

AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



www.adınızsoyadınız.av.tr

Bilgi için www.barobirlik.org.tr/avtr
Sorularınız için avtr@barobirlik.org.tr

"AV.TR" ALT ALAN ADI ALMAK İSTEYENLER İÇİN BİLGİ NOTU

1) "av.tr" Alan adını kimler alabilir:

Avukatlar, Avukatlık Büroları, Avukatlık Ortaklıklarına av.tr altında alan adı, örneğin xyz.av.tr, tahsis edilebilir. DNS yönetimine yapılan başvurular şahsi yapılabileceği gibi bunlar adına servis sağlayıcılar tarafından da yapılabilir.

2) Alan adı başvurunuzu yapmadan www.barobirlik.org.tr/avtr adresinde yer alan [av.tr] Alt Alan Adı Tahsis Kuralları ve [av.tr]Alt Alan Adı Tahsis ve Kullanım Taahhütnamesini lütfen dikkatlice okuyunuz.

3) Alt alan adları <https://www.nic.tr> adresinden online başvuru ile başlatılacak bir prosedüre göre verilmektedir. [av.tr] alt alan adı tahsisi için öncelikle <https://www.nic.tr> adresine online başvuru yapmanız gerekmektedir. Bu başvuruyu kendiniz yapabileceğiniz gibi sizin adınıza servis sağlayıcınız da yapabilir.

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

Online başvuru prosedürünün ilk adımı olarak bir "sorumlu kodu" almanız gerekmektedir. Sorumlu kodu almak için <https://www.nic.tr> adresinden yapacağınız online başvuru sırasında çalışan bir e-posta adresiniz ve vergi numaranız gerekmektedir. Ayrıca <https://www.nic.tr> adresine yapacağınız online başvuru sırasında yardım menüsünün altında bulunan formlardan **alan adı tescil formunun** başvuru esnasında ODTÜ'ye iletildiğinden emin olunuz. Gerekirim duyabileceğiniz diğer teknik bilgiler için servis sağlayıcınıza danışabilirsiniz.

4) Online başvurudan sonra, 2 numaralı maddede belirtilen belgelerdeki kurallara göre istenen, www.barobirlik.org.tr/avtr sayfasındaki formu doldurduktan sonra çıkartacağınız taahhütnameyi, her sayfasını imzaladıktan sonra baronuzla tasdik ettirerek Türkiye Barolar Birliğine ulaştırmanız gerekmektedir.

5) Türkiye Barolar Birliği tarafından başvurunuz incelenerek onaylanması halinde bu onay DNS yönetimine bildirilecektir.

6) DNS yönetimi yapılan online başvurunun ardından Türkiye Barolar Birliğinden verilecek onay üzerine; tarafınıza, almak istediğiniz xyz.av.tr şeklindeki alan adının [yada almak istediğiniz av.tr altındaki alan adının] tahsisinin yapıldığına dair (online başvuru sırasında bildirdiğiniz adrese) bir **elektronik posta gönderecektir**. Bu elektronik postanın tarafınıza ulaşmasını takip eden 5 gün içinde size tahsis edilmiş alan adına ait ödemenin **kredi kartıyla web üzerinden** yapılması şarttır aksi takdirde tahsis edilen alan adı otomatik olarak silinecektir

7) Başvurunu yapıp talepte bulunduğunuz [av.tr] altındaki alan adınız, [yada xyz.av.tr şeklindeki alan adınız]alan adının tahsisine dair elektronik posta geldikten itibaren kullanıma hazırdır.Tahsis işlemi tamamlanan bir alt alan adıyla ilgili ödemeler dahil tüm işlemler web üzerinden yapılacaktır. Ayrıca alan adına ilişkin tüm uyarılar tarafınıza elektronik posta yoluyla iletilecektir.

8) Tarafınıza tahsis edilen alan adına ilişkin tüm kurallar **Avukatlık Kanunu, Reklam Yasağı Yönetmeliği ve Meslek Kurallarına** tabiidir. Avukatın mevzuata aykırı edimi halinde ilgili kurallar uygulanacaktır.

Birliğimizi

Birlikte

T.B.B. BASKANI



AV. SADIK ERDOĞAN

- T.B.B. YÖNETİM KURULU**
- 1- AV. M. BÜLENT AKÇAMETE
 - 2- AV. ALİ SÜRMEN
 - 3- AV. M. ÖNCEL GÜNİHAN
 - 4- AV. NECATİ ERDEM
 - 5- AV. ALİ ÇETİN AYGÜN
 - 6- AV. MEHMET CENGİZ
 - 7- AV. İ. ÖNDER KIRLI
 - 8- AV. RİFAT ÇULHA
 - 9- AV. YILDIRIM AYCAN
 - 10- AV. SEYİT MEHMET EKİNCİ

- T.B.B. DİSİPLİN KURULU**
- 1- AV. ZAFER MERZİFONLUOĞLU
 - 2- AV. OMER ÇİFTÇİ
 - 3- AV. CUMHUR TUTVOL
 - 4- AV. HALİL TÜKEL
 - 5- AV. ERHAN ŞANŞAL DİKMEN
 - 6- AV. B. OKTAY ÖZBERK
 - 7- AV. YUSUF SEV

Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu'nda konuşan Özdemir Özok, hükümeti eleştirdi:

slimiyet politikası uygulanıyor

GÜRSU KINTI

ANTALYA - Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok, yasadışı ekonomik ve mali konularla IMF'nin dayatması, hukuki, siyasi ve sosyal konularla ise AB Komisyonu tarafından getirilen endüstriyel cakariditleri...

BASKAN

AV. ÖZDEMİR ÖZOK

YÖNETİM KURULU

- | | |
|-----------------------|--------------------|
| Av. Adil ŞEN | Av. Lütfü ÖZDEMİR |
| Av. Aliyü SUNGURTEKİN | Av. Mustafa ÖZGÜR |
| Av. Canan ŞENER | Av. Saad YILDIRIM |
| Av. Cemal TÜRKAL | Av. Zeynep FİDANCI |
| Av. Halil ÖZÇİÇEK | Av. Kemal TOKER |

DİSİPLİN KURULU

- | | |
|-------------------------|--------------------|
| Av. Recep TALTI | Av. Naciye ERGİZ |
| Av. Aliyü SUNGURTEKİN | Av. Özgür ERGİZ |
| Av. Erhan ŞANŞAL DİKMEN | Av. Mustafa ÖZGÜR |
| Av. Saad YILDIRIM | Av. Zeynep FİDANCI |
| Av. Kemal TOKER | |

DEMET KURULU

- | | | |
|-------------------------|--------------------|--------------------|
| Av. Erhan ŞANŞAL DİKMEN | Av. Sabri ERİK | Av. Şeyhan |
| Av. Aliyü SUNGURTEKİN | Av. Mustafa ÖZGÜR | Av. Mustafa ÖZGÜR |
| Av. Saad YILDIRIM | Av. Zeynep FİDANCI | Av. Zeynep FİDANCI |
| Av. Kemal TOKER | | |

Koltuk biz de

deyip... Ağar'ın parti yönetimine... 3'ü AKP'den transfer 4 milyar... "DYP bitmiştir" diyor...



Ağar'ın parti yönetimine... 3'ü AKP'den transfer 4 milyar... "DYP bitmiştir" diyor...

Özok yeniden TBB Başkanı

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'na yeniden Özdemir Özok seçildi. Genel Kurulu'nda dün yapılan seçimlerde Özok, 353 delegenin oyuna aldığı 16 oy... 214 oyu alan Özok, yeni yönetim kurulunda...



TBB Özok'la devam dedi... Antalya Convention Center'de iki gündür bu yana devam eden Türkiye Barolar Birliği'nin (TBB) 28. Olağan Genel Kurulu'nda yapılan seçimlerle sona erdi. 360 delegeden 357'sinin oy kullandığı seçimlerde, TBB Başkanlığına 214 oy alan Özdemir Özok seçildi. Seçimlerde diğer aday Sadık Erdoğan ise 117 oy aldı.

Baro Peker yuğesi

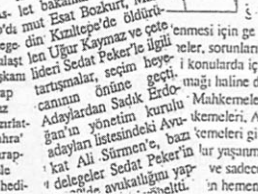
Kelebek Operasyonu kapsamında tutuklanan Sedat Peker, TBB başkanlık seçimine damgasını vurdu. Peker'in eski avukatı Sürmen'in, adaylardan Erdoğan'ın listesine girmesi tartışma konusu oldu...



Baro Peker yuğesi... Kelebek Operasyonu kapsamında tutuklanan Sedat Peker, TBB başkanlık seçimine damgasını vurdu. Peker'in eski avukatı Sürmen'in, adaylardan Erdoğan'ın listesine girmesi tartışma konusu oldu...

Baro seçiminde isim krizi

Türkiye Barolar Birliği'nin Antalya'daki genel kurulunda 3 isim genel kurulunda ilk adaylar arasında Mahir İnançlı, Mehmet Akif Ersoy, Mustafa Özgür, Mustafa Özgür, Mustafa Özgür...



Baro seçiminde isim krizi... Türkiye Barolar Birliği'nin Antalya'daki genel kurulunda 3 isim genel kurulunda ilk adaylar arasında Mahir İnançlı, Mehmet Akif Ersoy, Mustafa Özgür, Mustafa Özgür, Mustafa Özgür...

SARAP JESTİ

Genel Kurul öncesi Aspendos Antik Tiyatrosu'nda verilen kokteylden delegeler, sarap jestiyle karşılaştılar. Eski Niğde Barosu Başkanı Nail Gündüz, sarap uzmanı Yılmaz Göksu'nun hazırladığı 'Sahra' adlı sarapları delelelere hediye etti.

AB özlemleri yasa çıkıyor

Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, yasadışı ekonomik ve mali konularla IMF'nin dayatması, hukuki, siyasi ve sosyal konularla ise AB Komisyonu tarafından getirilen endüstriyel cakariditleri...



TBB'ye yeniden Özok

Türkiye Barolar Birliği'nin (TBB) Olağan Genel Kurulu'nda yapılan seçimlerde Özok, 214 oyu alan Özok, yeni yönetim kurulunda...

Barolar Birliği Ata'nın huzurunda

Türkiye Barolar Birliği'nin (TBB) Olağan Genel Kurulu'nda yapılan seçimlerde Özok, 214 oyu alan Özok, yeni yönetim kurulunda...

TBB Genel Kurulu'nda tartışma

Türkiye Barolar Birliği (TBB) Genel Kurulu'nda yapılan seçimlerde Özok, 214 oyu alan Özok, yeni yönetim kurulunda...

Genel Kurul öncesi Aspendos Antik Tiyatrosu'nda verilen kokteylden delegeler, sarap jestiyle karşılaştılar. Eski Niğde Barosu Başkanı Nail Gündüz, sarap uzmanı Yılmaz Göksu'nun hazırladığı 'Sahra' adlı sarapları delelelere hediye etti.

**TÜRKİYE
BAROLAR BİRLİĞİ
DERGİSİ**

ISSN: 1304-2408

YIL: 18

SAYI: 59

TEMMUZ - AĞUSTOS 2005

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

© Copyright: Türkiye Barolar Birliği
Union of Turkish Bar Associations

- Türkiye Barolar Birliği'nin yayın organıdır.
- Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir, TBB'yi bağlamaz.
- İki ayda bir yayımlanır.
- Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

İLETİŞİM ADRESİ / COMMUNICATION ADDRESS

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Bürosu

Karanfil Sokağı 5/62

06650 Kızılay - Ankara

Tel: (0312) 425 30 11 - 425 36 19 - 418 05 12 - 418 13 46

Faks: 418 78 57

web: www.barobirlik.org.tr

admin@barobirlik.org.tr

yayin@barobirlik.org.tr

ABONE KOŞULLARI

Yıllık Abone Bedeli: 42.000.000 TL. / 42 YTL.

Abonelik: ABONET, Tel: (0212) 222 72 06 Faks: 222 27 10

www.abonet.net

Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık

Düş Atelyesi (0312) 215 70 37

Basım Yeri

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50

Basım Tarihi

30.06.2005

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

Sahibi

Av. Özdemir Özok, Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Yayın Sorumlusu

Av. İ. Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Teoman Ergül

Yayın Yönetmen Yardımcısı

Av. Oya Günendi

TBB Yayın Eşgüdüm Kurulu

Av. Özdemir Özok
Av. İ. Güneş Gürseler
Av. Soner Kocabey
Av. Teoman Ergül
Av. Özcan Çine
Av. Dilara Ağaoğlu Canay

Dergi Yayın Kurulu

Av. Serkan Açar
Av. İlker Hasan Duman
Av. Oya Günendi
Av. Özcan Çine
Av. Dilara Ağaoğlu Canay
Av. Olcay Küçükpehlivan

Danışma Kurulu

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu (Çankaya Ü. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Haluk Günüşür (İzmir Ekonomi Ü. Uluslararası İlişkiler AB Bölüm Bşk.)
Prof. Dr. Hamit Hancı (AÜ. Tıp Fak. Adli Tıp Anabilim Dalı Bşk.)
Sabih Kanadoğlu (Em. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı)
Prof. Dr. Erdal Onar (Ankara Ü. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz (Antalya Ü. Hukuk Fak. Dekanı)
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez (DEÜ Hukuk Fak.)
Av. Talay Şenol (Türk Hukuk Kurumu Önceki Bşk.)
Prof. Dr. Erdener Yurtcan

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'NE YAZI GÖNDERECEKLER İÇİN BİLGİ NOTU

- 1988 yılından bu yana çıkmakta olan dergimiz, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "*Hakemli Dergi*" olarak yayımlanmaktadır. Bundan böyle "*Hakemli Dergi*" olarak yayımına devam edecektir.
- Dergiye gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- Yazıların uzunluğu dergi formatında 30 sayfayı (ya da 12.000 sözcüğü) geçmemelidir. Özellikle hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, "*Word for Windows*"un değişik versiyonlarında kaydedilmiş bir diskette birlikte A4 boyutunda iki nüsha bilgisayar çıktısı ile gönderilmelidir.
Bilgisayar çıktılarında 2 satır aralığı kullanılmalıdır.
Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
Yazıların ana bölümlerinde 12 punto, dipnot, özet, kaynakça, tablo gibi bölümlerinde 10 punto harf büyüklüğünün ve Times (New Roman) karakterinin kullanılması gerekmektedir.
- Gönderilen yazıların yayımlanması kabul edildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına TBB sahip olacaktır.
- Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini, bir adet fotoğrafları ile birlikte göndermelidirler.
- Dergiye verilecek/gönderilecek yazılar Yayın Kurulu'nca ilk değerlendirilmesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme/hakemlere gönderilecek; hakemden/hakemlerden gelecek rapor doğrultusunda yazının "*Hakemli Yazılar*" bölümünde basılmasına, yazarından rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve durum yazara en kısa sürede bildirilecektir.
- Yazarı tarafından "*Hakemli Yazılar*" bölümünde yayımlanması istenilmeyen yazılar, Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilecektir.
- Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak, durum yazara hemen bildirilecektir. Yazarın, Kurul'un yayımlanmama kararına ve hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
- Yazardan düzeltme istenilmesi halinde, düzeltmenin en geç bir ay içinde yapılarak yazının Yayın Kurulu'na ulaştırılması gereklidir.
- Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın disketteki biçimiyle yazının basımı için "*olur*" verdiği kabul edilecektir. Yazı teslim edildikten sonra baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmeyecektir.
Yazıda, yazım yanlışlarının olağanın üzerinde olması yazının geri çevrilmesi için yeterlidir.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi*'nin yazı dili Türkçe'dir. Ancak, İngilizce, Almanca, Fransızca ve İtalyanca yazılar da yayımlanabilir. Yazı bu dillerden hangisi ile yazılmış olursa olsun, ULAKBİM koşulları için, yazarın olanağı varsa, yazının başlığının Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi ve en az 150, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce özetlerin de yazının sonuna konulması gerekmektedir.
- TBB Dergisi*, bilimsel yazı ve makaleler yanında kitap tanıtma yazılarına, Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi kararları kritiklerine ve güncel olayları irdeleyen notlara da yer verecektir. Bu yazılar Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile Dergi'de yer alabilecektir.
- Yazısı kabul edilen yazarlara derginin yayımlanmasından sonra TBB YAYINLARI'nın HAZIRLANMASI, BASIM VE DAĞITIMI YÖNETMELİĞİ çerçevesinde telif ücreti ödenecek; ayrıca yazara üç adet Dergi gönderilecektir.

İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
	25	Başkandan
Dr. Ece GÖZTEPE	29	"Namus Cinayetlerinin" Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Bir Değerlendirmesi
Dr. Mustafa Tören YÜCEL	49	Ateşli Silahlarla Mücadelede Teorik Yaklaşımlar
Doç. Dr. Yusuf KARAKOÇ	63	Vergi Yargılaması Hukukunda Avukatın Rolü
Ahmet BÜLTER	90	Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar
Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN	109	Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları
Fahrettin DEMİRAĞ	116	Hukuk Devleti Adil Yargılanma Hakkı ve Askeri Yargı
Doç Dr. Bahir Güneş TÜRKÖZER	198	Hukukun Objektivite Kazanma Süreci
Ömer Faruk EMİNAĞAOĞLU	210	Yüce Divan ve Sorunlar
Gülgün ANIK	214	Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme
Kenan ÖZDEMİR	237	Ceza Hukukunda Yabancı Kanunun Göz Önünde Bulundurulması
Dr. Levent MUTLU	264	Yabancı Kişilerin Taşınmaz Mal Edinimi Yönünden Avrupa Birliği ve Türkiye
Av. Saffet CAN	310	Maaş ve Ücretlerin Hazine İlişkin Sorunlar
Av. Talih UYAR	314	5358 Sayılı ve 31.05.2005 Tarihli "İcra İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un Getirdiği
Av. Serkan AĞAR	327	Adil Yargılanma Hakkı Perspektifinden 4811 Sayılı Vergi Barışı Yasası
Mustafa SALDIRIM	359	Cumhuriyet Savcısı'nın Özel Hukukta Dernek ve Sendika Tüzel Kişiliğinin Sona Erdirilmesine İlişkin Görevleri
Yargıtay Kararları	377	
Disiplin Kurulu Kararları	417	
Kitaplar - Dergiler	441	
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	447	
Ekler	467	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Yayımlanacak Yazılardan Bazıları

Dr. Adnan DEYNEKLİ

İşverenin İflası veya İşverene Yönelik Haciz Halinde İşçinin Ücret Alacağı'nın Önceliği Sorunu

Prof. Dr. Yılmaz ALİEFENDİOĞLU

Temsili Demokrasinin Seçim Ayağı

Dr. Tayfun AKSOYAK

İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü

Yrd. Doç. Dr. Gürsel KAPLAN

Mülki İdare Amiri Olarak Vali ve Kaymakamların Belediye Meclisi Kararları Aleyhine İdari Yargıya Başvurması ve Getirebileceği Sorunlar

Ö. Umut EKER

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi
Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Suçları

Serkan AĞAR

Vergi Davalarının Hukuksal Niteliği

Cüneyd ER

İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

A. Emrah AKYAZAN

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yeni Müesseseler:
Gizli Soruşturmacı ve Teknik Artaçlarla İzleme

Hasan DURSUN

Adli Birimlerde Görülen Yolsuzluklar ve Alınması Gereken Karşı Önlemler

Mahmut GÖKPINAR

Sosyal ve Kriminal Boyutlarıyla Organize Suç

İsmail ERCAN

Kamu Yönetimi Yasa Tasarısının Hukuksal Boyutu

Ahmet TAŞKIN

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Beslenmenin Reddi

R. Murat DÖNMEZ

Ödeme Emrinin Tebliği

Cemil ÇELİK

Çocuğun Bir Aile Yanına veya Kuruma Yerleştirilmesi

Cankat TAŞKIN

5326 sayılı Kabahatler Yasası'nın Anayasa'ya ve Hukuka Aykırılık Açısından İncelenmesi

Mehmet ALTINDAĞ

Serbest Meslek Erbabına Yapılan Ödemelerde Katma Değer Vergisi Tevkifatı

Doç. Dr. Nevzat ALKAN

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi

Hakan A. YAVUZ

Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak
"Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi"

editör'den...

Eşitlik, keyfi ayrımları önlemeye, eşit hakları ve en önemlisi eşit uygulamayı sağlamaya yönelik evrensel bir kuraldır ya da Prof. Dr. Merih Öden'in deyişiyle "evrensel bir özlem"dir. Ancak hiçbir hukuk sistemi, insanların çeşitli özelliklerini göz önünde tutmadan, sistemli ayrımlar yapmadan ve kişilere özgü farklı haklar ve yetkiler tanıyıp, farklı ödevler ve sorumluluklar yüklemekten işleyemediği için bu farklı işlemleri "hakkılaştırıcı nedenler" sorunu gündeme gelmektedir.

Normatif ya da nisbi eşitlik ya da eşitsizlik, bu bağlamda sayısal eşitlik ilkesinden ayrılmaların ne zaman geçerli olabileceğinin, bir diğer deyişle ayırım temellerinin belirlenmesini amaçlamaktadır. Bu temel ölçütler arasında liyakat, başarı ya da görülen iş bir ölçüt olarak kabul edilebilecektir. Ancak, belirli hak ve ödevler bakımından kişiler arasında ayrıma temel alınmış özelliklerin, niteliklerin söz konusu hak ve ödevlerle ilişkili olup olmadıklarının saptanmasında ortaya çıkmaktadır. Yoksa, eşitsizliklerin herkesin yararına olacak sonuçlar doğuracağı akla uygun gelmediği takdirde "keyfi" nitelemesinden kurtulamayacaktır.

Bu aşamada da toplumun tüm üyelerine bireysel olarak ortaklaşa bir statünün tanındığı, yani herkesin eşit sayıldığı Anayasa sisteminde, eşitliğin ya da eşitsizliğin yorumlanıp uygulanması önem kazanmaktadır.

21-22 Mayıs günlerinde Antalya'da yapılan TBB 28. Olağan Genel Kurul Toplantısı'nda İstanbul delegesinin bayan avukatlar için "kadın kotası" isteğini dinlerken eşitlik konusunda yeniden düşünmeye başladım. Siyasi partilerin bazılarında uygulanan "kota" sistemi, barolar ve TBB'de hangi ihtiyaçtan, özellikten dolayı uygulanacaktı. Üstelik kongre salonunda delegeleri ile birlikte gezinen üç bayan baro başkanının, az sayıda ama kesinlikle azınlıkta olmayan bayan delege ve barolar yönetim kurulları üyelerinin "erkekçe" dolaştıkları bir ortamda barolar için "kadın kotası" önerilmesi tuhafıma gitmişti.

Üç baromuzun başkanı "kota" uygulanmadan, "olumlu ayrımcılık" istemeden, eşit koşullarda seçimlere girmişler ve barolarını temsil etme hakkını, onurunu kazanmışlardı. TBB seçimlerinde hangi adayı destekledikleri, kimlere oy verdikleri hiç önemli değil. Bu başkanlarımız, kongre öncesi ve kongre döneminde, gezer-yüzer politikalara iltifat etmemişler, tutumlarını hiçbir yanlış anlamaya meydan vermeyecek netlikte ve mertlikte ortaya koymuşlardı. Delegasyonlarında bulunan "erkek" üyeler de onların kararlarına, yönlendirmelerine hiç itiraz etmemişler, aday olanları dahi, pek çok erkek baro başkanı için görülmeyen bir bağlılıkla, bayan başkanlarını takip etmişlerdi.

Yaşadığımız ve gözlemlediğimiz bu tablo, hukuk eğitimi almış, toplumda kanaat önderliği yapma özelliğine sahip bir meslek örgütünde "olumlu ayrımcılık" isteğinin, "ayrımcılık" sayılabileceğini göstermektedir.

Doğal olarak eşitlik denilince "hakim" ve "savcı" meslektaşlarımızın "trafik kontrolleri" sırasında edindikleri haklar da akla gelmektedir. Haberler bölümünde

ayrıntılarını okuyacağımız üzere, İçişleri Bakanlığı zaman zaman gündeme gelen bu konuda bir genelge yayımlayarak trafik polislerinin ceza tutanağı tutamayacağı, alkol testi yapamayacakları ve ceza kesemeyecekleri kişilerin listesini bildirmiştir: Milletvekilleri, diplomatlar, Anayasa Mahkemesi, Sayıştay, Danıştay, Yargıtay başkanları, üyeleri ve savcılar, tetkik hakimleri, raportörleri ile asker-sivil tüm hakim ve savcılar. Bu kişilerin adı soyadı, unvanı, görev yeri, ihlal edilen kural ve diğer bilgiler bir tutanak ile tespit edilecek ve kurumlarına bildirilecektir.

Doğal olarak, bu genelge ile birlikte, tutanağın “*imtiyazlı*” kişilerin taşıtları durdurularak mı, yoksa durdurulmadan giyaplarında mı yapılacağı, alkol testi yapılmadan alkol durumunun nasıl tespit edileceği, özellikle alkol ya da araç dolayısıyla ortaya çıkan tehlikeli durumlarda “*imtiyazlı kişi*” de dahil olmak üzere kamu güvenliğinin ve trafik düzeninin nasıl sağlanacağı, bu kişilerin arabalarını başkalarının kullanmaları halinde nasıl davranılacağı, itirazların ne biçimde önlenebileceği, giderek uygulamanın boş verilmişliğe dönüşüp dönüşmeyeceği, bu suretle “*trafik canavarı*” için uygun bir ortam yaratılmasına sebep olunup olunmayacağı, hatta fazla sürat ve alkollü araç kullanan bu kişilerle, muayene için durdurulmuş “*imtiyazsız*” vatandaşlar arasında ne gibi olaylar yaşanabileceği soruları ortada dolaşmaya başlamıştır.

Haberin basına yansması ile birlikte bu ayrımcılığın tartışması başladı. Yargıtay Genel Sekreteri Uğur İbrahimhakkıoğlu, “*Dünyanın her yerinde hakim ve savcılar özel soruşturma usulüne tabidir. Eşitlik aynı koşullarda aynı kuralların uygulanması demektir,*” diyerek eşitliğin en ilkel tanımını yaptı. Danıştay Genel Sekreteri Suna Türkoğlu da “*özel bir soruşturma usulüne tabi olmak, işlenmiş ve var olan bir suçta işlenmemiş ve yok sayma sonucunu doğurmaz,*” vurgulamasıyla yukarıda sıraladığımız soruları açıklığa kavuşturmayan aynı mahiyette bir açıklama yaptı.

Bu genelgenin savunulmasında hakim ve savcıların trafik polislerinin amiri olması da “*ayrımcı*” tutuma bir gerekçe olarak gösteriliyordu. Doğal olarak önleyici kolluk görevi yapan trafik polislerinin, idari para cezası uyguladıkları ve bu nedenle adli bir görevden söz edilemeyeceğini unutmamak gerekmektedir. Kaldı ki, hakimlerin kolluk üzerinde “*amirlik*” durumunun olmayacağı da akıldan çıkarılmamalıdır. Sayıştay’ın durumu ise; daha çok soruya açık bulunmaktadır.

Hakim ve savcılarımızın yasa uygulayıcıları olarak, yasayı çiğnemeyecekleri gerçeğinden hareket etmek gerekirken suç işlediklerinde, başkalarının trafik güvenliklerini tehlikeye soktuklarında nasıl korunabileceklerinin düşünülmesi kara mizah örneği olarak dikkatimizi çekmektedir.

Biz hakim ve savcılarımızın, özellikleri dolayısıyla trafik kurallarına herkesten daha fazla özen göstereceklerine, trafik kontrolünden kaçmayacaklarına ve trafik canavarının gezindiği yollarımızda herkese örnek olacaklarına, bunun için de kendilerine sunulan bu “*imtiyazı*” kabul etmeyeceklerine inanıyoruz.

Sayılarımıla.

Teoman ERGÜL

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ GENEL KURULU YAPILDI: AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK YENİDEN SEÇİLDİ

Türkiye Barolar Birliği'nin 28. Olağan Genel Kurulu, 21-22 Mayıs 2005 günleri Antalya'da Talya Kongre Salonu'nda yapıldı. Toplantıya Antalya Valisi ile Danıştay Başkanı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı yanında çok sayıda yargıç, savcı katıldı.

Antalya Valisi Alaattin Yüksel'in konuk olarak yaptığı konuşmada "Bu dünyada hukuksuz yaşamak istemem" sözü alkışlarla karşılandı. Cumhurbaşkanının telgraf göndermediği Genel Kurul'da Başbakan, Adalet Bakanı başta olmak üzere çok sayıda bakan ile CHP Genel Başkanı Deniz Baykal ile Yargıtay Başkanı'nın telgrafları okundu.

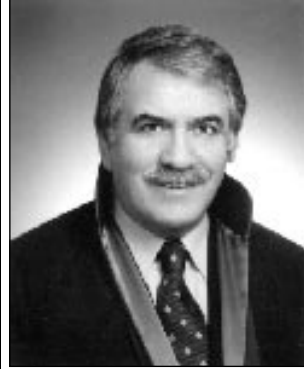
İlk gün gündem gereğince TBB'nin iki yıllık çalışmaları üzerinde çok sayıda delege eleştiri ve dileklerde bulundular. TBB Başkanı Özdemir Özok'un eleştirileri cevaplamasından sonra yönetimin çalışmaları oybirliği ile aklandı.

TBB Başkanlığı adayları Sadık Erdoğan, Özdemir Özok ve Sahir Bafra'nın konuşmalarından sonra ertesi gün seçim yapıldı.

TBB Başkanlığı'na 353 delegenin oyundan 214'ünü alan Özdemir Özok yeniden seçildi. Sahir Bafra adaylıktan çekildi. Diğer aday Sadık Erdoğan 117 oy aldı.

Yönetim Kurulu üyeliklerine Halit Ökçesiz (221), Canan Şener (208), İ.Güneş Gürseler (208), Cengiz Tuğral (205), Alpay Sungurtekin (205), Ali Şen (203), Soner Kocabey (195), Muhsin Ergazi (194), Ünsal Toker (192), Sani Yıldırım (180); Disiplin Kurulu üyeliklerine Haşım Mısır (218), Erdoğan Saruhanoğlu (209), Ünal Çankaya (209), Başar Yaltı (205), Daham Keleş (203), Okan Selek (202), Hüseyin Erkenci (200); Denetçiliklere Ertan Diler (210), Seyfettin Civelekoğlu (203) ve Sabri Erik (196) seçildiler.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ KURULLARINA SEÇİLENLER YÖNETİM KURULU



TBB Başkanı
Av. Özdemir ÖZOK

1945 Kahramanmaraş Pazarcık doğumlu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1970). Baro Başkan Yardımcılığı (1978-1980). Türk Hukuk Kurumu Sayman üyeliği (1982-1987). Baro Başkanlığı (1990-1992). TBB Disiplin Kurulu Üyeliği (1993-1997). TBB Genel Sekreterliği (1997-2001). TBB Başkanlığı (2001).



Başkan Yardımcısı
Av. Ünsal TOKER

1946 Akçakoca doğumlu. İstanbul Hukuk Fakültesi (1969). Yönetim Kurulu Üyeliği (1986-1988). Baro Başkanlığı (1996-1998)



Başkan Yardımcısı
Av. Ali ŞEN

1951 Aydın Nazilli doğumlu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1970).



Genel Sekreter
Av. Güneş GÜRSELER

1952 İstanbul doğumlu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1973). Tekirdağ Barosu Genel Sekreteri, Baro Başkanlığı (1996-1998, 2000-2004).

(Kongre tutanağı da çok kısa zamanda basılıp barolarımıza, delegelere ve ilgi duyacak meslektaşlarımıza sunulmuştur.)

Yönetim Kurulu ilk yaptığı toplantıda Ünsal Toker ile Ali Şen Başkan Yardımcılıklarına İ. Güneş Gürseler Genel Sekreterliğe ve Soner Kocabey de Saymanlığa seçildiler.

Disiplin Kurulu da yaptığı ilk toplantıda Başkanlığa Erdoğan Saruhanoğlu'nu seçti.

Türkiye Barolar Birliği'nin yeni yöneticilerine hukuk devleti, hukuk üstünlüğü ile meslek ve meslektaşlarımızın sorunları konularındaki başarımlarında başarılar dileriz.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ **YÖNETİM KURULU BİLDİRİ YAYIMLADI**

Türkiye Barolar Birliği ikinci toplantısında ülke ve meslek sorunları ile ilgili olarak aşağıdaki bildiri yayımladı:

"21-22 Mayıs 2005'de Antalya'da 28. Genel Kurulu'nu tamamlayan Türkiye Barolar Birliği, Avukatlık Yasası'nın verdiği 'hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak ve korumak, bu kavramlara işlerlik kazandırmak' görev ve sorumluluğunun bilinci ile çalışmalarını sürdürmektedir.

Hukukun üstünlüğünün temel koşulunun 'bağımsız savunma' olduğuna inanan Türkiye Barolar Birliği; 'bağımsız savunma'nın bağımsız yargıda, bağımsız yargının hukuk devletinde, gerçek hukuk devletinin de eksiksiz demokrasi de olacağı inancı ile toplumumuzu 'eksiksiz demokrasi'yi tüm kurum ve kuralları ile gerçekten istemeye çağırmaktadır.

Avrupa Birliği sürecinin zorlaması ile de olsa son dönemde 'hukukun üstünlüğü' ve 'insan hakları' alanlarında elde edilen kazanımları önemsiyor ve bunların yaşama geçirilmesinde üzerimize düşen katkıyı koyuyoruz.

Ancak, başta siyasi iktidar olmak üzere tüm toplum, 'eksiksiz demokrasi' ve bunun sağlam zemini olan 'sosyal adalet' hedeflerini gerçekleştirmeye odaklanmamız gerekirken siyasi iktidarın parlamentodaki sayısal üstünlüğüne güvenerek uygulamaya koyduğu bazı politikaları, gündemde olmaması gereken yararsız konular ve zaman kaybı olarak değerlendiriyoruz.

TBMM'deki sayısal çoğunluğun, ulusal egemenliğin biricik temsilcisi olduğunu kabul etmek ve dolayısıyla her istediğini yapabileceğini iddia etmek demokrasinin 'iktidarın sınırlandırılması' ve 'güçler ayrılığı' ilkelerine aykırıdır. Çoğunluğun diktatörlüğünü savunan ifadeler demokrasinin kendisini ortadan kaldıracak söylemlerdir. TBMM'nin toplumsal uzlaşmanın gerçekleştiği kurum olduğu unutulmamalıdır. Anayasa Mahkemesi'ni kapatabileceğini söylemek, topluma simge niteliğinde dinsel dayatmalarda bulunmak hep bu doğrultudaki yanlış politikalarlardır. Seçmen tabanındaki destekle parlamentodaki temsil arasındaki orantısızlığı dikkate almadan uygulanmak istenen politikalar gereksiz tartışmalara yol açmaktadır. Toplumumuzda dinsel özgürlüklerin kullanımında bir sıkıntı varmış gibi, izinsiz Kur'an kurslarını cesaretlendiren düzenlemeler, Milli Eğitim Bakanlığı'nın yaptığı dinsel içerikli anket ve müfredat değişikliği bu politikaların son örnekleridir.

Dinsel içerikli benzer yaklaşımların sürekli gündeme getirilerek rejimin laik niteliğine yönelik tartışmaların canlı tutulmasından ve laiklik anlayışındaki geri gidişten kaygı duyuyoruz.

Türkiye Cumhuriyeti, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olma özelliğini koruyacaktır.

Yüksek öğrenim kurumlarımızın içinde bulunduğu bir çok sorun çözümlenememişken TUBİ-TAK Yasası'nın siyasetin bilime müdahalesine olanak verecek şekilde değiştirilmesini yerinde görmüyoruz.



Sayman
Av. Soner KOCABEY

1948 Trabzon doğumlu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1974). Baro Yönetim Kurulu üyesi (1983-1984). Baro Disiplin Kurulu üyesi (1998-1990).



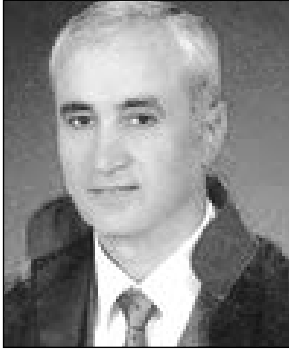
Av. Muhsin ERGAZİ

1944 Kula doğumlu. Ankara Üniversitesi (1968). Baro Yönetim Kurulu üyesi.



Av. Alpay SUNGURTEKİN

1946 Veziroğlu doğumlu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1968). Baro Yönetim Kurulu üyesi. Baro Başkanlığı (1994-1998). TBB Yönetim Kurulu üyesi (2001).



Av. Cengiz TUĞRAL

1947 Bursa Yenişehir doğumlu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1969). Baro Yönetim Kurulu üyesi. Baro Başkanlığı (1992-1996). TBB Yönetim Kurulu üyesi ve Başkan Yardımcısı.

Türk Ceza Yasası'nın yürürlüğe girmesi sırf bu nedenle ertelenmiş iken geçen sürede basın özgürlüğüne yönelik kısıtlamaların düzeltilmemesi, ayrıca savunma hakkına da yeni sınırlamalar getirilmesi beklentileri boşa çıkarmıştır. Basın özgürlüğünün daraltılmasına yönelik gayretlerin demokrasi ve çağdaş özgürlük anlayışı ile bağdaşması olanaksızdır.

Hukukun üstünlüğünü, laik cumhuriyeti, sosyal devleti korumak ve geliştirmekten başka bir endişesi olmayan sayın Cumhurbaşkanımızın bu doğrultudaki tasarruflarını destekliyoruz. Yürütme organının başı olarak, müdahalede bulunduğu üst düzey atamalarda vekillik uygulaması ile devre dışı bırakılmasını ve vekaleten atamaların asıl kural haline getirilmesini idare hukukunun temel ilkelerine aykırı buluyoruz.

Türkiye Barolar Birliği olarak isteğimiz; ekonomik ve sosyal bütün sorunlarını yenmiş bir Türkiye'dir.

Bunu gerçekleştirmenin yolu da geçmişe bakmak değil, geçmişten güç alarak ulusal değerlerimize, Cumhuriyetimize ve Atatürk ilkelerine sahip çıkmak, bilimin olanaklarını ve insanımızın gücünü kullanarak özgürlükleri genişletmek, eksiksiz demokrasiyi gerçekleştirmektir."

CEZA MUHAKEMESİ KANUNU GEREĞİNCE AVUKATLIK ÜCRET TARİFESİ YAYIMLANDI

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince yapılacak hukuki yardımlar için 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 13. maddesi uyarınca hazırladığı Avukatlık Ücret Tarifesi *Resmî Gazete*'de 1.6.2005 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Sözü edilen Avukatlık Ücret Tarifesi, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Tarifenin tam metni *Ekler* bölümünde yayımlanmaktadır.

