahibi kişiye, yani yetkili kart hamiline açılmış potansiyel bir tüketici<sup>5</sup> kredisidir<sup>6</sup>. Nitekim kredi kartı çıkaran kuruluş, kart hamili lehine satın alma gücü sağlamak amacıyla bir üçüncü kişiye karşı borç altına girmekte, kart hamilinin yapacağı mal yahut hizmet alımlarının bedellerini ödemeyi yüklenerek gayrinakdi bir kredi tahsis etmektedir.<sup>7</sup> Böylece kart hamili, kart borcunu kartı çıkaran kuruma ödeyene kadar geçen süre boyunca kart ile sunulan kredi olanağından yararlanmış olur.<sup>8</sup> Keza Yargıtay kararlarında da kart çıkaran kuruluşun kart hamiline, üçüncü kişiye ödeme yapacağı hususunda garanti verdiği saptamasında bulunularak, üstlenilen risk dolaylı bir şekilde ifade edilmiştir.<sup>9</sup> Aynı zamanda kredi kartı, nakit ödeme yapılmaksızın belli bir mal satın alma veya sunulan bir hizmeti edinme imkanını da veren bir ödeme aracı olarak da değerlendirilebilir.<sup>10</sup> Dolayısıyla kredi kartının kredi sağlama ve nakit taşıma yükünden kurtulma şeklinde iki işlevi bulunduğundan söz edilebilir.<sup>11</sup>

Kredi kartı sözleşmeleri günümüzde, kredi kartı çıkartan kuruluş tarafından tek taraflı olarak karşımıza çıkmakla birlikte; sözleşmesel ilişki kredi kartı almak isteyen kişinin önceden kredi kartı kuruluşu tarafından düzenlenen kredi kartı sözleşmesini imzalamasıyla kurulmaktadır.<sup>12</sup>

<sup>5</sup> Businesscardlar hariç tutulmaktadır.

<sup>6</sup> Sedat Yetim, Kredi Kartları ve Tüketici Kredileri, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 1997, s.7

<sup>7</sup> Erden Kuntalp, "Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, S.XIII, Nisan 1996, s.278

<sup>8</sup> Mustafa Çeker, Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı, İstanbul 1997, s.33

<sup>9</sup> 19. H.D., 12.07.1994, E.1993/6656, K.1994/7631, www.kazanci.com.tr, e.t.:22.04.2015

<sup>10</sup> Çeker, s.33.

<sup>11</sup> Şebnem Akipek, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999, s.186

<sup>12</sup> Hasan İşgüzar, Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2003, s.63

### 3. Kredi Kartının Hamil Açısından Sağladığı Faydalar

Kredi kartı, hamil açısından birçok fayda sağlamaktadır. Öncelikle, hamilini nakit para taşıma zorunluluğundan ve bu zorunluluğun yol açabileceği, hırsızlık gibi tehlikelerden korumaktadır. Hamil, yeterli nakit parası bulunmasa bile, pos cihazı bulunduran işletmelerden dilediği mal ve hizmeti alabilmekte, bunun için şifresini sisteme girmek veya kimliğini göstermek yeterli olmaktadır. Hamil, özellikle yurt dışında da geçerli olan kartlar ile hem güvenlik sıkıntısından kurtulmakta hem de uzun ve yorucu döviz işlemleri ile uğraşmamaktadır.

Bunun yanı sıra parasını kaybeden ya da çaldıran bir kişi genellikle parasına bir daha kavuşamamakla birlikte, kart hamili elinden iradesine aykırı olarak çıkan karta kısa zamanda yeniden kavuşabilmekte ve harcamaya devam edebilmektedir.<sup>13</sup> Karttan yapılacak harcamalarda üçüncü kişilere karşı olarak şifre konularak da önlem alınabilmekte, ayrıca zamanında yapılacak bildirim ile harcamanın belli bir tutarın üzerinde olması durumunda sorumlu olunmamaktadır. Bunun yanı sıra sigorta yaptırılması gibi alınabilecek bazı basit önlemlerle ya zarar tehlikesi ortadan kaldırılmakta ya da zarara, gerekli dikkati göstermeyen ve kontrolü yapmayan işletme bizzat katlanmaktadır.

Kredi kartının bir diğer üstünlüğü, hamilini çekle ödeme sisteminin bazı sınırlandırmalarından kurtarmasıdır. Kredi kartının geçerlilik süresi kural olarak bir yıldan daha az olmadığı için hamil bunu çek karnesine oranla daha uzun bir süre kullanabilmektedir. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde görüldüğü gibi bazen çekler sınırlı bir bölgede kabul gördükleri halde, kredi kartları her şehir ya da ülkede ödeme aracı olarak benimsenmektedir. Bunun yanı sıra örneğin Türkiye'de çekin ödenmemesi durumunda keşideci cezai yaptırımlarla karşılaşabilirken kredi kartını ödemeyen kişi, faiz ve sonrasında icrai önlemler dışında bir yaptırımla karşılaşmamaktadır. Ayrıca çek karnesinin kaybedilmesi halinde uzun bir iptal prosedürü izlenmesi gerekirken kart hamili çok daha çabuk bir şekilde kartını kullanıma kapatabilmektedir. Çeki bizzat keşideci doldurmak zorunda iken halihazırda şifreli kullanım sayesinde şifreyi bilen kart hamili de kullanım yapabilmektedir.<sup>14</sup> Bu kapsamda kartın çeke oranla daha kolay bir kullanım prosedürünün olduğu açıktır.

<sup>13</sup> Ömer Teoman, Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması, Beta Yayınevi, İstanbul 1996, s.31

<sup>14</sup> Teoman, s.33

Bunların yanı sıra, kartı çıkaran kurumun sunduğu özel hizmetlerden faydalanabilmektir. Bu yararlar arasında hamillere özel olarak basılan bir dergiyi ücretsiz edinebilmek, kart çıkaran kuruluşun sadece kart hamillerine sattığı bazı özel ürünleri alabilmek, havalimanlarında veya deniz kenarında lounge hizmetinden yararlanmak, bazı mağazalarda özel kampanyalardan faydalanmak, kredi kartını kullanarak banka veya para otomatlarından nakit çekebilmek ya da internet üzerinden çabuk ve güvenilir bir şekilde alışveriş yapabilmek sayılabilir.

#### 4. Kredi Kartı Yıllık Aidatlarının Hukuki Dayanağı

Kredi kartı sözleşmesi; kart çıkaran kuruluşa, karta ilişkin bilgileri saklamak için gerekli önlemleri almak, limit tahsisinde müşteriye ilişkin gerekli araştırmaları yapmak, usulüne uygun olarak hesap özeti düzenlemek ve hamile göndermek, hukuka aykırı kullanımlarda gerekli bildirim yapılması halinde 150 TL üzeri kullanımlardan sorumlu olmak gibi edimler yüklerken kredi kartı hamiline de sağlanan hizmetler karşılığında kredi kartı ücreti ödeme yükümlülüğü, kredi kartının ve şifrelerinin muhafazası, yapılan harcamaların zamanında ödenmemesi halinde veya kredi kartından nakit avansı çekilmesi durumunda faiz ödeme borcu gibi yükümlülükler yükleyen bir sözleşmedir. Yani kredi kartı yıllık ücreti, kart çıkaran kuruluşun yukarıda sayılan hizmetleri karşılığında hamilin, Türk Borçlar Kanunu'nun 97'nci maddesi ve devamında ifade edilen "karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler" kapsamındaki edim yükümlülüğünün, diğer bir deyişle "fiyat" ın parçasıdır.

Anayasanın 172'nci maddesinde devlete, tüketicileri korucuyu ve aydınlatıcı önlemleri alma, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik etme ödevi yüklenmiştir. Bu kapsamda kredi kartlarına ilişkin hükümler, tüketiciler yönünden geniş kapsamda ilk olarak 06.09.1995'te yürürlüğe giren "4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun"da ele alınmıştır. Anılan düzenlemeye 14.03.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"la 10/A maddesi eklenmiştir. Söz konusu düzenlemelerde kredi kartı üyelik sözleşmesi bakımından şekil zorunluluğu getirilmesi, gecikme faizi oranının sınırlandırılması, temerrüde düşme halinde tüm borcun muaccel hale gelmesinin belli bazı koşullara bağlanması gibi hususlara yer verilmiş fakat kredi kartı aidatlarına ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır.

2006 yılında yürürlüğe giren 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, 4077 sayılı Kanun'daki kredi kartına ilişkin hükümleri açıkça yürürlükten kaldırmayarak, sözleşmenin içeriği ve tarafların yükümlülüklerine ilişkin daha detaylı düzenlemelere yer vermiştir. Bu kapsamda 5464 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde sözleşme içeriğinde, sözleşmede belirtilen ücret, komisyon ve masrafların kart hamilinin hesabına borç kaydedileceği, sözleşmeye bağlı olarak kart hamillerinden alınabilecek ücret, komisyon, masraf ve vergilerin neler olacağına dair açıklamalara, bunların tutarlarına, sözleşmede yer alan ücret, komisyon, masraf ve vergiler dışında kart hamilinden herhangi bir isim altında ödeme talep edilemeyeceğine ve hesabından kesinti yapılamayacağına yer verileceği belirtilmiştir. Kanun'un 19'uncu maddesinde hesap özeti içeriğinde kredi kartlarına ilişkin olarak ilgili hesap özetinde tahakkuk ettirilen yıllık ücret, faiz ve diğer her türlü ücret ve komisyon tutarlarına yer verileceği ifade edilmiştir. Kanun'un 24'üncü maddesinde ise kart çıkaran kuruluşların Kurum'un internet sitesinde yayımlanmak üzere kredi kartlarına uyguladıkları akdi faiz oranı, gecikme faiz oranı, yıllık ücret ve diğer adlar altında tahsil ettikleri veya edecekleri bedelleri Kurum'a bildirmesi gerektiği düzenlenmiştir.

10.03.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan "Banka Kartları ve Kredi Kartları Yönetmeliği"nde ise 5464 sayılı Kanun'un düzenlemelerinin detayına yer verilmiştir.

5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun kredi kartı aidatlarına izin verdiği yapılan düzenlemelerde görülmekle birlikte anılan hususa söz konusu Kanun'un yasa tasarısının gerekçesinde de yer verilmiş ve bankaların, kredi kartı hizmeti için çok yüksek miktarda maliyetlere katlanmak zorunda olduklarına; "*Kredi kartı ücretleri, kartın kullanım süresi boyunca verilen çeşitli hizmetlerin ve operasyonel işlemlerin maliyetleri karşılığında kart hamillerine yıllık olarak yansıtılan bir bedeldir. Kart basımları, yurtdışından temin edilen kart plastikleri ve bunların üzerlerindeki çipler ile kart ve çip üzerine kart sahibine ilişkin bazı bilgilerin yazılması, operasyonel maliyetler, her ay düzenli olarak gönderilen ekstrelerin basım ve gönderilmesi maliyetleri, sigorta maliyetleri, uluslararası kredi kartı kuruluşlarına ödenen lisans bedeli ve çeşitli ücretler, müşteri hizmetlerini sağlamak için yedi gün yirmi dört saat çalıştırılan personele ödenen ücretler ve bunlara ilişkin yatırımlar ile teknolojik altyapı yatırımları maliyetleri*



*oluşturan başlıca işlemler ve hizmetlerdir. Bu işlem ve hizmetleri karşılayacak bedellerin kredi kartı hamillerine yansıtılmaması kredi kartı faiz oranlarının rekabetçi bir şekilde belirlenememesine de yol açmaktadır.”<sup>15</sup> ifadeleri ile değinilmiştir.*

TCMB'nin “2006/1 sayılı Mevduat ve Kredi Faiz Oranları ve Katılma Hesapları Kar ve Zarara Katılma Oranları ile Kredi İşlemlerinde Faiz Dışında sağlanacak Diğer Menfaatler Hakkında Tebliğ”in 4/1 maddesinde de “Bankalarca, reeskont kaynaklı krediler dışındaki kredilere uygulanacak faiz oranları ile faiz dışında sağlanacak diğer menfaatlerin ve tahsil olunacak masrafların nitelikleri ve sınırları serbestçe belirlenir.” ifadesine yer verilmiş olup bankalarca diğer menfaatler başlığı altında istenecek ücretlerin serbestçe belirleneceği vurgulanmıştır.

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından yayımlanan “Kredi Kartı Üyelik Ücreti” konulu “2007/2 Sayılı Genelge”de “(..) Kaldı ki, söz konusu Yönetmeliğin ekinde haksız şartların tespitinde yol gösterici olması bakımından verilen listenin (b) bendinin ikinci fıkrasında finans hizmeti ifa edenlere tüketici tarafından ödenecek veya tüketiciye ödenecek faiz oranlarını veya finans hizmetlerinin diğer bütün masraflarının bedelini haklı sebeplerin varlığı halinde önceden bildirmeksizin değiştirme hakkı veren şartların tüketiciye bu durumu derhal bildirme yükümlülüğü ve tüketicinin sözleşmeyi fesih etme hakkının bulunduğu hallerde haksız şart olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir. Bu nedenle, kredi kartı üyelik ücretlerine tüketicilerin hesap özetlerinde yer verilmesi ve tüketicinin buna dayanarak kredi kartı sözleşmesini fesih etme hakkı bulunduğu dikkate alındığında bu ücretlerin haksız şart olarak değerlendirilmesinin mümkün olmayacağı düşünülmektedir.” açıklamalarına yer verilerek bankaların belirli şartların varlığı halinde kart ücreti talep edebilecekleri belirtilmiştir.

Bununla birlikte, yıllık kart ücreti konusunun kamuoyunu sıklıkla meşgul etmesi ve hakem heyetleri ile mahkemelerce konu hakkında farklı yönde kararlar verilmesi üzerine, 16.06.2009 tarihinde TBMM'ye sunulan bir yasa değişikliği talebiyle 5464 sayılı Kanun'un 8'inci maddesi değiştirilerek kredi kartı aidatına, tahsis limitine göre bir üst sınır konulması istenmiştir.<sup>16</sup> Değişiklik isteminin gerekçesinde; “6762 sayılı

<sup>15</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss411.pdf>, e.t.21.04.2015

<sup>16</sup> “Kart çıkaran kuruluşlar, kartın verilmesi anında kart hamilini yeteri derecede bilgilendirmek ve talep edilmesi halinde, gerçekleştirilmiş işlemlere ait kayıtları otuz günü geçmemek üzere işlemin mahiyetine uygun bir süre zarfında sağla-

*Türk Ticaret Kanunu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 16/10/2006 tarihli ve 2006/11188 sayılı Bakanlar Kurulu kararı, 2006/1 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Tebliği, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemelerde bankaların banka ve kredi kartlarına ilişkin ücret talep etmesini engelleyen açık bir hüküm bulunmamasına rağmen banka ve kredi kartlarına ilişkin olarak bazı yargı kararları dikkate alındığında kredi kartı ücretlerinin yasal dayanağı bulunup bulunmadığı yönünde tereddütler ortaya çıkmıştır. Söz konusu tereddütlerin giderilmesi ve konuya ilişkin uygulamaların düzenlenmesine yönelik olarak müşterilerin bilgilendirilmesine yönelik yükümlülükler öngören bu fıkrafta değişiklikler yapılmıştır.”<sup>17</sup>denilmiştir.*

Söz konusu yasa değişikliği teklifi 24.06.2009 tarihli Meclis oturumunda geri çekilmiş olmakla birlikte, bu durum, bankaların yıllık kredi kartı ücreti taleplerinin yasal olduğu gerçeğini değiştirmemiş, sadece kart ücreti miktarının kanun ile değil de eskiden olduğu gibi taraflar arasındaki sözleşmeyle belirlenmesi gerektiği sonucunu doğurmuştur. Nitekim, TBMM tutanaklarına yansıyan geri çekme gerekçesinde de “ Kredi kartlarından yıllık kullanım bedeli alınmasının kart çıkaran kuruluşlar ile tüketiciler arasında sözleşme hükümlerine göre belirlenmesinin daha uygun olacağı ve bu konuda yasal bir düzenlemeye gerek olmaması gerekçesiyle tasarı metninden çıkartılması amaçlanmıştır.” açıklamalarına yer verilmiştir.<sup>18</sup>

Sonraki dönemlerde, 5464 sayılı Kanun'da, 5915 Sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin TBMM'de görüşülmesi sırasında, 5464 sayılı Kanun'a “Kart çıkaran kuruluşlar kart hamillerinden kredi sözleşmesinde bulunan faiz dışında herhangi bir isim altında ödemede bulunmasını talep etmezler.” yönünde geçici 7'nci maddenin eklenmesi teklif edilmiştir. Söz

---

makla yükümlüdür. Yurt dışı işlemlerinde bu süre altmış gün olarak uygulanır. Kart çıkaran kuruluşlar Kanununun 9.maddesinin 1. fıkrasında belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde 3.500 TL'ye kadar kullanım limiti tahsis ettikleri kredi kartları için 35 TL'ye kadar, 3.500 TL ve daha fazla bir tutarda kullanım limiti tahsis ettikleri kredi kartları içinse tahsis edilen limitin %1'ini geçmeyecek şekilde belirleyecekleri bir tutarda yıllık kredi kartı kullanım bedeli talep edebilirler. Kredi kartı kullanım bedeli kart hamillerinden yılda bir kez yada eşit taksitler halinde tahsil edilebilir.”, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss411.pdf>, e.t.21.04.2015

<sup>17</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss411.pdf>, e.t.21.04.2015

<sup>18</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem23/yil3/bas/b109m.htm>, e.t.21.04.2015

konusu yasa değişikliği talebi 24.06.2009 tarihli TBMM oturumunda, yıllık kart ücretinin banka ile kart hamili arasında imzalanacak sözleşmeyle belirlenebileceği gerekçesiyle yine reddedilmiştir.<sup>19</sup>

Nitekim Yargıtay da ilk derece mahkemesi kararını bozduğu bir kararında<sup>20</sup> iki hususa yer vermiştir. Öncelikle, taraflar arasında kurulan özel hukuk ilişkilerinin sözleşme serbestisi ilkesi temelinde şekillendiği ifade edilerek, banka ile tüketici arasında kurulan sözleşmenin bir iltihaki sözleşme olmadığı düşüncesine yer verilmiştir. Bu sebeple sözleşme yapma zorunluluğunun bulunmadığı vurgulanmıştır. İkinci husus ise; kredi kartı üyelik aidatı adı altında talep edilen bedelin, bankaların bu kartları çıkartarak üstlendikleri risk ve katlandıkları maliyet göz önünde bulundurulduğunda yerinde olduğu düşüncesidir. Nitekim söz konusu bedelin, bankaların gördükleri hizmetin uygun bir karşılığını isteme hakkı kapsamında değerlendirileceği ifade olunmuştur.

Bu kapsamda, kredi kartlarından alınan yıllık ücretlerin sözleşme serbestisi kapsamında alınmasının zaten mümkün olduğu, bu sebeple alınan ücretlerin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un yürürlüğe girmesine kadar "yasal dayanaktan yoksun" iddialarının yersiz olduğu anlaşılmaktadır.

## 5. Kredi Kartı Aidatlarının Haksız Şart Sayılıp Sayılamayacağı

Kredi kartı sözleşmesi kapsamında yasal dayanağı bulunduğu önceki bölümde ifade edilen kredi kartı aidatlarına ilişkin şikayetler, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 18.07.2011 tarih, 2011/4736 esas ve 11579 karar sayılı kararı üzerine ciddi şekilde artmıştır. Anılan kararda, bankalarca kredi kartı ücreti talep edilmesine ilişkin esasa yönelik bir inceleme ve değerlendirme yapılmamış, yalnızca yasal düzenlemelere aykırı olarak talep ve tahsil edilen kart ücretinin iadesine yönelik zamanaşımı süresinin, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 66'ncı maddesinde belirtilen 1 yıllık zamanaşımı süresi olmayıp Kanun'un 125'inci maddesi gereğince 10 yıl olduğu tespit edilmiştir. Buna karşın basında yer

<sup>19</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem23/yil3/bas/b109m.htm>, e.t.21.04.2015

<sup>20</sup> 13. HD. 11.04.2012, E.2012/7979, K.2012/9930; 07.02.2011, E.2010/3958, K.2011/1717, 05.04.2011, E.2010/13722, K.2011/5258, www.kazanci.com.tr, e.t.21.04.2015

alan haberler nedeniyle Yargıtay'ın, 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde kalmak kaydıyla tüketicilerden alınan kart ücretlerinin iadesine karar verdiği şeklinde bir algı oluşmuştur. Bunun üzerine aedatlara ilişkin tüketici şikayetleri giderek artmış, konu hakkında Türkiye Bankalar Birliği tarafından yapılan 03.03.2012 tarihli "Kredi Kartı Ücretleri Hakkında Kamuoyu Duyurusu"nda, bahse konu kararın, kredi kartı ücretlerinin yasal dayanağının bulunmadığı ve kart hamillerinin son 10 yılda ödedikleri kart ücretlerini bankalardan geri talep edebileceklerine imkan verdiği şeklinde yorumlanmasının söz konusu olmadığı belirtilmesine rağmen tüketici şikayetleri azalmamıştır.

01.07.2012 tarihinde 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle Kanun'un 20 ve 25'inci maddeleri arasında düzenlenen Genel İşlem Şartları (GİŞ) hükümleri Tüketici Hakem Heyetleri ve Mahkemeler tarafından dikkate alınmaya başlanmıştır.

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından yayımlanan 2007/2 sayılı Genelgede, Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin banka kartları ve kredi kartlarına ilişkin üyelik ücretleri hakkında alacakları kararlarda; doğrudan bu ücretlerin yasal olmadığına dair hükümlere yer verilmemesi, tüketicilerin kredi kartı sözleşmeleri temin edilerek, üyelik ücretleri ve bu ücretlerin ne şekilde belirleneceğine ilişkin hükmün sözleşmede açık ve anlaşılır bir dille yazılıp yazılmadığının kontrol edilmesi, ancak üyelik ücreti alınacağına ilişkin hükmün sözleşmede bulunmadığı tespit edilirse söz konusu ücretin iptalinin hükme bağlanması gerektiği hususu belirtilmesine rağmen hakem heyetleri bazı kararlarında tüketicinin korunması ile serbest piyasa ekonomisi arasındaki dengeyi subjektif şekilde bozabilecek ve olayın esasını incelemeyerek sonuçlandırılan hükümlere imza atmıştır.<sup>21</sup>

Tabiidir ki sosyal yaşantıda genellikle, sözleşme hükümleri taraflardan birinin önceden belirlenmesi suretiyle ortaya konmakta ve sözleşme özgürlüğü ortadan kalkmaktadır.<sup>22</sup> Doktrinde haklı olarak, genel işlem şartlarına dayalı sözleşmenin taraflarından birinin tüketici diğerinin bir banka olması nedeniyle, tüketicinin korunmaya muhtaç

<sup>21</sup> Ceyhan 1.Asliye Hukuk Mah.(Tüketici Mah. Sıfatıyla) 13.09.2007, E.2007/279 E., K.2007/250; İstanbul 2. Tüketici Mah. 18.10.2007, E.2007/331, K.2007/567, www.kazanci.com.tr, e.t.21.04.2015

<sup>22</sup> Doğukan Algan, "Kredi Kartı Üyelik Aidatı Hakkında Bir Yüksek Yargı Kararı İncelemesi", *TBB Dergisi*, İstanbul 2015, s.291

taraf olduğu, zira tüketicinin uzmanlarca hazırlanan böyle bir sözleşmeyi anlayacak donanımına sahip olmadığı, ayrıca bir girişimci tarafından kendisine sunulan genel işlem şartlarına dayalı sözleşmeyi anlayıp reddetse dahi diğer bir girişimci ile yine müzakere etmeden onun hazırladığı sözleşmeyi yapmak zorunda kalacağı belirtilmektedir.<sup>23</sup> Bu sebeple piyasada genel olarak etkin bir rekabet ortamı bulunsa bile, pazarlık konusu edilmeyen matbu sözleşme koşulları özelinde rekabet olmayacak, işletmeler bunları kendi menfaatleri doğrultusunda kaleme alacak ve müşteriler piyasada hep bir örnek GİŞ ile karşılaşacaktır.<sup>24</sup> Bunun piyasaya etkisi ise GİŞ alanında rekabetin işlememesi olacaktır.<sup>25</sup>

Söz konusu açıklamalar kapsamında bankaların kredi kartı ücreti talep etmesine yasal bir engel bulunmaması bu ücretin GİŞ şeklinde sözleşme içine saklanarak talep edilebilmesi anlamına gelemeyecektir. Bu açıdan sözleşmelerde mükerrer olarak kullanılan şartlar ve özellikle GİŞ'lerin haksız şart oluşturmaması açısından öncelikli yol, bunların emredici hukuk kuralları ile kontrol altına alınması, sonrasında ise hakim eliyle denetlenmesidir.

Kredi kartı sözleşmelerindeki aidatlar, her ne kadar kredi kartı üyelik sözleşmelerinde düzenlense de mezkûr düzenlemelerin genel işlem koşullarına ve haksız şarta ilişkin getirilen düzenlemeler çerçevesinde dikkate alınması gerektiğinden öncelikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında denetlenmelidir.

Söz konusu denetim öncelikle genel işlem şartlarının tüketici açısından bağlayıcı olup olmadığının, başka bir ifadeyle genel işlem şartının sözleşme içeriğine dahil olup olmadığının denetlendiği bağlayıcılık (yürürlük) denetimi; sonrasında ise sözleşmeye dahil olduğu kabul edilen genel işlem şartlarının kanunda öngörülen sınırlar içinde kalıp kalmadığının denetlendiği içerik denetimidir.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Lale Sirmen, "Banka Kredi Kartı Hamillerinden Yıllık Kart Ücreti Alınmasına İlişkin Sözleşme Hükümünün Yargısal Denetimi", *BATİDER*, Aralık 2009, C. XXV-sayı 4, s.54

<sup>24</sup> Yeşim Atamer, Kerem Cem Sanlı, "Kredi Kartı Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, İstanbul 2010, C. XXVI, S.4, s.17

<sup>25</sup> Atamer/Sanlı, s.34

<sup>26</sup> Sirmen, s.58-60

Genel işlem koşulları Türk Borçlar Kanunu'nun 20'nci maddesinde düzenlenmiş olup "(...) bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir." şeklinde tanımlanmıştır. TBK'nın 21'inci maddesinde ise karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesinin, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlı olduğu, aksi takdirde genel işlem koşullarının yazılmamış sayıldığı düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenlemelere paralel olarak 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6'ncı ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5'inci maddesinde haksız şart değerlendirmesine yer verilmiştir. Keza sözleşmenin bir tarafının tüketici olması sebebiyle anılan Kanun hükümlerinin uygulanması gerekecektir.<sup>27</sup> Haksız şart, her iki Kanun'da da, "tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları" şeklinde tanımlanmıştır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken; herhangi bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak değerlendirilmesi ve tüketici için bağlayıcı olmaması için sözleşmeye tüketici ile müzakere edilmeden tek taraflı olarak konulması, tarafların hak ve yükümlülüklerinde tüketici aleyhine bir dengesizlik yaratması ve iyi niyet kurallarına aykırı olmasından oluşan üç unsuru birlikte taşıması gerektiğidir.<sup>28</sup>

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a istinaden düzenlenen 17.06.2014 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'te<sup>29</sup> de benzer düzenlemelere yer verilmektedir. Haksız şartın tüketici aleyhine dengesizliğe neden olup olmadığı meselesi, Yönetmeliğin 6'ncı madde-

<sup>27</sup> Sirmen, s.110

<sup>28</sup> Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Kredi Kartı Üyelik Ücreti Hk. 2007/2 sayılı Genelgesi, <http://www.tukcev.org.tr/assets/genelgeler/kredi-karti.pdf>, e.t.21.04.2015, Algan, s.295

<sup>29</sup> 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a istinaden 13.06.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik düzenlenmiştir.



sinin 1'nci fıkrasında yer alan “Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri de dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluşuna göre belirlenir.” ifadesi göz önünde bulundurularak ele alınmalıdır.

Bu çerçevede “mal veya hizmetin niteliği” ifadesinin, sözleşme şartlarının, barındırdığı hükümlerin içeriği itibariyle tarafların hukuk alanlarında yapacağı etki olarak anlaşılması gerekmektedir.<sup>30</sup> Nitekim banka, belirtilen hizmetleri içeren kart hizmeti ile bir riski ve maliyeti üstlenmiş vaziyettedir. Kredi kartının bir ödeme aracı olması haricinde kredi sağlama işlevini de barındırması, üstlenilen riskin hukuki ilişkideki somut görünümü olarak tezahür etmektedir. 5464 sayılı Kanun gereği bankaların kredi kartlarının kullandırılması ve güvenliğinin sağlanması için gerekli tedbirleri almak ve yatırımlar yaparak sistem kurma ve personel görevlendirmekle yükümlü oldukları dikkate alındığında bu ücretlerin hizmetin niteliği gereği olarak değerlendirilmesinin de mümkün olacağı düşünülmektedir. Dolayısıyla taraflar arasındaki edim dengesi dikkate alındığında, bankanın kredi kartı üyelik aidatı adı altında talep etmiş olduğu ücrete ilişkin sözleşme hükmünün haksız şart teşkil ettiğini söylemek güçtür.<sup>31</sup>

Göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus ise, “sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar” olarak ifade edilmiştir. Bu değerlendirme çerçevesinde salt olarak sözleşme içeriğinin dikkate alınması yeterli olmayıp tarafların sözleşmenin kurulması aşamasında içinde buldukları hal ve şartlar ile taraf menfaatleri ve sözleşmenin kurulmasına eşlik eden tüm olguların gözetilmesi gerekmektedir.<sup>32</sup> Keza Yargıtay kararlarında<sup>33</sup> sözleşme serbestisi ilkesine vurgu yapılmak suretiyle çok sayıda banka bulunduğu ve bireyin diğer bankalarla da kredi kartı üyelik sözleşmesi akdedebileceği ifade edilmiştir. Kredi kartı kullanımının sosyal yaşantı açısından bir zorunluluk teşkil et-

<sup>30</sup> M. İlhan Ulsan, “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul Aralık 2004, S.1-2, C.3 s.39

<sup>31</sup> 13. HD. 05.04.2011, E.2010/13722, K.2011/5258, www.kazanci.com.tr, e.t.21.04.2015

<sup>32</sup> Ulsan, s.39

<sup>33</sup> 13. HD. 11.04.2012, E.2012/7979, K.2012/9930; 07.02.2011, E.2010/3958, K.2011/1717; 05.04.2010, E.2010/13722, K.2011/5258, www.kazanci.com.tr, e.t.21.04.2015



mediği gerçeği tarafın söz konusu sözleşmeyi akdetmesinde herhangi bir zorlayıcı neden olmadığını da ortaya çıkarmaktadır.

Son olarak bir sözleşme şartının haksızlığı değerlendirilirken sözleşmede yer alan diğer şartların da dikkate alınması gerekmektedir. Aslında bu inceleme, *“mal veya hizmetin niteliği”* başlığı altında, sözleşmede yer alan şartların tarafların hukuk alanına ne şekilde etki edeceğine yönelik olarak yapılan inceleme ile paralellik teşkil etmektedir.<sup>34</sup> Bu minvalde, Yönetmeliğin 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan, *“Şartların haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmak koşuluyla, gerek sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki, gerekse mal veya hizmetin gerçek değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.”* hükmü dikkate alınarak taraflar arasındaki menfaat dengesi irdelenmelidir. Dolayısıyla, kredi kartı üyelik aidatı alınmasına ilişkin hükmün, anlaşılabilirlik arz edecek mahiyette sözleşmede yer alması durumunda edimler arasındaki menfaat dengesine ilişkin bir değerlendirme yapılması isabetli olmayacaktır.

Bu bağlamda, Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin ve Mahkemelerin son günlerde çok sayıda şikayete konu olan 'kredi kartı üyelik ücretleri' hakkında; bu ücretlere ilişkin hükümlere önceden hazırlanmış standart sözleşmeler olması sebebiyle sözleşmede tüketici ile müzakere edilmeden tek tarafı olarak yer verildiği ve tüketicilerin bu sözleşmeleri çoğu zaman inceleme fırsatı bulamadan imzaladıkları gerekçesiyle iptal kararı vermesi uygun olmayacaktır.<sup>35</sup> Ancak, tüketicilerin kredi kartı sözleşmelerinde bu ücrete ilişkin hüküm bulunmaması ve sözleşme hükümlerinin kart hamillerince anlaşılmasına olanak sağlanmaması durumunda bu tür ücretlerin iptal edilmesinin karara bağlanması gerektiği düşünülmektedir.

## 6. Kredi Kartı Aidatı Alınmayan Kredi Kartı Çıkarma Zorunluluğunun Değerlendirilmesi

Tüketici hakem heyeti ve yargı kararları doğrultusunda kamuoyunda kredi kartı aidatlarının yüksek ve haksız alınan tutarlar olduğu

<sup>34</sup> Algan, s.298

<sup>35</sup> Nesrin Çevik Şenpolat, “Kredi Kart Ücretleri ve Karşılaşılan Hukuki Sorunlar”, 6. Panel -Banka Hukuku ve Sorunları, Banka ve Finans Hukuku Panel ve Seminer Notları, İstanbul Barosu Yayını, Mart 2009, s.497

kanaati oluşmuş ve bu kanaat kendisini 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da kredi kartı aidatı alınmayacak kredi kartı çıkarma zorunluluğu olarak göstermiştir.

Kanun'un yasalaşması öncesinde Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından bir tasarı hazırlanmıştır. Tasarıya ilişkin olarak kamuoyuna yapılan 18.05.2013 tarihli açıklamada, BDDK'nın Aralık 2012 Raporu'na göre; 2012'de bankaların faiz dışı gelir kalemlerinde yer alan bankacılık hizmet gelirleri ile kredilerden alınan ücret ve komisyonlardan elde ettiği gelirin toplam gelirinin %13,5'ini teşkil ettiği, bankacılık sektörünün faiz dışındaki bu alanlara yönelmiş olmasının başlangıçta sözleşmede öngörülme ve pek çok isim altında sunulan hizmet kalemleri için sonradan tüketiciden talep edilmesini beraberinde getirdiği ve bu konuya ilişkin şikâyetlerin artmasına neden olduğu, bankaların kredi kartı aidat ücreti, hesap işletim ücreti, kredi kartı yenileme ücreti gibi değişik isimler altında tüketicilerden para tahsil ettikleri, diğer taraftan, Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemelerine yapılan şikâyetlerin büyük bir kısmının bankacılık sektöründe yaşanan tüketici uyuşmazlıkları olduğu dikkate alındığında bu alanda yapılacak düzenlemelerin büyük önem arz ettiği, bu sebeple kart çıkaran kuruluşların tüketicilere yıllık üyelik aidatı ve benzeri isim altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunmalarının zorunlu hale getirildiği belirtilmiştir.

Bakanlık tarafından kredi kartı üyelik ücretinin alınıp alınmayacağına ilişkin tartışmalar, kart çıkaran kuruluşların yıllık üyelik aidatı ve benzeri isim altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türünü tüketicilerin kullanımına sunmak zorunda olmaları ile çözüme kavuşturulmuştur. Kart çıkaran kuruluşlara bu kartlara serbest rekabet ortamı içerisinde isterlerse düzenlemede belirtilen ilave hizmetleri de ücretsiz olarak sunabilme imkanı da tanınmıştır.

Görüldüğü üzere 6502 sayılı Kanun'a ilişkin Bakanlıkça yayımlanan açıklamada banka gelirlerinin önemli kısmının komisyon gelirlerinden oluştuğu, ayrıca bankalara ilişkin bu yönde şikâyetlerin çoğaldığı belirtilerek anılan aksaklık doğrudan kartlardan ücret alınmasına bağlanmış ve ücretsiz kart sunma zorunluluğunun bu sorunları çözecek makul bir çözüm olacağı belirtilmiştir.

28.11.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak altı ay sonra yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da,

kredi kartları aidatlarına ilişkin olarak 4 ve 31'inci maddeler düzenlenmiştir. 6502 sayılı Kanun'un "Temel İlkeler" başlıklı 4'üncü maddesinde; bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar tarafından tüketiciye sunulan ürün veya hizmetlerde tüketiciden faiz dışında alınacak her türlü ücret, komisyon ve masraf türleri ile bunlara ilişkin usul ve esasların Bakanlığın görüşü alınarak bu Kanun'un ruhuna uygun olarak ve tüketiciyi koruyacak şekilde BDDK tarafından belirleneceği belirtilmiştir. Kanun'un "Diğer Hususlar" başlıklı 31'inci maddesinde ise kart çıkaran kuruluşların, tüketicilere yıllık üyelik aidatı ve benzeri isim altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunmak zorunda olduğu düzenlenmiştir. 31'inci madde gerekçesinde günümüzde kredi kartlarının tüketicilerin kullandıkları önemli bir ödeme aracı olduğu, piyasada çeşitli özelliklere sahip, tüketicilere değişik imkânlar sağlayan kredi kartlarının bulunduğu, bu tür kredi kartı kullananlardan yıllık üyelik aidatı ve benzeri isim altında ücret alındığı, 5464 sayılı Kanun'un 13/2 ve 24/4 maddelerinde bankaların kredi kartlarından yıllık üyelik ücretleri almalarına imkân tanıdığı fakat uygulamada bankaların düzenledikleri sözleşmelerde yıllık üyelik ücreti tutarını açıkça belirtmedikleri veya ilgili bölümü boş bıraktıkları, bu durumun tüketici mağduriyetlerine sebep olduğu, nitekim tüketici hakem heyetlerine ve tüketici mahkemelerine binlerce tüketicinin başvurduğu, bankaların bu uygulamasına yapılan itirazlar neticesinde konuya ilişkin Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 02.05.2008 tarihli ve E.:2008/4345, K.:2008/6088 sayılı kararında üyelik ücretine ilişkin sözleşme şartının haksız şart olarak değerlendirildiği ve tüketiciden üyelik ücreti alınamayacağına hükmedildiği, buradan hareketle, bankalar tarafından kredi kartı üyelik ücreti veya benzeri isimler altında alınan ücretler konusunda tüketici mağduriyetinin bertaraf edilmesi amacıyla kart çıkaran kuruluşların, tüketicilere yıllık üyelik aidatı ve benzeri isim altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunmalarının zorunlu hale getirildiği ifade edilmiştir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında ücret, komisyon ve masraflara ilişkin olarak 03.10.2014 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan "Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" düzenlenmiştir. Banka ve kredi kartlarına ilişkin esas düzenleme söz konusu Yönetmeliğin 11'inci maddesinde yapılmıştır. Buna göre;

“(1) Kart çıkaran kuruluşlar, yıllık üyelik ücreti ve benzeri ad altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunmak zorundadır. Finansal tüketiciler tarafından yapılan ücretsiz kredi kartı başvurularının kuruluşlarca reddedilmesi halinde, bu başvuruya istinaden yıllık üyelik ücreti olan kredi kartı verilemez. Kart çıkaran kuruluşlar yıllık üyelik ücreti bulunmayan kredi kartı limiti belirlerken, yıllık üyelik ücreti bulunan kredi kartı değerlendirme kriterlerini aynen uygulamakla yükümlüdür. Finansal tüketicilerin yıllık üyelik ücreti bulunan kredi kartını limiti aynı kalmak kaydıyla yıllık üyelik ücreti bulunmayan kredi kartı ile değiştirme taleplerini, kart çıkaran kuruluşlar tarafından yerine getirilmek zorundadır.

(...)

(3) Banka kartları ile sanal kredi kartlarından yıllık üyelik ücreti alınmaz.

(4) Birinci ve ikinci fıkrada yer verilen kartlar dışındaki kredi kartları özelliklerine göre yıllık olarak belirlenen tutar kadar ücretlendirilebilir.

(5) *Kredi kartı yıllık üyelik ücreti, ancak finansal tüketiciyi borçlandırıcı nitelikteki ilk kullanımı müteakip ve yıllık olarak tahakkuk ettirilebilir.*<sup>36</sup>

Komisyon çalışmalarına ve Kanun’un gerekçelerine bakıldığında aidatsız kredi kartı sunulma zorunluluğuna ilişkin Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından yapılan açıklamalardan farklı bir hususa yer verilmediği görülmektedir.

Anayasa’nın 172’nci maddesinde devlete, tüketicileri korucuyu ve aydınlatıcı önlemleri alma, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik etme ödevi yüklenmiştir. Devletin, söz konusu önlemleri alırken sözleşme serbestisi ve serbest ekonominin dinamiklerini dikkate alması gerektiği açıktır.

Ülkemizde serbest piyasa ekonomisi kabul edilmiş olup temelleri 1776 yılında Adam Smith’in ulusların refahını konu alan çalışmasına

<sup>36</sup> Karşıt görüş için bkz. Ömer Teoman: “Kredi kartını çıkaran kurumun sistemin işleyişi ile ilgili harcamalarının bir bölümünü karşılamak amacı ile tahsil ettiği ödentinin kartın fiilen kullanılması ile ilgisi yoktur. Değişik bir söyleyişle, hamil geçmiş dönemde kartını hiç kullanmamış olsa dahi, kendisine gönderilen kartı kabul ettiği takdirde yıllık ödentiyi ödemek zorunluluğundadır.”

dayanmaktadır. Klasik liberal iktisat kuramının temelinde çekim merkezini “doğal fiyatın” oluşturduğu bir piyasanın, kaynakların optimal dağılımını sağlayabileceği görüşü hakimdir. Piyasadaki fiyatın doğal fiyat üzerine çıkması, o mala olan talebin arttığına ve bu alanda yatırım yapılmasına işaret etmekte, piyasa fiyatının doğal fiyatın altına düşmesi ise yatırımların yanlış alanda yapıldığını göstermektedir. Dolayısıyla fiyat, arz ve talebe göre dengesini bulmaktadır. Piyasalara ve piyasanın temelini oluşturan mübadelelere hukuki yollardan müdahale etmek ise, kendi kendine oluşacağı kabul edilen pazar dengesini olumsuz yönde etkilemektedir.<sup>37</sup>

Bununla birlikte sağlıklı piyasa işleyişi ancak arz tarafında çok sayıda ve birbirleriyle rekabet içinde bulunan satıcılar, talep tarafında ise rasyonel ve özerk bireyler bulunması ile mümkündür. Ayrıca tarafların rasyonel ve bilgili olması, piyasalarda giriş çıkış engellerinin ve dışsallıkların bulunmaması, işlem maliyetlerinin düşük olması gibi şartların da birarada gerçekleşmesi gerekir. Söz konusu ideal pazarda pazara giriş serbesttir, pazarda bilgi akışının önünde herhangi bir engel yoktur ve bütün piyasa tarafları bilgilendirilmiştir. Üretici kazanç, tüketici de fayda maksimizasyonu hedefi gütmektedir.

Açıktır ki, tarihsel gelişim, mutlak liberalizmin, piyasaların kendiliğinden sağlayacağı varsayılan ekonomik etkinliği, bunun yanında da sosyal adaleti beraberinde getirmediğini göstermiştir. Dolayısıyla hem sözleşme adaletinin hem de ekonomik etkinliğin sağlanarak refahın artırılması için hukuki müdahaleye ihtiyaç olduğu ve sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan bazı hukuki düzenlemelerin meşru olabileceği anlaşılmıştır. Meşru düzenlemelerin piyasa aksaklığını düzeltmesi için ise piyasa aksaklığının esaslı nitelikte ve hukuki müdahalenin de aksaklığı düzelterek mahiyette olması gerekir.

Ekonomik etkinlik ve sosyal refahın artırılması için müdahale edilmesi gereken hallerden biri ise bilgi sorununun bulunması halidir. Adam Smith’in ortaya attığı ve daha sonra neo-klasik iktisatçıların geliştirdiği tam rekabetçi piyasa modelinin önemli bir varsayımı, bireylerin rasyonel ve aynı zamanda doğru seçimler yapacak şekilde bilgiye sahip olmaları gerektiğidir. Oysa bilgi edinmenin maliyeti düşünüldüğünde, bu çoğu kez bu varsayımın gerçekleşmediği gö-

<sup>37</sup> Atamer/Sanlı, s.21

rülmektedir.<sup>38</sup> Bireyler her zaman rasyonel davranmadığı gibi, bilgi edinmek ve bilgiyi kullanmak maliyetli bir süreçtir. Dolayısıyla gerçek hayatta yapılan seçimler, sıklıkla bilgi sorunundan etkilenir. Bunun beraberinde getirdiği risk ise, yapılan seçimlerin ve sözleşmelerin ekonomik açıdan etkin olmaması ve tüketici bakımından ağır koşullar içermesidir.

Tüketicilerin, bilgi sorununun temelinde yatan durum ise genel işlem koşullarının tüketiciler tarafından özümsememesidir. Tüketicilerin genel işlem koşullarını incelemesi durumunda ne hukuki bilgileri yeterli olacak, ne bunları incelemeye vakitleri olacak, ne de bir avukata danışmaya gidebileceklerdir. Dolayısıyla GİŞ kullanılan sözleşmelerde müşterinin kendisine aktarılan bilgiyi değerlendirerek sağlıklı bir tercihte bulunması söz konusu değildir. Müşterinin sözleşme kurarken GİŞ içeriğini dikkate almamasının piyasaya etkisi ise bu alanda rekabetin işlemleridir.<sup>39</sup> Bankaların kredi kartı sözleşmeleri matbu sözleşmelerdir ve karşı tarafça tartışılması mümkün değildir.<sup>40</sup> Bu kapsamda bankalar, tüketici tarafından anlaşılabilen genel işlem koşulunu sözleşme içine saklayarak talep etmeye çalışacaktır. Bu halde yasa koyucunun bu aksaklıkları düzeltmek üzere düzenleme yapması, ilke olarak sosyal refahı artırabilir. Burada asıl sorun nasıl bir hukuki müdahale yapılması gerektiğidir. Bu açıdan sözleşmelerde mükerrer olarak kullanılan şartlar ve özellikle GİŞ açısından öncelikli yol, bilgiye sahip olan sözleşme tarafı için bilgilendirme yükümlülükleri getirilmesi, sonrasında ise bunların haksız şart oluşturup oluşturmadığının hakim eliyle denetlenmesidir. Bilgi verme yükümlülüğüne aykırı davranılması halinde ise bir yandan bir idari yaptırım uygulanmakta, diğer yandan da yeterli bilgi olmadan sözleşme akdeden tarafa ya sözleşmeyi sonlandırma hakkı verilmekte ya da eksik bilgi verilmesinden kaynaklanan zararın tazminini talep etme imkanı tanınmaktadır.

Bilgi eksikliğinin giderilmesinin bir başka yolu, bilginin taraflarca değil de çeşitli kurumlar eliyle sağlanmasıdır. Bilginin belirli merkezlerde toplanması, bilgi elde etmenin ve aktarmanın maliyetlerini

<sup>38</sup> Atamer/Sanlı, s.24

<sup>39</sup> Atamer, Genel İşlem Şartları, s.37 vd., naklen Atamer/Sanlı, s.34

<sup>40</sup> İbrahim Kaplan, Banka Sözleşmeleri Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 1996, C.I, s.76

önemli ölçüde azaltmaktadır. İlk akla gelen devletin organlarının veya tüketici örgütlerinin bu bilgiyi toplaması ve bedelsiz olarak topluma duyurmasıdır.

Peki bilgi eksikliğinin bulunduğu varsayımı altında, bir başka yöntem olarak Kanun Koyucunun bankaların belirlediği kredi kartı aidatları konusunda yetki kullanması, bunları sınırlaması veya kart aidatı olmayan bir kart çıkarma şartı getirmesinde haklı bir gerekçe bulunmakta mıdır?

Öncelikle fiyatın hukuken kontrol edilmesi son derece risklidir. Fiyat denetimini diğer sözleşme koşullarının denetimine nazaran özel kılan bir nokta vardır: Fiyat, liberal ekonomilerde kaynak tahsisinde sinyal vazifesi görür. Değişen ekonomik unsurlar (arz, talep, ürün kalitesi, sözleşme şartları vs.) fiyatı etkiler ve fiyat bu değişikliklere göre piyasada yeni bir denge noktasının oluşmasını sağlar. Bu parametrenin dışarıdan kontrolünde ise; fiyat, ekonomik unsurlardaki değişikliklere tepki veremez hale gelir. Kontrol edilen fiyat, düzenleyici işlevini yitirerek ekonomik etkinsizlik yaratabilir. Bu açıdan serbest piyasa ekonomisi kurallarının egemen olduğu bir ortamda ilke, fiyatın ve edimler arası dengenin piyasa tarafından saptanması öncelikli olmalıdır. Fiyat kontrolünü yargı organlarının yapacağı ve esasen bu hususun ekonomiyi ilgilendiren yönünün de olduğu göz önüne alındığında, hukuk kuralları ile fiyat denetiminin riski daha açık bir şekilde görülebilir.

Bununla birlikte hukuki müdahalelerin maliyetleri bulunmaktadır. Hukuki müdahale, hukukun sosyal refahı artırması, diğer bir deyişle piyasa aksaklığının yol açtığı refah kaybının, müdahalenin maliyetinden fazla olması halinde anlam taşır. Bu mantıkla hukukun piyasaya müdahalesi her zaman asgari düzeyden başlamalıdır. Sınırlı bir müdahale ile aksaklık giderilebiliyorsa müdahale yeterli görülmemelidir. Piyasa işleyişini kolaylaştıran düzenlemelerin özelliği, sözleşme içeriğine müdahale etmeksizin, piyasanın etkin bir şekilde işlemesi için gerekli alt yapı koşullarını sağlamalarıdır. Kaynaklar üzerinde hakların tahsisi, bunların serbestçe tedavül etmesi için sözleşmesel menfaatlerin güvence altına alınması ve hakların icrasının mümkün kılınması, rekabetçi ortamın teşviki, piyasaya giriş engellerinin azaltılması, dışsallıkları içselleştiren kurumsal yapıların oluşturulması ve taraflar arasındaki bilgi akışının teminini sağlayan ve dolayısıyla



rasyonel kararlar alınmasını teşvik eden hukuki düzenlemeler hep bu türdendir.

İkinci olarak kredi kartı yıllık ücreti edim yükümlülüğünün, yani “fiyat”ın bir parçasıdır. Serbest piyasa ekonomisi işlediği ve bilgi sorununun alınacak diğer önlemlerle çözülebildiği bir ortamda fiyat düzenlemesi yapmaya gerek duyulmamalıdır çünkü kredi kartı yıllık ücreti, gerekli bilgilendirme yapıldığında müşterilerin anlayamayacağı ya da değerleyemeyeceği bir parametre değildir. Müşterilerden beklenen, farklı kredi kartı sunan kurumlar arasında tercih yaparken bu veriyi de dikkate alarak yıllık ücrete göre bir değer yargısı oluşturmalarıdır. Bilgi akışı sağlıklı bir şekilde sağlandığında fiyat bir rekabet parametresi olarak algılanacağı için, bankalar fiyat rekabetine girecektir. Rekabeti bozucu durumlar oluşması halinde ise Rekabet Kurumu’nun görev alanı içerisinde durumun değerlendirilmesi gerekmektedir.