DANIŞTAY'IN KURULUŞUNUN 137. YILDÖNÜMÜ VE "DANIŞTAY VE İDARİ YARGI GÜNÜ" KUTLANDI

10 Mayıs 1868 tarihinde yargısal ve idari görevleri birlikte yürütmek üzere kurulan Danıştay'ın 137. Kuruluş Yıldönümü ve İdari Yargı Günü kutlamaları, Başbakan, Adalet Bakanı başta olmak üzere Bakanlar, milletvekilleri, Yüksek Yargı Başkan ve üyeleri ile yüksek yargıç ve üst düzey yöneticilerin katılımı ile TODAİE Konferans Salonu'nda düzenlenen törenle başladı.

Devlet Opera ve Balesi sanatçılarından oluşan bir gurubun çaldığı W. A. Mozart'ın "*Küçük Bir Gece Müziği*" ile J. Pachelbel'in "*Kanon*" adlı parçaları ile başlayan törende yurtdışında bulunan Cumhurbaşkanı'nın mesajının okunmasından sonra Danıştay Başkanı açış konuşmasını yaptı.

Danıştay Başkanı Ender Çetinkaya, "*hukuk devleti ilkesi devlet gücünün baskıya dönüşmesini engeller*" diyerek ülke ve idari yargının çeşitli sorunlarına değindi.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Özdemir Özok da yaptığı konuşmada çeşitli konulara ve sorunlara dikkat çekti. Konuşmadan bazı bölümleri aşağıda bulacaksınız.

Anayasa Mahkemesi'nin 43. Kuruluş Yıldönümü nedeniyle 26 Nisan 2005 günü yaptığı konuşmada Başkan sayın Mustafa Bumin, aynı konuya değinmiş ve "*Otuz dokuz yıllık meslek hayatımda, üzülerek söylüyorum, tüm iktidarlar, süratli ve etkin biçimde faaliyet gösteren yargı yerine, ağır ve hantal çalışan, uyuşmazlıkları yıllar sonra karara bağlayan mahkemeleri yaşamışlardır,*" şeklindeki beyanlarıyla yargının karşı karşıya bulunduğu davranışı açık bir biçimde ortaya koymuştur. Yine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sayın Ok, Yar-



Av. Canan ŞENER

1950 İstanbul doğumlu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1973). Baro Disiplin ve Yönetim Kurulu üyeliği ve denetçilik.



Av. Sani YILDIRIM

1951 Divriği doğumlu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1972).



Av. Halit ÖKÇESİZ

1960 Bingöl doğumlu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1983). Baro Yönetim Kurulu üyeliği (1994-1998) Baro Başkanlığı (2000-2004).

DİSİPLİN KURULU



Başkan

Av. Erdoğan SARUHANOĞLU

1945 Kilis doğumlu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1967). Baro Başkanlığı (1984-1988). Baro Disiplin Kurulu üyeliği (1997-2005)

gıtaı Başsavcılığı'nın 145. Onur Günü'nde kimi değerlendirmeleri yanında "... bu süreçte uyum adıyla Anayasa ve yasalarda yapılan değişiklikler kapsamına yargının bağımsızlığını örseleyen maddelerin alınmaması hem yargı camiasını hem de halkımızı üzmüştür." demek suretiyle bu yön-deki tespit ve eleştirilerimize katılmışlardır. (...)

"Hukuk devletinın gerçekleşmesi, kaynağı ne olursa olsun, keyfi karar ve eylemlerin doğuracağı olası zararlara karşı bireyi ve demokratik kurumları koruyan bir sistemin toplumda süreklilik kazanıp yerleşmesiyle olabilir. Parlamentodan, dolayısıyla 'halk'tan yönetme yetkisini alan siyasal iktidarın, sahip olduğu yetki ve güç bileşkesini, hukuku üstün kılarak, adil bir biçimde, toplumsal yarar için kullanması gerekir. Bu olgu, siyasal iktidarı elinde bulunduranları, hukuk devletinın, içinde bireyin ve kurumların hak ve özgürlüklerinin de bulunduğu bir 'toplumsal barış' için varolduğu bilincine ulaştıracaktır. Bu anlamda hukuk devleti kavramının özünde, hukukun üstün kılınması, hak ve adalete saygı ve toplumsal güven duygusunun kurumlaşmış olması yatmaktadır. Kısaca 'hukuk devleti' yönetilenlere hak ve özgürlükleri adına hukuksal güvenceler veren, uygar ve demokratik sistemin adıdır. Bütün bu değerlendirmelere ve kat edilen uzun yola karşın, bireyin yaşadığı toplumda saygının biçimde yer alması savaşımı, günümüzde de sürmektedir. Bir toplumda hukukun üstünlüğüne hizmet eden, özgür seçimlerle oluşan yasama organı, çok partili demokrasi, kuvvetler ayrılığı, yönetenlerin denetimi ne ölçüde önemli kavramlar ise, bireylerin dil, din, cinsiyet düşünce ve anlatım özgürlüğüne saygı duyulması, herkesin hiçbir ayrıcalık olmaksızın yasalar önünde eşit olması da yine bireyin ve toplumun gelişmesi bakımından o denli önemlidir. Hukukun üstünlüğüne dayalı, çoğulcu bir demokrasiyle yönetilmek ve insan haklarına saygılı olmak, uygar toplum olmanın 'olmazsa olmaz' koşuludur.

Sayılan bu özellikleri ve nitelikleri yapısında taşıyan 'hukuk devleti'ni oluşturan en temel unsur 'yargı denetimi'dir."

“... Şu anda görev yapan dokuz bin yargıç ve savcıya ek olarak, 2005 Bütçe Kanunu’yla alınan dört bin yargıç ve savcı kadrosunun hangi kriterlere göre doldurulacağı ciddi endişe yaratmaktadır. Çünkü; çok yakın bir süre önce devletin üst düzey yetkililerinin siyasal iktidarın kendi dünya görüşüne uygun şekilde kadrolaştığı yolundaki uyarıları karşısında, önümüzdeki 25-30 yılın yargıç ve savcılarının seçileceği bu atamaların sağlıklı ve objektif olabileceği kuşkusu bulunmaktadır. Mevcut sistemde ÖSYM’nin yapmış olduğu sınavlarda en yüksek puanlarla dereceye giren adayların mülakatta sınav kaybetmeleri bu kuşkuları artırmaktadır.

Yine yargıç ve savcılarının mesleki kariyerlerini bunun sonucu olarak da, mesleki geleceklerini doğrudan etkileyen raporları düzenleyen Adalet Bakanlığı müfettişleri doğrudan Bakan tarafından atanmakta ve görevden alınmaktadır. Kısa bir süre önce yargıçların geleceğini belirleyecek yüz yeni müfettiş sayın Bakan’ın kişisel tasarrufları sonucu göreve alınmıştır. Sayın Bakan, ne kadar objektif olursa olsun bu işlem kurumsal olarak, yargı bağımsızlığıyla bağdaşmamaktadır.”

“... Bilim adamlarının ortak görüşleri Ceza Muhakemesi Kanunu’nun ‘reform’ etiketini taşıyabilecek niteliklere sahip bulunmadığı, ancak önemli yenilikler içerdiği şeklindedir.

Kişi hakları bakımından yakalama, tutuklama, dinleme, arama gibi önemli değişiklikler hakkında kolluk güçleri tarafından öne sürülen itirazlara ve gerekçelere katılmak mümkün değildir. Bu konudaki aşırı kötü kullanmaların mümkün olduğu dönemlerde de suç sayısında ciddi artışlar olduğu göz önüne alınırsa, bu kanunla vatandaşa sağlanan hakların ‘asayiş’ ile doğrudan ilgisini bulabilmek mümkün değildir.

Ceza Muhakemesi Kanunu ‘adil yargılanma hakkı’nın gerçekleşmesi bağlamında büyük önemi olan savunma ile iddiayı eşit koşullarda hizmet verecek olanakları sağlayamamıştır.



Av. Okan SELEK

1937 İzmir doğumlu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1961).



Av. Ünal ÇANKAYA

1943 Isparta doğumlu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1966). Baro Yönetim Kurulu üyesi. Baro Başkanlığı (2002-2004)



Av. Hüseyin ERKENCİ

1945 Manisa doğumlu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1967). Baro Yönetim Kurulu üyeliği (1976-1988). Baro Başkanlığı (1988-1996). TBB Baro Yönetim Kurulu üyeliği ve Başkan Yardımcılığı (1997-2005).



Av. Daham KELEŞ

1948 Mardin doğumlu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1970). Baro Yönetim Kurulu üyeliği (1974-1984). Baro Disiplin Kurulu üyeliği (1996-1998)

Söz Ceza Muhakemesi Kanunu'na gelmişken güncel bir gelişmeyi savunma hakkının özüne aykırı olduğuna dikkat çekerek bilgilerinize sunmak istiyorum. Hükümetin bu kez 'tasarı' şeklinde değil de üç AKP milletvekiline imzalatıp 'teklif' olarak 3.5.2005 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunduğu CMK'nin otuz beş maddesinin değiştirilmesini hedefleyen "gizli tasarı"nın 24. maddesiyle savunma hakkına müdahale edilmekte barolar devreden çıkarılmak istenmektedir.

Yapılması düşünülen değişiklikle: örgütlü suç işlediği, suç delillerini yok edip gizlediği, suçluyu kayırdığı, cezaevine yasak eşya soktuğu, cezaevinde hak kullanımını ve beslenmeyi engellediği iddiasıyla hakkında 'soruşturma' açılan avukatın bu iddialarla ilgili şüpheli, sanık veya hükümlünün savunmasından yasaklanabilmesi olanağı getirilmekte bu yapılırken de avukatın meslek kuruluşu tümüyle dışarıda tutulmaktadır.

Bir avukatın hangi koşullarda meslekten yasaklanabileceği Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bunları yok sayarak avukatı doğrudan sadece soyut bir iddia üzerine açılacak soruşturma ile mesleğini yapamaz şüpheli, sanık ya da hükümlüyü de istediği avukatı yetkilendiremez konuma getirmek savunma hakkını önemsemeyen bir anlayışın eseridir.

Böyle bir düzenlemeye gerek yoktur. Bugün suç işlediği meslek kurallarına aykırı davrandığı kanıtlanan avukatlar hakkında hak ettikleri cezalar mahkemeler ve barolarımız tarafından verilmektedir."

Akşam TBMM Tören Salonu'nda bir kokteyl verildi. 11 Mayıs 2005 günü de Danıştay Genel Kurul Salonu'nda Bağımsız İdari Otoriteler ve Kamu Yönetimi Reformu konulu paneller yapıldı.

ANKARA BAROSU İLE TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'NİN DÜZENLEDİĞİ “SİYASAL PARTİLER VE DEMOKRASİ” KONULU PANEL YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği ile Ankara Barosu'nun ortaklaşa düzenlediği “Siyasi Partiler ve Demokrasi” konulu uluslararası sempozyum 26-27 Mayıs 2005 tarihinde Ankara'da yapıldı.

“Siyasi Partilerin Örgütlenmesi ve Parti İçi Demokrasi”, “Siyasi Partilerin Sınırlanması”, “Siyasi Partilerin Demokrasilerin Gelişmesindeki Rolü”, “Siyasi Partiler ve Demokrasi” başlıklarını taşıyan toplantılarda çok sayıda yerli ve yabancı bilim adamları, siyasetçiler ile hukukçular görüşlerini belirttiler.

TBB Başkanı Özdemir Özok açış konuşmasında şunları söyledi.

“21 Kasım 1990 tarihli Paris Şartı'nın ilk paragrafında 'Artık, demokrasi tek ve vazgeçilmez yaşam tarzıdır' denilmek suretiyle, demokrasinin günümüzün en önemli ve en çok benimsenen siyasal rejimi olduğunun altı çizilmiştir. Bu nedenle bütün siyasal rejimler, hatta demokrasi karşıtı siyasal rejimler bile kendilerinin demokratik oldukları iddiasındadırlar. Çoğulcu-Özgürlükçü demokrasiler, tarihsel gelişim süreci içinde hukukun üstünlüğü ilkesinden yola çıkarak hukuk devletine ulaşmışlardır. Demokrasi insanlığın kültürel ve tarihsel birikiminin ürünüdür. Çağdaş çoğulcu demokrasi bir denge ve uzlaşma rejimidir. Bu nedenle, oligarşik azınlıklar kadar toplumsal çoğunlukların da kendi düşünce ve eylemlerini zorla kabul ettirmek eğiliminde bulunmaları çoğulcu demokrasi ile bağdaşmaz bir tutumdur. Onun için çoğulcu demokrasi, demokrasiyi yıkmaya yeltenen akımlara bile hoşgörü göstererek ve onları rejimin içine çekip etkisiz kılmaya çalışır. Böylece gerçek anlamda çoğulcu demokrasi, ancak halkın değişik yollardan ve mümkün olan en geniş ölçüde siyasal karar alma sürecine katılması ile gerçekleşir.



Av. Haşım MISIR

1948 Şanlıurfa doğumlu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1970). Baro Yönetim Kurulu üyesi (1984). Baro Başkanlığı (1992-1996). TBB Baro Disiplin Kurulu üyesi (2001).



Av. Başar YALTI

1954 Erzurum Aşkale doğumlu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1980)

DENETLEME KURULU



Av. Ertan DİLER

1944 Artvin Murgul doğumlu. İ. Ü. Hukuk Fakültesi (1973).



Av. Seyfettin CİVELEKOĞLU

1954 Kastamonu doğumlu. İ. Ü. Hukuk Fakültesi (1983). Baro Yönetim Kurulu üyeliği (1988-2000). Baro Başkanlığı (2000-2004).



Av. Sabri ERİK

1965 Bingöl doğumlu. A.Ü. Hukuk Fakültesi (1984). Baro Başkan Yardımcılığı (1996). Baro Başkanlığı (1997-2004).

haberler...haberler...haberler...haberler...

Siyasal partiler ise demokrasinin en önemli siyasal kurumlarından biridir. Bu açıdan çağdaş demokrasi anlayışı için, partiler ve parti içi demokrasi yaşamsal bir önem taşımaktadır.

Çağdaş anlamda siyasal partilerin ortaya çıkışları oldukça yeni olmakla beraber, partiler çok hızlı bir gelişim göstererek, kısa zamanda bir çok ülkede siyasal yaşamın temel, vazgeçilmez unsuru haline gelmişler ve olağanüstü bir önem kazanmışlardır. Bu nedenle çok partili siyasal yaşamın olduğu klasik demokrasilere 'Partiler Devleti' denmektedir. Anayasa Mahkememiz bir kararında belirttiği gibi '... çağdaş demokrasilerde yurttaşların devlet yönetimine katılmaları temel koşuldur ... Kişilerin ayrı ayrı güçleriyle sonuç almaları zordur. Bireysel iradelerini birleştirip yönlendirerek onlara ağırlık kazandıran özgün kuruluşlara gereksinim duyulmuştur. Bu kuruluşlar, demokrasiler için asla vazgeçilmez öneme sahip olan siyasi partilerdir. Siyasi partiler, belli siyasi düşünceler çerçevesinde birleşen yurttaşların özgürce kurdukları ve özgürce katılıp ayrıldıkları kuruluşlardır. Kamu oyunun oluşumunda önemli etkinliği olan siyasi partiler ... siyasi katılımları somutlaştıran hukuksal yapılardır. Siyasi partiler, demokratik rejimin olmazsa olmaz şartıdır.' demek suretiyle siyasi partilerin, demokratik yaşamdaki önemini vurgulamıştır."

"...Günümüzde siyasal partiler hukukunun en önemli sorunlarından biri kuşkusuz parti içi demokrasinin olmamasıdır. Ülkemizdeki siyasal partilere bakıldığında hiyerarşik bir şekilde parti liderinin ve yakın çevresinin tartışılmaz egemenliğini görürüz. Parti içi demokrasinin işlemesine engel olan bu oligarşik yapı, hem demokrasiye, hem de her türlü değişime kapalıdır. Oysa demokratik rejimlerde her şeyden önce, demokrasinin en önemli kurumlarından bir olan siyasal partilerin örgüt yapılarının demokratik özellikler taşıması gerekmektedir.

Siyasal partilerin topluma öncülük edebilmesinin ve çoğulcu demokrasiyi yaşama geçirebilmesinin ön koşulu, parti içinde farklı fikirlerin bir

arada yaşayıp, yarışmalarına olanak veren bir parti içi hukuk ve demokrasi düzeninin kurulması ve işlerlik kazanmasıdır. Gerçekten günümüzde siyasal partiler olmaksızın demokrasinin yaşamasına ve işlemesine olanak yoktur. Bu nedenle demokrasiyi yaşatmak ve sürdürmek için siyasal partilerin demokratik bir iç yapıya sahip olmaları gerekmektedir. Aksi halde kendi içlerinde demokrasiyi uygulamayan partilerin ülke bazında demokrasi mücadelesi yapması gerçekçi ve inandırıcı olamayacaktır. Parti içi demokrasi konusundaki sorunlar için sadece hukuksal düzeye bakmak yanıltıcı olabilir. Parti içi demokrasinin önündeki kimi engeller siyasal kültürden kaynaklanmaktadır.”

CUMHURBAŞKANI SEZER'İN ONAYLADIĞI KANUNLAR

Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer, 5351 sayılı “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, 5352 sayılı “Adli Sicil Kanunu” ve 5353 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”u onayladı.

Yürürlüğe giren yasaların tam metinlerini Ekler bölümünde yayımlamaktayız.

DİYARBAKIR'DA “TOPYEKÜN İZLEME”

MİT'in 8 Nisan'da Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nden Telekom, uzun mesafe telefon hizmeti veren lisanslı şirketlerin ve üç GSM şirketinin abonelerini ve interneti iki ay

boyunca izlemek amacıyla izin aldığı ortaya çıktı.

MİT geçen Mart ayı sonunda detay kayıtlarının kendisine verilmesini terör ve çete suçlarına bakmakla yetkili Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nden talep ettiği, ancak Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi Nöbetçi Hakimliği talebi “yasal unsurları taşımadığı” gerekçesiyle reddetti.

MİT, bunun üzerine Diyarbakır Bölge Başkanlığı aracılığıyla Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'ne başvurdu. MİT'in tüm vatandaşların bütün iletişimini izlemesine olanak sağlayan mahkeme kararı aldırmasına büyük tepki geldi.

Özdemir Özok (Türkiye Barolar Birliği Başkanı): Şeffaf ve saydam bir Türkiye diyoruz ya; ancak bu kadar olur. Bir mahkeme kararı olması nedeniyle eleştirilmez değildir. Bu mahkeme kararı hem Anayasa, hem yasalar hem de uluslararası sözleşmelerle hüküm altına alınan özel yaşamın gizliliği ilkesine tamamen aykırıdır. 4422 sayılı Yasa'nın bu kadar genişletilmesi mümkün değildir. Türkiye'de yargı kararları hukuk dışı sonuç doğurabiliyor. Böylesine bir karar ancak kapalı rejimlerde uygulanabilir.

Sezgin Tanrıku (Diyarbakır Barosu Başkanı): Kararın genel şekilde verilmesi iletişimin ve özel yaşamın gizliliğinin açık bir şekilde ihlalidir. Tek yapılacak şey, hangi kayıtların elde edildiğinin açıklanarak bunun imha edilmesi, kamuoyuna duyurulmasıdır. Bu hukuk dışılık nedeniyle herkes potansiyel muhatap ve mağdurdur, herkes suç duyurusunda bulunabilir. O vatandaş dinlemediğini

devlet ispatlamalıdır. Her vatandaş, AİHM'ye başvurup 8. maddeyle korunan hakların ihlali nedeniyle tazminat isteyebilir. Biz de kurumsal olarak suç duyurusu yapabiliriz. TBMM dinlemede yargıcın takdir hakkı sınırlarının ne olduğunu yeniden belirlemelidir. Temel hak ve özgürlüklerde yargıya takdir hakkı bırakmamak lazım çünkü kötüye kullanıyor. Bu karar, tüm insanlar için ileriye dönük de bir tehdit aracıdır.

TBMM BAŞKANI “ANAYASA MAHKEMESİ”Nİ KALDIRABİLECEK YETKİYE SAHİP OLDUKLARINI SÖYLEDİ

Meclis Başkanı Bülent Arınç, bir TV programında Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin'in "Türban yasağının kaldırılamayacağı" şeklindeki açıklamasına yanıt verdi.

Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın bu sözleriyle Meclis'in yasama yetkisine müdahale ettiğini belirten Arınç, Anayasa'ya göre yasama yetkisinin Türk milleti adına Meclis'e ait olduğunu söyledi:

“İngiltere parlamentosu için söylenen şey. Kadın erkek, erkeği kadın yapma dışında her şeye muktedir olduğudur. Bir demokratik ülkede Meclis'in yasama yetkisine sahip olmadığı söylenirse ve bu yetkiye gölge düşürülürse ve bu konu tartışmaya açılırsa herkes buna güler. Anayasa'da yasama, yürütme ve yargı erkleri ayrımı vardır. Bunlar birbirleriyle rekabet eden birbirlerinin sınırlarına tecavüz eden, birbirlerinin üzerinde hegemonya kuran erkler değildir. Her birisi egemenlik haklarını

Meclis adına kullanır. Yargı erkine, mahkemelere müdahale etmem mümkün değil. Ama aynı müdahaleyi benim yürütmeden veya yargıdan da görmem mümkün değildir.

Anayasa'yı Meclis yaptı. Bu Anayasa Mahkemesi'ni ben Meclis'in yapabileceği bir Anayasa değişikliğiyle kaldırabilir miyim? Kaldırabilirim. Bugün AB ülkelerinin hiçbirinde bizdeki Anayasa Mahkemesi'ne benzer bir kurum yok. Tartışmaya açmıyorum. Anayasa Mahkemesi'nden şikayet etmiyorum. Ama bir şey söylüyorum. Bazı ülkelerde Anayasa Komitesi var, bazı ülkelerde Anayasa Komisyonu, bazı ülkelerde Anayasa Mahkemesi var. Bazı ülkelerde hiçbirisi yok. Anayasa Mahkemesi'nin şu veya bu isimle hiçbir şekilde olmadığı ülkelerin hepsi de demokratik ama biz hem 1961 hem 1980'de Anayasa Mahkemesi'ne ihtiyaç duymuşuz, bunu Anayasa'ya koymuşuz.

Bunu değiştirebilir miyiz değiştirebiliriz. Üye sayısını değiştirebilir miyiz, değiştirebiliriz. Görev sahasını değiştirebilir miyiz, değiştirebiliriz. Yüce Divan yetkisini Anayasa Mahkemesi'nden alabilir miyiz, alabiliriz. Her yasanın Anayasa Mahkemesi'ne gitmesini engelleyebilir miyiz? Engelleyebiliriz. Her şeyi yapabilirim ben Meclisim. Anayasa Mahkemesi bir kanunu iptal ederken kendisi kanun koyucu değildir. 153. maddenin kendisi. Ben bir şey yaparken, sen ona karşı kanun çıkaramazsın demenin mantığının yanlışlığını söylüyorum. Ben yasama organı olarak istediğim yasa değişikliğini yaparım, istediğim yasağı koyarım, istediğim yasağı kaldırırım. Meclis'in bu yetkisi üzerine kimse perde düşüremez.”

“Bugün RP ve FP hayatta olsa aynı eylemleri yapsalar Anayasa Mahkemesi kapatabilecek mi? Kapatamayacak. Anayasa'nın 68 ve 69. maddesi değişti. Nasıl 312'den mahkumiyet alıyordu insan bugün bütün sonuçlarıyla ceza olmaktan çıktı. Yani şunu söylemek istiyorum demokrasi geliyor, süreç devam ediyor. Dün tabu sayılan konular bugün demokrasilerde figür haline geliyorsa mahkemeler de içtihat değiştireceklerdir, görüş değiştireceklerdir.” (Vatan/2 Mayıs 2005)

Çeşitli çevrelerde, “milli irade”, “hukuk devleti” bağlamında tepki ile karşılanan bu sözlere 9. Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel bu konuda şunları söyleyerek tartışmalara son noktayı koydu:

“Kaldırırsın ama kaldıramazsın!”

“SEN KİM OLDUĞUMU BİLİYOR MUSUN?”

Basında bu başlık altında duyuru- lan bir habere göre, bir süreden beri sözü edilen hakim ve savcıların trafik kontrolü konusu İçişleri Bakanlığı'nın bir genelgesi ile çözüme kavuşturulmuş bulunmaktadır.

Haberde, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Sayıştay başkanları, üyeleri, savcılar tetkik hakimleri, raportörleriyle asker-sivil tüm hakim ve savcılar, TBMM üyeleri, diplomatik görevlilere trafik suçu işlediklerinde trafik ceza tutanağı tutulmayacağı, alkol testi yapmayacakları, sadece söz konusu kişilerin trafik suçu işlemeleri halinde suç işleyen kişinin adı, soya-

dı, unvanı, görev yeri ve ihlal edilen kural ile diğer bilgilerin bulunduğu bir tespit tutanağı düzenleyecekleri belirtilmişti.

Haberi yorumlayan bir gazeteci, “Burası Muz Cumhuriyeti mi?” diye soruyor ve İçişleri Bakanı'na şu soruyu yöneltiyordu:

“Bütün dünyada trafik suçu işleyen prenlere, başbakanlara, bakanlara, emniyet genel müdürlerine ceza yazılırken, lütfen bu ‘ayrımcılığın’ gerekçesini açıklayın!” (Mustafa Mutlu, Vatan/19 Mayıs 2005)

Yargıtay Genel Sekreteri Uğur İbrahimhakkıoğlu, yöneltilen eleştirileri yanıtlamak üzere yaptığı yazılı açıklamada, İçişleri Bakanlığı Genelgesi'nin yüksek yargı organlarıyla mutabakata varılarak ve Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin içtihatları doğrultusunda hazırlandığını ve dünyanın her yerinde hakim ve savcılar özel soruşturma usulüne tabidir, hiçbir hakim ve savcının trafik suçundan diğer vatandaşlardan farklı şekilde korunması ve suçunun cezasız geçirilmesi söz konusu değildir, eşitlik, aynı koşullarda aynı kuralların uygulanması demektir, aynı trafik suçunu işleyen bir hakime başkasına verilen cezanın kuruşu kuruşuna aynısı verileceği için burada eşitlik kuralı korunmaktadır, dedi.

Danıştay Genel Sekreteri Suna Türkoğlu da aynı nitelikte bir açıklama yaparak, “suçlu yargıcın suçu yok sayılmayacaktır.” dedi.

Bu konudaki yorumu editör'den bölümünde bulacaksınız.

SOSYAL YARDIM VE DAYANIŞMA FONU ÇALIŞMALARI İLERLİYOR

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 27/A maddesi ile 01.01.2004 tarihi itibarıyla Türkiye Barolar Birliği nezdinde kurulan Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yürütme Kurulu 26.03.2005 tarihinde oluşturulmuş ve Fon Müdürü olarak 20.04.2005 tarihinde Hatice Özkan görevine başlamıştır.

Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu ile amaçlanan, avukatlarımız için işleyen ve sağlam bir sosyal güvenlik sistemi oluşturulması ve bu sistemle yardım ve dayanışma hizmetlerinin sunulması ve sağlanmasıdır. Bu bağlamda avukatlarımıza sağlık ve analık yardımı, geçici iş göremezlik, ölüm ve olağanüstü yardımlarla münzam emeklilik yardımlarının yapılması planlanmaktadır. Öte yandan bugüne kadar kalıcı çözümler getirilememiş sorunlara, ancak adım adım planlama, öncelik sıralaması yapılması ve Fon kaynakları dikkate alınarak yaklaşılması gerekmektedir. Her şeyden önce sağlık güvencesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bugün topluluk sigortasına tabi serbest çalışan avukat sağlık hizmetini ancak ek prim ödemek şartıyla alabilmektedir. Bu

anlamda Fon olarak bütün sorunlara derhal ve kusursuz çözümler getirmek mümkün olmamakla birlikte sağlam bir sosyal güvenlik sistemi oluşturup devamı sağlandığı takdirde amaç ve ideallerimize meslektaşlarımızın da desteğiyle ulaşılacaktır.

Diğer yandan gerek emeklilik yaşının yükseltilmesi gerek prim ödeme gün sayısının artırılması avukatları da olumsuz yönde etkilemiştir. Öncelikle mesleğin özünde olan çok yoğun bir zihinsel ve bedensel uğraşı içinde çalışmaktadırlar. Maalesef emeklilik döneminde de bu mesleğin onuruna yakışmayan bir emekli maaşıyla Türkiye gibi bir ülkede yaşamı idame ettirme zorunda kalmaktadırlar. Yeterli fon gücüne ulaşıldığında özel emeklilik fonları dahil, olabilecek alternatifleri dikkate alarak meslektaşlarımıza fonun gücü ölçüsünde maksimum fayda sağlayacak sistemi kurmak ve uygulamak Fon Yönetimi'nin amaçları arasındadır. Eğer üyelerimize bu faydayı özel emeklilik fonları sağlarsa bunlar tercih edilebilir.

Fon Yönetim Kurulu bu yöndeki çalışmalarına devam etmektedir.

Fon Yönetimi, bu konularda öneri ve düşünceleri, meslektaşlarımızdan beklemektedir

YENİLENEN GÜVENE TEŞEKKÜRLER

Av. Özdemir ÖZOK*

21-22 Mayıs 2005 günlerinde Türkiye Barolar Birliği'nin 28. Olağan Genel Kurulu'nu Akdeniz'in incisi Antalya'da, ev sahibi baromuzun bölge insanının geleneksel yapısına uygun sıcak konukseverliğiyle coşku içinde gerçekleştirdik. Bilindiği gibi seçimli olan genel kurul öncesi Türkiye Barolar Birliği Yönetimi olarak, Genel Kurul'un mesleğimizin saygınlığına ve toplumdaki konumuna uygun bir anlayış, düzen ve olgunlukta geçmesini hedefledik. Hiçbir biçimde, seçim polemiklerine girmedik, seçim pazarlıklarına itibar etmedik, doğru bildiğimiz ilkelerle kendimizi Genel Kurul'un değerlendirmesine sunduk. Sayın Genel Kurul üyeleri her zaman olduğu gibi, ortak aklın ürünü olan kararlarıyla Genel Kurul çalışmalarını sonlandırmışlardır. Öncelikle, 17-18 Mayıs 2003 Trabzon 27. Olağan Genel Kurulu'ndan bu yana geçen dönemle ilgili olarak, bana ve arkadaşlarıma gösterilen ilgi, coşku ve bunun sonucu oy birliğiyle verilen aklanma kararı yapılan hiçbir şeyin karşılıksız kalmayacağını açık bir göstergesi olarak algılanmıştır.

Yine aynı şekilde yapılan seçimler sonunda, bana ve yasal zorunluluk nedeniyle sınırlamak zorunda kaldığımız çalışma arkadaşlarıma gösterilen duyarlılık, bizlere çok büyük sorumluluklar yüklemiştir. Bizlere Genel Kurul süresince ve seçimler sonunda gösterilen hoşgörüyü, ilgiyi ve duyarlılığı çok iyi okumaya çalışıyor ve Genel Kurul'un bize verdiği emaneti en iyi şekilde korumayı, verilen yetkileri en iyi şekilde kullanmayı amaçlıyoruz.

Her seçimde olduğu gibi son sözü "sandık" söylemiş ve Genel Kurul, dört yıl süreyle Türkiye Barolar Birliği'ni yönetecek kurullardaki sayın meslektaşlarımızı belirlemiştir. Bu noktada artık tek amaç, yetmiş beş baromuza ve yaklaşık elli iki bin meslektaşımıza en üst düzeyde hizmet sunmak olacaktır.

Sizlerin bizlere armağan ettiği seçim başarısının, önceki çalışmalarımızın ödüllendirilmesi olması yanında büyük bir sorumluluk yüklediği tartışılmaz

* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

bir gerçektir. Bunun içindir ki, Genel Kurul'un hemen ertesinde, bir ay gibi kısa bir süre içinde, daha önce planlanan ve yeni planladığımız TCK ve CMK seminerlerine kesintisiz devam edilmiştir. Gelecek dönem için Yönetim Kurulu çalışma programını oluşturmuş, TBB'nin yerleşim sorununa el atılmış, Genel Kurul Tutanağı kitaplaştırılmıştır. Bizleri önümüzdeki dönemde geçmiş yıllardan daha fazla ve daha aktif göreceğinizi söyleyebilirim.

Bu duygu ve düşüncelerle ilk toplantısını 04.06.2005 günü yapan Yönetim Kurulumuz, sizlerin bilgilerine de sunulduğu gibi, demokratik yöntemlerle Başkanlık Divanı'nı oluşturmuş ve Başkan yardımcılıklarına Av. Ali Şen ve Av. Ünsal Toker, Genel Sekreterliğe Av. İ. Güneş Gürseler ve Sayman üyeliğe de Av. Soner Kocabay arkadaşlarımızı seçmiştir. Açık, saydam eşit ve gün ışığında yönetimi hedefleyen kurulumuz, meslektaşlarımızla, barolarımızın desteğini de yanına alarak, sevgi, saygı, güven ve uyum içinde yurt ve meslek sorunlarına çözümler üretecektir.

Hak ve adalet kavramları insanlık tarihi kadar eskilere gitmektedir. İnsanlar, uzun süre tek başlarına yaşama olanağına sahip değillerdir. İnsan doğası gereği, toplumsal bir varlıktır bu anlamda, fiziksel ve ruhsal varlığını, başka bir anlatımla tüm bedensel sağlığını, ancak toplumsal yaşamla sürdürebilir. İşte birlikte ve topluluklar halinde bulunma durumunda ve zorunda olan insanların bu ortak yaşamları sırasında başından beri, ortaya çok ciddi çekişmeler, çok ciddi sorunlar çıkmıştır. En ilkel topluluklardan, en gelişmiş çağdaş topluluklara kadar tümünde, bireylerin bir birleriyle ya da, içinde yaşadıkları toplulukla olan çekişmelerini ve ilişkilerini çözen ve düzenleyen bir sistem hep var olmuştur. Sistemin tümüne yargı, işlevi doğrudan yürüten kuruma da başından itibaren "*mahkeme*" adı verilmiştir.

Taçlı diktatörler yönetimindeki topluluklardan, çağdaş topluluklara kadar, hep mahkemeler olmuş ve her devrin koşullarına göre yargılama yapılmıştır.

İnsanların yaşam kadar önemseydiği, hak ve adaletin gerçekleştirilmesini sağlayan yargı, üç temel unsur üzerine kurulur; Sav-Savunma-Hüküm (Karar). Yargılamanın tarihsel süreci içinde, savunmayı farklı isimler altında hep avukatlar üstlenmiş, avukatların örgütlerini de barolar oluşturmuştur.

Ülkemizde ilk baro örgütü Cumhuriyet'ten önce 1876 yılında çıkarılan "*Nizamiye Mahkemeleri Dava Vekilleri Hakkındaki Tüzük*"le tarif edilmiş ve tüzük, 30. madde ile kurulması öngörülen "*Cemiyeti Daimi*", "*Baro*"ya tüm dava vekillerinin kayıtlanması zorunluluğunu getirmiştir.

Kuşkusuz bu gelişmelere karşın ülkemizde çağdaş anlamda avukatlığın başlangıcı Cumhuriyet devrimi ile başlar. Cumhuriyet'in ilk Avukatlık Yasası,

başkandan

1924 Anayasası'ndan önce çıkarılan 3 Nisan 1924 gün ve 460 sayılı Muhamat Kanunu'dur. Bu Yasa ile ilk kez gayrimüslimlerin tekelinde olan avukatlık mesleği kurumsallaşmış ve Türk vatandaşlarının da icra edeceği bir meslek haline getirilmiştir. Yine ilk kez on kişinin üzerinde avukatlık mesleğinin yürütüldüğü illerde baro kurulması hüküm altına alınmıştır. 1926 yılında 708 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle yasada dava takip eden kişilere verilen "muhami/koruyan" adı avukat olarak değiştirilmiş ve yasanın ismi Avukatlık Kanunu olmuştur.

01.12.1938 tarihine kadar süren bu süreç içinde ilk Avukatlık Kanunu sorunları çözmeye çalışmış ancak yeterli olamadığı için zamanın Adalet Bakanı Şükrü Saraçoğlu'nun yasanın gerekçesinde yer alan "... memleket adliyesinde hakkı hak olduğu için ortaya çıkaran bir hakimler topluluğuna ne derece ihtiyaç varsa hakimnin faaliyetini aydınlatan ve yalnız bilgiyi, doğruluğu kendisine rehber tanıyan bir avukatlar topluluğuna da o derece gerek vardır. İşte bu bakış açısı ile avukatlık konusunun önemle dikkate alınması icap etmiş, baştan başa yeni esaslara göre hazırlanan Avukatlık Kanunu Tasarısı adli yenileşmede yeni bir aşamaya ulaşmayı hedef almıştır." sözleriyle yeni bir avukatlık yasasına gereksinim duyulduğu vurgulanmış ve bu gerekçelerle 3499 sayılı yeni Avukatlık Kanunu çıkarılmıştır.

1938'den 1969 yılına kadar yürürlükte kalan 3499 sayılı Yasa geçen dönem içinde ülkemizde savunma mesleği temsilcileri avukatlar ve onların örgütleri olan baroların hukuki statülerini düzenlemiş ve oldukça başarılı olmuştur. Ancak gelişen ve değişen koşullar karşısında yeni bir Avukatlık Yasası'na gereksinim doğmuştur. İşte bunun sonucu olarak 19.03.1969 gün ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu çıkarılmıştır. Bu Yasa kabul edildiği günden itibaren çeşitli değişikliklere uğramış ama en köklü değişik 10.05.2001 gün ve 4667 sayılı Yasa'yla yapılmış ve meslek için oldukça önemli kazanımlar elde edilmiştir.

Savunma mesleği ve barolarımızın geçmişiyle ilgili bu kısa özet, savunma hakkının ve de onun temsilcileri avukatların örgütleri olan baroların ülke yargısıyla yakın ilgisini açıkça ortaya koymaktadır.

Yeni dönemde tüm meslektaşlarımız ve ulusumuz, bu anlayışın bir gereği olarak, çok daha farklı, çok daha dinamik, çok daha etkin bir Türkiye Barolar Birliği yönetimi görecektir. Arkadaşlarımızla birlikte tek gücümüz ve esin kaynağımız bağımsız barolarımız ve meslektaşlarımızdır.

Hukukun gücünü, güce egemen olanlara kabul ettirmek ve onları hukuk içine çekmek başta olmak üzere, her konuda toplumsal muhalefetin sesi olan bir yönetim anlayışını beraber gerçekleştireceğiz.

Sorunlar sarmalı içinde kıvranan savunma mesleği ve avukatların önündeki engellerin kaldırılması öncelikli hedeflerimiz olacaktır.

Genel Kurul sonrası sizlere seslenme olanağını bulduğum bu ilk yazımda, sizlerden alacağımız güç ve destekle çözüm arayacağımız konuları satır başlarıyla bilgilerinize sunmak istiyorum. Bunları, sizlerin baro genel kurullarında, özenle seçerek Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu'na yolladığımız, seçkin ve özgün temsilcilerinizden aldığımız oyların gücüyle çözeceğimize inanarak sıralıyorum.

Avukatlık Kanunu değişikliği; Avukatlık Kanunu'nun iptal edilen maddelerinin yeniden düzenlenmesi (hakem kurulu, yargıçlık ve savcılık görevlerinden ayrılanların avukatlık yapması) ile ilgili çalışmalar; Meslek Kuralları'nın yenilenmesi ile ilgili çalışmalar; Yönetmeliklerin yenilenmesi ile ilgili çalışmalar; Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin ve avukatlık kimlik belgesinin uygulama sorunlarının giderilmesini sağlayacak çalışmalar; Türkiye Barolar Birliği Başkanı ve baro başkanlarına Yasa'da gösterilen protokol hükmüne uygun davranılmasını sağlayacak çalışmalar; yargıçlar, savcılar, adliye personeli ve Adalet Bakanlığı'nun avukatları yargının kurucu unsuru olarak görmelerini sağlayacak çalışmalar; avukatların mesleği, baroları ve Türkiye Barolar Birliği'ni daha da sahiplenmelerini sağlayacak çalışmalar; TBBM ile ilişkiler; yasaların çıkarılma sürecine etkin müdahale yollarıyla ilgili çalışmalar; sosyal güvenlikle ilgili çalışmalar; avukatlık sınavı hazırlıklarıyla ilgili çalışmalar; stajyerlerin hukuki durumlarının iyileştirilmesi ve staj eğitimiyle ilgili çalışmalar; baroların stajyer ve avukat sayısını sınırlayabilme ve hukuk fakültelerini değerlendirme yetkilerinin tartışılmasıyla ilgili çalışmalar; gündemli baro başkanları ve bölge toplantıları yapılması; kamu avukatlarının sorunlarıyla ilgili çalışmalar; avukatların vergi sorunlarıyla ilgili çalışmalar (giderlerin vergiden düşülmesi, avukatlık ortaklığının kurumlar vergisine tabi olması); yeni çıkmış ve çıkacak temel kanunlarla ilgili olarak Türk Medeni Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu örneklerinde olduğu gibi eğitim ve tanıtma çalışmaları programlanması ve yapılması, Türkiye Barolar Birliği hizmet binası ve sosyal tesis kompleksinin yapılmasıyla ilgili çalışmalar.

Tüm bu sorunların çözümü yanında, sizlerden gelecek öneri ve yakınmalarla belirlenecek hedeflere mutlaka, ama mutlaka, ulaşılmaya çalışılacaktır. Hedefe ulaşılmada öncelikle hukukçu kimliğimize uygun davranışlar sergilenecek, en üst kamu görevlisinden, en sade kamu görevlisine kadar yasal başvurular yapılacak sonuçları titizlikle izlenecek, olumlu sonuç alınmadığı taktirde yetmiş beş baro, elli iki bin avukatın gücü tüm ilgililere net bir biçimde gösterilecektir.

Genel Kurul'un bizlere gösterdiği duyarlılığa gönülden teşekkür ediyor, yurt ve meslek sorunlarıyla ilgili olarak vereceğimiz mücadelede her zaman olduğu gibi, güçlü desteklerini bizden esirgememelerini bekliyorum.

Sevgiler, saygılar ve sağlıklılar diliyorum.

“NAMUS CİNAYETLERİNİN” HUKUKİ BOYUTU: YENİ TÜRK CEZA KANUNU’NUN BİR DEĞERLENDİRMESİ

Dr. Ece GÖZTEPE*

I. GİRİŞ

Türkiye’de kadına yönelik şiddet, özellikle 1980 sonrası kadın hareketinin aktörleri tarafından sürekli tartışılan ve çözüm bulunmaya çalışılan bir olguydu. Ancak özellikle son beş-altı yıldır, kadına yönelik şiddetin özel bir biçimi olan namus cinayetleri, normal koşullarda kadın hareketinin konularıyla ilgilenmeyen geniş kamuoyunun da dikkatini ve tepkisini çeken bir konu olarak toplumun gündemine oturdu. Evlilik dışı hamile kaldığı, ailesinin seçtiği değil, sevdiği erkekle evlenmek istediği, erkek arkadaşıyla elele tuttuğu ya da sokakta konuştuğu, sinemaya gittiği, hakkında dedikodu çıktığı ve daha onlarca başka gerekçeyle aile üyeleri tarafından öldürülen kadınların hikâyeleri, insanların namus cinayetlerine tepki duymalarına, çözümler üzerinde tartışmalarına yol açtı.

Şimdiye dek hukuken bağlayıcı bir tanımlanmamış olsa da namus cinayetleriyle kastedilen, medeni durumlarından bağımsız olarak kadınların, aile namusunu ve şerefini korumak adına, geniş anlamda anlaşılan ve çekirdek aileyle sınırlandırılmayacak bir ailenin üyeleri tarafından öldürülmeleridir. Basına yansıyan haberlerin çoğunda namus cinayetleri belli bir yöreye özgü, feodal dönemin kalıntısı bir olgu olarak ele alınsa da, namus adı altında işlenen cinayetlerin Türkiye’nin her yöresinde meydana

* Münster Westfälische Wilhelms Üniversitesi öğretim üyesi.

¹ Amerikan hukukundaki standart bir lisans kitabı için bkz., Martha Chamallas, *Introduction to Feminist Legal Theory*, 2nd Edition, 2003; Almanca konuşulan ülkelerdeki temel giriş kitapları için bkz., Elisabeth, Greif - Eva, Schobesberger, *Einführung in die Feministische Rechtswissenschaft*, 2003; Mechtild, Koreuber - Ute Mager (Hrsg.), *Recht und Geschlecht. Zwischen Gleichberechtigung, Gleichstellung und Differenz*, 2004.

geldiği, hatta Avrupa'da yaşayan göçmen ailelerinin namus cinayetlerinin arkasında yatan değerler sistemini göç ettikleri ülkelerde de sürdürdüğükleri bilinmektedir. 2004 Ekimi'nde İsveç Kadın Forumu'nun Stockholm'de düzenlediği uluslararası konferansın konularından birisinin namus cinayetleri olması da bu gerçekliğin bir doğrulaması niteliğindedir.

Basın ya da adli yargıya yansıma oranıyla karşılaştırıldığında, namus cinayetleriyle ilgili bilimsel çalışmaların gerek Türkiye'de gerekse uluslararası bilim camiasında azlığı dikkat çekmektedir. Bunun nedeni, namus cinayetlerinin yeni bir olgu olmasından ve araştırmalara kaynaklık edecek malzemenin azlığından çok, bu suçların fail ve mağdurlarının sosyolojik ya da psikolojik bir araştırmanın konusu olmalarını zorlaştıran durumlarıdır. Hukuki alandaki çalışmaların azlığı ise, Türkiye'de feminizmin kazanım ve taleplerinin bilimsel alana metodolojik olarak kazandırılmasına olanak sağlayacak aktörlerin, hukuk disiplninde feminist teoriyi henüz geliştirememiş/yerleştirememiş olmalarıyla açıklanabilir. Anglosakson ve Avrupa ülkelerinin hukuk eğitimlerinde temel disiplinlerden biri kabul edilen feminist hukuk teorisi ve metodolojisi, Türkiye'deki hukuk fakültelerinde henüz yerini bulabilmiş değil.¹ Namus cinayetlerine uygulanan ceza normlarına, bunların uygulamasına ve bu normları yorumlayan temel bilimsel kaynaklara bakıldığında, genellikle örtülü biçimde erkeği, normun merkezine oturtan, onu standartın ölçütü kılan, sonra da bu erkek-egemen normu objektif ve tarafsız bir norm sayan hukuk anlayışının,² gerek öğretilerde gerekse yargıda egemen görüş olduğunu saptıyoruz. Bu nedenle de namus cinayetlerini konu edinen hukuki bir çalışmanın öncelikle, ele aldığı hukuki malzemeye hangi perspektiften bakacağını, hukuk normlarının yorumunda yorumu önceleyen varsayımların, hangi toplumsal gerçeklikten yola çıktığını sorgulaması ve açıklaması gerekmektedir ya da en azından beklenmelidir. Bu hukuki çalışma, namus cinayetlerinin sosyolojik analizini yapmak ve aktörlerinin saiklerini incelemekten öte,³ namus cinayetlerinin faililerinin ve mağdurlarının Türk hukuk sisteminde nasıl ele alındığını, namus cinayetlerinin nasıl bir değerler sisteminden yola çıkılarak yaptırıma bağlandığını ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda Türk Ceza Kanunu'nun köklü reformu⁴ sürecinden sonra da hangi yorum unsurla-

² Bu anlayışın bir analizi ve eleştirisi için bkz., Sandra, Lipsitz, Bem, *The Lenses of Gender: Transforming the Debate on Sexual Inequality*, 1993, s. 39-79; 183-191.

³ Bu türden sosyolojik çalışmalar için bkz., Ayhan Sever - Gökçeçek Yurdakul, *Culture of Honor, Culture of Change. A Feminist Analysis of Honor Killings in Rural Turkey, Violence Against Women*, vol. 7, 2001, s. 964-998; Filiz Kardam, *Namus Gereğiyle Öldürülme ya da Kendi Canına Kıyma: Kadın Cinselliği Üzerinde Baskıların Benzer Koşullarda Farklı Sonuçları mı?* (<http://www.huksam.hacettepe.edu.tr/namus.htm>).

rının dikkatle sorgulanması gerektiğini incelemek de bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

Türkiye'deki namus cinayetlerinin hukuki boyutu incelenirken, iki önemli hedef önplana çıkmaktadır. Birincisi, namus cinayetlerinin mağdurlarının ve faillerinin cinsiyetlerini saptamak ve böylelikle bu cinayetleri yaptırma bağlayan cezai normların yorumundaki doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın önüne geçmek. İkincisi ise, özel olarak namus cinayetlerini yaptırma bağlayan ceza hükümlerinden öte, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasında neredeyse otomatik olarak varsayılan namusla ilintili tahrik unsurlarının arkasında yatan toplumsal gerçekliği, bunun yargıdaki koşulsuz kabulünü sorgulamak. Bu iki temel amaç doğrultusunda, aşağıda öncelikle Türkiye'nin uluslararası hukuktan kaynaklanan, namus cinayetlerinin önüne geçmek ve gerçekleşmiş olan cinayetleri de yeterli ve gerekli oranda cezalandırmak konusundaki yükümlülüğünün yasal çerçevesi çizilecek (II); sonrasında da eski TCK 462. maddesinden başlayarak iç hukuktaki gelişmeler ele alınacaktır (III). Namus cinayetlerinin cezai yaptırımında büyük rol oynayan haksız tahrik hükümlerinin yargıda, hangi toplumsal varsayımlarla, nasıl uygulandığını göstermek açısından, Yargıtay'ın 1975-2003 arasında verdiği ve TCK 51 (haksız tahrik) ya da TCK 462 (zina halinde yakalanma/özel ağır tahrik) hükümlerini uyguladığı kararları değerlendirilecektir (IV). 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek ve yapımı sürecinde Avrupa Birliği Ulusal Programı nedeniyle kamuoyunca ilgiyle izlenen yeni Türk Ceza Kanunu'nun namus cinayetlerini yaptırma bağlayan 82. maddesi ile haksız tahriki düzenleyen 29. maddesi, yukarıda anılan temel bakış açısı ve yargıdaki temel eğilim doğrultusunda tartışılacaktır (V). Sonuç kısmında ise, namus cinayetlerinin yaptırımını düzenleyen yeni TCK maddesinin (madde 82) işlevini tam anlamıyla yerine getirebilmesi için yargıda ve öğretilerde nelere dikkat edilmesi gerektiğine değinilecek ve şimdiye dek sürdürülegelen pratiğin eksiklikleri özetlenecektir (VI).

II. TÜRKİYE'NİN ULUSLARARASI HUKUKTAN KAYNAKLANAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Birleşmiş Milletler düzeyinde kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik en önemli uluslararası sözleşme olan 18 Aralık 1979 tarihli "*Kadınlara Yönelik Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi*"nin (CEDAW)⁵ tarafı

⁴ 1 Nisan 2005'te yürürlüğe girecek olan 5237 sayılı, 26.09.2004 tarihli Yeni Ceza Kanunu, RG, no: 25611, 11.10.2004.

⁵ "Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women".

olan Türkiye,⁶ aynı zamanda 6 Ekim 1999 tarihli CEDAW İhtiyari Protokolü'nün de tarafıdır.⁷ Türkiye bu Protokolle, bireylerin ya da bir bireyler topluluğunun CEDAW İhtiyari Protokolü ile kurulan Komisyon'a bireysel şikayette bulunma hakkını tanımıştır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 6 Ekim 1999'daki 44. oturumunda kabul edilen bu Protokol, on ülkenin imzası ve Protokolün iç hukuklarına iktibasından sonra 22 Aralık 2000'de yürürlüğe girmiştir.⁸

CEDAW'a taraf olmasının bir gereği olarak Türkiye, 1995 yılında Pekin'de yapılan 4. Dünya Kadın Konferansı'nda karara bağlanan, sonrasında Pekin+5 planıyla geliştirilen ve şu anda "*Women 2000 and Beyond*" ("*2000 Yılında Kadınlar ve Sonrası*") başlığı altında yürütülen, kadınların eşitliğini sağlamaya yönelik Eylem Planı'nu da aktif biçimde desteklemektedir. Bu doğrultuda, 1997'de Birleşmiş Milletler'e (BM) bir ulusal rapor sunulmuş ve 2005'te de benzer bir rapor sunulacağı BM'ye bildirilmiştir. Sözü edilen Eylem Planı'nda namus adına uygulanan kadınlara yönelik şiddetle mücadele, açıkça ifadesini bulmuştur. Uluslararası platformda artık tartışmasız geçerlik kazanan "*kadın haklarının ihlali, insan haklarının ihlali*" saptaması, bu Eylem Planı'nın da temel düşüncesidir.⁹

BM çerçevesinde kadınlara yönelik her türden şiddetin -bunlar arasında çeşitli raporlardaki tanımla "*kültürel önyargılardan kaynaklanan her türden*

⁶ 20 Eylül 1999 itibarıyla Türkiye'nin yalnızca madde 29 (1) ve madde 9 (1)'e çekincesi mevcuttur. Krş. (<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations-country.htm>).

⁷ Türkiye, 8 Eylül 2000'de İhtiyari Protokolü imzalamış ve 29 Ekim 2002'de de Sözleşme'yi iç hukukunun bir parçası haline getirmiştir.

⁸ BM Genel Kurulu'nun A/RES/54/4 sayılı kararı.

⁹ "Actions to be taken by Governments: (g) Take urgent action to combat and eliminate violence against women, which is a human rights violation, resulting from harmful traditional or customary practices, cultural prejudices and extremism". Bkz., (<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/human.htm>). "Hükümetler tarafından alınması gereken önlemler: (g) Zararlı geleneksel ya da örfi pratiklerden, kültürel önyargılardan ve köktencilikten kaynaklanan bir insan hakları ihlali olan, kadınlara yönelik şiddetle mücadele ve bu şiddetin ortadan kaldırılması için acil eylem planları geliştirmek").

¹⁰ "Violence against women resulting from cultural prejudice". Kadınlara yönelik şiddetin sona erdirilmesi ve mücadele araçlarıyla ilgili ayrıntılı bir rapor için bkz. United Nations Report of the Ad Hoc Committee of the Whole of the twenty-third special session of the General Assembly, Supplement no: 3 (A/S-23/10/Rev. 1), New York 2000.

şiddetin"-¹⁰ önüne geçilmesi ve cezai yaptırımlar yoluyla bunlarla mücadele edilmesi devletlerden talep edilmektedir. BM Genel Kurulu'nun 30 Ocak 2003 tarihli oturumunda kabul edilen kararda ise üye devletlerin, kadınlara yönelik şiddetin özel bir hali olan ve namus adına işlenen suçlarla mücadele etmeleri talep edilmektedir.¹¹ Bu kararın önemli bir unsuru da, kadınlara yönelik her türden şiddetin ve hak ihlalinin, açık bir insan hakları ihlali olarak algılanması konusundaki vurgusudur. Bunun yanısıra kararda üye devletlerden, kadınlara yönelik suçların etkili bir biçimde cezalandırılması için önlem almaları istenmekte ve bu suçların hiçbir koşulda "*dinsel ya da kültürel değerler*" olarak açıklanamayacağı belirtilmektedir.

BM Genel Sekreterliği'nin 59. Genel Kurul oturumuna sunduğu 20 Ağustos 2004 tarihli raporda ise, kadınlara yönelik şiddetin önlenmesi için üye devletlerin çabaları ve geliştirilen politikalar özetlenmiş ve bu hedefin daha iyi hayata geçirilmesi amacıyla tavsiyeler dile getirilmiştir.¹² Bu raporun özelliği, namus adına kadınlara uygulanan şiddetin, ayrı bir başlık altında ele alınmış olmasıdır. Aynı Genel Kurul oturumunda kabul edilen kararda da bu rapora atfen namus adına uygulanan kadına yönelik şiddetin ortadan kaldırılması için üye devletlere çağrıda bulunulmuştur.¹³

Görüldüğü gibi, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme CE-DAW ve bununla bağlantılı eylem planlarıyla, BM Genel Kurulu karar ve raporları, kadınlara yönelik şiddetin önüne geçilmesini, özel olarak da namus gerekçesiyle gerçekleştirilen şiddet eylemleriyle mücadeleyi zorunlu kılmakta; bu yönde yararlanılabilecek araçlar konusunda yol göstermektedir. Bu mücadelede sadece devlet organlarının değil, sivil toplum kuruluşlarının¹⁴ da katkıda bulunması beklenmekte, devlet organlarında görev yapanların bu sorun hakkında bilinçlendirilmesi için kampanyalar düzenlenmesi tavsiye edilmektedir. Bu çalışmanın ana tezlerinden birisi de, özellikle adalet sisteminde çalışanların ve hukuk eğitimi verenlerin bu konuda eğitilmesi, sorunun kapsamı, doğrudan ve dolaylı etkileri hususunda duyarlılık kazanmalarının sağlanmasının gerektiğidir. Çünkü ancak

¹¹ General Assembly Resolution no: A/RES/57/179 (30.01.2003).

¹² Bkz., "Violence Against Women". *Report of the Secretary-General (A/59/281)*, 20.08.2004.

¹³ Bkz., Resolution no: A/RES/59/165 (20.08.2004).

¹⁴ Diyarbakır'daki kadın merkezi KA-MER'in başkanı Nebahat Akkoç'un başlattığı, Diyarbakır ve Mardin valiliklerinin, il müftülüklerinin ve belediyelerin de yer aldığı, namus cinayetlerine karşı acil müdahale ekipleri, sivil toplum örgütlerinin girişimlerine örnek gösterilebilir. 23 Kasım 2004 tarihli haber için bkz., (<http://www.ucansupurge.org/index>).

devletle toplum arasındaki karşılıklı etkileşimin mekanizmaları iyi kavran-
dığına, gelecekteki namus cinayetlerinin önüne geçilebilir; gerçekleşmiş
suçlar da gereğince cezalandırılarak topluma, devlet otoritesi yoluyla namus
cinayetlerinin hukuk sistemi tarafından kararlılıkla reddedilen bir eylem
olduğu mesajı verilebilir.

III. ESKİ TÜRK CEZA KANUNU (TCK) DÜZENLEMESİ: TCK 462

a. Genel Olarak

Avrupa Birliği uyum yasaları çerçevesinde 2003 Temmuz’unda yürür-
lükten kaldırılmadan önce¹⁵ TCK 462. maddesi, namus cinayetlerinin ilgili
maddesi olarak anlaşılıyordu. Yürürlükten kaldırılan ve kanun metinlerinde
“zina halinde yakalanma: özel ağır tahrik” altbaşlığı¹⁶ ile yer alan bu madde,
448-459 maddeleri arasında düzenlenen öldürme ve şahıslara karşı müessir
fiillere atfen, bu “fiiller zinayı icra halinde veya gayrimeşru cinsi münasebette
bulunduğu esnada meşhuden yakalanan veya zina yapmak veya gayrimeşru cinsi
münasebette bulunmak üzere yahut henüz zina yapmış veya gayrimeşru cinsi mü-
nasebette bulunmuş olduğunda zevahire göre şüphe edilmeyecek surette görünen
bir koca veya karı yahut kızkardeş veya frudan biri yahut bunların müşterek faili
veya her ikisi aleyhinde karı veya koca yahut usulden biri veya erkek veya kızkardeş
tarafından işlenmiş olursa fiilin muayyen olan cezası sekizde bire indirilir ve ağır
hapis cezası hapis cezasına tahvil olunur. Müebbet ağır hapis cezası yerine dört
seneden sekiz seneye ve idam cezası yerine de beş seneden on seneye kadar hapis
cezası verilir” hükmünü içeriyordu.

Öğretide bu maddenin ayrı bir suç tipi oluşturmadığı, öldürme ve
müessir fiillere ilişkin özel bir tahrik hali, bu nedenle de hafifletici bir sebep
olduğu konusunda görüş birliği vardı.¹⁷ 462. madde, hafifletici bir neden ya
da ayrı bir suç tipi olarak kabul edilse de, burada önemli olan, öğretide bu
maddenin nasıl yorumlandığı, fail ve mağdur tipini nasıl belirlediğidir.

Bazı yazarlar, mağdurları evli ve evli olmayan olmak üzere iki kate-
goriye ayırmayı uygun görmekteydi. Bu görüşe göre, evli olmayan reşit

¹⁵ Bkz., 4928 sayılı “6. AB Uyum Kanunu” nun 19. maddesinin a bendi. RG, no: 25173, 19.07.2003.

¹⁶ Bu altbaşlık kanunun orijinal metninde yer almayıp öğretide kabul edilen bir başlıktır. Bkz., Kayıhan İçel, *Ceza Kanunları*, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.

¹⁷ Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 1990, s. 151; Vural Savaş - Sadık Mollamahmutoglu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. 4, 1995, s. 4563. TCK 462. madde-
sinin ayrı bir suç tipi oluşturduğu görüşünü savunanlar için bkz., Sahir Erman - Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, 1994, s. 153 vd.

kızın ya da kızkardeşin gayrimeşru cinsel ilişkisi hukuk düzenine aykırılık teşkil etmediğinden, bu bir haksız fiil olarak değerlendirilmemeli ve ne haksız tahrik maddesi ne de 462. madde uygulanmamalıydı. Zina halinde yakalanan eş açısından ise haksız tahrik hükümlerinin uygulanması yeterli görülmekte ve sonuçta 462. maddenin gereksizliği sonucuna varılmaktaydı.¹⁸ Zinanın suç olmaktan çıkmasından sonra bu görüşe göre 462. maddenin varlık nedeni tamamen ortadan kalkmış oluyordu.

462. maddenin lafzında mağdur fürular ve fail usuller arasında her ne kadar bir cinsiyet ayrımı yapılmamışsa da, bazı yazarlar, kaynak İtalyan kanunundaki cinsiyet ayrımını dikkate alarak, mağdur fürunun ancak kız evlat ya da kız torun olabileceğini, bu yorumun, fiilin mağdurları arasında kızkardeş sayılırken erkek kardeşin sayılmamış olmasıyla uyum gösterdiğini belirtmektedirler.¹⁹ Hint-Avrupa dil ailelerindeki cinsiyet zamirlerinin²⁰ Türkçe’de mevcut olmaması, Avrupa kanunlarının Türk hukukuna iktibasında gerçekten de bu türden sorunlar doğurabilmiştir. Türkçe’nin yapısına özgü “cinsiyet körlüğü”nün bu türden yorumları gerekli kıldığını düşünülebilirse de, 462. maddenin özünü kavramaya yönelik olmayan ve maddeye içkin namus anlayışını hiçbir eleştirel düşünce sarfetmeksizin benimseyen bu türden yorumlara katılmak mümkün değildir.

462. maddenin yorumunda dikkat çeken bir husus da yazarların, haksız tahrik hükümlerinin mevcut olduğu bir hukuk sisteminde, 462. madde gibi zina halinde yakalamada işlenen öldürme veya müessir fiil suçlarının özel indirim tabi tutulmasını öngören bir hükmün gereksiz olduğu görüşüdür. Böylelikle açıkça, namus kavramının yorumundan kaynaklanan şiddetli gazap ve elem hali ile şeref kurtarma saiki, hukuk sisteminde kabul edilmektedir.²¹ Bu bakış açısına uygun olarak, 462. maddedeki indirim nedeni “aile şeref ve haysiyetini” korumak olarak algılanmakta ve zina dışındaki her türden evlilik dışı cinsel ilişki de gayrimeşru kabul edilmektedir.²² Haksız tahrikin özel ve sınırlı bir hali olarak algılanan 462. maddenin, aşağıda görüleceği gibi, Yargıtayca oldukça az uygulanmış olması ve neredeyse otomatik biçimde haksız tahrikin kabulüyle ceza indirimine gidilmiş olması, yeni TCK’nin de hemen ortadan kaldıramayacağı bir hukuk pratiğine ve anlayışına işaret etmektedir. Nitekim yargıda, 462. maddedeki zaman koşullarının gerçekleşmediğinin kabul edildiği durumlarda, derhal 51. mad-

¹⁸ Erman - Özek, *a.g.e.*, s. 154.

¹⁹ Erman - Özek, *a.g.e.*, s. 155.

²⁰ Bununla kastedilen, İngilizce’deki he/she; Almanca’daki er/sie ve Fransızca’daki il/elle zamirleridir.

²¹ Bkz., Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler*, C. III, 1993, s. 2132.

²² Erem, *a.g.e.*, s. 2133.

dedeki haksız tahrik hükümleri uygulamaya sokulmaktaydı.²³ Bu anlayışın önkabulü, kadınların bir ailenin şeref ve namusunun taşıyıcıları oldukları ve cinsel yaşamlarının, ailenin erkeklerinin denetiminde olduğudur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1989 yılındaki bir kararında²⁴ TCK 462. maddesinin uygulanma koşullarını ayrıntılı bir biçimde ele almıştır. Buna göre ilgili maddenin zaman ve kişi koşulunun gerçekleşmesi şu koşullara bağlıdır:

Zaman koşulunun gerçekleşmesi için fiilin,

a. Ölen veya mağdurun meşru olmayan ilişki veya zina halinde bulunduğu sırada,

b. Bu ilişkide bulunmak üzere iken,

c. Bu ilişkide henüz bulunmuş olduğu sırada işlenmiş olması gerekir.

Bu zaman sınırlamasına gerekçe olarak Yargıtay 462. maddeyle güdülen amacın, “failin fiilin işlendiği sırada kişiliği itibariyle aile onuru bakımından derin ve çok ağır tarzda uğradığı saldırının iradesi üzerinde yarattığı büyük sarıntı” olduğunu belirtmektedir.

Kişi koşulunun gerçekleşmesi ise suçun mağdurlarının (koca, karı, kızkardeş, fûruğdan biri ve bunların ortağı) ve faillerinin (karı, koca, usulden biri, erkek veya kızkardeş) saptanmasıyla ilgilidir.

b. AYM Kararı

Namus cinayeti maddesi olarak anılan TCK 462. maddesinin Anayasa’ya aykırılığı, ilgili madde yasa koyucu tarafından yürürlükten kaldırılmadan önce Anayasa Mahkemesi’nin önüne somut norm denetimi yoluyla gelmişti. Ancak 1997 esas sayılı karar, karar gününden yaklaşık beş yıl ve TCK 462. maddesinin yürürlükten kaldırılmasından ise yaklaşık dört ay sonra *Resmi Gazete*’de yayımlandığından, Anayasa Mahkemesi’nin görüşünün maddenin kaldırılmasında bir rolü olmamıştır.²⁵ Dikkat çekici husus, Anayasa Mahkemesi’nin ilgili maddeyi Anayasa’ya aykırı bulmamış olması ve bu maddenin ne eşitlik ilkesini, ne de kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme hakkını ihlal etmediğine kanaat getirmiş olmasıdır.

²³ YCGK, 21.6.1993, E. 1993/4-154. Savaş - Mollamahmutoğlu, *a.g.e.*, s. 4568 vd.

²⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1989/1-55, K. 1989/113, T. 20.03.1989, *Yargıtay Kararları Dergisi*, C. XV, S. 9, Eylül 1989, s. 1310-1314.

²⁵ AYMK, E. 1997/45, K. 1998/48, karar günü: 16.7.1998, RG, 22.11.2003, no: 25297.

Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik kavramını nasıl yorumladığının ayrıntılarına girmeden,²⁶ namus cinayetleri ve namus kavramının Yargıtay dışındaki bir diğer yüksek mahkemece nasıl ele alındığına kısaca değinmekte yarar var.

Somut olayda bir ağabey hakkında, "kızkardeşini gayri meşru cinsi müna-sebette bulunduğunu şüphe götürmeyecek şekilde gördükten sonra" adam öldür-meye tam teşebbüs iddiasıyla, yaralamayla son bulan eyleminden dolayı dava açılmıştır. Davaya bakmakta olan mahkeme sıfatıyla Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne gönderdiği gerekçesinde, davada uygulanacak olan TCK 462. maddesinin, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına aykırılık teşkil ettiği, reşit ve mümeyyiz birisinin cinsel yaşamına her kim tarafından olursa olsun müdahale edilmesinin hukuk sistemimizce kabul edilemeye-ceği, bu nedenle de anayasaya aykırı olduğu dile getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin çoğunluğunun,²⁷ TCK 462. maddesinin anlam ve kapsamı konusundaki yorumları, kamuoyundaki namus cinayeti tartışmalarının kapsamı ve derinliği dikkate alındığında düşündürücüdür. Mahkeme'ye göre, mağdurun zina ya da meşru olmayan cinsel ilişkide bulunması ya da bulunmuş olması, iptali istenen maddeyle özel bir ağır tahrik nedeni kabul edilmektedir. Kabul edilen bu özel ağır tahrikin nedeni ise, "füli işlediği sırada failin kişisel saygınlığıyla, aile haysiyeti yönünden uğradığı derin ve ağır saldırının iradesi üzerinde yarattığı büyük sarsıntıdır". Kararın verildiği tarihte her iki eş için de artık suç sayılmayan zina²⁸ dışında, yasada sözü edilen "meşru olmayan" ilişkiyi de Mahkeme, her türden evlilik dışı ilişki olarak anlamaktadır.

²⁶ Bu konudaki en ayrıntılı çalışma için bkz., Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, 2003.

²⁷ Karar, yediye karşı dört oyla alınmıştır.

²⁸ Anayasa Mahkemesi verdiği iki kararla, zinayı suç sayan TCK 440 ve 441. maddelerini iptal etmiştir. Erkeğin zinası, 23.9.1996 tarih, E. 1996/15, K. 1996/34 sayılı kararla (RG: 27.12.1996, no: 22860), kadının zinası ise 23.6.1998 tarih, E. 1998/3, K. 1998/28 sayılı kararla (RG, 13.3.1999, no: 23638) suç olmaktan çıkarılmıştır. Yasa koyucunun, zinayı suç olmaktan çıkarma konusunda herhangi bir irade göstermediği ve göstermeyi de düşünmediği bir ortamda kaldırılan bu hükümler, Türkiye'ye özgü ironik bir hukuki gelişmenin sonucudur. Erkeklerin zinasını haklı bir gerekçe olmaksızın kadınların zinasına göre daha zor koşullara bağlayan hüküm, AYM tarafından iptal edilip karar 27.12.1997'de yürürlüğe girdikten sonra, sadece kadınların zinası suç sayılıyordu. Yasakoyucunun önünde bu karardan sonra iki seçenek vardı: Ya her iki eş için de aynı koşullarda zinayı suç sayan yeni bir düzenleme yapmak ya da

Mahkeme, fail ve mağdurların belirlenmesinde eşitlik ilkesine aykırılık olduğu iddiasını incelerken de yalnızca faili dikkate almış, mağdurlar konusunda yapılan ayrımı tamamen denetimin dışında tutmuştur. Buna göre, *“kız kardeş ile belirtilen hallerde yakalanan veya görülen cinsel ilişki ortağına karşı gerçekleştirilen öldürme veya yaralama suçlarında failin cezasında indirim yapılması öngörülürken failin erkek veya kadın olması gibi bir durum dikkate alınmamıştır. Faile verilecek ceza indirilirken cinsiyet ayrımı yapılmadığından eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez”*. Görüldüğü gibi Mahkeme, ilgili yasa maddesinin hangi toplumsal gerçekliğe uygulandığını, nasıl bir ahlâk anlayışının ürünü olduğunu sorgulayıp tartışmadan, şablonu andıran bir eşitlik anlayışıyla fail eksenli bir denetimle anayasaya aykırılık iddiasını reddetmektedir. Bunun da ötesinde, alt derece mahkemesinin gerekçesine dayanak teşkil eden Anayasa'nın 5, 12, 17 ve 19. maddelerini ise, Mahkeme'nin ifadesiyle, *“bu maddeler hak ve özgürlüklerle ilgili olduklarından ve itiraz konusuyla bir bağlantıları görülmediğinden”* Anayasa'ya uygunluk denetiminde hiç dikkate alınmamıştır.

Bu kararda karşı oy yazan dört yargıcın görece kısa gerekçesinde ise birden çok unsur birarada ele alınmıştır ve karşı oyun özü ilk bakışta kolay anlaşılabilir değildir. Karşı oyun gerekçelerini tek tek ele aldığımızda, şu (ön)kabuller ortaya çıkmaktadır:

- *“Suçtan zarar görenin”* sıfatından kaynaklanan bir indirim nedeni, ilke olarak anayasaya aykırı değildir. İtiraz konusu maddede (TCK 462) daha fazla indirim öngörülerek fail için bir çeşit imtiyaz oluşturulmaktadır. Oysa *“suçtan zarar görenin”* sıfatı dolayısıyla ceza indirimi yapılması, cezanın kişiselleştirilmesi sırasında yargıç tarafından haksız tahriki düzenleyen TCK 51. maddesiyle olanaklıdır.

- Anayasa'nın eşitlik ilkesi açısından ele alındığında, hem yukarıda belirtildiği gibi, TCK 51. maddesinin ötesine geçen bir indirim, aynı durumda olanlar (adam öldürme suçunu işleyenlerin) arasında bir eşitsizlik yaratmakta, hem de TCK 462. maddesindeki erkek-kız kardeş, usul-furuğ ayrımı bir eşitsizlik yaratmaktadır. Karşıoy yazan üyelerin bu saptaması ilginçtir. Çünkü her ne kadar AYM üyeleri, erkek kardeş için öngörülen indirimin kızkardeş için öngörülmediğini öne sürseler de, gerçekte yasa

her iki eş -bu durumda sadece kadın- için de zinayı suç olmaktan çıkarmak. Ama yasakoyucu hiçbir şey yapmamayı tercih ederek, ikinci bir AYM kararıyla kadınların zinasının da suç olmaktan çıkarılmasını beklemeyi tercih etti. Böylelikle yaklaşık iki yıl sonra AYM, sadece eşlerden birisinin zinasını suç saydığından ve böylelikle anayasal eşitlik ilkesine aykırı olduğundan dolayı, TCK 440. maddesini (kadınların zinasını suç sayan maddeyi) de iptal etti.

metninde failde değil, suçtan zarar görenin sıfatında bir eşitsizlik sözkonusuydu. Şöyle ki, kız ya da erkek kardeş farketmeksizin, sadece bir kızkardeşin zina halinde yakalanması ve öldürülmesi halinde bir ceza indirimi öngörülüyordu. Bir erkek kardeşin bu durumda öldürülmesi, TCK 462. maddesindeki suçun kurucu unsurları arasında yer almıyordu.

- Karşı oyun ancak son iki paragrafında her hukuk düzeninin temel amacı olan yaşam hakkının güvence altına alınması ilkesi ile TCK 462. maddesindeki düzenlemenin temel bir çıkarlar çatışmasına neden olduğu belirtilmektedir. Buna göre, şeref ya da haysiyeti koruma amacıyla dahi olsa yaşam hakkının sona erdirilmesindeki büyük ceza indirimi, “çoğulcu özgürlükçü ve katılımcı demokrasilerde insana tanınan öncelik ve ceza hukukundaki gelişmeler de gözetildiğinde” kabul edilemez.

Bu karşıoydaki en temel eksiklik, mağdurdan kaynaklanan herhangi bir indirim nedeninin ilke olarak anayasaya aykırı olduğunun dile getirilmemiş olmasıdır. Bunun yanında şeref ve haysiyeti koruma amacıyla işlendiği ileri sürülen ve hukuk düzeninin şimdiye dek neredeyse koşulsuz kabul ettiği ya da varsaydığı olgunun temelden reddi ya da bu türden bir hukuk yorumunun modern bir hukuk düzeninde yeri olamayacağına ilişkin bir düşünce de karşıoyun gerekçesinde yer almamaktadır. Namus, şeref ya da haysiyeti koruma saikli suçların hukuk düzenindeki varlığının temelden reddedilmediği, bunların TCK 51. maddesindeki haksız tahrik hükümleri çerçevesinde indirim tabi tutulması gerektiği yönündeki görüşten de anlaşılmaktadır. Çoğunluk görüşünü yansıtmasa da, tam da böyle bir karar vesilesiyle karşıoy yazan AYM üyeleri, bu türden hukuk kurallarının yorumunda alt derece mahkemelerine ve diğer yüksek mahkemelere yol gösterebilecek ya da hukuk camiasında yeni bir tartışmaya önayak olabilecek bir obiter dictum ile namus, şeref ve haysiyeti koruma saikli suçların bir analizini yapabiliyordu. Çünkü herhangi bir yankı yapmadan sessiz sedasız *Kararlar Dergisi*'ndeki yerini alan bu karardan da anlaşıldığı gibi, yasalar değişse bile, mahkemelerin yorumuna dayanak oluşturan önveriler değişmediği, hukuk düzeninin koşulsuz kabul ettiği ya da varsaydığı toplumsal değerler sorgulanmadığı sürece, namus saikli suçlar anlayışla karşılanmaya devam edecektir.

IV. YARGITAY KARARLARI (1975-2003) VE NAMUS CİNAYETLERİNİN TORBA HÜKMÜ: HAKSIZ TAHRİK

Türkiye'deki tüm alt derece mahkemelerinin ve temyiz mercii olarak Yargıtay'ın namus cinayetlerine ilişkin kararlarını incelemek, uzun erimli ve disiplinlerarası ilginç bir bilimsel çalışmanın konusu olabilir. Bu yazının

sınırları içinde ise yalnızca Yargıtay'ın 1975-2003 yılları arasındaki kararları incelenmiş ve bu kararların seçiminde, TCK 51 ve TCK 462 maddelerinin uygulanmış ya da tartışılmış olması, 51. madde çerçevesinde ise öncelikle namus saikiyle işlenmiş bir suçun varlığı ölçüt olarak kullanılmıştır. Bu ölçütlerle yapılan karar taramasında namus cinayetlerinin tanımı, yukarıda anılan uluslararası literatürdekinden daha geniş anlaşılmaktadır.²⁹ Buna karşın bu tanımdaki bazı unsurlar, bu yazıya da temel oluşturabilecek niteliktedir: Namus kavramı, dinsel olmaktan çok kültürel kökenli olup cinslerarası rol ayırımına dayanmaktadır. İlke olarak kadınların belli davranışlarına kodlu olup namus cinayetlerinin mağdurları öncelikle kadınlardır. Ancak namus kaybı olarak değerlendirilen davranışın ortağı olan erkekler de bu suçun kurbanları arasında bir istisna oluşturmamaktadır. Namus cinayetlerinin faillerini ise büyük bir çoğunlukla erkekler oluşturmaktadır. Kadınların bazı namus cinayetlerindeki ya da mağdura dayatılan intiharlardaki aktif rolleri bilinmekle birlikte, bu cinayetlerin gerekçesi, erkek-egemen feodal düşüncenin doğrudan bir ürünüdür.