İltihaki sözleşmeler<sup>41</sup> açısından kamu hizmeti ifa etmeyi üstlenmiş olan taraf aynı zamanda sözleşme yapma zorunluluğunu da bünyesinde barındırmaktadır. Günümüzde kartların yaygın bir şekilde kullanıldığından yola çıkarak kart hizmetinin bir kamu hizmeti gibi ifade edilmesi oldukça yanlıştır. Oysaki bankalar ekonomik amaçlar doğrultusunda kurulmuş olan ve kâr sağlama amacı çerçevesinde hizmet veren müesseselerdir. Keza iltihaki sözleşmelerin konusunu insanlar açısından vazgeçilmez nitelikte olan ve zorunluluk teşkil eden yani ihtiyaç düzeyine ulaşmış şeyler oluşturmaktadır. Bu çerçevede kredi kartının ihtiyaç teşkil ettiği yahut vazgeçilmez nitelikte olduğunun kabulü mümkün değildir.<sup>42</sup>

Diğer bir deyişle, serbest piyasa koşullarında faaliyet gösteren bankalar, kâr etmedikleri bir faaliyette bulunmak zorunda bırakılmazlar. Kredi kartı sistemini oluşturan kuruluşun amacı bu faaliyet sonucunda kazanç sağlamaktır. Dolayısıyla kuruluş, ancak uğraşısı kendisi yönünden yararlı olduğu sürece bu organizasyonu üstlenmeye devam edecektir. Kredi kuruluşu bu hizmeti verebilmek için kuş-

<sup>41</sup> 3.HD. 02.06.1998, 4263/6098 sayılı kararında iltihaki sözleşmeleri şu şekilde tanımlamıştır: “Bir kamu hizmeti ifa edip hukuken veya eylemlerle olarak (fiilen) tekel durumu arz eden ve halkın bağlanması gereken (nakliye müesseseleri, elektrik, havagazi ya da PTT, su işletmeleri gibi) teşebbüslere ait formüle edilmiş sözleşmelerdir.”, www.kazanci.com.tr, e.t.:29.04.2015

<sup>42</sup> Algan, s.293

kusuz bir donanım kurmak, reklam gibi giderler yapmak, hesap döküm masrafı gibi masraflarda bulunmak zorundadır. İşte kredi kartı kuruluşu bu gibi harcamalarını karşılayabilmek amacı ile bir yandan kart hamillerinden yıllık ödentiler toplar, öte yandan da kendilerine harcama belgeleri karşılığında ödeme yaptığı üye işyerlerinden belirli bir komisyon alır. Kuruluşun harcamaları ile ödenti ve komisyonlar olarak aldığı tutarlar arasındaki olumlu fark onun kârını oluşturur. Kredi kuruluşunun ödemesini gecikmeli olarak yapan müşterilerden asgari ödeme tutarına göre alacağı akdi veya temerrüt faizi de gelirleri arasında yer almakla birlikte kredi kuruluşları kredi kartı hamillerinin ödemelerini zamanında yapacağı öngörüsüyle kart tesis etmektedir. Ayrıca bankalar kârlarını kredi işlemlerinde faizler, kredi işlemleri dışındaki hizmetlerinde ise ücret ve komisyonları üzerinden elde ederler. Dolayısıyla ücret ve komisyonlar da bankaların faaliyetlerinin doğal bir sonucudur. Bankaların kârlarını büyük oranda asıl işleri olan bankacılık faaliyetlerinden değil, kredi kartı aidatı, işlem ücreti, hava- le ücreti gibi bankacılık faaliyeti dışındaki işlerden elde ettikleri veya müşteri talebi üzerine ücretleri iade ettiklerini ifade ederek alınan ücretlerin doğrudan haksız ve fahiş olduğunu iddia etmek hukuki bir yaklaşım olmaktan uzaktır.

Karşılıklı edim yükleyen kredi kartı sözleşmesi, sözleşme serbestisi kapsamında tarafların isteği doğrultusunda imzalanır. Diğer bir deyişle, hiçbir kimse kredi kartı hamili olmaya, dolayısıyla kartı çıkaran kuruma aidat vermeye zorlanamaz.<sup>43</sup> Kredi kartının sağladığı olanakları kullanmayı kabul eden hamilin bunun karşısında belirli bir bedelinin ödenmesi gerektiğini gözden uzak tutmaması gerekir. En özelliksiz kartın alışverişlerde kullanılması halinde bile, peşin para yerine kart kullanmak alınan malın bedelini son ödeme tarihine kadar (maksimum 30 gün) ötelemektedir ki bu hiç de azımsanmayacak bir olanaktır. Söz konusu tutarın 30 günlük faiz tutarının kredi kartı çıkaran kuruluş bakımından katlanılan bir maliyet olduğu açıktır. Keza, bazı bankalar kartını aylık olarak belli bir limitin üzerinde kullanan hamillerden kart aidatı almamaktadır. Çünkü kart belirli bir tutarın üzerinde kullanıldığında üye işyerlerinden alınan komisyonlar maliyetleri kompanse edebilmektedir.

<sup>43</sup> Teoman, s.42

Banka kartının hamile sağladığı borç vadesini öteleme, nakit para taşımama, güvenlik, ATM'lerden paraya erişim olanağı, mil ve puan kazanma, anlaşmalı kuruluşlardan indirimli faydalanma, çekle ödemenin kısıtlarından kurtulma gibi avantajlarının yanında bankaların bir tacir olmaları nedeniyle vermiş oldukları hizmet karşılığında bir bedel almalarının ticari hayatın doğası gereği olduğunu tekrar ifade etmek doğru olacaktır.

Bankaların söz konusu hizmetler için katlandığı maliyetler yanında kart hiç kullanılmasa dahi, o kart için belli bir limit tutulmak zorunluluğu bulunmaktadır. Bu limitin de banka açısından bir maliyeti bulunmaktadır. Banka, kullanılan kısım için nakdi kredi olarak sermaye ayırırken, kullanılmayan kısım için gayrinakdi kredi olarak sermaye karşılığı ayırmakta ve böylece BDDK tarafından öngörülen sermaye yeterliliği standart rasyosunu sağlamak zorundadır.

Ayrıca banka için kredi kartına ayrılan fonun fırsat maliyeti bulunmaktadır. Banka söz konusu fonu, başka şekilde değerlendirerek kazanç elde edebilecekken daha düşük bir komisyon geliri tahsil etmek ve çapraz satış olanaklarından faydalanmak için hamili bankaya çekmek amacıyla kart pazarlama yöntemini seçebilmektedir.

Diğer ülke uygulamalarına bakıldığında ise ne Amerika Birleşik Devletlerinde ne de Avrupa Birliği ülkelerinde kredi kartı ücretlerine bir sınır getirildiği ve bunların GİŞ içinde yer alması halinde dahi denetlenmesinin söz konusu olmadığı görülmüştür. Aksine, ABD Merkez Bankası web sitesinde özellikle bütün kredi kartlarına ilişkin olarak karşılaştırmalı bir tablo sunmakta ve bu şekilde bireylere kendileri için en elverişli olan kartı seçme imkanı yaratmaktadır.<sup>44</sup> Fiyatlar 0 USD'den başlayarak çeşitlilik göstermektedir. Aynı türden mukayeseli veriler Avrupa'da da bulunmakta ve müşteri kategorilerine göre fiyatların ayrıştırıldığı görülmektedir. Pazarlık ve rekabet, bu pazarlarda müşteriler lehine gerekli dengeyi sağlamak ve yıllık ücretler kendiliğinden, rekabet baskısı ile inmektedir.

Öte yandan kredi kartlarının ücretsiz sunulmasının ya da fiyatını düşürmenin hukuk politikası açısından dikkate alınması gereken mahzurları vardır. Her bir kredi kartı ile müşteri daha fazla borçlan-

<sup>44</sup> ABD, Kanada ve Bazı Avrupa Ülkelerinde Bankacılık Hizmet ve İşlem Ücretleri, TBMM Raporu, Aralık 2012

ma imkanı kazanmakta, ödeyemeyeceği harcamalar yapma olasılığı artmakta ve sonuçta borç sarmalının içinden çıkamamaktadır. Kredi kartının sağladığı bu kolaylık, özellikle hesabını iyi bilmeyen kişiler yönünden harcama eğiliminin artmasına, esasen alışverişi seven bir kart hamilinin nasıl olsa sonra öderim düşüncesi ile gereksiz bazı masraflar yapmasına ya da ihtiyacını duyduğu bir malın en kaliteli-sini, dolayısı ile en pahalısını satın almasına neden olacaktır.<sup>45</sup> Unutulmaması gereken bir nokta, kredi kartları, faiz oranlarının, tüketici kredisi faiz oranlarına nazaran her zaman daha fazla olduğudur. Dolayısıyla kredi kartı kullanımının ücretsiz kart çıkarılarak körüklenmemesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, devletin görevi, düzenleyici önlemlerle serbest ekonomi dinamiklerinden olan sözleşme serbestisi ve hizmet karşılığı ücret alma hakkını engellemek değil, tüketicilerin bilgi edinmesini sağlayarak sağlıklı rekabet ortamını sağlamak ve tüketicinin en doğru kararı vermesini destekleyici önlemler almaktır. Dolayısıyla yıllık ücretlerin yüksek olduğu gerekçesiyle devlet eliyle düşürülmesi veya kartların ücretsiz olarak sağlanmasının öngörülmesi, edimler arasındaki dengeyi bozması açısından yanlış bir adım olacaktır. 6502 sayılı Kanun'la getirilen düzenleme ise kanımca hasta bir organı uygun ilaçları kullanarak iyileştirmek yerine tamamen almak suretiyle çözüm bulmakla aynı mahiyettedir.

## 7. Sonuç

Piyasa ekonomisinin geçerli olduğu ülkemizde ilke sözleşme özgürlüğüdür. Kural olarak taraflar sözleşmenin bütün unsurlarını ve tabii ki fiyatı özgürce belirleyebilirler. Sözleşme özgürlüğü sayesinde arz tarafındaki çok sayıda ve rekabet içinde bulunan işletme ile talep tarafındaki bilinçli ve özerk birey bir araya gelerek en ideal koşulları içeren sözleşmeleri kurabilmektedir. Böylesi bir piyasada refah maksimize edilerek toplum açısından en iyi sonuç alınır. Fiyat denetimi ise piyasanın gereği gibi işlemesi için ön koşulların sağlanması ile zaten kendiliğinden gerçekleşir. Ancak liberal ekonomi tarafından öngörülen "rekabet ve bilgilendirilmiş müşteriler" koşulları her zaman sağlanmamaktadır. Bunlardan birinin eksik olması halinde

<sup>45</sup> Teoman, s.40

ekonomik etkinliği sağlamayan sözleşmelerin kurulması tehlikesi mevcuttur.

Günümüzde, ülkemizde tüketicinin yeterince bilgilendirilmediğinden bahisle bilgi sorununun bulunduğu ve bankaların bunu istismar ederek kredi kartlarından haksız ve yüksek tutarda meblağlar tahsil ettiği kanaati oluşmuştur. Bununla birlikte sözleşme serbestisi kapsamında ticari hayatın ve sunulan hizmetin bir gereği olarak ücret alınması bir haktır. Piyasalara ancak bir piyasa aksaklığı olduğunda müdahale edilmesi gerektiği ve fiyat kontrolünün sadece istisnai hallerde yapılabileceğine dair hukuk ve iktisat öğretisindeki<sup>46</sup> düşünce doğrultusunda kredi kartı aidatlarına müdahale yapılmaması doğru olacaktır. Bilgi sorunu olması durumunda ise bu sorunun asgari müdahale ile giderilmesi, fiyatlara müdahalenin söz konusu önlemlerin de yetersiz kalması durumunda tercih edilmesi gerekmektedir.

Tüketiciler açısından hukuk sistemimize yeni giren kavramlar olan genel işlem koşulları ve haksız şartlar, tüketici hakem heyetleri ve mahkemeler tarafından olaylar bazında dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte Kanun koyucu, bu kavramların sistem tarafından özümsemesini beklemeksizin tüketici şikâyetlerin artması ve banka gelirlerinin önemli kısmının komisyon gelirlerinden sağlanması yönünde hukuki temeli olmayan gerekçeler ile bankaları aidat alınmayan bir kart çıkartmak zorunda bırakmıştır.

Kredi kartının hem operasyonel hem sermayesel maliyetleri gözönüne alındığında bankaların en az 30 gün vade ötelemesi yapan kredi kartlarını aidatsız olarak kullandırması bir zorunluluk olarak öngörülmemelidir.

Bu kapsamda Kanun Koyucunun öncelikle ilgili kamu spotları ve duyurular ile tüketiciyi bilgilendirmesi, bankaların genel işlem şartlarını tüketicinin anlayacağı şekilde ayrı bir sözleşmede düzenlemesi gibi zorlayıcı tedbirler alması, ayrıca ağırlaştırılmış idari yaptırımları ile sistemin işleyişini sağlaması gerekirken, ilaçlanmayı bekleyen bir bitkiyi kökünden kesmek misali bir düzenlemeye gidildiği düşünülmektedir.

<sup>46</sup> Hukuk ve iktisat öğretisi hakkında kapsamlı bilgi için bkz. Kerem Cem Sanlı, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, İstanbul 2007, s.9-92

### Kaynakça

- ABD, Kanada ve Bazı Avrupa Ülkelerinde Bankacılık Hizmet ve İşlem Ücretleri, TBMM Raporu, Aralık 2012
- Akipek Şebnem, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.3, s.103-119
- Akipek Şebnem, *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999
- Algan Doğukan, "Kredi Kartı Üyelik Aidatı Hakkında Bir Yüksek Yargı Kararı İncelemesi", *TBB Dergisi*, İstanbul 2015, S.117, s.286-306
- Atamer Yeşim, Sanlı Kerem Cem, "Kredi Kartı Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, İstanbul 2010, C. XXVI, S.4, s.17-60
- Çeker Mustafa, "Özel Hukuk Açısından Kredi Kartı Uygulaması", *BATİDER*, Haziran 1992, C. XVI-S.3
- Çeker Mustafa, *Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı*, Ankara 1997
- Haznedar Murat, "Kredi Kartı Ücreti", *Banka ve Finans Hukuk Dergisi*, İstanbul 2012, C.I, S.I
- İşgüzar Hasan, *Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri*, Yetkin Kitabevi, Ankara 2003
- Kaplan İbrahim, *Banka Sözleşmeleri Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 1996, C.I
- Kuntalp Erden, "Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, S.XIII, Nisan 1996
- Sanlı Kerem Cem, *Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi*, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007
- Sirmen Lale, "Banka Kredi Kartı Hamillerinden Yıllık Kart Ücreti Alınmasına İlişkin Sözleşme Hükmünün Yargısal Denetimi", *BATİDER*, Aralık 2009, C. XXV-S.4, s.49
- Şenpolat Nesrin Çevik, "Kredi Kart Ücretleri ve Karşılaşılan Hukuki Sorunlar", 6. Panel -Banka Hukuku ve Sorunları, Banka ve Finans Hukuku Panel ve Seminer Notları, İstanbul Barosu Yayını, Mart 2009, s.495-503
- Teoman Ömer, *Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması*, Beta Yayınevi, İstanbul 1996
- Ulusan M. İlhan, "Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2004, S.1-2, C.3
- Yetim Sedat, *Kredi Kartları ve Tüketici Kredileri*, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 1997
- [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)
- [www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr)
- [www.tukcev.org.tr](http://www.tukcev.org.tr)

# KOMİSYON VE GENEL KURUL TUTANAKLARINA YANSIYAN MECLİS İRADESİ İŞİĞINDA İŞ SÖZLEŞMESİNDEKİ DEĞİŞİKLİK KAYDININ GEÇERLİLİĞİ SORUNU

THE PROBLEM OF VALIDITY OF AMENDMENT CLAUSE IN LABOR  
CONTRACT IN THE LIGHT OF PARLIAMENT WILL REFLECTED  
ON COMMISSION AND GENERAL ASSEMBLY MINUTES

M. İhsan SEÇKİN\*

**Özet:** İş Kanunu'nun 22. maddesi, çalışma koşullarında esaslı değişiklik gerektiğinde uyulması gereken usulü düzenlemektedir. Bu maddeye göre işveren, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmak için işçinin yazılı iznini almak zorundadır. Sözleşmenin kuruluş aşamasında işverene tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisi tanıyan sözleşme kayıtlarının bu kurala bir istisna teşkil edip etmeyeceği İş Hukuku Öğretisinde tartışmalıdır. Çalışmamızda sözleşme kayıtlarının geçerliliği Komisyon'a sunulan önergeler ve Genel Kurul görüşme tutanakları çerçevesinde değerlendirilmiştir.

**Anahtar Sözcükler:** Çalışma Koşulları, Esaslı Değişiklik, Çalışma Koşullarında Değişiklik, Değişiklik Kaydı, Meclis İradesi

**Abstract:** Article 22 of the Labor Code provides a procedure that should be complied when a fundamental change in working conditions is necessary. According to this article, employer has to obtain written permission of the employee for making a fundamental change in working conditions. Labor Law Doctrine discusses whether the clauses of the contract that grant the employer the authorization of making unilateral amendments during the establishment process of the contract will be an exception to the rule. The validity of contract clauses has been evaluated in consideration of the motions submitted to the Commission and minutes of the General Assembly discussions in this study.

**Keywords:** Working Conditions, Fundamental Novelties, Change in Working Conditions, Amendment Clause, Parliament Will

\* Avukat, Çalışma Ekonomisi Bilim Uzmanı



## Giriş

İşveren, İş Kanunu'nun 22. maddesindeki usulü izleyerek ve işçinin rızasını alarak çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapabilir. Ancak işverene, çalışma koşullarında tek taraflı esaslı değişiklik yapma hakkının iş ilişkisinin kurulması aşamasında sözleşmeye konulan bir maddeyle önceden tanınıp tanınmayacağı sorunu tartışmalıdır. 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, İş K. Md. 16/II-e bendi gereğince iş sözleşmesindeki değişiklik kaydına geçerlilik tanınıyor; işveren, bu kayda dayanarak, işçinin rızasını almadan çalışma koşullarını değiştirebiliyordu. 4857 sayılı İş Kanunu'nun yasalaşma sürecinde ise Kanun Tasarısı'nda yer alan değişikliği saklı tutma kaydının geçerli olacağına yönelik düzenleme Komisyon'a sunulan bir önerge doğrultusunda kaldırılmış, bu durum Doktrinde tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

Makalemizde öncelikle çalışma koşulları, çalışma koşullarında esaslı ve esaslı olmayan değişiklikler, işverenin yönetim hakkı ve iş sözleşmesindeki değişiklik kayıtlarının genişletilmiş yönetim hakkı ile ilişkisi incelenmiştir. Ayrıca Doktrinde daha önce inceleme konusu yapılmayan dönemin Komisyon ve Genel Kurul tutanaklarındaki görüşme metinleri ve önergelere yer verilerek kanun koyucunun gerçek iradesinin saptanmasına çalışılmış; 4857 sayılı İş Kanunu'nun, iş sözleşmesindeki değişikliği saklı tutma kaydının geçerliliğine etkisi Doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları ışığında değerlendirilmiştir.

## 1. Çalışma Koşulları Kavramı ve Hukuki Kaynakları

Çalışma koşulları, iş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan tüm hak ve borçları<sup>1</sup> ifade eder. İş sözleşme-

<sup>1</sup> Savaş Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, Meter Matbaası, İstanbul 1981, s.12-14; Murat Şen, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Mayıs 2005, s.253; Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara 2014, s.399; Aydın Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2008, s.21; Hakan Keser, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara Ocak 2012, s.341; Aynı tanım Yargıtay tarafından da benimsenmektedir. Yarg. 9. HD., 18.1.2012, E.2009/37886 K. 2012/812; Aynı kararın incelemesi için Bkz. Levent Akın, "İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı", Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, C.27, S.2, Mart 2013; Aynı doğrultuda: Yarg. 22. HD., 12.5.2014, E. 2013/11042 K. 2014/12367; Yarg. 9. HD., 13.6.2013, E. 2013/2572, K. 2013/18239

sinin kurulmasına, içeriğine ve sona ermesine ilişkin tüm koşullar<sup>2</sup>, bu kapsamda ücret, ücret ekleri, sosyal ve ekonomik haklar, iş sağlığı ve güvenliği kuralları, işin ne zaman ve nerede görüleceği, çalışma süreleri, çalışma mekânı gibi iş sözleşmesinin asli ve tali unsurları bir işyerinde çalışma koşullarını oluşturmaktadır.<sup>3</sup> Dolayısıyla çalışma koşulları, hem işverenin hem de işçinin tabi oldukları hak ve yükümlülükleri saptar. İş sözleşmesinde yokluğu halinde sözleşmenin kurulmasının söz konusu olmayacağı şartlar esaslı unsur niteliğini taşıırken, doğrudan doğruya işin ifası ile ilgili olmamakla beraber, iş ilişkisinden dolayı tabi olunan kurallar, esaslı olmayan unsurları içerir.<sup>4</sup> Çalışma koşullarının hukuki temellerini oluşturan kaynaklar ise hiyerarşik bir yapı içerisinde, üst sıradan alta doğru sıralanmaktadır. Gerçekten Anayasa, kanun hükümleri, iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin eki ve tamamlayıcısı niteliğindeki işyeri iç yönetmeliği, işyeri uygulamaları ve işverenin yönetim hakkı bir bütün olarak işçinin çalışma koşullarının hukuki alt yapısını oluştururlar. Taraflarca düzenlenen sözleşme, işveren tarafından hazırlanan işyeri iç yönetmeliği, işyeri uygulamaları ve işverenin yönetim yetkisi çerçevesinde belirlenen çalışma koşulları, hiyerarşik piramidin en üst kademesinde yer alan anayasa ve kanun hükümlerine aykırı olamaz. Yasada mutlak emredici herhangi bir hüküm bulunmaması şartıyla, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında çatışma olması durumunda ise işçinin yararına olan düzenleme ya da uygulamanın çalışma koşulunu oluşturduğu varsayılır.<sup>5</sup> Belirtelim ki, İş Hukuku'na özgü

<sup>2</sup> Münir Ekonomi, "Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C.4, S.2, Ankara 1997, s.159

<sup>3</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.11.2009 tarih, 2009/9-146, K. 2009/974 sayılı ilamında çalışma koşulları şöyle ifade edilmektedir: "İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır. İşçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödenmek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dahil edilmesi de çalışma koşulları kavramına dahildir. Aynı içerikte Yarg. 9. HD., 27.10.2008., E.2008/ 29715 K. 2008/ 28944; Yarg. 9. HD., 18.1.2012, E.2009/37886, K.2012/812; Yarg. 9. HD., 14.5.2014, E. 2012/10473, K. 2014/15633

<sup>4</sup> Binnur Tulukcu, "Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik", *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, Beta Basım Yayın, İstanbul 2011, s. 1102

<sup>5</sup> Keser, Geçerli Sebep, s.341; YHGK, 19.11.2014, E.2014/9-1567, K.2014/936; Yarg. 9. HD., 14.5.2014, E.2012/10473 K. 2014/15663; Yarg. 22. HD., 18.3.2014, E.2014/153 K. 2014/6458; Yarg. 9. HD., 18.1.2012, E.2009/37886 K. 2012/812

yararlılık ilkesi, çalışma koşullarında değişiklik halinde uygulanacak hiyerarşik ilişki açısından da belirleyicidir.

İş sözleşmelerinin genel olarak belirsiz süreli olarak düzenlenmesinin ve sözleşme ilişkisinin sürekliliğinin bir sonucu olarak çalışma hayatında meydana gelen değişiklikler ve değişen ihtiyaçlar, zamanla sözleşme koşullarının değiştirilmesini de gündeme getirebilir. Çalışma konumuzun esasını oluşturan çalışma koşullarının değişikliğine ilişkin sözleşmesel kayıtların geçerliliği sorunu öncelikle çalışma koşullarında değişiklik kavramının analizini gerekli kılmaktadır.

## 2. Çalışma Koşullarında Değişiklik

### 1.1 Genel Olarak

İş sözleşmelerinin süreklilik arz eden dinamik yapısı ve özellikle iş ilişkisinin uzun bir zaman dilimini kapsamaması çalışma koşullarının zamanla değişimine yol açmakta, **çalışma ilişkisinin yürütüldüğü iş yerinde yeni olgular ya da ihtiyaçların** doğması kaçınılmaz bir gerçeklik taşımaktadır. Örneğin iş yerinin başka bir yere nakli ya da teknolojik gelişmelerin bir sonucu olarak işyerinde yeni organizasyon ve tekniklerin uygulanması gibi değişiklikler iş sözleşmesinin devamı sırasında meydana gelebilir. Sözleşmenin değişimini zorunlu kılan bu durumlarda uygulanacak yöntem ne olacaktır? İş K'nun 22. maddesi bu soruyu yanıtlamaktadır. Gerçekten sözleşmede yapılacak değişikliklere ilişkin normatif düzenleme, çalışma koşullarındaki değişikliğin yasal dayanağını teşkil eden İş K'nun 22. maddesinde yer almıştır. 22. madde emredici nitelikte olup, çalışma koşullarının işveren tarafından değiştirilmesi konusunu özel olarak açık ve kesin bir şekilde belirleyen<sup>6</sup>, spesifik<sup>7</sup> bir düzenlemedir. Bu madde, işverenin çalışma koşullarında hangi yöntemle değişiklik yapabileceği ve işçinin bunu kabul etmemesi halinde iş sözleşmesini nasıl feshedeceğini düzenlemektedir.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Binnur Tulukcu, "Çalışma Şartlarında Esaslı Değişikliğe İlişkin Usule Uyulmaması Halinde İşveren Tarafından Yapılan Feshin Haksız Olduğuna Dair Yargıtay Kararı İncelemesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, S.2, 2008, s.294; Aynı Yazar, "Esaslı Değişiklik", s.1109

<sup>7</sup> Hakan Keser, "4857 Sayılı İş Kanunu Yürürlüğe Girmeden Önceki Dönemde İşverence Tek Taraflı Olarak İkramiye Uygulamasına Son Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının İncelenmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.7, S.27, Eylül 2012, s.85

<sup>8</sup> Ali Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", *İş Güven-*

İş K.'nın "Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi" başlıklı 22. maddesine göre;

*"İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka geçerli bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir.*

Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz."

Görüldüğü üzere, İş K.'nın 22. maddesi, çalışma koşullarında değişimi öngörmekte, tarafların aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilecekleri esasını benimsemektedir. Ancak Kanun, esaslı değişiklik kapsamına giren konularda işverenin değişiklik yapmasında sıkı şartlara bağlı, belirli bir prosedürün takip edilmesini zorunlu tutmaktadır. Bu hükme göre, çalışma koşullarında esaslı değişiklik halinde işçinin yazılı rızasının alınması zorunludur ve bu zorunluluk, çalışma koşullarında yapılacak değişiklik açısından bir geçerlilik koşuludur. Bu bağlamda çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik, ancak işçiye yazılı olarak bildirilmek<sup>9</sup> ve işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmek kaydıyla geçerli sonuç doğurabilir. İşveren tarafından yazılı halde sunulan değişiklik teklifinin işçi

cesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, Mayıs 2004, s.121

<sup>9</sup> Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen ve İşçilerin Temel Sosyal Hakları Şartı'nın 9. bendinden hareketle çıkarılan 14 Ekim 1991 tarih ve 91/533 sayılı, AB Yönergesi'ne göre de esaslı unsurlarda değişiklik yapılması yazılı bir belge ile mümkün olabileceği; işveren, iş ilişkisinin esaslı unsurlarındaki bu değişikliği işçiye, yazılı olarak en kısa sürede ve her durumda en geç değişikliğin gerçekleşeceği andan itibaren bir ay içinde yazılı olarak bildirmesi gerekecektir. Ali Güzel, Deniz Ugan ve Emre Ertan, "Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri Bilgilendirme Yükümlülüğü" Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı, İzmir 2007, s.50

tarafından altı işgünü içerisinde yazılı olarak kabul edilmemesi durumunda değişiklik hükümsüzdür. İşçinin sözlü beyanı ya da yazılı olarak yanıt vermeyerek sessiz kalması değişikliğin geçersizliği sonucunu doğurur. O halde değişiklik, iki tarafın karşılıklı rızası ile yazılı olarak gerçekleştirildiği takdirde hüküm kazanır. Sözleşme hukuku açısından sözleşmenin icap ve kabul ile doğmasının bir gereği olarak sözleşmede yapılacak bir değişimin iki tarafın rızasına bağlı olması eşyanın tabiatına uygun bir sonuçtur. Borçlar Hukuku'nun "ahde vefa" ve "sözleşme koşullarının ancak tarafların ortak iradesi ile değiştirilebilmesi" ilkeleri de bunu gerektirir. İşçinin rızası alınmadan yapılan değişiklik ise hukuken sözleşmede değişiklik değil, sözleşmenin ihlali anlamını taşır.<sup>10</sup> Zira işverenin tek taraflı olarak iş sözleşmesine müdahale etme hakkı yoktur.

Çalışma koşullarında tüm değişiklikler İş K'nın 22. maddesi kapsamında değerlendirilemez. Zira hükmün esaslı değişikliğe yönelik açık ifadesinin mefhum-u muhalifinden işverenin esaslı olmayan değişiklikleri maddedeki usule uymadan yapabileceği sonucu çıkmaktadır. Bu açıdan çalışmamızda esaslı olan ve olmayan çalışma koşulları ve bu koşullarda yapılacak değişiklikler karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

## 2.2 Çalışma Koşullarında Esaslı Olan ve Olmayan Değişiklikler

İş Kanunu'nda çalışma koşullarında esaslı olan ve olmayan değişiklik kavramlarının tanımı yapılmamış; ayırım ve sınırları belirlenmemiştir. Ancak doktrin görüşlerinin ve Yargıtay uygulamasının bu konuda zengin bir içeriğe sahip olduğu söylenebilir. Hemen belirtelim ki, doktrinde esaslı ve esaslı olmayan değişiklik ile işverenin yönetim hakkı arasında doğrudan bir ilgi kurulmakta; esaslı değişikliğin unsurları arasında, yapılan değişikliğin işverenin yönetim hakkı kapsamında olmaması bir koşul olarak değerlendirilmektedir.<sup>11</sup> Yargıtay'a göre de işverenin yönetim hakkı kapsamında kalan değişiklikler çalış-

<sup>10</sup> Murat Engin, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, S.1-2, 2003, s.315

<sup>11</sup> Şen, s.112; Kübra Doğan Yenisey, "Çalışma Koşullarında Değişiklik", III. Yılında İş Yasası Semineri, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, Bodrum 21-25 Eylül 2005, s.112

ma koşullarının esaslı değişikliği olarak nitelendirilemez.<sup>12</sup> Bu konuda yaşanan tartışmaların ayrıntılarına girmemekle birlikte, belirtelim ki, çalışma ilişkilerini düzenleyen hukuki kaynaklar içerisinde en son sırada yer alan yönetim hakkı<sup>13</sup>, işverene, tek taraflı olarak, işçinin rızasına bağlı olmaksızın esaslı değişiklik yapma hakkı vermez.<sup>14</sup> İşveren, yönetim hakkının sınırları içerisinde işçinin iş görme ediminin yerine getirilmesinin kapsamını, zamanını ve hizmetin niteliğini biçimlendirir. Başka bir deyişle iş görme edimini somutlaştırır. Ancak hukukumuzda *çalışma koşullarının işveren tarafından yönetim hakkı çerçevesinde tek taraflı olarak değiştirilmesi, esaslı olmayan değişikliklerle sınırlandırılmıştır*.<sup>15</sup> Dolayısıyla işveren, yönetim hakkı içerisinde işçinin çalışacağı koşulları, ancak önceki durumunu esaslı bir biçimde değiştirmemek ya da çalışma şartlarını ağırlaştırmamak koşuluyla belirlemek ve düzenlemek yetkisine sahiptir.<sup>16</sup> Bir başka anlatımla işveren, yönetim yetkisi kapsamında kalan ve esaslı olmayan *çalışma koşullarını işçinin rızası olmaksızın değiştirebilir*.<sup>17</sup> Zira esaslı olmayan mahiyetteki değişiklikler, İş K.'nın 22. maddesinin uygulama alanına girmediğinden<sup>18</sup>, geçerlilikleri işçinin kabulü şartına bağlı değildir. Esaslı değişiklikler ise, İş K.'nın 22. maddesinin öngördüğü usule göre ancak işçinin onayı ile geçerli olurlar.

<sup>12</sup> YHGK, 19.11.2014, E.2014/9-1567, K.2014/936; YHGK, 4.11.2009, E.2009/9-416, K.2009/474; Yarg. 9 HD, 6.6.2013, E.2012/39353, K.2013/17395; Yarg. 9 HD, 6.6.2013, E.2012/39730, K.2013/17405

<sup>13</sup> Başbuğ, s.27

<sup>14</sup> Öner Eyrenci, "4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S.1, Ocak-Şubat-Mart 2004, s.38

<sup>15</sup> Şen, 115

<sup>16</sup> M.Fatih Uşan, "4857 sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi", *Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, Özel Sayı 2007, s.218

<sup>17</sup> Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 1*, Beta Basım Yayın, 4. Baskı, İstanbul Kasım 2012, s.473; Aynı yazar, "İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı mıdır?" *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.1, S.3, Eylül 2006, s.11; Sarper Süzek, "Değişiklik Feshi", *TİSK Akademi Dergisi*, C.1, S.1, Mart 2006, s.10; Murat Demircioğlu, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", *Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2011, s.125; Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", *Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi*, C. 18, S.5, Eylül 2004, s.56; Şen, s.26, 71

<sup>18</sup> Sarper Süzek, *İş Hukuku*, Beta Basım Yayın, 9. Baskı, İstanbul 2013, s.673; Aynı yazar, "Değişiklik Feshi", s.10; Şükran Ertürk, "Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15, Özel Sayı, 2013, s.109; Başbuğ, s.47,s.61



Doktrinde esaslı değişiklik, yönetim hakkınca kapsanan sınırı aşan, iş ilişkisindeki denge ve düzen unsuruna müdahale niteliğindeki değişiklikler<sup>19</sup> olarak tanımlanmaktadır. Buna göre işçinin sözleşmeye devam etmesini çekilmez derecede ağırlaştırır ve işçinin aleyhine sonuç doğuran her türlü değişiklik "esaslı değişiklik" olarak kabul edilmekte<sup>20</sup>, özellikle geniş anlamıyla ücretin azaltılması veya işin yapılmasına ilişkin koşulların ağırlaştırılması esaslı değişiklik olarak değerlendirilmektedir<sup>21</sup>. Ücret ve ekleri üzerinde ya da işin niteliğinde azalma sonucunu doğuracak ve işçinin sosyal statüsünü azaltacak yönde ekonomik ve sosyal haklarda işçi aleyhine yapılan değişiklikler, işçi açısından makul olmayan işyeri değişiklikleri, işçinin çalışma koşullarını ağırlaştıracak düzeyde çalışma süreleri değişiklikleri, tam süreli iş ilişkisinden kısmi süreli iş ilişkisine geçiş, ücretsiz izin uygulaması, kısa çalışma<sup>22</sup> uygulamada karşılaşılan esaslı değişikliklere örnek gösterilebilir. Ancak işçinin durumunu ağırlaştırdığı düşünülen bir değişikliğin somut olayda işçiye sağlanan bazı karşılıklar ve iktisadi değerler ile dengelenmesi durumunda esaslı değişiklik söz konusu olmaz<sup>23</sup>. Bu bağlamda işyerinde servis uygulamasının kaldırılması halinde işçiye ulaşım ücretinin ödenmesi durumu, esaslı değişiklik olarak değerlendirilmez.<sup>24</sup>

Esaslı değişiklik kavramı bakımından Yargıtay'ın kararları dikate alındığında da ölçüt olarak "işçinin durumunu ağırlaştırması"<sup>25</sup>,

<sup>19</sup> Gülsevil Alpagut, "İş Kanunu'nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı-Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S.9, 2006, s.55; Aynı yazar, "Esaslı Şartlarda Değişiklik", s.56; Bekir Uzun, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.1, S.3, Haziran 2006, s.53

<sup>20</sup> Müjdat Şakar, *İş Kanunu Yorumu*, 6. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, İstanbul 2011, s.423; Şen, s.109

<sup>21</sup> Yarg. 9 HD, 11.7.2011, E.2009/19275, K.2011/23293; Yarg. 22 HD, 12.5.2014, E.2013/11042, K.2014/12367

<sup>22</sup> Kısa çalışma, çalışma koşullarında esaslı değişiklik mahiyetinde olsa da İş K.'nın 22. maddesinin kanundan doğan bir istisnasını oluşturmaktadır. Bu konuda Bkz. M. İhsan Seçkin, *Çalışma Ekonomisi ve İş Hukuku Açısından Kısa Çalışma, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015

<sup>23</sup> Süzek, *İş Hukuku*, s.673; Aynı Yazar, "Değişiklik Feshi", s.11; Gülsevil Alpagut, "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", *Bankacılar Dergisi*, Y.19, S.65, Haziran 2008, s.106

<sup>24</sup> Yarg. 9 HD, 12.11.2010, 2009/36031, K. 2010/33783

<sup>25</sup> Yarg. 9 HD, 12.11.2010, E.2009/36031 K.2010/33783; Süzek, *İş Hukuku*, s.674; Aynı yazar, "Değişiklik Feshi", s.11; Alpagut, "Esaslı Değişiklik", s.106; Engin,



“işçinin değişiklikten önceki ve sonraki durumu karşılaştırıldığında işçinin menfaatleri açısından zararına değişiklik yapılması”<sup>26</sup> ölçütlerinin benimsendiği görülmektedir. Bu anlayışa göre çalışma koşullarında yapılan değişiklik, işçinin değişiklik öncesinde mevcut olan ve sözleşmenin, işverenin ya da işyeri uygulamalarının kendisine temin ettiği menfaatlerini azaltıyorsa esaslı mahiyettedir. Bu durumda çalışma koşulları bakımından bir geriye gidiş söz konusu olacağından değişikliğin işçinin rızası hilafına yapılmaması<sup>27</sup>, işçinin doğmuş haklarını etkileyecek ve geriletecek şekilde uygulanmaması gerekir.<sup>28</sup> Görüldüğü üzere çalışma koşullarında esaslı değişiklik hususunda belirleyici olan, işçinin aleyhine sonuç doğurup doğurmamasıdır. Bununla birlikte Yargıtay’a göre geçerli nedene dayanan değişiklikler çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez.<sup>29</sup>

Çalışma koşullarında esaslı olmayan değişiklikler ise genel olarak işverenin yönetim hakkı kapsamında kalan değişikliklerdir. Bu bağlamda iş süresinin başlangıç ve bitiş saatlerinin, çalışma saatlerinin, ara dinlenmenin ve iş ritminin belirlenmesi<sup>30</sup> yönünde yapılacak değişiklikler esaslı olmayan değişiklikler arasında sayılabilir. Sözleşmenin ikinci derecede unsurları üzerinde ya da sözleşmenin unsuru sayılmayan çalışma koşullarında yapılacak önemsiz değişiklikler de esaslı ol-

s.317; Ufuk Aydın, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.6, S.23, Eylül 2011, s.24; Mustafa Alp, *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2005, s.114; Ertürk, “Genel İş Koşulları”, s.109; Eda Manav, “İş Kanunu’nun 22. Maddesi Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Hukuki Sonuçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.3, S.9, Nisan 2012, s.216

<sup>26</sup> Uşan, s.223

<sup>27</sup> YHGK, 19.11.2014, E.2014/9-1567, K.2014/936; Yarg. 9 HD, 14.5.2014, E.2012/10473, K.2014/15663; Yarg. 7 HD, 26.5.2014, E.2014/4483, K.2014/11162; Yarg. 9 HD, 13.6.2013, E.2013/2572, K.2013/18239

<sup>28</sup> Mehmet Uçum, *Yeni İş Kanunu Seminer Notları*, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul Eylül 2003, s.150

<sup>29</sup> YHGK, 19.11.2014, E.2014/9-1567 K.2014/936; Yarg. 9 HD., 14.5.2014, E.2012/10473, K. 2014/15663; Yarg. 9 HD., 10.7.2012, E.2011/13306; K. 2012/26925; Yarg. 7. HD., 23.5.2013, E.2013/3494, K. 2013/960; Yarg. 9 HD., 13.12.2010, E.2009/39668, K. 2010/37397; Aynı görüşte: Keser, Geçerli Sebep, s. 343; Manav, “İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi”, s.214; Karşı görüş, Mustafa Alp, “Ekonomik Kriz Sırasında İş Sözleşmesinin Esaslı Değişiklik Uygulamaları İle Ayakta Tutulması”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri 13. Yıl Toplantısı*, Galatasaray Üniversitesi Ortaköy Kampüsü 12 Haziran 2009, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul Aralık 2010, s.158; Kübra Doğan Yenisey, “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S.26, 2010/3, s.99

<sup>30</sup> Aydın, s.25; Alpagut, “Esaslı Değişiklik”, s.106

mayan değişiklik kapsamındadır. Bunlar, doğrudan işin ifası ile ilgisi olmayan, iş sözleşmesi ile amaçlanan işin görülmesi açısından tali nitelikli<sup>31</sup>, başka bir betimlemeyle taraflar açısından önem derecesi fazla olmayan<sup>32</sup> çalışma koşullarına ilişkindir. Örneğin, işçinin çalıştığı katın değiştirilmesi, kullanılan makinaların daha yeni bir teknolojiyle kullanılmaya başlanması, işyerine servis hizmeti veren firmanın değişmesi<sup>33</sup> gibi. Ancak bu belirlemelerden esaslı değişikliğin sadece sözleşmenin temel unsurlarında yapılan değişikliklerle sınırlı olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Zira 22. maddede esaslı değişiklik ele alınırken çalışma koşullarında esaslı olan ve olmayan unsurlar gibi bir ayrıma gidilmemiş, esaslı değişiklik sadece esaslı çalışma koşulları açısından değil, tüm çalışma koşulları açısından değerlendirilmiştir.<sup>34</sup> Bu açıdan objektif esaslı unsurlar ve yan edimler de dahil olmak üzere sözleşmedeki tüm çalışma koşullarında<sup>35</sup> işçinin durumunu sözleşmeye devam etmesini çekilmez kılacak derece ağırlaştırıcı ve işçi aleyhine sonuç doğuran her türlü değişiklik esaslıdır.<sup>36</sup> Dolayısıyla bir çalışma koşulu esaslı olmayan nitelik taşımasına rağmen, bu koşulda yapılacak bir değişiklik esaslı değişiklik kapsamında değerlendirilebilir.<sup>37</sup> İşçinin çalıştığı oda ya da tezgâh, sözleşmenin tali nitelikli unsurunu oluşturduğundan bu alanda yapılacak bir değişiklik esaslı bir değişiklik izlenimi vermese de, yeni fiziki mekanın iş sağlığı ve güvenliği açısından risk oluşturması halinde, değişikliğin esaslı olduğu sonucuna varılabilecektir. Diğer taraftan değişikliğin esaslı olup olmadığı konusunda her olay için kesin, mutlak, tek bir ölçüt verilemez. Değişikliğin esaslı olup olmadığı hususu, somut olayın özelliklerine göre değişiklik arz eden rölatif bir mahiyet taşır. Örneğin turizm sektöründe esaslı sayılmayacak bir nakil işlemi, inşaat sektöründe esaslı değişiklik sayılabilir. Buna karşın şantiye proje müdürünün işin niteliği gereği sürekli olarak değişik yerlerde çalışmasının bir sonucu olarak yeni bir görevlendirmeye başka bir yere atanması esaslı değişiklik oluşturmayabilir. Esaslı değişiklik kavramı işçinin kişisel özelliklerine, aile ve sosyal durumuna göre de farklı yorumlanacaktır. Nakil işlemi, -başka

<sup>31</sup> Uşan, s.220

<sup>32</sup> Başbuğ, s.61; Şen,108

<sup>33</sup> Engin, s.315

<sup>34</sup> Şen, s.110

<sup>35</sup> Şen, s.109; Alpagut, "Uygulama Alanı", s.55

<sup>36</sup> Şen, s.110

<sup>37</sup> Şen, s.25

koşulların sağlanması kaydıyla- bekâr bir işçi açısından esaslı değişiklik oluşturmazken, evli ve çocuklu bir işçi için esaslı değişiklik olarak değerlendirilebilecektir. Bu nedenle, bir değişikliğin esaslı olup olmaması halinin belirlenmesinde somut olayın sübjektif ve objektif koşulları dikkate alınmalı, her olayın kendine özgü niteliğine bakılarak değişikliğin esaslı olup olmadığı saptanmalıdır. Değişikliğin esaslı olup olmamasında işverenin durumu da belirleyici değildir. İşverenin makul, gerekli ve haklı bir nedene dayanan değişiklik istekleri dahi ancak işçinin rızasıyla hayata geçirilebilir<sup>38</sup>. Ancak çalışma koşullarında tek yanlı değişiklik esaslı olmakla birlikte işçi yararına ise değişikliğin işçinin muvafakati gerekmeksizin geçerli olduğu ifade edilmektedir.<sup>39</sup>

*İş Hukuku öğretisinde çalışma koşullarında değişiklik esasları, esaslı-esaslı olmayan değişiklik ayrımı ve İş K. 22. maddenin uygulama alanı konusunda genel olarak görüş birliği olduğundan söz edilebilir. Ancak doktrinde asıl tartışma, işverene tek taraflı değişiklik yapma hakkı tanıyan sözleşme kayıtlarının geçerli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.*

### 3. İş Sözleşmesinde Yer Alan Değişiklik Kaydı

#### 3.1 Genel Olarak

Diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi iş sözleşmesinde de taraflar, sözleşmenin içeriğini ve koşullarını belirleme konusunda kanunun öngördüğü sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla özgürdürler. Ancak İş Hukuku, kendine özgü ilkeleri, kurumları ve tekniği ile bağımsız bir hukuk disiplini dir.<sup>40</sup> Bu bağlamda İş Hukuku'nun işçi lehine yorum ilkesi, işçiyi koruyan niteliği ve ağırlıklı sosyal yönü, sözleşme özgürlü-

<sup>38</sup> Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.474; Engin, s.318

<sup>39</sup> Münir Ekonomi, "Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği", Çalışma Hayatında Esneklik Semineri, Çeşme Altın Yunus 27-31 Ekim 1993, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayını, İzmir 1994, s.77; Mustafa Alp, "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.59; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s.390; Süzek, İş Hukuku, s.673; Aynı yazar, "Değişiklik Feshi", s.11; Demircioğlu, s.127; Alpagut, "Esaslı Şartlarda Değişiklik", s.57; Aynı yazar, "Esaslı Değişiklik", s.106; Ertürk, "Genel İş Koşulları", s.109; Başbuğ, s.58; Uşan, s.224; Karş. Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.475; Tulukcu, "Esaslı Değişiklik", s.1111; Kanımızca değişikliğin işçi yararına olması halinde, işçi aleyhine bir durum söz konusu olmayacağından, esaslı değişiklikten de söz edilemeyecektir.

<sup>40</sup> Süzek, İş Hukuku, s.23

ğü kavramının sınırlarını daraltan bir nitelik taşır. İş Hukuku'nda yasal düzenlemeler, sözleşme özgürlüğü ilkesini işçi lehine birçok açıdan sınırlar ve bu özgürlüğe müdahale eder. Bununla birlikte tarafların ortak rızasıyla çalışma koşullarında değişiklik yapılması sözleşme özgürlüğünün bir sonucudur. Zira İş K. 22. madde, tarafların anlaşarak sözleşmenin devamında her zaman diledikleri değişiklikleri yapabileceklerini hüküm altına almaktadır. Ancak çalışma koşullarının esaslı şekilde değiştirilmesi girişimi işveren tarafından yapılırsa bu takdirde klasik hukuk kaidelerinden ayrılarak konuyu özel olarak düzenleyen 22. madde prosedürünün uygulanması gereği gündeme gelir.<sup>41</sup>

Uygulamada ise kanunca belirlenen prosedüre uygun şekilde tarafların ortak rızasını arayan İş K. 22. maddenin buyurucu niteliğine rağmen, iş sözleşmelerine işverenin çalışma koşullarını, henüz herhangi bir değişiklik olgusu ortaya çıkmadan, baştan değiştirebileceğine yönelik hükümler konulmakta ve bu hükümlerin geçerli olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre borç ilişkisinde taraflardan birine edim veya ifa unsurlarında tek yanlı değişiklik yapabilme hakkı tanıyan sözleşme hükümlerine değişikliği saklı tutma kayıtları adı verilmekte ve tek yanlı değişiklik yapabilme yetkisi işverene sözleşmenin kurulduğu anda tanınmaktadır.<sup>42</sup> Bu yetkinin kaynağı ise işverenin genişletilmiş yönetim hakkına dayandırılmaktadır.<sup>43</sup> Zira değişiklik kayıtları yönetim hakkını güçlendiren ve kapsamını genişleten düzenlemelerdir.<sup>44</sup> İş sözleşmesinde bulunan değişiklik kaydına geçerlilik tanınması halinde, değişiklik kaydı, İş K. Md. 22 çerçevesinde öngörülen usulün uygulanmasını bertaraf eder.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> Narmanlıoğlu, "Sözleşme Hükümleri", s.16

<sup>42</sup> Alp, "İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.1, S.3, Eylül 2006, s.37; Aynı yazar, "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi", s.70; Manav, "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi", s.229

<sup>43</sup> Süzek, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", *Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan*, TÜHİS Yayınları, Haziran 1998, s.230; Başbuğ, s.40, 113; Şen, s.98; Demircioğlu, s. 123; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi 2005, s.251; Aynı yazar, "İçerik Denetimi", s.37; Alpagut, "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", *Kamu-İş*, Ankara 2012, s.54; Aynı yazar, "Esaslı Şartlarda Değişiklik", s.59; Aynı Yazar, "Uygulama Alanı", s.55; Süleyman Başterzi, "Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk Ve İstihdam Üzerine Etkileri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.76, Ankara 2005, s.61; Tulukcu, "İnceleme", s.295; Keser, "Geçerli Sebep", s.343; Yargıtay da bu durumu işverenin genişletilmiş yönetim hakkı olarak değerlendirmektedir. Yarg. 9. HD., 18.1.2012, E.2009/37886, K.2012/812; Yarg. 9 HD., 10.7.2012, E.2011/13306; K. 2012/26925

<sup>44</sup> Başbuğ, s.23

<sup>45</sup> Uşan, s.253; Tulukcu, "İnceleme", s.295

Belirtelim ki, 1475 sayılı Kanun, esaslı koşullarda değişiklik yapma yetkisi sözleşme ile saklı tutulmuşsa işverene yeni bir onay almadan değişiklik yapma hakkı tanıyor ve böyle bir durumda işçinin derhal fesih hakkı bulunmuyordu.<sup>46</sup> Ancak Hem İş Hukuku öğretisinde hem de Yargıtay uygulamasında bu hükmün sınırsız olarak kullanılamayacağı, sözleşmeye konulacak kayıtların hakkaniyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde içerik ve yürürlük denetimine tabi tutulacağı<sup>47</sup> konusunda bir uzlaşma mevcuttu. 4857 sayılı Kanun'da ise 1475 sayılı Kanun'un aksine saklı kayıtlar konusunda herhangi bir düzenleme yer almamıştır. Zira İş K. 22. maddenin hazırlanan ilk şeklinde mevcut olan ve değişiklik kaydına geçerlik tanıyan fıkra, Komisyonda verilen bir önergeyle kaldırılmış, "işverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkı saklı tutulduğu hallerde ...yukarıdaki hükümler uygulanmaz." ifadesine, yasalaşan madde metninde yer verilmemiştir. Bu durum doktrinde farklı görüşlerin olgunlaşmasına yol açmıştır.