Yargıtay'ın ilgili kararlarının analizinin yapılabilmesi için de her araştırmacının kendi ölçütlerini geliştirmesi, namus cinayeti adı altında incelenen suçların unsurlarını saptaması ve bu suçun tanımını yapması gerekmektedir. Ne eski ne de yeni Ceza Kanunu bu türden bir ölçüte dayanak oluşturabilecek bir tanımlı kapsamadığı için bu yazıdaki karar analizinde kadın örgütlerinin, konuyla ilgili gazete haberlerinin ve namus cinayetlerini Parlamento'da gündeme getiren ve tartışan milletvekillerinin ele aldıkları örnek olayların ortak özellikleri, cinayetlerin mağdurları, failleri ve cinayetlerin gerekçeleri dikkate alınarak bir ölçüt geliştirilmeye çalışılmıştır. Bu

²⁹ Örneğin; Aysan Sever - Gökççek, Yurdakul namus cinayetini şöyle tanımlamaktadır: "A generic term to refer to the premeditated murder of pre-adolescent, adolescent or adult women, by one or or male members of her immediate or extended family. These killings are often undertaken when a family council decides on the time and form of execution due to an allegation, suspicion or proof of sexual impropriety by the victim" (www.utsc.utoronto.ca/~socsci/sever/pubs/honorkillings.html). (Bu tanıma göre bir namus cinayetinden sözedilebilmesi için, genç kız ya da kadınların, bir ya da birden çok, yakın ya da uzak akrabalık ilişkisi içinde olduğu erkek tarafından, kasıtlı olarak öldürülmesi gerekmektedir. Buna ek olarak, bu cinayetlerin bir aile meclisinin, cinayetin zaman ve biçimine ilişkin kararıyla gerçekleştiği belirtilmektedir. Cinayet nedeni olarak da genellikle, kurbanın cinsel açıdan uygunsuz bir davranışta bulunduğu dair bir iddia, kuşku ya da kanıt ileri sürülmektedir). Krş. Amnesty International Report, 1999 (Index: ASA 33/17/99); Amnesty International: "Turkey: Women confronting family violence" (<http://web.amnesty.org/library/Index/ENGEUR4401320004>).

doğrultuda, bu yazıdaki Yargıtay kararlarının analizinde şu ölçütler esas alınmıştır: Bir namus cinayetinden sözedilebilmesi için,

- Mağdur, aile üyelerinden biri tarafından öldürülmüş olmalıdır. Ancak burada aile kavramı yalnızca üçüncü derece dahil alt ve üstsoydan kan ve sıhrı hısımlığını değil, geniş anlamda aileyi kapsamaktadır. Bu nedenle, suçun faillerinin ve mağdurlarının kendi yorumları ile sosyal çevrelerinin kararlara yansıyan önkabulleri de dikkate alınmıştır. Bunun nedenlerinden birisi de, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun haksız tahrik hükümlerini uyguladığı bir kararında *"memleketlisi olan ve aynı semtte oturduğu"* kızlara laf atan birisini öldüren sanığın bu durumdan *"şedit elem"* duymuş olduğunu kabulü ceza indirimi uyguladığı bir karardır.³⁰

- Mağdurun cinsiyeti sadece kadınlarla sınırlandırılmamıştır.

- Faillerde yaş ve cinsiyet sınırlamasına gidilmemiştir. Namus cinayetlerinde failer genellikle erkek olmakla birlikte, kadınların da özellikle zehirleme yoluyla öldürmede fail oldukları görülmektedir. *"Aile meclisi"* kararıyla işlenen namus cinayetlerinde failer henüz reşit olmayan aile üyeleri arasından seçilmekle birlikte, yaş küçüklüğü kendi başına bir ölçüt değildir.

- Kararların seçilmesinde, bağımsız bir namus tanımı yapıp bu doğrultuda ilgili kararları aramak yerine, ayrıntılı olarak açıklanmasa, hatta sadece adının anılmasıyla yetinile bile, gerekçesinde ya da savunmada *"namus"*, *"şeref"*, *"onur"*, *"gelenek"*, *"töre"*, *"ailenin adının lekelenmesi"*, *"iffet"*, *"gayri ahlâki ilişki"*, *"zina halinde yakalama"*, *"mazbut olmayan yaşantı sürdürme"* veya *"örf ve âdetin"* cinayete neden olduğunun belirtilmesi ya da bunun zımnen kabulü yeterli görülmüştür.

- Haksız tahrik unsurları zımnen ya da açıkça varsayılsa bile, haksız olduğu inancı ile hareket edilen fiil, failin kendisine yönelmemiş olmalıdır. Yani kendisine tecavüz eden, kötü muamelede bulunan birisini öldüren kadın failin durumu, namus cinayeti tanımının dışında tutulmuştur.

- Kararlarda gerek mahkemenin, gerekse savunma ya da iddia makamının varsaydığı yukarıda anılan değerlerin sosyolojik doğruluğu sorgulanmamış, taraflar tarafından kabulü ya da geçerli olduğu varsayımı kabul edilmiştir.

³⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1989/1-133, K. 1989/192, T. 22.05.1989, *Yargıtay Kararları Dergisi*, C. XV, S. 10, Ekim 1989, s. 1468-69.

• Öldürme saikiyle bir saldırı olduğu saptanmış ise, fiilin tamamlanıp tamamlanmadığı, yani ölümün gerçekleşip gerçekleşmediği dikkate alınmamış, öldürme saikinin saptandığı durumlardaki yaralama eylemleri de örnek olaylara dahil edilmiştir.

Birçok kararında Yargıtay, mağdurun “*iffet*”inin, “*namus*”unun gerçekten de iddia edildiği gibi kuşkuolu olup olmadığını sormuş, aksinin kanıtlanmamasını haksız tahrikin red nedeni olarak değerlendirmiştir. Bu akıl yürütmeye zımnen, çoğu zaman da açıkça, cinayete gerekçe oluşturan “*namus*” adı altında toplayabileceğimiz değerler, hafifletici neden olarak kabul edilmiştir.

Bunun yanı sıra Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun çeşitli kararlarında haksız tahrik, “*failin, haksız bir eylemin doğurduğu öfke ve elemin etkisi altında hareket ederek suç işlemesi*” olarak tarif edilmiştir. Bu halde fail, “*haksız fiilin doğurduğu öfke veya elemin tesiri altında, suç işleme yönünde önceden bir karar vermeksizin, dışarıdan gelen etkinin ruhsal yapısında yarattığı karışıklığın sonucu olarak suç işlemeye yönelmektedir*”.³¹ Yargıtay’ın bu yeni tarihli kararında haksız tahrikin uygulama alanını daraltmaya yöneldiği ve haksız tahrik indirimini zaman ve saik açısından sınırlamaya çalıştığı görülmektedir. Ancak dikkat çekilmesi gereken önemli nokta, soyut olarak unsurları saptanmış haksız tahrikin somut olayda halen klasik ahlâk anlayışına dayanması ve namus kavramının çok geniş, muğlak ve keyfi yorumlanmaya devam edilmesidir. Nitekim sözü edilen Ceza Genel Kurulu kararında Yargıtay, “*sanığın yetiştiği ortam, içinde yaşadıkları sosyal çevrenin durumu ve olağan yaşam koşulları nazara alındığında, evli bir kadının gündüz vakti evde bir erkekle birlikte bulunmasının ve erkeğin kuşku uyandıracak şekilde bir odada kapıyı kilitleyip oturmasının doğal karşılanamayacağı açıktır*” gerekçesiyle, sözü edilen erkeğin öldürülmesinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını yerinde bulmuştur.

Yargıtay’ın yirmi sekiz yıllık zaman dilimindeki kararlarına bakıldığında, namus kavramının hukuk normlarının yorumunda sıkça kullanılan bir araç olduğu ve toplumda belli bir oydaşmaya karşılık geldiğinin varsayıldığı görülmektedir. Bu temel varsayımın doğal bir sonucu olarak, haksız tahrik hükümleri uygulanırken namus kavramı fail-mağdur ilişkisinde hep fail lehine bir yorum aracı haline gelmekte, namus saikli her türden suç, otomatik bir hafifletici nedenle indirme tabii tutulmaktadır. Bu

³¹ Bkz., YCGK E. 2003/1-173, K. 2003/198, T. 24.06.2003. Ayrıca krş. YCGK E. 1990/1-176, K. 1990/194, T. 25.06.1990; YCGK E. 1989/1-99, K. 1989/159, T. 24.04.1989; YCGK E. 1989/1-55, K. 1989/113, T. 20.03.1989; Y. 4. CD, E. 1993/5283, K. 1993/6515, T. 05.10.1993.

genel tabloya bakıldığında Yargıtay'ın, bir temyiz mercii olarak hukukun önverilerini sorgulayarak geliştirme ve hukuk yoluyla toplumun değerlerini dönüştürme işlevini namus kavramı sözkonusu olduğunda yerine getirdiği söylenemez.

V. YENİ CEZA KANUNU DÜZENLEMESİ: TCK 82 VE TCK 29

Meclis'te ve kamuoyunda uzun süren tartışmalardan, çeşitli soru önergelerinden ve kadın örgütlerinin yürüttüğü çeşitli kampanyalardan sonra Türk Ceza Kanunu'nda haksız tahrik hükümleri yeniden düzenlenmiş ve töre saikiyle kasten öldürme suçu, nitelikli öldürme olarak kabul edilmiştir. Bu yasal düzenleme ilk bakışta, namus cinayetlerine yönelik toplumsal tepkilerin hedefine ulaştığı izlenimini uyandırır da, TCK 29 (haksız tahrik) ve 82'nin (nitelikli öldürme) lafzına, sistematığına ve ilgili maddelerin gerekçelerine baktığımızda, önümüzdeki dönemde de yargıya önemli bir yorum görevi düştüğü görülmektedir. Eğer yargı organları, yukarıdaki Yargıtay kararlarında küçük bir izdüşümünü gördüğümüz toplumsal değerlere ilişkin yorumlarını gözden geçirmezlerse, namus cinayetleri adı altında tanık olduğumuz vakaların failleri, düşük cezalarla cezalandırılmaya devam edeceklerdir.

TCK 82. maddesinin j bendinde kasten öldürme suçunun nitelikli halleri arasında töre saikiyle kasten öldürme de sayılmıştır. Buna göre, töre saikiyle öldürmede fail, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına çarptırılacaktır. Madde gerekçesine göre ise, töre saikiyle kasten öldürmenin uygulanabilmesi için, somut olayda haksız tahrik koşullarının bulunmaması gerekmektedir. Yani medyada yansıtıldığı aksine, haksız tahrik hükümleri namus cinayetleri kapsamına giren suçlarda tamamen yasaklanmamış, aksine, haksız tahrik unsurlarının varlığı, nitelikli kasten öldürmenin uygulanmasına engel kabul edilmiştir. Bu durumda, haksız tahrikin yeni düzenlemesine ve tanımına bakmak gerekli olacaktır.

Yeni TCK 29. maddesine göre *"haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye"* belirli ceza indirimlerinde bulunulur. Bu düzenlemede açıklığa kavuşturulması gereken husus özellikle, *"haksız fiil"*le neyin kastedildiğidir. Madde gerekçesinde, namus cinayetlerine ilişkin tartışmaların özellikle dikkate alındığı ve yeni düzenlemenin geçmişteki geniş haksız tahrik yorumlarına bir sınır getirmeyi amaçladığı görülmektedir. Ancak düzenlemenin bu halinde de hâlâ açık noktalar vardır ve durum öncelikle, namus cinayetlerindeki suç unsurlarının kapsamlı biçimde belirlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki:

Gerekçeye göre, hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir ki, bu durumda “*ülkemizde özellikle töre veya namus cinayeti olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçilmektedir*”. Yukarıdaki Yargıtay kararlarında da görüldüğü gibi, namus cinayetlerinin kapsamı, medyaya yansıyan ve ne olduğu tam olarak bilinmese de “*aile meclisleri*”nin kararıyla işlenen “*akraba içi*” cinayetlerin çok ötesine geçmektedir. Kamuoyundaki ve Meclis’teki tartışmalar haklı olarak öncelikle kadın mağdurlara odaklanmış olmakla birlikte, namus cinayetlerinin mağdurlarının hemen hemen yarısını da erkekler oluşturmaktadır. Ayrıca fail çevresi dar anlamda akrabalık ilişkilerini aşan bir boyut taşımaktadır. Yasa’nın gerekçesinde ne aile tanımı yapılmıştır ne de kullanılan akraba kavramının ölçütlerine ilişkin bir ipucu verilmiştir. Bu durumda Ceza Kanunu’ndaki diğer hükümlerdeki akrabalık derecelerine bakılarak bir yorum yapma yoluna gidilebilirse de, namus cinayetlerinin kapsamı ve çeşitliliği gözönüne alındığında, böyle bir yorum çabasının sınırlılığı daha da iyi ortaya çıkmaktadır.

29. maddenin gerekçesinde, bir “*suçun mağduru*”nun içinde bulunduğu durumun fail açısından haksız fiil kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. Şöyle ki, tecavüze uğramış bir kadının ailesi, aile onurunun lekelenmesi gerekçesiyle kadını öldürme fiilinde haksız tahrik unsurunu ileri süremeyecektir. Gerekçedeki ifadeyle, “*maddedeki haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir. Ancak böyle bir haksız fiili yapan kişiye yönelik fiilin varlığı durumunda maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir*”. Geçmişteki Yargıtay kararları ve bu kararlara yansıyan alt derece mahkemelerinin mantığı ışığında, madde gerekçesinde sözü edilen türden olaylar dışında, mahkemelerin varsaydığı ya da zımnen kabul ettiği toplumun ahlâk değerlerinin haksız fiil sayılmaya devam edeceği öngörüsü yanlış olmayacaktır. Örneğin; herhangi bir suçun mağduru olmayan, ama ailesinin aksi yöndeki iradesine karşın bir erkekle cinsel ilişkiye giren, evlenen ya da şimdiye dek basına yansıyan olaylarda olduğu gibi, erkek arkadaşlarıyla sinemaya gitmek, gezmek ya da günlük hayata ilişkin basit istek ve davranışlarda bulunmak, üçüncü bir kişi tarafından değil, bizzat namus cinayetinin mağduru olan kişiler tarafından icra edilen fiiller olduğundan, madde gerekçesinde uygulanmayacağı varsayılan haksız fiil kapsamına girmeyecektir. Burada sorulması gereken, namus kavramının nasıl anlaşıldığı, haksız fiilin toplumda egemen olduğu varsayılan ahlâk değerlerine aykırı her türden davranışı kapsayıp kapsayamayacağı, kısacası, namus kavramıyla gerekçelendirilen herhangi bir fiilin haksız fiil kapsamı dışında tutulup tutulmaması gerektiğidir. Çünkü eğer haksız fiil kavramının kapsamı yalnızca bir suçun mağduru olan kadının öldürülmesinin haksızlığıyla sınırlanıp uygulama alanı bu denli daraltılırsa, namus kavramı

yine her türden şiddet eylemine gerekçe olacak ve bireylerin kişiliklerini özgürce geliştirme ve kendi kaderlerini belirleme haklarının ihlaline devam edilecektir.

Töre cinayetlerinin mağdur tanımını ve unsurlarını son derece daraltan anlayış, yeni Türk Ceza Kanunu Tasarısı Meclis'te görüşülmeye başlanmadan önce verilen, 4 Mayıs 2004 tarihli meclis araştırması önergesinde de açıkça görülmektedir.³² Önergenin mantığı, egemen ahlâk anlayışının temelini oluşturan “temiz” ve “kirletilen” kadın ayırımına dayanmakta, “zorla ve kandırılarak kirletilen kadının suçlu değil, mağdur ve mazlum olması nedeniyle” töre adına öldürülmesinin yanlış olduğu vurgulanmaktadır. Buna karşılık CHP'nin verdiği 20 Nisan 2004 tarihli, “kadınlara yönelik töre ve namus cinayetlerinin nedenlerinin araştırılarak gereken önlemlerin belirlenmesi amacıyla Meclis araştırması açılmasına ilişkin önergede”³³ ise tam da bu anlayış eleştirilmektedir. Önergeyi veren milletvekili Gaye Erbatur haklı olarak, namus cinayetlerini önlemenin öncelikli kriterinin, kadınların kendi bedeni üzerinde söz ve hak sahibi bireyler olarak algılanmaları olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle de salt mağdur ve saldırıya uğramış kadınları korumaya yönelik bir hukuki düzenleme, kadınların kendi hayatlarını diledikleri gibi belirleme ve yaşamalarının gereklerini yerine getirmenin çok gerisinde kalacaktır.

Yeni Ceza Kanunu düzenlemesinde açıklığa kavuşturulması gereken diğer bir husus da, haksız tahrik hükümleri ile töre saikiyle öldürme maddesi arasındaki ilişkidir. Namus cinayetlerinin önlenmesi için kadın kuruluşlarıyla yakın bir işbirliği içinde çalışan CHP milletvekili Gaye Erbatur, Ceza Kanunu'nun maddelerinin Meclis'te görüşülmesi sırasında,³⁴ yeni TCK 82. maddesi ile namus cinayetlerinin, haksız tahrik hükümleriyle indirim tabi tutulamayacak cinayetler olarak düzenlendiğini belirtmektedir. Verilen örneğe göre, cinsel saldırıya uğrayan mağdurun ya da yakınlarının, bu haksız fiilin etkisiyle saldırgan karşı eylemlerinde haksız tahrik hükümleri uygulanabilecekken, suçun mağduruna karşı bu nedenle meydana gelebilecek saldırılar, kişinin bedensel ve cinsel dokunulmazlığı artık yeni Ceza Kanunu'nda esas alınan ölçütler olduğundan, haksız tahrik indiriminden

³² Gaziantep milletvekili Fatma Şahin ve kırk altı milletvekilinin “töre cinayetlerinin araştırılarak alınması gereken önlemlerin belirlenmesi amacıyla Meclis araştırması açılmasına ilişkin önergesi (10/187), 4 Mayıs 2004, TBMM Tutanakları, 83. Birleşim (www.tbmm.gov.tr).

³³ Adana milletvekili N. Gaye, Erbatur'un ve altmış sekiz milletvekilinin verdiği 20 Nisan 2004 tarihli önerge (10/182), TBMM Tutanakları, 75. Birleşim (www.tbmm.gov.tr).

³⁴ TBMM Tutanak Dergisi, 15 Eylül 2004 tarihli 120. Birleşim (www.tbmm.gov.tr).

yararlanamayacaktır. Bunun yanısıra TCK 29. maddesinin Meclis'te oylanması öncesindeki konuşmasında da Erbatur'un tekrar vurguladığı gibi, mağdur olmasalar da, kadınların kendi cinsel tercihlerini istedikleri gibi yaşadıkları, bunu yaparken de toplumda geçerli olduğu varsayılan ahlâk ve değer hükümlerine uymadıkları durumlarda karşılaştıkları saldırılar da bu maddenin kapsamı dışında anlaşılmamalıdır. Örneğin; evli iken başkasıyla ilişkiye giren ya da bir erkekle ailesinin rızası olmadan birlikte yaşayan bir kadın, bir suçun mağduru olmadığından, sadece kendi hayat tercihini yaşadığından, ama toplumun - ya da sadece ailesinin - varsaydığı değerlerini kabul etmediğinden, kendisine yönelik bir şiddet eyleminde, failin ya da faillerin haksız tahrik hükümlerinden yararlanabileceği kabul edilemez.³⁵

Buna karşılık AKP adına maddenin oylanması öncesinde bir konuşma yapan Yozgat milletvekili Bekir Bozdağ'ın ve AKP Grubunun bu düşüncede olmadığı ve yeni yasa öncesindeki tartışmaların özüne ve amacına ilişkin temel bir yaklaşım farklılığının sürdüğü ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, Bozdağ'a göre töre saikiyle işlenen cinayette tahriki istisna tutan bir hüküm yoktur ve eğer hâkim haksız tahrik olduğu kanaatine varırsa, bu hükmün gerektirdiği indirimden faillerin yararlandırılması her zaman mümkündür. Bozdağ'ın verdiği örnek, tam da namus cinayetlerinin toplumsal arka planının özümsemediğine ve yasa değişikliğine rağmen mahkemelerin şimdiye dek sürdürdükleri namus tanımının esas alınmasına cevaz verildiğine iyi bir örnektir. Bozdağ'a göre, bir kişi, eşiyile birisini cinsel ilişki halinde yakaladığı zaman, irade ve şuurunu kaybederek bir cinayet işlerse ve hâkim bir haksız tahrik olduğunu takdir ederse, cezada indirim uygulanabilecektir. Bu verilen örnek, tam da eski TCK 462. maddesinin haksız tahrik unsurlarına aktarılması, daha da doğrusu, mahkemelerin 462. madde daha yürürlükteyken bile, bu suçun kurucu unsurlarının tek tek denetimi işinden kurtulmak için başvurdukları "torba hüküm" pratiğinin dolaylı yoldan tavsiyesidir. Bozdağ'ın Yargıtay'ın bu konudaki yerleşik içtihadına yaptığı atıf da, gerçekte yasakoyucunun (düzenlenen konu üzerinde genel bir oydaşma sağlandığından, bu durumda sadece Meclis'teki çoğunluk partisinin) köklü bir bakış açısı değişikliği yerine, bir vitrin değişikliği tasarladığının bir göstergesi sayılabilir.

VI. SONUÇ

Namus cinayetleri son birkaç yılda özellikle kadın örgütlerinin yoğun çabaları sonucunda kamuoyunun gündemine yerleşti. Ama bu dönemde

³⁵ TBMM Tutanak Dergisi, 14 Eylül 2004 tarihli 119. Birleşim (www.tbmm.gov.tr).

basına yansıyan haberlerin yoğunluğu, ne namus cinayetlerinin yeni bir olgu olduğunun ne de bu suçun son yıllarda bir artış gösterdiğinin bir kanıtı olarak algılanamaz. Her toplumsal olayda olduğu gibi, ilgili aktörlerin medya aracılığıyla seslerini duyurması, namus cinayetlerinin de günlük hayatın görünmezliğinden kurtulup üzerinde açıkça konuşulup tartışılan bir konu haline gelmesine yardımcı oldu. Ancak her ne kadar sürdürülen tartışmalarda üzerinde tartışılan konunun kapsamı ve sınırı hakkında bir fikir birliği varmış gibi görünse de, namus cinayetleri kavramının mağdur, fail ve saikleri henüz tam anlamıyla saptanabilmiş değildir.

Namus cinayetlerinin uluslararası platformda kabul gördüğü haliyle öncelikli mağdurlarının kadınlar olduğu kuşku götürmez. Geleneksel cinsiyet rollerinin sürdürüldüğü toplumlarda kadının ikincil rolü ve geniş anlamda ailenin namusunun kadınlarda cisimleştiği artık itiraz edilmeyen bir gerçekliktir. Nitekim Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) ve BM Pekin+5 Sonuç Bildirgesi'nde namus cinayetleri kadınlara yönelik şiddet kapsamında değerlendirilmektedir. Ama namus cinayetlerinin mağdurları yalnızca kadınlarla sınırlı değildir. Kendi yaşamları üzerinde tek söz sahibi olmak isteyen, cinsel tercihlerini kendi dilekleri doğrultusunda yaşamak isteyen kadınların seçtikleri erkekler de namus cinayetlerinin kurbanları arasındadır. Yargıtay kararlarının 1975-2003 arasındaki içtihatlarına bakıldığında, namus gerekçesiyle işlenen cinayetlerin mağdurlarının yaklaşık yarısının erkekler olduğu dikkat çekmektedir. Bu çağdışı suçun toplumların hayatından tamamen silinmesinin bir gereği de, namus kavramının yayıldığı toplum alanlarını ve kapsadığı kişileri doğru saptamaktan geçmektedir.

Türkiye'deki kadın örgütlerinin yoğun çabaları sonucunda ve bazı milletvekillerinin aktif desteğiyle yeni Türk Ceza Kanunu'nda töre saikiyle kasten öldürme, nitelikli suç kapsamına alındı. Bunun yanısıra haksız tahrik hükümlerinin uygulanması için haksız fiil şartı kondu. Ancak bu iki yeni madde arasında açık bir bağlantı kurulmadığı gibi, Meclis'teki yasa görüşmelerinden ve madde gerekçelerinden anlaşıldığı kadarıyla, namus cinayetlerinin tanımı olabildiğince dar yorumlanmakta ve Yargıtay'ın geçmişteki yerleşik içtihadının devamına olanak sağlayacak namus ve haksız fiil bağlantısı kurulmaktadır. CHP milletvekili Erbatır'un haklı olarak dikkat çektiği, namusla gerekçelendirilen hiçbir suçun haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağı yönündeki görüşü, AKP grubu tarafından kabul edilmemektedir. Buna görüşe göre, sadece tecavüz kurbanı olan bir kadının ailesi tarafından öldürülmesi halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması sözkonusuyken, başkasıyla birlikte olarak kocasını "kışkır-

tan” bir kadının öldürülmesi halinde koca, karısının haksız fiili nedeniyle indirimden yararlanabilecektir.

Töre saikiyle kasten öldürmenin tanımının yapılmamış olduğu ve bu yasama sürecinde belli bir mağdur/fail prototipinin önplana çıkarıldığı gözönüne alınırsa, yukarıda eleştirilen Yargıtay içtihadının yeni yasa döneminde de uygulanmaya devam edeceği öngörülebilir. Bu nedenle kadın örgütlerinin işi henüz başlıyor. Çünkü şimdi yapılması gereken, hukukun ete kemiğe bürünmesi sürecinde yargı organlarının toplumun öncü motoru olmasını sağlamak ve öncelikle yargıçların toplumun feodal namus anlayışından sıyrılmasını sağlamak olmalıdır.

ATEŞLİ SİLAHLARLA MÜCADELEDE TEORİK YAKLAŞIMLAR

Dr. Mustafa T. YÜCEL LLM, JSD*

Şiddet, yaşamın doğal bir ögesi olma eğilimi gösterirken; karşılıklı konuşma ve diyalogun yerini alma yolunda; kendisini “bağırma” biçiminde de (yönetim ile diyalog kuramayan/toplu işten çıkarılan/hak kaybına uğrayan ve suskunların bağırması olarak) göstermektedir. Bu süreçte kişilerin ateşli silah ve bıçağa artan ölçüde sarıldığına da tanık olunmaktadır: 2003 yılı Adalet İstatistikleri’ne göre, 100.000 nüfustaki adam öldürme ve müessir fiil suçlardan açılan kamu dava oranları sırasıyla 30 ve 178; sanık sayısı oranları ise 47 ve 282 gibi yüksek bir seviyede bulunmaktadır. Öte yandan, intiharların da %21’inde ateşli silah kullanıldığı görülmektedir. 1992-1996 yıllarını kapsayan beş yıllık sürede 6136 sayılı Ateşli Silahlar Kanunu’na aykırılıktan açılan kamu davasında %83’lük bir artış görülürken; yüz bin nüfusa oranla bu artış ikiye katlanmış; sanık sayısındaki artış ise %4 olmuştur. 6136 sayılı Kanun’a aykırılıktan 2003 yılında açılan kamu davası 19.622, sanık sayısı 25.902 bunlardan 1035’i 12-18 yaş grubundadır. Bu istatistiğinde belgelediği üzere anılan yıl içinde 25.902 kişinin illicit silah sahipliği ve/ya kullanımı söz konusudur. Kurşun acımasızca, duygu yüklü ve çoğu kez aklı dışlayan bir gerekçeyle hedefine varmakta; karavana oranı minimal ölçüde olmaktadır. Verileri güncelleştirmek üzere aşağıda 1998-2003 yılları değerlerine yer verilmiştir.

Öte yandan avda ve sporda kullanılan silahlara özgü 2521 sayılı Özel Kanun İhlali olarak açılan kamu davası 2003 yılında 9915 ve sanık sayısı (10953’i erkek ve 217’si kadın olmak üzere) 11.170’ bulmaktadır

* Çankaya Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Başkanı.

CEZA MAHKEMELERİNE 6136 SAYILI KANUN İLE İLGİLİ AÇILAN DAVA VE SANIK SAYILARI (1998-2003)										
	Açılan Dava Sayısı	12-15 yaş		16-18 yaş		19+yaş		Toplam		
Yıllar		E	K	E	K	E	K	E	K	Toplam
1998	27423	249	6	1341	34	32063	565	33653	605	34258
1999	24633	124	8	1090	39	29586	504	30800	551	31351
2000	21515	224	7	876	86	26295	445	27395	538	27933
2001	23547	86	4	849	18	28803	597	29738	619	30357
2002	20644	121	5	849	12	25002	702	25972	719	26691
2003	19622	143	3	870	19	24283	584	25296	606	25902

Suçların işlenmesinde ateşli silah kullanım oranı da gittikçe yükselmekte ve son üç yılda polis bölgesindeki “ruhsatsız silah” oranı ortalaması %87’i bulmaktadır. Bu oran 2004 yılı ilk altı ayı için %79.5 oranındadır. 2002 yılında İstanbul Adli Tıp Kurumu’nda incelemeye alınan ateşli silahlarla işlenmiş suçların %66’sında silahın “ruhsatsız” olduğu saptanmıştır (T., Özdeş, 2003). Dağılım tablosu şöyledir:

Ruhsat Durumu	%
Yok	66.0
Bulundurma	6.0
Taşıma	6.0
Av Tezkere ve Sahip. Bel.	22.0
Toplam	100

Aşağıda tabloda Türkiye ve ABD’de (ruhsatlı+ruhsatsız) silahın belli suçlarda suç aleti olarak Türkiye ve ABD’de kullanılması oranlarına yer verilmiştir.

	Müessir Fiil	Gasp	Adam Öldürme
	%	%	%
Silahla	14	9	33
Silahsız	86	91	67
Toplam	100	100	100
	(18.979)	(1069)	(2074)

Kaynak: Emniyet Genel Müdürlüğü, 2003.

Bu tablo polis bölgesindeki adam öldürme suçlarının %33'ünde silah kullanıldığını; bıçakla adam öldürme oranında aynı seviyede olduğu; müessir fiil suçunda ise bıçak kullanımının silaha nazaran 5.3 katı olduğu görülmektedir.

1992 yılında ABD'deki müessir fiil, gasp ve adam öldürme suçlarında silah kullanım oranını Türkiye'ye oranla daha ciddi bir tablo sergilemektedir:

Müessir Fiil	Gasp	Adam Öldürme
%	%	%
Silahla	25	40
Silahsız	75	60
Toplam	100	100
	(1.126.974)	(672.478)
		(23.760)

Kaynak: FBI Uniform Crime Reports, 1992.

Bu tablo ABD'de polise rapor edilen tüm ciddi müessir fiillerin dörtte biri, gaspların %40'ı ve tüm adam öldürme suçlarının üçte ikisinden fazlasında silah kullanıldığını göstermektedir. Şiddeti içeren suçlar örneğin; müessir fiil ve gasp suçlarında silah kullanılması mağdurun öldürülmesi riskini artırmaktadır. Diğer suçlar açısından benzer oranlara sahip ABD, adam öldürme suçlarında Avustralya, Hollanda ve İngiltere gibi batılı ülkelerden yüksek bir oran sergilemektedir. Kesici aletten beş katı ölüme sebebiyet veren silah, ABD'deki adam öldürme suçlarında önemli bir yer tutmaktadır. Dünya Sağlık Teşkilatı verilerine göre, adam öldürme suçlarında, ABD, Kuzey İrlanda'nın iki katı; öteki batılı ülkelerdekinden de en azından üç katı bir orana sahip bulunmaktadır.¹ Bu profili etkileyen önemli parametre, 150-200 milyon tahmin edilen ateşli silahların varlığıdır. Nüfusa oranla ülkemizdeki görüntü de iç açıcı değildir: Satılan silah ve tüfek sayısı, son sekiz yılda (1990-1997) %358 oranında bir artış göstererek, bu süredeki toplam silah satış miktarı 260.770 olurken;² son on yıl

¹ Dünya Sağlık Teşkilatı 1992 yılı Adam Öldürme oranları (100.000 nüfus)

Ülke	Oran
ABD	18.5
Kuzey İrlanda	9.7
Finlandiya	6.9
Türkiye	11.0 (*)

1992 World Health Statistics Annual, 1993

(*) Taksirle ölüme sebebiyet suçlarında bu oran 29'a yükselmektedir. Bk., Adalet İstatistikleri, 1996

² "Vatandaş yılda 11 trilyona silahlandı" Hürriyet (19/5/1998) s. 9.

(1987-1996) içerisinde polis bölgesinde ele geçirilen tabanca sayısı 95.114; 1987 yılına göre ele geçirilen tabanca sayısındaki artış oranı ise 1996 yılında % 612'dir.³

Ateşli Silahlarda Arz ve Talep

Arz bakımından dünya üzerinde elli ülkede üç yüz şirket ufak silah, malzemesi ve teferruatını üretmekte; bunlardan yüz yirmi beş şirketin yirmi dört Avrupa ülkesinde yoğunlaştığı görülmektedir.

Talep bakımından, illicit silahlar için dört tür potansiyel alıcı bulunmaktadır: organize suç işleyenleri de içermek üzere "normal suçlular"; teröristler; askeri amaçlı silah alıcıları ve özellikle ambargo nedeniyle yasal yolları kullanamayanlar, kültürel norm gereği illegal silah edinenler ile kolluk güçleri oluşturmaktadırlar.

Ateşli Silahlar Konusundaki Düzenleyici Rejimler

Silahların normatif düzenlenmesindeki başlıca temel sorunlar şunlardır:

1. Kimlerin ateşli silah üretip, satabileceği, ihraç ve ithal edebileceği?
2. Kimlerin ateşli silah edinebileceğidir?

Bu çalışmada ikincisine ağırlık verildiğinden, askerler ve kolluk güçleri dışında ateşli silahlara sahip olanlar genel hatlarıyla şöyle sınıflandırılabilir:

2.1 "Kendini koruma" için ateşli silah ihtiyacı olanlar,

2.2 Avlanma veya boş zamanları değerlendirme olarak atış yapanlar (target shooting);

2.3 Koleksiyoncular.

³ İçişleri Bakanlığı. *Asayiş Olayları Değerlendirmesi*, Ankara 1997, s. 66; suçun işlenmesinde (örneğin; adam öldürme veya gasp suçlarında) ateşli silah kullanılmış ise, istatistikler, silahın ateşlenmesi ile yalnızca tehdit amacıyla kullanılması ve yine ateşli silahın ruhsatlı veya ruhsatsız olmasının belirlenmesini sağlamalıdır. 1985-1986 yıllarında Ankara yarı açık cezaevinde iki yüz otuz dört adam öldürme hükümlüsüne uygulanan anket sonucuna göre ateşli silah kullanım oranı %59'dur: T., İçli, "Adam Öldürme Olayında Sosyo-Ekonomik ve Kültürel Faktörlerin Önemi" *HÜ Edebiyat Fak. Dergisi* C. 4, S. 2, (Ekim 1987) s. 40; Bkz., Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R (84) 23 sayılı Ateşli Silahlara İlişkin Ulusal Yasaların Uyumlaştırılması Hakkındaki Tavsiye Kararı (Madde 1).

Avrupa ülkelerinde İsviçre dışında silaha sahiplik bir hak olarak görülmemektedir. Ülkelere özgü düzenleyici normları/rejimleri sergilemek bu düzenlemelerin etkili olup olmadığı sorusuna yanıt vermeyeceğinden fazla ayrıntıya girilmeyerek normatif genel çerçeveye aşağıda yer verilmiştir. Bu konuda önemli olan ve hukuk sosyolojisi açısından değerlendirmeyi gerektiren sorular,¹) silah kontrol rejimine özgü “*kitabı hukukun*” “*eylemsel hukuka*” yansıyıp yansımadığı? 2) Ülkemize özgü farklı bir kontrol rejimi uygulanmış olsa idi, durum bugünküden farklı olacak mıydı? Birinci soruya özgü yapılmış bir araştırma yok ise de,⁴ yazarın ampirik bulgulara dayalı olarak geliştirdiği “*Türkiye’de Hukukun Sosyal Teorisi*” genel olarak bu soruya “*hayır*” denilmesini telkin edicidir. İkinci soru ise, kuşkuyu davet eder bir nitelikte, kontrol rejimi ötesinde sosyal değişkenlerin rol ve öneminin küçümsememesine işaret etmektedir: Ülkemizde “*Silah, at ve avrat*” kültürel aksiyomu karşısında kontrol rejiminin ne derece etkili olabileceği sorusu sosyal psikolojinin gündemini oluşturmaktadır. Araştırmaların önerdiği üzere, kişilerin hukuka uyarlı davranış sergilemelerinde cezai yaptırım tehdidinin rolü az, buna karşın; (1) hukuka karşı geldiklerinde buldukları sosyal grubun tepkisi ile (2) kişilerin kendilerini doğru şey yapmak isteyen ahlaki varlık olarak görmelerinin etkisi ise daha fazladır. İnsanlar yetiştikleri kültürün ahlaki standartlarını içselleştirirler. Bu süreçte, içsel ahlaki standartların aynı eylemi doğru görürken, dışsal normların yanlış olarak etiketlenmesi sonucu kişilerin ceza hukukuna duyarlılığı azalmaktadır. Belli bir eyleme karşı kanun çıkarılması bir norm davranışı yaratamayacağı gibi kanunlar tek başına toplumsal kabulü de zorlayamaz. 1920’lerin ABD’deki içki yasağı halkın büyükçe bir kesimin desteklemesine karşın hukukun normları değiştirmede sınırlı bir kapasitesi olduğuna işaret etmektedir. Aynı bulgular 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu için geçerlilik kazandı. Hiç kuşkusuz, bu konuda kültürümüze özgü tarihsel sosyoloji bağlamında araştırmalara gereksinme duyulmaktadır.

Avrupa genelindeki ulusal düzenlemelere özgü müşterek öğeler şunlardır:

- Ateşli bir silaha sahip olmanın standart koşulları yaklaşık olarak, asgari bir yaşta olunması; sabıkanın olmaması; akıl hastası veya geri zekalı olmaması; sorumlu bir şekilde silah kullanabilecek ve kamu için tehlike oluşturmaması; ve uyuşturucu madde/alkol bağımlısı olmaması;

⁴ İstisnai nitelikteki araştırmalar arasında Burton’un (1990) İngiltere’de ateşli silah ruhsatı verilmesindeki polis takdiri üzerine bir çalışması; Kruisink ve Kouwenberg’in (1991) Hollanda’da ateşli silah kontrol faaliyeti çalışması ile Thomsen ve Albrektsen’in Danimarka’da 1986 yılında oldukça katı bir Ateşli Silahlar Yasası kabulünün etkileri üzerine bir çalışması yer almaktadır.