Sözleşmenin kuruluş aşamasında sözleşmeye konulacak bir hüküm, 4857 sayılı Kanun döneminde de işverene çalışma koşullarında tek taraflı olarak esaslı değişikliğe gitme konusunda hukuki bir dayanak oluşturacak mıdır? Bu sorunun yanıtını, Doktrin ve Yargıtay uygulaması ekseninde değerlendirelim.

### **3.2 İşverene Değişiklik Yapma Yetkisi Tanıyan Sözleşme Kayıtlarının Geçerliliği Konusunda Doktrin Görüşleri**

#### **3.2.1 Değişiklik Kayıtlarının Geçerli Olduğu Ancak Denetime Tabi Tutulması Gerektiği Görüşü**

Doktrinde hâkim görüş, 1475 sayılı İş Kanunu dönemindeki değişiklik kayıtlarına tanınan hukuki geçerliliğin, 4857 sayılı Kanun dö-

<sup>46</sup> Yarg. 9. HD, 27.9.1999, E. 1999/11530, K. 1999/14500 s.169; Yarg. 9. HD, 22.12.1999, E. 1999/16771, K. 1999/19937 s.173 (Ekonomi, "Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Emsal Kararları", Kamu-İş, Ankara 2002); YHGK, 28.02.2001, E. 2001/9-221, K. 2001/224 (Ekonomi, "Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi" 2001, Kamu-İş, Ankara 2003)

<sup>47</sup> Bu konuda Bkz. Kübra Doğan Yenisey, "İşverene Hizmet Akdinin Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi", *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan*, C.2, İstanbul 2001, s.118; Alpagut, "Ferdî İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Kamu-İş, Ankara 2007, s.98; Başterzi, s.61; Yine 1475 sayılı dönemde Ekonomi, saklı kayıtların bağlayıcılığına ilişkin olarak, "işverenin hizmet akdi şartlarında değişiklik yapmayı saklı tuttuğu halde, işçi buna peşinen rıza göstermiş olsa dahi değişiklik hakkaniyete uygun olup olmadığı açısından yargı organının kontrolüne tabi tutulmalıdır." demektedir. Ekonomi, "Esnekleşme Geceği", s.78; Aynı yazar, "Çalışma Şartlarının Belirlenmesi", s.166

neminde de uygulanması gerektiği yönündedir. Zira bu görüşe göre 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesinin yasalaşması safhasında değişiklik kaydına geçerlilik tanıyan ikinci fıkranın kaldırılması kanun koyucunun değişiklik kaydını yasakladığı anlamına gelmemektedir. Çalışma yaşamının gerekleri ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değişiklik kayıtlarının kural olarak geçerli olduğu kabul edilmeli; ancak bu kayıtlar, belirli sınırlar içerisinde kullanılmalı ve yargı tarafından denetime tabi tutulmalıdır.

**Süzek**, 22. maddenin yasalaşma sürecinde taslağın değişiklik kaydına ilişkin hükmünün TBMM'deki görüşmeler sonucunda maddeden çıkarılması nedeniyle değişiklik kayıtlarının geçerli olup olmadığının tartışmalı hale geldiğini; ancak yasaların yorumunda, Meclis'teki çalışmalar bağlayıcı bir nitelik taşımadığından, objektif yorum yönteminin esas alınarak Bilim Kurulu taslağında yer alan değişiklik yapma yetkisinin Meclis çalışmalarında metinden çıkarılmasının, bu konuda bir yasağın getirildiği şeklinde yorumlanmaması gerektiği görüşündedir.<sup>48</sup> Süzek'e göre, İş K. 22. madde hükmü, başlangıçta sözleşmede öngörülen değişiklik yapma yetkisini saklı tutma kayıtlarını yasakladığı şeklinde yorumlanamaz. Bununla birlikte işçi, bu değişiklik kayıtlarına karşı korumasız da bırakılamaz. Bu bağlamda saklı tutma kayıtlarının sınırlandırılmasında bir yandan hakkın kötüye kullanılması diğer yandan daraltıcı yorum yöntemi uygulanmalıdır.<sup>49</sup> Süzek, geçerlilik konusunu TBK'nın yürürlüğe girmesi açısından da değerlendirmektedir. Bu doğrultuda 24. madde gereğince genel iş koşullarında yani tip iş akitlerinde ve işyeri iç yönetmeliklerinde işverene, işçi aleyhine tek taraflı olarak çalışma koşullarını değiştirme yetkisi veren değişiklik kayıtları geçersiz sayılacaktır. Buna karşın, bazı sınırlamalar çerçevesinde kalmak kaydıyla bireysel iş akitlerine değişiklik kayıtlarının konulmasına bir engel yoktur. Ancak bu halde dahi, sözleşmeye dayalı değişiklik uygulamaları objektif iyi niyet ve dürüstlük kurallarına uygun bir biçimde kullanılmalı ve kayıtlar dar yorumlanmalıdır.<sup>50</sup>

**Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal'a** göre, sözleşme kayıtları ile işveren, işçinin muvafakatini aramaksızın çalışma koşullarında esaslı

<sup>48</sup> Süzek, "Değişiklik Feshi", s.16

<sup>49</sup> Süzek, "Değişiklik Feshi", s.16

<sup>50</sup> Süzek, İş Hukuku, s.680; Aynı yazar, "Değişiklik Feshi", s.18



bir değişiklik yapabilir. Gerek sözleşme özgürlüğü gerek somut olarak 22. maddenin 2. fıkrası hükmü dikkate alındığında taraflar, çalışma koşullarında her zaman anlaşmayla değişiklik yapabileceklerinden çalışma koşullarında işverene değişiklik yapma olanağı tanınabilir. Bununla birlikte sözleşmenin işverene tanıdığı bu değişiklik yapma hakkı mutlak bir anlam ifade etmeyip, bu hakkın iyi niyetle kullanılması gerekir. Yazarlar, Türk İş Hukuku'nda saklı kayıtların geçerliliğinin TBK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte 20 ila 25. maddelerinde yer alan genel işlem koşulları bakımından da denetlenmesi gerektiğini ifade etmektedirler.<sup>51</sup>

**Taşkent**, tasarıda bulunan bir hükmün yasada yer almamasının, o düzenlemenin yasa koyucu tarafından uygun görülmediği, dolayısıyla yasaklandığı anlamına gelip gelmeyeceği sorununa değinmeden önemli olan hususun sözleşmenin kurulması aşamasında işçinin korunmasının gerekli görülmesi olduğunu vurgulamaktadır. Dolayısıyla yazar, değişiklik kaydına kural olarak geçerlilik tanıyan genel görüşü benimsemektedir. Yazara göre iş sözleşmesi yapılırken işverene çalışma koşullarında tek başına değişiklik yapma yetkisi veren kayıtlar oluşturulabilir. Ancak bu kayıtların geçerliliği sorgulanmalı ve yargı tarafından hakkaniyet denetimine tabi tutulmalıdır.<sup>52</sup>

**Aydın**, değişiklik kaydının geçerliliği tartışmalarının kaynağının 4857 sayılı İş Kanunu Tasarısı'nda yer alan ikinci fıkra ifadesinin kanunlaşma sürecinde metinden çıkarılması ve kanuna alınmaması olduğunu; ancak değişiklik kayıtlarının geçerliliği bakımından 1475 sayılı Kanun'un uygulandığı dönemle 4857 sayılı Kanun dönemi arasında herhangi bir fark bulunmadığını ileri sürmektedir. İş sözleşmelerinde işverene tanınan ve sonradan değişiklik yapma yetkisi tanıyan değişiklik kayıtları önceki dönemde olduğu gibi bugün için de geçerli ve bağlayıcı kabul edilmelidir. Ancak bu geçerlilik ve bağlayıcılık mutlak nitelik taşımamalı; bir takım koşullar ve uygulama esaslarının bulunması halinde benimsenmelidir.<sup>53</sup> Aydın, değişiklik yapma kayıtlarının geçerliliği ve bağlayıcılığı kabul edildikten ve bu durumun İş

<sup>51</sup> Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s.391-392; Aynı doğrultuda, Akın, s.50

<sup>52</sup> Savaş Taşkent, "Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Kamu-İş, Ankara 2006, s.79; Aynı doğrultuda Başterzi, s.63

<sup>53</sup> Aydın, s.27



K. Md. 22'den bağımsız olduğu saptandıktan sonra artık söz konusu kayıtların kapsam ve içeriğinin denetime tabi tutulması gerektiğini belirtmektedir.<sup>54</sup> Aydın'a göre, İş K. 22. madde hükmü ile getirilen yöntemin işçiyi koruyan düzenlemesi karşısında değişiklik kayıtlarının hukuka uygunluğunun denetiminde, önceki döneme göre daha dikkatli olunmalıdır.<sup>55</sup>

**Sümer** de işverenin tek taraflı değişiklik yapabileceğine ilişkin hükümlerin konulmasına imkân sağlayan düzenlemenin TBMM'deki görüşmeler sırasında madde metninden çıkarılması nedeniyle sözleşmelere konulacak bu doğrultudaki hükümlerin geçerli olup olmadığının tartışmalı hale geldiğini belirtmekte; ancak Sümer de çoğunluk görüşüne katıldığını ifade etmektedir.<sup>56</sup> İş K. Md. 22'de bu doğrultuda düzenleme bulunmamakla birlikte bunu yasaklayan açık bir hüküm de bulunmadığından işçi, yapılacak değişiklik konusundaki onayını önceden sözleşmede yer alan hüküm ile verebilecektir.<sup>57</sup> Ancak işveren, bu yetkiyi iyi niyet kurallarına uygun olarak kullanmalı, tek taraflı değişiklik yapma yetkisini keyfi kullandığı takdirde yaptığı değişiklik geçersiz sayılmalıdır.<sup>58</sup>

**Uşan**, İş K. 22. maddenin yasalaşması esnasında, bu tür kayıtlara izin veren hükmün madde metninden çıkarılmasına bir sonuç bağlanmaması gerektiğini, bu kayıtlara imkân tanınmasının kayıtların her hal ve şartta geçerli olacakları gibi bir sonucu da doğurmayacağından bir kısım sınırlamalarla sözleşmeye değişiklik kaydı konulabileceğini ileri sürmektedir.<sup>59</sup> Uşan'a göre işçinin daha işe girerken hür iradesini sözleşmeye yansıtılabip yansıtamadığının tespiti açısından değişiklik kayıtlarının sınırlandırılması gerekir.<sup>60</sup> Bu açıdan işverene sözleşmede değişiklik yapma yetkisi veren kayıtlar, her şeyden önce Borçlar Kanunu'nda yer alan genel sınırlamalara tabidir. Emredici hükümlere, işçinin kişilik haklarına, temel hak ve özgürlüklere ve toplu iş sözleş-

<sup>54</sup> Aydın, s.29

<sup>55</sup> Aydın, s.29

<sup>56</sup> Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, Mimoza Basım, 4. Baskı, Konya Ağustos 2010, s.116

<sup>57</sup> Sümer, s.118

<sup>58</sup> Sümer, s.119

<sup>59</sup> Uşan, s.244

<sup>60</sup> Uşan, s.245

melerine aykırı değişiklik kayıtlarına geçerlilik tanınmaz.<sup>61</sup> İşveren tek taraflı değişiklik yapma yetkisini dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalıdır.<sup>62</sup> Değişiklik kayıtları aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması yasağına tabidir.<sup>63</sup>

**Alpagut'a** göre İş Yasası'nın 22. maddesi bakımından kayıtların geçerliliği değerlendirildiğinde, tasarıda yer alan bir hükme kanunda yer verilmemesi doğrudan kanun koyucunun iradesinin aksi yönde olduğunu göstermez.<sup>64</sup> Kaldı ki, işçinin sözleşme ile daha başlangıçtan esaslı değişikliğe rıza göstermesini engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>65</sup> İş K. 22. madde hükmünün amacı doğrultusunda, çalışma yaşamının gerekleri ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bu tür kayıtların kural olarak geçerli kabul edilmesi gerekir. Bu noktada esasen önemli olan kayıtların geçerliliğinden ziyade bunların geçerlilik sınırının belirlenmesidir.<sup>66</sup> Bu bağlamda emredici hukuk kurallarına, işçinin kişilik haklarına, anayasal özgürlüklerine ve toplu iş sözleşmelerine aykırı kayıtların geçersiz sayılacakları açıktır. Ayrıca sözleşmede her türlü iş koşulunun işveren tarafından değiştirilebileceğine ilişkin genel bir hüküm getirilmesi geçerli kabul edilemez.<sup>67</sup> Öte yandan geçerli olarak ortaya çıkan kaydın uygulanması Türk Medeni Kanunu Md. 2'ye aykırılık oluşturmamalı ve kayıt çerçevesinde tanınan hakkın kullanımını dürüstlük kurallarına uygun olmalıdır.<sup>68</sup> Alpagut, TBK'nın yürürlüğü ile birlikte 24. maddenin iş ilişkilerine uygulanmasında da çalışma yaşamının gerekleri dikkate alınarak bu tür kayıtların doğrudan geçersiz sayılmayacağını, ancak bugüne kadarki Yargıtay içtihatlarında benimsenen esaslar doğrultusunda TMK. Md. 2 kapsamında bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini öne sürmektedir.<sup>69</sup>

<sup>61</sup> Uşan, s.250

<sup>62</sup> Uşan, s.246

<sup>63</sup> Uşan, s.250

<sup>64</sup> Alpagut, "Uygulama Alanı", s.60; Aynı yazar, "Esaslı Şartlarda Değişiklik", s.59; Aynı doğrultuda, Erdem Özdemir, "İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar", Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, İst., 2004, s.33; aynı görüşte: Nağme N. Hozar, "İşverenin Yönetim Hakkına Dayanarak İşçiyi Başka Bir İşyerine Gönderebilmesine İlişkin Bir Karar İncelmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.1, S.2, Haziran 2006, s.90

<sup>65</sup> Alpagut, "Esaslı Şartlarda Değişiklik", s.62

<sup>66</sup> Alpagut, "Esaslı Şartlarda Değişiklik", s.59; Aynı yazar, "Uygulama Alanı", s.61

<sup>67</sup> Alpagut, "Esaslı Değişiklik", s.108

<sup>68</sup> Alpagut, "Esaslı Şartlarda Değişiklik", s.60

<sup>69</sup> Alpagut, "2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", s.55

**Alp'e göre** TBMM'de yasalaşma safhasında değişiklik kayıtlarına yer veren ikinci fıkranın kaldırılması, değişiklik kayıtlarını yasaklamak değil, sadece değişiklik kayıtlarının denetimsiz kalmalarını önlemek iradesi şeklinde yorumlanmalıdır. Yasa koyucunun bu hükmü çıkartarak sadece değişikliği saklı tutma kayıtlarının her koşulda geçerli kabul edilmeleri ve denetimsiz kalmalarını istemediği, bu sonuca imkân verdiği düşünülen hükmü sakıncalı bulduğu sonucu çıkartılabilir.<sup>70</sup> Dolayısıyla Taslaktaki söz konusu fıkranın yasaya alınmamasına bunu aşan bir anlam vermek doğru olmaz.<sup>71</sup> Diğer sözleşme türleri için açıkça değişiklik kayıtlarına dair yasal bir düzenleme yapmayan yasa koyucunun bu sözleşme türünde de değişiklik kayıtlarını yasaklamadığı açıktır. Bu itibarla sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların değişiklik kayıtlarını geçerli olarak sözleşmeye koyabileceklerini kabul etmek gerekir.<sup>72</sup> Ancak Alp'e göre de saklı kayıtlarla işverene sınırsız yetkilerin tanınması ve işçinin tamamen korunmasız bırakılması düşünülemeyeceğinden<sup>73</sup> değişiklik kayıtları şekil ve içerik denetimine tabi tutulmalıdır. Öncelikle şekli denetim yapılmalı, bu kapsamda değişiklik kayıtlarının açıklık ilkesine uygunluğu, özellikle tek yanlı değişiklik yetkisinin konusu, kullanılma nedenleri ve kullanılacak durumların kayıtta yer aldığı denetlenmelidir.<sup>74</sup> İçerik bakımından da değişiklik kayıtları sınırlamaya tabi tutulmalı; içerik denetimini, kullanım-hakkaniyet denetimi izlemelidir.<sup>75</sup>

**Yenisey'e göre** de, kanunların yorumunda Meclisteki çalışmalar bağlayıcı bir nitelik taşımayıp objektif yorum yöntemi esastır. Bu nedenle bu değişiklik yetkisinin Meclis çalışmalarında metinden çıkarılması bir yasağın iradesi olarak değerlendirilmemelidir. Tarafların açık bir düzenleme ile ister sözleşme yapılırken ister sonradan tek taraflı değişiklik yapma hakkını saklı tutmasına hukuken bir engel bulunmamaktadır. Değişiklik yetkisinin saklı tutulmasında asıl sorun sözleşmenin kurulması aşamasında işverenin kendi menfaatleri doğrultusundaki kayıtların işçiye dikte edilmesinde ortaya çıkmaktadır.

<sup>70</sup> Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi 2005, s.257

<sup>71</sup> Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi 2005, s.257

<sup>72</sup> Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi 2005, s.257; Aynı yazar, "İçerik Denetimi", s.39; Aynı görüşte: Tulukcu, "Esaslı Değişiklik", s.1135

<sup>73</sup> Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi 2005, s.244,259

<sup>74</sup> Alp, "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi", s.74; Aynı yazar, "İçerik Denetimi", s.51

<sup>75</sup> Alp, "İçerik Denetimi", s.51; Aynı yazar, "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi", s.76

Bu nedenle değişiklik hükümlerinin hem içerik hem de yürürlük denetimi esastır.<sup>76</sup>

**Başbuğ**, değişiklik kaydına geçerlilik tanıyan hükmün yasa tasarısı Meclis'te iken yapılan görüşmeler aşamasında kaldırılması neticesinde Doktrinde yaşanan tartışmalardan söz etmekte; ancak değişiklik kayıtları bakımından birinci derecede önemli olanın bu kayıtların içerik denetimine tabi tutulması hususu olduğunu belirtmektedir.<sup>77</sup> Başbuğ'a göre, işçinin iş sözleşmesinin kuruluş aşamasında işverenin bu tür değişiklik kayıtlarını serbest pazarlık sonucunda kabul ettiğinin varsayılması güçtür. Ancak diğer yandan da bu tür kayıtları getirmek işveren ve işletme bakımından bir zorunluluktur. Dolayısıyla değişiklik kayıtlarının geçerliliği hususunda her somut olayda taraf menfaatlerinin tartılarak hangi taraf menfaatine üstünlük tanınacağı kabul edilmelidir. Buna göre, işyeri değişiklikleri hakkını saklı tutma kaydı, işçinin çalışma koşullarını ağırlaştırması ve durumunu olumsuz yönde etkilememesi kaydı ile; işe ilişkin değişiklik kayıtlarının objektif dürüstlük kuralları çerçevesinde; çalışma sürelerine ilişkin değişiklik kayıtlarının ise değişikliğin ücreti nasıl etkileyeceği daha başında açık bir şekilde ifade edilmesi kaydıyla geçerli kabul edilmelidir.<sup>78</sup>

Şen, çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkının sözleşmede saklı tutulduğu hallerde 22. maddenin uygulanmayacağına yönelik hükmün yasa metninden çıkartılmasının değerlendirilmesinde bir takım olasılıklara dayanarak kanun koyucunun gerçek iradesinin tespitine çalışmaktadır. Yazara göre kanun koyucunun bu fıkrayı 22. maddeden çıkarması, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmelerinin ayrımının yapıldığı 13. maddeden sonraya denk gelmektedir. Bununla yasa koyucu, belirli süreli iş sözleşmelerinin 22. maddedeki iş güvencesinden kanundaki genel yaklaşım gereği yararlanmasının mümkün olmayacağını, bu nedenle tekrara gerek bulunmadığını ve maddeden bu fıkranın çıkarılması gerektiğini amaçlamış olabilir. Aynı amacın sözleşme özgürlüğü kapsamında yer alan değişikliği saklı tutma kayıtları için de geçerli olduğu açıktır.<sup>79</sup> Şen, ayrıca Alpagut'a atıf yaparak, İş

<sup>76</sup> Yenisey, "Çalışma Koşullarında Değişiklik 2005", s.119

<sup>77</sup> Başbuğ, s.42

<sup>78</sup> Başbuğ, s.43; Ertürk'e göre ise, Yeni Borçlar Kanunu'na rağmen, bireysel iş sözleşmesinde yer alan ve işverene değişiklik yapma hakkını veren hükümlerin içerik denetimine tabi tutulması mümkün değildir. Ertürk, "Genel İş Koşulları", s.114

<sup>79</sup> Şen, s.101

Kanunu Tasarısı'nda yer alan bir hükme yasa da yer verilmemesinin doğrudan yasa koyucunun iradesinin aksi yönde olduğunu göstermeyeceğini belirtmektedir. Şen'e göre, İş Kanunu, değişikliği saklı tutma kayıtlarına yer vermemekle birlikte, bu tür kayıtları yasaklamamaktadır da.<sup>80</sup> Yazar, kanun koyucunun ilgili hükmü metinden çıkarma saiki ile ilgili bir başka ihtimalden daha söz etmektedir: "Tasarıdan çıkarılan hükümde yer alan 'işverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkı saklı tutulduğu hallerde.....yukarıdaki hükümler uygulanmaz' ifadesi, değişikliği saklı tutma kayıtlarının mutlak olarak geçerli kabul edileceği ve denetimsiz bırakılacağı sonucuna ulaştırabilirdi. Yasa koyucunun değişikliği saklı tutma kayıtlarında birinci fıkradaki usul ve denetimin yapılmayacağı şeklinde de anlaşılabilen bu fıkra hükmünü sakıncalı bulduğu ve maddede yer almasını istemediği de düşünülebilir. Dolayısıyla Tasarıdaki söz konusu fıkranın yasaya alınmamasına maksadı aşan bir anlam vermek doğru olmadığı gibi, sözleşme özgürlüğünün sınırlanması ve bu tür kayıtların yasaklanması da düşünülemez." Sözleşme serbestisi ilkesi ve çalışma yaşamının gerekleri doğrultusunda bu tür kayıtlar, belirli sınırlar dahilinde geçerli kabul edilmelidir.<sup>81</sup>

**Uzun'a** göre, son anda hükmü kanun metninden çıkararak yasa koyucunun asıl amacı işverenin değişiklik yetkisini saklı tutma hakkını yasaklamak değil, işverenin saklı tuttuğu değişiklik yetkisini de denetim altına almak sureti ile maddenin birinci fıkrasının işlerliğini korumaktır. Zira bu hüküm korunsa idi, 22. maddenin birinci fıkrasının uygulama alanı bulması asla söz konusu olamayacak; bu hüküm kapsamında gerçekleştirilen değişikliklerin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığının araştırılması istenemeyecek, bir diğer söyleyişle değişiklik geçerlilik (hakkaniyete uygunluk) denetimine tabi tutulamayacaktı.<sup>82</sup> Akit serbestisi çerçevesinde sözleşme yapılırken tarafların tek yanlı değişiklik yapma hakkını saklı tutmasına hukuki bir engel bulunmamaktadır. Ancak sözleşmenin kurulması sırasında saklı tutulmuş olan değişiklik hükümlerinin de hem içerik, hem de yürürlük denetimine tabi tutulması zorunludur.<sup>83</sup>

<sup>80</sup> Şen, s.102

<sup>81</sup> Şen, s.102

<sup>82</sup> Uzun, s.55

<sup>83</sup> Uzun, s.55

### 3.2.2 Değişiklik Kayıtlarının Geçerli Olmadığı Görüşü

Doktrinde azınlıkta kalan ve Güzel ve Narmanlıoğlu tarafından savunulan görüş ise, değişiklik kaydına geçerlilik tanıyan fıkra hükmünün yasalaşan madde metnine alınmamasının kanun koyucunun sözleşme kayıtlarının geçerli olmadığı yönündeki iradesini ortaya koyduğunu, İş Kanunu'nun 22. maddesinin emredici karakteri dikkate alındığında da değişiklik kayıtlarına geçerlilik tanınmasının mümkün olmadığını, dolayısıyla esaslı değişikliklerin, sözleşmede yer alan değişiklik kaydına rağmen işçinin onayı olmadan uygulanamayacağını ileri sürmektedir.

**Güzel'e** göre, Tasarıda yer alan ve değişiklik kaydına geçerlilik tanıyan hüküm, yürürlüğe girmiş bulunan 22. madde metninde yer almadığından işverenin çalışma koşullarında tek yanlı değişiklik yapma hakkını saklı tutması ve buna dayanarak tek yanlı değişiklik yapması hukuken mümkün değildir.<sup>84</sup> Öğretide ağırlıklı olarak savunulan görüş ise, anılan hükmün emredici niteliğini göz ardı etmektedir. Mutlak emredici hükmün varlığından çok, 22. maddenin dışladığı klasik sözleşme kuramına dayanan bu görüş taraftarları, değişiklik üzerinde yargı denetiminin TMK. Md. 2 çerçevesinde yapılacağını savunmaktadırlar. Bu çözüm, zaten her durumda başvurulması gereken bir yöntemdir. Oysa 22. madde hükmü, "ultima ratio" ilkesinin bir gereği olarak ve madde gerekçesinde de açıkça belirtildiği gibi, iş koşullarında değişikliğin feshe bir seçenek oluşturması olarak değerlendirilmelidir.<sup>85</sup>

**Narmanlıoğlu** da kanun koyucunun bu tür saklı kayıtların ya da sözleşme hükümlerinin yeni isdar edilen kanun hükmüyle (22.madde) bağdaşmayacağı mülahazasıyla hareket ettiğini, saklı kayıtların geçerli olacağına dair hükmü bilinçli olarak dışarıda bıraktığını ifade etmektedir.<sup>86</sup> Kanun koyucu tasarıdaki hükme iltifat etmemiş ve çalışma koşullarında işverence yapılacak esaslı değişikliklerin, ancak kanunda belirlenen yönetime uyularak yapılabileceğini benimsemiştir. İşve-

<sup>84</sup> Güzel, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2007; Aynı yazar, İş Güvencesi", s.120

<sup>85</sup> Güzel, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması", s.48

<sup>86</sup> Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.478

rence çalışma koşullarında yapılacak esaslı değişikliklerin yöntemini özel olarak düzenleyen yeni hükümde konu sıkı kurallara bağlanmış, tarafların göz ardı edemeyeceği kesin bir çerçeve çizilmiştir.<sup>87</sup> Başka bir deyişle kanun, sözleşme özgürlüğünü sınırlamış, ister sözleşmenin bağtlanması sırasında, isterse sözleşmenin yürürlüğü sırasında işverenin tek taraflı değişiklik işlemlerine engel olmak amacıyla hükme kesin bir çerçeve çizmiştir. Bilindiği üzere sözleşme özgürlüğü ancak kesin (mutlak) bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde gündeme gelebilir. Oysa İş Kanunu'nun 22/1. madde hükmünün emredici nitelikte olduğundan kuşku duyulamaz.<sup>88</sup> Keza 4857 sayılı İş Kanunu'nda işverenin çalışma koşullarında değişiklik imkânını saklı tutabilmesine dayanak olabilecek hiç bir ifade, bu hususta açık veya örtülü hiç bir işaret bulunmamaktadır. Bu hüküm ya da istisnai durum kanuna alınmadığına göre İş Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrasının hiçbir istisnası yoktur.<sup>89</sup> İş K. 22/1 madde hükmü karşısında saklı kayıtların geçerli olduğu yönünde yapılacak bir yorum ise, hükmün açık anlatımına ve yapısına aykırı bulunduğu gibi hükmün asıl konuluş nedenine ve niteliğine de uygun düşmemektedir.<sup>90</sup> Diğer taraftan Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında serdedilen düşüncelerin bağlayıcı olmaması, dolayısıyla hükmün yorumunda belirleyici bulunmaması genelde kabul edilen bir esas olsa da, kanuna ilişkin tasarıda bulunmasına rağmen kanunlaşmayan bir hükmün, kanunun asıl amacı göz ardı edilerek hayata geçirilmesine çalışmak da uygun değildir.<sup>91</sup> Narmanlıoğlu, sonuç olarak işçiyi açıkça korumak için kaleme alındığı aşikâr bulunan İş Kanunu'nun 22. maddesi 1. fıkra hükmünün amacının dışına çıkan ve bu amacı aşan, hükmün mutlak emredici niteliğini ve işçi yararına yorum ilkesini göz ardı eden doktrindeki baskın görüşü paylaşmamakta<sup>92</sup> somut ya da soyut olsun işverene peşinen esaslı değişiklik yapma imkânı veren her düzenlemenin geçersiz olduğunu<sup>93</sup> ifade etmektedir.

<sup>87</sup> Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.478; Aynı Yazar, "Sözleşme Hükümleri", s.14

<sup>88</sup> Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.478; Aynı Yazar, "Sözleşme Hükümleri", s.14; Kanımızca da 22. madde hükmü emredici niteliğiyle sözleşme özgürlüğünü işçi lehine daraltan bir nitelik taşımaktadır.

<sup>89</sup> Narmanlıoğlu, "Sözleşme Hükümleri", s.16

<sup>90</sup> Narmanlıoğlu, "Sözleşme Hükümleri", s.15

<sup>91</sup> Narmanlıoğlu, "Sözleşme Hükümleri", s.16

<sup>92</sup> Narmanlıoğlu, "Sözleşme Hükümleri", s.18

<sup>93</sup> Narmanlıoğlu, "Sözleşme Hükümleri", s.16



### 3.3 Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Konusunda Yargıtay Görüşü

Yargıtay, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği ilk dönemde vermiş olduğu bir kararda, işverene işyeri değişikliği yapma hakkını saklı tutan toplu iş sözleşmesindeki kaydın 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesi nedeniyle geçerli olmayacağına ve daha lehte olan 22. maddenin uygulanması gerektiğine karar vermiştir.<sup>94</sup> Yüksek Mahkeme sonraki kararlarında ise sözleşmede saklı tutulan kayıtların geçersiz olduğuna yönelik görüşünü değiştirmiştir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2006 yılında verdiği bir kararda 1475 sayılı Kanun zamanında yapılan iş sözleşmelerinde çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkını saklı tutan kayıtların 4857 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra geçerli olmayacağına ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından, kayıtların bağlayıcı olduğuna hükmetmiştir.<sup>95</sup> Dolayısıyla Yargıtay, Öğretide oluşan baskın görüşü genel olarak benimsemekte, değişikliği saklı tutan kayıtların geçerli olduğu yönünde kararlar vermektedir.<sup>96</sup> Yüksek Mahkeme'ye göre iş sözleşmesinde, gerektiğinde çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemeler bulunması halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Örneğin, işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklindeki sözleşme hükümleri, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Ancak anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.<sup>97</sup> Yargıtay'a göre, sözleş-

<sup>94</sup> Yarg. 9. HD., 26.1.2004, E.2003/23105, K.2004/1204

<sup>95</sup> YHGK. 11.10.2006, E. 2006/9-613, K. 2006/644; Direnme kararına konu olan karar: Yarg. 9 HD, 9.11.2005, E.2005/4540, K.2005/35429

<sup>96</sup> Yargıtay 9 HD., 4.4.2011 tarih, E.2009/10242, K.2011/10048 sayılı kararında, sözleşmede işçinin çalışma yerinin değiştirilemeyeceği kayıt altına alındığından iş şartlarında yapılan değişiklik nedeniyle işçinin iş sözleşmesini feshetmesini haklı bulmuştur.

<sup>97</sup> YHGK, 19.11.2014, E.2014/9-1567, K.2014/936; Yarg. 7 HD, 26.5.2014, E.2014/4483, K.2014/11162; Yarg. 9 HD, 30.9.2013, E.2011/30753, K.2013/24616; Yarg. 7. HD., 23.5.2013, E.2013/3494, K. 2013/960; Yarg. 7. HD., 20.6.2013, E.2013/4133, K. Yarg. 9 HD, 13.6.2013, E.2013/2572, K.2013/18239; Yarg. 9. HD., 7.7.2008, E.2007/24548, K.2008/19209; Yarg. 9. HD., 10.7.2012, E.2011/13306, K.2012/26925; Yarg. 9. HD.,

me kayıtlarının geçerliliğinin sınırını dürüstlük kuralları ve hakkın kötüye kullanılması belirlemektedir.

Yargıtay'ın genel uygulaması değişiklik kayıtlarının kural olarak geçerli olduğu yönünde ise de Yargıtay'ın, farklı kararlarına rastlamak da mümkündür. Nitekim, Yargıtay, 2010 tarihli bir kararında İş Kanunu'nun 22. maddesinin düzenlemesi karşısında sözleşme ile nakil yetkisinin saklı tutulması dışında çalışma koşullarında işçi aleyhine yapılacak diğer değişikliklerin sözleşme ile önceden saklı tutulmasının mümkün olmadığı yönünde görüş bildirmiştir.<sup>98</sup> Yargıtay'ın bazı kararlarında da, kaydın geçerliliği konusunda çalışma koşullarının ağırlaşp ağırlaşmadığının araştırıldığı ve saklı kaydın değişiklik feshinde olduğu gibi içerik denetimine tabi tutulması gerektiği yönünde değerlendirildiği görülmektedir. Nitekim Yargıtay, bir kararında, nakil serbestisi bulunmasına rağmen yapılan değişikliğin işçinin çalışma koşullarını ağırlaştırdığı, başka bir deyişle iş sözleşmesinin esaslı bir unsurunda aleyhe değişiklik yaptığı gerekçesiyle kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.<sup>99</sup> Bir başka kararda ise, değişiklik kaydının genellik taşıması, ayrıntı içermemesi nedeniyle kaydın geçersizliğine hükmedilmiştir.<sup>100</sup>

Yüksek Mahkemenin saklı kayıtlar konusunda verdiği kararlarının istikrarlı ve tutarlı olduğu söylenemez. Nitekim Yüksek Mahkeme, ücretin düşürülmesine neden olacak ölçüde sınıf ve unvan değişikliği yapılmasını önceden kabul eden değişiklik kaydına geçerlilik tanıyarak, değişiklik kaydı nedeniyle işçinin ücretinin düşürülmesini

11.4.2012, E.2010/3118, K.2012/12286; Yarg. 9. HD., 15.3.2012, E.2009/49474, K.2012/8602; Yarg. 9. HD., 27.6.2013, E.2011/19201, K.2013/19745; Yarg. 9. HD., 13.6.2013, E.2013/2572, K.2013/18239; Yarg. 9. HD., 14.5.2014, E.2012/10473, K.2014/15633; Yarg. 9 HD., 10.7.2012, E.2011/13306; K. 2012/26925; Yarg. 9. HD., 14.12.2009, E.2009/46109, K.2009/34662; Yarg. 9. HD., 18.1.2012, E.2009/37886, K. 2012/812; Yarg. 9 HD., 01.07.2010, E.2008/ 33731, K.2010/21274; Aynı doğrultuda: Yarg 9 HD. 4.4.2005, E. 2005/9605 K.2005/11820; Yarg. 9.HD. 7.7.2005, E. 2004/30947 K.2005/24233; Yarg 9 HD. 7.6.2005, E. 2004/24500 K.2005/20470; Yarg. 9. HD., 19.4.2005, E. 2004/20234, K. 2005/13747

<sup>98</sup> Yarg. 9 HD., 13.12.2010, E.2009/39668, K. 2010/37397

<sup>99</sup> Yarg. 9. HD., 17.5.2005, E. 2004/27850, K. 2005/18819; Kararın incelemesi için, Güzel, "Bireysel İş İlişkinin Kurulması", s.49

<sup>100</sup> "İşverence, işçinin gerektiğinde başka bir gemide görevlendirilebileceği iş sözleşmesinde yazılı olmakla birlikte, başka bir hat ve başka bir ilde görevlendirme anlamına gelebilecek bir değişiklik kaydı sözleşmede açıkça öngörülmemiştir. Böyle olunca davacının iş sözleşmesini haklı olarak feshettiği kabul edilmelidir."Yarg. 9.HD, 29.5.2007 E. 2007/7981 K. 2007/17118

onaylayan isabetsiz bir karara imza atmıştır.<sup>101</sup> Bu karara göre iş sözleşmesiyle önceden alınan genel nitelikli bir onay, işçinin aldığı toplam gelirin düşmesine yol açsa da geçerli sayılmalıdır. Karara göre:

*"...Dava tarihinde henüz 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun da yürürlüğe girmemiş olduğu dikkate alındığında, işverene iş sözleşmesinde değişiklik yapmak yetkisi veren kayıtlar geçerli olup bu kayıtlar neticesinde işverenin yönetim hakkı kapsamı genişlemektedir. Bu durumda işverence işçi tarafından verilen değişiklik yapma yetkisine dayanılarak iş sözleşmesinde değişiklik yapılması 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesine aykırı olacak şekilde çalışma koşullarının değiştirildiği şeklinde değerlendirilemez. Davalı işveren tarafından sınıf ve unvan değişikliğine bağlı olarak ücretin düşürülmesi dışında ayrıca ücrette bir indirimle gidilmediği de göz önünde bulundurulduğunda davanın reddi yerine yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilerek davacı lehine fark ücret alacağına hükmedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."*

Aynı Daire, Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu ve oy çokluğu ile aldığı yeni bir kararda ise değişiklik kaydını, yeni TBK hükümleri açısından herhangi bir değerlendirmeye tabi tutmadan, içerik açısından da herhangi bir denetim yapmadan geçerli kabul etmiş; işçinin, iş sözleşmesinde Türkiye sınırları içinde işin ve görev yerinin işverence değiştirilebileceğine muvafakat etmesi halinde işverenin sözleşme hükümleri gereğince iş ve çalışma yerini değiştirmeye yetkili olduğu sonucuna ulaşmıştır.<sup>102</sup>

#### **4. Değişiklik Kaydının Geçerliliğinin Değerlendirilmesinde Kanun Koyucunun Gerçek İradesinin Saptanması**

##### **4.1 Dönemin Komisyon ve Genel Kurul Tutanaklarına Yansıyan Meclis İradesi**

Değişiklik kaydının geçerliliğinin değerlendirilmesinde öncelikle İş Kanunu Tasarısı'nın saklı kayıtlarla ilgili hükmünün yasa metninden çıkarılmasının kanun koyucunun iradesinin tespitinde nasıl yorumlanacağı sorusunun yanıtlanması gerekmektedir. Nitekim değişiklik kayıtlarının geçerliliği ile ilgili İş Hukuku öğretisinde yapılan yorumlarda yasalaşma sürecindeki bu değişikliğin anlamlandırılmasına, bazı

<sup>101</sup> Yarg. 22 HD., 12.2.2013, E.2013/1704, K. 2010/2825

<sup>102</sup> Yarg. 22. HD., 28.02.2014, E.2014/2703, K. 2014/4285; Kararın muhalefet şerhi ise, Doktrindeki azınlık görüşünü benimsemektedir.

ihtimallerden söz edilerek kanun koyucunun gerçek iradesinin saptanmasına çalışıldığı görülmektedir. Ancak İş Kanunu Tasarısı'nı hazırlayan Aile, Sağlık, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu'nda ve Mecliste 22. maddeye yönelik yapılan tartışmaların ve ikinci fıkranın kaldırılmasına yönelik olarak verilen önerge metni ve gerekçesinin bugüne kadar hiçbir akademik çalışmada ele alınmadığı anlaşılmaktadır. Konuya ilişkin literatürde önerge metni inceleme konusu yapılmadığından kanun koyucunun iradesine yönelik bir takım ihtimallerden bahsedilerek, ikinci fıkra hükmünün kaldırılmasındaki saikin ne olduğunun tespitine çalışılmaktadır. Makalemizde ise kanun koyucunun iradesinin saptanmasında komisyona sunulan ve kabul edilen önerge metninden ve meclis tutanaklarından yararlanılarak sonuca ulaşılmıştır. Gerçekten Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca hazırlanan ve Bakanlar Kurulu'nca 7.3.2003 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulan İş Kanunu Tasarısı'nın "çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi başlıklı" 23. maddesinin ikinci fıkrasında işverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkının saklı tutulduğu hallerde birinci fıkra hükmünün uygulanmayacağı öngörülmüştü. Ancak Tasarının Meclis Genel Kurulu'nda görüşüldüğü 24.4.2003 tarihli 71. Birleşimde, Aile, Sağlık ve Sosyal İşler Komisyonu tarafından, Tasarının 14. maddesinden başlamak üzere görüşülmeyen diğer maddelerin Komisyon'a geri verilmesi istenmiş<sup>103</sup>, Tasarının Komisyon'da yeniden görüşüldüğü 28.4.2003 tarihli 12. Birleşimde ise Komisyon Başkanlığı'na İş Kanunu'nun 22. maddesinin (Tasarının ilk halinde 23. madde) ikinci fıkrasının Tasarıdan çıkarılmasına yönelik dört milletvekilinin imzasını taşıyan bir önerge verilmiştir. Önerge metni ve gerekçesi aynen şöyledir:

*"Komisyonumuzda görülmekte olan İş Kanunu'nun 22. maddesinin ikinci fıkrasının tasarıdan çıkarılmasını arz ve teklif ediyoruz."*

Gerekçesi:

*"Tasarının ilk fıkrasında sözleşme değişikliğinin tarafların rızası dahilinde yapılabileceği kabul edilmişken ikinci fıkrada sözleşmelere işverenler lehine değişiklik yapılması kabul edilmektedir ki, bu durumda imza altına alınan sözleşmelerde bu hak hep saklı tutulacağından, ilk fıkranın hiçbir anlamı kalmamaktadır. Bu sebeple maddeden ikinci fıkra çıkartılmalıdır."*<sup>104</sup>

<sup>103</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil1/bas/b071m.htm>

<sup>104</sup> Sağlık Aile Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Başkanlığı arşivinden temin edil-

Önerge, Komisyon tarafından oy birliğiyle kabul edilmiş; Komisyon'un 28.3.2003 tarih ve 28 numaralı kararında "22. maddenin birinci fıkrasında sözleşme değişikliklerinin tarafların rızasına bağlandığı gerekçesiyle ikinci fıkranın metinden çıkarılmasına" karar verildiği ifade edilmiştir.<sup>105</sup> 22. madde Meclis Genel Kurulu'na sevk edilmiş ve bu haliyle kanunlaşmıştır.

Komisyonunda yapılan bu değişiklik Meclis Genel Kurulu görüşmelerinde de yankı bulmuştur. TBMM'nin 7.5.2003 tarihli 76. Birleşiminde yapılan bir değerlendirmede ikinci fıkra hükmünün kaldırılmasının olumlu bulunduğu şöyle belirtilmektedir:

"Asıl tasarıda yer alan ve son derece tehlikeli olan ikinci fıkra, yasa tasarısı metninden çıkarılmış. Bu hususu olumlu buluyoruz."<sup>106</sup>

21.5.2003 tarihli 82. Birleşimde yapılan bir değerlendirmede de ikinci fıkranın kaldırılmasının önemi şu şekilde ifade edilmektedir:

"Bu yasa tartışılırken, son noktada, işçi sendikalarımızın çok değerli uzmanlarıyla, konfederasyonlarımızın çok değerli uzmanlarıyla oturup, ortak bir çalışma yapmaya çalıştım. Bu çalışmada, işçi ve işveren arasındaki dengenin kurulması için olmazsa olmaz beş temel konu tespit ettik; çünkü bu yasayı hayata geçirirken temel hedefimiz, hem işçinin mağdur edilmemesi, işçinin korunması ilkesi hem de çağdaş standartların bu yasada hâkim olması kriteriydi. Konfederasyonlarımızın değerli uzmanlarıyla vardığımız mutabakatta, bana beş temel madde tespit edilmişti. Bu beş temel maddeden iki tanesini komisyon çalışmaları içerisinde çözdük. Bunlardan bir tanesi, çalışma koşullarında değişikliği içeren bir düzenlemeydi. Maalesef, bu düzenleme, çalışma koşullarını belirlerken işçiye yeni hakların sağlandığı ve işçinin bulunduğu bir maddeyken, sonradan ikinci bir fıkra eklenerek, burada, işçiye sağlanan hakların geri alınmasını öngörmekteydi ve komisyon çalışmalarında, katılan değerli arkadaşlarımızın da katkılarıyla, komisyonumuzun oybirliğiyle, bu madde, arkadaşlarımızın önerdiği çerçevede içerisinde hallolmuştur. Burada, bu fıkrada "İşverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkı saklı tutulduğu hallerde ve belirli süreli iş sözleşmelerinde yukarıdaki hükümler uygulanmaz; ancak, belirli

miştir. (Yayımlanmamıştır.)

<sup>105</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73ek1m.htm>

<sup>106</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil1/bas/b076m.htm>

sürelî iş sözleşmesinde işverenin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkı saklı tutulmamışsa, işçi rıza göstermedikçe, işveren, belirlenen şartları süre sonuna kadar uygulamakla yükümlüdür” hükmü yer almaktaydı. Burada, işveren tarafından istismarı mümkün olan bu hüküm -çünkü hepimiz, kimi kâğıtların, kimi hizmet sözleşmelerinin daha önceden imzalatıldığını biliyoruz- ortadan kaldırılmıştır.<sup>107</sup>

Görüldüğü üzere, Komisyon’a sunulan önerge metni-gerekçesi ve Meclis Genel Kurulu’nda ikinci fıkranın kaldırılması ile ilgili değerlendirmeler kanun koyucunun sosyal tarafların mutabakatıyla doğan ve saklı kayıtların geçersizliğine dair iradesini, hiçbir tartışmayı gerektirmeyecek şekilde açıklıkla ortaya koymaktadır. Gerçekten önerge gerekçesinde, ikinci fıkra ile sözleşmelere işverenler lehine değişiklik yapılması kabul edildiğinden ve sözleşmelerde bu hak hep saklı tutulacağından ilk fıkranın hiçbir anlamının kalmayacağı düşüncesiyle ikinci fıkranın maddeden çıkarılması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla Komisyon çalışmalarında saklı kayıtlara geçerlilik tanıyan fıkranın kaldırılmasının tek nedeni birinci fıkra ile işçiye tanınan hakların söz konusu fıkra ile bertaraf edilmesine engel olmaktır. Zira ikinci fıkranın korunmasıyla saklı kayıtlara geçerlilik tanınarak birinci fıkranın uygulanma alanı daralacak, madde ile işçiye tanınan hakların geri alınmasının yolu açılmış olacaktır. Bu konuda kanun koyucu bilinçli bir tercih yaparak, işveren istismarını önlemek amacıyla ilgili fıkra’yı metinden çıkarmıştır. Genel Kurul görüşme tutanaklarından ikinci fıkranın maddede oluşturduğu garabetin, sosyal ve siyasi tarafların mutabakatı da sağlanarak giderildiği anlaşılmaktadır. Zira tutanaklara göre bu hükmün kaldırılmasında işçi sendikaları ve konfederasyonlarla ortak çalışmalar yapılmış, önerge değişikliği de Komisyonda oy birliğiyle kabul edilmiştir. Buradan hareketle saklı kayıtların geçersizliği bağlamında kanun koyucunun iradesinin sosyal tarafların iradesiyle birleştiği ve bu anlamda toplumsal bir mutabakatın oluştuğu söylenebilir.

22. maddenin emredici niteliği dikkate alındığında da bunun dışında bir çözüm, eşyanın tabiatına aykırılık taşıyacak, ikinci fıkranın mevcudiyeti halinde ilk fıkroda işçiye sağlanan haklar anlamını ve değerini yitirecek, daha açık bir ifadeyle yok sayılmış olacaktır.

<sup>107</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil1/bas/b082m.htm>



## 4.2 Kanun Koyucunun Gerçek İradesinin Saptanmasında Hazırlık Çalışmalarının Rolü

İş K. 22. maddenin birinci fıkraya hükmünü etkisiz-anlamsız hale getireceği düşüncesiyle ikinci fıkraya hükmünü ortadan kaldıran önerge metni ve dönemin meclis tutanakları, saklı kayıtların geçerli olduğu yönündeki görüşün temel gerekçesini oluşturan “İş Kanunu Tasarısı’nda yer alan bir hükme yasada yer verilmemesi doğrudan yasa koyucunun iradesinin aksi yönde olduğunu göstermez” şeklindeki değerlendirmeleri ve kanun koyucunun iradesine yönelik olarak ortaya atılan ihtimal ve teorileri tümünden geçersiz kılmaktadır. Zira önerge ve görüşme metinleri kapsamında kanun koyucunun temel düşüncesinin saklı kayıtların geçerli olmayacağı yönünde tezahür etmiş olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Ancak İş Hukuku’nda tartışılan bir diğer sorun, meclis-komisyon çalışmalarının ve dolayısıyla kanun koyucunun iradesinin, hükmün yorumuna olan etkisi, bir başka anlatımla hazırlık çalışmalarının kanunun yorumunda bağlayıcı olup olmadığı yönündedir. Bir görüşe göre kanunların yorumunda, Meclis’teki çalışmalar bağlayıcı bir nitelik taşımadığından, objektif yorum yönteminin esas alınarak Bilim Kurulu taslağında yer alan değişiklik yapma yetkisinin Meclis çalışmalarında metinden çıkarılması, bu konuda bir yasağın getirildiği şeklinde yorumlanmamalıdır.<sup>108</sup> Gerçekten kanun hükümlerinin yorumlanmasında kabul gören bir yöntem olarak objektif-amaçsal teoriye göre, bir kanun hükmü öngörülmediği andan itibaren kanun koyucunun iradesinden bağımsız, kendine özgü bir varlık kazanır. Bu nedenle, yorum yapılırken kanun koyucunun iradesinin esas alınması her zaman isabetli sonuçlara vardırılmazdır. Önemli olan yorum yapıldığı zamanda kanunun amacının belirlenmesidir.<sup>109</sup> Başka bir anlatımla kanun koyucunun kanunu öngörürken güttüğü amacın değil, fakat kanunun uygulanacağı andaki toplumsal ihtiyaçlar karşısında bulunması halinde güdeceği amacın araştırılması ve hükmün ona göre yorumlanması gerekir.<sup>110</sup> Kanunların yorumlanmasında bir diğer yorum tarzı tarihi yorumdur. Tarihi yoruma göre ise, kanunun ön çalışmalarında açık bir biçimde deyimlenmiş ve tasarı, gerekçe, ko-

<sup>108</sup> Süzek, “Değişiklik Feshi”, s.16-17

<sup>109</sup> Süzek, “İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.56 S.4,2007, s.213

<sup>110</sup> Süzek, İş Hukuku, s.26; Bektaş Kar, “İş Hukuku’nda Yorum”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.7, S.28, Aralık 2012, s.74



misyon ya da meclis tutanaklarında yazılı olarak saptanmış olan tarihi kanun koyucunun iradesinde, kanunun yorumuyla ilgili sorunların çözümü için bir anahtar bulunması olanağı vardır.<sup>111</sup> Bu anlamda kanunun materyalleri, daha doğrusu kanun koyucunun iradesi ve kanunun meydana geliş süreci değerli, yardımcı bir araçtır.<sup>112</sup> Gerçekten bir kanun maddesinin yorumlanmasında, metin tam olarak şekillenmeden, başka bir deyişle kanun biçimini almadan önce yaşanan tarihsel süreç, yasama çalışmaları, madde gerekçeleri, komisyon tartışmaları, önergeler, yasa koyucunun gerçek iradesinin anlaşılması açısından önem arz eder. Elbette sadece kanun maddelerinin yasama organındaki görüşülmesi sırasında ileri sürülen görüşler kanun maddesinin yorumlanmasında tek başına esas alınamaz. Ancak hazırlık çalışmalarının, hükmün amacının tespitinde yol gösterici niteliği inkâr edilemez. Dolayısıyla yargıç, bir hükmü uygularken yasama çalışmalarından ve madde gerekçelerinden de yararlanabilir.<sup>113</sup> Nitekim Yargıtay, İş Kanunu'nun 22. maddesinin yasama süreci ile benzerlik gösteren 34. maddenin yorumu ile ilgili olarak kanun koyucunun iradesinin tespitinde Meclis çalışmalarını esas almış; yasa tasarısında işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçındığı süre içerisinde ücretini işverenden talep edebileceği şeklinde düzenlenen hükmün Meclis'teki görüşmeler sırasında yasa metninden çıkarılmasını, boşta geçen sürede ücret isteyemeyeceğine dair oluşan Meclis iradesi olarak değerlendirmiştir.<sup>114</sup>

<sup>111</sup> Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1983, s.194

<sup>112</sup> Aral, s.194

<sup>113</sup> Ali Güzel, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları", *A.Can Tuncay'a Armağan*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s.72

<sup>114</sup> "İşçinin ücretinin ödeme gününden itibaren 20 gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmemesi halinde işçi iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu süre içinde ücret ödemesi uygulaması yapılacağı yasa tasarısında düzenlendiği halde Türkiye Büyük Millet Meclisindeki görüşmeler sırasında bu düzenleme yasa metninden çıkarılmış ve bu suretle Yasama organı boşta geçen bu sürede ücret istenemeyeceğine dair iradesini açık olarak ortaya koymuştur. 34. maddenin bu düzenlemesine göre işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçındığı bu sürenin ücretini işverenden talep etmesi mümkün değildir." Kararın incelemesi için Bkz. Ali Güzel, "Karar İncelemesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S.5, 2005/2; Seracettin Göktaş, "Ücret, Fazla Çalışma Ücreti ve İş Görmekten Kaçınmaya İlişkin Yargıtay Kararları", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri 13. Yıl Toplantısı*, Galatasaray Üniversitesi Ortaköy Kampüsü 12 Haziran 2009, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul Aralık 2010, s.394; Uzun, s.54; Kanımızca, Yüksek Mahkeme'nin 34. maddeye ilişkin olarak yapmış

Kanımızca, kanunun yorumunda amaçsal yorum tarzına üstünlük tanınabilmesi için en azından kanunun konuluş zamanı ile kanunun yorum zamanı arasındaki sosyo-ekonomik şartların değişmesi ve hükmün sosyal-ekonomik ihtiyaçları tarihsel süreç içerisinde karşılayamaması gerekir. Aral'a göre de özellikle kanun yeni olduğu zaman kanun koyucunun izlediği amaç, kanunun objektif anlamına yani bugün hizmet etmekte olduğu amaca uygun düşer. Kanun eskidikçe ihtiyaçlar, sosyal koşullar, görüşler ve değer hükümleri değişebilir.<sup>115</sup> Oysa 22. maddenin yürürlüğünün yeni olması itibarıyla, çalışma ilişkileri alanında amaçsal-objektif yorum tarzının yapılmasını gerektirecek bir sosyal değişim yaşanmamıştır. Diğer taraftan ekonomik ve sosyal mülahazalarla tarihi yorum yerine amaçsal yorum tarzı benimsenerek kanun koyucunun açık iradesinin aksine işçinin aleyhine sonuç doğuracak bir çözüm tarzının uygulanması her şeyden önce İş Hukuku'nun olmazsa olmazını oluşturan "işçinin korunması" ve "işçi lehine yorum" ilkelerine aykırılık oluşturur. Yasayı zamanın ihtiyaç ve koşullarına uydurmak gerekçesiyle yasa hükmüne uymayan bir sonuca yorum yolu ile varmak doğru değildir.<sup>116</sup> Bu itibarla, 22. maddenin anlamında ve ikinci fıkranın Tasarıdan çıkarılmasının yorumlanmasında tarihi-amaçsal yorum ayırımından önce uygulanması gereken yorum tarzı işçi lehine yorumdur. Bu çözüm tarzına göre İş Hukuku'na ait hükümlerin yorumunda tereddüt halinde belirsizliğin hakkın özünü ortadan kaldırmadan işçi lehine yorum ilkesi gereğince giderilmesi gerekir. Bir kanun hükmü açık değilse, birden fazla anlam verilebiliyorsa yorumlanmaya muhtaç demektir. Bu durumda farklı anlamlardan işçi yararına olanın tercih edilmesi gerekir.<sup>117</sup> Mevzuatın açık olmayan, duraksama doğuran hükümlerinin yorumlanmasında<sup>118</sup> işçiyi koruma amacı gözetilmelidir. Mevzuatta açıkça düzenlenmeyen bir sorunun çözümünde İş Hukukuna has il-

---

olduğu yorumda Meclis iradesine geçerlik tanırken, aynı yasalama sürecini yaşayan 22. maddeye ilişkin Meclis iradesini yok sayması ciddi bir çelişki oluşturmaktadır.

<sup>115</sup> Aral, s.195

<sup>116</sup> Süzek, İş Hukuku, s.25

<sup>117</sup> Şakar, İş Kanunu Yorumu, s.36; Aynı yazar: İş Hukuku Uygulaması, Beta Basım Yayım, 10. Basım, İstanbul Kasım 2014, s.12

<sup>118</sup> Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayım, 27. Basım, İstanbul Ekim 2014, s.24

kelerin göz önüne alınarak uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekir.<sup>119</sup> İş Hukuku kurallarının yorumunda uygulanacak yöntemler Yargıtay'ın 1958 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile de ortaya konulmuştur.<sup>120</sup> Bu kararda da İş Hukuku'na ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesinin İş Hukuku'nun ana kaidelerinden olduğu neticesine varılmıştır.<sup>121</sup> Olaya uygulanacak hükümlerin tereddüdü halinde, birine üstünlük verilemediği durumlarda yine işçi lehine yorum yöntemine başvurulmalıdır.<sup>122</sup> Dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu'nun TBMM'ye sevk edilen Tasarısı'nun 22. maddesinde düzenlenen ikinci fıkranın yasalaşma safhasında çıkarılmış olması ve belirtilen hükmün 4857 sayılı Kanun'daki mevcut haliyle yasalaşması, ister tarihi yorumla ister işçi lehine yorumla değerlendirilsin, kanun koyucunun sözleşme kayıtlarını yasaklama amacında olduğunu ifade eder. Gerçekten 1475 sayılı İş Kanunu'nda geçerli sayılan değişiklik kayıtlarına ilişkin hükmün yeni kanunun ilk hazırlanış aşamasında korunurken, daha sonrasında ortadan kaldırılması kanun koyucunun bilinçli bir tercihte bulunduğunu göstermektedir. Diğer taraftan İş Kanunu'nun 22. maddesinin 1475 sayılı Kanun döneminin tecrübelerinden hareketle ve eski dönemde yaşanan işçi aleyhine uygulamaların giderilmesi amacıyla düzenlendiği de gözden uzak tutulmamalı, Genel Kurul görüşmelerinde belirtildiği gibi işçi aleyhine uygulamaların yeniden gündeme getirilmesinin yolu açılmamalıdır. Zira 4857 sayılı Kanun, "çalışma şartlarında esaslı değişiklik" kavramının ruhunda ve özünde -işçi lehine- değişiklik yapmıştır. Bu açıdan 1475 sayılı Kanun'dan daha ilerici bir kimliğe sahiptir. 4857'nin getirdiği yenilik ve değişikliklere rağmen 1475 sayılı Kanun'un uygulamasında direktmek her şeyden önce bir geriye gidişin ifadesidir. Oysa: "İş Hukuku, işçi hakları bağlamında sürekli ileriye yönelik gelişimci bir karaktere sahiptir; iş ilişkilerini düzenleyen her yeni hukuk kuralı, kural olarak eskisine göre işçilere daha fazla hak sağlayan bir niteliğe sahiptir ya da sahip olmalıdır."<sup>123</sup>

<sup>119</sup> Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.16

<sup>120</sup> 27.05.1958 tarih E. 1957/15 E, K.1958/5; Kar, s.75;

<sup>121</sup> Kar, s.75

<sup>122</sup> Kar, s.81

<sup>123</sup> Mollamahmutoğlu, "Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kazanılmış Hak, Kazanılmış Avantaj Kavramları", *Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C.5, S.3, Nisan 2000, s.563

## Sonuç

4857 sayılı İş Kanunu'nun İş Hukuku mevzuatına kazandırdığı 22. madde, işveren tarafından çalışma koşullarında esaslı değişikliğe gidilmesi halinde uygulanması gereken prosedürü kayıt altına almaktadır. Bu hüküm gereğince çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılabilmesi için işçinin yazılı rızasının alınması zorunludur ve bu zorunluluk, değişikliğin geçerliliğinin olmazsa olmaz koşuludur. Bu anlamda 22. madde, mutlak ve emredici niteliğinin bir sonucu olarak işverenin tek taraflı değişiklik yapabilme olanağını sınırlama fonksiyonuna sahiptir. Ancak 1475 sayılı İş Kanunu'nda, işverenin çalışma koşullarını baştan değiştirebileceğine yönelik iş sözleşmelerinde bir kayıt var ise, bu kaydın işçinin rızasının sonradan alınmasına gerek olmadan geçerli olduğu öngörülmüştü. 4857 sayılı Kanun'da ise 1475 sayılı Kanun'un aksine saklı kayıtlar konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Zira 22. maddenin İş Kanunu Tasarının ilk şeklinde mevcut olan ve değişiklik kaydına geçerlik tanıyan fıkrası, Komisyon'a verilen bir önergeyle kaldırılmıştır. Kanun hükmünün yasalaşma safhasında gidilen bu değişiklik İş Hukuku öğretisinde saklı kayıtlarının geçerliliği konusunda farklı yorumların yapılmasına yol açmıştır. Hâkim görüş, tasarıda yer alan bir hükme kanunda yer verilmemesinin doğrudan kanun koyucunun iradesinin aksi yönde olduğunu göstermeyeceği yönünde teşekkül etmiştir. Çalışmamızda ise, önerge gerekçesi ve Meclis Genel Kurulu görüşme tutanakları esas alınarak, bu değişikliğin kanun koyucunun iradi bir tercihi olarak saklı kayıtları yasaklama amacıyla yapıldığı sonucuna ulaşılmıştır. Zira ikinci fıkranın kaldırılmasına yönelik olarak verilen önergenin gerekçe metninde, ikinci fıkranın yürürlüğe girmesi halinde işverenlerin, sözleşmelerde lehlerine değişiklik yapılması kaydını hep saklı tutacaklarından birinci fıkranın hiçbir anlam ve değerinin kalmayacağı düşüncesiyle ilgili fıkranın Tasarıdan çıkarılması gerektiği belirtilmiştir. Bu doğrultuda Komisyon'a sunulan önerge kabul edilmiş ve Tasarı, Genel Kurul'da bu haliyle yasalaşmıştır. Meclis Genel Kurulu görüşme tutanaklarında da "işçiye sağlanan hakların geri alınmasını öngören hüküm" olarak nitelendirilen ikinci fıkranın, işveren istismarını önlemek amacıyla Tasarıdan kaldırıldığı ifade olunmuştur. Görüldüğü üzere önerge gerekçesi ve Meclis kayıtlarına göre kanun koyucunun iradesi her türlü tartışmayı giderecek ölçüde kat'idir ve açıktır. Bu kat'iyet ve açıklık karşısında, ikinci fıkra hükmünün kaldırılmasının kanun koyucunun saklı kayıtları yasakladığı anlamına gelmediği iddiası ileri sürülemez. Ancak

bu noktada kanunların yorumunda meclis iradesinin bağlayıcılığı boyutu tartışılabilir. Çalışmamızda, 22. maddenin yeni olması itibarıyla, amaçsal-objektif yorum tarzının yapılmasını gerektirecek bir sosyal değişimin çalışma ilişkileri alanında yaşanmadığı, ekonomik ve sosyal mülahazalarla tarihi yorum yerine amaçsal yorum tarzı uygulanarak kanun koyucunun açık iradesinin aksine işçinin aleyhine sonuç doğuracak bir çözüm tarzının benimsenmesinin her şeyden önce İş Hukuku'nun olmazsa olmazını oluşturan "işçi lehine yorum" ilkesine aykırılık oluşturduğu bu itibarla da, ikinci fıkra hükmünün yasalaşma sürecinde kaldırılmasının yorumunda tarihi-amaçsal yorum ayırımından önce uygulanması gereken yorum tarzının "işçi lehine" yorum olduğu değerlendirilmiştir. Bu açıdan kanun koyucu taslakta yer alan hükmü sonradan kanun metnine taşımayarak iradesini, değişiklik kaydının geçersiz olacağı yönünde kurduğundan sözleşmede önceden düzenlenen değişiklik kayıtları her halükarda geçersiz sayılmalıdır. Dolayısıyla sözleşme kayıtları olsa da çalışma koşullarındaki esaslı değişiklik her halükarda 22. madde prosedürüne tabi tutulmalı; işe girebilmek için serbest olmayan iradesi ile değişiklik kaydını kabul eden işçi ile sözleşme düzenlenmeyen ya da saklı kayıt içermeyen iş sözleşmesi imzalayan işçi arasında fark yaratılmamalıdır.

Son olarak belirtelim ki, İş Kanunu'nun 22. maddesi, işçi lehine yorum ilkesinin yasal düzenlemeye bir tür yansıma biçimidir. Başka bir anlatımla işçi lehine yorum ilkesi, İş Kanunu'nun 22. maddesinin hamurunda bulunmaktadır. İşçiyi korumak amacıyla ihdas edilen bir hükmün, "çalışma hayatının gerekleri" gibi ekonomik ya da sosyal mülahazalarla işçi aleyhine sonuç doğuracak şekilde yorumlanması mümkün değildir. Belirtelim ki, ekonomik ya da sosyal çözümler, kanun koyucunun tercihlerini belirlerken dikkate alınırlarsa da yargısal çözümde esas olan normatif çözümdür. Bu anlamda İş K. 22. maddesi normatif çözüm metodunu göstermiştir. Borçlar Hukuku'nun temel ilkelerinden sayılan "sözleşme özgürlüğü" ilkesi de değişiklik kaydı açısından normatif çözümden uzaklaşılmasını gerektirmez. İş Hukuku'na özgü ilke ve kurallar doğrultusunda birçok kanun hükmünün, sözleşme özgürlüğünü işçi lehine sınırlandırmasında olduğu gibi 22. madde de emredici niteliğiyle sözleşme özgürlüğünü İş Hukuku'nun sosyal karakterine uygun olarak işçi lehine daraltan bir sistem kurmuştur. İş sözleşmesindeki saklı kayıtların bu sistemin dışında değerlendirilerek işçinin korumasız bırakılması 4857 sayılı İş Kanunu'nun öngördüğü bir çözüm yolu olmayacaktır.

### Kaynakça

- Akın Levent, "İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı", Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, C.27, S.2, Mart 2013
- Alp Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2005 (İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 2005)
- Alp Mustafa, "Ekonomik Kriz Sırasında İş Sözleşmesinin Esaslı Değişiklik Uygulamaları İle Ayakta Tutulması", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri, 13. Yıl Toplantısı Galatasaray Üniversitesi Ortaköy Kampüsü 12 Haziran 2009, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul Aralık 2010
- Alp Mustafa, "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Yayınları, 2007 (İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi)
- Alp Mustafa, "İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.1, S.3, Eylül 2006 (İçerik Denetimi)
- Alpagut Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündükleri", Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi C.18, S. 5, Eylül 2004 (Esaslı Şartlarda Değişiklik)
- Alpagut Gülsevil, "İş Kanunu'nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı-Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S.9, 2006 (Uygulama Alanı)
- Alpagut Gülsevil, "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", *Bankacılar Dergisi*, Y.19, S.65, Haziran 2008 (Esaslı Değişiklik)
- Alpagut Gülsevil, İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Kamu-İş, Ankara 2012 (2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi)
- Alpagut Gülsevil, "Ferdî İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Kamu-İş, Ankara 2007
- Aral Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1983
- Aydın Ufuk, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.6, S.23, Eylül 2011
- Başterzi Süleyman, "Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk Ve İstihdam Üzerine Etkileri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.76, İstanbul 2005 (Feshe Karşı Koruma)
- Başbuğ Aydın, İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Eylül 2008
- Çelik Nuri, Nursen Canikioğlu ve Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayım, 27. Bası, İstanbul Ekim 2014
- Demircioğlu Murat, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2011



- Ekonomi Münir, "Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği", Çalışma Hayatında Esneklik Semineri, Çeşme Altın Yunus 27-31 Ekim 1993, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayını, İzmir 1994 (Esnekleşme Gereği)
- Ekonomi Münir, "Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C.4, S.2, Ankara 1997 (Çalışma Şartlarının Belirlenmesi)
- Ekonomi Münir, "Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Emsal Kararları", *Kamu-İş*, Ankara 2002
- Ekonomi Münir, "Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001", *Kamu-İş*, Ankara 2003
- Engin Murat, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, S.1-2, 2003
- Ertürk Şükran, "Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15, Özel Sayı, 2013 (Genel İş Koşulları)
- Eyrenci Öner, 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S.1, Ocak-Şubat-Mart 2004
- Göktaş Seracetin, "Ücret, Fazla Çalışma Ücreti ve İş Görmekten Kaçınmaya İlişkin Yargıtay Kararları", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri, 13. Yıl Toplantısı Galatasaray Üniversitesi Ortaköy Kampüsü 12 Haziran 2009, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul Aralık 2010
- Güzel Ali, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2007 (Bireysel İş İlişkisinin Kurulması)
- Güzel Ali, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, Mayıs 2004 (İş Güvencesi)
- Güzel Ali, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları", *A.Can Tunçay'a Armağan*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005
- Güzel Ali, "Karar İncelemesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S.5, 2005/2
- Güzel Ali, Deniz Ugan ve Emre Ertan, "Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri Bilgilendirme Yükümlülüğü" Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, Özel Sayı, İzmir 2007
- Hozar Nağme N, "İşverenin Yönetim Hakkına Dayanarak İşçiyi Başka Bir İşyerine Gönderebilmesine İlişkin Bir Karar İncelmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.1, S.2, Haziran 2006
- Kar Bektaş, "İş Hukuku'nda Yorum", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.7, S.28, Aralık 2012
- Keser Hakan, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara Ocak 2012 (Geçerli Sebep)



- Keser Hakan "4857 Sayılı İş Kanunu Yürürlüğe Girmeden Önceki Dönemde İşverence Tek Taraflı Olarak İkramiye Uygulamasına Son Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının İncelenmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.7, S.27, Eylül 2012
- Manav Eda, "İş Kanunu'nun 22. Maddesi Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Hukuki Sonuçları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.3, S.9, Nisan 2012 (İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi)
- Mollamahmutoglu Hamdi, "Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kazanılmış Hak, Kazanılmış Avantaj Kavramları", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C.5, S.3, Nisan 2000
- Mollamahmutoglu Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, Turhan Kitabevi, 6.Bası, Ankara 2014
- Narmanlıoğlu Ünal, *İş Hukuku*, Ferdi İş İlişkileri 1, Beta Basım Yayım, 4. Baskı, İstanbul Kasım 2012
- Narmanlıoğlu Ünal, "İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı mıdır?" *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.1, S.3, Eylül 2006 (Sözleşme Hükümleri)
- Özdemir Erdem, "İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar", *Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası*, İst. 2004
- Seçkin M. İhsan, *Çalışma Ekonomisi ve İş Hukuku Açısından Kısa Çalışma*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015
- Sümer Haluk Hadi, *İş Hukuku Uygulamaları*, Mimoza Basım, 4. Baskı, Konya Ağustos 2010
- Süzek Sarper, "Değişiklik Feshi", *TİSK Akademi*, C.1 S.1, Mart 2006 (Değişiklik Feshi)
- Süzek Sarper, *İş Hukuku*, Beta Basım Yayım, 9. Baskı, İstanbul 2013
- Süzek Sarper, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", *Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan*, TÜHİS Yayınları, Haziran 1998
- Süzek Sarper, "İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.56 S.4, 2007 (İşçi Ücretlerinin Ödenmemesi)
- Şakar Müjdat, *İş Kanunu Yorumu*, 6. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, İstanbul 2011
- Şakar Müjdat, *İş Hukuku Uygulaması*, Beta Basım Yayım, 10. Bası, İstanbul Kasım 2014
- Şen Murat, *İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara Mayıs 2005
- Taşkent Savaş, "İşverenin Yönetim Hakkı", *Meter Matbaası*, İstanbul 1981
- Taşkent Savaş, "Bireysel İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirmesi", *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004*, Kamu-İş, Ankara 2006,
- Tulukcu Binnur, "Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik", *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan* Beta Basım Yayım, İstanbul 2011 (Esaslı Değişiklik)

- Tulukcu Binnur, "Çalışma Şartlarında Esaslı Değişikliğe İlişkin Usule Uyulmaması Halinde İşveren Tarafından Yapılan Feshin Haksız Olduğuna Dair Yargıtay Kararı İncelemesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, S.2, 2008 (İnceleme)
- Uçum Mehmet, *Yeni İş Kanunu Seminer Notları*, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul Eylül 2003
- Uşan M. Fatih, "4857 sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi", *Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları*, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, Özel Sayı, 2007
- Uzun Bekir, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.1, S.2, Haziran 2006
- Yenisey Kübra Doğan, "Çalışma Koşullarında Değişiklik", III. Yılında İş Yasası Semineri, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, Bodrum, 21-25 Eylül 2005 (Çalışma Koşullarında Değişiklik 2005)
- Yenisey Kübra Doğan, "İşverene Hizmet Akdinin Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi", *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan*, C.2, İstanbul 2001
- Yenisey Kübra Doğan, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S.26, 2010/3 (Çalışma Koşullarında Değişiklik)

# SPOR MÜSABAKALARINDA MEYDANA GELEN BEDENSEL ZARARLARDA SPORCUNUN DİKKAT VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

## DUTY OF CARE AND ATTENTION OF ATHLETE CONCERNING BODILY HARM AT THE SPORTS COMPETITIONS

Alparslan ŞİMŞEK\*

**Özet:** Hukuk düzenince belirli bir hareket serbestîsinin tanındığı spor müsabakalarında, hukuka aykırı her fiil hukuki sorumluluğu doğurmayacaktır. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep ve/veya kabul edilen riskin varlığında hukuki sorumluluk gündeme gelmeyecektir. Ayrıca, haksız fiile ilişkin genel ilkelerden farklı olarak, spor müsabakalarında sporcunun kusuru da ayrı birtakım özellikler barındırmaktadır. Basit, düşüncesiz hareketlerle oyun kurallarının aşılması sonucu oluşan zararların, zarar gören tarafından talep edilemeyeceği esası getirilerek kusurun subjektifleştirildiğini görmekteyiz. İhmalin tespitinde oyun kuralları esas alınır. Ancak, bir meslek olarak icra edilen sporlarda dahi, müsabakanın vermiş olduğu yorgunluk, heyecan gibi sebepler neticesinde sporcunun dikkatsiz davranışı sonucu oluşan zarardan dolayı sporcu sorumlu olmayacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Sporcu, Haksız Fiil, İhmal.

**Abstract:** According to the legal order, in sports competitions recognized a certain freedom of movement, every unlawful act will not cause legal liability. In the presence of a reason extinguishing unlawfulness and accepted risk, legal liability will not come into question. Also, as distinct from the general principles on unlawful act, in sport competitions foul of the athlete contains a number of various features. We see that the fault is rendered subjective by being brought to the basis that the damages occurring as a result of transgressing the game rules with reckless, disregardful movements will not be demanded by the damaged person. In determination of negligence, the game rules are taken as a basis. But also in professional sports, in consequence of the factors such as tiredness and excitement caused by competition athlete will not be held liable for the damage occurring as a result of his disregardful behavior.

**Keywords:** Athlete, Torts, Negligence.

## I. Giriş

Öncelikle, belirtmek gerekir ki spor hukukunda ayrı bir hukuki sorumluluk rejimi bulunmamaktadır ancak sportif faaliyetlerin kendine özgü yapısından kaynaklanan bir takım farklılıklar bulunmaktadır.<sup>1</sup>

Spor, önceden belirlenmiş kurallar dâhilinde yapılan, yarışma ve eğlenceye dayalı olarak ve/veya maddi bir karşılık için yapılan bedensel veya zihinsel harekettir.<sup>2</sup> Tanımdan da anlaşılacağı üzere spor, kurallara uygun olarak yapılması zorunlu bir sosyal faaliyet olduğundan, her türlü sportif faaliyetin ister profesyonel isterse amatör olsun kurallara uygun olarak yapılması zorunludur.<sup>3</sup> Kurallara uygun olarak yapılmayan bir karşılaşma içerisinde meydana gelen veya oyun kurallarının izin vermediği sertlikler sonucu meydana gelen ölüm ve yaralanmalardan dolayı hukuki ve cezai sorumluluk gündeme gelecektir.<sup>4</sup>

Sporcuların ölümlerinden ve yaralanmalarından dolayı sporcuların hukuki sorumluluğu Türk Borçlar Kanununun 49 vd. hükümlerine tabi bir haksız fiil sorumluluğudur. Spor karşılaşmalarına katılan sporcular arasında kural olarak doğrudan bir sözleşmesel ilişki bulunmadığından, sporcuların birbirlerine karşı sorumluluklarında haksız fiil hükümleri uygulanacaktır.<sup>5</sup>

Spor müsabakalarında sporcuların fiillerinden dolayı sorumlulukları zarar, kusur, hukuka aykırılık, illiyet bağı unsurları bir arada

<sup>1</sup> Ümit Kocasakal, "Sporda Hukuki ve Cezai Sorumluluk", 1. Uluslararası Spor Hukuku Kurultayı, Ankara, 12 Ocak 2009, (ss. 54-61), Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2010. s. 54; Geniş bilgi için bkz. Alparslan Şimşek, Spor Müsabakalarında Sporcuların Ölmesinden ve Yaralanmasından Doğan Hukuki Sorumluluk (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2013, s. 77 vd.

<sup>2</sup> Ramazan Çağlayan, Spor Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2007, s. 12; Dieter Voigt, Spor Sosyolojisi, (Çev. Ayşe Atalay), Alkım Yayınları, İstanbul 1998, s. 86; Rifat Erten, Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Adalet Yayınları, Ankara 2007, s. 10; Recep Gülşen, Spor Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.1; Kurthan Fişek, Devlet Politikası ve Toplumsal Yapıyla İlişkileri Açısından Dünya'da ve Türkiye'de Spor Yönetimi, Bağırğan Yayınevi, (2. Baskı), Ankara 1998, s. 37; Spor, sporcu, spor müsabakası kavramlarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Şimşek, s. 9 vd.

<sup>3</sup> Şeref Ertaş, Hasan Petek, Spor Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 307.

<sup>4</sup> Ertaş, Petek, s. 307.

<sup>5</sup> Ertaş, Petek, s. 310; Çağlayan, s. 178; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2013/4-364 Esas, 2013/1543 Karar, 06.11.2013 Tarih.

gerçekleştiği an gündeme gelecektir. Sporcuların hukuki sorumluluğunun tespitinde, genel düzenlemelerden farklılık arz eden hususlar kabul edilen risk ve kusurda karşımıza çıkmaktadır.

Zarar gören, hukuk düzenince izin verilen bir takım faaliyetlere kendi isteği ile katılarak açık veya örtülü rızası ile bu faaliyet neticesinde kendisinde meydana gelen zararları kabul etmiş olur ve meydana gelen zarardan dolayı zarar vereni hukuki olarak sorumlu tutamaz. Spor müsabakalarda bu husus karşımıza çıkmaktadır ve kabul edilen risk ile açıklanmaya çalışılmaktadır.<sup>6</sup> Kabul edilen risk ( *acceptation du risque*, *assumption of the risk*, *Handeln auf eigene Gefahr*), kişinin, genel davranış kurallarını ihlal eden belirli riskli hareketleri sonucunda meydana gelen zararlı neticeden sorumlu olmamasıdır. Başka bir deyişle, kişinin belirli riskli hareketi sonucu, hukuk düzenince koruma altına alınan değerlerin ihlali neticesinde meydana gelen zarardan sorumlu olmamasıdır.<sup>7</sup>

Bir hareket neticesinde meydana gelen zararın “kabul edilen risk” ile açıklanabilmesi için o hareketin, icra edilen sporun doğasında olması gerekmektedir.<sup>8</sup> Yani, zararı doğurucu hareket olmaksızın o sporun icrasının mümkün olmaması gerekir. Onun içindir ki riskli hareket belirli olmalı ve risk sonucu meydana gelen zarar sporcunun hareketine yüklenebilmelidir. Sporun kapsamını aşan bir hareketle gönüllü olarak yaralanma riski söz konusu olamaz.

<sup>6</sup> Doktrinde kabul edilen risk terimi yerine “zararı göze alarak katılım” terimi de kullanılmaktadır (Ertas, Petek, s. 64; Çağlayan, s. 37.); Bazı Yargıtay kararlarında aksi tesadüf ifadesinin de kullanıldığını görmekteyiz (Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 2007/4504 Esas, 2007/8407 Karar, 22.5.2007 Tarih).

<sup>7</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Şimşek, s. 85 vd.

<sup>8</sup> Karşılaştırmalı hukuk için bkz. Klaus Vieweg, “Spor Hukukunun Büyüsü”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (1), 2010, 15-52, s. 43; Simon Gardiner, Mark James, John O’Leary, Roger Welch, Jan Blackshaw, Simon Boyes, Ander Caiger, *Sports Law*, (Third Edition), Cavendish Publishing Limited, Oxon 2006, s. 642; Walter Champion, *Sports Law: Cases, Documents and Metterials*, Aspen, New York 2005, s. 332; Glenn M. Wong, *Essential of Sports Law*, (Fourt Edition), ABC-CLIO, California 2010, s. 76; Dominic Villa, “Liability for Personal Injury Arising from the Supply of Recreational Services”, *Australian and New Zealand Sports Law Journal*, 4 (1), 2009, s. 65; Natasha Schot, “Negligent Liability in Sport”, *Sports Law eJournal*, 1 (1), 2005, s. 4; Kocasakal, s. 57; Alexandru-Virgil Voicu, “Romania Civil Liability Arising from Breaches of Sports Regulations”, *The International Sports Law Journal*, (1-2), 2005, 22-23, s. 22.

Spor müsabakasına katılan sporcu, meydana gelebilecek zararlı neticeyi kabul etmiştir.<sup>9</sup> Burada “kabul”ü kullanmamızdaki amaç, sporçunun zararlı sonucu istemese de kabul edilen risk gereği, zarar veren sporcudan tazminat talep edememesidir. Müsabakaya katılan hiçbir sporcu, riskli hareket sonucu meydana gelen zararı istemez.<sup>10</sup> Benzer bir hukuki durum olan tıbbi müdahalede de ameliyat olan hasta, iyileşmek ümidiyle tıbbi müdahaleyi kabul etmektedir. Hasta, hiçbir zaman ölmek istememektedir. Aksine, iyileşme umuduyla tıbbi müdahaleye razı olmaktadır. Sporcu zararlı neticeyi istemese dahi böyle bir yaralanma olasılığını göze alarak sportif etkinliğe katılmıştır.<sup>11</sup> Bir diğer husus ise kabul edilen riskin sorumluluğu engelleyebilmesi için sporcu katılmış olduğu sporda bu riskin meydana gelebileceğini bilmesi gerekmektedir.<sup>12</sup> Bunun yanında, müsabakaya gönüllü olarak katılmış olması gerekir. Nitekim sporçunun zorla müsabakaya katılması halinde, meydana gelen zarardan zarar veren sporcu sorumlu olacaktır. Sporcu, riskli hareket neticesinde meydana gelen zararı kabul etme iradesini ise açık veya zımni iradesi ile ortaya koymaktadır.<sup>13</sup>

Kabul edilen riskin varlığından söz edebilmek için sporun kurallarına uygun bir şekilde gerçekleştirilmiş olması gerekir.<sup>14</sup> Ayrıca, devletin izin verdiği bir spor olması gerekir. Nitekim yapılan oyunun spor kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekir.<sup>15</sup>

Meydana gelen zararın kabul edilen risk kapsamında değerlendirilebilmesi için katılımcı sporunun gerekli tüm dikkat ve özeni göstermesi gerekmektedir. Sporcular öngörülebilir riskleri önlemek için her türlü özeni göstermekle yükümlüdürler. Bu aşamada sporçunun dikkat ve özen yükümlülüğünün tespiti önem arz etmektedir.

<sup>9</sup> Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey, Emre Gökyayla, Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku- Aile Hukuku, (6. Baskı), Ankara 1999, s. 506; Ertaş, Petek, s. 64; Çağlayan, s. 38.

<sup>10</sup> Zevkliler, Acabey, Gökyayla, s. 506; Ertaş, Petek, s. 64; Çağlayan, s. 38.

<sup>11</sup> Zevkliler, Acabey, Gökyayla, s. 506; Ertaş, Petek, s. 64; Çağlayan, s. 38.

<sup>12</sup> Erica K. Rosenthal, “Inside the Lines: Basing Negligence Liability in Sports for Safty-Based Rule Violations on the Level of Play”, *Fordham Law Review*, 72, 2004, s. 2642.

<sup>13</sup> Ertaş, Petek, s. 64; Çağlayan, s. 38.

<sup>14</sup> Zevkliler, Acabey, Gökyayla, s. 506; Ertaş, Petek, s. 64; Çağlayan, s. 38.

<sup>15</sup> Ertaş, Petek, s. 65; Çağlayan, s. 38; Zevkliler, Acabey, Gökyayla, s. 506.

## II. Sporcunun Dikkat ve Özen Yükümlülüğü

Spor müsabakalarında, sporcuların ölmesinden ve yaralanmasından kaynaklanan sorumlulukta ilke olarak, sporcuların sorumluluğu kusur sorumluluğuna dayanmaktadır.

Kusur sorumluluğunda, fiilin işlenmesinde kusurlu olunması esastır. Doktrinde verilen tanımlar nazara alındığında kusurun tarifini şöyle yapabiliriz: *“Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeteri derecede kullanmamaktır.”*<sup>16</sup>

Bir spor müsabakasında sporcunun kusurundan bahsedebilmemiz için sporcunun, hukuka aykırı sonucu istemesi veya bu sonucu istememekle beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterince kullanmaması gerekir.

Spor müsabakalarında sporcunun kusurun bir türü olan kastın tespiti kolay olsa da sporcunun davranışının ne zaman kınan bir davranış olacağıнын kesin ölçüsü verilemeyecek ve tayini güç bir sorun oluşturacaktır. Sadece spor müsabakalarında değil, aynı zamanda failin hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmış sayılıp sayılmayacağı sorunu genel olarak diğer haksız fiil sorumluluklarında da tespiti zordur.<sup>17</sup>

### A. Sporcunun Kusurunun Kast Derecesinde Olması

Kast, kusurun en ağır derecesi olup failin hukuka aykırı sonucu bildiğini ve bu sonucu istediğini ifade etmektedir.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (4. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 2004, s. 526; Diğer tanımlar için bkz. S. Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (7. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 1993, s. 492; Haluk Tandoğan, Türk Mes’uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet, Ajans- Türk Matbaası, Ankara 1961, s. 45; Selim Kaneti, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977 Ankara, (ss. 29-66), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1980, s. 40; Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (20. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 136; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (6. Baskı), Turhan Kitapevi, Ankara 2005, s. 223; Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (8. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 529,530; Haluk Nomer, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (10. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 110,112; Ertaş, Petek, s. 66; Çağlayan, s. 38.

<sup>17</sup> Oğuzman, Öz, s. 527.

<sup>18</sup> Oğuzman, Öz, s. 528; Kaneti, s. 52; Kılıçoğlu, s. 224; Eren, s. 535,536; Zahit İmre, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes’uliyet Halleri, İstanbul 1949, s. 26;



Sporcu davranışı ile hukuka aykırı sonucu görüp ve istemesi halinde kastının varlığından söz edebiliriz. Bir futbol müsabakasında, bir sporcu, bir başka sporcuya kasten yumruk atarak o sporunun burnunun kırılması, gözünün zarar görmesi gibi zarar verici bir fiil işlerse, bu hareketler spor kuralları dışında olacağından, sporçunun hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir.<sup>19</sup> Burada sporcu oyun kuralları dışına çıktığını ve bu fiilin hukuka aykırı, zarar verici bir sonuca sebep olduğunu bilmekte ve istemektedir.

Spor müsabakalarında, sporçunun amatör veya profesyonel olması, fiilin kastla işlenmesinde herhangi bir değişiklik ortaya çıkarmayacaktır.<sup>20</sup> Sporcu, ister amatör olsun isterse profesyonel olsun kusurun derecesi kast ise meydana gelen zarardan dolayı hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir.

Eğer sporcu, doğrudan doğruya sonucu istemişse doğrudan kast,<sup>21</sup> eğer sporcu, sonucu doğrudan doğruya istememekle beraber bu sonucun meydana gelmesi ihtimalini göze alarak hareket etmişse dolaylı veya ihtimali kasttan(dolus eventualis) söz edilir.<sup>22</sup> Her iki durumda da sporçunun kastının varlığı nedeni ile hukuki sorumluluk gündeme gelecektir.

Kastın söz konusu olduğu durumlarda, fail ihlal ettiği kuralın varlığını bilmesede dahi, failin isteyerek meydana getirdiği sonuca ilişkin fiili hukuka aykırı ise kastın varlığı kabul edilir.<sup>23</sup> Sporcu oyun kuralları dışına çıkararak vermiş olduğu zarardan sorumlu olacaktır. Bu sebeple katılmış olduğu müsabakada ilgili sporun kurallarını bilmediğini ileri sürmesi sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

Sporçunun kasttan dolayı sorumluluğuna gidilmesinde, doğacak zararın biçimini ve kapsamını bilmesi aranmayacaktır. Nitekim kasttan dolayı sorumlu olmak için failin doğacak zararın biçimini ve kapsamını bilmesi aranmamaktadır ve sadece hukuka aykırılık bilinci ve isteğine sahip olmak yeterli olacaktır.<sup>24</sup>

---

Ertaş, Petek, s. 66; Çağlayan, s. 39.

<sup>19</sup> Çağlayan, s. 16.

<sup>20</sup> Ertaş, Petek, s. 313.

<sup>21</sup> Oğuzman, Öz, s. 528; Hüseyin Hatemi, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, (2. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 1998, s. 68.

<sup>22</sup> Hatemi, s. 68; Oğuzman, Öz, s. 528; Reisoğlu, s. 137.

<sup>23</sup> Oğuzman, Öz, s. 528.

<sup>24</sup> Oğuzman, Öz, s. 529.

## B. Sporcu Kusurunun İhmal Derecesinde Olması

### 1. Genel Olarak

İhmal, failin, hukuka aykırı sonucu istememesine rağmen, bu sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeteri derecede kullanmaması, hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesidir.<sup>25</sup> Hukuka aykırı sonucu meydana getiren fiil işlenirken, böyle bir fiil işleyen herkesin göstereceği dikkat ve özeni göstermemeye ağır ihmal,<sup>26</sup> hukuka aykırı fiil işlenirken böyle bir fiili işleyen herkesin değil, dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özeni göstermemiş olmaya da hafif ihmal denmektedir.<sup>27</sup>

Sporcunun dikkat ve özen yükümlülüğünün sosyal hayatta diğer kişilerden beklenen yükümlülükten farklı olduğu ilk olarak Kanada'da Agar v. Canning kararında ileri sürülmüş ve bu kararda, oyun esnasında sporcunun davranışlarının doğuştan var olduğu, önceden planlanmadığı ve normal sosyal hayatta beklenen dikkat ve özen yükümlülüğü dikkate alınarak karar verilemeyeceği vurgulanmıştır.<sup>28</sup>

Sporcunun dikkat ve özen yükümlülüğünün standardının normal sosyal hayatta beklenen dikkat ve özen yükümlülüğünden farklı olduğu gerçeği birçok hukuk sistemince kabul edilmiştir.<sup>29</sup> Örneğin, İngiltere'de Yüksek Mahkeme, Condon v Basi olayında,<sup>30</sup> sezilebilir

<sup>25</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 494; Oğuzman, Öz, s. 529; Kılıçoğlu, s. 225; Reisoğlu, s. 137,138; Eren, s. 540; Kaneti, s.52; Ertaş, Petek, s. 66; Çağlayan, s. 39.

<sup>26</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 495,496; Oğuzman, Öz, s. 529; Kılıçoğlu, s. 225; Tandoğan, s. 55; İmre, s. 27.

<sup>27</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 496; Oğuzman, Öz, s. 529; Kılıçoğlu, s. 226; Ergun Özsunay, "Türk Hukukunda İşleten'in Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından "Kusur"un Etkisi ve Önemi", Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977 Ankara, (ss. 67-128), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1980, s. 72; Tandoğan, s. 49.

<sup>28</sup> (1965) 54 WWR 302 (Tim Kevan, "Sports Person Injury", *International Sports Law Review* "Pandektis", (3), 2005, s. 64).

<sup>29</sup> Kevan, s. 64; Gardiner, James, O'Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 633; Rosenthal, s. 2656; Wong, s. 106; Champion, s. 252, Michael J. Belof, Tim Kerr ve Marie Demetriou, *Sports Law*, Hart Publishing, Oxford 1999, s. 114; Jack Anderson, "Spear-tackles and Sporting Conspiracies:Recent Developments in Tort Liability for Foul Play", *International Sports Law Journal*, (1-2), 2006, s. 41; Peter Charish, "A Reckless Approach to Negligence", *Journal of Personal Injury Law-Liability*, (4-04), 2004, s. 291; Mark James, "Sports Torts and the Development of Negligence in England", *International Sports Law Journal*, (2), 2003, s. 17; Vieweg, s. 45.

<sup>30</sup> [1985]1 WLR 866 (Gardiner, James, O'Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s.

yaralanmalara karşı bütün sporcuların objektif özen yükümlülüğüne sahip olması ile beraber, bunun belirlenmesinde subjektif ölçülerin ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, sporçunun tehlikeli bir oyun tarzı sergileyerek oyun kuralları dışına çıktığını belirterek, tazminata hükmetmiştir. Ancak, İngiltere Temyiz Mahkemesinin bu kararı ile de özen yükümlülüğünün tespitinin belirsizliği giderilememiştir.<sup>31</sup> Daha sonra, *Caldwell v Maguire and Fitzgerald*<sup>32</sup> kararında ihmalin sübjektifleştirilmesi daha belirgin olarak ortaya çıkmış ve spor müsabakalarındaki dikkat ve özen yükümlülüğü belirlenmiştir.<sup>33</sup> İngiliz Hukukunda sporçunun dikkat ve özen yükümlülüğünün tespitinde şu hususlar nazara alınmaktadır: Her sporcu diğer sporculara karşı özen yükümlülüğü altındadır; bu yükümlülük, müsabakanın niteliğine uygun ve makul olan her türlü özenin gösterilmesidir; bu yükümlülük, yarışma boyunca devam eder ve objektif koşullar altında diğer sporcuları yaralamaktan kaçınmayı kapsar; yarışmacılardan beklenen tehlikeden kaçınmak yükümlülüğünde ortalama bir insandan beklenen davranış beklenir yani, rakip oyuncunun kurallara uygun davranacağı beklenir. Bir diğer husus ise stres durumlarında (örneğin, üst düzey bir maçta) beceriksizlik, hata, anlık yanlış bir kararda özen yükümlülüğünün ihlal edilmiş olduğundan bahsedilemeyeceği belirtilmiştir.<sup>34</sup>

---

631 vd. ); İngiltere’de oynanan bir amatör lig futbol maçında futbolcu Basi, futbol kuralları dışına çıkarak rakip sporcu Condon’a faul yapmış ve ayağının kırılmasına sebep olmuştur. Basi, oyun kuralları dışına çıkarak tehlikeli ve dikkatsiz bir şekilde müdahale ederek Condon’un ayağının kırılmasına sebep olmuştur. Tehlikeli ve dikkatsiz bir oyun tarzı sergilediği ve oyun kuralları dışına çıktığı için hukuken sorumlu tutulmuştur.

<sup>31</sup> James, s. 17; Gardiner, James, O’Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 632.

<sup>32</sup> [2001] EWCA Civ 1054 (Gardiner, James, O’Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 632.).

<sup>33</sup> Gardiner, James, O’Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 632; James, s. 17; Charlsh, s. 292.

<sup>34</sup> Gardiner, James, O’Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 632 vd.; James, s. 17 vd.; Charlsh, s. 292 vd.; Beloff, Kerr ve Demetriou, s. 114 vd.; Kevan, s. 66; Aynı doğrultuda Amerika Hukuku için bkz. Rosenthal, s. 2656 vd.; Wong, s. 106; Champion, s. 252 vd.; Avusturalya Hukuku incelendiğinde de aynı hususlarla karşılaşıldığını görmekteyiz. Spor kuralları dâhilinde yapılan bir hareket neticesinde meydana gelen zarardan sorumlu olmamak için de dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulması gerektiği belirtilmiştir ( Schot, s. 3; Andersan, s. 44). Avusturalya’da, ragbi sporcusu olan McCracken, 2000 yılında katıldığı bir müsabakada, spear-takle hareketi sonucu boyun ve bel kemiğinde önemli kırılmalar oluşmuş ve spor hayatı bitmiştir. İki rakip takım oyuncusu komplo kurarak McCracken’e zarar verdiği için mahkeme tazminata hükmetmiştir. [McCracken v Melbourne Storm Rugby

Bir başka hukuk sisteminden örnek vermek gerekirse, Alman Hukukunda zarara sebep olan sporcunun oluşan yaralanmaların bütünü için sorumlu tutulması ilgili müsabaka kurallarına uyulmuş olması halinde herhalde yerinde olmayacağı belirtilmiştir.<sup>35</sup> Bu bağlamda, sporun kuralları sporda özen yükümlülüğünün ölçüsünü değişime uğrattığı belirtilmiştir.<sup>36</sup> Anlaşılabilir hırslı oyun hamleleri, basit düşüncesizlikler veya müsabaka nedenli bitkinlik halleri gibi durumlar sınırlandırılmış bir hukuki sorumluluk alanı oluşturduğu belirtilmiştir.<sup>37</sup> Tasvip edilen bir sertliğe müsaade edilmekte ve adil olmanın sınırlarının aşıldığı durumlar bakımından sporcuların sorumlu tutulacağı belirtilmiştir.<sup>38</sup> Nitekim spor müsabaka kurallarının basit bir ihlali rekabet bağlamını aşmaz ve sporcu objektif olarak dikkatsizdir.<sup>39</sup> Bu hususun somut olayın koşulları göze alınarak tespit edilmesi gerektiği ve her spor çeşidine göre nazara alınması gerektiği belirtilmiştir.<sup>40</sup>

Netice itibari ile ihmalin subjektifleştirildiği, salt oyun kurallarına uymamanın ihmalin varlığı için yeterli olmayacağı ve bir takım hususların nazara alınması gerektiğini kabul edilmiştir.

## 2. Dikkat ve Özen Yükümlülüğünün Tespitinde Nazara Alınacak Hususlar

Spor müsabakasında katılımcı sporcuların, kişi olarak dokunulmazlık alanlarına girildiği zaman fiil hukuka aykırılık teşkil edecektir. İşte buradan sonra ihmalin sınırlandırılması ve kabul edilen riskin sorumluluğu kaldırıcı veya sınırlayıcı etkisi gündeme gelecektir.

Bir güce/kuvvete başvurulduğunda, failin hareketinden kaynaklanan, makul bir şekilde öngörülebilir bütün yaralanmalardan ya da hareketin doğrudan sonucu olan bütün yaralanmalardan sorumlu olup olunmayacağı belirsizdir. Müsabakaya katılan bir sporcu, diğer

---

League Football Club and Others [2005] NSWSC 107 (22 February 2005), (Anderson, s. 44)]

<sup>35</sup> Vieweg, s. 45.

<sup>36</sup> Vieweg, s. 46.

<sup>37</sup> Vieweg, s. 46.

<sup>38</sup> Vieweg, s. 46.

<sup>39</sup> Dieter Rössner, "Sporda Hukuki ve Cezai Sorumluluk", 1. Uluslararası Spor Hukuku Kurultayı, Ankara, 12 Ocak 2009, (ss. 50-53), Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2010, s.51.

<sup>40</sup> Vieweg, s. 47.

sporcularda sezilebilir, öngörülebilir bir yaralanmalara karşı objektif akla uygun dikkat ve özeni göstermelidir. Yani yasal bir sportif karşılaşmaya katılan her sporcu diğer yarışmacılara karşı özen yükümlülüğü ile borçludur.

Yapılan hareketin çeşidi, oyuncuların beklentisi, yaralanma riski, oynanan oyunun kuralları ve özellikleri bir bütün olarak ele alınıp değerlendirilmesi gerekir. Eğer kabul edilebilir bir temas sonucu yaralanma ise özen yükümlülüğünün ihlalden söz edilmeyecek. İzin verilen bir kural dışı hareket alanının varlığından söz edilecektir.

Bir beklenmeyen akla uygun olmayan riske girmek ihmaldir. Sporun müsaade ettiği hareket sonucu meydana gelecek bütün yaralanmalar kabul edilen riske bağlanamaz. Kabul edilen risk kapsamındaki bir zararın ihmal neticesinde oluşmaması gerekir. Sporcu gerekli tüm dikkat ve özen yükümlülüğünü göstermesi gerekir. Ancak burada sporcunun dikkat ve özen yükümlülüğü kendi fiili hâkimiyeti yani, yükümlülükleri ile sınırlıdır. Örneğin, müsabakaya çıkan bir cirit sporcusunun, oyun kuralları dâhilinde cirit sopasını atması neticesinde seyircilerden bir kişinin yaralanmasında sporcunun kusuru incelemeye alınmayacaktır. Nitekim sporcunun, müsabaka alanının güvenliğini sağlamak gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durumda organizatör, gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü göstermemiş ve müsabaka alanının güvenliğini sağlamamış ise organizatörün sorumluluğuna gidilecektir. Bu durumda sporcunun müsabaka alanının güvenliğini sağlama yükümlülüğü yoktur.

Sporun kendine özgü yapısı nazara alınarak ihmalin tespitinde, genel kurallardan ayrılarak ve fakat bu kuralların uygulanabilirliği ile beraber farklı ilkelerin konulması gerekmektedir. Bu sebeple spor müsabakalarında sporcunun ihmalinin tespitinde oyun kuralları, oyun kültürü, profesyonel veya amatör sporcu (farklı ligler), deneyim, oyuncunun yaşı, cinsiyeti gibi hususların nazara alınması gerekir.