• Silah ruhsatı genelde idarenin takdirine bırakılmış olup; talep sahibinin “*meşru bir gerekçe*”si (diğer bir anlatımla talep sahibinin toplumdaki kişilerden daha fazla tehlikede) olması;⁵ avlanma ve “*target shooting*” için ruhsatların kendini savunu için talep edilenlerden daha kolay elde edilmesi;

• Ateşli silah ruhsatının belli bir süre için verildiği;⁶

• Belli koşulların varlığı halinde silah ruhsatının iptal edileceği;

• Ruhsata gerek olmayan (unlicensed) silahlar, beyanın yeterli olduğu silahlar, ve ruhsata ihtiyaç olan silahlarla yasaklanmış silahlar arasında bir ayırımın genelde yapıldığı;

• Bazı ulusal rejimlerde talep sahibinin silah kullanımında eğitim aldığı belgelenmesi; ve ayrıca Almanya örneğinde olduğu gibi bir sınavdan da geçmesi gerektiği (Alman Ateşli Silahlar Kanunu m. 7); ve

• Bazı ülke rejimlerinde Almanya örneğinde olduğu gibi silah taşıyanların sorumluluk sigortası yaptırmasıdır.⁷

Silah Rejimindeki Bölgesel Düzenlemeler

Avrupa’da ateşli silahların bölgesel düzenlenmesinde iki sistem varlık göstermektedir. Birincisi, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış, Türkiye’nin de taraf olduğu “*Kişilerin Ateşli Silah Edinmesi ve Sahiplenmesinin Kont-*

⁵ Ateşli Silah ...Yönetmeliği 7. maddesi (a) bendi “... maruz kalınacağı muhtemel tehdit ve tehlikenin herhangi bir somut olaya, bilgi veya belgeye dayandırılmaması durumunda, silah taşıma izni verilmesinde, İçişleri Bakanı’nun veya yetki devri yapılmış ise, valinin takdir yetkisi esas alınır.” hükmü rasyonel bir düzenlemeden yoksun keyfi bir uygulamaya elverecek niteliktedir. Bu düzenlemede “takdir” yerine “keyfi” terimi yer almalıdır; çünkü, takdirin işlevi için bir çerçevenin olması gerekmektedir. Alman Ateşli Silahlar Kanunu 19. maddesi uyarınca, “(1) Silah ve cephaneyi aşağıdaki nedenlerle aldıklarını inandırıcı olarak kanıtlayan kişilerin silah ve cephane satın alma ve bulundurma ihtiyaçları kanıtlanmış demektir:

1. Toplumdan çok daha fazla olarak hayati tehlikeye maruz kalanlar,

2. Silah ve cephane satın alınmasının bu tehlikeyi azaltmak için uygun ve gerekli bir araç olduğunu kanıtlayanlar.

(2) Silah ve cephaneyi 1. bent uyarınca koşulların ev dışında, iş yerinde ve kendisine emanet edilen yerlerde gerekli olduğunu inandırıcı olarak kanıtlayan kişilerin silah ve cephane taşıma ihtiyaçları kanıtlanmış demektir.

⁶ Ateşli Silahlar Kanunu madde 6: “Bu Kanun kapsamına giren silahlar için verilen taşıma ve bulundurma ruhsatları yenileme harcı alınmak şartı ile beş yıl için geçerlidir.” Mukayeseli hukuk açısından en uzun olduğu saptanan bu sürenin ülkemizde üç yıla indirilmesinde (Bütçe girdisi açısından da) yarar görülmektedir.

rolü" üzerine Avrupa Sözleşmesi'dir. 1 Temmuz 1982 tarihinde yürürlüğe giren bu Sözleşme ateşli silahların illegal trafiğini önlemeyi amaçlamaktadır. Bu Sözleşme'ye göre, başka ülkede ikamet eden bir kişiye silah satıldığında bilgisi ülkesine veya devamlı ikamet amacıyla başka ülkeye gittiğinde bilgisi o ülkeye intikal ettirilecektir (m. 5, 6 ve 7) Silah temini bakımından "double authorisation" ilkesi benimsenmiştir: Ülkede ikamet etmeyen ateşli silah alıcıları veya elden edenlerin o ülkeden alınacak yetki belgesi yanında ikamet ettiği ülkeden de yetki belgesi alması gerekmektedir (m. 10).

İkinci enstrüman, Avrupa Birliği'nce hazırlanmış olan "Silahların Elde Edilmesi ve Sahiplenmesinin Kontrolü Direktifi"dir.⁸ Direktif kontrol için minimum standart belirlemekte olup; çoğu üye ülkeler yürürlükte bulunan daha katı standartları koruyabilmektedir.

Şimdilik söylenebilecek, bu iki enstrümanın etkinliği veya tesiri üzerine yapılmış bir araştırma olmadığından kontrol rejimi olarak bir değer hükmünden yoksun olduklarıdır.

Avrupa Konseyi açısından anılan Sözleşme'nin uygulamasında harmoni ve birlik sağlamaya, etkili işlemesine yönelik çalışmaları doğrultusunda R (84) 23 sayılı Bakanlar Komitesi'nin "Ateşli Silahlar Hakkındaki Ulusal Yasaların Harmonileştirilmesi" Tavsiye Kararı kayda değer bir belgedir. İstatistik ölçmesi bakımından ateşli silah içeren bir suç (örneğin; adam öldürme veya gasp) kolluk güçlerine rapor edildiğinde ateş edilenle yalnızca korkutmak amacıyla kullanım arasında ve keza legal/illegal bulundurma açısından bir belirleme yapılmasını ön görmektedir. Ülkemizde bu norma uyarlı istatistik düzenlenmesine başlanmıştır.

Teorik Yaklaşımlar

Silah suiistimali ile yasal düzenlemeler arasındaki ilişkiyi saptamak üzere iki metoda başvurulduğu görülmektedir:

⁷ Nitekim Umut Vakfı'nca, Yeni Ateşli Silahlar Kanunu Taslağı'nda yer almak üzere aşağıdaki öneri geliştirilmiştir: "Yaralanma/ölüm hallerinde zarar gören mağdurların tedavi, maddi manevi kayıplarının tazmin edilmesi ve yargılama giderleri ile hürriyetten yoksunluk durumunda cezaevi masraflarının bu sigortadan karşılanmasını sağlamak üzere silah ruhsatlarına zorunlu sorumluluk sigortası getirilmelidir." Alman Ateşli Silahlar Kanunu 4./5 maddesi uyarınca "Silah ruhsatı veya atış yapma izni başvurusunda götürü olarak, kişi ve eşyaya vuku bulacak zararlara karşı bir milyon Euro tutarında bir sorumluluk sigortası yaptırıldığıının kanıtlanmış olması gereklidir."

⁸ Council Directive 91/477/EEC. OJL 256/51, 9-13/1991.

- Bir ülkede saptanan silah suiistimali oranlarındaki dalgalanmaların gittikçe sınırlayıcı nitelik kazanan ateşli silah kontrol hukukuna bağlanması; veya
- Farklı silah kontrol rejimine sahip iki veya daha fazla ülkedeki silah suiistimal oranlarının karşılaştırılmasıdır.

Genelde silah suiistimal oranları ile fazlaca sınırlayıcı silah rejiminin uygulanması arasında korelasyon saptandığında, bu durum ekseriya, silah hukukunun etkili oluşunun ispatı (veya en azından güçlü bir kanıtı); bu korelasyon saptanmadığında ise, bu hukukun işlev görmediği veya daha kötüsü, silah kontrol rejiminin genelde etkili olmadığına ispatı olarak görülmektedir. Kuşkusuz, bu sonuçlar beraberinde şu soruyu davet etmektedir: Korelasyonlar otomatik olarak nedenselliğe ilişkin bir sonuç çıkarılmamıza izin vermekte midir? Örneğin; 1977 yılında Kanada'da yürürlüğe giren dijital nitelikteki Silah Kontrol Yasası sonrası adam öldürme suçlarında silah kullanım oranının düşmesiyle neden-sonuç ilişkisi çıkarılabilir mi? Böyle bir saptamada, kontrol rejimine ilişkisi olmayan ve fakat böyle bir değişime katkı olasılığı olan diğer etmenlere de bakılması gerekmektedir. Bunu yapabilmek için silah suiistimal oranları ve kontrolüne ilişkin diğer etmenler hakkında da ayrıntılı bilgi sahibi olunmalı; ve bu süreçte, mevcut yasal düzenleme ile silah suiistimal oranları arasında bir ilişki olup olmadığına bakılmalıdır. Ne var ki, silah kontrol rejimlerinin etkinliği üzerine yapılan araştırmaların ekserisi geçerlik standartlarını karşılamaktan uzak bulunmaktadırlar. Bunun nedeni ise, araştırmaların ekserisinde, silah kontrol yasalarının istenilen sonucu nasıl sağlayabileceği konusunda açık veya belirgin bir teorik referansın olmamasıdır. Kuşkusuz, istenilen etkinin nasıl oluştuğuna ilişkin bir teori olmadığında, halkı (silah kontrolüne karşı olanlar ile kuşku duyanları da) bu sonucun varlığına inandırmak oldukça zor olacaktır. Bu bağlamda silah kontrol rejimlerinin silah suiistimal oranlarını nasıl etkilediğine ilişkin teorik yaklaşımlara aşağıda yer verilmiştir.

Birincisi, "sağlanabilirlik" (veya fırsat) teorisi olup, bunun iki görünümü vardır:

1. Genel sağlanabilirlik teorisi: Bu teoriye göre, silah suiistimal oranları silahların genel olarak varlığına ilişkilendirilmiş; suiistimal için fazla silah olduğunda, suiistimal oranının yüksek olacağı; varlığı az olduğunda ise, suiistimal oranlarının düşük olacağı öngörülmüştür.⁹ Bu teorinin işlev

⁹ Killias'a göre, silahın fazlaca varlığı genelde fazlaca insanın intihar ve adam öldürme mağduru olması anlamına gelmektedir. M. Killias. "Gun Ownerships, Suicide and Homicide: An International Perspective" *Understanding Crime: Experiences of Crime and Crime Control*. UNICRI Publication no: 49, Rome 1993, p. 301.

görmesi, “silahın sağlanabilirliğinin” ne olduğu ve nasıl ölçülmesi gerektiği konusunda bir anlaşma olmasına dayalı bulunmaktadır.¹⁰ Bu teori, sıkı kontrol rejimi ile silah suiistimal oranları arasında hemen hemen doğru-
dan bir ilişki varlığına değinmektedir.

2. Özel sağlanabilirlik teorisi: Buna göre, silah suiistimal oranları, silahların genel sağlanabilirliğine (halkın silahları genelde elde edebilirliğine) bağlı olmayıp, yüksek risk grubundakilere, suiistimale meyilli olanlara sağlanabilmesine bağlı bulunmaktadır. Bu görünümü ile silah kontrol rejimleri ancak suiistimale müsait gruptaki kişileri başarılı bir şekilde belirleyerek onların silah sahibi olmaları azaltıldığında etkisini gösterebilecektir. Bu teoriyi yansıtabilecek düzenlemeye, şiddet suçlarından sabıkalı/akıl hastası kişilere silah taşıma/bulundurma izni verilmeyeceğini öngören yasa örnek olabileceği gibi Ateşler Silahlar Yönetmeliği 16. maddesinde yapılan son değişiklik ile getirilen düzenlemede bu türün en ekstrem örneğidir (TC Resmi Gazete Yargı Bülteni 8/07/1997 sayı 23).¹¹ Bu düzenleme sonucu 1997 yılında verilen ruhsat sayısı 47102 iken 1998 yılında 7668'e inmiştir. Ne var ki, bu teorilerin dayanağı olan varsayımları teste elveren araştırmalar yeterlik düzeyine ulaşamamıştır.

İkinci teori, önleme teorisidir. Bu teoriye göre, silahların kontrol altına alınması, silahın toplumda ne derece sağlanabilirliğinden ziyade ateşli silah suçunun işlenmesi halinde faillerin yakalanması ve cezalandırılması olasılığının ne derece yüksek olduğuna dayalı bulunmaktadır: Potansiyel failler yakalanmaktan/ceza görmekten kurtulabilecekleri düşüncesinde iseler, ateşli silah suçları oranı yüksek olacak; yok eğer, yakalanıp ağır şekilde ceza göreceklerini algıladıklarında ise bu oran az olacaktır.¹² Ateşli

¹⁰ “Ateşli silah sağlanabilirliği”ne ilişkin araştırmalarda şu dört tür veriden biri kullanılarak ölçümleme yapılmıştır:

- Özel mülkiyetteki (tahmini) sayısı,
- Silaha sahip olanların (tahmini) sayısı,
- Bulundurma/ taşıma ruhsatlı sayısı,
- En azından bir silahın bulunduğu konut sayısı.

¹¹ Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ... Değişiklik Yapılmasına İlişkin 4534 Sayılı Kanun (Kabul T. 23.27.2000) 7. maddenin son fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: “Ateşli silahla işlenen cürümlerden hükümlü bulunanlar ile taksirli suçlar hariç olmak üzere bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olanlara (bu maddenin 1 numaralı bendinde sayılanlar hariç); affa uğramış olsalar bile hiçbir suretle ateşli silah taşıma ve bulundurma izni verilemez.”

¹² Eldeki kanıtlar irdelendiğinde şu sonuca varılmaktadır: a) Yaptırımlarda kesinliğin şiddetten daha önemli olduğu; b) Cezaevindeki nötrleştirilmenin suç oranında zayıf ve nispeten minor bir etkisi olduğu-hükümlülerden bazılarının kurumda suç işlediği veya dışarıdaki organize çeteleri yönettiği; c) Cezaevinde iyileştirme programlarından hangilerinin etkili olduğu; ve bunlardan hangilerinin hangi hükümlüler için daha

silah lobicilerinin sahiplendiği bu teorik yaklaşımla “sorumlu şekilde silah bulunduranları” hedeflemek yerine ateşli silah suçlularını ağır cezalara çarptırmakla yasaların etkili olabileceği; ve sağlanabilirlik teorisine tercih edilmesi nedeni olarak ta “silahlar öldürmez, insanlar öldürür” sloganı dile getirilmektedir.

Üçüncü teori, (Sutherland’ın “ayrıca birleşim teorisi” ile de ilişkilendirilen) sosyal öğrenim teorisidir. Bu teoriye göre, silahın uygun ve uygun olmayan kullanımları hakkında etkili sosyal öğrenim olmaksızın silah sahibi olanların suiistimal edebilme olasılıkları fazla olacaktır. Bu durumda, köyde avlanmak veya hasta/yaralı bir hayvanın acısına son vermek üzere silahın diğer tarım aletleri gibi uygun kullanımına tanık olarak yetişen bir gencin silahı suiistimal etme olasılığı, uygun olmayan kullanımlara tanık olan (şehirde yaşayan çete üyesi) bir gence göre az olacaktır. Bu yaklaşıma göre, ateşli silah sahibi olacıklara uygun şekilde sosyalleşmeyi teşvik eden veya zorunlu yapan ateşli silah kontrol yasaları, yalnızca “sağlanabilirliği kontrole” veya ateşli silah suçlarını “önlemeye” odaklanmış yasalardan daha fazla etkili olacaktır. Bu teoride, ateşli silahlar için güvenlik eğitimi, sorumlu silah sahipliği eğitimi ile silah bulunduran gençlerin yetişkinlerce zorunlu gözetimi gibi ateşli silah stratejileri önem kazanmaktadır. Yalnız, bu teoriyi test için yapılan araştırma sayısı çok azdır.¹³

Dördüncü teori, sosyal öğrenim teorisi ile önleme teorisini ilişkilendiren diğer teorik yaklaşım ise rasyonel seçim teorisidir (Cornish ve Clarke, 1986). Bu teoriye göre, kişiler kendi rasyonellik sınırları içinde amaçlarını elde etmek için silah suiistimalini (en azından kendilerine göre) en etkili ve tasvip edilir gördüklerinde bu suçu işleyeceklerdir. Silahı elde edebilirliğine karşın çok az kadının silahla intiharı yolunu seçmesi bu teoriye belirli ölçüde kanıt sağlar niteliktedir. İşte bu teoriye göre, silah kontrol hukukunun amacı “rasyonel hesaplama”ya giren unsurların değerlerini değiştirmeye odaklanmalıdır. Bu durumda, ateşli silahı seçmek konumundaki kişiler, silahı artık rasyonel bir seçenek olarak görmeyeceklerdir. Ne var ki, diğerlerinde olduğu gibi bu teoriyi test için çok az araştırma yapılmıştır.

Bu bağlamda teorik yaklaşımlardaki tanımsal sorunlara da değinmekte yarar vardır. Her şeyden önce, “ateşli silah suiistimali” (suçları) ile onun doğal içeriği olan “ateşli silaha sahip olma sorumluluğu” ve “ateşli silahın sağlana-

etkili olduğunun bilinmediğidir. Bkz., M. T. Yücel, *Kriminoloji* (Umut Vakfı Yayını) İstanbul 2004, s. 125-140.

¹³ Bakırköy Psikiyatri Tedavi ve Araştırma Merkezi’ne üç yıl içinde silah ruhsatı için başvuran 16.000 kişiden %23’ünde babanın, %18.5 ‘inde de kardeşlerin silah sahibi olduğu saptanmıştır (A. Akçan, 2004, *Bapam*).

bilirliği” kavramlarına açıklık getirilmesi; ateşli silah yasalarının etkinliği açısından ilk önce, ne türden suiistimalleri kontrol için niyetlenildiğinin saptanması önem arz etmektedir. Yasa’da amaçlanan özel amaç belirgin olmadığında da, “karanlıkta ateş etmek” gibi araştırıcı, farz edilen amacı oluşturmaya çalışacaktır. Bu amaçlar arasında da intiharı azaltmak amacına kontrol yasalarında ender olarak yer verilmesi de yasa koyucuların bu konuda tutarlı amaç/amaçlar fikrine ne kadar uzak olduğunu göstermektedir.

Öte yandan, ateşli silah stratejilerindeki etkilerin farklılığı da göz önüne alınmalıdır. Stratejilerden bazıları ateşli silahla işlenen suçlardan bazılarına örneğin adam öldürmeye etkili olabilirken, silahlı soygun veya silahla intihar olaylarında pek etkili olmayabilir. Bu açıdan ateşli silah suiistimalinin özel biçimlerine özgü nitelikleri hakkında fazlaca bilgi edinilmeli; ve özel stratejilerin amaçlarına nasıl erişilebileceği konusunda da daha etraflıca düşünmeye ihtiyacımız olduğu bilinmelidir. Şimdi bu açıklamayı bazı ülkelerde silah satın alınmak için ön görülen bekleme süresi stratejisi bağlamında irdeleyelim. Bu stratejinin etkisi konusunda iki teorik yaklaşıma tanık olunmaktadır: Birincisi, bu bekleme süresinin kişinin ateşli silah suiistimalini işlemek fikrinden vazgeçmesi için bir fırsat sağlamasıdır. İkincisi, başvuru sahibinin öz geçmişi hakkında yapılan inceleme sonucu suiistimale yatkınlığının belirlenmesi sonucu istemin reddine karar verilmesiyle suçun işlenmesi olasılığının azaltılmasıdır. Ne var ki, her iki teoride, potansiyel ateşli silah suçlarının legal yoldan silah sağlayacakları varsayımına dayalı bulunmakta; ve ruhsatsız silah bulunduranlar açısından hiçbir etkisi söz konusu olmamaktadır. Öte yandan, ruhsatlı ateşli silah sahipleri bakımından birinci teori, çoğu suçların önceden planlı olmak yerine tehevürle (impulse) işlendiği varsayımını ön görmektedir. Yalnız, bu yaklaşımın gerçeklik payının, çocuk intiharları ve aile içinde işlenen adam öldürmelerde soygun ve suikast olaylarındakinden daha fazla olabileceği göz ardı edilmemelidir. İkinci teorik yaklaşımda ise, öz geçmişleri hakkında yapılacak psiko-biyolojik-sosyal incele- menin potansiyel ateşli silah suçlarının saptanmasına elverişli profilleri olduğu varsayımına dayalı olmasıdır. Bu yaklaşımın kesin tahminlere elverişli olmadığı ve fakat bazı kişiler için diğerlerinden daha doğru olması olasılığı içerdiği bilinmelidir.

Ateşli Silahlara Ulaşabilirlik ile Adam Öldürme ve İntihar Riski Arasındaki İlişi

M. Killias, silah sayısındaki artışın şiddetle işlenen adam öldürme olgusundaki sayıyı artırıp artırmadığını test etmek üzere suç mağdurları üzerine yapılan uluslararası anket sonuçlarını analiz etti. M. Killias yaptığı değerlendirme sonucu şu bulgulara işaret etmektedir:

- Ateşli silah bulunduran mesken oranının daha yüksek olduğu ülkelerde daha yüksek bir oranda adam öldürme ve intiharların ateşli silah kullanılarak işleneceği;

- Silah sahibi mesken sayısının daha yüksek oranda olduğu ülkelerde silahla işlenen yüksek oranda adam öldürme intiharla karşı karşıya kalacakları;

- Ateşli silah sahipliğinin daha yüksek olduğu ülkelerde ateşli silahla işlenmiş adam öldürme ve intihar sayısı oranlarında, daha düşük oranlara tanık olunmayacağı;

- Ateşli silah sahipliği oranının daha yüksek olduğu ülkelerin daha yüksek oranlarda adam öldürme ve intihar olgusuna tanık olacaklarıdır.

Bu saptamalara özgü genel çıkarımı ise şöyledir: Silah bulundurma ile toplam intihar ve adam öldürme oranları kadar silaha ilişkili suçlar arasında esaslı korelasyonlar bulunduğu; fazlaca silahın varlığı halinde kişilerin kesici alet ve diğer potansiyel öldürücü enstrümanlara yönelmedikleri; ve fazlaca silahın varlık göstermesinin fazlaca intihar ve adam öldürme suçunun işlenmesi anlamına geldiğidir. Kuşkusuz, bu çıkarım mutlak olmaktan uzak olup; her ülkeye özgü ara değişkenlerin etkili olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Her ülke özgü tarihsel değerler ve varsayımlar devreye girebilmektedir. Yinelerseniz, bir korelasyonun varlığı nedensel bir ilişkinin varlığı anlamına gelmemektedir.

Özetle, farklı ateşli silah suçları ile failleri hakkında profil belirlemeleri için saptanan ateşli silah kontrol stratejilerinin olası etkileri nicelik ve nitelik olarak ayrıntılı bir şekilde araştırılmalı; İç İşleri Bakanlığı'nda, Enterpol'e sunulan bilgilerden (Interpol Weapons Incident Form) daha fazla ayrıntıyı içeren bilgi bankası kolluk ve jandarmayı kapsar şekilde oluşturulmalıdır. Bu konuda bilgi ayrıntısına değinmek üzere silahla işlenen intihar olaylarında yanıt bekleyen sorulara aşağıda yer verilmiştir:

- Silahla işlenen intiharlarda ne kadarı planlı, ne kadarı dürtüyle işlenmiştir?

- Dürtüyle intihar edenler planlı olanlara göre daha mı gençtirler?

- İntihar edenler, kullandıkları silahı ne zaman ve ne nereden sağlamıştır? İntihardan az önce sağlayanların oranı nedir?

- İntihar edenlerden potansiyel suiistimale elverişli olduğuna işaret edici nitelikleri sergileyenlerin oranı nedir?

Şiddet ve Önleme

Şiddete dayalı suçlar eskiden kınama duygusu yaratan istisnalar iken günümüzde olağan hale gelmiştir. Şiddet gibi önemli ve çaplı bir sorun, ne kadar karmaşık ve altından kalkılamaz görünürse görünsün, aslında çözülebilir ve çok düşük seviyelere indirgenebilir. Yapılacak şey var olan durumu kabul ederek en etkili mücadele yollarını bulmak ve uygulamaktır. Genelde yer alabilecek tedbirler arasında yalanla savaş ön planda yer almalı; kişiler arası ve kişilerle yöneticiler arasında diyalog kurulması/güçlendirilmesi üzerinde durulmalı; tüm kurumlar, aile, okul, iş hayatı, kamu hizmetleri ile hukuk kurallarında var olan “önleyicilik” niteliği göz önünde bulundurulmalı; özetle, toplum düzeninin şiddet karşısındaki tutumu şiddeti gereksiz kılmak ve onu ödüksüz bırakmak olmalıdır.

Silahın şiddet kültüründeki rol ve işlevi karşısında önleme açısından dikkatler şu beş temel ilkeye odaklanmalıdır:

1. Bir ülke veya topluluktaki silahlı şiddetin, ruhsatlı ve/ya ruhsatsız silahların varlığı ile doğrudan ilişkili olduğu;¹⁴

2. Silaha sahip olmanın bir “imtiyaz”lık ötesinde “hak” olarak ele alınamayacağı;

3. Silahı sınırlandırmak üzere hükümetlerce gerekli tedbirler alınmadığı sürece, silah kültürünün yaygınlaşarak kamu güvenliğinin tehdit altında kalacağı;

4. Normatif düzenlemeler¹⁵ kadar geliştirilmiş eğitim ve ihtilafları çözümleyici stratejilere ihtiyaç olduğu;

5. Bu olguya şiddeti önlemek açısından bakıldığında, en rasyonel yaklaşımın silah kontrolü yanında mermi kontrolünün de hedeflenmesi;¹⁶

¹⁴ Ateşli silahlar hakkındaki verilerin yorumlanmasında, Killias, silaha sahip olmakla silahla işlenen adam öldürme ve intihar olayları arasındaki bağıntıyı zayıflatacak derecede ara değişkenler olabileceğine dikkatleri çekmekte; bazı ülkelerde ihtilafların çözümlenmesi için şiddete başvurulmasının fazlaca kabul görmesini bir olasılık olarak belirtmektedir (Killias. *a.g.e.*, 4, p. 300). Nitekim, ABD’de Ulusal Adalet Enstitüsü’nce, tutuklularla yapılan bire bir görüşmelerde, ihtilafları çözümlmek için ateşli silah kullanımı kabul gören ve hatta revaçta olan bir davranış biçimi olarak ortaya çıkmıştır.

¹⁵ Kitabi hukukun eylemsel hukuka dönüştürülmesi diğer bir anlatımla *de jure* hukuk ile *de facto* hukuk arasındaki boşluğun azaltılması; ülke genelinde hukukun etkinliği üzerinde ciddiyetle durulması kamu düzeni açısından çok önemlidir. Hukuk sosyolojisinin bir verisi olarak, etkili bir uygulamaya kavuşturulmayan hukukun hiçbir anlamı olmayacağı artık bilinmelidir. Jandarmasız hukuk olmaz.

Mermilerin, otomobilde olduğu gibi ehliyetsiz, ruhsatsız kişilerce kullanımına karşı alınan tedbirler (alarm, baston kilit vs.) örneklerinde olduğu gibi güvenlik altında bulundurulması için gerekli tedbirler alınmalı-kötü kullanıma dirençli bir konum yaratılmalı; ve

6. Ülkelerin birlikte çalıştığı ortamda silah kontrolünün daha etkili olacağıdır.

Bu son ilke doğrultusunda ülke içinde önleyici nitelikteki kurumlar/ önlemler arasında eşgüdüm sağlanması, ceza yaptırımlarının suçluluğun yeni görüntülerine oranlı olması, cezalarda kesinlik ve ceza adaleti sisteminin etkinliği önemli kriminolojik parametreler arasında görülmelidir.

Sonuç olarak, Türkiye’de yıllarca biriken ruhsatlı/ruhsatsız silah göz önüne alındığında yetişkin insan sayısından fazla silah varlığı göze çarpacaktır. Ateşli silahla mücadelede kapsamlı olarak, Umut Vakfı kurucu başkanı Nazire Dedeman’ın vurguladığı üzere, silaha hayır diyebilmenin koşulları oluşturulmalıdır.¹⁷ Bu doğrultuda normatif düzenleme ve etkili uygulama kadar bu konuda yeni sosya-kültürel değerler oluşturmak üzere kaliteli eğitim¹⁸ ve uyuşmazlıkları çözümleyici stratejiler önemli görülmektedir. Kısaca proaktif bir yaklaşıma gereksinmemiz vardır. Bu konuda ayrıca, ulusal veya uluslararası düzende ateşli silahların kontrolündeki başarı, uluslararası toplumun desteğine dayalı bulunduğu göz ardı edilmemelidir.

¹⁶ Türkiye’de yalnızca ruhsat sahibi olanlar mermi satın alabilmektedirler. Bu miktar iki yüz eli adet mermi olup, bu miktar valilerce uygun görüldüğü takdirde bir kat artırılabilir (Ateşli Silahlar ... Yönetmeliği, m. 24, 25). Bu durumda, ruhsat sahibi olanların edindiği mermilerin illicit bir “mermi pazarı” oluşturabileceği göz ardı edilmektedir.

¹⁷ N. Dedeman, “Bireysel Silahlanmaya Hayır!” *Bizim Gazete* (1.10.1998) s. 6.

¹⁸ Umut Vakfı’nca geliştirilen ve uygulanan “Yurttaşlık Eğitimi” programı örnek bir girişim olarak yaygınlaştırılmalıdır.

VERGİ YARGILAMASI HUKUKUNDA AVUKATIN ROLÜ

Doç. Dr. Yusuf KARAKOÇ*

*Hukukçunun değeri, bilgi derecesi ile değil,
bilgisini uygulama yeteneğiyle ölçülür.
Prof. Dr. Ernst E. HIRSCH*

GİRİŞ

İnsanlar toplum halinde yaşamakta; kişiler arasında çeşitli nitelikte hukuki ilişkiler kurulmakta ya da oluşmaktadır. Bu ilişkilerin kurulması ya da oluşması ve uygulanması sürecinde birtakım anlaşmazlıklar ortaya çıkabilmektedir. Bu anlaşmazlıkların taraflarca hemen giderilememesi halinde “sorunlar” oluşmaktadır. Sorun, hukuki ilişki içinde olan taraflar arasında yorum ve/veya amaç farklılığından kaynaklanan anlaşmazlıktır. Sorun, tarafların anlaşması/uzlaşması sonucu çözülebilir/aşılabilir, sona erdirilebilir. Sorunların çözümü, tarafların müzakere etmesini, anlaşmasını/uzlaşmasını gerekli kılmaktadır. İşte, taraflar arasında ortaya çıkan sorunların yine taraflarca çözümlenmesine barışçıl çözüm yolları denilmektedir.

Hukuki ilişkinin tarafları arasında ortaya çıkan sorunların her zaman taraflarca çözümlenebilmesi mümkün değildir. Hukuki sorunların taraflar arasında çözümlenememesi halinde uyuşmazlık haline dönüşmesi kaçınılmaz hale gelmektedir. Başka bir deyişle, anlaşmazlıklar sorun; sorunlar ise, “uyuşmazlık” haline dönüşebilmektedir. Hukuki ilişkilerden kaynaklanan ve taraflarca çözüme kavuşturulamadığı için taraflar dışındaki hakem ve/veya hakim önüne taşınan anlaşmazlıklara hukuki uyuşmazlık denilmektedir. Başka bir deyişle uyuşmazlık, taraflar arasında çözümlenemeyen sorunların hakem ve/veya hakim önüne götürülmesi; hakem ve/veya mahkemeye taşınması halidir.

Hukuki uyuşmazlıkların, uyuşmazlığın tarafları dışında üçüncü kişiler tarafından çözümlenmesi gereği yargılama hukukunun oluşmasını sağlamıştır. Günümüzde, taraflar arasında ortaya çıkan hukuki anlaşmazlıkların

* DEÜ Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı.

tarafarca giderilememesi halinde oluşan uyuşmazlıklar, tarafların dışında ya hakem ve/veya hakim önüne götürülmektedir. Başka bir deyişle, aralarındaki sorunları karşılıklı anlaşma/uzlaşma çerçevesinde çözüme kavuşturamazlarsa, taraflar, bunu bir uyuşmazlık haline getirip, bunun kendileri dışında bir kişi ve/veya merci tarafından çözümlenmesini talep edebilmektedir. Çünkü, sorunların ve/veya uyuşmazlıkların uzun süre ve/veya sonsuza dek çözümsüz kalması düşünülemez.

Bu çalışmada, hukukçunun ve özellikle avukatın yargılama hukukundaki konumu, vergi yargılaması hukukunda avukatın rolü ve vekalet konuları ele alınmaktadır.

I. HUKUKÇUNUN YARGILAMA HUKUKUNDAKİ KONUMU

Hukuki sorunların ve/veya hukuki uyuşmazlıkların çözümü, hukukçuların yardımını gerekli kılmakta ve değişik sıfatlarla görev yapmasını gerektirmektedir. Nitekim hukukçular, yargılama sürecinde ya hakim, savcı, avukat, bilirkişi, hakem ya da hukuki mütalaa veren kişi olarak yer almakta ve sorunların ve/veya uyuşmazlıkların çözümüne katkıda bulunmaktadır. Her bir konumun kendine özgü görev ve sorumlulukları vardır.

Hakim, davada objektif hukukun somut olaya uygulanması sonucu ortaya çıkan adaleti tespit ve teslim etmekle görevlidir. Bu görevin yerine getirilmesinde tarafsız davranması, yani taraflardan birini diğerine tercih etmemesi gerekir. Hakim, her iki tarafın lehine ve/veya aleyhine olan bütün hüküm, karar ve delilleri değerlendirmek ve bunlardan bir sonuç çıkarmak durumundadır.¹ Ayrıca, hakim yaptığı yargılamanın niteliğine göre, mahkemeye sunulması gereken hüküm, karar ve delilleri taraflardan isteyebilmekte ve/veya re'sen kendisi toplayabilmektedir.

Savcı, kamu adına dava açma yetkisine sahiptir; davada davacı tarafını temsil etmektedir. Ancak, savcının gerçek anlamda bir taraf, yani hasım olması söz konusu değildir. Bunun bir sonucu olarak, savcının mahkûmiyet

¹ "Hakimlik faaliyeti, kanuna ve hukuka dayanan hüküm veya emir vermekten ibaretti. Hüküm verirken, en iyi bildiğiniz şekilde ve vicdanınızın emri doğrultusunda, söz konusu kişinin durumuna bakmaksızın, yani, bir insan için mümkün olabildiğince tarafsız ve 'objektif' olduğunuzu sandığınız biçimde davranırdınız. Haktan yana olanla olmayan arasında, haktan yana olanı 'kararlaştırırdınız'. Bu kararı beğenmeyene hukuk yolları açtı. Kararınıza itiraz, bir üst mahkeme tarafından reddedilirse, içiniz huzur ve hoşnutlukla dolardı; ama itiraz haklı bulunup sizin verdiğiniz karar bozulursa, belki azıcık canınız sıkılırdı, ama, doğrudan doğruya size dokunan bir mesele olmadığı için, üstünde uzun boylu durmazdınız. Doğrudan doğruya işin içinde olanlar açısından doğacak sonuçlar aklınıza bile gelmezdi." (Hirsch, s. 148).

talebiyle açtığı davanın ilerleyen aşamalarında, beraat talebinde bulunması mümkün ve muhtemeldir. Savcı da objektif hukukun somut olay ve sanık hakkında uygulanması sonucunda adaletin tecellisine tarafsız olarak katkıda bulunmak durumundadır.

Avukat, hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde, hukuki sorun ve/veya uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde, hukuk kurallarının tam ve doğru olarak uygulanmasında yargının kurucu üyesi, bağımsız savunma adına görev yapan kişidir.² Avukat, taraf

² “Avukat yanında staj yaparken, işte, meseleyi tam da bu açıdan görmek zorunda kalmıştım. Çünkü, bir avukat için müvekkilin çıkarları ön planda gelmekteydi; avukatın görevi, bu çıkarları korumaktı. Yani, bir avukat, kendi verileri yararına olan her şeyi, tek yanlı ve ‘tarafgir’ bir biçimde yapmak ve müvekkilinin çıkarlarına zarar verme ihtimali olan her şeyden de kaçınmak zorundaydı. Avukat, somut durumu (Sachverhalt) ve bu durumun doğuracağı hukuki sonuçları, müvekkiline yarar sağlayacak biçimde sunmak, bunu yaparken de zayıf noktalara hiç değinmeden geçiştirmek ve hasım tarafın muhtemel saldırılarını da başarıyla savuşturmak mecburiyetindeydi...(davalara hakimim ya da karşı tarafın avukatının gözüyle bakmak ve bunu yaparken de, bu kişilerin iyi bir hukukçu olduklarını varsaymak hatadır.) ...Bir insan davacı ya da davalı sıfatıyla avukata başvurduğunda, tarafların her birinin haklı olduğuna inandığı ve bunu iddia ettiği bir ihtilaf ilişkisi mevcut demektir.”/“Taraflar gerek somut durumu, gerekse hukuki durumu farklı farklı değerlendirirlerdi, çünkü bunları farklı değerlendirmek gerçekten mümkündü de. Avukata düşen görev, müvekkilinin bakış açısını temsil etmek ve savunmaktı. Bir avukat, müvekkilinin dikkatini muhtemel zayıf noktalar çekebilir ve bunların mevcut dava rizikosunu artırdığına işaret edebilirdi, üstelik bunu yapması da gerekirdi. Ancak mahkemeye karşı bu türden endişelerini hiçbir şekilde belli etmemesi lazımdı. Kendi davasını destekleyen her hukuki argümanı, çok dolaylı ve uzak gözüksün bile, kullanmak hem mümkün, hem de zorunluymuştu. Çünkü muhakeme usulü uyarınca, mahkeme, somut durumu ve ihtilaf konusunu, kendisine sunulan layihalar çerçevesinde hem muhteva hem de hukuk açısından enine boyuna incelemek ve karara bağlamakla yükümlüydü. ‘Bir avukat olarak, kendi tarafınızın zafer kazanması için çalışmak zorundasınız, objektif hukukun değil; objektif hukukun zafer kazanması için çalışmak, hakimindir, hakim yalnızca kendi vicdanına karşı sorumludur, müvekkilinin çıkarlarından sorumlu değildir.’ Bu tür dersleri sık sık dinlerdim. Özellikle de, avukatla müvekkil arasındaki danışma sırasında, somut durumun müvekkilin üzerinde durmamış olduğu ayrıntıları konusunda müvekkile sorular yönelttiğimde ya da hakim olan görüşün, müvekkilin görüşüne zıt yönde olduğunu belirttiğimde, böyle bir ders dinlerdim.”/“Ne var ki, avukatlık mesleğinin çıkarları ve meslek ahlakı açısından doğru ve anlaşılır nitelikteki bu tür ‘aydınlatma’ derslerine rağmen, ben, her zaman için ‘audiatur et altera pars’ ilkesini benimsedim; yani, bir hukuk sorununu, hasım tarafın açısından da incelemeyi doğal saydım, ancak (savunulan) tarafın çıkarlarını temsil etmem gerektiğinden, hazırladığım layihalarda, karşı tarafın ileri sürebileceği ama sürmemiş olduğu sorunların hiçbirine değinmezdim. ‘Tavşanları ürkütmeden’ kaçınırdım, ama karşı tarafın avukatını da gafil avlayarak faka bastırmazdım. Uzun sözün kısası; bir davayı bütün vasıtalara başvurarak savunan ve bundan dolayı da vicdanı rahatsız olmayan savaşçının tek yanlı tutumu - ki, bu tutum bir avukatın mesleğini uygulayabilmesi için zorunludur- bana göre değildi. Müvekkilimin haklılığına kani olduğum zamanlarda, canımı dişime takarak savunuyordum onu.” (Hirsch, s. 148-149).

temsilcisidir. Şüphesiz, adaletin tecelli etmesinde hakime yardımcı olmak durumundadır. Ancak, avukatın asıl görevi temsil ettiği tarafın hakkını korumaktır. Bu bağlamda, müvekkili lehine olan her şeyi söylemesi/ileri sürmesi; aleyhine olanı ise, dile getirmemesi gerekir. Müvekkilin lehine olan hüküm, karar ve delillerin mahkemeye sunulması avukatın; aleyhine olan hüküm, karar ve delillerin mahkemeye sunulması karşı tarafın ve/veya avukatının görevidir. Avukatın buradaki işlevi, haksızı haklı çıkarmak değil, haklının hakkını savunmaktır. Unutulmamalıdır ki, her uyuşmazlıkta taraflardan biri mutlak haklı, diğeri mutlak haksız değildir.