### a. Subjektif-Objektif Özen Yükümlülüğü

Objektif teoriye göre, ihmalin tespiti yapılırken olayın özelliklerinden hareket edileceği için rasgele normal bir insan tipi değil, o olayla ilgili normal insan tipinin değerlendirmede dikkate alınması gerektiği

belirtilmiştir.<sup>41</sup> Bu durumda, olayda etkinlik arz eden meslek, failin yaşı, cinsiyeti dikkate alınacak ve normal insan tipi belirlenecektir.<sup>42</sup> Ancak spor müsabakalarında subjektif teorinin benimsenerek, spor müsabakasına ilişkin olarak bir olayı ele alırken her sporun kendine özgü yapısı ve kuralları dikkate alınarak, sporcunun yaşı, tecrübesi, cinsiyeti, sporu meslek olarak yapıp yapmadığı, oyun kuralları ve o anki koşullar nazara alınmalıdır.

Türk doktrininde ileri sürüldüğü gibi<sup>43</sup> oyun kurallarına uyan sporcu objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır. Ancak, oyun kurallarına uymak başlı başına ihmalin tespiti için yeterli olmayacaktır. Bazı durumlarda oyun kurallarının aşıldığını görmekteyiz. Örneğin, basit düşüncesiz hareketler neticesinde, müsaade edilebilir bir sertlik sonucu oyun kurallarının dışına çıkılması halinde sporcunun ihmalden bahsedilememelidir. Bu gibi durumlarda da sporcunun hukuki sorumluluğu gündeme gelmemelidir. Bu durumda, ihmalin tespitinde subjektif teori esas alınmalıdır. Ancak, sporcunun ihmalinin tespitinde, temel hareket noktası oyun kuralları olacaktır.

Sporcunun ihmalinin tespitinde, sporcunun tecrübesi ve yaşı da dikkate alınmalıdır. Deneyimli bir sporcunun kabul edilebilir kural dışı hareketlerinin ölçüsü daha sınırlı olması gerekmektedir. Nitekim objektif teoriyi benimseyenler dahi, makul bir şahsın ortalama davranışı esas alınmakla birlikte, zarar veren daha yüksek bilgi ve yeteneğe sahipse, artık, ortalama davranışın ölçü alınamayacağını belirtmiştir.<sup>44</sup> Gerekçe olarak: aksi bir durumda, yetenekli kişilere zarar verme ayrıcalığının tanınmış olacağı belirtilmiştir.<sup>45</sup> Ortalama bir sporcuda aranan yetenekleri olmayan sporcunun ihmalinin olmaması da aynı gerekçe ile kabul edilmelidir. Makul bir sporcunun fiziki, fikri, ahlaki, güç ve yetenekleri, teknik ve mesleki becerilerini göz önünde tutarak oluşturulan model davranışa uygun davranması gerektiği bilincinde olmayan bir sporcunun davranışının kınanmaması gerekir.<sup>46</sup>

<sup>41</sup> Oğuzman, Öz, s.530; Tandoğan, s. 52.

<sup>42</sup> Oğuzman ve Öz, s.530; Tandoğan, s. 52; Kaneti, s. 53; Reisoğlu, s. 138; Eren, s. 538.

<sup>43</sup> Ertaş, Petek, s. 313; Çağlayan, s. 177.

<sup>44</sup> Eren, s. 539.

<sup>45</sup> Eren, s. 539.

<sup>46</sup> "Model davranışa uygun hareket edemeyeceğinin bilincinde olmayan bir kimse- nin, model davranışa uygun hareket edememesi kınanacak bir durum değildir. Model davranıştan sapma, ancak bunun bilincinde olanlar bakımından kusur ad- dedilebilir." (Nomer, s. 111).

Yaşı küçük olan bir sporçunun oyun kültürüne sahip olması ile yaşı büyük olan sporunun oyun kültürüne vakıf olması arasında farklar söz konusu olabilecektir. Unutmamak gerekir ki sporçunun davranışının kusurlu olabilmesi için ahlaken kınanabilir olması gerekir.

Sonuç olarak, her sporcu kendi, bilgi, tecrübe ve niteliklerini taşıyan bir sporcudan beklenen özeni göstermekle yükümlüdür. Bu durumda, sporçunun ruhsal durumu,<sup>47</sup> icra ettiği sporla ilgili bilgi, tecrübe ve yetenekleri, yaşı ve cinsiyeti ihmalin tespitinde nazara alınmalıdır.

### b. Profesyonel-Amatör Sporcu

Sporcu ise spor faaliyetini fiilen gerçekleştiren gerçek kişidir. Sporcu, sporun ana unsuru olup sporu bizzat yerine getiren kişidir.<sup>48</sup> Başka bir deyişle, spor olayını gerçekleştiren, sporun genel kurallarına uyararak yetenek ve bilgisi ile rakiplerini yenmeye çalışan kişidir.<sup>49</sup> Hareket ve iradenin birleşmesiyle, bu hareketlerin anlam ve sonuçlarını bilerek vücutlarını kullanan kişiler sporcu olarak tanımlanmıştır.<sup>50</sup>

Sporcular, profesyonel ve amatör olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutularak hukuki durumları tespit edilmektedir. Amatörlük kavramı, Latince sevmek, hoşlanmak anlamına gelen 'amare' kelimesinden türetilmiştir; sporçunun sevdiği ve hoşlandığı için spor yaptığını ifade etmektedir.<sup>51</sup> Bu durumda, bir sporçunun amatör olabilmesi için yaptığı spor dalını meslek olarak seçmemiş olması ve spordan devamlı gelir elde etmek amacının olmaması gerekir.<sup>52</sup> Sporda profesyonellik ise sporçunun maddi bir kazanç sağlamak amacıyla belli bir organi-

<sup>47</sup> Önemi itibari ile çalışmanın ilerleyen kısmında "Basit, Düşüncesiz Hareketler" başlığında ayrı bir başlık açılmış ve incelenmiştir.

<sup>48</sup> Erkan Küçükgüngör, "Türk Hukukunda Sporcuların Hukuki Durumu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1-2), 1998, s.39.

<sup>49</sup> Durmuş Ali Genç, *Spor Hukuku*, Alfa Yayınları, İstanbul 1998 s. 37; Çağlayan, s. 58.

<sup>50</sup> Ertaş, Petek, s. 318; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2003/19877 Esas, 2003/20178 Karar, 08.12.2003 Tarih.

<sup>51</sup> Ertaş, Petek, s. 220; Küçükgüngör, s. 40; Genç, , s. 39; Çağlayan, s. 59.

<sup>52</sup> Ertaş, Petek, s. 220; Kemal Makasçı, *Türkyede Profesyonel Futbol Şubesi Bulunan Spor Kulüplerinde Şirketleşme (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1990, s. 3; Küçükgüngör, s.40; Genç, s. 39; Çağlayan, s. 59.



zasyona bağlı olarak spor yapması anlamına gelmektedir.<sup>53</sup> Amatör sporcu spor icra ederken, profesyonel sporcu meslek icra eder. Bu itibarla, meslek olarak yaptığı başka bir işin yanında, arızı olarak spor yapan bir sporcu, faaliyetlerinden para kazansa bile profesyonel kabul edilmeyecektir.<sup>54</sup>

Profesyonellik sadece futbol dalında tanınmıştır. Ancak diğer spor dallarında da sporu profesyonel olarak yapan sporcular bulunmaktadır. Doktrinde bu duruma gizli profesyonellik,<sup>55</sup> yarı profesyonel sporcu,<sup>56</sup> fiili profesyonel sporcu,<sup>57</sup> sözleşmeli sporcu<sup>58</sup> denilerek sporcu profesyonel olarak kabul edilmiştir. Uygulamada da hukuken profesyonel olarak tanınmamış bir spor dalında kazanç sağlamak için spor yapan sporcunun profesyonel olduğu kabul edilmektedir.<sup>59</sup> Hukuken amatör sayılan bir spor dalında faaliyet gösteren sporcunun, kulübünden ücret almak suretiyle profesyonel olarak spor yapabileceği gibi, hukuken profesyonel kabul edilen bir spor dalında ücret almaksızın amatör olarak spor da yapabilir.<sup>60</sup> Bu sebeple, spor dalının profesyonel olup olmadığına bakılmaksızın, eğer bir sporcu, sporu meslek olarak icra ediyorsa profesyonel sporcu olarak kabul etmek gerekir.<sup>61</sup>

Profesyonel sporcu ile amatör sporcunun ihmalinin tespitinde farklılıklar olacaktır. Profesyonel sporcu meslek olarak sporu icra ettiği için daha dikkatli olması gerekir. Bu durumda, farklı liglerde oynayan sporcuların dikkat ve özen yükümlülüğünde farklı değerlendirmeler olacaktır.<sup>62</sup>

Doktrinde, amatör spor müsabakalarında meydana gelen zararda hukuki sorumluluğun söz konusu olabilemesi için failin kastının veya ağır ihmalinin; buna karşılık profesyonel spor karşılaşmalarında ortaya çıkan zarardan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için ise failin

<sup>53</sup> Küçükgüngör, s. 40; Ertaş, Petek, s. 220; Çağlayan, s. 52,53.

<sup>54</sup> Ertaş, Petek, s. 224.

<sup>55</sup> Küçükgüngör, s. 41.

<sup>56</sup> Genç, s. 40.

<sup>57</sup> Ertaş, Petek, s. 223.

<sup>58</sup> Çağlayan, s. 55,59.

<sup>59</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2002/14234 Esas, 2003/3148 Karar, 20.03.2003 Tarih; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2012/5555 Esas, 2012/14356 Karar, 04.06.2012 Tarih.

<sup>60</sup> Küçükgüngör, s. 42.

<sup>61</sup> Küçükgüngör, s. 42. Genç, s. 40. Ertaş, Petek, s. 223. Çağlayan, s. 55.

<sup>62</sup> Ertaş, Petek, s. 313.

hafif ihmalinin dahi yeterli olduğu ileri sürülmüştür.<sup>63</sup> Buna gerekçe olarak, amatör sporculara göre profesyonel sporcular, meslek olarak icra ettikleri sporu ciddiyet ve itinayla yapmaları gerektiğinden, dikkatli ve özenli bir sporçunun göstermesi gereken tüm dikkat ve özeni göstermesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>64</sup>

Profesyonel sporcular, sporu meslek olarak icra etmektedirler; amatör sporcular ise zevk, eğlence, sağlık vs. sebeplerle spor yapmaktadır. Bir işin meslek olarak yapılması halinde, o kişiden, icra etmiş olduğu meslekle ilgili olarak daha dikkatli ve özenli davranması beklenir. Bu sebeple, profesyonel sporçunun göstermesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğü, amatör sporcuya nazaran daha fazla olacaktır. Ancak, sportif dürüstlüğe bağlı kalmak amatör ve profesyonel sporcular için geçerliliğini sürdürecektir. Yani, ilgili sporun kurallarının yanında sportif davranışlara da riayet edilmesi gerekmektedir ve amatör sporcu veya profesyonel sporcu ayırımı yapılmaması gerekir. Örneğin, bir boks müsabakasında rakip boksörü köşeye sıkıştırarak, normalde hakemin oyunu durdurması gerekirken durdurulmaması durumunda, rakip sporcuya yumruk atarak onun ölümüne sebep olan sporçunun hukuki sorumluluğu doğacaktır<sup>65</sup> ve boksör, boks sporunun kurallarına riayet etse de spor ahlakı dışına çıkarak rakip sporcuya zarar vermiştir. Bu durumda, boksör ister amatör olsun ister profesyonel olsun sorumluluğu gündeme gelecektir.

### c. Oyun Kültürü

Sporçunun ilgili spor dalının kurallarına uygun olarak hareket ettiğinde dikkat ve özne yükümlülüğünün ihlalinden bahsedemeyeceğimizi belirttik. Ancak, izin verilen bir kural dışı hareket alanının olduğu yukarıdaki açıklamalarımızdan çıkan bir sonuçtur. Bu durumda, sporçunun dikkat ve özen yükümlülüğünün tespiti fair play, oyun kültürü gibi hususlar dikkate alınarak müsaade edilen kural dışı hareket alanı tespit edildikten sonra sağlanacaktır. Bu sebeple, oyun kültürü ihmalin tespitinde dikkate alınması gereken bir husustur.

<sup>63</sup> Ertaş, Petek, s. 313.

<sup>64</sup> Ertaş, Petek, s. 313.

<sup>65</sup> Ertaş, Petek, s. 312.

Hukuki sorumluluğun tespitinde oyun kültürü, kurallar, ilgili sporun örf, adet ve alışkanlıkları, oyunun amacı, sporun doğasında olan tehlikeler, sporculardan yapması gereken beklentiler, oyunun standartları ve akla uygun, beklenebilir yeteneklerdir. Bunların yanında, sporun bünyesine uygun düşen diğer ilkeler de nazara alınmalıdır. Örneğin, sporcunun yaşı, tecrübesi, sporun seviyesi, resmi olup olmaması gibi hususlar da oyun kültürü içinde ele alınmalıdır. Ancak, bu hususlar icra edilen sporun bünyesi nazara alınarak somut olaya uygulanmalıdır. Bir amatör futbol müsabakasındaki ihmalin tespiti ile basketbol müsabakasındaki ihmalin tespiti farklı özellikler arz edecektir.

Oyun kültürü içerisinde algılanan bu hususlar, bazı spor kuruluşları tarafından normatif bir hale getirilmektedir. Örneğin, Uluslararası Kayak Federasyonunun "10 FIS Rules for Conduct" bu tarz bir düzenlemedir.<sup>66</sup> Bu düzenlemeler, bir özel hukuk kişinin mevzuatı olarak herhangi bir kamu normu teşkil etmemektedirler, yine de temel alınması gereken özen ölçüsünü somutlaştırdıkları için dikkate alınmalıdır.

Bir spor dalında yer alan kötü gelenekler özen yükümlülüğünü kaldırmayacaktır. Nitekim bir meslekteki kötü gelenekler özen yü-

<sup>66</sup> FIS'in kayak ve snowboard'cular için düzenlemiş olduğu davranış kurallarında şu hususlara yer vermiştir: Kayak veya snowbord'cu başkalarını tehlikeye atmayacak ve yaralanmalara sebep olmayacak şekilde davranmalı, kontrollü hareket etmeli, hızını ve kayma şeklini kişisel kabiliyet, zemin, kalabalık, kar ve hava durumlarına göre ayarlamalı, arkadan gelen kayak veya snowbord'cu, yolunu öndekileri tehlikeye atmayacak şekilde seçmeli, önündekileri geçtiği sahsın bilinçli-bilinçsiz hareketlerine yetecek alan bırakacak şekilde; yukarı, aşağı, sol veya sağ taraflardan geçmeli, işaretli bir piste giren, durduktan sonra tekrar kaymaya başlayan veya pistte yukarı doğru hareketlenen bir kayak veya snowbord'cu yukarı ve aşağı yönleri bakarak, hareketleriyle kimseyi tehlikeye atmayacağına emin olmalı, kesinlikle gerekli olmadığı sürece kayak veya snowbord'cu pistin görüş mesafesi sınırlı veya dar yerlerinde durmamalı ve böyle bir noktada düşerse en kısa sürede pist dışına çıkmalı, pistte yukarı veya aşağı yürüten kayak veya snowbord'cu pist kenarını kullanmalı, tüm işaretlere uymalı, kaza durumlarında yardım her kayak veya snowboard'cunun görevi, kaza durumunda kayakçı, snowbord'cu veya şahit herkes sorumlu olsun olmasın isim ve adres bilgilerini birbirlerine vermelidir. Bu kuralların yorumu yapan FIS, kayak veya snowbord sporları da diğer sporlar gibi kendi içerisinde riskler barındırdığını, amacın kazaları önlemek olduğu ve bu kurallara uyulmaz ise hukuki veya cezai sorumluluk gündeme geleceği belirtildikten sonra, kayakçılar veya snowbord'cular kendi, ve aynı zamanda kendi kusurlu ekipmanlarından da sorumlu oldukları belirtilmiştir; İngiltere'de Lyon v. Maidment [2002] EWHC 1227 kararında Mahkeme bu kurallara atıf yaparak sorumluluğu tesis etme yoluna gitmiştir (Gardiner, James, O'Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 637).

kümlülüğünün tespitinde dikkate alınmaz.<sup>67</sup> Aynı şekilde ihmalin genel bir alışkanlık haline gelmiş olması da sorumluluktan kurtarmaz.<sup>68</sup>

Sporun genel kültürü, ahlak kuralları, icra edilen sporun oluşturduğu kültürün yanında varlığını devam ettirecektir. Örneğin, sporcu almış olduğu doping sonucu, bu dopingin etkisi altında rakip sporcuya zarar verirse bu tür durumlarda müsaade edilen kural dışı bir hareket alanından söz edilemeyecektir.

#### d. Basit, Düşüncesiz Hareketler

Spor müsabakalarında zarar veren sporçunun istisnai sübjektif niteliklerinin nazara alınıp alınmayacağı bir sorundur. Normal olarak failin sübjektif niteliklerinin dikkate alınması, istisnai mazeretleri kapsamaz; bir kimsenin çok üzüntülü olduğu için tedbir almamış, özen göstermemiş olmasının dikkate alınmayacağı kabul edilmektedir.<sup>69</sup> Ancak, spor müsabakaları için aynı husustan bahsedebilir miyiz? Bazı hukuk sistemlerinde anlaşılabilir basit düşüncesizlikler, müsabaka heyecanı gibi durumlarda oyun kurallarının dışına çıkılması halinde, sporçunun ihmalinin varlığından bahsedilemeyeceği belirtilmiştir.<sup>70</sup> Bu gibi durumlarda, ihmalin genel ölçütlerinden sapıldığı, ihmalin sınırlandırılması karşımıza çıkmaktadır.

Dikkatsizliğin nazara alınmaması (reckless disregard), İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin Wooldridge v Sumner olayında ele alınmıştır.<sup>71</sup> İlerleyen süreçte, özellikle İngiltere için, Caldwell v Maguire and Fitzgerald<sup>72</sup> ve Condon v Basi<sup>73</sup> olaylarında daha da belirginleşmiştir.

<sup>67</sup> Oğuzman, Öz, s. 530.

<sup>68</sup> Reisoğlu, s. 138; Alman Hukukunda, Rössner, disiplin için alışıla gelmiş ve duruma göre ayarlanmış şekilde spor kurallarını ihlal eden sporçunun cezai açıdan sorumlu olmayacağını belirtmiştir (Rössner, s. 52).

<sup>69</sup> Eren, s. 539; Oğuzman, Öz, s. 530; Tandoğan, s. 52.

<sup>70</sup> Gardiner, James, O'Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 638,641; James, s. 17 vd.; Charlsh, s. 292 vd.; Beloff, Kerr, Demetriou, s. 114 vd.; Kevan, s. 66; Rosenthal, s. 2656 vd.; Wong, s. 106; Walter, s. 252 vd; Vieweg, s. 46.

<sup>71</sup> [1963] 2 QB 43 (Gardiner, James, O'Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 638.)

<sup>72</sup> [2001] EWCA Civ 1054 (Gardiner, James, O'Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 632.).

<sup>73</sup> [1985]1 WLR 866 (Gardiner, James, O'Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 631 vd. ); İngiltere'de oynanan bir amatör lig futbol maçında futbolcu Basi, futbol kuralları dışına çıkarak rakip sporcu Condon'a faul yapmış ve ayağının kırılmasına sebep olmuştur. Basi, oyun kuralları dışına çıkarak tehlikeli ve dikkatsiz bir şekilde müdahale ederek Condon'un ayağının kırılmasına sebep olmuştur. Tehlikeli ve

Avusturalya'da, Frazer v Johnstone<sup>74</sup> olayında mahkeme basit düşüncesiz hareketler sonucu meydana gelecek zarardan dolayı sorumlu olunmayacağını belirtmiştir. Davacı ve davalının profesyonel jokey olduğu davada, davalının müsabaka esnasında iki yarışmacıyı geçerken davacının önünü kapatması ve atların sıkışması neticesinde davacının yaralanmasına sebep olmuştur. Mahkeme, somut olayın cerayan ediş şeklini nazara alarak basit düşüncesiz bir hareket olduğunu belirtmiş ve davalının sorumlu olmayacağını belirtmiştir. İngiltere'de mahkemeye yansıyan Caldwell v Maguire and Fitzgerald olayı da benzerlik taşımaktadır. Aynı şekilde, davalı ve davacı birer profesyonel jokeydir. Davalılar, müsabaka esnasında diğer sporcu Byrne'yi geçmeye çalışırken davacıya zarar vermiştir.

İhmalin, mutlak manada spor kurallarına riayet edilmesi şeklinde anlaşılması adil olmayan sonuçlar doğuracaktır. Her sporcu müsabakayı kazanmak için çaba harcamaktadır. Kimi zaman çok yorğun düşmektedir kimi zaman aşırı bir heyecanla yüklenmektedir. Bu gibi durumlarda spor kuralları dışına çıkarak diğer bir sporcuya zarar verebilir. Bu durumda, sporcunun hukuken sorumlu tutulması sporun yapısı ile bağdaşmayacağı gibi sporcuları hareketsizliğe iter ve spordan beklenen ferdi ve toplumsal yarar boşa çıkar. Bu nedenle, sportif bir harekete yönelmiş irade sonucunda, davranışın, anlaşılabilir bir kural dışı alana sapması halinde sorumluluk söz konusu olmamalıdır.<sup>75</sup>

Spor müsabakalarında bu tarz kural dışı hareketlerin nereye kadar sorumluluğu doğurmayacağı sorusu akıllara gelebilir. İlgili spo-

---

dikkatsiz bir oyun tarzı sergilediği ve oyun kuralları dışına çıktığı için hukuken sorumlu tutulmuştur.

<sup>74</sup> (1990) 21 NSWLR 89 (Gardiner, James, O'Leary, Welch, Blackshaw, Boyes, Caiger, s. 640)

<sup>75</sup> Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 1937/2809 Esas, 1937/615 Karar, 11.12.1937 Tarihli kararında benzer bir değerlendirmeye karşılaşılmaktadır. Somut olayda, bir futbol maçında kafaları birbirine tokuşan sporculardan biri ölmüştür. Diğer sporcunun cezalandırılması için açılan davada Yargıtay 1. Ceza Dairesi " .... Bir futbol oyununda kafaları birbirine tokuşarak Ömer'in ölümüne sebebiyet vermede 455. maddedeki suç mevcut görülmemesine binaen verilen karar kanuna uygundur. ...." gerekçesine yer vermiştir (Mahmut Alicanoğlu, Türk Ceza Kanunu ve Yargıtay İçtihatları ve Harçlar Kanunu, Cilt: 2, Halk Basımevi, İstanbul 1952, s. 267). Kafaların birbirine tokuşması futbol oyun kuralları içerisinde yer almamaktadır. Ancak, bu hareket neticesinde meydana gelen ölümden dolayı tedbirsizlik ile ölüme sebebiyet verme suçunun unsurlarının oluşmadığı belirtilmiştir.

run bünyesi nazara alınarak, müsaade edilebilir bir sertliği aşan kural dışı hareketler sorumluluğu doğuracaktır.<sup>76</sup>

Halı sahada futbol oynadığı sırada, rakip takım oyuncusu davalının kusurlu davranışı neticesinde ayak kemiğinin kırılması neticesinde uğramış olduğu zararın tazmini için açılan davada; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2013/4-364 Esas, 2013/1543 Karar, 06.11.2013 Tarihli kararında, "... ayağının muhtelif yerlerinden kırılması sonucu ve % 4,3 süreklili işgücü kaybına uğrayacak şekilde yaralanması ile sonuçlanan olayda davalı eyleminin; futbol oyun kurallarına aykırı olarak sert ve ciddi faul eylemi olup olmadığı, tasvip edilen sertliğin yani adil olmanın sınırlarının aşılıp aşılmadığı, sportmenliğe veya fair play (spor ahlakı) ilkesine aykırı tutum ve davranış olup olmadığı hususu dosya kapsamından yeteri açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu bakımdan, futbol konusunda uzman, futbol hakemi, futbol teknik adamı ve futbol oyuncusundan oluşacak üç kişilik bilirkişi heyetinden rapor alınarak, bu husus açıklığa kavuşturulup varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmesi gerekmektedir." gerekçesine yer vermiştir. Ancak bu düzenlemeler spor müsabakası için getirilmiştir. Taraflar bir araya gelerek resmi olamayan ve kendi aralarında düzenledikleri bu faaliyet bir oyundur. Spor müsabakası ise ulusal veya uluslararası kuruluşlar tarafından konulan kurallar çerçevesinde, bireysel veya kolektif olarak gerçekleştirilen sportif faaliyetidir. Belirli bir sportif faaliyetin belirlenen hukuki sonucu doğurabilmesi için ilgili sporun kuralları dâhilinde icra edilmesi gerekir.<sup>77</sup> Buna ilişkin olarak, sporun, dünyada ve -ülkemiz için- Avrupa'da örgütlenmiş bulunan uluslararası teşkilatın ilgili spora ilişkin olarak koymuş olduğu kurallara uygun biçimde icra edilmesi gerekmektedir.<sup>78</sup> Her ne kadar ilgili spor dalının kuralları kısmen uygulanırsa da aranan özen ölçüsü spor müsabakası gibi olamaz. Nitekim basit ve düşüncesiz hareketler, adil olmanın sınırları içerisinde kalmak şartı ile spor müsabakasında geçerli olup anlaşılabilir hırslı oyun hamleleri, müsabakanın vermiş olduğu baskı ve yorgunluk sebebi ile sorumluluğu sınırlamaktadır. Eğlence amaçlı, resmi olmayan ve oyun kurallarının tamamen uygulanmadığı bir faaliyette bu kriterler bulun-

<sup>76</sup> Vieweg, s. 46.

<sup>77</sup> Halit Aker, "Futbol Karşılaşmalarına İlişkin Yayın Haklarının Hukuki Niteliği ve Rekabet Hukuku Açısından Yayın Haklarının Merkezi Pazarlanması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55 (1), 2006,1-46, s. 3; Çağlayan, s. 15; Ertaş, Petek, s. 26.

<sup>78</sup> Aker, s. 3.

mamaktadır. Ancak failin, subjektif teoriyi benimsediğimiz için, salt o faaliyet içerisinde, faaliyetin (örf, kültür vs.) ve failin özellikleri nazara alınarak adil olmanın sınırlarında kalan fiilden sorumlu tutulmaması gerekir. Örneğin, oyun oynayan çocuklardan birinin dirseğinin diğerinin gözüne gelmesi sonucu çocuğun yaralanması olayında da Yargıtay 3. Hukuk Dairesi şu değerlendirmede bulunmuştur: *"...küçük oğlunun vazgeçilmez oyun oynama hakkı kapsamında kalan ve genelde tehlike yaratmayan bir oyunu oynaması sırasında beklenmedik bir davranıştan doğan zarardan sorumlu tutulmaması gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. ..."*<sup>79</sup> Bu olayda, faaliyetin niteliği ve çocuğun oyun hakkı nazara alınarak hukuki sorumluluğa gidilmemiştir.

### III. Sonuç

Spor, kişinin ve toplumun ilerlemesi için kişiye tanınan geniş bir hareket serbestisi alanında yer almaktadır. Bu alandan sorumluluk hukukunun uzak durması düşünülemez. Nitekim bu etkileşim neticesinde kişilerin birbirlerine zarar vermesi kaçınılmaz olacaktır. Hatta bazı spor müsabakaları kişilerin zarar görmelerinden arı olarak yapılamamaktadır. Sorumluluk hukukunun amacı ise zararın zarar gören üzerinde bırakılıp bırakılmayacağını saptamaktır.

Spor müsabakalarında sporcunun ihmalinin tespitinde oyun kuralları, oyun kültürü, profesyonel veya amatör sporcu (farklı ligler), deneyim, oyuncunun yaşı, cinsiyeti ve müsabaka koşulları gibi hususların nazara alınması gerekir.

Sporcu, oyun kurallarına uygun davranmakla objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır. Ancak, oyun kurallarına uymak başlı başına ihmalin tespiti için yeterli olmayacaktır. Bazı durumlarda oyun kurallarının aşıldığını görmekteyiz. Örneğin, basit düşüncesiz hareketler neticesinde, müsaade edilebilir bir sertlik sonucu oyun kurallarının dışına çıkılması halinde sporcunun ihmalden bahsedilmemelidir.

Sporu meslek olarak seçen profesyonel sporcu ile amatör sporunun dikkat ve özen yükümlülüğünün farklı olacağı muhakkaktır. Amatör spor müsabakalarında meydana gelen zararda hukuki sorum-

<sup>79</sup> Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2012/23712 Esas, 2013/1599 Karar, 05.02.2013 Tarih .



luluğun söz konusu olabilemesi için failin kastının veya ağır ihmalinin; buna karşılık, profesyonel spor karşılaşmalarında ortaya çıkan zarardan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için ise failin hafif ihmalinin dahi yeterli olması gerekmektedir.

Dikkat ve özen yükümlülüğünün tespitinde dikkate alınacak oyun kültürünün içerisinde kurallar, ilgili sporun örf, adet ve alışkanlıkları, oyunun amacı, sporun doğasında olan tehlikeler, sporculardan yapması gereken beklentiler, oyunun standartları ve akla uygun, beklenilebilir yetenekler yer alır. Bunların yanında, sporun bünyesine uygun düşen diğer ilkelerde nazara alınmalıdır.

İhmalin, mutlak manada spor kurallarına riayet edilmesi şeklinde anlaşılması adil olmayan sonuçlar doğuracaktır. Her sporcu, müsabakayı kazanmak için çaba harcamaktadır. Kimi zaman çok yorgun düşmektedir kimi zaman aşırı bir heyecanla yüklenmektedir. Bu gibi durumlarda spor kuralları dışına çıkarak diğer bir sporcuya zarar verebilir. Bu durumda, sporçunun hukuken sorumlu tutulması sporun yapısı ile bağdaşmayacağı gibi sporcuları hareketsizliğe iter ve sporun beklenen ferdi ve toplumsal yarar boşa çıkar. Bu nedenle, sportif bir harekete yönelmiş irade sonucunda, davranışın anlaşılabilir bir kural dışı alana sapması halinde sorumluluk söz konusu olmamalıdır. Ancak, ilgili sporun bünyesi nazara alınarak, müsaade edilebilir bir sertliği aşan kural dışı hareketler sorumluluğu doğuracaktır

Basit bir kural ihlali ölçüsünü aşan ve saldırganca, sportmence olmayan bir davranış hukuki sorumluluğu gündeme getirecektir. Bu durumda, her ne kadar fiil oyun kuralları dışında olsa da belirli bir seviyeye kadar fiil, hukuk düzenini bozmamaktadır. Fiil, hukuk düzeninin bozulduğu seviyeye geldiğinde haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir. Sporun doğasından çıkıp hukuk düzeninin düzenleme alanına giren bir fiil söz konusu olduğu vakit haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır.

### Kaynakça

- Aker Halit, "Futbol Karşılaşmalarına İlişkin Yayın Haklarının Hukuki Niteliği ve Rekabet Hukuku Açısından Yayın Haklarının Merkezi Pazarlanması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55 (1), 2006,1-46.
- Alicanoğlu Mahmut, *Türk Ceza Kanunu ve Yargıtay İçtihatları ve Harçlar Kanunu*, Cilt: 2, Halk Basımevi, İstanbul 1952.

- Anderson Jack, "Spear-tackles and Sporting Conspiracies: Recent Developments in Tort Liability for Foul Play", [Spear-tackle ve Komplolar: Spor Kuralları Dışı Davranıştan Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğundaki Son Gelişmeler], *International Sports Law Journal*, (1-2), 2006, 41-48.
- Belof Michael J., Kerr Tim, Demetriou Marie, *Sports Law*, Hart Publishing, Oxford 1999.
- Champion Walter, *Sports Law: Cases, Documents and Metterials*, Aspen, New York 2005.
- Charish Peter, "A Reckless Aproach to Negligence", *Journal of Personal Injury Law-Liability*, (4-04), 2004, 291-296.
- Çağlayan Ramazan, *Spor Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2007.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku*, Genel Hükümler, (8. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul 2008.
- Ertaş Şeref, Petek, Hasan, *Spor Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Erten Rifat, *Milletlerarası Özel Hukukta Spor*, Adalet Yayınları, Ankara 2007.
- Gardiner Simon, James Mark, O'Leary John, Welch Roger, Blackshaw Ian, Boyes Simon, Caiger Ander, *Sports Law*, (Third Edition), Cavendish Publishing Limited, Oxon 2006.
- Genç Durmuş Ali, *Spor Hukuku*, Alfa Yayınları, İstanbul 1998.
- Gülşen Recep, *Spor Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Fişek Kurthan, *Devlet Politikası ve Toplumsal Yapıyla İlişkileri Açısından Dünya'da ve Türkiye' de Spor Yönetimi*, (2. Baskı), Bağırhan Yayınevi, Ankara 1998.
- Hancı İ. Hamit, "Spor Karşılaşmalarında Meydana Gelen Yaralanma ve Ölüm Olaylarında Yasal Sorumluluk", *Spor Hekimliği Dergisi*, 30 (1), 1995, 35-41.
- Hatemi Hüseyin, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, (2. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 1998.
- İmre Zahit, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri*, İstanbul 1949.
- James Mark, "Sports Torts and the Development of Negligence in England", *International Sports Law Journal*, (2), 2003, 17-19.
- Kaneti Selim, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi", *Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları*, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977 Ankara, (ss. 29-66), İstanbul Üniversitesi Mükasaseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1980.
- Kevan Tim, "Sports Person Injury", *International Sports Law Review "Pandektis"*, (3), 2005, 61-67.
- Kılıçoğlu Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (6. Baskı), Turhan Kitapevi, Ankara 2005.
- Küçükgüngör Erkan, "Türk Hukukunda Sporcuların Hukuki Durumu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1-2), 1998, 127-139.
- Kocasakal Ümit, "Sporda Hukuki ve Cezai Sorumluluk", 1. Uluslararası Spor Hukuku Kurultayı, Ankara, 12 Ocak 2009, (ss. 54-61), Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2010.

- Makasçı Kemal, Türkiye'de Profesyonel Futbol Şubesi Bulunan Spor Kültürlerinde Şirketleşme (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1990.
- Nomer Haluk, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (10. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- Oğuzman Kemal, Öz Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (4. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 2004.
- Özsunay Ergun "Türk Hukukunda İşleten'in Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından "Kusur"un Etkisi ve Önemi", Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977 Ankara, (ss. 67-128), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1980.
- Reisoğlu Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (20. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul 2008.
- Rosenthal Erica K., "Inside the Lines: Basing Negligence Liability in Sports for Safty-Based Rule Violations on the Level Of Play," *Fordham Law Review*, 72, 2004, 2631-2675.
- Rössner Dieter, "Sporda Hukuki ve Cezai Sorumluluk", 1. Uluslararası Spor Hukuku Kurultayı, Ankara, 12 Ocak 2009, (ss. 50-53), Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2010.
- Schot Natasha, "Negligent Liability in Sport", *Sports Law eJournal*, 1 (1), 2005, 1-14.
- Şimşek Alparslan, Spor Müsabakalarında Sporcuların Ölmesinden ve Yaralanmasından Doğan Hukuki Sorumluluk (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2013.
- Tandoğan Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ajans- Türk Matbaası, Ankara 1961.
- Tekinay S. Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk, Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (7. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 1993.
- Wong Glenn M., *Essential of Sports Law*, (Fourth Edition), ABC-CLIO, California 2010.
- Vieweg Klaus, "Spor Hukukunun Büyüsü", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (1), 2010, 15-52.
- Villa Dominic, "Liability for Personal Injury Arising from the Supply of Recreational Services", *Australian and New Zealand Sports Law Journal*, 4(1), 55-81
- Voicu Alexandru-Virgil, "Romania Civil Liability Arising from Breaches of Sports Regulations", *The International Sports Law Journal*, (1-2), 2005, 22-23.
- Voigt Dieter, Spor Sosyolojisi, (Çev. Ayşe Atalay), Alkım Yayınları, İstanbul 1998.
- Zevkliler Aydın, Acabey M. Beşir Gökyayla, Emre, Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku- Aile Hukuku, (6. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999.

# YABANCI IRK VE MİLLET İSİMLERİYLE SOYADI ALINMASI YASAĞI VE ANAYASA MAHKEMESİ

## THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE PROHIBITION OF SURNAMENES BELONGING TO FOREIGN RACES AND NATIONS

E. İrem AKI\*

**Özet:** Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin, Soyadı Kanunu'nun 3.maddesinin anayasaya uygunluk denetimine ilişkin kararı ele alınacak ve üç problem üzerinde durulacaktır: 1) Anayasa Mahkemesi kadının soyadına ilişkin kararlarında olduğu gibi bu kararda da soyadı kullanımını Anayasa'nın 17. maddesi çerçevesinde değerlendirmekte ve soyadı kullanımının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu belirtmekte ancak "kamu düzeni" ve "kamu yararı" çerçevesinde kanun koyucunun bu konuyu düzenlemek konusunda takdir hakkı olduğunu iddia etmektedir. Oysaki Anayasa'nın 17. maddesi "kamu düzeni" ve "kamu yararı" gibi bir sınırlama nedeni öngörmemektedir. 2) Anayasa Mahkemesi itiraz konusu kuralın eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığını incelerken, pek çok kararında olduğu gibi, "haklı neden"e başvurmakta ancak "haklı neden" in ne olduğunu açıklamamakta/ açıklayamamaktadır. 3) Mahkeme'nin uluslararası hukuku ele alış biçimi de problemler içerir.

**Anahtar kelimeler:** Anayasa Mahkemesi, Soyadı Kanunu, Ad, Soyad, Eşitlik İlkesi, Kuşku Sınıflandırma, Takdir Yetkisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

**Abstract:** This article studies the decision of the Constitutional Court of Turkey in regards to the constitutionality of the 3rd article of the Surname Law. It centers on three questions: 1) as in its decisions on the woman's surname, in this decision as well the Constitutional Court evaluates the use of the surname within the context of the 17th article of the Constitution and states that the use of surname is a strictly bonded personal right but also argues that the legislator has discretionary power to regulate this issue in the context of "public order" and "public interest". However, the 17th article of the Constitution does not provide for any reason for limitation on the grounds of "public order" or "public interest". 2) the Court studied whether the objected rule was contrary to the equality principle and, as in many other decisions, it resorted to "justifiable cause" but does not/cannot define what "justifiable cause" is. 3) The method the Court deals with international law contains a number of problems.

**Keywords:** Constitutional Court, Surname Law, Name, Surname, Principle of Equality, Suspect Classification, Discretion, European Court of Human Rights.

\* Arş. Gör, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

## Giriş

Anayasa Mahkemesi'nin soyadıyla ilişkisi uzun yıllar öncesine dayanmaktadır. Hikaye, kadının soyadıyla başlamıştır.<sup>1</sup> En son karar 10.3.2011 tarihli 2011/49 sayılı karardır. Bugün ise kadının evlendikten sonra kendi soyadını alabileceğine ilişkin bireysel başvuru kararları görülebilmektedir.<sup>2</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin soyadına ilişkin bir diğer kararı ise "yabancı ırk ve millet isimleriyle" soyadı alınamamasının anayasa aykırılığı<sup>3</sup> iddiasıyla gündeme gelmiştir. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında görülen problemler üç nokta üzerinde durulacaktır. Bu doğrultuda ilk olarak itiraz konusu kuralın anlamı belirlenmeye çalışılacaktır. Ardından soyadı kullanma hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu üzerinde durulacak ve bir sonraki başlıkta söz konusu kuralın anayasa aykırılığı denetlenirken eşitlik ilkesi ve kuşku sınıflandırmalar öğretisi üzerinde durulacaktır. Son olarak da Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası hukuku ele alış biçimindeki problemler noktalar üzerinde durulacaktır.

### 1. İtiraz Konusu Kural

Favlus Ay isimli Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı adını ve soyadını Paulus Bartuma olarak değiştirmek için dava açmıştır. Davacı Süryanice olan Bartuma soyadını kullanmak istemektedir. 21.06.1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3. maddesi "*Rütbe ve memuriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleriyle umumi edelere uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç olan soyadları kullanılamaz.*" şeklindedir. Midyat Asliye Hukuk Mahkemesi bu maddedeki "*yabancı ırk ve millet isimleriyle*" ibaresinin anayasaya aykırılık itirazını ciddi bulmuş ve söz konusu hükümün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

<sup>1</sup> E.1997/61, K.1998/59, k.t. 29.9.1998, RG 15.11.2002, Sayı 24937.

<sup>2</sup> Başvuru numarası 2013/2187, k.t 19/12/2013; başvuru numarası 2013/4439, k.t 6/3/2014; başvuru numarası 2014/5836, k.t.16.04.2015.

<sup>3</sup> E.2009/47, K.2011/51, k.t. 17.03.2011, Sayı 27992: *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 48, Cilt 2, 2011, s. 891-908.

Öncelikle kanunun ifadesinin çok net olmadığını belirtmek gerekmektedir. “*Yabancı ırk ve millet isimleriyle ... soyadları kullanılamaz*” ifadesi, yabancı ırk veya millet isimlerinin soyadı olarak kullanılmayacağı mı ifade etmektedir? Örneğin, “Alman”, “İngiliz” gibi. Yoksa ifade etmek istediği şey Türkçe dışındaki dillerde soyadı alınamayacağı mıdır? Bunu ortaya koyabilmek için ilk olarak meclis tutanaklarına bakılabilir. Soyadı Kanunu’nun genel gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir:

*“edildiği veçhile rütbe ve memuriyetin soy adı yerinde kullanılması sui istimali mucip olacağı*

*ve aşiret ve yabancı millet isimlerinin de millet birliği mefkuresini rencide edeceği şüphesizdir. Adliye encümeni üçüncü maddeye (millet) kelimesinden evvel bir de (ırk) kelimesinin ilâvesile bu maksadı daha ziyade tanzih etmiştir.”<sup>4</sup>*

Gerekçedeki ifadeler çerçevesinde, yabancı bir dilde değil fakat “Alman”, “İngiliz” gibi yabancı millet isimleriyle soyadı alınmayacağı öngörülmektedir. Ancak 27.12.1934 tarihli 2891 sayılı Soyadı Nizamnamesi’nin 5. maddesine göre de “*Yeni takılan soyadları Türk dilinden alınır.*” Nizamname’nin 7. maddesine göre “*Yabancı ırk ve millet isimleri soyadı olarak kullanılamaz.*” Dolayısıyla anayasaya aykırılığı ileri sürülen kural Türkçe dışında bir dilde soyadı alınmasını yasaklayan kural değildir. Türkçe dışında bir dilde soyadı alınmasını yasaklayan Nizamname’dir. Kanun’a göre “*yabancı bir ırk ve millet ismini*”, örneğin “Alman”, “İngiliz” gibi, soyadı olarak almak yasaklanmıştır. Anayasa Mahkemesi de ilgili kuralın anlamını belirlemek konusunda böyle bir ayrıma gitmekte<sup>5</sup> ve Nizamname’ye atfen “*yeni alınacak soyadlarının yabancı ırk ve millet ismi olmaması ve aynı zamanda Türk dilinden alınması*” gerektiğini belirtmektedir.

<sup>4</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c023/tbmm04023069ss0203.pdf>

<sup>5</sup> Faruk Turinay, “Yabancı İrk ve Millet İsimlerinin Soyadı Olarak Kullanılması Yasağı ve Bir Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 112, 2012, s.40.

## 2. Haklar Çerçevesinde Soyadı

### a. Anayasa'nın 17. Maddesi Çerçevesinde Soyadı

Anayasa Mahkemesi 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3.maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını incelerken ilk olarak soyadının bir kişilik hakkı olması üzerinde durmuştur.

*“Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, vazgeçilmez, devredilmez, feragat edilmez ve kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır. Soyadı üzerindeki hak, mutlak haklardan olması nedeniyle herkese karşı ileri sürülebilmekte ve yasayla özel olarak korunmaktadır.”<sup>6</sup>*

Mahkeme soyadı üzerindeki hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir kişilik hakkı olarak gördüğünü belirttikten sonra, kanun koyucunun bu hak üzerinde bir sınırlama getirebileceği sonucuna varmıştır:

*“Soyadının, bir kimsenin kimliğini belirleme işlevi yanında ailesini ve soyunu belirleme, kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt etme ya da kişinin hangi kökene, topluluğa veya ulusa ait olduğunu belirleme işlevi de bulunmaktadır. Bu işlevleri nedeniyle yasa koyucu<sup>7</sup>, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması, ulusal birliğin sağlanması, dil ve dil kimliğinin korunması gibi sebeplerle soyadı kullanımını yasal düzenlemelerle kural altına almaktadır. Kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca soyadı kullanımına yapılan bu müdahalede, Anayasaya uygun olmak koşuluyla yasa koyucunun takdir hakkının bulunduğu açıktır.”<sup>8</sup>*

Anayasa Mahkemesi her ne kadar kanun koyucunun takdir yetkisinin Anayasa'ya uygun olması gerektiğini belirtmişse de bu konuda bir inceleme yaptığını söylemek zordur. Zira Merih Öden ve Selin Esen'in de kadının soyadına ilişkin karar üzerine yazdıkları makalede<sup>9</sup> belirttiği gibi Anayasa Mahkemesi *“kişiye sıkı surette bağlı' bir kişilik hakkı olarak soyadını 'vazgeçilmez' ve 'devredilmez' görmekte; ancak, bu hak-*

<sup>6</sup> AYMKD, Sayı 48, Cilt 2, s.897.

<sup>7</sup> Bu metinde “kanun” terimi tercih edilmekle birlikte, Anayasa Mahkemesi “yasa” terimini kullanmaktadır. Aynen alıntı olduğu için orijinal metne sadık kalınmıştır.

<sup>8</sup> AYMKD, Sayı 48, Cilt 2, s.897.

<sup>9</sup> Merih Öden, Selin Esen, “Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı”, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Cilt 2, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 391, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2013, s.818.



kın 'dokunulmaz' bir nitelik taşımadığını, yani kanunla ve 'kamu yararı' ve 'kamu düzeni' nedenleriyle sınırlanabileceğini kabul etmektedir. Anayasanın 2001 yılında 4709 sayılı Kanunla değiştirilen 13.maddesi, temel hakların '... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ... sınırlanabileceği'ni öngörmektedir."<sup>10</sup> Anayasa'nın 17. maddesi ise "kamu yararı" ve "kamu düzenini" sınırlama nedeni olarak saymamıştır.<sup>11</sup> Dolayısıyla, Öden ve Esen'in belirttiği gibi, Anayasa Mahkemesi'nin "soyadı üzerindeki 'kişilik hakkı'nın 'kamu yararı' ve 'kamu düzeni' nedenleriyle sınırlanabileceğini söylerken, bu yargının anayasal dayanağını göstermesi gerekirdi."<sup>12</sup>

Anayasa Mahkemesi, kadının soyadına ilişkin kararıyla paralel bir şekilde soyadı kullanmanın aynı zamanda bir yükümlülük olduğu üzerinde de durmuştur. Bu kararda kadının soyadı kararından farklı olarak ailenin korunmasının yanına, ulus birliğini eklemiştir:

*"Yasa koyucu kural ile birleştirici, bütünleştirici, çoğunluğun içinde azınlığın hak ve hürriyetlerinde ayrımcılık yapılmasını engelleyen, ulusal aidiyet ilkesi içinde anayasal birliktelik altında aynı topraklarda ve ortak atmosferde yaşayan vatandaşlar yönünden ulus kimliği ve dili altında toplanan bir dil kimliği anlayışı getirmiştir."*<sup>13</sup>

Mahkeme, kanun koyucunun "bir dil kimliği" anlayışı getirdiğini, ardından "Ulus bütünlüğünün algılanabilmesi ve aynı iklimde yaşayan insanların tasa ve kıvanç ortaklığı, koruma, kollama, yardımlaşma duygularının devamlılığı ve birbirlerine karşı yabancılaştırmalarının önlenmesi nedeniyle yasa koyucunun bu alana müdahale yetkisi, kamu yararı ve kamu düzeni niteliğini içermekte ve takdir yetkisi içinde"<sup>14</sup> kaldığını belirtmekle birlikte, bu ifadelerin 1982 Anayasası'yla ilişkisi kurulamamaktadır. Zira yukarıda belirtildiği gibi, her hak maddede belirtilen nedenle sınırlana-

<sup>10</sup> Öden, Esen, "Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı", s.818.

<sup>11</sup> Öden, Esen, "Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı", s.819. Dahası Mahkeme'nin bu ifadesiyle 2001 öncesi değişikliğe dönüş yaptığı ileri sürülebilir. Zira 1982 Anayasası'nın 13.maddesinin eski haline göre "temel hak ve hürriyetler... kamu düzeninin, genel ayaşışın, kamu yararının...korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde görülen özel sebeplerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir."

<sup>12</sup> Öden, Esen, "Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı", s.819.

<sup>13</sup> AYMKD, Sayı 48, Cilt 2, s.897.

<sup>14</sup> AYMKD, Sayı 48, Cilt 2, s.897.

bilir. 17. madde ise sınırlama nedeni ön görmemiştir. Dahası Anayasa Mahkemesi'nin hangi gerekçeyle Türkçeden başka bir dilde soyadı almayı yasaklamanın ulusal birliği sağladığı iddiasını ileri sürdüğünü anlayabilmek güçtür. Mahkeme'den beklenen bu tür iddialar ileri sürmesi değil, hukuka dayanan gerekçeler öne sürebilmesidir.

Soyadı Kanunu'nun 3.maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasında söz konusu olan bir diğer kural Anayasa'nın 10. maddesidir. Yani söz konusu kuralın eşitlik ilkesi açısından incelenmesi gerekmektedir.

### b. Eşitlik İlkesi ve Soyadı

Eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 10. maddesi anayasaya uygunluk denetiminde Anayasa Mahkemesi'nin önüne sıklıkla çıkan maddelerden biridir. Dahası hakların kullanılmasında ve güvence altına alınmasında büyük bir öneme sahiptir. Bu nedenle de üzerinde durulması, anlamının ortaya koyulması gerekmektedir.

*"Eşitlik ilkesi, maddi bir anayasa ilkesi olarak, kanunlarda eşitliğin, yani kanunlarla yaratılan haklarda ve ödevlerde, yararlarla ve yükümlülüklerde eşitliğin sağlanmasını..."*<sup>15</sup> gerektirmekte ve kanunların genelliğini zorunlu kılmaktadır.<sup>16</sup> Kanunların genelliği ise özel, aktüel, geçici bir durumu ifade etmemeyi, belirli bir kişiyi hedef almamayı ve aynı zamanda önceden tespit edilmiş, soyut olmayı gerektirmektedir.<sup>17</sup> Genellik kavramıyla birlikte düşünüldüğünde, eşitlik ilkesinin, *"... yasama organının herkesi eşit olarak kapsamayan, dolayısıyla herkese eşit olarak uygulanamayacak kanunlar yapmasını, başka bir anlatımla kanun koyarken kişiler arasında fark gözetip ayırım yapmasını yasakladığı öne sürülebilir."*<sup>18</sup>

Bununla birlikte hukuk önünde eşitlik herkese aynı şekilde davranılmasını gerektirmemektedir.<sup>19</sup> Kanun koyucunun herkesi kapsa-

<sup>15</sup> Merih Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.186.

<sup>16</sup> Tahsin Bekir Balta, İdare Hukuk I Genel Konular, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1970/72, s.109.

<sup>17</sup> Ripert G, Les Grandes Oeuvres Politiques, Paris, 1955, s.313'ten aktaran Erdoğan Teziç, Türkiye'de 1961 Anayasası'na göre Kanun Kavramı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972, s.35.

<sup>18</sup> Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.187.

<sup>19</sup> Geoffrey Marshall, Constitutional Theory, Oxford University Press, London, 1972, s.142.

yacak ve herkes için aynı olacak kanunlar yapması imkansızdır; bu nedenle kanun koyucunun sınıflandırmalar yapması kaçınılmazdır.<sup>20</sup> Bu nedenle denilebilir ki sınıflandırma yasamanın kendisinde (doğasında) mevcuttur.<sup>21</sup>

*“Çünkü kanunlar, soyut önermelerden ibaret olmayıp, sosyal ilişkileri, olayları düzenlemek için başvurulan hukuki araçlardır. Yasama organı, herhangi bir sosyal ilişki alanını kanunla düzenleyerek hukuk alanı içine alır veya hukuk alanındaki bir ilişkiyi bu alandan çıkarır. Her kanun düzenlediği belli bir sosyal ilişki alanıyla ilgili kurallar koyar, dolayısıyla zorunlu olarak belirli durumlara ve durumlarla ilgili kişilere yönelir. Her kanun, kişilerin, şeylerin veya durumların bazı özellikleri yönünden benzerlikleri veya farklılıkları üzerine kuruludur. Dolayısıyla, yalnızca düzenlediği hukuki durumlarla ilgili, ilişkili kimseleri hedefler, onlara yönelir.”*<sup>22</sup>

Bu nedenle eşitlik ilkesi kanun koyucunun sınıflandırma yapma zorunluluğuyla birlikte düşünülmelidir.<sup>23</sup> Bununla birlikte, kanuni sınıflandırmalar yapılırken, çok dikkatli davranılmalı bazı kişileri kayırcı veya bazı kişileri ezecek kanunlar yapmaktan kaçınılmalıdır.<sup>24</sup> Eşitlik ve kanuni sınıflandırma bir arada ele alınmalı ve bir orta yol bulunmalıdır.<sup>25</sup> Kanun koyucunun görevinin gereği olarak sınıflandırma kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir; ancak kanun koyucunun bu konuda takdir yetkisi olmakla birlikte; *“eşitlik veya ayırım yapmama ilkesi, kanun koyucunun kişiler, şeyler ve durumlar arasında fark gözetip ayırım yapmasını yasaklamamakla birlikte, bu ayrımları ve farklılaştırmaları yalnız belli nedenlerin haklılaştırabileceğini, savunulur kılabileceğini ifade etmektedir.”*<sup>26</sup> Diğer bir ifadeyle kanun koyucunun sınıflandırma yaparken kullandığı takdir yetkisini eşitlik ilkesine<sup>27</sup> ve

<sup>20</sup> Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.187; Equal Protection of the Law, Encyclopaedia of the Social Sciences, Editor -in- Chief Edwin R.A. Seligman, Associate Editor Alvin Johnson, Cilt 5, The Macmillan Company, New York 1948, s.573.

<sup>21</sup> Marshall, Constitutional Theory, s.142.

<sup>22</sup> Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.187.

<sup>23</sup> Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.188.

<sup>24</sup> Mümtaz Soysal, Anayasaya Giriş, A.Ü.S.B.F Yayını, Ankara, 1969, s.216.

<sup>25</sup> Joseph Tussman, Jacobus Tenbroek, “The Equal Protection of Laws”, *California Law Review*, Cilt 37, Sayı 3, 1949, s.344.

<sup>26</sup> Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.191.

<sup>27</sup> Marshall, Constitutional Theory, s.138’den aktaran Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.191.

anayasaya uygun kullanması gerekmektedir. Dahası sınıflandırma yapmanın ve eşitlik ilkesinin gereklerinin karşılanmasının yasama ahlâkı veya yasama etiğiyle doğrudan ilişkili olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>28</sup>

Sınıflandırma sınıfı, bir bireyin belirli bir sınıfın üyesi olup olmadığını ve bireyin o sınıfı tanımlayan özelliklere sahip olup olmadığını tanımlama işlemi ifade eder.<sup>29</sup> Yukarıda belirtildiği gibi kanun koyucunun bu konuda takdir yetkisi olmakla birlikte, esas mesele sınıflandırmanın nasıl yapılacağıdır. Geoffrey Marshall'a göre bu konuda çeşitli kriterler olabilir:

- Sınıflandırma ve kanunun konusu arasında bir uyum olmalıdır.
- Sınıflandırma anlaşılır bir farklılığa dayandırılmalıdır.
- Sınıflandırma gerçek ve somut bir ayrıma dayandırılmalıdır.
- Sınıflandırma kanunun amacıyla ilişkili olmalıdır.
- Sınıflandırma amaçla makul bir şekilde ilişkili olmalıdır.
- Sınıflandırma amaçla adil bir şekilde ilişkili olmalıdır.
- Sınıflandırma değişken ve haksız olmamalıdır.
- Sınıflandırma makul olmalıdır.
- Sınıflandırma adil olmalıdır.<sup>30</sup>

Marshall gibi Joseph Tussman ve Jacobus Tenbroek de makul, akla uygun olma ve yasamanın amacıyla ilgili olma ölçütlerinin de sınıflandırmanın anayasaya uygunluğunun denetiminde kullanılabileceğini belirtmektedir.<sup>31</sup> Buna göre yapılan sınıflandırmaların makul olması gerekmektedir. Ancak makullük tek başına yeterli

<sup>28</sup> Marshall, *Constitutional Theory*, s.138'den aktaran Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, s.191. Kanun koyucunun ödevi için ayrıca bkz. Marc C. Murphy, *Philosophy of Law-The Fundamentals*, Blackwell Publishing, 2007, s.63-69, David Ingram, *Law Key Concepts in Philosophy*, Continuum International Group, London, 2006, s.31-34.

<sup>29</sup> Tussman, Tenbroek, "The Equal Protection of Laws", s.344.

<sup>30</sup> Marshall, *Constitutional Theory*, s.143.

<sup>31</sup> Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, s.193; *Equal Protection of the Law*, *Encyclopaedia of the Social Sciences*, s.573.

olmayıp; bunun da ötesinde kanunun amacıyla uygunlukla birlikte makullük kabul edilmektedir. Makul bir sınıflandırma kanunun amacı bakımından benzer konumda olanları içine alan bir sınıflandırmadır.<sup>32</sup> Bununla birlikte eşitlik ilkesiyle ilgili sınıflandırma probleminin makul sınıflandırma kavramıyla tüketilebileceği düşünülmemelidir.

Makul sınıflandırma kavramının yanında, kuşkulu sınıflandırmalar öğretisi de sınıflandırmaların anayasaya uygunluğunun denetiminde önemli bir işlev görmektedir. Kuşkulu sınıflandırmalar öğretisine göre öyle bazı durumlar vardır ki bunların sınıflandırmaya konu olması düşünülemez (forbidden classification) veya kanuni sınıflandırmaya konu olmaları halinde anayasaya uygunluğuna şüpheyle (suspect classification) bakılır.<sup>33</sup> Kuşkulu sınıflandırmalar öğretisi Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir. Bu öğretiye göre *“ırk, renk, soy ve etnik köken, yabancılık gibi özelliklerin meşru kanuni amaçlarla ilgisi, ilişkisi kuşkuludur. Bu gibi özelliklere dayalı kanuni sınıflandırmalarda haksızlık veya keyfilik olasılığı yüksektir. Başka bir deyişle, ırk, renk ve benzeri özelliklere dayalı sınıflandırmalar, eşitlik ilkesine uygunluğu kuşkulu, belirsiz sınıflandırmalardır. O halde bu sınıflandırmalar, ancak onları haklılaştıran çok önemli ve zorlayıcı nedenlerin varlığı haline geçerli sayılabilirler.”*<sup>34</sup>

Kuşkulu sınıflandırmaların Türkiye’deki yansımaları 1961 ve 1982 Anayasaları’nda görülebilir. 1961 Anayasası’nın 12. maddesinde, 1982 Anayasası’nın ise 10. maddesinde kuşkulu sınıflandırmalara yer verilmiştir. 1961 Anayasası’nın 12. maddesine göre *“Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.”* 1982 Anayasası’nın 10. maddesine göre de *“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.”* 1961 Anayasası’ndan farklı olarak 1982 Anayasası 10. maddedeki ayırım yasaklarına ek olarak *ve benzeri sebeplerle* ifadesine yer vermiş ve ayırım yasaklarının alanını genişletmiştir. Kuşkulu sınıflandırmalar öğretisine göre, bu

<sup>32</sup> Tussman, Tenbroek, “The Equal Protection of Laws”, s.346.

<sup>33</sup> Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.317.

<sup>34</sup> Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.317.

maddelerde sayılan ayrımlar özel yasak hükümleri olup, genel eşitlik ilkesinden daha sıkı şartlarla denetlenebilirler.<sup>35</sup> Dolayısıyla, 1961 ve 1982 Anayasaları bu maddelerde düzenlenmiş olan kanuni sınıflandırma veya ayrımların eşitlik ilkesi yönünden anayasaya aykırılığını karine olarak kabul etmişlerdir.<sup>36</sup> Ancak hemen belirtmelidir ki bu aksi kanıtlanabilir bir karinedir. Zira Anayasa mahkemesi, (kuşku sınıflandırmalar öğretisini uygulamayı kabul ettiği takdirde) anayasaya uygunluk denetiminde bu özelliklere dayanan bir sınıflandırmayı hemen anayasaya aykırı görmek yerine; bu sınıflandırmayı *haklı* ve savunulabilir kılabilecek *çok önemli* veya *zorlayıcı kamusal yararın* olup olmadığının kanun koyucu tarafından *açıkça* ortaya koyulup koyulmadığını araştıracaktır.<sup>37</sup>

T.C. Anayasa Mahkemesi ise kanunlardaki sınıflandırmaların eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığını denetlerken genellikle "*haklı neden*" kavramına başvurur:

"... 'Kanun önünde eşitlik' ilkesi, Mahkememizin pek çok kararlarında belirtildiği gibi tüm yurttaşların mutlaka her yönden, her zaman aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğunu da içermez. Birtakım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez."<sup>38</sup>

"Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları -eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil, geçerli kılar. Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Durumlardaki de-

<sup>35</sup> Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.315-316.

<sup>36</sup> Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.323.

<sup>37</sup> Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.323. Koyultmalar bana ait.

<sup>38</sup> E.1981/13, K 1983/8, k.t 28.4.1983, AYMKD, Sayı 20, s.52.

*ğişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz.”<sup>39</sup>*

Anayasa Mahkemesi'nin sunmuş olduğu kriterlere göre haklı nedenin varlığı halinde kanun koyucunun yapmış olduğu sınıflandırma takdir yetkisinin sınırları içinde kalmış olur. Bununla birlikte haklı nedenin varlığı her somut olay için ayrı ayrı belirlenmelidir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin getirmiş olduğu *haklı neden* kriteri sınıflandırmayla ilgili bütün problemleri çözmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin getirdiği kriterlere göre somut olayda kanuni eşitsizliklerin *haklı nedene* dayanıp dayanmadığının nasıl belirleneceği konusunda belirsizlik vardır.<sup>40</sup> Anayasa Mahkemesi *haklı neden* kavramını, kanuni sınıflandırmayı haklı, savunulabilir, desteklenebilir kılan her türlü nedeni içerebilecek şekilde geniş yorumlama eğilimdedir. Mahkeme'nin çeşitli kararlarında da ölçüler olarak “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler”, “adetli ve eşit ölçüler” gibi kavramlar kullanılmıştır.<sup>41</sup>

Somut olayda, Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunan Midyat Asliye Hukuk Mahkemesi ilgili kanun maddesinin eşitlik ilkesine aykırılığını şu şekilde dile getirmiştir: “*Soyadı Kanunu'ndaki ve iptali istenen düzenleme ile Türkçeye ve Türkçe kökenli soyadları lehine ayırım yapıldığını*” ve “*Kişi mevcut olan soy ismini Türkçe kökenli bir sözcük ile değiştirmek amacı ile Mahkemeye başvurduğunda yasal anlamda herhangi bir sorunla karşılaşmaz iken; kamu düzenine aykırı anlam içermeyen, Türk dilinin gramatikal yapısına uygun, ancak Türkçe kökenli olmayan bir sözcüğü soyadı olarak kullanmak amacı ile Mahkemelere başvuran kişiler ise taleplerinin*

<sup>39</sup> “Şu halde, fuhuşu kendisine meslek edinen kadınlara karşı işlenen zorla kaçırarak veya ırza geçmek suçlarında böyle bir kadının uğradığı zararın aynı eylemlerle karşılaşan iffetli bir kadının uğradığı zarara göre daha az olması bu ayırımın haklı nedenini oluşturmaktadır. Bu bakımdan eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilen itiraz konusu Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesi, bu eylemlerle karşılaşan kadınların değişik durumlarından kaynaklanan zorunluluklara ve dolayısıyla haklı nedenlere dayandığından Anayasa'nın 10.maddesinde açıklanan eşitlik ilkesine aykırı değildir.” E.1988/4, K.1989/3, k.t 12.1.1989, AYMKD, Sayı 25, s.8

<sup>40</sup> Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.195.

<sup>41</sup> Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.196.



*olumsuz sonuçlanması durumu ile karşı karşıya kalmaktadır. Böylece hukuksal durumları aynı olan kişiler maalesef farklı muamelelere tabi tutulması sonucu hasıl olabilmektedir.”<sup>42</sup>*

Özetle, Soyadı Kanunu’na göre kişinin soyadı Türkçe kökenli bir sözcük olduğu zaman değiştirilebilirken, Türkçe kökenli olmayan bir sözcük seçildiğinde soyadı kullanımı üzerindeki hak kısıtlanmaktadır. Kanun koyucu soyadı kullanımı üzerindeki hakkı kısıtlayabilir mi? Kısıtlayabilirse ne dereceye kadar kısıtlayabilir? Ya da bazıları için kısıtlarken diğerleri için aynı kısıtlamayı getirmiyor mudur? Eğer kanun koyucu soyadının kullanımı konusunda bir sınıflandırma yapmışsa bu sınıflandırma eşitlik ilkesinin gerekleri çerçevesinde mi yapılmıştır? Bu sorulara cevap verirken göz önünde tutulması gereken ilk şey Anayasa’nın dil, ırk ve benzeri nedenlere dayalı ayrımları anayasaya uygunluğu kuşkulu sınıflandırmalar olarak görmesidir. Dolayısıyla bu tür özelliklere dayalı ayrımlar veya sınıflandırmalar *“ancak onları haklılaştıran çok önemli ve zorlayıcı nedenlerin varlığı halinde geçerli sayılabilirler.”*<sup>43</sup> Bu tür kanunların anayasaya veya eşitlik ilkesine uygunluğunun denetimini yapan mahkeme de bu tür sınıflandırmaları denetlerken bu sınıflandırmaları *haklı* ve savunulabilir kılacak *çok önemli* veya *zorlayıcı kamusal yararın* olup olmadığının kanun koyucu tarafından *açıkça* ortaya koyulup koyulmadığını denetlemelidir.

Anayasa Mahkemesi ise itirazı öne sürülen kuraldaki sınıflandırmanın anayasaya uygunluğunu *“didikleme”* bir yana, kuralın *“yeni alınacak soyadını yabancı ırk ve millet ismi olarak almak isteyen herkese ayırım gözetmeksizin”* uygulanabileceğini belirtmekte ve *“eşitlik ilkesine aykırı bir yönü”* bulunmadığını ifade etmektedir. Eşitlik ilkesinin bu şekilde ele alınışı oldukça dardır. Öden’in de belirtmiş olduğu gibi eşitlik ilkesinin bu şekilde dar ele alınması, *“kanunların içerikleri yönünden eşitlik ilkesine uygunluğunun araştırılmasında yararlanılabilecek bir denetim ölçütü de sağlamamaktadır.”*<sup>44</sup>

<sup>42</sup> AYMKD, Sayı 48, Cilt 2, s.892.

<sup>43</sup> Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.323.

<sup>44</sup> Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, s.173.

Anayasa Mahkemesi'nin kararına gerekçe olarak sunduğu bir diğer husus AİHM'in "ulusal yasa koyucunun bu konuda bir takdir hakkı olduğu" iddiasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve soyadıyla ilgili yapılan başvurular üzerinde ayrıca durulmalıdır.

### c. AİHM ve Soyadı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ad ve soyadı hakkı olarak bir hak yer almamaktadır. Bununla birlikte, Sözleşme'de bu haklara yer verilmemiş olması, sözleşme tarafından korunmadığı anlamına gelmemektedir.<sup>45</sup> "Tam tersine günümüzde, isim<sup>46</sup> ve soyisim ulusal hukukun bir sorunu olmaktan çıkarak uluslararası hukukun bir parçası haline gelmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme) isim ve soyisim hakkını zengin içtihatlarıyla Sözleşme ile korunan haklar kategorisi içine sokmuştur."<sup>47</sup> AİHM ad ve soyadına ilişkin başvuruları Sözleşme'nin 8.maddesi<sup>48</sup> ve 14.maddesi<sup>49</sup> çerçevesinde değerlendirmektedir.<sup>50</sup> Dolayısıyla AİHM ad ve soyadın hukuki statüsünü kabul etmekte ve var olan soyadının muhafaza edilmesi ve özgürce ad seçme hakkı olmak üzere iki hususun korunmaya değer olduğu sonucuna varmaktadır.<sup>51</sup> Bu doğrultuda

<sup>45</sup> Ümit Kılınc, "İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 89, 2010, s.243.

<sup>46</sup> Bu metinde "ad ve soyad" terimleri tercih edilmekle birlikte, alıntı yapılan metinde "isim ve soyisim" terimleri kullanılmaktadır. Aynen alıntılarda orijinal metne sadık kalınmıştır.

<sup>47</sup> Kılınc, "İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması", s.243-244.

<sup>48</sup> Madde 8 - Özel hayatın ve aile hayatının korunması  
Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.

<sup>49</sup> Madde 14 - Ayırıcılık yasağı

Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırıcılık yapılmadan sağlanır.

<sup>50</sup> Nuray Ekşi, *Vatandaşlık Hukukumuzda Türkçe Olmayan Ad ve Soyadı Meselesi*, Beta, İstanbul, 2008, s.116.

<sup>51</sup> Kılınc, "İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında

var olan soyadının muhafazasına ilişkin bir dava olarak Ünal Tekeli-Türkiye davası gösterilebilir. Kemal Taşkın ve Diğerleri - Türkiye davası ise soyadını özgürce seçmeye ilişkindir. Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya uygunluğu denetlenen kanun ise soyadını özgürce seçmeye ilişkindir. Soyadını özgürce seçme konusunda da Kemal Taşkın ve Diğerleri- Türkiye davası önem taşımaktadır.

Davada “Taşkın, ‘Kemal’ olan adının Kürtçe ‘arzulanan’ anlamına gelen ‘Dilxwaz’ olarak değiştirilmesini talep etmiştir. Aynı iddiaya atıfta bulunan Alpkaya, Fırat, Anğ ve Şimşek isimlerinin sırasıyla ‘Xoşewist’ (Kürtçede ‘Yüce, saygın’) ve Fırat, Anğ ve Şimşek için ‘Berxwedan’ (Kürtçe’de ‘direnc’) olarak değiştirilmesini talep etmişlerdir.”<sup>52</sup> Davaya bakan Asliye Hukuk Mahkemeleri ise “başvuranların seçtiği isimlerin ‘q’, ‘w’ ve ‘x’ gibi harfler içerdiğini ve bu harflerin Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında 1353 Sayılı Kanun’da belirtilen yirmi dokuz resmi harf arasında bulunmadığı gerekçesiyle söz konusu başvuranlar için dava açılmasının imkansız olduğuna karar vermiştir... Yargıtay, ilk derece mahkemesi kararlarını onamıştır.”<sup>53</sup>

AİHM, Anayasa Mahkemesi’nin belirttiği gibi, ad değişiklikleri konusunda taraf devletlerin takdir yetkisini tanıyordur. AİHM’e göre, dil özgürlüğünün AİHS kapsamında düzenlenmediğinden bahisle “her Akit Devlet, serbestçe kimlik belgelerinde ve diğer resmi belgelerde kendi resmi dil veya dillerinin kullanımını zorunlu kılmak ya da kurallara bağlamak hakkına sahiptir.”<sup>54</sup> Ayrıca, AİHM, “yakın çevresi tarafından tanınan kullanılan bir isim taşıma hakkının Türk Yargıtay’ı tarafından doğal bir hak olarak değerlendirildiğini not etmektedir. Yine, isimlerin “Türkleştirilmesi” yönünde olası bir politikayı kınayan Yargıtay, kişinin etnik kökeniyle ilişkili bir isim taşıma hakkını açık bir şekilde kabul etmiştir. (Güzel Erdagöz ilgili bölüm, prg.53 ile kararlaştırınız). Buna ilaveten, ‘ulusal kültüre’ uygun isim taşıma zorunluluğu 2003 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.”<sup>55</sup> AİHM’e göre, “1990’lı yıllarda yetkili makamların bazı tereddütlü uygulamaları gö-

Korunması”, s.246.

<sup>52</sup> Karara erişim adresi : <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/28697-05.pdf> , Erişim tarihi: 21.06.2015, s.2-3.

<sup>53</sup> Kemal Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, s.3.

<sup>54</sup> Kemal Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, s.9.

<sup>55</sup> Kemal Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, s.9-10.

*rülse de AİHM, olayların meydana geldiği dönemde ilgili şahısların, istedikleri takdirde, Kürtçe ad ve soyadı taşıma imkanına sahip oldukları sonucuna varmaktadır. Bununla birlikte AİHM, her ne olursa olsun istenilen ismin, 1353 sayılı Kanun gereğince, ulusal alfabe kurallarına göre yazılması gerektiği kanaatindedir.”<sup>56</sup>*

Dolayısıyla, AİHM her ne kadar Kürtçe harfler içeren adların kullanılmasına ilişkin başvuruyu reddetmiş olsa da, Yargıtay tarafından verilen kararlar ve Nüfus Kanunu<sup>57</sup>’nda yapılan değişiklikler çerçevesinde, Türkiye’de Kürtçe isim alınabileceğini kararında vurgulamaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi’nin, AİHM’in devletlerin bu konuda takdir hakkına sahip olduğunu belirtip, konu üzerinde durmaması eleştirilmesi gereken bir diğer husustur. Kaldı ki Tolga Şirin’in de belirttiği gibi *“Bu konuda devletlerin bu hakların sınırlandırılması konusunda takdir yetkisi olduğu kabul edilse de, İnsan Hakları Sözleşmesi asgari bir standarttır ve Sözleşme’ye taraf devletler, bu hakkı geliştirmekle yükümlüdür.”<sup>58</sup>*

Ayrıca, karşı oy yazılarında Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesine İlişkin Sözleşmeye yer verilirken, Anayasa Mahkemesi’nin bu metne yer vermemesi de ayrı bir eksikliktir. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesine İlişkin Sözleşme’nin 1. maddesi ırk ayrımcılığını tanımlamaktadır: *“ ‘İrk ayrımcılığı’ terimi, siyaset, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacıyla ya da etkisine yönelik, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayırım,*

<sup>56</sup> Kemal Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, s.10.

<sup>57</sup> 2003 yılında 4928 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” da Nüfus Kanunu’nun 16.maddesindeki “milli kültürümüze” ifadesi kaldırılmıştır. Maddenin yeni hali şu şekildeydi: “Ancak ahlâk kurallarına uygun düşmeyen veya kamuoyunu inciten adlar konulmaz, doğan çocuk babasının, evlilik dışında doğmuş ise anasının soyadını alır.” Bununla birlikte Nüfus Kanunu 29.4.2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu tarafından yürürlükten kaldırılmıştır. Nüfus Hizmetleri Kanunu’nda, mülga Kanun’un 16.maddesine paralel bir düzenleme yer almamaktadır. Ekşi, Vatandaşlık Hukukumuzda Türkçe Olmayan Ad ve Soyadı Meselesi, s.71, dipnot 82.

<sup>58</sup> <http://www.bianet.org/bianet/azinliklar/131687-anayasa-mahkemesi-nin-soy-ile-imtihanı>, Erişim tarihi: 21.06.2015.

*dışlama, kısıtlama ya da tercih anlamındadır.*<sup>59</sup> Bu tanımda dikkat çeken şey Sözleşme'nin ırk ayrımını dar değil, renk, soy, ulusal veya etnik kökene dayalı herhangi bir ayrım olarak kabul etmesidir. Sözleşme'nin 2. maddesine göre: *"Taraf Devletler ırk ayrımcılığını kınar ve uygun her imkânla ve gecikmeden, ırk ayrımcılığının her türünün ortadan kaldırılması ve tüm ırklar arasında bu anlayışın geliştirilmesi politikası izlemeyi üstlenir."*<sup>60</sup> Dolayısıyla Sözleşme devletlere bu konuda bir yükümlülük getirmektedir. Ancak, yukarıda belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi bu hususun da üzerinde durmamıştır.

### Sonuç

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin E.2009/47 K.2011/51 sayılı kararındaki problemlerli noktalar üzerinde durulmuştur. Bu problemlerli noktalardan ilki, Mahkeme'nin soyadını Anayasa'nın 17.maddesi kapsamında değerlendirirken, "kamu düzeni" ve "kamu yararı" nedeniyle sınırlanabileceğini ileri sürmesidir. Oysaki yukarıda belirtildiği gibi, 17.madde herhangi bir sınırlama nedeni içermemektedir.

Ayrıca, kamu düzeninin sınırlama nedeni olabileceği kabul edilse bile, kararın esasında kamu düzeni ve soyadı kullanımı üzerinde nasıl bir ilişki kurulabileceği üzerinde durulmamaktadır. Bu anlamda karşı oy yazılarından bir tanesinde kanun koyucunun kamu düzeninden kaynaklanan bir takım sınırlamalar yapıp yapamayacağını üzerinde durulması dikkate değerdir: *"...soyadı kullanımı üzerinde kamu düzeninden kaynaklanan bazı sınırlamalar yapılabileceği düşünülebilirse de; kişinin diğer vatandaşlardan ayrılmasını ve tanınmasını, kamusal alanda kimliğinin belirlenmesini sağlama dışında kamu düzeninden kaynaklanan bir sınırlama nedeni olamayacağı, hele ırk temelinde bir düzenleme yapılamayacağı açıktır. Esasen, soyadının resmi dil olan Türkçede ve Türk alfabesiyle yazılabilir, okunabilir ve anlaşılabilir olması dışında, soyadının kamu düzenini ilgilendiren bir yönü bulunmamaktadır."*<sup>61</sup>

Bugün de gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, gerekse Yargıtay kararlarında tartışılan husus ismin Türkçe olup olmaması

<sup>59</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4750.html>, Erişim tarihi: 21.06.2015.

<sup>60</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4750.html>, Erişim tarihi: 21.06.2015.

<sup>61</sup> AYMKD, Sayı 48, Cilt 2, s.904.

değil, Kürtçe isimde yer alan 'x', 'w', 'q' gibi harflere yer veren isimlerin kabul edilip edilmeyeceğidir. Yargıtay 'x', 'w', 'q' harflerinin Türkçe alfabede bulunmadığını ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun'u ileri sürerek kabul etmemektedir.<sup>62</sup> AİHM de devletlerin alfabelerinde bulunmayan harfleri kabul edip etmemek konusunda devletlerin takdir yetkisi olduğunu belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi ise "ulusal yasa koyucunun bu konuda bir takdir hakkı olduğunu" ifade ederken bunu sanki sınırı olmayan bir takdir yetkisi gibi yorumluyor görünmektedir.

Geçmişte Anayasa Mahkemesi pek çok kararı bakımından eleştirildi. Şimdi bu kararlar "nelerin hukuki gerekçede" kullanılmayacağına örnekleri olarak okutuluyor. Bunlar yirmi otuz sene önce verilmiş kararlardı. Ancak Mahkeme'nin hâlâ o kararlara ve hukuki olmayan gerekçelere tutunduğu görülebiliyor. Gerekçelendirmedeki bu tür problemler ise hak ihlallerinin devamına neden oluyor. Böylesi bir durum ise Mahkeme'nin kuruluş ve var oluş amacına ters düşmektedir.

### Kaynakça

- Balta Tahsin Bekir, İdare Hukuk I Genel Konular, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1970/72.
- Ekşi Nuray, Vatandaşlık Hukukumuzda Türkçe Olmayan Ad ve Soyadı Meselesi, Beta, İstanbul, 2008.
- Equal Protection of the Law, Encyclopaedia of the Social Sciences, Editor -In- Chief Edwin R.A. Seligman, Associate Editor Alvin Johnson, Volume 5, The Macmillan Company, New York, 1948.
- Ingram David, Law Key Concepts in Philosophy, Continuum International Group, London, 2006.
- Kılınc Ümit, "İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 89, 2010, s.242-276.
- Marshall Geoffrey, Constitutional Theory, Oxford University Press, London, 1972.
- Murphy Marc C., Philosophy of Law-The Fundamentals, Blackwell Publishing, 2007.
- Öden Merih- Esen Selin, "Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı", *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, Cilt 2, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 391, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2013, s.817-835.

<sup>62</sup> Bkz. Kemal Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, s.9-10.

- Öden, Merih, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Soysal Mümtaz, *Anayasaya Giriş*, A.Ü.S.B.F Yayını, Ankara, 1969.
- Teziç Erdoğan, *Türkiye’de 1961 Anayasası’na göre Kanun Kavramı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972.
- Turinay Faruk, “Yabancı İrk ve Millet İsimlerinin Soyadı Olarak Kullanılması Yasağı ve Bir Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 112, 2012, s.29-54.
- Tussman Joseph- Tenbroek Jacobus, “The Equal Protection of Laws”, *California Law Review*, Cilt. 37, Sayı 3, 1949, s.341-381.
- Türkiye İnsan Hakları Raporu 2003, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Ankara, 2004.

### **İnternet Kaynakları**

- [http://www.bianet.org/bianet/azinliklar/131687-anayasa-mahkemesi-nin-soy-ile-  
imtihanı](http://www.bianet.org/bianet/azinliklar/131687-anayasa-mahkemesi-nin-soy-ile-imtihanı) erişim tarihi: 21.06.2015.
- <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4750.html>
- [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c023/  
tbmm04023069ss0203.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c023/tbmm04023069ss0203.pdf)



# “AVUKATLIK MESLEĞİNE YAKIŞACAK TUTUM VE DAVRANIŞLAR DEYİMİ” MUĞLÂK VE OBJEKTİFLİKTEN UZAK MIDIR? (Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Hakkında Görüş)

Atıla SAV\*

Yüksek Mahkeme'nin iptal kararı verdiği Avukatlık Kanunu'nun 5. Maddesinin (c) bendi şöyledir: “Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak”(1)

Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın hukuki belirlilik ve güvenlik ilkelere aykırı sayarak iptaline karar vermektedir.

Yüksek Mahkemenin bu kararı ve gerekçesini benimsemek mümkün değildir.

Öncelikler iptali istenen (c) bendinin benzeri bazı hükümlerine değinmek isterim:

-24.02.1983 tarihli 2803 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 8. maddesinin (j) bendi şöyledir:

“Hakimlik ve savcılık mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamış olmak”

Aynı maddeye eklenen (k.ek bend) ile “avukatlık mesleğinden adaylığa geçmek isteyenler için yukarıdaki (l) bendi hariç diğer şartları taşımakla birlikte ... başarılı olmak”

-Bir başka benzer kural 30.03.2011 tarihli 3216 sayılı “Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 6. maddesinin (c) bendinde düzenlenmiş:

---

\* Avukat.

“Kırk beş yaşını doldurmuş, yüksek öğretim görmüş olmak ve hakimlik mesleğine alınmaya engel bir halinin bulunmaması kaydıyla” aday olunabilecektir.

Yani hakim olabilmek için de Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday olabilmek için de “mesleğe yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamak” koşulu aranacaktır. Bu hükümlerdeki koşulun Avukatlık Kanunu’nun 5/c hükmü ile paralel olduğu açıktır.

(1) Anayasa Mahkemesinin 28.02.2013 tarihli Esas: 2012/116,Kara: 2013/32 sayılı kararı.(Resmi Gazete 13 Ağustos 2013 günlü 28734 sayılı nüshası)

Avukatlık bir kamu hizmetidir.

Savunma, yargının üç temel ögesinden biridir. Yüksek Mahkeme 21.01.1971 tarihli 1969/33 esas.1971/7 karar sayılı kararı ile “avukatlığın kamu hizmeti olduğu” görüşünü benimsemiştir. O olayda davacılar avukatlığın bu niteliğe karşı çıkarken Anayasa’nın 117 maddesindeki “kamu hizmetleri memurlar eliyle yürütülür” kuralına dayanmışlardı. Yüksek Mahkeme bu görüşün yerinde olmadığını belirtmiş“... Hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuki sorun ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesinde ve genellikle hukuk ve kurallarının eksiksiz uygulanmasında yargı organlarına, hakemlere, resmi ve özel kurul ve kurumlara yardım etme gereğini güden, hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmalarına adanmış görevlerin yerine getirilmesinde adli mercilerin ve öteki resmi dairelerin kendilerine yardımcı olmakla yükümlü tuttuğu (1136 sayılı Kanun md.2) bir meslek topluluğunun; avukatlığın faaliyetlerinin kamu yararı ile olan sıkı ilgisinin de işe bir kamu hizmeti niteliği kazandırdığı ve bunun serbest mesleğiyle bağdaşabilir ve o kavramı 1136 sayılı Kanunun hükümlerinde görüldüğü üzere sınırlar bir nitelikte olduğu ortadadır” demekle yetinmiştir. Yüksek Mahkeme devamla;

“Şu duruma göre 1136 sayılı Kanunun 1. maddesinin Anayasa’nın 117. maddesine aykırı, hatta bu madde ile doğrudan doğruya ilgili bir yönü yoktur. Davanın 1. maddeye yönelen bölümünün reddi gerekir.” sonucuna varmıştır.

Yüksek Mahkeme ; “Sonuç’ta, 2. Bend olarak 19.03.1969 tarihli 1136

sayılı Kanun'un dava konusu olan hükümlerinin geriye kalan 1,3 ve 5. maddelerinin ve geçidi 2. maddenin A bendi ile 1238 sayılı Kanunla eklenen fıkralar dışındaki hükümlerinin Anayasaya aykırı olmadığına ve davanın bu hükümlere yönelen bölümünün reddine... oyçokluğu ile ve öteki hükümlerine oybirliğiyle karar verildi" demekle yetinmiştir. Bu kararda Yüksek Mahkemece iptali isteği reddedilen maddelerden birisi de (5) madde idi ve Anayasa'ya aykırı görülmeyle iptal istemi reddedilmişti.

Oysa Yüksek Mahkemenin bu yazıya konu olan 13.08.2013 tarihli2012/116 esas 2013/32 sayılı kararı ile bir bendi iptal edilmektedir. Kuşkusuz, Yüksek Mahkeme aradan çok zaman geçtiği için görüşünü değiştirmiş de olabilir. Ancak, Mahkemenin bu kararı doyurucu ve inandırıcı sayılamaz. Hakimlik ve Savcılık mesleği ile" Anayasa Mahkemesi üyelik adaylığı" için aranan koşula benzer bir koşulun "avukatlık" için de aranması gerekmez mi?

Temel insan haklarının en önemlilerinden biri olan "adil yargılanma Hakkı"nın üç temel ögesinden biri olan "avukat"ın da en az yargıç ve savcı denli "kişilik aralığı", "toplum içinde saygınlığı" olmalı değil mi?

Bu aşamada şuna değinmek isterim: Avukatlıkta dürüst kalmak yargıçlık ve savcılıkta dürüst kalmakta daha zordur. Yargıç ve savcının tüm çalışma olanaklarını da iş olanaklarını da kendisi sağlamak zorundadır. Avukatlık aynı zamanda "serbest meslek"tir. Savunmanın bağımsızlığı bu serbestlikten kaynaklanır. Savunma bağımsız olmazsa, yargı da, savda "güdümlü" olma kuşkusu altında kalır. Güdümlü yargı, adalet ve hukukun üstünlüğü ilkeleriyle bağdaşmaz. Yargının bağımsızlığın güvencesi ve koşulu bağımsız savunmadır.

İnceleme konusu yaptığımız kararda Yüksek Mahkeme "mesleğe yakışmayacak tutum ve davranışların çevresince bilinmesi" kavramlarını mutlak ve objektiflikten uzak bulmuştur. Bu gerekçeye katılmak olanağı yoktur. Yukarıda da belirttiğim üzere "Hakimler ve Savcılar Kanunu"nda da "Anayasa Kuruluş ve Yargılama Usulleri Kanunu"nda da üye adaylığı koşulları belirlenirken aynı deyimler kullanılmıştır.

Bir benzer kural da Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 8. maddesinin (j) bendinde "daha önce serbest avukatlık yapanları da, hakimlik

ve savcılık mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamış” olma koşulu aranmaktadır.(2)

Hakimlik ve savcılık mesleğine yakışan tutum ve davranışlar nelerdir? Bu soru “avukatlık mesleğine yakışan tutum ve davranışlar” konusunu da aydınlatır.

Hakimin olumlu nitelikleri belirlenince, olumsuzları Avukatlık Kanunu’nda belirtilmiştir. Kanunun 34 ve 134. maddeleri açıktır.

“Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır biçimde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenecek Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler denmektedir.

Meslek Kuralları 1971’den beri uygulanmaktadır. Bu kurallar objektif ve belirleyicidir.

Ayrıca 1136 sayılı Yasa’da,

- Sır saklama(md.36)
- İşi reddetme zorunluluğu(md.38)
- Reklam yasağı(md.55)
- Çıkar karşılığı iş getirenlerle çalışma yasağı(md 48)
- Mahkemelere resmi kılıkla çıkma zorunluluğu(md.49)
- Dosya tutma, görüşmeleri tutanakla belirleme(md.53)
- Görevi kötüye kullanmama(md.65)
- Baroya kesenek ödeme (md.65)

gibi meslek ve disiplini ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Ulusal ve iç düzenlemelerin yanı sıra uluslar arası kurum ve meslek kuruluşlarınca belirlenen meslek kuralları da bulunmaktadır.

Bu deyiş ve belirlemeleri de “soyut ve içeriği belirsiz” sayarsak “hukuk”,“ahlak”,“adalet”,“iyi niyet”,“dürüstlük” gibi çok temel kavramları da soyut ve içeriği belirsiz sayma tehlikesine düşebiliriz.

Yıllarca önce bir Yüksek Yargıcımız Adalet Yılı Açılış Konuşmasında “yargıcın vicdanı ile cüzdanı arasında sıkıştırılmasının sakınca-

sın” dan söz etmişti. Haklı değil miydi? Cüzdandan somuttur, ama vicdan anı derece somut bir kavram değildir. Adaletin temel ilkelerinden biri olan “vicdan” da soyut ve belirsiz sayılırsa yargıya güveni ve inancı saptamak olanaksızlaşmaz mı?

### Yargıç Deyince

Bu konudaki görüşlerimi belirtirken hep Türkiye Barolar Birliği’nin kuruluş döneminde, ilk kararlardan birinde yaşanan bir olayı anımsarım. (Kırk dört yıl geçtiği için kimse, hedefte değildir)

İstanbul’un küçük kıyı ilçelerinden birinde, bir yaz akşamı, kıyıda açık hava gazinosunda oturmakta olan ilçenin yarıcına genç bir adam saldırır.” Ulan... herif rüşvetçi, alçak adam. Bizim davamızı sattın. Zaten herkes senin ne mal olduğunu bilir”. Böyle diyerek yargıcı tekme tokat tartaklar. Polis genç adamı hemen yakalar, gözaltına alır. Ama kasaba halkının önünde oluşan durum, halkta yargıca duyulan güvensizliği ve antipatiyi büsbütün artırır. Herkes bıyık altından gülümsemekte ve genç adamı haklı bulmaktadır.

Yüksek Hakimler Kurulunca gönderilen müfettiş, üzücü olayı doğrulamış; yargıcın o kasabada artık görev yapmasının sakıncalı olacağını

-----

Benzer bir hüküm de Devlet Memurları Kanununda bulunuyor. Madde 125, c) Devlet Memuru vakarına yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamak, f) Görevine ve iş sahiplerine kayıtsızlık göstermek ve ilgisiz kalmak g) Belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmak

Yüksek mahkeme 16.01.2014 tarihli Es.2013/110,ka.2014/8 sayılı kararıyla bu maddenin (e) ve (g) bentlerine yönelen iptal işlemini kabul etmemiştir.

belirterek “ yer değiştirme” öngörmüştür.

Yargıcın sicil dosyası -ne yazık ki- benzer olaylarla doludur. Daha önce altı kez disiplin kavuşturması geçirmiştir. Kendisi, davet edilir ve emekliliğini istemesi tavsiye olunur. Hiç değilse meslekten çıkarılması için formüldür bu. Olmazsa avukatlık edebilir!?!)

Dosya, İstanbul Barosunun ‘red’ kararı ile itiraz üzerine Birlik Yönetim Kuruluna geldi. Sicil dosyası çiçek bahçesi (!) gibi. Daha önce bir yerden “Keklikçi” lakabı ile yer değiştirmiş. Bir başka yerde adli tabibin yerinde lastik eldiven takıp, ırza tasaddi dosyasına müdahale etmiş vb.

İstanbul Baro Başkanı 5. maddesinin (b) bendine göre istemi red-detmiş. Son inceleme mercii -o tarihte- Adalet Bakanlığı red kararını onaylamadı.

Dönemin Baro Başkanı “yemin” töreninden sonra ağır bir konuşma yaparak “biz, sizi aramızda görmek istemedik. Ama Bakanlık böyle uygun gördü. Hayırlı olsun” diyerek and içmiştir. İki ay sonra adı geçen yargıç-avukat kendi isteğiyle Barodan kaydını sildirmiş. O yerde çalışmamış.

Daha sonra bir gün dönemin Hukuk İşleri Genel Müdür Yardımcısı(daha sonra Anayasa Mahkemesi üyesi) olan Sayın Bülent Olçay’la karşılaştığımızda konu açıldı. Bülent Olçay “eğer 5. Madde-nin (b) bendi yerine (c) bendi uygulanırsa, bir soruşturmacı atanarak, alınacak olumsuz rapora dayanılsa idi Bakanlık olarak onama kararı verirdik. (c) bendinin amacı buydu, dedi. Daha sonra da uygulama bu anlayışla yapıldı.

Sonuç ve özet olarak belirtmek gerekirse Yüksek Mahkemenin iptal kararı gerekli ve yararlı bir hükmü -yanlış bir gerekçeyle” kaldırmakla bir boşluk yaratmıştır.

13 Ağustos 2013 SALI

Resmî Gazete

Sayı : 28734

#### ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

**Esas Sayısı: 2012/116**

**Karar Sayısı: 2013/32**

**Karar Günü: 28.2.2013**

**İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN:** Ankara 11. İdare Mahkemesi

**İTİRAZIN KONUSU :** 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin Anayasa’nın

5., 13. ve 48. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

## I- OLAY

Baro tarafından verilen avukatlık mesleğine kabul kararı hakkında, Türkiye Barolar Birliği'nce verilen uygun bulma kararının, ilgilinin yasa dışı silahlı terör örgütüne üye olmak suçundan aldığı cezanın çevresince bilindiği gerekçesiyle, Adalet Bakanlığınca iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

## II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

*“Davacı ADALET BAKANLIĞI tarafından, M.O’un Baro Lehasına yazılmasına dair Baro Yönetim Kurulu kararının onaylanmasına ilişkin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararında ısrar edilmesine ilişkin 3.2.2012 tarih ve 31785-2 sayılı işlem; ilgilinin “Yasadışı silahlı terör örgütü üyesi olmak” suçundan dolayı mahkum olması sebebiyle durumunun 1136 sayılı Kanununun 5/1-c maddesi kapsamında (avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak) değerlendirilmesi gerektiği, eylemin niteliği dikkate alındığında hukukun üstünlüğü ve insan haklarını korumakla görevli avukatlık mesleğinin ilke ve amaçlarıyla bağdaşmadığı, daha önceden ilgili hakkında baroya yazılmama yönünde alınmış bir karar bulunduğu, hukuki durumda bir değişiklik olmadığı, işlemin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istemiyle BARO BAŞKANLIĞI ve TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ’ne karşı açılan davada işin gereği görüldü.*

*Anayasa’nın 152. maddesinde, “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.*

*Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır.*

*Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır...” kuralı yer almaktadır.*



Öte yandan, Anayasa'nın 5. maddesinde, "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." 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". 48. maddesinde, "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir..." düzenlemesi bulunmaktadır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinde, "Aşağıda yazılı durumlardan birinin varlığı halinde, avukatlık mesleğine kabul istemi reddolunur:

a) (Değişik bend: 02/05/2001 - 4667/5. md.; Değişik bent: 23/01/2008-5728 S.K./326.mad) Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (İptal ibare: Anayasa Mah.nin 25/02/2010 tarihli ve E. 2008/17, K. 2010/44 sayılı Kararı ile.) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmak,

b) (Değişik bent: 22/01/1986 - 3256/2 md.) Kesinleşmiş bir disiplin kararı sonucunda hakim, memur veya avukat olma niteliğini kaybetmiş olmak,

c) Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak,..." **hükmü yer almış**, 8. maddesinde ise, "Baro Yönetim Kurulu, avukatlığa kabul istemini reddettiği veya kovuşturma sonuna kadar beklenmesine karar verdiği takdirde bunun gerekçesini kararında gösterir. Gerekçeli karar adaya tebliğ olunur.

Aday, bu karara karşı, tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde, kararı veren baro vasıtasıyla Türkiye Barolar Birliğine itiraz edebilir. Baro tarafından adaya, itiraz tarihini tesbit eden bir belge verilir. Bu belge hiçbir vergi, harç ve resme tabi değildir.

*Türkiye Barolar Birliği, itiraz üzerine dosya üzerinde gerekli incelemeleri yaptıktan sonra, itirazı kabul veya reddeder. Türkiye Barolar Birliği itiraz tarihinden itibaren bir ay içinde bir karar vermezse, itiraz reddedilmiş sayılır.*

*(Değişik fıkra: 02/05/2001 - 4667/7.md.) Baro yönetim kurullarının adayın lehaya yazılması hakkındaki kararları, karar tarihinden itibaren onbeş gün içinde Türkiye Barolar Birliğine gönderilir. Türkiye Barolar Birliği kararın kendisine ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde uygun bulma veya bulmama kararını ve itirazın kabul veya reddi hakkındaki kararlarını onaylamak üzere karar tarihinden itibaren bir ay içinde Adalet Bakanlığına gönderir. Bu kararlar Adalet Bakanlığına ulaştığı tarihten itibaren iki ay içinde Bakanlıkça karar verilmediği veya karar onaylandığı takdirde kesinleşir. Ancak Adalet Bakanlığı uygun bulmadığı kararları bir daha görüşülmek üzere, gösterdiği gerekçesiyle birlikte Türkiye Barolar Birliğine geri gönderir. Geri gönderilen bu kararlar, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca üçte iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde onaylanmış, aksi halde onaylanmamış sayılır; sonuç Türkiye Barolar Birliği tarafından Adalet Bakanlığına bildirilir.*

*Baro yönetim kurulunun, avukatlığı kabul isteminin reddi veya kovuşturma sonuna kadar beklenmesi hakkındaki kararları, süresi içinde itiraz edilmediği takdirde kesinleşir.*

*(Değişik fıkra: 02/05/2001 - 4667/7. md.) Adalet Bakanlığının dördüncü fıkra uyarınca verdiği kararlara karşı, Türkiye Barolar Birliği, aday ve ilgili baro; Adalet Bakanlığının uygun bulmayıp bir daha görüşülmek üzere geri göndermesi üzerine Türkiye Barolar Birliğince verilen kararlara karşı ise, Adalet Bakanlığı, aday ve ilgili baro idari yargı merciine başvurabilir.*

*Barolar, kesinleşen kararları derhal yerine getirmeye mecburdurlar." düzenlemesine yer verilmiştir.*

*Dava dosyasının incelenmesinden, davacının İstanbul 3 Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 24.07.2000 tarih ve 2000/154 sayılı kararıyla yasadışı silahlı çetenin sair efradı olmak suçundan dolayı 12 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırıldığı, İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 22.09.2006 tarih ve 2000/154 sayılı kararıyla cezanın uyarılama yapılmak suretiyle 6 yıl 3 ay hapis cezasına indirilmesine karar verildiği, bu arada davacının 2002 yılında cezasının infaz edildiği, ardından Hukuk Fakültesini tamamladıktan sonra 1 yıllık avukatlık stajını 2005-2006 yıllarında yapan davacının baro lehvasına yazılma isteminin Baro Yönetim Kurulu'nun 22.03.2007 tarih ve 12/117 sayılı kararı ile reddedildiği, yapılan itirazın 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5/1-c maddesi uyarınca Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun 25.05.2007 tarihli kararıyla reddedildiği ve Adalet Bakanlığının*

11.07.2011 tarih ve 14777 sayılı kararıyla işlemin onayına karar verildiği, söz konusu işlemlerin iptali istemiyle açılan davanın Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin 24.04.2009 tarih ve 2009/9214 sayılı kararıyla reddedildiği, davanın Danıştay'da temyiz aşamasında bulunduğu, davacının memnu haklarının iadesi istemiyle yaptığı başvuru üzerine İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 27.05.2011 tarih ve 2011/616 değişik iş sayılı kararı ile memnu haklarının iadesi konusunda karar verilmesine yer olmadığına karar verildiği ve bunun üzerine davacının yaptığı başvuru üzerine başka bir il Barosu'na 28.12.2011 tarih ve 2011/63 sayılı Yönetim Kurulu kararı ile kaydedildiği, kararın Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun 09.01.2012 tarih ve 31481-191 sayılı kararı ile uygun bulunduğu, ancak Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 24.01.2012 tarih ve 1115/2003 sayılı kararı ile davacının mahkumiyetine konu fiilinin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5/1-c maddesinde yer bulan avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak kapsamında olduğu gerekçesiyle Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararının uygun bulunmadığı ve bir daha görüşülmek üzere Türkiye Barolar Birliği'ne geri gönderildiği, bu kez Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun 03.02.2012 tarih ve 31785-2 sayılı kararı ile davacının baro lehasına yazılması talebinin kabulüne ilişkin önceki kararda ısrar edildiği, bakılan davanın da söz konusu işlemin iptali istemiyle açıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler ancak, Anayasanın özüne ve ruhuna uygun olarak, Yasa ile sınırlanabilir. Anayasanın temel insan hak ve hürriyetlerinden olan çalışma hürriyetinin, Yasa ile sınırlanması sırasında da, kamusal gereklilikler ile temel insan hak ve özgürlükleri yönünden “ölçülülük” ve “belirlilik” ilkesi gözetilerek düzenleme yapılması esastır.

Yukarıda anılan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5/1-c maddesinde avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlarının çevresince bilinmiş olması avukatlık mesleğine kabule engel haller arasında sayılmıştır.