Çözümü özel ve/veya teknik bir bilgiyi gerektiren konularda bilirkişiye başvurulması gerekir. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz (HUMK m. 275; CMUK m. 66). Bu itibarla, hukuki konularda kural olarak bilirkişiye başvurulması mümkün değildir. Ancak, gelişen ve değişen hukuki olayların değerlendirilmesi bazen hakimin hukuk bilgisini aşabilmekte; mahkemeler hukukçulardan bilirkişilik yapmasını isteyebilmektedir.³ Bu çerçevede, hukukçu, bilirkişi olarak da yargılama sürecine dahil olabilmektedir. Bilirkişi, özel ve/veya teknik bir konuda görüşü ile hakime yardımcı olan bir kişidir. Bilirkişinin görevi hakimlik görevine benzemektedir ve bilirkişinin tarafsız olması gerekmektedir. Bilirkişi, uyuşmazlık konusu olay hakkındaki görüşünü belirtirken bir tarafı diğerine tercih etmemek zorundadır.⁴ Aksi halde, verilen rapor/açıklanan görüş bilirkişi raporu/görüşü olmaktan çıkar, taraf görüşü/raporu/iddiası haline dönüşür. Bu itibarla, bilirkişinin adaletin tecellisine tarafsız bir şekilde katkıda bulunması beklenmektedir.

Hukukçu, uyuşmazlıkların çözümünde hakem olarak da görev yapabilmektedir. Burada hukukçunun görevi, uyuşmazlığı bir mahkeme hasasiyeti ile hukuka, adalete, vicdani kanaate ve hakkaniyete uygun olarak çözmektir. Bu yola daha çok formel yargılama sürecinin uzun sürmesi, dava yoluna gidilmesinin taraflar arasındaki ilişkiyi olumsuz yönde etkilemesi gibi gerekçelerle ve uzlaşma sağlanabileceği umuduyla gidilmektedir. Hakem, tarafsız ve objektif bir şekilde hukukun ne dediğini ortaya koymak ve adaletin tecellisine yardımcı olmak durumundadır.

³ Bu konuda geniş bilgi için bkz., Deryal, s. 22 vd.

⁴ "Bilirkişilik ise, hakime önüne gelen bir ihtilafı çözmek için gerekli olan özel ve teknik bilgiyi sağlamak amacıyla yönelik bir müessese olup, bilirkişinin hukuki tavsif yapma gibi bir görevi, bilirkişi raporunun da, davayı sona erdirici bir karar niteliği bulunmamaktadır..." Dş. 7. D. 24.10.1991 gün ve E. 1989/3900, K. 1991/2675, (Dş. Der., S. 84-85, s. 472-476).

Hukukçu, yargılama sürecine hukuki mütalaa veren kişi olarak da katılabilmektedir. Hukuki mütalaa veren kişi, hakim değildir; uyuşmazlığı sona erdirmeye görevi ve yetkisi yoktur. Savcı değildir; kamuyu temsil ve/veya kamu adına dava açma görev ve yetkisi bulunmamaktadır. Avukat değildir; davada herhangi bir tarafı temsil etmemektedir. Bilirkişi değildir; mahkeme kendisinin özel ve/veya teknik bir konuda görüşünü talep etmemektedir. Hukuki mütalaa veren kişi, var olan bütün hukuki imkanları, hüküm, karar ve delilleri ortaya koymak ve bunların hukuki bir değerlendirmesini yapıp mütalaa verdiği taraf lehine birtakım sonuçlar çıkarmak durumundadır. Bu mütalaalar, mahkemeye sunulmakta, dava dosyasına konulmaktadır. Bu yolla, mahkemenin uyuşmazlık konusu olay hakkında daha ayrıntılı bilgi edinmesi; uzman bir hukukçunun olayı değerlendirmesinden, yani doktrinden yararlanması sağlanmaktadır. Hukuki mütalaa veren kişi, bir yönüyle avukata benzemektedir. Çünkü, mütalaa verdiği tarafın hakkını savunmak; hukukun o tarafın lehine ne dediğini ortaya koymak durumundadır. Hukuki mütalaa veren kişi, tarafla ilgisi yönünden avukata; uzmanlığı yönünden bilirkişiye benzemektedir. Nitekim, bunlara “*taraf bilirkişisi*” de denilmektedir.⁵

II. VERGİ YARGILAMASI HUKUKUNDA AVUKATIN ROLÜ

A. Genel Açıklama

Vergi (hukuku) alanı, hem devlet hem de kişiler yönünden hassas, özellikli bir alandır. Devlet, üstlendiği kamu hizmetlerini zamanında ve gereği gibi yerine getirebilmek için yeterli vergi/kamu gelirin ihtiyacı duymakta; bunu sağlayabilmek için kişilerin kasasına/kesesine el uzatmaktadır. Kişiler de, yürürlükte bulunan mali kanunlar çerçevesinde adlarına tahakkuk etmesi gereken vergileri ya hiç ödememek ve/veya olabildiğince az ödemek gayreti içine girmektedir. Ortaya çıkan çıkarlar çatışmasını hukuka uygun bir çıkarlar dengesine dönüştürmek ve bu dengeyi devam ettirmek (vergi) hukukun(un) görevi olmaktadır. Çünkü, vergi hukuku, bir bütün olarak devlet ile kişiler arasındaki çıkarlar dengesini kurmaya ve korumaya çalışmaktadır.⁶

Vergi hukuku, hukukçunun pek müdahil ol(a)madığı bir (hukuk) alanıdır. Vergi kanunu taslaklarının hazırlanması ve bunların tasarı haline dönüştürülmesi maliye bürokrasisi tarafından yapılmaktadır. Oysa, maliye bürokrasisinde, hazine avukatları dışında hemen hiç hukukçu bulunma-

⁵ Karakoç, *Bilirkişilik Kurumu*, s. 144.

⁶ Geniş bilgi için bkz., Kumru, *Gecikme Faizi*, s. 243-245. Ayrıca bkz., Kaneti, s. 11.

maktadır. Hukukçu milletvekillerinin, vergi hukukunu bilmedikleri ve sahiplenmediklerinden, vergi kanunu tasarılarının Bütçe-Plan Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında kayda değer bir etkileri ol(a)mamaktadır. Kaldı ki, vergi kanunları tasarı şeklinde komisyon gündemine alındığından, üzerinde tartışmaya pek fırsat da verilmemektedir. Hukukçu milletvekilleri, vergi hukukunu kendilerine uzak bir alan olarak gördükleri için, Genel Kurul'da, tasarının görüşülmesi sırasında da, tasarı metnini etkileme gayreti içine gir(e)memektedir. Bu şekilde kabul edilen kanunların uygulamasını vergi idaresi yapmaktadır. Vergi idaresinde, memur ve denetim elemanı olarak görev yapan hukukçuya pek rastlanmamaktadır. Hukukçular tarafından hazırlanmayan, meclis komisyon ve genel kurulunda görüşülmesi esnasında hukukçunun müdahale etmediği/edemediği kanunların, hukukçu olmayanlarca yapılan uygulamasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde görevli vergi yargısı organlarında da hukukçular azınlıkta kalmaktadır. Hiçbir aşamasında hukukçunun etkin bir rol üstlenmediği bir (hukuk) alanın(ın) ne derecede hukuk olduğu da tartışmalı hale gelmektedir. Bunun doğal bir sonucu olarak, en kötü düzenlenmiş kanunlar, vergi kanunlarıdır; en çok uyuşmazlık yaratan işlemler, vergilendirme işlemleridir; en çok tartışmalı kararlar, vergi uyuşmazlıklarına ilişkin kararlardır denilebilir. El yordamı ile de olsa, düzgün yapılan düzenlemelerin, doğru yapılan uygulamaların, usulüne uygun yapılan yargılamaların ve isabetli verilen kararların varlığı henüz bu tespiti bertaraf edecek yoğunluğa ulaşabildiğini söylemek mümkün değildir.

Vergi kanunları, bir hukuk metni olmanın yanında, vergi muhasebesi ilkelerini göstermekte/içermektedir. Vergi muhasebesi ile vergi hukuku aynı şey değildir. Vergi muhasebesi, ödenecek verginin hesaplanmasını; vergi hukuku ise, hesaplanan verginin hukuka uygun olup olmadığını incelemektedir. Her iki alanın kendine özgü ilkeleri, kurumları vardır. Vergi hukukçusu olmak için, vergi muhasebesi bilgisine sahip olmak lazımdır, fakat elzem değildir. Başka bir deyişle, vergi muhasebesi bilgisine sahip olmayan bir hukukçunun vergi hukukçusu olması mümkündür; fakat hukuk fakültesi mezunu olmayan bir vergi muhasebecisinin vergi hukukçusu olması düşünülemez.

Vergi yargısı, vergi uyuşmazlıklarının çözümü görevini üç mercili ve iki dereceli bir yapı içinde yerine getirmektedir. Vergi uyuşmazlıklarının çözümünde görevli merciler, vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'dır. Vergi yargısında istinaf mahkemesi bulunmamaktadır. Vergi mahkemeleri, kural olarak, heyet halinde çalışmaktadır (BİMK⁷ m.

⁷ 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun.

6). Tek hakimin gördüğü davalara ilişkin kararlara karşı itiraz yoluna başvurulmaktadır (BİMK m. 8). İtiraz mercii, Bölge İdare Mahkemesidir. Bölge idare mahkemesinin kararları kesindir; bu kararlara karşı bir üst mercie başvurulamamaktadır (İYUK m. 45). Heyet halinde bakılan davalara ilişkin kararlara karşı temyiz yoluna başvurulmaktadır. Temyiz mercii, Danıştay'dır ve kararları kesindir (Dş. K. m. 23; İYUK m. 46 vd).

Vergi yargısının en önemli işlevi uyuşmazlıkları hukuka uygun olarak çözmektir.⁸ Vergi yargısında çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar, hiç şüphesiz, vergilendirme işlemlerinin hukuka aykırılığı iddiasından kaynaklanmaktadır. Uyuşmazlığın hukuk ve adalete uygun bir biçimde çözüme kavuşturulabilmesi, uyuşmazlık konusu olay ve olguların gereği gibi anlaşılmasına bağlıdır. Bunu sağlama ödevi, başta taraflar olmak üzere, yargılama hukuku sūjelerine aittir.

Hukuki sorunların ve/veya uyuşmazlıkların ortaya çıkması halinde, bu konularda yeterli bilgisi olmayan şahısların hukuki yardıma ihtiyaç duyması kaçınılmazdır. Bu yardımın başta avukatlar olmak üzere hukukçular tarafından yapılması gerekmektedir. Türk hukukunda davaların avukatla takip edilmesi mecburiyeti yoktur. Ancak, hukuki konularda hizmet sunma, yardımda bulunma konusunda avukatlar tekele sahiptir (Av. K. m. 35). Fakat, hukukçuların ve bu arada avukatların ilgisizliği ve bilgisizliği yüzünden, vergi yargılaması hukuku alanında bu tekel işlevsiz kalmakta, işlememektedir. Hukukçuların etkin bir biçimde katılmadığı ve ilgilenmediği bu (hukuk) alan(ı), hukukçu olmayan, fakat bu alanda faaliyet gösteren meslek mensuplarının⁹ fiilen avukatlık yaptığı bir alan haline gelmektedir.

B. Vergi Yargılaması Hukukunda Avukatlık Hizmetinden Yararlanılmamasının Nedenleri

1. Genel Olarak

Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesine göre avukatlık mesleğinin amacı, *"hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel*

⁸ Vergi yargısının işlevleri hakkında geniş bilgi için bkz., Kumrulu, *Vergi Yargısının İşlevi*, s. 231-240; Karakoç, *İşlevler*, s. 84-96.

⁹ Meslek mensubu deyimi, 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebecilik Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'na göre yetki almış serbest muhasebeci mali müşavirler ve yeminli mali müşavirler için kullanılmaktadır.

kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır." Bu itibarla, vergi yargılaması hukuku alanında yerine getirilen avukatlık hizmetinin amacı, vergilendirme ile ilgili hukuki sorunlar ve vergi mahkemelerine intikal etmiş olan uyuşmazlıklar hakkında hukuk kurallarının tam ve doğru olarak uygulanmasına yardımcı olmaktır.

1982 sonrası, yeniden yapılandırılan vergi yargısında, hukukçuların aktif rol üstlenmesi gereklidir ve beklenilmez. Ancak, aradan geçen 20 yılı aşkın süreye rağmen, bu alana hukukçuların yeterli ilgi gösterdiklerini ve buna bağlı olarak, bu alanla ilgili bilgi birikimine sahip ve/veya bunun gayreti içinde olduklarını söylemek mümkün değildir. Vergi davalarının açılması ve yürütülmesinde avukatlık hizmetinden ne ölçüde yararlandığı bunun en dikkat çekici göstergesidir. 2000 yılında yayınlanan bir çalışmada, şu ilginç bulgular bu çarpıcı gerçeği ortaya koymaktadır. İstanbul Vergi Mahkemelerinden 1991-1994 yılları arasında kesinleşmiş 896 dosya üzerinde yapılan araştırmaya göre; davaların 233'ü, (toplam dosyalarda %26 gibi bir oran) avukatlar tarafından açılmıştır. Bu sayı vergi mahkemelerinde hüküm aşamasında 137; Bölge İdare Mahkemesi'nde 3; Danıştay'da ise, 8'e düşmüştür. Bu sayıyla ilgili ilk tespit; *"bu alandaki avukatlık hizmetinin yaygın olmadığı"*, ikinci tespit ise, *"bu alandaki avukatlık hizmetinin yetersiz olduğu"* dur. *"Dosyaların okunması sırasında, avukatlar tarafından yazılan dava dilekçelerinin son derece yetersiz, örneğin tarhiyata karşı açılan davalarda dava dilekçelerinin büyük çoğunluğunda yürütmeyi durdurma talebinin yer aldığı veya davanın belli bir aşamasında avukatların davadan çekildiği ve özellikle Danıştay aşamasında bu alanda birkaç avukatın davaya girdiği veya bazı dosyalarda 3-4 avukat değişikliği olduğu görülmektedir"*.¹⁰

Kaldı ki, böyle bir araştırmaya konu olmasa da, Ankara, İzmir başta olmak üzere diğer illerde de durumun bundan pek farklı olmadığı bilinmektedir. Vergi sorunlarının/uyuşmazlıklarının çözümünde serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavirler görev yapmaktadır. Vergi sorunlarının çözümünde vergi ödevlisini meslek mensupları temsil etmekte; taraflar arasında çözüme kavuşturulamayan sorunların yargı organları önüne taşınması görevini de yine meslek mensupları üstlenmektedir. Meslek mensupları, ya kendilerinin yazdıkları dilekçelerle vergi ödevlisinin bizzat; ya da yanlarında çalıştırdıkları ve sadece imzasını kullandıkları avukat için aldıkları vekaletle dayanarak avukat aracılığıyla yargı yoluna başvurulması sağlamaktadır.

Vergi (hukuku) alanında avukatlara tesadüfen/kendiliğinden iş gelmesine de pek rastlanılmamaktadır. Çünkü, vergi ödevlisi ile vergi idaresi

¹⁰ Saban, *Vergi Yargısının Etkinliği*, s. 105.

arasından çıkan sorunlar meslek mensuplarının yaptıkların bildirimlerinden, düzenledikleri belgeler ve/veya tuttıkları defterlerden, verdikleri beyannamelerden kaynaklanmaktadır. Bu aşamada, meslek mensupları bu sorunların çözümünde vergi ödevlisine yardımcı ve aracı olmaktadır. Taraflar arasında çözüme kavuşturulamamış olan sorunların dava konusu edilmesinde de yine meslek mensupları görev yapmaktadır. Ancak, yargı yoluna başvurulması sürecinde işin içinden çıkılamayacağını anlayan bazı meslek mensupları mecburen bir hukukçuya/avukata yönelmekte, yönlendirmektedir. Bu yönelme ve yönlendirme bile meslek mensupları tarafından yapılmaktadır.

Vergi yargılaması hukukunda avukatlık hizmetinden gereği gibi yararlanılamamasının dört ana sebebi olduğunu söylemek mümkündür. Bunlardan birincisi, vergi hukuku öğretimi; ikincisi, avukatlık stajı; üçüncüsü, meslek içi eğitim yokluğu/yetersizliği; dördüncüsü, vergi alanının hukuklaşmamasıdır.

2. Vergi Hukuku Öğretimi

Vergi yargılaması hukuku alanında avukatlık hizmetinden yararlanmanın çok yaygın olmadığı; ayrıca sunulan avukatlık hizmetinin yetersiz olduğu bilinmektedir.¹¹ Avukatlar ve avukatlık açısından olumsuz olan bu tablonun nedenlerinin belirlenmesinde yarar vardır. Bu nedenlerin başında, avukatlık mesleğine yönelik eğitim ve öğretimin ihtiyaca cevap vermekten uzak olması gelmektedir. Avukatlık yapabilmek için Avukatlık Kanunu'nun 3. maddesine göre, "hukuk fakültesi" mezunu olmak şarttır. Hukuk fakültesi mezunu olan avukatların vergi (hukuku) alanında sundukları hizmetin nitelik ve nicelik olarak yetersizliği, genel olarak hukuk fakültelerinde yapılan öğretimin ve buna bağlı olarak da özellikle "vergi hukuku" öğretiminin tartışma gündemine taşınmasını gerektirmektedir. Hukuk fakültelerinde sürdürülmekte olan öğretim yöntem ve kalıplarının niteliği ile ilgili tartışmalar sürmektedir.¹²

Hukuk öğretimi konusunda farklı bir yaklaşım benimseyen Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi "aktif öğretim" sistemini uygulamaktadır.¹³

¹¹ Bkz., Saban, *Vergi Yargısının Etkinliği*, s. 105.

¹² Bu konudaki tartışmalara ilişkin tebliğler için bkz., Editör Adnan Güriz, *Hukuk Öğretimi Sempozyumu*, (AÜHF Yayınları No: 497), Ankara 1993; Türkiye Barolar Birliği, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi*, (Uluslararası Toplantı Ankara 9,10,11 Ocak 2003), (Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 59), Ankara 2004. Ayrıca bkz., Karayalçın, s. 35 vd.; Çetintemel, s. 37 vd.; Uygun, s. 359 vd.

¹³ Bu konuda geniş bilgi için bkz., Pekcanitez, s. 109 vd.

Bu sisteme göre, her bir sınıftaki teknik hukuk derslerine ilişkin konular/ sorunlar ortak bir senaryoda bir araya getirilmekte; senaryo bölümlere ayrılmakta; her bir senaryo parçası ayrı bir oturuma konu edilmekte; öğrenciler, 12-20 kişilik gruplar halinde eğitim yönlendiricisinin katılımı ve yönlendirmesi ile bu senaryo bölümüne ilişkin sorunları ve soruları kendileri ve birlikte bulmakta ve bir sonraki oturumda bu sorunların çözümü/ soruların cevabını tartışmaktadır. Üçüncü sınıfta okutulmakta olan vergi hukuku bu ortak senaryoya dahil olan derslerden biridir. 4-6 bölümden oluşan senaryolara ilişkin oturumların tamamlanmasının ardından ortak bir modül sınavı yapılmaktadır. Modül sınavları, öğrencilerin hazırlayacakları ödevler, dönem ara sınavı ve eğitim yönlendiricisinin öğrenci değerlendirme notları belli yüzdelerle başarı notunu oluşturmaktadır. Senaryolara ilişkin modül sınavları ve dönem ara sınavları ile yıl sonu ve bütünleme sınavları, senaryoya dahil derslerin ders saatlerine göre orantılı olarak belirlenmiş sorulardan oluşan ortak test sınavlarıdır. Bu sistem, küçük gruplar halinde, sorunların ve soruların belirlendiği ve bunlara ilişkin çözümleri ve cevapları öğrencilerin bulduğu, öğrencinin aktif olduğu; düşünen, soran, soruşturan, araştıran, çözüm bulan, kendisini ifade etmesini bilen bir öğrenci/ hukukçu kimliği ve bilincinin ortaya çıkmasına katkıda bulunan bir sistemdir. Dördüncü uygulama yılı içinde olunan bu sisteme göre eğitim-öğretim görmüş öğrencilerin ve bu sistemin başarısı hakkında bir şeyler söylemek için henüz vakit erkendir. Ancak, meslek sınavlarında öğrencilerin başarısına doğrudan katkısının ne olacağı bilinmese bile, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olan öğrencilerin, diğer hukuk fakültelerinden mezun olan öğrencilerden daha iyi hukukçu olacakları muhakkaktır. Çünkü, haftada üçer saatlik iki oturumda her bir öğrenci, ilgili senaryoya ilişkin sorunları tespit etmek, uygun soruları bulmak, bunların cevaplarını araştırmak ve bir sonraki oturumda bulduklarını/ bildiklerini arkadaşlarıyla paylaşmak suretiyle aktif olarak öğretim/ öğrenme sürecine katılmakta; sorunları tespit etmeyi, uygun soru sormayı, araştırmayı, sorun/ problem çözmeyi, bildiklerini ifade etmeyi, tez-antitez karşılaşmasından senteze ulaşmayı dört yıl boyunca öğrenmektedir. Bunun doğal sonucu, meslek hayatına daha hazır olmak ve daha başarılı olmaktır.

Vergi hukuku, devlet üniversiteleri hukuk fakültelerinde vergi hukuku anabilim dalı öğretim üyeleri tarafından okutulmaktadır. Çoğu vakıf üniversitesinde ise, vergi hukukunun farklı gerekçelerle hukukçu olmayan öğretim üyelerince okutulduğu bilinmektedir. Vergi hukuku, kural olarak, üçüncü sınıfta ve haftada üç saat okutulan bir derstir. Bu derste, genel vergi hukuku ve özel vergi hukuku okutulmaya çalışılmaktadır. Genel vergi hukuku konuları arasında vergi yargılaması hukukuna da yer verilmektedir. Buna rağmen, hukuk fakültelerinde yapılan vergi hukuku öğretiminin yeterli ol-

duğunu söylemek oldukça zordur. Çok hızlı gelişen ve değişen, uzmanlar ve meslek mensupları tarafından bile izlenmesi güç olan bir alanda öğretimin daha uzun bir zaman dilimine yayılması, yani vergi hukuku öğretimine ilişkin müfredatın değiştirilmesi düşünülebilir.¹⁴ Bu bağlamda, vergi hukukunun birbirini izleyen iki yılda genel vergi hukuku-özel vergi hukuku¹⁵ ya da vergi hukuku-vergi usul hukuku biçiminde bir yapılanma ile okutulması önerilmektedir.¹⁶ Oysa, zorunlu ders olarak Genel Vergi Hukuku'nun ayrıntılı bir biçimde okutulması ve seçimli derslerle bunun desteklenmesi yoluna gidilmesi gerekir. Çünkü, alana ilgisi olmayanlara eziyet etmek yerine, ilgili olanların bilgilenmelerine katkıda bulunulmalıdır. Bu yolla, vergi hukukuna ilgi duyan ve bu alanda çalışmak isteyen bir hukuk öğrencisi ve/veya hukukçunun yeterli bilgiyi edinmesini sağlamak mümkündür. Gerisi kişinin kendi ilgisine, becerisine kalmaktadır. İlgi olmadan bilgi edinilemez. Kaldı ki, bu yöntem sadece vergi hukuku için değil, diğer hukuk dalları için de benimsenmelidir. Bu yolla, hukuk fakültesinden mezun olan birisinin belli bir alanda kısmen uzmanlaşmasına katkıda bulunmak mümkündür.

Vergi Hukuku

Hukuk Fakültesi	Sınıf	Yarıyıl	Saat/Hafta
Akdeniz Üniversitesi	3	Güz + Bahar	3 + 2
Anadolu Üniversitesi	3	Güz + Bahar	2 + 2
Ankara Üniversitesi	3	Güz + Bahar	3 + 3
Atatürk Üniversitesi	3	Güz + Bahar	3 + 3
Dicle Üniversitesi	3	Güz + Bahar	3 + 3
Dokuz Eylül Üniversitesi	3	Güz + Bahar	2 + 2 ¹⁷
Galatasaray Üniversitesi	3	Güz + Bahar	3 + 3
Gazi Üniversitesi	3	Güz + Bahar	4 + 4
İstanbul Üniversitesi	2	Bahar	3
Kocaeli Üniversitesi	3	Güz + Bahar	2 + 2
Marmara Üniversitesi	3	Güz + Bahar	3 + 3
Selçuk Üniversitesi	3	Güz + Bahar	3 + 3
Atılım Üniversitesi	2	Bahar	3

¹⁴ Bkz., Saban, *Vergi Yargısının Etkinliği*, s. 105-106; *Vergi Hukuku*, s. 386.

¹⁵ Bkz., Öncel/Kumrulu, s. 11-13.

¹⁶ Saban, *Vergi Yargısının Etkinliği*, s. 106; *Vergi Hukuku*, s. 386.

¹⁷ Vergi Hukuku, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde uygulanmakta olan Aktif Eğitim kapsamında Probleme Dayalı Öğrenme oturumlarına dahil bir derstir. Bu oturumlar haftalık 3+3 saat olmak üzere haftalık 6 saattir. Üçüncü sınıfta altı dersin bu oturumlara dahil olduğu dikkate alındığında, Vergi Hukuku'nun haftalık ders saatinin 3'e çıktığı anlaşılmaktadır.

Bahçeşehir Üniversitesi ¹⁸			
Başkent Üniversitesi	3	Güz	4
İstanbul Ticaret Üniversitesi	4	Güz	2
İstanbul Bilgi Üniversitesi	3	Bahar	2
Çağ Üniversitesi	3	Güz + Bahar	2 + 2
Çankaya Üniversitesi	3	Güz + Bahar	3 + 3
Kadir Has Üniversitesi	3	Güz + Bahar	2 + 2
Maltepe Üniversitesi	3	Güz + Bahar	2 + 2
İstanbul Kültür Üniversitesi	3	Güz + Bahar	3 + 3
Yeditepe Üniversitesi	4	Bahar	2
Bilkent Üniversitesi	4	Güz	2
Doğu Akdeniz Üniversitesi	2	Bahar	3
Yakın Doğu Üniversitesi	3	Güz + Bahar	3 + 3

Vergi Hukuku İle İlgili Seçimlik Dersler

Hukuk Fakültesi	Dersin Adı	Yarıyıl	Saat/ Hafta	Sınıf
Dokuz Eylül Üniversitesi	Vergi Ceza Hukuku Kamu İcra Hukuku Vergi Yargılaması Hukuku	Bahar	2	3
		Bahar	2	4
		Bahar	2	4
Galatasaray Üniversitesi	Uluslararası Vergi Hukuku	Güz + Bahar	2	4
Gazi Üniversitesi	Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku Uluslar arası Vergi Hukuku	Güz + Bahar	2	3
		Güz + Bahar	2	4
İstanbul	Vergi Yargılaması ve İcra Hukuku	Güz	2	4

İnternet ortamından derlenen bilgilere ilişkin olarak düzenlenen tabloda, Vergi Hukuku dersinin tüm hukuk fakültelerinde okutulmakta olduğu; dersin okutulduğu sınıfta ve haftalık ders saatinde birtakım farklılıkların bulunduğu; bazı fakültelerde lisans düzeyinde zorunlu Vergi Hukuku dersinin seçimlik derslerle desteklediği görülmektedir.¹⁹

¹⁸ Web sayfasından gerekli bilgi edinilememiştir.

¹⁹ Yukarıda verilen tablolarda yer alan bilgilerde zaman içinde farklılıklar olması muhtemeldir. Bu tablolar, konu hakkında genel bir kanaatin oluşmasına katkıda bulunmak amacıyla derlenmiş bilgileri içermektedir. Bu bilgilerin mutlak ve kesin olduğu iddiası bulunmamaktadır.

3. Avukatlık Stajı

Avukatlık Kanunu'nun 3 ve 15. maddelerine göre "staj yapma" zorunluluğu vardır. Staj, bir yıldır ve ilk altı ayı mahkemelerde, kalan altı ayı da en az beş yıl kıdemi olan bir avukat yanında yapılmaktadır. Stajın hangi mahkeme ve adalet dairelerinde ne suretle yapılacağı Yönetmelikle belirlenmektedir (Av. K. m. 15). Avukatlık Staj Yönetmeliği'nin²⁰ 12. maddesine göre staj şu sıralamaya göre yapılmaktadır:

a. Cumhuriyet Savcılığı	1 ay
b. Ağır Ceza Mahkemesi	1 ay
c. Asliye Ceza Mahkemesi	15 gün
d. Sulh Ceza Mahkemesi	15 gün
e. Sulh Hukuk Mahkemesi	15 gün
f. Asliye Hukuk Mahkemesi (Ticaret-İş-Tapulama dahil)	1,5 ay
g. İcra Tetkik Mercii ve İcra Daireleri	1 ay

Adalet Komisyonu gerekli gördüğü takdirde bu sırayı değiştirebilmekte ve stajyerin isteği üzerine ticaret, iş veya tapulama mahkemesinde staj yapılmasını sağlamaktadır. Ayrıca, staj yapılan baro bölgesinde idari yargı mahkemeleri, yani idare ve/veya vergi mahkemeleri varsa; stajın, Cumhuriyet Savcılıkları ile vergi ve/veya idare mahkemesinde on beşer gün olarak yapılması mümkündür.

Avukatlık stajı, adli yargı esas alınarak düzenlenmiştir. İdari yargıda avukatlık yapmak isteyenlere, daha ayrıntılı bir idari yargı stajı zorunluluğunun getirilmesi ve bunu yapmayanlara idari yargıda avukatlık hakkının tanınmaması önerilmektedir.²¹

Uygulamada vergi avukatı olarak çalışanların bu alanda yeterli bilgilerinin olmaması, yükümlülerin, hak arama hakkını gereği gibi kullanabilmeleri konusunda yeterince yardımcı olamamanın yanında ekonomik yönden gereksiz külfetlere katlanmak zorunda kalmalarına da yol açmaktadır. Oysa, vergi hukukunda uzman kişilerin avukatlık yapması halinde hem yükümlülere hak aramaları konusunda yeterince yardımcı olunması ve hem de ekonomik kayıplara yol açılmaması mümkündür. Bu amaçla, Avukatlık Kanunu'nda yer alan avukatlık sınavının yapılması, bu sınavdan sonra herkesin uzmanlaşmak istediği alanla ilgili staj şartlarının

²⁰ Türkiye Barolar Birliği, *Avukatlık Staj Yönetmeliği*, (RG, 19.12.2001-24615).

²¹ Bkz., Saban, *Vergi Yargısının Etkinliği*, s. 106; TOBB, s. 178.

belirlenmesi; staj yanında, barolar ya da Türkiye Barolar Birliği bünyesinde bir vergi bölümünün oluşturulması; staj ve bu kursları bitirenlere vergi avukatlığı imkanının sağlanması; mahkemelere gönderilecek listelerde adı olmayan avukatların vergi hukuku alanında dava takip etmelerinin kabul edilmemesi; vergi avukatlığı kurumunun yeni bir yaklaşımla (yeniden) düzenlenmesi önerilmektedir.²²

Vergi hukuku alanında uzman avukatlık hizmetinden yararlanılması gereklidir. Ancak, her uzmanlık alanına ilişkin olarak ayrı bir staj sürecinin benimsenmesi ve her uzmanlık alanına ilişkin (yeni) avukatlık statülerinin oluşturulması ülkemiz açısından en azında şimdilik mümkün değildir. Kaldı ki, ülkemizde avukatlık konusunda vergi hukuku dışındaki alanlarda da henüz bir uzmanlaşmadan söz edilemez. Ne var ki, kişiler ilgi duydukları alanlarda çeşitli yollarla kendilerini uzmanlaştırabilmektedir. Staj sürecinde birtakım yönlendirmelerin yanında, avukat adaylarının ve/veya avukatların vergi hukuku alanına ilgi duymalarını sağlamanın yolları aranmalıdır. Bu alana ilgi duyanların bir şekilde bilgileneceği muhakkaktır. Bu konuda, öncelikle vergi hukuku dersi okutan öğretim üyelerine ve baro yönetimine büyük görevler düşmektedir.

4. Meslek İçi Eğitim

Ülkemizde, mesleğe kabul edildikten sonra, hemen hiçbir meslek grubunda gerçek anlamda meslek içi eğitim uygulaması yapılmamaktadır. Hukuk ve özellikle vergi hukuku alanında sık aralıklarla meslek içi eğitim yapılması gerekmektedir. Çünkü, hızla gelişen ve değişen sosyal olayların hukuki boyutlarını düzenlemeye yönelik hızlı kanunlaştırma faaliyeti, mevcut bilgilerin yetersiz kalmasına yol açmaktadır. Bu bilgi eksikliği, başta Türkiye Barolar Birliği olmak üzere, il barolarının öncülüğünde hukuk fakültelerinden yardım alınmak suretiyle giderilmelidir. Meslek içi eğitim, hukuk alanında faaliyet gösteren ve adaletin tecellisine katkıda bulunan herkesi kapsamalıdır. Bu bağlamda, hakimler, savcılar ve avukatlar birlikte ve/veya ayrı ayrı meslek içi eğitime tabi tutulmalıdır. Bu yolla, uyuşmazlıkların azaltılması ve hukukun üstün kılınması mümkün olabilecektir.

Türkiye Barolar Birliği ile İstanbul, Ankara ve İzmir gibi büyük il baroları, hatta vergi yargısının en üst mercii olan Danıştay, yaptıkları/ düzenledikleri toplantı, panel, sempozyumlarda vergi hukukuna gerekli ilgiyi gösterme-

²² Saban, *Vergi Yargısının Etkinliği*, s. 107; *Vergi Hukuku*, s. 387; TOBB, s. 178.

mehtedir. Günlerce süren tartışmalı toplantılarda bırakın bir oturumun vergi hukukuna tahsis edilmesini, çoğu zaman bir tebliğ ile bile vergi hukukunun konuşulması, tartışılması sağlanmamaktadır. Avukatların vergi yükümlülükleri konusunda meslek mensuplarından bilgi edinilmesi toplantılarının, vergi hukukuna ilişkin toplantı yapıldığı anlamına gelmeyeceğinin de bilinmesi gerekir. Bu ilgisizlik, beraberinde bilgisizliği ve vergi alanına uzak durmayı getirmektedir. Bu nedenle, vergiye ilişkin düzenlenmeler bir türlü mevzuat olmaktan hukuk olma evresine geçememekte; bu alan hukuklaşamayan bir alan olarak kalmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak, meslek mensupları bu alanda hukukçuların yokluğunun oluşturduğu boşluğu doldurmak suretiyle fiilen avukatlık yapabilmektedir.

5. Vergi Alanının Hukuklaşamamış Olması

Anayasal hareketlerin öncülüğünü vergiye ilişkin düzenlemelerin yapmış olmasına; Anayasalarda vergilendirmeye ilişkin çok sayıda ilkeye yer verilmesine; vergiye ilişkin her düzeyde (hukuk) metinler(i) üretilmesine; çok sayıda vergi mahkemesi, bölge idare mahkemesi ile Danıştay'ın vergilendirmeye ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmekle görevli olmasına; bir yılda yüz binlerle ifade edilen dava hakkında karar verilmesine rağmen, bu alanın bir hukuk alanı olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü, yapılan düzenlemeler, mevzuat olmaktan öteye gidememektedir. Kanun ve diğer (hukuk) metinlerin(in) oluşturduğu mevzuat şüphesiz hukukun bir aracıdır, fakat mevzuatın olması hukukun varlığı anlamına gelmemektedir. Bir kanun hükmünün hukuk haline dönüşmesi, yargı organlarının o hükmü uygulaması, onu ete kemiğe büründürüp ona bir ruh vermesiyle mümkündür. Hukuk, mahkeme içtihatlarıdır. Hukuk, istikrardır; düzendir; belirliliktir; güvendir. Vergi alanında istikrardan, düzenden, belirlilikten ve güvenden söz etmek imkansız denecek kadar zordur. Çünkü, düzenlemelerin devamlılığı; sistem oluşturacak nitelikte birbiriyle uyumu; basit, açık, net ve anlaşılabilirliği; öngörülebilirliği bulunmamaktadır. Düzenlemenin hukuka uygun olmadığı; uygulamanın hukuka uygun yapılmadığı, yargılamanın el yordamıyla yapılmaya çalışıldığı bir alanın hukuk olduğundan; bu alana ilişkin düzenlemenin, uygulamanın ve yargılamanın hukuklaştığından söz edilemez.

Bu alanının hukuklaşamaması, hukukçularının bu alana ilgisizliğinin ve bu alandaki bilgisizliğinin bir sonucu; hukukçuların bu alana ilgisiz ve bu alandan bilgisiz kalması da, bu alanın hukuklaşamamış olmasının bir sonucudur. Bu alana ilişkin düzenlemelerin mevzuat olmaktan çıkıp hukuk metinleri haline gelmesi halinde, hukuklaşma süreci başlayacaktır.

Bu sürecin başlaması, hukukçuların bu alana ilgi duymasına ve bu alan hakkında bilgi sahibi olmasına bağlıdır.