Bu durumda, Anayasada yer bulan çalışma hürriyetinin yukarıda anılan Kanun hükmü ile sınırlandığı ve söz konusu hükmün avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışların hangi fiilleri kapsayıp hangilerini kapsamadığı noktasında belirlilik ölçütüne aykırı nitelikte olduğu, bunun yanında bir temel hak ve özgürlüğü kısıtlayan bu belirsiz düzenlemenin ayrıca çevresince biliniyor olma gibi bir başka muallak ve yoruma oldukça açık bir şekilde düzenlenmesiyle diğer bir sınırlama yoluna gidildiği anlaşılmakta olup 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5/1-c maddesinde yer alan hükmün Anayasa'nın 5., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

*Açıklanan nedenlerle, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5/1-c maddesinde yer alan, avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak hükmünün Anayasa'nın 5., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğundan bahisle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, dava dosyasının esastan görüşülmesinin Anayasa Mahkemesi'nce bu konuda bir karar verilinceye kadar bekletilmesine 07.09.2012 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi."*

### **III- YASA METİNLERİ**

#### **A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı**

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun itiraz konusu kuralın da yer aldığı 5. maddesi şöyledir:

**"Madde 5-** *Aşağıda yazılı durumlardan birinin varlığı halinde, avukatlık mesleğine kabul istemi reddolunur:*

*a) (Değişik: 23/1/2008-5728/326 md.) Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmak,*

*b) (Değişik: 22/1/1986 - 3256/2 md.) Kesinleşmiş bir disiplin kararı sonucunda hakim, memur veya avukat olma niteliğini kaybetmiş olmak,*

*c) Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak,*

*d) Avukatlık mesleği ile birleşemiyen bir işle uğraşmak,*

*e) Mahkeme kararı ile kısıtlanmış olmak,*

*f) İflas etmiş olup da itibarı iade edilmemiş bulunmak (Taksiratlı ve hileli müflisler itibarları iade edilmiş olsa dahi kabul olunmazlar),*

*g) Hakkında aciz vesikası verilmiş olup da bunu kaldırmamış bulunmak,*

*h) Avukatlığı sürekli olarak gereği gibi yapmaya engel vücut veya akılca malul olmak.*

*(Değişik: 2/5/2001 - 4667/5 md.) Birinci fıkranın (a) bendinde sayılan*

*Yüz kızartıcı suçlardan biri ile hüküm giymiş olanların cezası ertelenmiş, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa da avukatlığa kabul edilmezler.*

**(Değişik: 22/1/1986 - 3256/2 md.)** Adayın birinci fıkranın (a) bendinde yazılı cezalardan birini gerektiren bir suçtan kovuşturma altında bulunması halinde, avukatlığa alınması isteği hakkındaki kararın bu kovuşturmanın sonuna kadar bekletilmesine karar verilebilir.

Şu kadar ki, ceza kovuşturmasının sonucu ne olursa olsun avukatlığa kabul isteğinin geri çevrilmesi gereken hallerde, sonuç beklenmeden istek karara bağlanır.”

### **B- Dayanılan Anayasa Kuralı**

Başvuru kararında, Anayasa'nın 5., 13. ve 48. maddelerine dayanılmıştır.

### **IV- İLK İNCELEME**

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 1.11.2012 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

### **V- ESASIN İNCELENMESİ**

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Davut BÜLBÜL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, avukatlık mesleğine kabule engel haller arasında sayılan itiraz konusu kuralın, belirsiz olduğu, yoruma açık ve çalışma hürriyetini keyfi olarak sınırlandığı belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 5., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesi yönünden incelenmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinde, avukatlık mesleğine kabul isteminin reddolunacağı hâller düzenlenmiştir. İtiraz konusu kuralda ise avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışların ilgilinin çevresince bilinmiş olunması durumunda, avukatlık mesleğine kabul isteminin reddolunacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.

İtiraz konusu kuralda, adayın avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlarının çevresince bilinmesi durumunun avukatlık mesleğine giriş engeli olacağını hükme bağlamaktadır. Kuralda yer alan "avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlar" ile söz konusu tutum ve davranışların "çevresince bilinmesi" kavramlarının muğlak ve objektiflikten uzak olduğu açıktır. Kuralda, adayların hangi tutum ve davranışlarının avukatlık ile bağdaşmayacağına ve bunların çevrece bilinmesinin ne demek olduğu belirtilmemiştir. Bu nedenle avukat adaylarının mesleğe kabulünde barolara sınırları belli olmayan geniş bir takdir yetkisi verilmektedir. Dolayısıyla, mesleğe kabul edilmeme sonucunu doğuran nedenlerin tespiti noktasında ba-

rolara geniş bir takdir yetkisi tanıyan itiraz konusu kural, avukat adayları için öngörülebilir olmadığı gibi baroların keyfi yorum ve uygulamalarına karşı da yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığından hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edilmesi nedeniyle ayrıca Anayasa'nın 5., 13. ve 48. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

## VI- SONUÇ

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 28.2.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI		Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL		Üye Zühtü ARSLAN



# TASARRUFUN İPTALİ DAVASINA KONU OLAN TAŞINMAZIN SATIŞINI İSTEME SÜRESİ (İİK. 106, 110, 281/II)

Talih UYAR\*\*

Bilindiği gibi; 6352 sayılı Yasa ile değişik İİK'nun 106. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, *"alacaklı, haczedilen mal taşınmaz ise hacizden itibaren bir yıl içinde satılmasını isteyebilir"*.

Yine 6352 sayılı Yasa ile değişik İİK'nun 110. maddesinin birinci fıkrası uyarınca *" bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmezse..... o mal üzerindeki haciz kalkar"*.

Satış talebinde bulunan alacaklının, İİK'nun 59. maddesine göre *"icra müdürü tarafından hesaplanacak masrafların avans olarak dosyaya yatırılması"* gerekir. Satış avansı yatırılmaksızın yapılan satış talebi sonuç doğurmaz (geçerli olmaz) .<sup>1 2</sup>

Taşınmazın (ya da taşınırın) satışının, süresinde istenmiş olup olmadığı (dolayısıyla; satışı istenen taşınmazın üzerindeki haczin düşmüş olup olmadığı) -icra dairesince ve icra mahkemesince- resen araştırılır.<sup>3</sup>

Satış isteme süresinin geçmiş olmasına rağmen icra müdürünün satış talebini kabul edip -üzerindeki haczi kalkmış(düşmüş) olan- taşınmazı satması, ihalenin feshine neden olur.<sup>4 5 6</sup>

\* İzmir Barosu Avukatlarından.(Dokuz Eylül Üniv. Huk. Fak. E. Öğr. Görv.)

\*\* Bu yazı, bir dava dosyasına hukuki mütalâa (uzman görüşü) olarak sunulmuştur.

1 A. C. Ruhi, İcra ve İflas Hukukuna Göre İhale ve İhalenin Feshi, 2. Baskı, s:72

2 Bknz: 23.HD.12.09.2012 T. E: 3794, K:5030 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))

3 Bknz: 12.HD. 17.03.2011 T. E:23140, K:3834 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))

4 B. Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, 2013, s:608

5 B. Kuru, İcra ve İflas Hukuku, Cilt 2, 1990, s:1183

6 A.C. Ruhi, age s:73

**Yüksek mahkeme**, bu hususu;

- ü “Satış talebinin, İİK. 106 ve İİK. 110. maddelerde öngörülen süreler içinde olup olmadığını icra müdürünce re’sen gözetmesi gerekeceği, satış talebinin, bu sürelerden sonra olması halinde, bu istemin reddedilmesi gerekeceği, satış isteme sürelerinin geçmesine rağmen icra müdürünün satış talebini kabul etmesinin, bu hususun kamu düzenine ilişkin bulunması nedeniyle süresiz şikâyete tabi olacağı ve bu durumda haciz kalkmış olacağından yapılan ihalenin de feshi gerekeceği”<sup>7</sup>
- ü “Haciz tarihi itibarıyla yürürlükte olan -6352 s. Kanunla yapılan değişiklik öce- İİK. mad. 106 gereğince, taşınurların hacizden itibaren bir yıl, taşınmazların ise iki yıl içinde satılmasını isteyebileceği; satışa hazırlık işlemleri tamamlanmadan alıcının satış avansı yatırmak istenmesinde hukuki yararın olmadığı, mahkemece, iki yıllık sürenin dolmuş olması sebebiyle İİK. mad. 110 gereğince, anılan taşınmaz üzerindeki haczin kalktığı hususu dikkate alınarak, geçerli bir haciz olmaksızın yapılan ihalenin feshine karar verilmesi gerekeceği”<sup>8</sup>
- ü “Satış talebinin, İİK. 106 ve 110. maddelerde öngörülen süreler içinde olup olmadığını icra müdürünce re’sen gözetmesi gerekeceğini, satış talebinin, bu sürelerden sonra olması halinde, bu istemin reddedilmesi gerekeceği, satış isteme sürelerinin geçmesine rağmen, icra müdürünün satış talebini kabul etmesinin, bu hususun kamu düzenine ilişkin bulunması nedeniyle süresiz şikâyete tabi olacağı ve bu durumda haciz kalkmış olacağından yapılan ihalenin de feshi gerekeceği”<sup>9</sup>
- ü “Satış talebinin, İİK. mad.106 ve 110’da öngörülen süreler içinde olup olmadığını icra müdürünün re’sen gözetmesi gerektiği, satış isteme sürelerinin geçmesine rağmen, icra müdürünün satış talebini kabul etmesinin, süresiz şikâyete tabi olduğu, satış is-

<sup>7</sup> Bknz: 12.HD. 14.11.2013 T. E:29584, K:35932 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))

<sup>8</sup> Bknz:12.HD. 24.10.2013 T. E:28441, K:33391 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))

<sup>9</sup> Bknz:12.HD. 22.10.2013 T. E:22895, K:32858 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))

teme süresinin geçmesinden dolayı haczin kalkmasına rağmen satışın yapılması halinde ihalenin feshi gerekeceği; satış isteme süresi satış talebi ile durduktan sonra ihalenin feshedilmesi halinde (İİK. mad. 106 ve 110'daki) sürenin kaldığı yerden işlemeye devam edeceği, herhangi bir nedenle sürenin durması halinde ise sürenin kalan yerden hesaplanacağı, bir diğer ifade ile sürenin hesabında zamanaşımının kesilmesine benzer bir uygulama yapılmayıp durmaya ilişkin yöntem izlenmesi gerekeceği, yani iki yıllık sürenin yeni baştan değil kaldığı yerden hesaplanması gerekeceği"<sup>10</sup>

ü "İcra müdürünün, satış talebinin, İİK'nun 106. maddesinde öngörülen süreler içinde olup olmadığını re'sen gözetmesinin, satış talebi, bu sürelerden sonra ise, talebi reddetmesinin gerekeceği, satış isteme sürelerinin geçmesine rağmen, icra müdürünün satış talebini kabul etmesinin, bu hususun kamu düzeninden oluşu nedeniyle süresiz şikayete tabi olacağı, satış isteme süresinin geçmesi nedeniyle haczin kalkmış olmasına rağmen yapılan ihalenin feshinin gerekeceği"<sup>11</sup>

ü "Satış talebinin (6352 s. Kanun mad. 21 ve 22 ile değişik) İİK. mad. 106 ve 110'da öngörülen süreler içinde olup olmadığının icra müdürü re'sen gözetmesi gerekeceği, satış isteme sürelerinin geçmesine rağmen, icra müdürünün satış talebini kabul etmesi halinde, bu hususun kamu düzeninden oluşu nedeniyle süresiz şikayete tabi olacağı ve satış isteme süresinin geçmesi nedeniyle haczin kalkmış olmasına rağmen yapılan ihalenin de feshedilmesi gerekeceği- Haciz tarihi itibari ile yürürlükte bulunan İİK'nun değişiklik öncesi 106. maddesine göre menkullerde satış isteme süresinin 1 yıl olduğu, mahkemece, haciz tarihi ile birlikte, usulüne uygun satış talebi ve satış isteme süreleri dikkate alınarak ihale tarihinde mahcuzlar üzerindeki haczin düşüp düşmediği tespit edildikten sonra oluşacak sonuca göre karar verilmesi ve şayet mahcuzlar üzerindeki hacizler İİK. mad. 110. gereği kalkmış

<sup>10</sup> Bknz:12.HD. 08.10.2013 T. E:22170, K:31844 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))

<sup>11</sup> Bknz:12.HD. 30.05.2013 T. E:12447, K:20115 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))

ise geçerli bir haciz olmaksızın yapılan ihalenin feshine karar verilmesi, şayet hacizler devam ediyor ise bu hususun fesih sebebi yapılmaması gerekeceği- İkinci artırma usulünce yapılsa dahi birinci artırmanın usulsüzlüğünün doğal olarak ihalenin tümüyle geçersizliği sonucunu doğuracağı- İhale bedelinin muhammen bedel ile birlikte satış masraflarını karşılayamadığı tespit edilmiş ve bu husus davacı tarafından ileri sürülmediği gerekçesi ile fesih sebebi yapılmamış ise de İİK. mad. 129'un amir hükmünün re'sen gözetilmesi ve bu hususun tek başına ihalenin feshi sebebi olarak kabul edilmesi gerekeceği"<sup>12</sup>

- ü "Satış talebinin, İİK. 106 ve İİK. 110. maddelerde öngörülen süreler içinde olup olmadığını icra müdürünce re'sen gözetmesi gerekeceği, satış talebinin, bu sürelerden sonra olması halinde, bu istemin reddedilmesi gerekeceği, satış isteme sürelerinin geçmesine rağmen icra müdürünün satış talebini kabul etmesinin, bu hususun kamu düzenine ilişkin bulunması nedeniyle süresiz şikayete tabi olacağı ve bu durumda haciz kalkmış olacağından yapılan ihalenin de feshi gerekeceği"<sup>13</sup>
- ü "İİK.nun 110.maddesi gereğince anılan menkul üzerindeki haczin kalktığı gözetilerek, geçerli bir haciz olmaksızın yapılan ihalenin feshine karar verilmesi gerekeceği"<sup>14</sup>
- ü "İİK. mad. 110 gereğince; süresinde satış istenmemiş olması nedeniyle haciz düştükten sonra yapılmış olan ihalenin feshine karar verilmesi gerekeceği"<sup>15</sup>

ş e k l i n d e açık-seçik belirtmiştir.

Açılan tasarrufun iptali davalarında, İİK m. 281/II'deki "*Hakim, iptale tabi tasarrufların konusu olan mallar hakkında, alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebilir.....*" ş e k l i n d e k i hüküm uyarınca verilen *ihtiyati haciz kararı*, mahkemece 'davanın kabulü-

<sup>12</sup> Bknz:12.HD. 25.04.2013 T. E:9332, K:15579 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))

<sup>13</sup> Bknz:12.HD. 26.04.2013 T. E:8721, K:16025 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))

<sup>14</sup> Bknz:12.HD. 09.07.2012 T. E: 10088, K:23870 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))

<sup>15</sup> Bknz:12.HD. 01.07.2010 T. E:4637, K:17364 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))

ne, tasarrufun iptaline.' karar verilmesi ile kendiliğinden kesin hacze dönüşür.<sup>16</sup> **Yüksek mahkeme**, bu hususu;

- ü "İİK'nun 281/II maddesi uyarınca uygulanan ihtiyati haczin, tasarrufun iptali davasının kabulü ile kesin hacze dönüşeceği ve davacı alacaklının verilen ilamı icra dosyasına ibraz ederek cebri icra işlemine devam edebileceği"<sup>17</sup>
- ü "Tapuya şerh edilen ihtiyati haciz kararının davanın karara bağlandığı gün kesinleşmiş olacağı"<sup>18</sup>
- ü "İİK'nun 281/II maddesi uyarınca -açılmış olan tasarrufun iptali davalarında- uygulanan ihtiyati haczin, tasarrufun iptali davasının kabulü ile kendiliğinden kesin hacze dönüşeceği, ayrıca bu dava sırasında konulmuş olan ihtiyati haczin, İİK. 257 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan ihtiyati hacizden farklı olduğu, bu nedenle tasarrufun iptali davasını kazanan davacı-alacaklının, ihtiyati haczin dayanağı olan ilamı, 1 aylık süre içinde icra dairesine ibraz ederek takipte bulunmak zorunda bulunmadığı"<sup>19</sup>
- ü "Tasarrufun iptali davası ile birlikte ihtiyati haciz kararının alınarak uygulanmış olması halinde, davanın kabulüne karar verildiğinde, ihtiyati haczin kesin hacze dönüşmüş olacağı"<sup>20</sup>

ş e k l i n d e ifade etmiştir.

mahkemenin "*davanın kabulüne, tasarrufun iptaline.....*" karar verdiği tarihte, daha önce tapuya konulan *ihtiyati haciz*, kendiliğinden *kesin hacze dönüşmüş* olduğundan, davacı-alacaklının -ayrıca mahkemenin kararının kesinleşmesini beklemeden- bu tarihten itibaren bir yıl içinde (İİK m. 106/I; 110/I, c:1) *satış avansını* da yatırarak *satış talebinde* bulunması gerekir. Aksi takdirde, bir yıl geçince konulan haciz düşer.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> T. Uyar / A. Uyar / C. Uyar, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt 3, 2014, s:4522

<sup>17</sup> Bknz: 17.HD. 18.10.2010 T. E:8591, K:8433 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))

<sup>18</sup> Bknz: 19.HD. 24.06.2009 T. E:5586, K:6192 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))

<sup>19</sup> Bknz: 17.HD. 10.03.2008 T. E:3025, K:1137; 19.HD. 17.02.2005 T. E:2004/4602, K:1453 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))

<sup>20</sup> Bknz: 19.HD. 07.07.2005 T. E:2004/4371, K:7720 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))

<sup>21</sup> T. Uyar / A. Uyar, / C. Uyar, age s:4522

Ayrıca belirtelim ki; ihtiyati haciz safhasında (İİK. m.268/1), *ihtiyati haciz sahibi* satış isteyemeyip, ancak *kesin haciz sahibi* satış isteme hakkına sahip olduğundan, bu aşamada satış isteme süreleri işlemez.<sup>22</sup> Bu nedenle, tasarrufun iptali davası açılırken (veya dava devam ederken) konulmuş olan *ihtiyati haciz*, ancak "*davanın kabulüne ve tasarrufun iptaline*" karar verildiği tarihte *kesin hacze* dönüşmüş olduğundan, bir yıllık satış isteme süresi bu tarihten itibaren işlemeye başlar.

---

<sup>22</sup> B. Kuru, ag. El Kitabı, s:602- T. Uyar/A. Uyar/C. Uyar, age. C:2, s:2103 – A. C. Ruhi, age. S:39

# “CYPRUS V. TURKEY” KARARI: AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ’NİN ULUSLARARASI HUKUK VE ULUSLARARASI UYUŞMAZLIK SINAVI

Deniz AKÇAY\*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) 12 Mayıs 2014 tarihli “Cyprus v. Turkey” kararı,<sup>1</sup> Güney Kıbrıs Rum Yönetimi’nin (GKRY) Temmuz 1974’deki Kıbrıs Barış Harekatı’ndan başlayarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) denetim mekanizması çerçevesinde Türkiye aleyhine yönelttiği devlet (*requête interétatique/interstate application*) başvurularının<sup>2</sup> dördüncü ve sonuncusunun esasına

\* Av. Dr.

<sup>1</sup> Cyprus v. Turkey, (Application no. 25781/94,[GC] Judgment of 12 May 2014.  
<sup>2</sup> 6780/74 ve 6959/75 ile 8007/77 sayılı ilk üç GKRY başvurusu o dönemde yürürlükte olan AİHS sistemine uygun olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na (AİHK) yöneltilmişti. AİHK tarafından birleştirilen ilk iki başvuruya ilişkin AİHK raporunda AİHS’nin 2. (yaşam hakkı), 3. (işkence ve kötü muamele yasağı), 5. (kişi güvenliği), 8.(özel ve aile yaşamına saygı hakkı), 13. (etkin başvuru hakkı) ve 14. (ayrımçılık yasağı) maddelerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştı. Yine o dönemdeki denetim mekanizması sistemine göre AİHK raporları ilgili devletin AİHM’nin mecburi yargı yetkisini tanımış olması kaydıyla başvuran ve /veya davalı devlet tarafından AİHM’ne götürülebilirdi. AİHM’in mecburi yargı yetkisinin tanınmadığı durumlarda ise AİHK raporlarının bağlayıcılık kazanabilmesi için Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin bir kararıyla kabul edilmiş olması gerekirdi. Komite’nin bu iki rapor hakkında 1979 da kabul ettiği kararda ( Resolution DH (79) AİHK raporunun sonuçları ile ilgili olarak ret ya da onay doğrultusunda bir karar alınmamış, buna karşılık “ Kıbrıs’ta insan haklarının kalıcı biçimde güvence altına alınması, ancak barışın ve iki toplum arasında güvenin yeniden tesisi ile” gerçekleştirilebileceği vurgulanmış, “ toplumlarası görüşmeler bu uyuşmazlığın çözümlenmesine ulaşılmasında uygun çerçeveyi ” oluşturduğu belirtilmiştir. 8007/77 no.lu 3. Rum başvurusuna ilişkin AİHK raporunda ise Türkiye’nin 5. (kişi güvenliği), 8. (özel ve aile yaşamına saygı) ile AİHS’ne EK 1 No.lu Protokol’ün mülkiyet hakkına ilişkin 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bakanlar Komitesi’nin 1992’de aldığı kararda (Resolution DH (92) 12) yine AİHK sonuçları hakkında herhangi bir karar alınmamış, AİHK raporu-



(*merits/fond*) ilişkin 10 Mayıs 2001 tarihli kararının<sup>3</sup> tazminat sürecini sonuçlandırmıştır.

AIHM bu kararıyla, esasa ilişkin 2001 kararıyla, Barış Harekâtı sırasında kayboldukları iddia olunan Kıbrıslı Rum kayıplar ile Kuzey’deki Karpaz bölgesinde yaşayan Rumların yaşam koşulları konularında saptanmış olan ihlaller çerçevesinde, Türkiye’yi, mânevi tazminat olarak, karar tarihinden itibaren üç ay içinde GKRY’ne, Rum kayıp iddiaları kapsamında 30 milyon Euro, Karpaz’daki Rumların yaşam koşulları kapsamında ise 60 milyon Euro ödemeye mahkûm etmiştir. Kararda, GKRY’ne ödenecek tazminatın Kıbrıslı Rum kayıp ailelerine ve Karpaz Rum ailelerine dağıtılmasının Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından denetlenmesi de öngörülmüştür.

Öte yandan kararın gerekçe bölümünde, AIHS’ne Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesindeki mülkiyet hakkı ile ilgili olarak 2001 kararıyla alınmış olup halen icrasının denetlenmesi çerçevesinde AIHS’nin 46. maddesi uyarınca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin gündeminde yer alan mülkiyet hakkı ihlali konusunda, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nin (KKTC) sınırları içinde kalan Rum mallarıyla bağlantılı her türlü tasarrufunun anılan 2001 kararına aykırı olacağı yolunda bir değerlendirmeye de yer verilmiştir. AIHM, kararın 63. paragrafındaki bu tasarruf sınırlamasının kararın hüküm bölümünde de bir tespit kararı (*declaratory judgment/arrêt déclaratoire*) şeklinde yer alması doğrultusundaki GKRY’nin talebini reddetmiş olmakla birlikte, 63. paragraf yargı tekniği bakımından bir “ tespit kararı “ değilse bile, bu

---

nun yayınlanmasına karar vermekle yetinilmiştir. 25781/94 sayılı dördüncü Rum başvurusu ise yeniden AIHK’na yöneltilmiş olmakla birlikte, GKRY, Türkiye’nin 22 Ocak 1990 tarihinde AIHM’in mecburi yargı yetkisini tanımış olmasından yararlanarak AIHK’nın 4 Haziran 1999 tarihli raporunu 30 Ağustos 1999 tarihinde AIHM’e intikal ettirmiştir.

<sup>3</sup> Cyprus v. Turkey (Application no. 25781/94),[GC] , judgment of 10 May 2001. Bu kararlar AIHM, AIHS’nin 2. (yaşam hakkı), 3. (işkence ve kötü muamele yasağı), 5. (kişi özgürlüğü ve güvenliği), 8. (özel ve aile yaşamına saygı hakkı), 9. (Din ve düşünce özgürlüğü), 10. (İfade özgürlüğü) 13. Etkin başvuru hakkı ve AIHS’ne Ek 1 no. lu Protokol’ün mülkiyet hakkına ilişkin 2. maddesi ile eğitim hakkına ilişkin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermişti. Söz konusu AIHM kararı Türkiye tarafından icra edilmesinin denetlenmesi konusu çerçevesinde AIHS’nin 46. maddesi uyarınca 2001 yılından beri Avrupa Konseyi’nin siyasi karar organı Bakanlar Komitesi’nin gündeminde yer almaktadır.

şekilde algılanabilmesine yol açacak derecede güçlü ifadelerle kaleme alınmıştır. Bu paragraf, Kuzey’de terkedilen Rum taşınmaz malları ile ilgili olarak, KKTC’nin, Rumların mağduriyet iddialarını tazminat, takas, iade gibi yöntemlerle karşılamaya yönelik olarak kurduğu ve etkinliği AİHM Büyük Dairesi tarafından da 1 Mart 2010 tarihli *Demopoulos*<sup>4</sup> kararıyla kabul edilmiş olan Taşınmaz Mal Komisyonu mekanizmasının sağladığı mağduriyet giderici çözümlerin esasa ilişkin 2001 kararının Rumların Kuzeydeki taşınmaz malları açısından ileri sürülememesine yol açmaktadır.

AİHM’nin Bakanlar Komitesi’ne yönelik bir “ talimatı “ niteliğindeki kararın 63. paragrafını kuvvetli ifadelerle desteklemiş olan Slovenya, Ermenistan, İzlanda, GKRY, Macaristan, Makedonya, İrlanda, Montenegro ve Portekiz yargıçlarının ortak ayrı görüşlerinde, tazminat kararının, ilk kez icra aşamasındaki bir AİHM kararının sonuçları hakkında bir “açıklamada” bulunmakla insan haklarının uygulanmasında yeni bir devir başlatmış olduğuna, Avrupa’da hukuk devletine saygı ilkesi açısından önemli bir aşama oluşturduğuna işaret edilmektedir. İki paragraftan oluşan bu kısa ayrı görüşün sonunda, Bakanlar Komitesi önündeki icranın denetimi süreci hakkındaki “açık ve güçlü” ifadelerin ayrı bir tespit kararı alınmasına gerek olup olmadığı tartışmasına girilmesine lüzum olmadığı vurgulanmış, ortak görüşlerin sonundaki “*Mahkeme konuştu, onu dinlemek kalıyor*” ( *The Court has spoken: it remains for it to be heard.* ) cümleleriyle ise 63. paragrafın adeta kararın hüküm bölümüne yansıtılmasının lüzumsuz olduğu izlenimi yaratılmış, paragrafın “ hüküm “ değerinde takdim edilmesine çalışılmıştır.<sup>5</sup>

Tazminat kararı, ayrıca, karara eklenen leh ve aleyhteki görüşler açısından da ilginçtir : AİHM Büyük Dairesi’nin oluşumunda yer alan onyediyar yargıçtan sadece Türkiye yargıcı Profesör Işıl Karakaş tazminat kararının tamamı hakkında karşı oy kullanmıştır; leh ya da aleyhte hiçbir ayrı oya katılmamış olan Lihtenştayn ve Romanya yargıçları dışında, Büyük Daire’nin oluşumunda yer almış olan onyediyar yargıçtan onbeşi 21 sayfalık AİHM kararına toplam 22 sayfayı bulan ayrı

<sup>4</sup> Demopoulos and Others ( Application nos.46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04) [GC], Decision of 1 March 2010.

<sup>5</sup> Cyprus v. Turkey (2014) zikredilen karar, s. 24.

görüş ya da kısmî karşı görüş belirtmiştir : Büyük Daire’ye başkanlık etmiş olan Andorra yargıcı, sadece Karpaz’daki Rumlar için tazminata hükmedilmesi ve tazminatın miktarı konularında karşı oy vermiştir. Aynı yargıç, ayrıca, AİHM’nin Bakanlar Komitesi’nin gündem ve denetiminde bulunan KKTC’deki Rumların taşınmaz mallarıyla ilgili kararın 63. paragrafındaki yorum ve değerlendirmelere Belçika, Hırvatistan, İtalya, Arnavutluk ve Türkiye yargıçlarının eleştirel nitelikteki ortak ayrı görüşlerine de katılmıştır.

Bir devlet başvurusuyla ilgili bu denli önemli bir kararın gerekçelerinin yargıçlar tarafından “izah” edilmesine, güçlü ifadelerle desteklenmesine çalışılması ya da eleştirilebilmesi kararın içinde birer yargısal gerçek olarak takdim edilen saptama ve değerlendirmelerin açıklığı, gerçekliği ve yargıçlarca paylaşılma derecesi konusunda kuşku uyandırmaktadır.

AİHS’nin tazminata ilişkin 41. maddesinin ilk kez bir devlet başvurusunda uygulanmış olduğu tazminat kararı, AİHS ve AİHM İktüzüğü açısından olduğu kadar, yargı organı AİHM ile denetim organı Bakanlar Komitesi arasındaki yetki dağılımı, AİHM kararındaki bazı hukuk kavramlarının uluslararası hukuktaki yerleşik tanım ve uygulamalarından ayrılan biçimlerde uygulanması, kararda genellikle benimsenen ve bazı ayrı görüşlerde de vurgulanan “ söylem “ in tonu ve, sonuçta, kararın 1963’e kadar uzanan Kıbrıs uyuşmazlığının tüm ilgili tarafları tatmin edecek şekilde çözümlenebilmesi açısından “ kolumunun “ da değerlendirilmesini gerektirmektedir.

## 1. Tazminat kararının AİHS ve AİHM uygulaması açısından değerlendirilmesi

### a) Devlet başvurularında tazminat uygulanması

AİHS’nin 41. maddesine göre :

*“Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Taraf’ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder”.*

Görüldüğü üzere, AİHM'nin ihlal kararı vermiş olduğu her başvuruda mutlaka tazminata karar vermesi Sözleşme açısından zorunlu olmadığı gibi, " adil " bir tazminata hükmetmeyi uygun gördüğü takdirde ise sözkonusu tazminatın başvuranın uğradığı " zararı " karşılamaya yönelik olması, zararın davalı Devletin ulusal hukuk düzeni tarafından tam olarak giderilememesi ve ayrıca "adil tazmin" koşulu gibi üç kıstasa uygun olması gerekmektedir.

41. maddedeki bu kıstasların daha özel bir düzenlemenin yokluğunda ilk bakışta gerek bireysel gerek devlet başvuruları açısından geçerli sayılması gerektiği açık gibi görünüyorsa da, bireysel başvurularda yaygın biçimde uygulanmakta olan bu maddeyi AİHM, ilk kez IV. GKRY devlet başvurusunda fiilen uygulamış bulunmaktadır.

AİHS'nin 41. maddesinde bireysel/devlet başvurusu farkı öngörülmemiş olmakla birlikte, devlet başvurularına ilişkin 33. madde ile bireysel başvurulara ilişkin 34. madde karşılaştırıldığında iki başvuru kategorisi açısından niteliksel bir fark ortaya çıkmaktadır. Devlet başvurularında bir taraf devletin diğer bir taraf devlete karşı " *Sözleşme ve Protokollerinin hükümlerinin ihlali iddiası ile Mahkeme'ye* " başvurabileceği, buna karşılık, bireysel başvurulara ilişkin 34. maddesinde, AİHS veya Protokollerinde düzenlenen hakların taraf devletlerden biri tarafından " *ihlal edilmesinden mağdur olduğunu* " iddia eden gerçek ya da tüzel kişilerin Mahkeme'ye başvurabilmeleri öngörülmüştür. Bu iki maddenin farklı yazımından tazminata ilişkin 41. maddenin merkezi koşulunu oluşturan " *mağduriyet* " unsurunun devlet başvuruları açısından belirleyici niteliği bulunmadığı sonucu çıkmaktadır. Bu durumda, " *mağduriyetin* " koşul olarak öngörülmediği bu kategorideki başvurular açısından tazminatın mümkün olup olmadığı, mümkünse de hangi esaslara tâbi olacağıının AİHM kararında etraflıca tartışılması gerekirdi.

AİHM'nin geçmiş uygulamasında çok sayıda devlet başvurusu bulunmamakla birlikte, tazminat konusunun gündeme geldiği ilk devlet başvurusu olan İngiltere aleyhindeki İrlanda başvurusuna ilişkin kararında, İrlanda Hükümet Ajansı'nın tazminat istenmeyeceğine

ilişkin 14 Ekim 1977 tarihli mektubu<sup>6</sup> dikkate alınarak tazminat konusuna girilmemiştir.

Öte yandan, devlet başvurularının bireysel bir mağduriyeti gidermeye değil, “ *Avrupa hukuk düzeninin* ” korunmasına yönelik olduğu hususu Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından 788/60 sayılı İtalya aleyhindeki Avusturya başvurusunda vurgulanmıştır.<sup>7</sup>

Bu çerçevede Danimarka’nın Türkiye aleyhindeki başvurusu akla geliyorsa da, sözkonusu başvurunun dostane çözümle sonuçlanmış olması nedeniyle aynı zamanda Türkiye ve Danimarka vatandaşı olan Kemal Koç’un Türkiye’de uğradığını iddia ettiği kötü muamele ile ilgili başvuruda AİHS’nin 41. maddesindeki teknik anlamıyla herhangi bir tazminat süreci söz konusu olmamıştır.<sup>8</sup>

AİHM kararında, mağduriyet kıstası açısından devlet başvurularıyla bireysel başvurular arasındaki AİHS’nin 33. ve 34. maddelerinin değişik içeriği dikkate alınmaksızın tazminata hükmedilmesinin Sözleşmedeki açık hukuksal dayanağı anlaşılammaktadır. İlk kez bir devlet başvurusunda tazminat uygulama talebi ile karşılaşan bir uluslararası yargı organının, önündeki başvurunun parametrelerinin ötesinde içtihat “ yaratma ” sorumluluğunu da gözönünde bulundurarak- özellikle tarafların tezlerindeki hukuksal iddiaları büyük bir titizlikle inceleyen Uluslararası Adalet Divanı gibi- Sözleşme hükümlerini derinlemesine irdelemesi ve yorumlaması beklenirdi.

<sup>6</sup> “... the applicant Government, while not wishing to interfere with the de bene esse jurisdiction of the Court, have not as an object the obtaining of compensation for any individual person and do not invite the Court to afford just satisfaction under Article 50 (art. 50), of the nature of monetary compensation, to any individual victim of a breach of the Convention “. Ireland v. The United Kingdom (Application no.5310/71), judgment of 18 January 1978, par. 245-246.

<sup>7</sup> Autriche c. Italie (Requête no. 788/60), “.. que le manquement prétendu lèse ou non particulièrement les intérêts de cet Etat Contractant, lorsqu’il saisit la Commission en vertu de l’article 24, ne doit pas être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres, mais plutôt comme soumettant à la Commission une question qui touche l’ordre public de Europe”.

<sup>8</sup> Danemark v. Turkey (Application no. 34382/97), judgment (friendly settlement) of 5 April 2000.

## b) Diplomatik himaye teorisi AİHM kararına dayanak oluşturabilir mi ?

AİHM kararında, GKRY'nin kayıp şahıslar aileleri ile Karpaz Rumları'na ilişkin tazminat taleplerini, vatandaşları lehinde diplomatik himaye hakkını kullandığı yolundaki tezinin AİHM tarafından kabul edilmiş olduğu görülmektedir.

GKRY daha önce de, Kıbrıslı Rumların AİHM önündeki bireysel başvurularının esas ve tazminat aşamalarına katılmıştı. Ancak bu müdahalesi diplomatik himaye teorisine göre değil, AİHS'nin 36. maddesinin sağladığı usuli imkan<sup>9</sup> çerçevesinde gerçekleşmiştir.<sup>10</sup>

AİHS ve AİHM İçtüzüğü'nde açıkça düzenlenmiş olan müdahale şekillerinin ötesinde diplomatik himaye ileri sürülerek, kayıp Rumların aileleri ile Karpaz Rumlarının "himaye edildiği" sıfatıyla hareket edildiği ve onların "adına" tazminat istendiği tezinin AİHS'nin "Diğer çözüm yollarına başvurmama" başlığını taşıyan 55. maddesi ile bağdaşım bağdaşmayacağı da araştırılmalıdır. Bu maddeye göre :

*"Yüksek Akit Taraflar, özel uzlaşma halleri dışında, bu Sözleşme'nin yorum ya da uygulamasından doğan bir anlaşmazlığı, aralarında geçerli bir anlaşma, sözleşme veya bildirgelere dayanarak, başvuru yolu ile, işbu Sözleşme'de öngörülenlerin dışında bir yolla çözüme bağlamaktan karşılıklı olarak vaz geçmeyi kabul ederler."*

Mahkeme, AİHS ve AİHM İçtüzüğü gerek başvuranların, gerek davalı taraf devletlerin ve müdahil sıfatıyla yargı sürecine katılanların tabi oldukları hukuksal statüyü açık ve kesin biçimde düzenlemiş olmasına rağmen, GKRY'nin devlet başvurusunun tazminat gibi nihai aşamasında - üstelik nedeni yeterince gerekçelendirilemeyen olağanüstü bir gecikme ile - Sözleşme'nin öngörmediği bir "statü"yü ileri sürmesini, AİHS hukuku ile diplomatik himaye teorisinin dayandığı

<sup>9</sup> Bu maddenin 1. paragrafına göre : "1. Kendi vatandaşlarından birinin başvuran durumunda olması halinde, her Yüksek Akit Taraf, Daire ve Büyük Daire önündeki davalarda yazılı görüş sunma ve duruşmalara katılma hakkına sahiptir. "

<sup>10</sup> Örneğin, Varnava and others v. Turkey,( Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16067/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90, 16072/90, 16073/90) [GC], judgment of 18 September 2009, p. 7. ;Xenides- Arestis v. Turkey (Application no.46347/99), judgment of 22 December 2005, par. 8; Lordos and Others v. Turkey (Application no. 15973/90), judgment of 2 November 2008, par. 8.

genel uluslararası hukuk kuralları arasındaki farklı özellikleri değerlendirmeksizin kabul etmiştir.

Kaldı ki, GKRY’nin ileri sürdüğü diplomatik himaye argümanını “rahatlıkla” benimseyen AIHM’nin sadece Sözleşme hükümlerini değil, diplomatik himayenin dayandığı örf ve adet kurallarını ve bu alandaki uygulamayı da gözönünde bulundurarak, Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun (UHK) 2006 yılında belirlediği ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun bir kararına konu olan ilkeler açısından da - en azından farklı bir hukuk düzeninden yapılan alıntı ile tutarlı bir uygulama sağlayabilmek açısından - irdelemesi de gerekirdi.<sup>11</sup>

Diplomatik himaye, UHK kurallarına göre, ancak ilgili devletin vatandaşlığını taşıyan belirli gerçek veya tüzel kişiler açısından ve iç hukuk yollarının tüketilmiş olması kaydıyla ileri sürülebilir.<sup>12</sup> Başvuru koşullarının, yargısal prosedüre katılacak kişi kategorilerinin katı kurallara bağlandığı AIHS denetim mekanizmasında ve özellikle bir başvurunun tazminat aşamasında kayıp aileleri ve Karpaz Rumları gibi kapsamı, boyutu belirsiz gruplar açısından diplomatik himaye tezinin yerindeliği savunulabilir görünmemektedir.

Uluslararası Adalet Divanı (UAD), diplomatik himayenin temel koşulları olan vatandaşlık ve iç hukuk yollarının tüketimi kısıtlarını Gine Cumhuriyeti’nin Kongo Halk Cumhuriyeti aleyhindeki *Diallo* davasında titizlikle incelemiştir.<sup>13</sup> Bu çerçevede, AIHM de tazminata “hak sahibi” olacak mağdur kategorisindeki kişilerin kimliklerinin belirlenip belirlenemeyeceğini ve, ayrıca, bu kişilerin vatandaşlık ve özellikle iç hukuk yollarını tüketmiş olup olmadığı kısıtları açısından UHK kuralları ve UAD içtihadı temelinde incelemeliydi.

Kaldı ki, bir an için, diplomatik himaye teorisinin AIHS denetim sistemi içinde de ileri sürülebileceği kabul edilse bile, gerek başvurunun Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AIHK) nezdinde yapıldığı 1994 yılında, gerek daha sonra Komisyon raporunun AIHM’ne ilettil-

<sup>11</sup> Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol II, Part Two.

<sup>12</sup> Özellikle UHK kurallarından gerçek kişilerin vatandaşlığı ile ilgili 3-7. maddeleri ile iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin 14-15. maddeleri.

<sup>13</sup> Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 582, par. 39 ve dv.



diği 1999 yılında ileri sürülmemiş olan diplomatik himaye teorisinin başvuran tarafa **yeni bir sıfat** kazandırmış olacağı da dikkate alınarak, UHK kurallarında öngörülen vatandaşlık ve iç hukuk yollarının tüketilmesi kıstaslarının da tazminat taleplerinin kayıp aileleri açısından ileri sürüldüğü 2010, Karpaz Rumları açısından ise ileri sürüldüğü 2012 yıllarındaki koşullara göre incelenmesi gerekirdi.

Sonuç olarak, kararda GKRY'nin tazminat taleplerini dayandırdığı diplomatik himaye teorisinin Sözleşme hukukuna uygulanabilirliği tartışılmamış, uluslararası hukuktan yapılan otomatik ve yüzeysel bir kavram " nakli " ile yetinilmiştir.

### c) Tazminat kararının AİHM'nin zaman itibarıyla yetkisi açısından değerlendirilmesi

#### aa) Tazminat kararının GKRY taleplerinin AİHM'ne iletilmesindeki gecikme açısından değerlendirilmesi

Tazminat kararının dayandığı GKRY başvurusunun esası hakkındaki 10 Mayıs 2001 tarihli kararında AİHM, AİHS'nin tazminata ilişkin 41. maddesinin uygulanması olasılığının henüz incelenmeye hazır olmadığı gerekçesiyle konuyu ertelemekle yetinmiştir.<sup>14</sup> AİHM, böylece, bu konudaki yerleşik uygulamasından farklı olarak, taraflardan, belirli bir süre içinde tazminata ilişkin görüşlerini bildirmelerini istememiş, bu çerçevede daha sonra da herhangi bir inisiyatif almamıştır.

Diğer yandan, GKRY de, IV. devlet başvurusunun AİHM aşamasındaki yargısal sürecinde herhangi bir tazminat talebinde bulunmadığı gibi, bu konudaki olası taleplerini de saklı tuttuğunu kanıtlayacak bir açıklamada da bulunmamıştır.

AİHM İhtüzüğü'nün yürürlükteki 60. maddesine göre ise :

*" Başvuran, Daire Başkanı tarafından aksi talimat verilmediği sürece, bütün taleplerini, davanın esasına dair görüşlerini sunması için belirlenen süre içerisinde, destekleyici belgeler ile birlikte ayrıntılı bir döküm halinde sunmak zorundadır. "*

<sup>14</sup> " Holds unanimously that the issue of the possible application of Article 41 of the Convention is not ready for decision and adjourns consideration thereof " Cyprus v. Turkey, yukarıda zikredilen kararın hüküm bölümünün VIII. paragrafı.

GKRY'nin başvurusuna ilişkin 4 Haziran 1999 tarihli AİHK'nın GKRY başvurusuna ilişkin raporunu AİHM'ne intikal ettirdiği dönemde de benzer bir usuli ilke öngörülmekteydi.<sup>15</sup>

AİHM'nin her iki tarafa göndermiş olduğu 29 Kasım 1999 tarihli yazısıyla başvuru hakkındaki görüşlerinde tazminata yer vermemelerini istemiş olması, iki yıl sonra başvurunun esasıyla ilgili olarak 2001'de aldığı kararda tazminat konusunda herhangi bir prosedür belirlememiş olmasını izah edememektedir. Daha da önemlisi, AİHM'nin bu "sessizliği" başvuran tarafa 10 Mayıs 2001 tarihli karardan kayıp şahıslar açısından dokuz yıl, Karpaz Rumları açısından ise onbir yıl sonra tazminat talebinde bulunması hakkını tanımamasını gerektirmemektedir. GKRY'nin esasa ilişkin karardan yedi yıl sonra AİHM'ne gönderdiği 31 Ağustos 2007 tarihli mektubuyla tazminat isteme hakkını saklı tutmuş olduğu argümanı karşısında da, sadece kayıp Rumlar kategorisiyle sınırlı olan ilk tazminat taleplerini bu mektuptan üç yıl sonra AİHM'ne ilemiş olduğu ve AİHM'nin de bu süre zarfında herhangi bir prosedür belirlememiş olduğu da gözardı edilmemelidir.<sup>16</sup>

GKRY'nin birbirini izleyen "gecikmeleri" ve AİHM'nin de tazminat prosedürünün başlatılmasını tamamen GKRY'nin inisiyatifine bırakması yalnız Sözleşme ve İçtüzük kuralları açısından değil, ayrıca taraflar arasında yargı ve özellikle uluslararası yargı kurallarıyla bağdaşamayacak bir hukuk güvenliği sorunu da yaratmaktadır.

Tazminat görüşlerinin gecikmeli ve hatta "taksit" le sunulmasının kabul edilebilirliği hem Sözleşme hem de AİHM uygulamaları açısından daha ayrıntılı bir değerlendirmeyi gerektirirken, AİHM, Türkiye'nin GKRY'nin tazminat taleplerinin zaman itibarıyla reddedilmesi gerektiği yolundaki itirazını Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) Nauru kararına<sup>17</sup> dayanarak reddetmiştir.

<sup>15</sup> Cyprus v. Turkey, zikredilen karar, Dissenting Opinion of Judge Karakas. s.49 vd.

<sup>16</sup> Örneğin Georgia v. Russia başvurusuna ilişkin kararında AİHM, kararın hüküm bölümünde tazminat konusunun henüz incelenmeye hazır olmadığını belirtmekle yetinmemiş, taraflara görüşlerini sunmaları için belirli süreler tanımıştır. Georgia v. Russia, (Application no. 13255/07), [GC], (Merits), judgment of 3 July 2014 par. 160 ve hüküm bölümünün 17. paragrafı.

<sup>17</sup> Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, I.C.J. Reports, 1992, p. 240.

Nauru'nun, 1968'de bağımsızlığının tanındığı Birleşmiş Milletler kararına dayanarak, Avustralya'nın vesayeti altında bulunduğu dönemde ülkesindeki fosfat madeninin işletilmesi sonucu uğradığı zararın giderilmesi yolundaki talebini 1983 yılında UAD'ne intikal ettirmesi üzerine Avustralya, başvurunun gecikmiş olduğunu ileri sürerek reddedilmesi talebinde bulunmuştur. UAD, Avustralya'nın iptidai itirazına ilişkin değerlendirmelerinde, her şeyden önce, Nauru'nun talebinin dikkate alınması açısından bir zaman kısıtlaması bulunmadığına işaret etmiş olmakla birlikte, gecikmiş talep dolayısıyla gerek olayların saptanması, gerek uyumsuzluğa uygulanacak hukuk açısından Avustralya'nın mağdur olup olmayacağını da dikkate alınacağını belirtmiştir.<sup>18</sup>

İlk bakışta AİHM'nin Nauru kararına dayanarak IV. Rum başvurusunda da Türk Hükümeti'nin itirazını reddetmesinin isabetli olabileceği kabul edilebilir görünüyorsa da, UAD kararındaki usuli aşama ile GKRY'nin gecikmiş tazminat başvuruları arasındaki nitelik farkı gözardı edilmemelidir :

Her şeyden önce, Nauru'nun Avustralya vesayeti altında bulunduğu dönem sırasında ülkesindeki fosfat madeninin işletilmesinde uygulanan yöntemler sonucunda uğradığı zararın giderilmesi konusu, Nauru ile Avustralya arasındaki uyumsuzluğun esasına ilişkin olup, UAD'deki yargısal sürecin usuli kurallarıyla bağlantılı değildir. Buna karşılık, GKRY'nin IV. Rum başvurusu çerçevesindeki tazminat taleplerinin kabul edilip edilemeyeceği tamamen AİHM'nin İçtüzüğündeki **usul kurallarıyla bağlantılı idi**. Bu bakımdan, GKRY başvurusunda, tarafların esasa ilişkin yargısal çıkarlarının AİHS hukukunun **maddi kurallarına** uygunluğunun değerlendirilmesinden önce, AİHM'nin, hukuksal güvenliğin sağlanması bakımından, **kendi İçtüzük kurallarını uygulaması beklenirdi**. Ancak Mahkeme, zaman itibarıyla yetkisinin sorgulandığı bir uyumsuzlukta bu önemli parametreyi dikkate almamıştır.

<sup>18</sup> “ . it would be for the Court, in due time, to ensure that Nauru's delay in seising it will in no way cause prejudice to Australia with regard to both the establishment of the facts and the determination of the content of the applicable law.”Nauru, par. 36.

Öte yandan, Avustralya’nın Nauru’ya karşı itirazı yargısal teknik açısından bir iptidai itiraz niteliğinde olup, UAD’nin de belirtmiş olduğu gibi davanın ilk aşamasında Nauru’nun Avustralya aleyhinde başvuruda bulunması konusunda bir süre sınırlaması olmaması, gecikme unsurunun tekrar incelenmeyeceği anlamına gelmemektedir. Böylece UAD, ilk aşamada, Avustralya iptidai itirazını reddetmiş görünmekle birlikte, Nauru’nun taleplerini iletmesindeki gecikmenin, **ayrıca** olayların saptanması ve olayda uygulanacak hukuk bakımından Avustralya’nın çıkarlarına zarar verip vermediği açısından tekrar değerlendirileceğini de vurgulamıştır. Diğer bir deyişle, Avustralya, gecikmeye ilişkin itirazını uyuşmazlığın yargısal sürecin bir sonraki aşamasında tekrar gündeme getirme olanağını elde etmiş oluyordu.

Sonuç olarak, AİHM’nin Türkiye’nin iptidai itirazını reddetmek için dayanmış olduğu UAD kararında, Avustralya’nın iptidai itirazı ilk aşamada kesinlikle nihai bir şekilde reddedilmemiştir. Bu bakımdan, AİHM kararındaki UAD’nin Nauru kararı argümanı yeterli sayılmaz. AİHM’nin gecikme faktörünü, hukuk güvenliği açısından olduğu kadar, Nauru kararındaki “ olayların saptanması ” ve “ uygulanacak hukuk ” kıstaslarını, Rum kayıplar ve Karpaz Rumları gibi birbirinden tamamen farklı iki “ mağdur ” hedef grup açısından aynı ayrı değerlendirmesi gerekirdi.

### **bb) Tazminat kararının AİHM’nin “ gecikmiş ” başvurular hakkındaki içtihadı açısından değerlendirilmesi**

IV. Rum başvurusundaki tazminat kararı, AİHM’nin zaman itibarıyla yetkisi (*ratione temporis*) ile ilgili içtihadındaki son yıllardaki gelişmeler açısından değerlendirilmeyi de gerektirmektedir.