III. VERGİ YARGILAMASI HUKUKUNDA VEKALET

A. Genel Açıklama

Vergi hukukunda vekil aracılığıyla temsil anlamında vekalet ile vergi yargılaması hukukunda vekalet birbirinden farklıdır. Vergi hukukunda vergi ödevlisini temsil etmek için, kural olarak, hukukçu ve/veya avukat olmak gerekli değildir. Başka bir deyişle, bir kimseyi vergi hukukuna ilişkin işlemlerin yapılmasında temsil edebilmek için avukat olma şartı bulunmamaktadır. Vekil olacak kişinin avukat olma şartı sadece ve yalnızca ilgilinin vergi yargısı organları önünde temsil edilmesi halinde aranmaktadır. Bu bağlamda, ödevli adına tebligatın kabul edilmesi, uzlaşmaya başvurulması, hataların düzeltilmesi talebinde bulunulması, iade, mahsup ve takas başvurusunda bulunma, beyanname verme gibi yargı yoluna başvurma anlamına gelmeyen tüm idari/vergileştirme işlemlerin(in) yapılmasında vekil olacak kişinin avukat olması gerekmemektedir.²³

Avukat, vergi yargılaması hukukuna davaya vekalet çerçevesinde dahil olmaktadır. Ancak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda davaya vekalet konusunda özel bir düzenleme yer almamaktadır. Yapılan yollama gereği, idari/vergi yargılama(sı) hukukunda davaya vekalet ya da kanunun ifadeyiyle "tarafkların vekilleri" hususunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekmektedir (İYUK m. 31). Davaya vekalet, esas itibariyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 59-71. maddelerinde düzenlenmektedir. Dava açabilme ehliyetine sahip olan herkesin, davasını bizzat ve/veya bir vekil aracılığıyla açıp yürütmesi mümkündür (HUMK m. 59/I; Av. K. m. 35/II). Dava açma ehliyetine sahip olmayan kişiler adına, ancak kanuni temsilcileri dava açabilmekte ya da dava açmak üzere vekil tayin edebilmektedir (HUMK m. 59/II). Mahkemelerde tüzel kişileri organları ya da vekilleri temsil etmektedir (HUMK 60).

B. Vekilin Avukat Olması Zorunluluğu Olan Haller

Avukatlık Kanunu'na göre, "Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mü-talaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı

²³ Bu konuda geniş bilgi için bkz., Sadık Kırbas, s. 53-62; Karakoç, *Genel Vergi*, s. 107 vd.

avukatlara aittir" (m. 35/I). Bu sayılan iş ve işlemlerde avukatların kanuni bir tekeli vardır. Avukatlar dışında bu iş ve işlemlerin yürütülmesinde kimse vekil olarak tayin edilememektedir. Ayrıca, baroda yazılı avukatlar sayılan iş ve işlemler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilmektedir (m. 35/II).

Dava açma ehliyeti olan herkes kendi davasına ait belgeleri düzenleyebilmekte, davasını bizzat açabilmekte ve işini takip edebilmektedir. Ancak, Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesinde belirtilen esas sermaye miktarının (beş milyar TL) beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmamak zorundadır (Av. K. m. 35/II).²⁴ Bu itibarla, avukat bulundurma zorunluluğu getirilen anonim şirket ve kooperatiflere ancak avukatlar vekil olabilmekte ve bunların davalarının avukat aracılığıyla yürütülmesi zorunlu olmaktadır.

Avukatlar dava takip etme tekeline sahiptir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda yer alan istisna hükümleri saklıdır (Av. K. m. 35/III). İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde tarafların vekilleri hakkında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu bu genel nitelikteki yollamadan başka, *"ehliyetli şahsın avukat olmayan vekili tarafından dava açılmış ise, otuz gün içinde bizzat veya bir avukat vasıtasıyla dava açılmak üzere dilekçelerin reddine"* (İYUK m. 15/1-d) karar verileceği hükmüne yer vermektedir.

Bütün bu hükümlere rağmen, hukukçuların ilgisizliği ve bilgisizliğinin bir sonucu olarak vergi yargılaması hukuku alanında hukuki meselelerde mütalaa vermek ve yükümlülerin vergi davalarına ilişkin yazışmaları yürütmek konusunda meslek mensuplarının yoğun bir işleve sahip oldukları, yani fiilen avukatlık yaptıkları bilinmektedir.

²⁴ "Bu fıkra hükmüne aykırı davranan kuruluşlara mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından sözleşmeli avukat tayin etmedikleri her ay için, sanayi sektöründe çalışan on altı yaşından büyük işçiler için suç tarihinde yürürlükte bulunan, asgari ücretin bir aylık tutarı kadar para cezası verilir. Verilen para cezalarına dair kararlar ilgililere Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen karar kesindir. Bu cezalar 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre tahsil edilir ve Hazineye gelir kaydedilir" (Av. K. m. 35/II).

C. Vekaletnamenin Düzenlenmesi ve Mahkemeye Verilmesi

Davaya vekaletin “şekle tabi” olduğuna ilişkin Borçlar Kanunu’nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 65. maddesinde, avukatın yetkisini gösteren vekaletnamenin düzenleme biçimine ilişkin bazı kurallar yer almaktadır. Buna göre, Danıştay ve diğer vergi yargısı organlarında temsil ancak noterin onayladığı vekaletname ile olabilmektedir. Ancak, resmi dairelerin vekillerine, mensup oldukları daire amiri tarafından verilen vekaletname geçerlidir. Bunların ayrıca noter tarafından onaylanmasına gerek yoktur. Ayrıca, yabancı ülkelerde Türk Konsoloslugu tarafından onaylanmış vekaletnameler, noterden onaylanmış vekaletname gibi geçerlidir.

Kural olarak, vekaletnamenin dava açılmadan önce düzenlenmesi ve dava dilekçesi ile birlikte mahkemeye verilmesi gerekir. Vekil, vekaletnamesinin aslını ya da onaylı örneğini dava dosyasına konulmak üzere, mahkemeye vermekle yükümlüdür.²⁵ Hazine avukatlarının bir listesi mahkemelere gönderildiğinden, bunlar vekaletname göstermeden temsil yetkisini kullanabilmektedir. Mahkemeler, vekil aracılığı ile açılan ya da yürütülen davalarda, kendiliğinden vekilin temsil yetkisinin bulunup bulunmadığını araştırma yetkisine sahiptir.

D. Vekaletname Olmadan Dava Açılması

Dosyada vekaletnamenin bulunmadığı tespit edilirse, bu eksikliğin giderilmesi için ara kararı ile ilgiliye süre verilmesi; bu süre içinde eksiklik giderilmezse, esas hakkında inceleme yapılmadan davanın reddedilmesi

²⁵ “... 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesi ile atıfta bulunulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 65. maddesinde, vekilin, imzası noter tarafından onaylı vekaletname ile vekaletini ispat etmeye ve vekaletnamenin aslını veya onaylı bir suretini dava dosyasına konulmak üzere vermeye mecbur olduğu, aynı Kanunun değişik 67. maddesinin 1. fıkrasında, vekaletnamenin aslını veya örneğini vermeyen vekilin dava açamayacağı ve yargılama ile ilgili hiçbir görev yapamayacağı, şu kadarki, gecikmesinde zarar umulan hallerde mahkemenin vereceği kesin bir süre içinde vekaletnamesini getirmek şartıyla vekilin dava açmasına veya usul işlemlerini yapmasına izin verilebileceği, bu süre içinde vekaletname verilmez veya aynı süre içinde asil, yapılan işlemleri kabul ettiğini dilekçe ile mahkemeye bildirmezse, davanın açılmamış sayılacağı ve yapılan işlemlerin hükümsüz kalacağı, son fıkrasında da, vekaletnamenin aslının veya onanmış örneğinin her dosya için ayrı ayrı verilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır./Olayda, temyiz dilekçesini verdiği tarihte vekaletname süresi geçmiş bulunan, dolayısıyla, davacıyı temsil yetkisi olmayan avukat tarafından yapılan temyiz talebinin incelenmesi mümkün değildir”. Dş. 7. D. 18.12.1997 gün ve E. 1996/360, K. 1997/4767, (Dş. Der., S. 96, s. 376).

gerekir.²⁶ Çünkü, vekaletname olmadan (vekil tarafından) açılan davada, davacının dava açma iradesi bulunmamaktadır.²⁷

Temsil yetkisi ile vekaletnameyi birbirinden ayırmak gerekir. Temsil yetkisinin verilmesi, hiçbir şekil şartına bağlı değildir. Buna karşılık, temsil yetkisini gösteren temsil belgesi, yani vekaletname ancak şekil şartlarına uyularak düzenlenebilmektedir. Bu nedenle, vekaletname eklenmeden açılan davada bir yandan vekilin temsil yetkisinin mi bulunmadığını, yoksa bunu gösteren temsil belgesinin mi düzenlenmediğini belirlemek; öte yandan gerek temsil yetkisinde gerek temsil yetkisinin ispatlanmasında yapılmış olan eksikliklerin giderilebilmesi için davacıya ya da vekiline bir imkan sağlamak gerekir.²⁸

Bu konudaki eksikliklerin giderilmesi bakımından değişik ihtimaller söz konusu olmaktadır:²⁹

a. Vekaletnamesini eklemeyen davayı açmış olan vekilin, dava tarihinden önce düzenlenmiş olan vekaletnamesini mahkemeye sunarak temsil yetkisini ispatlaması mümkündür.

b. Dava açıldıktan sonra, davacının vekile vekaletname vermesi suretiyle, "icazet yolu" ile temsil eksikliği giderilebilmektedir. Bu yolla, vekilin yetkisiz olarak yaptığı işlemler geçerlik kazanmaktadır.³⁰

²⁶ Gözübüyük-Dinçer, m. 31 no. 37; Gözübüyük-Tan, no. 588.

²⁷ "Dosyanın incelenmesinden, davacı adına yapılan gümrük vergi ve resimleri ek tahakkukunun kaldırılması istemiyle açılan davaya ilişkin dilekçede imzası bulunan avukatın vekaletnamesinin dosyaya ibraz edilmediği, bu husus, düzenlenen ilk inceleme tutanağı ile de saptandığı halde, gereğinin yerine getirilmediği anlaşılmıştır. / ... dava dilekçesini yükümlü adına vekaleten imzalamak suretiyle dava açan avuktan, vekaletini ispat eden vekaletnamenin ibrazı dairesizce istenilmiş olmasına ve buna ilişkin tezkereler, dairesinin 1995/1901 esasında kayıtlı temyiz dosyasında mevcut tebliğ alındılarına göre, dava dilekçesi ile diğer dilekçelerde gösterilen tebligat adreslerinde, 16.1.1997 ve 24.3.1997 tarihlerinde, 'sekreter ... imzasına' şerhi ile tebliğ edilmesine rağmen, vekaletname gönderilmemiştir. / Bu durumda, mahkemece, öncelikle yukarıda belirtilen hususlar göz önüne alınmak suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, işin esası hakkında karar tesisinde isabet görülmemiştir." Dş. 7. D. 7.5.1997 gün ve E. 1995/1901, K. 1997/1857, (Dş. Der., S. 94, s. 476-479).

²⁸ Gözübüyük-Dinçer, m. 31 no. 39; Gözübüyük-Tan, no. 589.

²⁹ Bkz., Gözübüyük-Dinçer, m. 31 no. 39; Gözübüyük-Tan, no. 589.

³⁰ "Usulsüzlük cezasına ... henüz vekil olmayan Avukat ... tarafından itiraz olduğu ... anlaşılmıştır. / İtiraz Komisyonunca ... tarihinde karar verildiğine ve bu kararın verildiği tarihten önce ... umumi vekaletnamenin ibraz edildiğine göre ... yükümlü vekili avukat ... tarafından yapılan itirazın geçerli olduğunu ... kabul etmek gerekir."

c. Davacı temsil yetkisi olmayan vekilin açtığı davayı benimseyerek kendisi yürütebilir. Bu durumda da “icazet yolu” ile vekilin yaptığı işlemler geçerlik kazanmaktadır.

Davacı ya da vekili, mahkemenin belirlediği süre içinde temsil konusunda var olan eksikliği gidermezse, yargı organının davanın esasına girmeden, davayı temsil yetkisi yokluğundan reddetmesi ya da vekil tarafından yapılmış olan işlemleri yapılmamış sayması gerekmektedir.³¹

E. Avukat Olmayan Vekilin Dava Açması

Vergi yargılaması hukukunda, avukat olmayan vekil tarafından dava açılması, ilk incelemede dikkate alınması gereken bir husustur. Şirketler ve/veya ferdi işletmeler ya şirketi/işletmeyi temsile yetkili olmayan bir çalışanları ve/veya meslek mensupları aracılığıyla dava açma yoluna gidebilmektedir.³² Oysa, davanın ya işlemin muhatabı olan gerçek kişi ve/veya tüzel kişinin temsilcisi tarafından bizzat ya da avukat olan vekili

Dş. 7. D. 27.3.1974 gün ve E.1973/2015, K.1974/599, (Dş. Der., S. 16-17, s. 267); “Olayda davacının vekili durumunda bulunan Avukat...’ın açmış olduğu davaya ve yaptığı işlemlere, vasinin bu avukatı yeniden vekil atayarak icazet vermiş olması, davacının yararına bir sonuç doğuracağından, davanın başından beri yapılan işlemlerin geçerli sayılması yasa hükümlerine uygun düşmektedir./ Böyle durumlarda, temyiz yeteneğinden yoksun bulunanların yaptıkları işlemlerin icazetle geçerlilik kazanamayacağı kabulü, korunmak istenilen kimsenin yararına değil zararına sonuç vereceğinden hukuka aykırı olur./ Bu durumda davacının vasisi aynı avukatı vekil tayin edip, bu dava ile ilgili daha önce açılan ve bundan sonra açılacak davalarda aynı avukata izin verdiği ve usul eksikliği sonradan giderildiğine göre, davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.” Dş. 8. D. 14.5.1997 gün ve E.1996/2250, K.1997/1639, (Dş. Der., S. 94, s. 552-554);

³¹ “...vekaletnamesini Danıştay’da davanın açılışı sırasında ibraz etmeyen bir avukat, vekaletnamesini ilk celsede (duruşmalı işlerde duruşma sırasında, duruşmasız işlerde işin heyet ve kurulca incelenmesi ve kararın verilmesi anına kadar) ibraz edebilecek, bu takdirde temsil yetkisi eksikliği başlangıçtan itibaren ortadan kalkmış olacaktır. Avukat herhangi bir şekilde vekaletnamesini ibraz etmesi için daire veya kurul tarafından bir mühlet verilmiş ve bu mühlet içinde vekaletname ibraz edilmemiş ise, vekil tarafından yapılan işler yapılmamış sayılacaktır.” Dş. İBK, 9.1.1971 gün ve E. 1970/26, K.1971/4, (Dş. Der., S. 4, 100).

³² “... Maliye Bakanlığı’nun 6 sayılı Tebliği’nin 2. maddesinin (c) bendinin iptali için açılan davada; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 1238 sayılı Yasa’yla değişik 35. maddesi uyarınca gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak yetkisi yalnız baroda kayıtlı avukatlara ait olduğundan davacı şirketin avukat sıfatını taşımayan mali müşaviri tarafından açıldığı anlaşılan davaya ait dilekçenin, bu kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde yetkili şirket temsilcisi veya avukat vasıtasıyla yeniden dava açılmakta serbest olmak üzere reddine karar verilmiştir.” Dş. DDK 7.4.1978 gün ve E. 1978/657, K.1978/273, (Gözübüyük-Dinçer, m. 15 no. 36).

tarafından açılmalıdır. Davanın, dava açma ehliyeti olan kişinin avukat olmayan vekili tarafından açılması halinde, otuz gün içinde bizzat veya avukat aracılığıyla dava açılmak üzere dilekçenin reddine karar verilmesi gerekir (İYUK m. 15/1-d).³³

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinin 3. bendinde, dava dilekçelerinin maddede yedi bent halinde sayılan yönlerden sırasıyla inceleneceği, bu bendin (c) alt bendinde ise, dilekçenin ehliyet yönünden incelemeye tabi tutulacağı belirtildikten sonra, aynı Kanun'un 15. maddesinin 1/d bendinde de, (c) bendinde yazılı hallerde ehliyetli olan şahsın avukat olmayan vekili tarafından dava açılmış ise, otuz gün içinde bizzat veya bir avukat vasıtasıyla dava açılmak üzere dilekçenin reddine karar verileceği hükme bağlanmaktadır. Bu hükümlerin amacı, idari/vergi davasına konu işlemin asıl muhatabı yerine avukat olmayan vekili tarafından dava açılması halinde, asıl muhatabın dava açma hakkının, bizzat veya bir avukat tarafından dava açılmasına imkan tanınması suretiyle korunmasına yöneliktir. Bu amacın sağlanması hususunda, kanun koyucunun gerçek ve tüzel kişilerle kamu kurum ve kuruluşları arasında bir ayırım gözetmediği de düşünülemez. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun, ehliyet yönünden yapılacak ilk inceleme sonucunda davanın reddine karar verilmesini düzenleyen 15/1-b maddesinin amacı ise, yukarıda belirtilen durumdan farklıdır. Bu maddeyle varılmak istenen amaç, bir idari davanın, idari işlemin asıl muhatabı yerine, idari işlemin uygulanması halinde bile hak ve hukukunda olumsuzluk yaratılması söz konusu olmayan gerçek ve tüzel kişiler veya

³³ "...İdari davaların açılması sırasında, dava açma iradesinin yazılı belgesi olan dilekçelerin, dava açma ehliyetini haiz davacı, tüzel kişilerde yasal temsilciler tarafından imzalanması gerekir./Tüzel kişiliği haiz davacı Kurum'un, adına salınan ek Gümrük Vergisi ve Fonlara karşı dava açmaya ehil olduğu tartışmasıdır. Türk Ticaret Kanunu ve Ana Sözleşmesi gereği Kurum bu yetkisini ancak, yönetim kurulu veya bu konuda yetkili olduğu kanıtlanan temsilcileri aracılığı ile kullanabilir./Dava dilekçesini imzalayan ithalat müdürüne ait yetki belgesinden, yargı yerleri önünde şirketi temsil yetkisi bulunmadığı anlaşılan sözü geçen sadece Kurumun yönetsel işlerinin bir kısmını izlemekle görevlendirildiği saptanmıştır./2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun, dilekçeler üzerinde yapılacak ilk inceleme üzerine verilecek kararları düzenleyen 15'inci maddesinin 1/d bendinde, 14'üncü maddenin (c) bendinde yazılı hallerde, ehliyetli şahsın avukat olmayan vekili tarafından dava açılması takdirinde otuz gün içinde bizzat veya bir avukat vasıtasıyla dava açılmak üzere dilekçelerin reddine karar verilmesi öngörülmüştür./Kanun'un bu hükmünde yazılı 'avukat olmayan vekil' tanımlamasının, dava açma ehliyetini haiz gerçek ve tüzel kişilerin temsilcilerini de kapsadığı sonucuna varıldığından, Vergi Mahkemesi'nce, söz konusu kural uyarınca dilekçenin reddine karar verilmesi gerekirken, dava açma hakkının kullanımını yasa yapıcının iradesine aykırı biçimde sınırlayarak davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin İsrar Kararında yasaya uygunluk görülmemiştir." Dş. VDGGK 19.1.1990 gün ve E. 1989/140, K. 1990/9, (Dş. Der., S. 80, s. 140-143).

bunların kanuni temsilcileri tarafından açılması halinde yargı organlarının gereksiz yere meşgul edilmelerini önlemektir.³⁴

F. Avukat - Müvekkil İlişkisi

Bir davada avukat ile avukata vekalet veren taraf arasındaki ilişki bir özel hukuk ilişkisidir. Bu ilişki, Borçlar Kanunu'nun vekalet sözleşmesi hükümleriyle düzenlenmektedir (BK m. 386 vd.).

Vekalet veren ile vekil arasındaki ilişki, taraflardan birinin ölümü halinde sona ermektedir. Vekalet verenin ölümünden sonra, vekilin öleni temsil edebilmesi için, vekaletnamede açık bir yetkinin verilmiş olması gerekir.³⁵

Vekalet sözleşmesi, istifa ve/veya azil nedeniyle de sona ermektedir. İstifa, vekilin, müvekkilinin kendisine bıraktığı bir işin idaresinden veya bir hizmetin yerine getirilmesinden tek taraflı bir irade beyanı ile ayrılmasıdır. Azil ise, müvekkilin tek taraflı irade açıklaması ile vekilin görevine son vermesidir. Uygun zamanda olmak kaydıyla, vekaletten azil ve istifa her zaman mümkündür (BK m. 396).

Avukatlık Kanunu, avukatın hak ve görevlerini ayrıntılı bir biçimde düzenlemektedir. Avukatlık Kanunu'nun 13. maddesine göre, bir hakim veya Cumhuriyet Savcısı'nın eşi, sebep veya nesep itibarıyla usul ve fūrundan veya ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlarından olan avukat, o hakim veya cumhuriyet savcısının baktığı dava ve işlerde avukatlık yapamaz.

³⁴ "Olayda davaya konu kaçakçılık cezasının asıl muhatabının Eskişehir Belediyesi'ne bağlı belediye ekmek fabrikası işletme müdürlüğü olduğu, bu nedenle dava ehliyetinin bizzat belediye başkanınca veya tevkil edeceği avukat vasıtasıyla kullanılacağı tartışmasızdır. Bu itibarla belediye başkanının dava açma ehliyetinin, belediye başkan yardımcısınca kullanılması kanunen mümkün değilse de, belediye başkanı ehliyetli olduğuna göre, bizzat belediye başkanı veya tevkil edeceği bir avukat vasıtasıyla dava açılmak üzere dilekçenin reddine karar verilmesi gerekirken, davanın 2577 sayılı Kanun'un 15/1-d maddesi uyarınca reddedilmesinde yasal isabet görülmemiştir". Dş. 4. D. 10.3.1993 gün ve E. 1990/4052, K. 1993/1116, (Dş. Der., S. 88, 1994, s. 217).

³⁵ "...Borçlar Kanunu'nun 397. maddesinin 1. fıkrasında da vekil veya müvekkilin ölümüyle vekaletin son bulacağı hükme bağlanmıştır. / ...Açıklanan nedenlerle, ölüm ile sona eren vekalet ilişkisine dayanılarak avukat tarafından açılan davanın inceleme olanağı bulunmadığından ... vergi mahkemesinin ... kararının bozulmasına ... karar verildi." Dş. 9. D. 3.10.1986 gün ve E. 1984/2026, K. 1986/2610, (Dş. Der., S. 66-67, s. 408).

Emeklilik veya istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan adli, idari ve askeri yargı hakim ve savcılarının son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde, görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır. Bu yasak, Anayasa Mahkemesi üyeleri ve diğer yüksek mahkeme hakimleri için de geçerlidir (Av. K. m. 14/I, II).

Devlet, Belediye, İl Özel İdaresi, Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin kapsamına giren iktisadi devlet teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşları ve bunların müessese, bağlı ortaklık ve iştiraklerinde çalışanlar, buralardan ayrıldıkları tarihten itibaren iki yıl geçmeden ayrıldıkları idare aleyhine dava alamaz ve takipte bulunamazlar (Av. K. m. 14/III).

Hukuk alanında profesör ve doçentlik avukatlıkla birleşebilen işlerdendir. Ancak, yüksek öğretimde görevli profesör ve doçentlerin yüksek öğretim kurum ve kuruluşları aleyhindeki dava ve işleri takip etmeleri yasaktır. Bu yasak, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsamaktadır (Av. K. m. 12/I-b, III, IV).

G. Vekalet Ücreti

1. Genel Olarak

Vekalet/avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade etmektedir (Av. K. m. 164/I). Vekalet ücreti, kural olarak, avukatla iş sahibi arasında yapılan bir ücret sözleşmesiyle belirlenmektedir. Vekalet ücreti, niteliği itibariyle yargılama giderleri arasında yer almaktadır. Vekalet ücretinin tabanı, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi ile belirlenmektedir. Vekalet ücreti, tarifede belirtilen en az ücretin altında olmamak üzere taraflarca serbestçe kararlaştırılabilmektedir. Avukatlık Kanunu, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi altında vekalet ücretinin kararlaştırılmasını yasaklamaktadır (Av. K. m. 164/IV).

Yargılama giderleri arasında yer alan vekalet ücretinin tutarını, mahkemelerin, vekille müvekkil arasındaki ücret sözleşmesini dikkate almadan, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde belirtilen miktardan az ve üç katından çok olmamak üzere belirlemesi gerekmektedir (Av. K. m. 169). Uygulamada tarafları ve konusu aynı ya da tarafları değişik ve aynı nitelikteki, yani seri halinde açılan davalar ve yapılan duruşmalar için hükmedilecek vekalet ücreti konusunda Danıştay Kararları arasında görüş ayrılıkları bulunmaktaydı. Danıştay'ın kimi kararlarında, seri davalar için bir dava gibi; kimi

kararlarında ise, her biri için ayrı vekalet ücreti hükmedilmekteydi. Bu konudaki görüş ayrılığı İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı ile giderilmiş ve seri halinde açılan davaların ya da duruşmaların her biri için ayrı ayrı vekalet ücreti takdir edilmesi kararlaştırılmıştır.³⁶

Avukat ile müvekkil arasında vekalet ücretinden doğan uyuşmazlıklar, özel hukuk uyuşmazlığı olduğundan adli yargıda çözümlenmektedir.³⁷

2. Vekalet Ücretinin Hesaplanması

Danıştay, vekalet ücretini, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre, iptal davalarında "*maktu*"; tam yargı davalarında ise, "*nispi*" olarak takdir etmektedir. Davanın kısmen kabul, kısmen reddedilmesi durumunda ise, vekalet ücretini haklılık oranına göre iki taraf arasında bölüştürmektedir.³⁸

3. Vekalet Ücretine Karar Verme

İdari Yargılama Usulü Kanunu, vekalet ücreti konusunda özel bir düzenlemeye gitme yerine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yollamada bulunmakla yetinmektedir (İYUK m. 31). Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ise, vekalet ücretini yargılama giderleri arasında saymaktadır. Davada haklı çıktığı için lehine yargılama giderine hükmedilen taraf davasını avukat aracılığıyla takip etmiş ise, kararda diğer yargılama giderlerinden başka, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre hesaplanacak vekalet ücretine de hükmedilmektedir (HUMK m.169, 421). Vergi yargısı organları, yargılama sonucu haksız çıkan tarafı kendiliğinden yargılama giderlerini ödemeye mahkûm etmektedir. Bunun için haklı çıkan tarafın bir talepte bulunmasına gerek yoktur.³⁹

Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez (Av. K. m. 164/V).

³⁶ "Avukat tarafından Danıştay'da seri halinde açılıp takip olunan tarafları ayrı, konusu aynı/ya da / tarafları ve konusu aynı olan, benzer davalarda, vekalet ücretinin her dava için ayrı ayrı olmak üzere davada haksız çıkan taraf aleyhine hükmedilmesi gerekeceğine ..." Dş. İBK 28.2.1975 gün ve E. 1973/12, K. 1975/8, (RG, 12.11.1975-15410).

³⁷ Gözübüyük-Dinçer, m. 31 no. 47; Gözübüyük-Tan, no. 591.

³⁸ Gözübüyük-Dinçer, m. 31 no. 50; Gözübüyük-Tan, no. 592.

³⁹ Yargıtay'ın içtihadı da bu yöndedir. Yrg. İBK, 29.5.1957 gün ve E. 1957/4, K. 1957/16, (RG, 4.9.1957-9697).

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Hukuklaşmayan bir alan olan vergi (hukuku) alanında hukukçunun değişik konularda işlevler üstlenmesi mümkün ve muhtemeldir. Ancak, vergi yargılaması hukuku alanında hukukçunun adı yoktur. Bunun çeşitli sebepleri bulunmaktadır. Bunların başında, hukukçu adaylarının ve/veya hukukçuların bu alana ilgisizlikleri ve bu ilgisizlik sonucu ortaya çıkan bilgisizlikleri gelmektedir. Hukuk fakültelerinin genelinde vergi hukuku ile ilgili derslerin diğer hukuk dallarına ilişkin derslerden daha az olduğu ve okutulduğu söylenemez. Çünkü, az olan ders saatleri değil, bu alana olan ilgidir. Bu ilginin oluşturulabilmesi ve/veya uyandırılabilmesi için gösterilen gayretlerin yeterli olmadığı açıktır. Hukukçuların vergi (hukuku) alanına ilgisinin artmasının, bu alanın hukuklaşmasına ve ülkede hukukun üstünlüğünün egemen olmasına önemli katkısının olacağı muhakkaktır.

Vergi yargılaması hukuku alanında avukatlık hizmetlerinden gereği gibi ve yeterli ölçüde yararlanılmadığı bilinmektedir. Bu konuda gerekli ve yeterli donanımına sahip olan avukatlar yetiştirmenin yolları aranmalıdır. Avukatlık stajı ve meslek içi eğitimle ilgili düzenleme ve yönlendirmeler yapılmalıdır. Ayrıca, lisans programlarında yer alan vergi hukuku ve vergi hukukuna ilişkin seçimler derslerin yanında, tezli/tezsiz yüksek lisans ve doktora programlarında vergi hukukuna ilişkin derslere yer verilmesi suretiyle bu alana ilgi duyanlara uzmanlaşma yolu açılmalıdır. Vergi sorunlarının/uyuşmazlıklarının çözümünde hukukçular/avukatlarla meslek mensuplarının sıkı bir işbirliği yapmaları gerektiği unutulmamalıdır.

Yargı organları önünde kişi ve kurumları temsil yetkisi avukatlara aittir. Avukat olmayan bir kimsenin başka birisi adına dava açması mümkün değildir. Avukat olmayan birisinin başkası adına açtığı davanın, ilk inceleme aşamasında, ehliyet yönünden reddine karar verilmesi yerine, adına dava açılan kimseye, dava açma iradesini bizzat veya avukat olan vekili aracılığıyla mahkemeye açıklamasına imkan tanınmalıdır. Ancak bu yolla, idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesi ve hukuka aykırılıkların giderilmesi, hukukun üstünlüğünün sağlanması mümkündür. Hukukta ve özellikle yargılama hukukunda usûl çok önemlidir. Ancak, esas usûle feda edilmemelidir. Bu nedenle, dava açma hakkının kaybına yol açmamak için, dava açma iradesinin usulüne uygun olarak ifade edilmesini mümkün kılmak gerekir. Hakimlerin görevi, uyuşmazlıkları Anayasaya, hukuka ve kanuna uygun olarak vicdani kanaatlerine göre çözmektir.

KAYNAKLAR

- Çetintemel, Harun, "Türkiye'de Hukuk Öğretimi (İdare Hukuku Öğretim ve Eğitimi İle Sınırlı Olarak)", *Dş. Der.*, S. 92, 1997, s. 37-48.
- Deryal, Yahya, "Türk Hukukunda Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatın Bilirkişilik Yapması", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2001/3, Yıl: 59, s. 15-36.
- Gözübüyük, Şeref - Dinçer, Güven, *İdari Yargılama Usulü*, Turhan Kitabevi, Ankara 1996.
- Gözübüyük, Şeref - Tan, Turgut, *İdare Hukuku C. 2, İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 1999.
- Güriz, Adnan (Editör), *Hukuk Öğretimi Sempozyumu*, AÜHF Yayınları No: 497, Ankara 1993.
- Hirsch, Ernst E. (Çev. Fatma Suphi), *Anılarım (Kayzer Dönemi-Weimer Cumhuriyeti-Atatürk Ülkesi)*, 6. Basım, TÜBİTAK Popüler Bilim Kitaplığı No: 45, Ankara Mayıs 2000, (Anılarım).
- Kaneti, Selim, *Vergi Hukuku*, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.
- Karakoç, Yusuf, "Vergi Yargılaması Hukukunun İşlevleri", *Vergi Sorunları Dergisi*, Haziran 1999, S. 129, s. 84-96, (İşlevler).
- Karakoç, Yusuf, "Vergi Yargılaması Hukukunda Bilirkişilik Kurumu", *Vergi Sorunları Dergisi*, Haziran 1998, S. 117, s. 104-148, (Bilirkişilik).
- Karakoç, Yusuf, *Genel Vergi Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, (Genel Vergi).
- Karayalçın, Yaşar, *Hukukda Öğretim - Kaynaklar - Metod Problem Çözme*, 5. Bası, BTHAE Yayınları 2001/II, Ankara 2001.
- Kırbaş, Sadık, "Vergi Hukukunda Vekilin Konumu ve Yetkileri", *Vergi Dünyası*, S. 119, Temmuz 1991, s. 53-62.
- Kumrulu, Ahmet, "Vergi Davalarında Uygulanan Gecikme Faizi Hakkında Düşünceler", *AÜHFD*, C. XL, 1988, S. 1-4, s. 237-250, (Gecikme Faizi).
- Kumrulu, Ahmet, "Uzlaşmaya İlişkin Bir İçtihatları Birleştirme Kararının Işığında Vergi Hukukunda Teori, Uygulama ve Öğretim", *Mali Hukuk*, Yıl: 1989, Ocak-Şubat, S. 19, s. 3-28, (Uzlaşma).

- Kumrulu, Ahmet, "Türkiye'de Vergi Yargısının İşlevi ve Hukuk Düzenine Katkısı Üzerine Bir Değerlendirme", *II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Durumu*, 10-13 Mayıs 1993, Ankara, s. 231-240, (Vergi Yargısının İşlevi).
- Öncel, Mualla - Kumrulu, Ahmet, "Maliye Eğitiminde Hukuki Yaklaşım", *Türkiye I. Maliye Eğitimi Sempozyumu*, 22-24 Nisan 1985, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 1986, s. 1-16.
- Pekcanitez, Hakan, "Hukukta Aktif Eğitim", *Türkiye Barolar Birliği, Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslararası Toplantı* Ankara 9-10-11 Ocak 2003, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 59, Ankara 2004, s. 109-118.
- Saban, Nihal, *Türk Yargı Sisteminin Etkinliği Araştırma Projesi Vergi Yargısının Etkinliği Raporu*, TESEV Yayınları 10, İstanbul 2000, (Vergi Yargısının Etkinliği).
- Saban, Nihal, *Vergi Hukuku Genel Kısım*, Der Yayınları, İstanbul 2002, (Vergi Hukuku).
- Türkiye Barolar Birliği; *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi*, Uluslararası Toplantı Ankara 9-10-11 Ocak 2003, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 59, Ankara 2004.
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği; *Vergilemede Global Eğilimler AB ve Türk Vergi Sistemi, Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara 2001.
- Uygun, Oktay, "Türkiye'de Hukuk Öğretiminin Sorunları ve Bir Öğretim Reformu Önerisi", İstanbul Üniversitesi, *Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı*, İstanbul 1999, s. 359-388.

ESEK SAHİBİNİN HAKLARI İLE BAĞLANTILI HAKLAR

Ahmet BÜLTER*

GİRİŞ

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu esas itibariyle fikri yaratıcılığın ürünü olan eseri korur. Eser; sahibinin hususiyetini taşıyan, ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar ve sinema eserleri türlerinden birine dahil olan her çeşit fikir ve sanat ürünüdür. İnsanın fikri yaratıcılığı sonucu ortaya çıkan hikaye, roman, şiir, piyes gibi edebi eserler, sözlü ya da sözsüz besteler, resim, heykel gibi güzel sanat eserleri ile sinema eserleri fikri hakların konusunu oluşturmakta ve bunlara ilişkin haklar eser üzerindeki haklar olarak anılmaktadır. Bununla birlikte FSEK eser sayılabilecek bir fikri ürüne vücut vermeyen bazı çalışmaları da koruma altına almış ve bunları eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar adı altında m. 80-82 arasında düzenlemiştir.

Bir eseri yorumlayıp icra ederek onun değerini ortaya koyan, eseri yorumlayarak topluma mal olmasını sağlayan icracı sanatçıların; eserin ilk defa ses veya görüntü tekrarına yarayan vasitalara kaydederek eserin toplumda yaygın şekilde dinlenip seyredilmesine imkan sağlayan fonogram yapımcılarının ve yaptıkları yayınlarla eseri ülke çapında ve hatta sınırlar ötesinde tanıtan radyo ve televizyon kuruluşlarının haklarının, fikri hukuk tarafından korunması gerektiği kabul edilmektedir.¹

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda önemli değişiklikler yapan 4630 sayılı Kanun'dan önce, özgün icralar, ses taşıyıcıları ve radyo ve televizyon yayınları üzerindeki hakları ifade etmek üzere komşu haklar deyimi

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Medeni Hukuk Bilim Dalı doktora öğrencisi.

¹ FSEK m. 80 vd; Avrupa Birliği'nin 2001/29 Sayılı Bilgi Toplumunda Eser Üzerindeki Haklara İlişkin Esasların Uyumlaştırılması Hakkındaki Yönergesi m. 3 vd (Yönerge metni için bkz., <http://europa.eu.int/eur-lex/index.html>).

kullanılırken, yapılan değişiklikle bunların yanına sinema eserlerinin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının hakları da eklenmiş ve hepsini birden ifade etmek üzere eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar kavramı benimsenmiştir. Kanun bağlantılı hakları, komşu hakları da içeren bir üst kavram olarak düzenlemiştir (FSEK m. 80/1).

1. BAĞLANTILI HAK KAVRAMI

Eser sahibinin dışında, bir eserin yayınlanması, tanıtılması, oynanması, çalınması suretiyle eserin kamuoyuna ulaştırılmasına hizmet eden kişiler de vardır. Eser sahibi çoğu zaman tek başına eserini açıklayamaz, icra edemez. Bunun için eser sahibi dışındaki araç ve kişilere de ihtiyaç vardır. Eser bu kişiler sayesinde icra edilmekte ve kamuoyuna sunulmaktadır.

Bağlantılı hak kavramı, bağımlı eser hakkı kavramından farklı nitelikte bir anlam taşımaktadır. Bağlantılı hak; eserin kamuya açıklanması, icra edilmesi ile ilgilidir. Günümüzde radyo ve televizyon programları da eserin kamuoyuna ulaşmasında önemli birer araç niteliği kazanmıştır. İşte bu şekilde bir eserin kamuoyuna ulaştırılmasında başta icracı sanatçılar olmak üzere plak yapımcıları, radyo ve televizyon kuruluşları ve film yapımcıları gibi kişi ve araçlar gündeme gelmiştir. Bu bakımdan eser sahibinden başka eserin kamuoyuna ulaşmasını sağlayan söz konusu kişi ve kuruluşların haklarının koruma altına alınmaması büyük bir haksızlık yaratmakta, ülkenin fikir ve sanat hayatının gelişmesine engel olmaktadır.² Bu nedenlerle eser sahibini haklarına zarar vermeden ve onun rızası ile bir eseri özgün biçimde icra eden veya icrasına katılan, bir icrayı ya da sesleri ilk defa tespit eden veya yayınlayan veyahut bir filmi yapan gerçek ya da tüzel kişilerin sahip oldukları haklar olarak tanımlayabileceğimiz bağlantılı hakların da korunma altına alınması gerekmektedir.³

² Kılıç, Mehmet, "İcracı Sanatçılar ve Hakları", *TBBD* 1998/1, s. 595; Yıldırım, Ayça, A., *4630 Sayılı Kanun Değişikliği ve Gelişmeler Işığında Sinema Eseri ve Sinema Eser Sahipliği, Hayri Domaniç'e 80. Yaş günü Armağanı*, İstanbul 2001, s. 1.

³ ABD ve AB düzenlemelerinde telif hakkı ve bağlantılı haklar fikri mülkiyet huku-
nunun en temel ve birbirinden ayrılmaz yapı taşı olarak ele alınmıştır. Bkz., Mulik,
Kranti, *Geographical Indications And The Trade Related Property Rights Agreement (Trips)*;
A Case Study Basmati Rice Exports, Kansas State University 2004, s. 12; Oppenheim,
Charles, *The New Directive On Copyright And Related Rights*, Learned Publishing vol.
14, no: 3, July 2001 (The New Directive), s. 205-206; Oppenheim, Charles, *Legal Issues
Of Concern To The Library And Information Sector*, Journal Of Information Science
Volumu 3, 2001 (Library And Information Sector), s. 171; Malanczuk, Peter, *Akehurst's
Modern Introduction To International Law*, New York 1997, s. 232.