Kural olarak, AİHM’nin zaman itibarıyla yetkisi (*ratione temporis*) ilgili Devletin Sözleşme’ye taraf olduğu tarihten itibaren başlamaktadır. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nu (AİHK) denetim mekanizmasından çıkarıp Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ni tek denetim organı haline getiren 11 No.lu Protokol ile 1998’de yürürlüğe giren değişiklikten önce bireysel başvurular açısından AİHS’ne taraf olmakla AİHS denetim mekanizmasına tabi olmak farklı kavramlardı. Örneğin, AİHS’ne, 1974’te taraf olan Fransa, AİHK’na bireysel başvuru hakkını

1974'te, AİHM'nin mecburi yargı yetkisini ise 1990 yılında tanımıştır. Türkiye de AİHS'ni 1954 yılında onaylamış olmakla birlikte, AİHK'na bireysel başvuruda bulunma hakkını 28 Şubat 1987'de, AİHM'nin mecburi yargı yetkisini ise 22 Ocak 1990 tarihinde tanımıştır. Öte yandan, devlet başvuruları açısından AİHK'na başvurma konusunda bir tanıma koşulu bulunmadığından, AİHM yetkisinin tanınmasından önce de Türkiye aleyhine AİHK nezdinde GKRY üç başvuruda bulunduğu gibi, Fransa, Norveç, Danimarka, İsveç ve Hollanda dostane çözümle sonuçlanan bir başvuruda bulunabilmişlerdir.<sup>19</sup>

Mahkeme, uygulamada, devletlerin AİHS denetim mekanizmasına tabi oldukları tarihleri dikkate almakla birlikte, ulusal hukukta etkin başvuru yolu bulunmadığı kanaatine vardığı, ya da hukuka aykırılığın bir idari uygulamadan (*administrative practice*) veya bir yasa hükmünden kaynaklandığı için süreklilik arzettiği durumlarda, zaman itibarıyla yetkisini daha geniş biçimde yorumlamaktadır. Bu şekilde, AİHS'nin denetim mekanizmasının tanınmasından önce meydana gelen, ancak sonuçları denetim mekanizmasının tanınmasından sonraki döneme de uzanan maddi olaylarla bağlantılı AİHS'ne aykırılık iddiaları (*continuing situation*) AİHM'nin yargı yetkisine tabi olabilmektedir. Özellikle yaşam hakkı ve işkence yasağı ile ilgili AİHS'nin 2. ve 3. maddeleri kapsamındaki ihlal iddialarının davalı devlet tarafından etkin biçimde soruşturulmadığı durumlarda, Mahkeme yetkisinin tanınmasından önce meydana gelmiş maddi olayların soruşturulması gereğinin maddi olayın doğurabileceği sorumluluktan "ayrılabilir" (*detachable obligation*) bir pozitif yükümlülük yarattığı kabul edilmiştir.<sup>20</sup>

Ancak AİHM'nin zaman itibarıyla yetkisi konusunda geliştirdiği değişik yaklaşımlar ve özellikle sürekli ihlal "teorisi" gerek başvurular, gerek davalı devletler açısından önceden tahmin edilebilir güvenli bir çizgiye ulaşmış olduğu söylenemez. AİHM'nin üç yıl arayla

<sup>19</sup> GKRY başvuruları için yukarıda 2 no.lu dipnotu; Beşlerin başvuruları diye anılan Fransa, Norveç, Danimarka, İsveç ve Hollanda başvuruları için: France, Norway, Denmark, Sweden and Netherlands v. Turkey, No. 9940-9944/82, 35 DR s.143 ve 44 DR s.31.

<sup>20</sup> Varnava, yukarıda zikredilen karar, par. 136 vd.

birbirinin aksine sonuca vardığı Hırvatistan aleyhindeki *Blecic*<sup>21</sup> ile Slovenya aleyhindeki *Silih* kararları<sup>22</sup> bu çelişkili yaklaşımına örnek olarak gösterilebilir.

AİHM Büyük Dairesi, Hırvatistan aleyhindeki *Blecic* kararında davalı devletin Sözleşmeye taraf olmasından önce meydana gelen olaylarla bağlantılı ihlal iddialarının dayandığı maddi olayları inceleme yetkisi olamayacağı gerekçesiyle, bu iddialarla bağlantılı soruşturmaların da etkin soruşturma yükümlülüğüne uygunluğunun Hırvatistan’ın AİHS’ne taraf olmasından sonra incelenmesine zaman itibarıyla yetkili olamayacağı sonucuna varmıştır.<sup>23</sup>

Buna karşılık, AİHM Büyük Dairesi Slovenya aleyhindeki *Silih* kararında, tam aksine, AİHS’nin ihlaline ilişkin iddiaları soruşturma sürecinin önemli ölçüde davalı devletin AİHS’ne taraf olmasından sonra da devam etmesi halinde, AİHM’nin zaman itibarıyla yetkili sayılması gerektiğini kabul etmiştir.<sup>24</sup> Hatta daha da ileri giderek, bazı koşullarda yetkisinin Sözleşme’deki güvence ve değerlerin gerçek ve etkin biçimde korunabilmesine yönelik olarak belirlenebilmesi olasılığını da dışlamadığını belirtmiştir.<sup>25</sup>

AİHM, *Silih* kararındaki zaman itibarıyla yetki anlayışını 9 Rum kayıp ailesinin başvurularına ilişkin 18 Eylül 2009 tarihli *Varnava* kararına<sup>26</sup> da uygulamakla kalmamış, ayrıca bu kararda şüpheli ölümler ile ölüm tehlikesinin bulunduğu koşullarda meydana gelen kayıp iddialarında kayıp kişilerin kalıntılarının bulunmasından sonra da kaybolma olayının hangi koşullarda meydana geldiğinin ve bununla bağlantılı olabilecek hukuka aykırılıkların sorumlularının araştırıl-

<sup>21</sup> *Blecic v. Croatia*, (Application no.59532/00) [GC], judgment of 08/03/2006.

<sup>22</sup> *Silih v. Slovenia* (Application no. 71463/01) [GC], judgment of 09/04/2009

<sup>23</sup> *Blecic* zikredilen karar, par. 81.

<sup>24</sup> *Silih*, zikredilen karar par. 162, 163.

<sup>25</sup> “However the Court would not exclude that in certain circumstances the connection could also be based on the need to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective manner” *Silih*, zikredilen karar par. 163.

<sup>26</sup> *Varnava and others v. Turkey*, Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16067/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90, 16072/90, 16073/90) [GC], judgment of 18 September 2009, paras 138, 139.

ması ve soruşturulması yükümlülüğünün devam ettiğini vurgulamıştır.<sup>27</sup> Sonuçta, Mahkeme, Türkiye'nin AİHM'nin etkin soruşturma yükümlülüğü açısından zaman itibarıyla yetkili olmadığı yolundaki itirazını reddederek, Kıbrıs Barış Harekâtından 16 yıl sonra 1990 yılında yapılan 9 başvuruda ihlal kararı vermiştir.

Bununla birlikte, AİHM *Varnava* kararıyla bir uluslararası uyumsuzluk durumunda herhangi bir soruşturmanın yokluğu ya da makamlarla temasın bulunmadığı durumlarda başvuranların AİHM'ne başvurmadan önce birkaç yıl beklemelemlerinin makul sayılabileceğine, ancak bu gecikmenin 10 yılı geçmemesi gerektiğine de işaret etmiştir.<sup>28</sup>

Nitekim AİHM, zaman itibarıyla yetkisi konusunda getirdiği bu nisbi sınırlamayı *Varnava* kararından kısa bir süre sonra yine Rum kayıp iddialarıyla ilgili *Karefyllides* başvurusu ile birlikte benzer kayıp iddiaları içeren diğer 49 başvuruya da uygulamıştır.<sup>29</sup> Bu başvurulara ilişkin kabul edilmezlik kararında, "sürekli durum" kavramının yasa hükmünden doğan ve dolayısıyla yasa değişikliği yapılmaya kadar süren mağduriyetleri ölüm tehlikesi koşulları içinde meydana gelen kayıp olaylarından ayırmak gerektiği belirtilmiş, bu ikinci varsayımda, başvuranların başvurularını sonsuza kadar geciktirmelerinin gerektiğine işaret edilerek, *Varnava* kararına da atıfla karmaşık bir nitelik (*a complex disappearance situation*) taşıyan kayıp olaylarında dahi kayıp ailelerinin AİHM'ne başvurmalarına süre sınırı getirilemeyeceği yolundaki argümanlarının ikna edici bulunmadığı vurgulanmıştır.<sup>30</sup>

Daha sonra AİHM, *Silih* kararının Mahkeme'nin zaman itibarıyla yetkisini aşırı şekilde genişleteceği kaygısıyla, 1940'ta Sovyetler Birliği zamanında Katyn'de yapılan katliamların yol açtığı ölüm ve kayıp olayları ile ilgili Rusya aleyhindeki *Janowiec* kararında, kayıp iddialarıyla bağlantılı maddi olayların cereyan ettiği tarih ile davalı

<sup>27</sup> *Varnava*, zikredilen karar, par. 145.

<sup>28</sup> *Varnava*, zikredilen karar, par. 166.

<sup>29</sup> *Karefyllides v. Turkey* (Application no.45503/99) [Dec.]1 December 2009.

<sup>30</sup> *Karefyllides*, zikredilen karar, s. 8.



devletin Sözleşme’ye taraf olduğu 1998 yılı arasında geçen sürenin uzunluğunu dikkate alarak, kayboldukları iddia olunan kişilerin artık hayatta olmadıklarının kabul edilmesi gerektiği ve dolayısıyla *Varnava* ve *Silih* kararlarının kayıp olayları için getirmiş olduğu “sürekli ihlal durumu” kavramı hakkındaki anlayıştan ayrılarak, *Janowiec* başvurusundaki iddiaların etkin biçimde soruşturulması yükümlülüğünün artık gündeme gelemeyeceğini kabul etmişti.<sup>31</sup> Hatta daha da ileri giderek, Mahkeme, *Janowiec* kararında *Silih* kararındaki Sözleşme’nin güvence ve değerlerinin korunması kaydını tekrarlamaktan da vazgeçmiştir.<sup>32</sup>

Görüldüğü gibi, “ zaman” koşulu ve dolayısıyla “gecikme” riski, sadece tazminat görüşlerinin verileceği anın belirlenmesi yönünden bir usuli sorun değil, aynı zamanda, iddiaların AİHM önünde ileri sürülebilmesi açısından da önem taşıyan esasa ilişkin bir sorunsaldır. Bu konuda AİHS, devlet başvuruları açısından herhangi bir istisna da öngörmemektedir. Ancak, hukuksal olanakları daha sınırlı olduğu kesin olan bireyler için *Varnava* başvurularında olduğu gibi içtihat açısından “sürekli durum” olarak tanımlanan koşullarda bile başvuru süresini en fazla on yıl ile sınırlamış olan AİHM’nin, gerekli delilleri derleyebilme ve argümanları belirlemede çok daha geniş imkanları bulunan devletler açısından zaman itibarıyla yetkisini daha titiz bir biçimde incelemesi beklenebilir. Bu bakımdan, GKRY’nin tazminat görüşlerindeki gecikme bir usuli sorun olduğu kadar, aynı zamanda bir uluslararası yargı organının zaman itibarıyla yetkisi ile de ilgili bir sorun olarak kabul edilerek esasa ilişkin bir konu olarak değerlendirilmeliydi.

<sup>31</sup> *Janowiec and Others v. Russia* (Applications nos. 55508/07 and 28520/09) [GC], Judgment of 21 October 2013, par. 185.

<sup>32</sup> AİHM’in *Silih* kararındaki “ insancıl kayıt “ nedeniyle zaman itibarıyla yetkisinin genişleyebileceğini kabul eden yaklaşımı *Janowiec* kararında Letonya, Estonya, Malta ve İsviçre yargıçlarının karşı görüşlerinde ayrıntılı biçimde eleştirilmiştir (*Janowiec*, s. 86) . Ermenistan yargıcı ise kararı destekleyen ayrı görüşünde, AİHS sisteminin etkinliği açısından Taraf Devletlerin geçmişleriyle yüzleşmeleri gerektiğini, ancak Rusya’nın kayıpların âkibetlerinin belirlenmesi için bazı soruşturmalarda bulunmuş olduğunu dikkate alarak “ insancıl kayıt “ ın dikkate alınmamasını eleştiren yargıçların karşı görüşlerine katılmadığını belirtmek ihtiyacını duymuştur (*Janowiec*, s.65).

### d) Hükmedilen tazminatın hesaplanmasının AIHS'ne uygunluğu

Devlet başvurularına tazminat hükmedilip edilemeyeceği tartışması bir yana, AIHM kararında hükmedilen tazminatın gerek kayıp aileleri gerek Karpaz Rumları açısından hangi verilere dayanılarak belirlenmiş olduğu kesinlikle açık değildir. Bu bakımdan, iddia olunan olaylardan 40 yıl sonra kimlerin tazminata hangi verilere göre hak kazanabileceği hususunun araştırılması, Sözleşme'nin 41. maddesindeki kıstasların uygulanabilirliği açısından ilkesel bir önem arz etmektedir.

AIHS'nin 41. maddesindeki " adil tazmin " kavramı her ihlal kararının zorunlu bir sonucu olmayıp, tazminata hükmedilmesi için davalı taraf devletin " ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldıracabiliyorsa " ve " gerektiği takdirde " gibi kıstasların bir araya gelmesi gerekmektedir. Kararda, gerek kayıp aileleri kategorisi gerek Karpaz Rumları kategorisi açısından 41. maddedeki kıstasların gerçekliğine dair bir tartışmaya rastlanmamakta, kararlaştırılan tazminat miktarlarının "davaya ilişkin tüm koşullar dikkate alınarak" ve "hakkaniyet temelinde" "makul" sayılması gerektiğinin belirtilmesiyle yetinilmektedir<sup>33</sup>. Bu çerçevede, UAD'nin yukarıda zikredilen *Diallo* davasının tazminat sürecini sonuçlandıran 2012 kararına yapılan atfın da yanıltıcı olduğu söylenebilir: Zira UAD o dâvada, Demokratik Gine Cumhuriyeti'nin esasa ilişkin prosedürün başından itibaren hakkında diplomatik himaye hakkını kullandığı kimliği belirli bir kişinin maddi zararını ayrıntılı biçimde hesapladıktan sonra hakkaniyet temelinde belirli bir mânevi tazminat miktarı belirleyebilmiştir<sup>34</sup>.

### aa) Kayıp kişiler açısından

Herşeyden önce tazminata hükmedilen her iki kategorinin esasa ilişkin kararın verildiği 2001 yılına göre değil, tazminata hükmedildiği 2014 yılına göre incelenmesi gerekirdi. Kararda, tamamen GKRY'nin verdiği sayılara dayanılarak 2001 kararında sözkonusu olan 1485 kayıptan sadece *Varnava* bireysel başvurularında konu

<sup>33</sup> Cyprus v. Turkey (2014), zikredilen karar, par. 59.

<sup>34</sup> Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) Compensation Judgment, I.C.J Reports 2012, s. 324 vd.

edilen kayıplar ile kazılar sonucu kimliği belirlenen toplam 29 olduğu ileri sürülen kayıp kişi çıkarılarak 1456 kayıp üzerinden hesaplanmıştır.

Oysa, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun kararları<sup>35</sup> çerçevesinde oluşturulan Kayıp Şahıslar Komitesi'nin<sup>36</sup> Ocak 2015 bültenine göre 943 mevkide yapılan kazılar sonucunda ailelerine teslim edilen Rum kayıp sayısı 493 olduğu görülmektedir. Komite'nin 2014 yılı sonu bülteninde de kaçının Kıbrıslı Rum kaçının Kıbrıslı Türk olduğu tasrih edilmemiş olmakla birlikte 157 kayıp kişinin kalıntılarının bulunduğu 2014 yılı " en başarılı yıl "<sup>37</sup> olarak nitelendirilmektedir. Bu sayılar 2014 yılının sonuyla ilgili olmakla birlikte, Komite'nin internet sitesinde yıllar itibarıyla da sayılar yer almaktadır. Sonuçta, AİHM, Birleşmiş Milletler'in kararlarıyla oluşturulan tarafsız bir komitenin, herkesin ulaşabileceği nesnel istatistiklerine değil, gerçekliğini araştırmadığı GKRY'nin beyan ettiği sayılara itibar etmiş bulunmaktadır.

Öte yandan, AİHM kararının 59. paragrafında 30 milyon Euro'luk tazminatın kayıpların **hayatta kalan** ailelerine dağıtılması öngörülmüş<sup>38</sup> iken kararın hüküm bölümünde bu konuda benzer bir kayıt getirilmemiş, genel olarak kayıpların ailelerine değinilmekle yetinilmiştir.<sup>39</sup> Birbirinden farklı bu iki ifadenin tazminattan yararlanmasında öngörülen grubun büyüklüğü açısından değişik sonuçlar doğuracağı açıktır.

<sup>35</sup> Özellikle 16 Aralık 1977 tarihli 32/128 ve 17 Aralık 1982 tarihli 37/181 sayılı kararlar.

<sup>36</sup> Committee of Missing Persons, Cyprus , www.cmp-cyprus.org Number of missing people: Greek Cypriots: 1508, Turkish Cypriots: 138. Identified individuals returned to their families: Greek Cypriots : 530 Turkish Cypriots: 138.

<sup>37</sup> Committee of Missing Persons, Nicosia, 18.12.2014 " At its end-of-year press conference today, the Committee on Missing Persons (CMP) noted that 157 missing persons had been identified so far this year, making 2014 the most successful year to date..."

<sup>38</sup> "... for non-pecuniary damage suffered by the surviving relatives of the missing persons. Cyprus v. Turkey (2014) zikredilen karar par. 59.

<sup>39</sup> "...in respect of non-pecuniary damage suffered by the relatives of the missing persons. Cyprus v. Turkey (2014) zikredilen karar, hüküm bölümünün dördüncü paragrafı.

### bb) Karpaz Rumları açısından

Karpaz Rumları açısından hesaplanan tazminat miktarı daha da tartışılabilir niteliktedir. Kararda, bu kategorideki kişilerin sayısı belli olmadığı gibi, talepleri, iddiaları, bugünkü yaşam koşulları gibi veriler de bulunmamaktadır. Hükmedilen tazminatın maddi değil, manevi nitelikte olması, hesaplamanın, yararlanacak bireylerin sayısı, ailevi durumu, hatta hayatta olup olmadığı gibi herhangi bir hesaplama referansına yer verilmemesi ilk kez bir devlet başvurusunda uygulanan AİHS'nin tazminata ilişkin 41. maddesi açısından ciddi bir eksiklik oluşturmaktadır. Kararda ayrıca, tazminatın hangi tarihe göre hesaplandığına dair herhangi bir ipucu da yer almamaktadır.

Bu kategori açısından ayrıca kayıp Rumlarla ilgili *Varnava* kararıyla getirilen zaman sınırlaması nedeniyle bu kategorideki bireylerin AİHM'ne bireysel başvuruda bulunamayacakları için "uğradıkları" mağduriyetin ancak devlet başvurusu çerçevesinde giderilebileceği argümanı da ileri sürülemez. Zira, Karpaz Rumları açısından 1974 olayları ve ayrıca Karpaz bölgesindeki yaşam koşullarıyla bağlantılı olup ihlal kararıyla sonuçlanmış herhangi bireysel bir başvuruya rastlanmamaktadır. Bu bakımdan, Karpaz grubu için AİHM'nin hükmettiği 60 milyon Euro'luk mânevi tazminatın ne şekilde hesaplandığı konusunda kararda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

### Tazminat kararı ve AİHS'nde öngörülen karar alma organları arasındaki yetki dağılımı sorunu

AİHM kararı ayrıca, Sözleşme'nin yargı organı ile Avrupa Konseyi'nin siyasi karar organı arasındaki yetki dağılımına ilişkin maddelerinin oluşturduğu hukuksal ve ilkesel çerçeve açısından da ciddi biçimde uzaklaşmakta, iki organ arasındaki bir "kuvvetler ayrılığı" ilkesi sayılabilecek dengeyi zedelemektedir.

AİHS'nin "*Kararların bağlayıcılığı ve infazı*" başlığını taşıyan 46. maddesinin açık hükmüne göre :

" 1. Yüksek Akit Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.

*2. Mahkeme’nin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi’ne gönderilir.”*

Sözleşme’nin bu açık hükmüne rağmen, KKTC’nin Kuzey’de terkedilen Rum taşınmaz mallarıyla bağlantılı satış, işletme, ortaklık gibi tasarruflarının Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin gündeminde yer alan esasa ilişkin 2001 kararına aykırı olacağını belirten AİHM kararının 63. paragrafındaki yorum ve ifadeler, Sözleşme’nin 46. maddesi uyarınca Bakanlar Komitesi’nin AİHM kararlarının icrasını denetlemek konusundaki görev ve yetkisine açık bir müdahale oluşturmaktadır. 63. paragrafın tazminat kararının hüküm bölümüne yansıtılmamış olması, paragraftaki değerlendirmelerin uluslararası bir yargı organı tarafından yapılmış bir saptama, en azından bir yorum olarak algılanacağı gözardı edilemez.

Nitekim, kararın hüküm bölümünde yer almamakla birlikte, Slovenya, Ermenistan, İzlanda, GKRY, Macaristan, Makedonya, İrlanda, Montenegro ve Portekiz yargıçları ortak ayrı görüşlerinde 63. paragrafı kuvvetle desteklemişler<sup>40</sup>, Türkiye, Belçika, Hırvatistan, İtalya ve Arnavutluk yargıçları ise ortak ayrı görüşlerinde AİHS’nin açık hükmü nedeniyle 63. paragrafa katılmayacaklarını vurgulamışlardır<sup>41</sup>.

Bakanlar Komitesi’ne yönelik bir “yönerge” sayılması gereken tazminat kararının bu paragrafı, 1 Mayıs 2010 tarihinde yürürlüğe giren 14 No.lu Protokol’ün bir AİHM kararının yorumunda güçlüklerle karşılaşılması ya da bir kararın ilgili Devlet tarafından ısrarla uygulanmaması halinde AİHS’nin 46. maddesi çerçevesinde yeni bir düzenleme getirmiş olduğunu da gözardı etmiştir.

14 No.lu Protokol ile 46. maddeye eklenen yeni düzenlemeye göre:

Madde 46:

...

*“3. Bakanlar Komitesi, sözkonusu kararın yorumundan kaynaklanan bir zorluk nedeniyle engellendiği kanaatinde ise, bu yorum konusunda karar*

<sup>40</sup> Cyprus v. Turkey (2014) zikredilen karar, s. 24.

<sup>41</sup> Cyprus v. Turkey(2014) zikredilen karar, s. 45

*vermesi için Mahkeme'ye başvurabilir. Mahkeme'ye başvurma kararı, Komite toplantılarına katılma hakkına sahip temsilcilerin üçte iki çoğunluğu ile alınır.*

4. Bakanlar Komitesi, bir Yüksek Akit Taraf 'ın, taraf olduğu bir davada verilen kesin bir karara uygun davranmayı reddettiği görüşünde ise, ilgili Taraf'a ihtarda bulunduktan sonra, Komite toplantılarına katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki çoğunluğu ile alınacak bir kararla , ilgili Taraf'ın 1. fıkrada öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmediği meselesini Mahkeme'ye intikal ettirebilir.

5. Mahkeme 1. fıkranın ihlal edildiğini saptarsa, alınacak önlemleri değerlendirmesi için davayı Bakanlar Komitesi'ne gönderir. Mahkeme, eğer 1. fıkranın ihlal edilmediğini saptarsa, davayı incelemesine son verecek kararı alması için Bakanlar Komitesi'ne iletir."

Görüldüğü üzere, bir AİHM kararının Bakanlar Komitesi'nde icrasının denetimi aşamasında bile ortaya çıkacak yorum ve icra sorunlarının AİHM'ne intikal ettirilmesi Komite'nin belirli çoğunluklarla alacağı kararlarla mümkün olup, taraf devletler veya Sekretarya ya da Mahkeme tarafından bu tür bir inisiyatif alınması kesinlikle öngörülmemiştir. Hatta, AİHM kararının davalı devlet tarafından icra edilmediği gerekçesi ile ihlal kararı alınması halinde bile, ihlalde bulunan devlet hakkında alınacak önlemleri belirleme yetkisi yine Bakanlar Komitesi'ne aittir. Bu düzenleme de AİHM ile Bakanlar Komitesi arasındaki yetki dağılımının ne denli kesin kurallara bağlandığının kanıtını oluşturmaktadır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Belçika Dönem Başkanlığı sırasında 27 Mart 2015 tarihinde Brüksel'de düzenlenen üst düzey Konferansı'nda kabul edilen Bildiri'nin "AİHM kararlarının icrasının denetimi" başlığı altındaki paragraflarda Sözleşme'nin bu konuya ilişkin 46. maddesinin Bakanlar Komitesi'ne sağladığı hukuksal olanaklar dışında AİHM'nin belirli bir kararın icrası çerçevesinde yorum yapma, Komite'nin yetkisine müdahale etme olanağı kesinlikle tanınmadığı gibi, bu konuda ileriye dönük olarak herhangi bir normatif çalışma da öngörülmemiştir.<sup>42</sup>

<sup>42</sup> High-level Conference on the "Implementation of the European Convention on

Bu bakımdan, icranın denetimi süreci açısından Bakanlar Komitesi’nin gündemindeki AİHM kararlarıyla ilgili olarak AİHM tarihinde ilk kez bir kararın icrası çerçevesinde AİHM kararının kapsam ve sonuçları hakkında bir görüş belirtmenin yeni bir “devir” olarak nitelendirildiği ve bu nedenle ayrı bir tespit kararına gerek olmadığı vurgulandığı, “Mahkeme konuştu, onu dinlemek kalıyor” cümlesi ile sonuçlanan Slovenya, Ermenistan, İzlanda, GKRY, Makedonya, İrlanda, Montenegro ve Portekiz yargıçlarının ortak ayrı görüşlerinin AİHS’nin açık hükümleri karşısında savunulması zordur.

Ayrıca bu paragraf AİHM Büyük Dairesi’nin 1 Mart 2010 tarihli *Demopoulos* kararıyla KKTC’de kalan Rum taşınmaz mallarına ilişkin mülkiyet iddialarının tazminat, iade ya da takas yoluyla çözümlenmesini öngören KKTC’nin kurmuş olduğu Taşınmaz Mallar Komitesi’nin (TMK) sağladığı mekanizmayı AİHS açısından etkin bir başvuru yolu olarak tanımlayıp, başvuruları kabul edilemez bulurken,<sup>43</sup> aynı mekanizmanın **yine bireysel** mülkiyet iddialarıyla bağlantılı **olarak** devlet başvurusu çerçevesinde etkili olamaması anlaşılammakta, karar da bu konuya herhangi bir izahat getirememektedir.

Bir an için yargı organının, denetim organı Bakanlar Komitesi’nin yetki alanına müdahalesi kabul edilse bile, bu “müdahale” - beraberinde getireceği sorumluluk da dikkate alınarak - Bakanlar Komitesi tarafından yürütülen denetim sürecinin değerlendirilmesini de gerektirirdi. Bu çerçevede, AİHM’nin tazminat miktarının belirlenmesinde KKTC’nin gerek kayıp iddiaları gerek Karpaz Rumları ile ilgili olarak aldığı ve Bakanlar Komitesi tarafından olumlu karşılanan önlemler de incelenmeliydi.

---

Human Rights, our shared responsibility” 27 March 2015, Brussels Declaration: “Encourages the Committee of Ministers to:

a) continue to use, in a graduated manner, all the tools at its disposal, including interim resolutions, and to consider the use, where necessary, of the procedures foreseen under Article 46 of the Convention, when the conditions have been satisfied”

<sup>43</sup> Demopoulos, zikredilen karar, par. 129.



Özellikle, AIHM'nin, 2007 yılında Bakanlar Komitesi'nin kabul ettiği 25 No.lu ara kararda (*Interim Resolution*) Rum kayıpların âkibetlerinin araştırılmasında kaydedilen gelişmelerin memnuniyetle karşılandığını ve, ayrıca, KKTC'nin almış olduğu etkin önlemler sonucunda Karpaz'da yaşayan Rumların yaşam koşullarıyla bağlantılı olan eğitim hakkı ve din özgürlüğüne ilişkin 2001 kararındaki ihlallerin **denetimine son verilmiş olduğunu** da dikkate alması gerekirdi. Bu şekilde, GKRY'nin tazminat taleplerini kayıplar açısından dokuz ve Karpaz Rumları açısından onbir yıl gecikme ile sunmasını haklı gösterebilmek için ortaya attığı esasa ilişkin 2001 kararının Türkiye tarafından icra edilmediği<sup>44</sup> yolundaki iddiası Bakanlar Komitesi'nin kabul ettiği ara kararlar ışığında değerlendirilmiş olurdu.<sup>45</sup> Bu önemli eksiklik<sup>46</sup> icranın denetiminden sorumlu siyasi organın yetki alanına yapılan "müdahalenin" ciddiyetini de ağırlaştırmaktadır.

Öte yandan, Kuzey'deki taşınmazların satışında ve işletilmesinde her türlü izin, iştirak, muvafakatin, tasarruf ve yataklığın esasa ilişkin 2001 kararına aykırı olacağı yolundaki ibare, o kararın mülkiyetle tespit ettiği ihlalin bir iç hukuk yolunun bulunmaması yolundaki ihlal ile birlikte yorumlanması gerektiği gözardı edilmiştir. 2001 kararında, Kuzey'de kalan Rum taşınmaz mallarına ilişkin mülkiyet hakkının ihlal edildiği tespitinden bağımsız olarak, Rumların Kuzey'deki malları üzerindeki mülkiyet haklarının ihlal edildiği yolundaki iddialarını ve ihlali giderebilecek etkin bir başvuru yolunun bulunmadığı gerekçeyle AIHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.<sup>47</sup> Bu

<sup>44</sup> Cyprus v. Turkey, yukarıda zikredilen 2012 kararı, par. 13

<sup>45</sup> Interim Resolution CM/ResDH(2007)25.

<sup>46</sup> Yukarıda zikredilen ara kararda kayıp şahıslar açısından " WELCOMES, the progress achieved in the work of the CMP, and in particular through the Exhumation and Identification Programme, and encourages the continuation of the efforts so far deployed " belirtilmektedir. Aynı ara kararda Karpaz Rumları'nın eğitim hakları açısından " DECIDES to close the examination of the issues relating to the violation found under Article 2 of the Protocol No. 1 and Article 10 of the Convention " ve yine Karpaz Rumları'nın din özgürlüğü ile bağlantılı hakları açısından " DECIDES to close the examination of the issues relating to the violation found under Article 9 of the Convention " belirtilmektedir.

<sup>47</sup> " ... the Court, like the Commission concludes that has been a violation of Article

iki farklı ihlal tespitinden çıkarılması gereken sonuç da, Sözleşme’nin 13. maddesi anlamında bir etkin başvuru yolunun bulunup bulunmadığı sorunsalının, AİHS’ne Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesindeki mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediği tartışmasının tek belirleyici bir kıstası olmamakla birlikte, önemli bir unsurunu oluşturduğudur. Nitekim, *Demopoulos* kararıyla AİHM, 2010 yılında **etkin bir iç hukuk yolunun oluşturulmuş olması nedeniyle** mülkiyet ihlaline ilişkin Kıbrıslı Rum başvuruların 1 No. lu Protokol’ün 1 maddesine dayanan mülkiyet iddialarını kabul edilemez bulmuştur.<sup>48</sup>

AİHM, *Demopoulos* kararından sonra da *Meleagrou* kararında, daha önce TMK önünde Kuzey’deki taşınmazlarının iadesinde ısrar etmiş olan başvuranın iddialarını AİHM’nin *Demopoulos* kararında taşınmaz iadesinin mutlak bir çözüm oluşturmadığına ilişkin değerlendirmesine işaret ederek reddetmiştir.<sup>49</sup>

Bu bakımdan, kararın 63. paragrafındaki Kuzey’deki Rum mallarıyla ilgili olarak empoze edilmeye çalışılan tasarruf yasağı, AİHM’nin 1400 bireysel başvuruya uygulayarak gündeminden düşürmesine gerekçe oluşturmuş olan pilot karar niteliğindeki *Demopoulos* kararıyla ve ona dayanan *Demopoulos* sonrası içtihadıyla da çelişmektedir.

Ayrıca, kayıp Rumlar ile Karpaz Rumları’nın bireysel mağduri-

---

13 of the Convention by reason of the respondent State’s failure to provide to Greek Cypriots not residing in northern Cyprus any remedies to contest interferences with their rights under Article 8 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 “ Cyprus v. Turkey yukarıda zikredilen 2001 kararı, par.194

<sup>48</sup> *Demopoulos*, yukarıda zikredilen karar, par.129.

<sup>49</sup> *Eleni Meleagrou and Others v. Turkey* (Application no. 14434/09) [Dec.]2 April 2013. Kararın 15. paragrafında AİHM başvuruların mülkiyet haklarını yitirmek için Taşınmaz Mal Komisyonu’nun sağladığı mağduriyeti giderme usullerinden yararlanmak istememelerini kabul edilemez bulmuştur : “ It follows that the applicants have not made proper use of the available remedies that could give them financial redress or redress in kind for loss of enjoyment of their properties, including the property previously used as a second home. The fact that the applicants did not want to claim redress which would have led to them giving up their claim of title to the land is not relevant to this assessment. It was their choice, but it excluded them from obtaining the other available remedies. “; bu çerçevede mülkiyet hakkı ile birlikte din özgürlüğü ve ayrımcılık iddialarının da yer aldığı GKRY Başpiskoposu Chrysostomos’un kabul edilemez bulunan başvurusu da ilginçtir. *Chrysostomos v. Turkey* (Application no.66611/08)[Dec], 4 January 2011.

yetlerini gidermek amacıyla hareket ettiğini iddia eden GKRY'nin diplomatik himaye tezini benimsemiş olan AİHM'nin Kıbrıslı Rumların mülkiyet hakkıyla bağlantılı mağduriyetlerinin giderilmesinde etkinliği ve AİHS'ne uygunluğu bir Büyük Daire kararıyla tescil olunan TMK mekanizmasının sağladığı etkin başvuru imkanını devlet başvurusu açısından etkisizleştirmesinin mantığını anlamak zordur. Bu bağlamda Sözleşmedeki hakların hayali ve teorik biçimde değil, etkinlik kazandıracak şekilde yorumlanması gerektiği yolundaki AİHM'nin içtihadındaki yerleşik bir yorum kuralından da uzaklaşmıştır.<sup>50</sup>

#### 4- AİHM kararının Kıbrıs sorununun çözümü açısından değerlendirilmesi

AİHM'nin bir devlet başvurusu niteliğindeki IV. Rum başvurusunu sonuçlandırmaya yönelik tazminat kararında yarım asırdan beri süregelen Kıbrıs sorununun siyasi çözümü açısından duyarlı ve pragmatik bir yaklaşım sergilemiş olduğu söylenemez.

Devlet başvurularının temelinde iki veya daha fazla devlet arasında bir siyasi uyumsuzluğun bulunduğu, uluslararası düzeni ve özellikle ilişkileri de ilgilendirdiği gözönünde bulundurularak AİHM'nin, bu kategorideki başvurularda taraflar arasında barışın sağlanmasına katkısı olabilecek bir söylem benimsemesi beklenebilir. Kaldı ki, AİHM, bu duyarlılığı yukarıda zikredilen *Demopoulos* kabul edilmezlik kararında Kıbrıs sorununun değişik veçhelerine değinerek çarpıcı biçimde ifade edebilmiştir. O kararda, özellikle:

- Tarafların belirttikleri argümanların, gerek Ada'nın geleceği, gerek taşınmazlar sorununun ne şekilde çözümlenebileceği konusunda uzun süreden beri devam eden yoğun bir siyasi uyumsuzluğu yansıttığı,<sup>51</sup>

<sup>50</sup> "The Court is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory, but rights that are practical and effective" *Airey v. Ireland* (Application no. 6289/73), judgment of 9 October 1979, par. 24; *Artico v. Italy* (Application no. 6694/74), judgment of 13 mai 1980, par. 33.

<sup>51</sup> *Demopoulos*, zikredilen karar, par. 83.

- *Demopoulos* başvurularının siyasal, tarihsel ve maddi bakımdan karmaşık bir sorundan kaynaklandığı ve bu sorunun da tüm tarafların sorumluluklarını üstlenerek siyasi düzeyde çözüm bulmaları gerektiği,<sup>52</sup>
- Geçmiş mağduriyetlerin giderilmesine yönelik çözüm yöntemlerinin yeni orantısız haksızlıklara (*disproportionate wrongs*) yol açmaması gerektiği,<sup>53</sup>
- Siyasi çözümü beklemeyen Rumların önce Taşınmaz Mal Komisyonu'na başvurmaları gerektiği, bu yola başvurmadan AİHM'ne doğrudan yapılacak başvuruların kabul edilemez bulunacağı vurgulanmıştır.<sup>54</sup>

*Demopoulos* kararının yapıcı ve özellikle geleceğe dönük yaklaşımı yerine, son kararda tazminatın neredeyse bir " ceza " gibi uygulanmış olduğu görülmektedir. Portekiz ve Montenegro yargıçlarının ayrı görüşleri de bu izlenimi güçlendirmektedir.

Bu yaklaşım, gerek AİHS ve AİHM içtihadı gerek Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) uluslararası sorumluluk konusunda kabul ettiği ilkeler açısından savunulabilir değildir.

AİHS'nin hiçbir maddesinde ihlal kararlarının ve bunlara dayanan " hakkaniyete uygun " tazminatın cezai nitelik taşıdığı yolunda bir hüküm yer almamaktadır. AİHS'nin 32. maddesine göre Mahkeme'nin yetkisi " ... Sözleşme'nin ve Protokolleri'nin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları.. " kapsamaktadır. Tazminata ilişkin AİHS'nin " Adil tazmin " başlıklı 41. maddesinde de Mahkeme'nin Sözleşme ve/ veya Protokolleri'nin ihlal edildiği yolunda bir tespit bulunması (Fransızca metinde " *déclare* ", İngilizce metinde " *finds* ") halinde ve devletin " iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen kaldırabiliyorsa, gerektiği takdirde " hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedileceği belirtilmektedir. Esasen, AİHM, başvuranların ceza nite-

<sup>52</sup> *Demopoulos*, zikredilen karar, par.85.

<sup>53</sup> *Demopoulos*, zikredilen karar, par.117.

<sup>54</sup> *Demopoulos*, zikredilen karar, par. 128.

liğini taşıyacak bir tazminata hükmedilmesine ilişkin taleplerini de sistematik olarak reddetmiştir.<sup>55</sup>

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun kararıyla 2001 yılında kabul edilen " *Uluslararası Hukuka Aykırı Fiiller Açısından Devletlerin Sorumluluğu* " başlıklı UHK kurallarında da, gerek uluslararası hukuka aykırı fiiller gerek uluslararası hukukun ağır ihlalleri konusunda cezai nitelikte bir tazminat öngörülmemiştir.<sup>56</sup>

Portekiz ve Montenegro yargıçlarının ayrı görüşlerindeki tazminatın "cezai niteliği" ile ilgili yorum ve değerlendirmeler Kıbrıs sorunu hakkında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi ve Genel Kurulu tarafından kabul edilen kararlarla kesinlikle bağdaşmamaktadır. Özellikle 1 Kasım 1974 tarihli BM Genel Kurulu'nda kabul edilen 3212(XXIX) sayılı kararla sorunun " *Genel Sekreter'in iyi mesaisiyle, iki toplum temsilcileri arasında eşitlik esası uyarınca* " ve iki toplumun " *temel ve meşrû haklarına dayalı karşılıklı olarak kabul edilebilir bir siyasi çözüme serbestçe ulaşılması amacıyla* " <sup>57</sup> başlatılması ve sürdürülmesi istenmektedir. Geçerliği günümüze kadar devam eden bu çerçevede taraflardan hiçbirinin "suçlu" ilân edilmemesine özen gösterilmiş, aksine **tarafaların eşitliği** ilkesi ön plana çıkarılmıştır.

AİHM kararında **yer almamış olmakla birlikte**, iki yargıcın ortak

<sup>55</sup> İkincisoy v. Turkey, no.26144/95, judgment of 27 July 2004, par. 149, Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom, [GC] nos. 31417/98 and 32377/96, judgment of 27 September 1999, paras. 22-23 ; Selçuk and Asker v. Turkey, nos 23184/94 and 23185/94, judgment of 24 April 1998, par. 119.

<sup>56</sup> "Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts" General Assembly Resolution 56/83 of 12 December 2001. Özellikle 28-47. maddeleri. Tams, Les Obligations de l'Etat Responsable: Le Lien Manquant ? in Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité Internationale des États, sous la direction de Pierre-Marie Dupuis, Pedone, Paris, 2003, s. 79-103, Tams, Do Serious Breaches Give Rise to Any Specific Obligations of the Responsible State ? EJIL, Vol. 13(2002), s. 1166-1170.

<sup>57</sup> Anılan BM Genel Kurulu Kararı'nın 4. paragrafı : "Commends the contracts and negotiation taking place on an equal footing, with the good offices of the Secretary General, between the representatives of the two communities ,and calls for their continuation with a view to reaching freely a mutually acceptable political settlement , based on their fundamental and legitimate rights".

ayrı görüşlerindeki " *unjust war* " <sup>58</sup> ve " *punitive damages* " <sup>59</sup> ifadeleri IV. Rum tazminat kararı ile ilgili uluslararası doktrindeki ilk yorumların en çok üzerinde durduğu kavramları oluşturduğu ve bunların adeta karara mal ettirildiği görülmekte, diğer bir deyişle " bireysel " bir görüşü yansıtmaması beklenen " ayrı görüş ", AİHM'ne, Sözleşme'de öngörülmemiş yetkiler tanınacak şekilde yorumlanabilmektedir. Bu yanlış algılama sonucunda, karar hakkındaki bazı uluslararası hukuk doktrini yorumlarında, AİHM kararının, uluslararası " saldırı " (*aggression*) suçu açısından yeni bir çıkış açtığı da iddia edilebilmektedir. <sup>60</sup> Öte yandan, benzer bir saptamada bulunmakla birlikte, ayrı görüşteki tezlerin Kıbrıs sorununun çözümü açısından yapıcı olamayacağını (*counterproductive*) belirten araştırmacı Risini ise AİHM'in devlet başvurularındaki rolünün ciddiyetle dikkate alınabilmesi için nesnel ve tarafsız olmasının önem taşıdığına dikkat çekmektedir. <sup>61</sup>

Kararla, devlet başvurularında tazminat uygulamanın mümkün olduğunun ispatlanması arayışının ötesinde, kararın gerekçelerinde açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, tazminatın " cezalandırma " gayesini de taşıyabileceği yolunda yorumlarda bulunulmasının bir yerde cesaretlendirildiği söylenebilir. Portekiz ve Montenegro yargıçlarının uzun ortak ayrı görüşlerinde, kararın bu yönde yorumlanmasının gerektiği, tazminatın " haksız bir savaşın " (*unjust war*) yaptırımını oluşturduğu tezinin kanıtlanmasına çalışılmıştır. Nitekim, yukarıda da belirtildiği üzere, doktrindeki ilk tepkilerin de adeta bu noktada

<sup>58</sup> Cyprus v. Turkey, zikredilen karar, Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque joined by Judge Vucinic, " After all, there is punishment for unjust war), s. 41.

<sup>59</sup> Cyprus v. Turkey, yukarıda zikredilen görüş, " The punitive nature of this compensation is flagrant ", s. 24, " That punishment can be applied in inter-State cases before the Court, which is competent to determine punitive damages in particularly serious cases of human rights violations ", s. 41.

<sup>60</sup> Shoenberger, Punishment for Unjust War ; First International Court Decision Awarding Damages for Aggression ", 2014 ; Lott, Cyprus v. Turkey, Just satisfaction and Acts of Aggression " The most recent judgment of the Grand Chamber is similarly situated in the growing discussion on the crime of aggression " in <http://www.asil.org/insights/volume/18/issue/18/issue/18/cyprus-v-turkey-just-satisfaction-and-acts-aggression>.

<sup>61</sup> Risini, Can't get no just satisfaction ? The Cyprus v. Turkey judgment of the European Court of Human Rights in Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht, Mai 2014.

odaklanmış olması bir raslantı sayılamaz : Bağlayıcı niteliği bulunmamakla birlikte, ayrı görüşlerdeki, kararı “ yorumlamaya ” yönelik bazı ibarelerin Sözleşme hukuku açısından temelden yoksun olsa bile AİHM kararına mal ettirilmesine müsait olduğu açıktır.

Ancak, tazminat kararının en önemli “ özelliği ” GKRY başvurusunun temelindeki Kıbrıs sorununun tarihsel, siyasal ve hukuksal veçheleri boyutunun gözardı edilmiş olmasıdır. Sorunun çözümlenmesine yönelik içeriksel ve yöntemsel çerçevenin Birleşmiş Milletler tarafından belirlendiği ve özellikle **iki toplumun statü eşitliği** ilkesine dayandırıldığı dikkate alınmamış, hatta bir devlet başvurusunun bu temel özelliğine bir atıfta dahi bulunulmamıştır. Esasa ilişkin 2001 kararından farklı olarak bir “ ihlal ” saptamasıyla sınırlı kalmayan tazminat kararının, başvurusunun temelindeki uluslararası uyumsuzluğun sonuçlandırmasında bir “ katkı ” da bulunma gayreti içinde olduğu söylenebilir.

Oysa, AİHM'nin Sözleşme gereğince uluslararası sorunları çözüme konusunda herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır.<sup>62</sup> Bu çerçevede, Sözleşme'nin Önsöz Bölümü'ndeki ifadeler hem AİHM ile Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasındaki yakın ilişkiyi hem de Mahkeme'nin amaç ve hedefini açıkça belirlemiş bulunmaktadır:

*“ Aşağıda imzası bulunan Avrupa Konseyi üyesi hükümetler,*

.....

*Avrupa Konseyi'nin amacının, üyeleri arasında daha sıkı bir birlik oluşturmak olduğunu ve insan hakları ile temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinin bu amaca ulaşma yollarından biri olduğunu gözönüne alarak,*

... .

*... Evrensel Bildiri' de yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama yolunda ilk adımları atmaya kararlı olarak,.. “*

Görüldüğü üzere, Sözleşme'nin öngördüğü denetim meka-

<sup>62</sup> Myjer, The European Court of Human Rights and Armed Conflicts Between High Contracting Parties; Some General Remarks, “La Conscience des Droits, Mélanges en l'Honneur de Jean-Paul Costa, s.461-472.



nizmasının amacı Taraf Devletler arasındaki siyasi sorunları çözmek değil, Taraf Devletlerde insan hakları standartlarının korunması ve geliştirilmesine yönelik olarak AİHS hükümleri açısından **norm** denetiminde bulunmaktan ibarettir.

AİHM'nin tazminat kararındaki konuya genel yaklaşımı, uluslararası uyuşmazlıklardaki hukuksal sorunların çözümünde yargısal yetkisi bulunan Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) tazminata ilişkin içtihadında izlediği " ihtiyatlı " tutumdan tamamen ayrılmaktadır. Örneğin, UAD, İngiltere ile Arnavutluk arasındaki Korfu Boğazı uyuşmazlığında, İngiltere'nin Arnavutluk karasuları içinde bulunan Korfu Boğazı'ndaki mayın tarama harekâtının Arnavutluk devletinin egemenliğini ihlal ettiği yolundaki saptamasının uygun bir tatmin (*appropriate satisfaction*) oluşturduğu sonucuna varmıştır<sup>63</sup>.

UAD, Bosna ve Hersek'in Sırbistan ve Montenegro aleyhindeki *Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmesi'nin* Uygulanması davasında da Sırbistan'ın Temmuz 1995'te Srebrenica'daki katliamları önleyecek tedbirleri almamış olmasını Sözleşme'nin ihlali oluşturduğu yolundaki tespitini uygun bir tatmin (*in itself appropriate satisfaction*) olarak nitelendirmiştir<sup>64</sup>.

Uluslararası bir sorunu çözme alanında Sözleşme tarafından yetkilendirilmemiş olan AİHM, tazminata karar vermekle, bir yerde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi kararlarıyla Kıbrıs uyuşmazlığının iki toplumun eşitliği çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği doğrultusundaki temel yol haritasını kırılğanlaştırabilecek bir

<sup>63</sup> Corfu Channel Case, Judgment of April 9th 1949, s. 36.

<sup>64</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, par. 463. Srebrenica'daki katliam sonucunda ölen 7000 Müslüman'ın ailelerine tazminat ödenmesine hükmedilmemesi çeşitli eleştirilere yol açmıştır. Bkz. Tomuschat, Reparation in Cases of Genocide, 6 Journal of International Criminal Justice (2007), s. 905. ; bir başka yazara göre tazminata hükmedilmemesi tarafların yeniden barışabilmesi açısından belki de en "akıllıca" çıkış olarak yorumlanmaktadır (the wisest thing) Gill, The " Genocide " Case: Reflections on the ICJ' s Decision : Bosnia and Herzegovina v.Serbia, 2 Hague Justice Journal, 2007, 47.

sonuca varmıştır. Ayrıca, gerek Rum kayıplar gerek Karpaz Rumları açısından GKRY'nin taleplerini kabul etmiş olan AİHM'nin tazminatı adeta "götürü" usulle hesaplamış olması da bu izlenimi güçlendirmektedir.

Devlet başvurularında tazminat hükmedilip edilemeyeceği tartışması bir yana, IV. GKRY başvurusunu sonuçlandıran tazminat kararının, gerek AİHS hukuku ve AİHM uygulaması gerek uluslararası hukuk kurallarının uygulanması bakımından "klasik" bir AİHM tazminat kararı olarak algılanması mümkün değildir.

AİHM, yargı faaliyetine başladığı 1959 yılından beri ve özellikle son yirmi yıl içinde Sözleşme'de genellikle birkaç cümle ile tanımlanmış olan hak ve özgürlüklerin başvurulara uygulanmasında geliştirdiği kavramlarla taraf devletlerde insan haklarına saygı ilkesini hem yönetim kadroları hem de sivil toplum düzeyinde güçlendirmiş olduğu, bu alanda yaygın bir bilinç ve farkındalık kazandırmış olduğu inkâr edilemez: AİHM içtihatları, etkin soruşturma, pozitif yükümlülükler, hak ve özgürlüklerin teorik biçimde değil, etkinliğe yönelik olarak uygulanması gibi kavramlar ve yorum kuralları, hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarının araştırılması, saptanması ve mağduriyetlerin giderilmesinde tamamen normatif bir değer kazandırmış bulunmaktadır.

Ancak, temelinde bir uluslararası uyuşmazlığın bulunduğu devlet başvurularında bireysel hak, özgürlük ve çıkarların ötesinde toplumların statü, çıkar ve siyasal geleceklerinin de sözkonusu olduğu dikkate alınması gerekeceğinden bireysel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesine yönelik bir uluslararası yargının ihtiyatlı davranması; kalıcı bir barış ve düzenin sağlanabilmesi açısından önem kazanmaktadır. Özellikle, Birleşmiş Milletler gibi uluslararası barış ve düzenin korunmasında evrensel düzeyde yetkili bir örgütün belirlediği siyasi çözüm parametrelerinin zedelenmemesine özen gösterilmelidir. AİHM'nin tazminat kararıyla, uluslararası nitelikteki Kıbrıs sorunu ile bireysel hak ve çıkarların gözetilmesinin değişik boyutlar oluşturduğunun güçlü ifadelerle vurgulanmış olduğu *Demopoulos* ka-

rarından ayrılarak, sorunun uluslararası boyutunu gözardı etmeyi tercih etmiş olduğu söylenebilir. Ancak bu temel tercih sonucunda, kararın, Kıbrıs uyuşmazlığına ilişkin siyasal süreçte olumlu bir yan parametre oluşturma şansını yitirmiş olduğu ve, bu bakımdan, söylemsel bir istismar ve yansımasının da mümkün olmaması gerektiği kabul edilmelidir.