Fikri hukukta bağlantılı hak deyimi, fikir haklarına yakınlık gösteren, benzer yahut komşu kabul edilen bazı hak konuları düşünülerek yakın bir geçmişte benimsenmiş ve icracı sanatçıların, plak yapımcılarının, radyo ve televizyon kuruluşlarının ve film yapımcılarının kendi ürünleri üzerindeki haklarını ifade etmek üzere kullanılmaktadır.⁴

Ülkemizde bugünkü anlamıyla bağlantılı hakların korunmasıyla ilgili ilk düzenleme 1995 yılında 4110 sayılı Kanun'la FSEK'da yapılan değişiklikler sonucu gerçekleşmiştir. Kanunu'nun 80. maddesinde yapılan değişiklik ile "*Eser sahibinin maddi-manevi haklarına hanel getirmemek şartıyla, fikir ve sanat eserlerini özgün biçimde icra eden, yorumlayan icracı sanatçılarla, bir icrayı ya da sesleri ilk defa tespit eden ses taşıyıcıları yapımcıları ve radyo-televizyon kuruluşlarının, eser sahibinin haklarına komşu haklarının bulunduğu*" hükme bağlanmıştır. Kanun'da yapılan düzenlemelerin uygulanması amacıyla bir de yönetmelik hazırlanmış ve bu yönetmelikte komşu hakkın tanımı, komşu hak sahibinin yetkileri ve sahip oldukları hakkın sınırları düzenlenmiştir.⁵

Ancak FSEK'da 4630 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle komşu haklara ilişkin düzenlemeler yeniden ele alınmıştır. Daha önce "*komşu haklar*" olarak yapılan nitelendirme, "*eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar*" olarak değiştirilmiş, "*komşu hak*" deyimi "*bağlantılı haklar*" üst başlığı altında düzenlenmiştir. Böyle bir değişikğin hangi gerekçeyle yapıldığı hususu açık değildir. Esasen "*bağlantılı hak*", "*komşu hak*", "*tali hak*" gibi deyimler, eser sahibinin haklarıyla yakından bağlantısı bulunan hakları ifade etmek için kullanılan eş anlamlı deyimlerdir.⁶ Yabancı hukuk kaynaklarında ve fikri hukukla ilgili uluslararası sözleşmelerde aynı müesseseyi ifade etmek için

⁴ Ateş, Mustafa, *Fikir ve Sanat Ürünleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, Ankara 2003, s. 211 vd; Baygın, Cem, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar", *AÜEHFD*, Erzincan 2001, C. V (Baygın Bağlantılı Haklar), s. 297 vd; Beşiroğlu, Akın, *Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar, Fikir Hukuku*, C. I, Ankara 2002, s. 283; Can, Mustafa, Erdem, "Radyo ve Televizyon Yayınları Üzerindeki Fikri Haklar", *AÜHFD* 1999, C. 48, s. 319 vd; DPT Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, *Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara 2000, s. 36 vd; Erel, Şafak N., *Komşu Haklar ve Sahipleri*, FİSAUM Konferanslar Dizisi I, Ankara 1998 (Erel, Komşu Haklar), s. 55.

⁵ Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği (KHY) RG, 16.11.1997/32172 m. 4: "Komşu hak: Eser sahibinin haklarına zarar vermeden ve onun rızası ile eseri özgün biçimde icra eden veya icrasına katılan, bu icrayı ya da sesleri ilk defa tespit eden, yayınlayan gerçek ya da tüzel kişilerin münhasıran sahip oldukları; icrayı tespit etme, çoğaltma, kiralama, telli-telsiz her türlü araçla yayınlama ve kamuya açık yerlerde temsil suretiyle bundan faydalanma haklarıdır."

⁶ Ateş, s. 212; Baygın, *Bağlantılı Haklar*, s. 298.

her iki kavram da kullanılmaktadır.⁷ Bu kavramlar yabancı hukuk sistemlerinde diğerinin alt kategorisini oluşturacak şekilde kullanılmamıştır. Bu nedenle FSEK'da “bağlantılı hak” ve “komşu hak” deyimlerinin kullanılması isabetli olmamıştır. 4630 sayılı Kanun'la getirilen yeni düzenleme sadece terminoloji değişikliğinden ibaret değildir. Ayrıca bağlantılı hakların ihlali halinde hak sahibini koruma yollarına açıklık getirilmiş, bu hakların ihlaline karşı ağır cezai müeyyideler getirilmiştir.⁸ Bu hükmüyle FSEK, Türkiye'nin uluslararası anlaşmalardan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamıştır.⁹

2. BAĞLANTILI HAKLARIN HUKUKİ MAHİYETİ

Türk Hukuk Düzeni eser sayılabilecek niteliğe sahip olmasa bile, sarf edilen emeğin korunması konusunda özen göstermiş ve başkalarının meydana getirilen bir eseri yorumlayarak onun değerini ortaya koyan, o eserin daha iyi takdim ve tanıtılmasına kendi özgün çabalarıyla katkıda bulunan kimselere de, eser sahibinin hak ve menfaatlerine benzer bazı hak ve yetkiler tanımıştır.¹⁰ Bağlantılı haklar olarak nitelendirilen bu yetkiler, sadece icra edenlere değil, ayrıca yapılan icraların toplum içinde daha çok tanınmasına, dinlenip seyredilmesine vesile olacak, ses ve görüntü kayıt ve tekrarına yarayan araç ve gereçleri imal eden yapımcılara ve yaptıkları yayınlarla eserlerin geniş kitleler tarafından tanınmasını sağlayan radyo ve televizyon kuruluşlarına da tanınmış bulunmaktadır.¹¹

İcracıların yapımcıların ve radyo ve televizyon yayını yapan kuruluşların faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan ürünler, fikri hukuk anlamında eser sayılmadıkları için,¹² bunlar üzerinde tanına yetkiler fikri hak yerine,

⁷ O Oppenheim (The New Directive) s. 205-206; Mulik, s. 12; Ateş s. 212; Alman FSEK Almanca metninde “akraba haklar”, İngilizce metninde “bağlı haklar”; Avusturya FSEK'da “bağlantılı haklar”; İtalyan hukukunda “bağlantılı haklar”; Fransız hukukunda “komşu haklar”; Avrupa Birliği mevzuatında “bağlantılı haklar” ifadeleri kullanılmaktadır.

⁸ FSEK m. 80 son fıkra: “Bağlantılı hak sahiplerinin haklarına tecavüz edenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis ve on milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasına hükümlenir.”

⁹ Arıkan, A., Saadet, *Fikri Haklar Bağlamında Komşu Haklar ve Türkiye*, İbid., 1996 C. 70, s. 175; Baygın, *Bağlantılı Haklar*, s. 298.

¹⁰ Erel, Şafak, N., *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Ankara 1998 (Erel, FSH) s. 163 vd; Ateş s. 200; Beşiroğlu s. 283-284.

¹¹ Arıkan, s. 167-168; Ateş, s. 200; Sarmaşık, Jale, *Radyo ve Televizyon Yayıncılığında Eser Kavramı*, http://www.hukukcu.com/bilimsel/makale/eser_haklari (11.02.2005).

¹² Ateş, s. 200; Arıkan, s. 168; Beşiroğlu, s. 287; Erel, FSH s. 163; Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 1999, s. 255; Baygın, *Bağlantılı Haklar*, s. 299; Kılıç, s. 594; Kınacıoğlu, Naci, *Sinema Eserleri ve Bunlarda Eser Sahipliği*, <http://>

bağlantılı haklar, komşu haklar, ilgili haklar gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Bu haklar tam anlamıyla eser olarak nitelendirilemeyecek bir fikri emek üzerinde tanınmış iseler de, bu fikri emeğin mevcut bir esere bağlı olarak sarf edilmiş olmasından dolayı, eserden tamamıyla bağımsız olarak düşünülmemeyecekleri açıktır.¹³ Zira bağlantılı hakkın konusu olan fikri çabanın mevcut bir esere tahsisi söz konusudur. Bağlantı hakkın doğumu için önceden bir eserin mevcut olması gerekmektedir. Mevcut bir eser üzerinde yapılan çalışma yeni bir eser niteliği taşıyorsa, bunu belki bir "işlenme"¹⁴ kabul etmek gerekeceğinden, bu eser üzerinde bağlantılı haktan değil, fikri haktan söz etmek gerekir.¹⁵ Bağlantılı hak sahibinin fonksiyonu, yeni bir eserin meydana getirilmesi değil, mevcut bir eserin tanıtılması, üçüncü kişilere aktarılmasıdır. Bağlantılı hak kavramıyla himaye altına alınan, bu özgül nitelikteki çaba ve faaliyetlerdir.

3. BAĞLANTILI HAKLARIN TÜRLERİ VE İÇERDİĞİ HAKLAR

I. Genel Olarak

4630 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemeye göre, eser sahibinin haklarıyla bağlantılı haklar "*eser sahibinin haklarına komşu haklar*" ve "*film yapımcılarının haklarından*" oluşmaktadır (FSEK m. 80/1-2). Kanun bağlantılı hakkın bir türü olarak düzenlediği komşu hakları da kendi içerisinde; icracı sanatçıların hakları, fonogram yapımcılarının hakları ve radyo-televizyon kuruluşlarının hakları şeklinde üç kategoriye ayırmaktadır (FSEK m. 80/1, A, B, C). Bağlantılı haklar konusundaki bu çalışmamızda Kanun'un sistematığıne göre önce komşu haklar, sonra da film yapımcılarının hakları ele alınacaktır.

II. Komşu Haklar ve Komşu Hak Sahipleri

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 80. maddesinin 1. bendinde "*Eser sahibinin manevî ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin*

www.ilesam.org.tr (09.05.2003); Kılıç, Bilge, *Fikri Haklar Bakımından "Eser" Kavramı*, ttp://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/eser_kavrami.htm#_ftnref26

¹³ Ateş, s. 201; Baygın, *Bağlantılı Haklar*, s. 299; Sarmaşık, s. 4.

¹⁴ İşlenme, mevcut bir fikir veya sanat ürününden faydalanılarak meydana getirilen, fakat tamamıyla asıl eserden bağımsız olmayan, işleyenin de hususiyetini taşıyan fikir ve sanat ürünleridir. FSEK m. 1/b: "İşlenme eser: Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsullerini ifade eder."

¹⁵ Öztan, Fırat, *Bağımlı Eser, Turgut Kalpsüz'e Armağan*, Ankara 2003, s. 529; Küçük, Eşref, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Çeviri Eserler", *TBB D*, S. 1998/1 Yıl: 11, s. 612.

izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıların, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları ile radyo-televizyon kuruluşlarının aşağıda belirtilen komşu hakları vardır” denildikten sonra, A, B, C bentlerinde komşu hak sahipleri ve bunların sahip olduğu haklar düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları ve radyo-televizyon kuruluşları olmak üzere üç tür komşu hak sahipliğinden söz edilebilir.¹⁶

A. İcracı Sanatçılar ve Hakları

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 80/1 hükmü bir fikir ve sanat eserini özgün biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden kişileri sanatçı olarak nitelendirmektedir. Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği'nin 4/b maddesinde icracı sanatçılar; sanat eserleri ile folklor eserlerini özgün biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden oyuncular, ses sanatçıları, müzisyenler, dansçılar vb. diğer kişiler şeklinde tanımlanmışlardır. Bu bağlamda icracı sanatçılar; piyano, keman, viyola, flüt, davul, saz, mandolin gibi müzik aletlerini çalanlar; şarkıcılar, sahne oyuncular; dansçılar, orkestra şefleri; tonmeisterler; tiyatro yönetmenleri; sinema ve tiyatro dekorcuları, şiir ve hikaye okuyanlar gibi eserin özgün biçimde icrasında katkı ve rol sahibi olan kimselerdir.¹⁷

Eser sahibi ile icracı sanatçı arasındaki fark; eser sahibinin eseri meydana getirmesi, icracı sanatçının ise var olan bir eseri seslendirmesi, sahnelemesi, oynaması, okuması yani yorumlamasıdır.¹⁸ İcracı da yorumu ile yaratıcı olduğundan sanatçıdır.¹⁹ Bu nedenle sadece tekniği uygulayanlar, sözcüleri ses düzeni kuranlar, haberi aktaran spikerler icracı sanatçı sayılmazlar.

İcracı sanatçı bir bakıma eser sahibi ile eserden yararlanacak kişiler arasında bir tür aracılık görevi yapmakta ve sarf ettiği fikri çalışma ile eserin yaratılmasına değil, fakat yayılmasına hizmet etmektedir.²⁰ Ortaya koyulan icra sanatsal açıdan ne kadar büyük bir değer taşırsa taşırsın,

¹⁶ Göknül, Recep, *İnternet ve Hukuk*, <http://superonline.com/hukuk> (09.05.2003); Sarmaşık, s. 5.

¹⁷ Baygın, *Bağlantılı Haklar*, s. 300; Tekinalp, s. 256.

¹⁸ Baygın, *Bağlantılı Haklar*, s. 300; Erel, *Komşu Haklar*, s. 56-57; Kılıç, s. 597; Erel, *FSH* s. 165; Tekinalp, s. 256.

¹⁹ Baygın, *Bağlantılı Haklar*, s. 300; Sarmaşık, s. 5.

²⁰ Baygın, *Bağlantılı Haklar*, s. 301; Ateş, s. 214-215.

icracının faaliyeti gerçekte eser sahibinin duygu ve düşüncelerini ifade eden bir vasıttan ibarettir. Bazı hallerde eser icracı sanatçının kimliği ile özdeşleşebilir ve eser sahibinden çok icracıyla anılabilir. Buna rağmen ne icrayı eser saymak ne de icracıyı eser sahibi kabul etmek mümkündür.²¹ Bazen eserin sahibi yarattığı eseri yine kendisi icra edebilir. Bu takdirde eser sahibi sıfatıyla zaten korunduğu için, icracı sanatçı olarak ayrıca korunmaya ihtiyacı yoktur.

İcra sanatçıların hakları, eser sahibinin hakları gibi manevi ve mali olmak üzere iki tür yetkiden oluşmaktadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 4630 sayılı Kanun'la değişik 80. maddesi "*İcra sanatçıları, mali haklardan bağımsız olarak ve bu hakları devretmelerinden sonra dahi, tespit edilmiş icraları ile ilgili olarak uygulama şartlarının gerektirdiği durumlar hariç, icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesini talep etme hakkına sahiptirler*" şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Kanun böylece manevi nitelikli haklardan "*adın belirtilmesini talep*" ve "*icranın bütünlüğünün korunması*" gibi önemli iki hakka yer vermiş bulunmaktadır. O halde hukukumuzda göre icracı sanatçılar, ses kaydedici ortamlara tespit yapılan icraları ile ilgili olarak icranın sahibi olarak tanıtılmalarını istemek ve kendi itibarlarını zedeleyecek şekilde icraların tahrifini önlemek hakkına sahip olacaklardır.²² Eser sahipliğinde olduğu gibi icracının da yaptığı icralarda adının belirtilmemesi, onun manevi haklarına tecavüz teşkil eder. Aynı şekilde bir icracı sanatçıya ait icranın, başka bir kişi tarafından, onun özgün icrasının tahrifi anlamına gelecek şekilde yorumlanması, icracı sanatçının manevi haklarına saldırı oluşturur.²³

İcra sanatçıların manevi hakları, mali haklarından bağımsızdır. Mali hakları devretmiş olsa bile, icracı sanatçının devrettiği icra üzerinde adının belirtilmesini istemesi ve icranın tahrifine karşı koyması mümkündür. Ancak icracı sanatçı itibarını zedelemeyecek düzeydeki değişikliklere engel olamaz. Ayrıca FSEK'nin 80/A-1 maddesi uyarınca "*uygulama şartlarının gerektirdiği durumlarda*" icracı sanatçının adının belirtilmemesi mümkün olduğu gibi, icrada bazı değişikliklerin yapılması da mümkündür. Özellikle bir eserin birden çok sanatçının müştereken icrası ile gerçekleştiği durumlarda, icracı sanatçıların tümünün adının zikredilmesi çeşitli zorluklara neden olabilir.

4630 sayılı Kanun manevi haklar yanında, icracı sanatçılar için mali hakları da tanımıştır. Buna göre bir eser sahibinin izniyle icracı sanatçı "*bu*

²¹ Baygın, *Bağlantılı Haklar*, s. 301; Ateş, s. 220.

²² Ateş, s. 217; Baygın, *Bağlantılı Haklar*, s. 308; Erel, *FSH* s. 169.

²³ Kılıç, s. 600-602; Ateş, s. 217.

icranın tespit edilmesine, bu tespitin çoğaltılmasına, satılmasına, dağıtılmasına, kiralanmasına ve ödünç verilmesine, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine ve temsiline izin verme veya yasaklama hususunda münhasıran hak sahibidir” (FSEK m. 80/A-2). İcracı sanatçı ayrıca “yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış tespit edilmiş icralarının, aslı veya çoğaltılmış nüshalarının satış yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması hususunda izin verme veya yasaklama hakkına sahiptir” (FSEK m. 80/A-3). Kanun icracı sanatçılara bunun yanında, icralarını elektronik ticaret yoluyla satma, satışa sunma ve dijital ortamlarda üçüncü kişilerin erişimine sunmak suretiyle umuma iletilmesine izin verme veya yasaklama hakkı tanımıştır (FSEK m. 80/A-4). Sonuç olarak FSEK 80. maddesi ile komşu hak sahibi olan icracı sanatçıların mali haklarını; icranın temsil edilmesi (canlı icra), icranın tespiti (ses veya görüntü nakline yarayan araçlara kaydedilmesi), tespitin çoğaltılması, yayılması (dağıtılması, satılması), kiralanması veya ödünç verilmesi, ses, işaret ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalarla topluma iletilmesi veya yeniden yayım yoluyla iletilmesi, yurt içinde satışı veya diğer yollarla tedavüle konulması, elektronik ticaret yoluyla satışı, satışa sunulması ve dijital ortamlarda gerçek kişilerin emrine sunulması şeklinde sıralayabilmek mümkündür.

İcracı sanatçılar icra üzerindeki mali haklarını bizzat kullanacakları gibi başkalarına da devredebilirler. Ayrıca icracı sanatçı, eser sahibi de olmak üzere üçüncü kişileri mali hakları izni olmadan kullanmaktan men edebilir. Kanun’a göre icracı sanatçılar kendilerine tanınmış olan bu hakları, uygun bir bedel mukabilinde yapımcıya devredebilirler. Bu hakların kullanılabilmesi için icracı sanatçının vereceği iznin yazılı olması gerekir (FSEK m. 80/V) ve devredilen hakların sözleşmede açıkça gösterilmesi zorunludur (FSEK m. 52). Eser tek bir sanatçı tarafından icra edilmişse, eser sahibinin hakları saklı kalmak şartıyla, mali hakların kullanılması için icracının yazılı izni gerekir. Eserin icrası birden fazla şahsın sanatsal faaliyetiyle gerçekleşmesi halinde, bu kişiler komşu haklara birlikte sahip olurlar.²⁴ İcracı sanatçılar, hakların kullanımı konusunda içlerinden birini yetkili kılmadıkça kural olarak birlikte hareket etmek zorundadırlar. İcranın bir orkestra, koro veya tiyatro grubu tarafından gerçekleştirilmesi halinde, orkestra veya koro yalnız şefin, tiyatro grubunda ise yalnız yönetmenin izni yeterlidir (FSEK m. 80/A-6). Şayet icra bir müteşebbisin girişimi ile ve bir sözleşmenin ifası kapsamında gerçekleştirilmiş ise, müteşebbisin de izninin alınması gereklidir (FSEK m. 80/A-7). Şefin ve müteşebbisin izin verme yetkisi doğrudan doğruya kanundan doğmaktadır. Topluluğa dahil sanatçılar, kural olarak şefin tasarrufuna karşı koyamazlar. Ancak

²⁴ Baygın, *Bağlantılı Haklar*, s. 305; Ateş, s. 222.

icranın tespiti ve yayını icracı sanatçının manevi haklarına tecavüz teşkil ediyorsa, bu takdirde bunu men edebilme ve tazminat isteyebilme yetkisi tanınmıştır.²⁵

FSEK'nin icracı sanatçılarla ilgili hükümleri Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları olan icracı sanatçılara uygulanır (FSEK m. 82/1-1). Türk vatandaşı olan icracı sanatçıların gerek yurt içinde gerekse yurt dışındaki icraları FSEK'nun icracı sanatçılara ilişkin hükümlere tabidir. Ayrıca FSEK'nin 82/1-1 maddesi de icracı sanatçıların vatandaşlığı ne olursa olsun Türkiye sınırları içinde gerçekleşen icralara da FSEK'nin icracı sanatçılara ilişkin hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir.

B. Fonogram Yapımcısı ve Hakları

Komşu hak sahiplerini ikinci kategorisini fonogram yapımcıları teşkil etmektedir. FSEK'ya 4630 sayılı Kanun'la eklenen m. 1/B hükmü fonogramı, *"Sinema eseri gibi görsel-işitsel eserler içindeki ses tespitleri hariç olmak üzere, bir icrada yer alan seslerin veya diğer seslerin veya ses temsillerinin tespit edildiği ses taşıyıcısı fizikî ortamı"* şeklinde tanımlamaktadır. Fonogram yapımcısı ise kanunda açıkça tanımlanmamıştır, FSEK 80/B maddesinde *"bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcısından"* söz edilmektedir. Bu ifadeden hareketle fonogram yapımcısını, bir icrayı veya diğer sesleri ilk defa tespit eden, gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlayabilmek mümkündür.²⁶ Fonogram yapımcısını, komşu hak olarak hukuken korunması mümkün sesleri kayıt ve tespit ederek, bu tespiti sonradan tekrar edilebilecek şekilde ticari dolaşıma koymaya yarayan plak, teyp ve video kaseti veya cd gibi vasıtaları imal eden, üreten kimse olarak anlamak gerekir.²⁷ Tespit kavramı sadece seslerin değil, görüntülerin de tespitini içerecek şekilde geniş anlaşılmalıdır. Tespit edilen vasıtanın önemi yoktur. Önemli olan tespitlerin anlaşılabilir, tekrar edilebilir, çoğaltılabilir ve nakledilebilir şekilde bir vasıtaya kaydedilmesidir.

Fonogram yapımcısının hakları, hukuki niteliği itibariyle eserin veya icrasının korunması mahiyetinde olmayıp, eser veya icranın tespiti yapılan vasıtalar ile bunları imal eden şahsın menfaatlerinin korunmasıdır.²⁸ Bura-

²⁵ Baygın, *Bağlantılı Haklar*, s. 306; Tekinalp, s. 263; Piroğlu, Ünsal, *Eserden Doğan Manevi Haklar Tazminatı ve Kişilik Haklarıyla İlişkisi*, Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 569-573.

²⁶ Tekinalp, s. 311; Ateş, s. 223; Sarmaşık, s. 6.

²⁷ Erel, *FSH*, s. 174, Ateş, s. 224.

²⁸ Erel, *FSH*, s. 175; Ateş, s. 225.

daki koruma, mutlak olarak mevcut bir ses kaydının korunması niteliğinde olmayıp, bir sesin ilk defa tespitinin korunmasıdır. Eser ve icraların korunması için gerekli olan özgünlük unsuru, yapımcının haklarının korunması yönünden bulunması gereken bir şart değildir. Zira yapımcının haklarının koruma konusunu endüstriyel-teknik ürünler oluşturmaktadır.²⁹

Yapımcıya eser sahibi ve icracı sanatçılardan farklı olarak, ürettiği fonogram üzerinde manevi hak tanınmamıştır. Ancak fonogram yapımcısının özellikle adın belirtilmesini isteme yetkisinden yararlanması yerinde olurdu. Nitekim aksi durum yapımcının mali haklarına zarar verebilir. Yapımcının mali hakları, eser sahibinin haklarına paralel olarak düzenlenmiştir. FSEK'nin 4630 sayılı Kanun'la değişik 80/B maddesine göre fonogram yapımcısı, tespitini; doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması, her türlü yöntemle dağıtılması ve satılması, kiralanması ve ödünç verilmesi, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalarla kamuya iletimi ve yeniden iletimi, yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış tespitlerin aslını veya kopyalarının satış ve diğer yollarla dağıtılması, telli veya telsiz araçlarla veya diğer yöntemlerle kamuya iletilmesi, internet ortamından kamuya iletilmesi konularında yetki sahibidir. Yapımcı kendisine tanınmış bulunan hakların kullanılmasını bir bedel karşılığında bir başkasına devredebilir. Yapımcının bir icrayı tespit edebilmesi, tespiti çoğaltabilmesi, radyo ve televizyonda yayımlayabilmesi ve diğer tasarruflara konu edebilmesi için, icracı sanatçının iznini alması gerekmektedir.³⁰ İracı, eser sahibinden icra yetkisi dışında eserin tespiti, çoğaltılması, yayılması ve temsili için yetki almışsa; yapımcının eser sahibinden ayrıca yetki almasına gerek yoktur.³¹ Aksi takdirde icracı yalnızca icra için yetki almışsa, yapımcı eser sahibinden tespit, yayma, çoğaltma ve sair surette kamuya sunma için yetki almak zorunda kalacaktır. Yapımcı izni ne maksatla almışsa, yalnızca onun için kullanılabilir. Bu iznin yazılı olması ve hangi hakların kapsadığının ayrı ayrı belirtilmesi gerekmektedir. Ayrıca FSEK m. 52 gereğince komşu hakkın devrine ilişkin sözleşmelerin de yazılı olması ve devredilen hak konularının tek tek gösterilmesi zorunludur.

FSEK m. 82/2-1 uyarınca yapımcıları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan fonogramlar ve Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde bulunan fonogramlara FSEK'nin konuya ilişkin 80-82. maddeleri uygulanır.

²⁹ Ateş, s. 225.

³⁰ Kılıçoğlu, Ahmet, "Fikri Haklar Alanında 5101 Sayılı Kanun'la Getirilen Yenilikler", *TBB*, S. 55, Kasım-Aralık 2004 (Kılıçoğlu, *5101 Sayılı Kanun'la Getirilen Yenilikler*), s. 67.

³¹ Ateş, s. 229.

C. Radyo ve Televizyon Kuruluşlarının Hakları

Radyo-televizyon kuruluşları da komşu hak sahibidir. Radyo ve televizyon kuruluşlarının ürünü olan yayınların, diğer kişi ve kuruluşlar tarafından yetkisiz olarak kullanımın engelleyecek önlemler, uluslar arası alanda ilk olarak Televizyon Yayınlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nde³² ele alınmıştır. Bizde ise 1982 Anayasası'nın 133. maddesinin 1993 tarih ve 3913 sayılı Kanun'la değiştirilmesinden önce, Türkiye'de radyo-televizyon kuruluşlarının ancak devlet tarafından kurulabileceği hükme bağlanmıştı. Söz konusu değişiklikten sonra radyo ve televizyon istasyonları kurulması ve işletilmesinin kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbest olduğu kabul edilmiş ve ardından da 1994 tarih ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun yürürlüğe konmuştur. Günümüzde kamu tüzel kişisi niteliğindeki TRT kurumundan başka, 3984 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde kurulan bir çok özel radyo ve televizyon kuruluşu mevcuttur. Söz konusu Kanun'un 29. maddesine göre özel radyo ve televizyon kuruluşları sadece anonim şirket olarak kurulabilir ve aynı şirket ancak bir radyo ve televizyon işletmesinin sahibi olabilir.

Radyo ve televizyon kuruluşlarının FSEK'da korunan haklarını konusunu yayınlar oluşturur. Yayın kuruluşlarının komşu haklarına konu olabilecek ürünler ya bir eser, ya bir eserin icrası ya da bir eserin ya da icranın yapımçı tarafından yapılan tespittir.³³ Ürünün niteliği ne olursa olsun yayın kuruluşlarını komşu hakkına konu ürünlerin tümüne yayın denilmektedir. FSEK'da yayına ilişkin bir tanım yer almamıştır. Roma Sözleşmesi'nde³⁴ radyo ve televizyon yayını "*seslerin ya da resim veya seslerin kamunun yararlanacağı şekilde radyo dalgalarıyla yayını*" şeklinde tanımlanmaktadır.³⁵ WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşması'nda³⁶ ise "*seslerin ya da ses ve görüntülerin yahut bunların temsillerinin izlenmesi amacıyla telsiz olarak umuma iletilmesi, söz konusu iletimin uydu aracılığıyla yapılması ve yayın kuruluşunca müsaade edilen şifre çözücü araçlarla alınmak üzere sinyallerin şifreli iletimi*" yayın olarak tanımlanmaktadır.³⁷ Bir programın yayın olarak nitelendirilmesi ve hukuki korumadan yararlanabilmesi için özgün olması gerekmez. Buradaki yayın kavramını FSEK m. 25'te bulunan eserin radyo

³² RG, T. 08.08.1975 S. 15320.

³³ Ateş, s. 229; Baygın, *Bağlantılı Haklar*, s. 317.

³⁴ 18 Mayıs 1964'te yürürlüğe giren Roma Sözleşmesi'ne Türkiye'nin katılımı 7 Temmuz 1995 Tarih ve 4116 sayılı Kanun'la olmuştur.

³⁵ Ateş, s. 229; Baygın, *Bağlantılı Haklar*, s. 317; Arıkan, s. 170 vd.

³⁶ ETKK Hukuk Çalışma Grubu Raporu Fikri Ve Sınai Mülkiyet Hakları: <http://www.e-devlet.gov.tr> (09.05.2003).

³⁷ Ateş, s. 230; Baygın, *Bağlantılı Haklar*, s. 317.

ve televizyonda yayın yoluyla iletiminden ayırt etmek gerekir. FSEK m. 25'te düzenlenen yayım hakkının konusu her halde bir eser veya eserin işlenmesi olmak durumundadır.³⁸ Komşu haklara konu olan yayının ise eser niteliğinde olma zorunluluğu yoktur. Bir program aynı zamanda eser niteliği taşıyorsa, ayrıca FSEK m. 25 ve 80 hükümleri birlikte uygulanarak korunabilir.³⁹

Radyo ve televizyon kuruluşlarının komşu hak sahipliği çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilmektedir. Bunların ilki yayın kuruluşlarının tüzel kişi olarak istihdam ettikleri eserin mali hak sahipliği sıfatıyla bu eserin icra ve temsillerini yayınlama şeklindedir. Böyle durumlarda eser ve yayın sahibi olarak yayın kuruluşunu kabul etmek gerekir.⁴⁰ Bunun yanında yayın kuruluşları eserin yayım hakkını asıl eser sahibinden devralarak yayınlamak veya icracı sanatçıyla yaptıkları sözleşme çerçevesinde icrayı doğrudan doğruya veya tespitini yaptıktan sonra yayınlamak, yapımcıyla yaptıkları anlaşma dahilinde onun tarafından yapılan tespitten istifade ederek yayın yapmak gibi hallerde radyo-televizyon kuruluşunun komşu hak sahipliğinden söz edilebilir.⁴¹ FSEK hükümleri uyarınca radyo-televizyon kuruluşları tüzel kişi olarak, organları veya işveren ya da tayin eden olarak istihdam ettikleri kişiler tarafından meydana getirilen eserler, icralar ve tespitler ile üçüncü kişi durumundaki eser sahipleri, icracı sanatçılar ve yapımcılardan yayın hakkını bir sözleşme ile devraldıkları programlar üzerinde; yayınların tespit edilmesi, bu tespitlerin çoğaltılması, telli-telsiz her türlü araçla yeniden yayınlanması, giriş ücrete tabi yerlerde gösterilmesine izin verme ve yasaklama konusunda yetkilere sahiptirler (FSEK m. 80/C).

Merkezleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde bulunan radyo-televizyon kuruluşlarının yayınlarına, yayının icra ya da kayda alınma yeri isterse Türkiye dışında bulunsun, FSEK'nin radyo-televizyon yayınlarıyla ilgili hükümleri uygulanır (FSEK m. 82/3-1).

III. Film Yapımcısı ve Hakları

FSEK'nin 4630 sayılı Kanun'la değişik 80. maddesi, Avrupa Birliği'nin 92/100 ECC sayılı direktifi doğrultusunda⁴² film yapımcıları da eser sahi-

³⁸ Tekinalp, s. 267; Erel, *FSH*, s. 180.

³⁹ Tekinalp, s. 267; Ateş, s. 230.

⁴⁰ Tekinalp, s. 268; Ateş, s. 230; Sarmaşık, s. 9.

⁴¹ Erel, *FSH*, s. 180; Ateş, s. 231; Baygın, Cem, *Fikri Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Hakları Kanunen Kullanmaya Yetkili Sayılan Kişiler, Ömer Teoman'a 55. Yaş günü Armağanı*, İstanbul 2002 (Baygın, Eser Sahibi), s. 148 vd.

⁴² Kılıçoğlu, Ahmet, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler ve Eleştirisi*, FİSAUM Konferanslar Dizisi I, Ankara 1998 (Kılıçoğlu, FSEK Değişiklikler), s. 5; Arıkan s. 181.

binin hakları ile bağlantılı hak sahipleri arasına alınmıştır. Film yapımcısı deyimi Kanun'da tanımlanmamıştır. Kanun'daki düzenlemeye kaynak teşkil eden 92/100 sayılı AB Direktifi'nde de film yapımcısının tanımı yoktur.⁴³ Buna karşılık FSEK m. 80/2 "*filmlerin ilk tespitini yapan film yapımcısından*" bahsetmektedir. Bu hükümden hareketle sesli olup olmamasına bakılmaksızın, görüntüleri anlaşılabilir, çoğaltılabilir veya iletebilecek şekilde bir araca ilk kez kaydeden gerçek veya tüzel kişiyi film yapımcısı olarak tanımlayabilmek mümkündür. Kanun film yapımcısından söz ederken tespiti ilk kez yapan kişiye vurgu yapmaktadır. Bu nedenle daha önce tespiti yapılan bir görüntünün çoğaltılması, kopyalanması, bu anlamda bir ilk tespit değildir ve bu kopyalamayı yapan da film yapımcısı sayılamaz. Tespit yapma ifadesinden belli bir organizasyonu gerektiren filmlerde kameraman ve teknik elemanları tespit yaptıkları için film yapımcısı olarak kabul etmek doğru bir yaklaşım olmaz.⁴⁴ Bu anlamda yapımcı, filmin meydana getirilmesi için gerekli organizasyonu sağlayan, ekonomik riski üstlenen ve işin mali ve akdi sorumluluğunun altına giren gerçek ya da tüzel kişidir.⁴⁵ Buna göre "*bir sinema eserinde, olağan şekilde adı bulunan gerçek veya tüzel kişi aksine bir kanıt bulunmadıkça filmin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcı olarak kabul edilir*" (FSEK m. 80/III).

Film yapımcısı statüsü itibariyle fonogram yapımcısına benzemektedir. Film yapımcısı ile fonogram yapımcısı arasındaki en önemli fark; fonogram yapımcısının seslerin, film yapımcısının ise görüntülerin tespitini ilk kez gerçekleştiren kişi olmalarıdır. Kanun koyucu her ikisinde de yapılan yatırımı korumayı amaçlamaktadır. Film yapımcısının haklarının koruma konusunu endüstriyel-teknik ürünler oluşturmakta, yapımcıyı emek, zaman ve para harcayarak tespitini yaptığı görüntülerin başkaları tarafından kopyalanması suretiyle menfaat etmelerine karşı korumaktadır.⁴⁶

Film yapımcısının hakları FSEK m. 80/2'de düzenlenmiştir. Bu çerçevede fonogram yapımcısı gibi film yapımcısının da bir eseri veya icrayı tespit edebilmesi için eser sahibi veya icracı sanatçının iznini alması gerekir. İzin alınmaksızın yapılan tespitler üzerinde m. 80/2'de bulunan yapımcı hakları kullanılamaz. FSEK'nin 4630 sayılı Kanun ile değişik 80/2. maddesine göre film yapımcısı, yapılan tespitin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak çoğaltılması, her türlü yöntemle dağıtılması ve satılması, kiralanması ve kamuya ödünç verilmesi, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vası-

⁴³ Arıkan, s. 180 vd.

⁴⁴ Arıkan, s. 181; Ateş, s. 234.

⁴⁵ Arıkan, s. 181; Ateş, s. 234.

⁴⁶ Ateş, s. 235; Tekinalp, s. 264.

talarla kamuya iletimi ve yeniden iletimi, yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış tespitlerin aslının veya kopyalarının satış veya diğer yollarla dağıtılması, telli veya telsiz araçlarla veya diğer yöntemlerle kamuya iletilmesi, elektronik ticarete konu edinilmesi ve internet ortamında kamuya iletilmesi konularında yetkilidir.

Kanun koyucu film yapımcısına, sinema eseri sahiplerinin eserin bütünlüğünün korunması ve bozulmaması şeklindeki manevi haklarına istisna oluşturmuş, sözleşmede aksi kararlaştırılmamış olduğu takdirde eser üzerindeki mali hakları bir yapımcıya devreden sinema eser sahiplerinin, filmin dublajına veya alt yazı yazılmasına itiraz edemeyeceklerini hükme bağlamıştır (FSEK m. 80/IV).

Komşu hak sahipleri ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıların verdikleri izinlerin yazılı olması zorunludur. Ancak bazı hallerde komşu hak sahibi ile film yapımcısının yazılı izni gerekli değildir (FSEK m. 80/3). Bu haller: Fikir ve sanat eserlerinin kamu düzeni, eğitim-öğretim, bilimsel araştırma veya haber amacıyla ve kazanç amacı güdülmeksizin icra edilmesi ve kamuya arzı; fikir ve sanat eserleri ile radyo-televizyon programlarının yayınlanma ve kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması; radyo ve televizyon kuruluşlarının kendi olanaklarıyla kendi yayınları için yaptıkları kısa süreli geçici tespitler ve bu Kanun'un 30, 32, 34, 35, 43, 46 ve 47. maddelerinde belirtilen durumlardır. Bu uygulama, hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep dışında zarar veremez veya eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz.

FSEK m. 82/2-1 uyarınca yapımcıları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan filmler ve Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde bulunan filmlere FSEK'nin konuya ilişkin 80-82. maddeleri uygulanır.

4. BAĞLANTILI HAKLARIN KORUNMASI

FSEK m. 81/1 hükmü bağlantılı haklara vuku bulacak tecavüzlerin önlenmesi için musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları üzerine bandrol yapıştırılması zorunluluğu getirmiştir.⁴⁷ Bandrol zorunluluğunu öngören sistem, eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerini hem korsan faaliyet gösteren kişilere hem de birbirlerine karşı korumayı amaçlamaktadır.⁴⁸ Bu bağlamda eser ve eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı hak sahiplerinin mali haklarından biri olan çoğaltma hakkının takip edilebilmesi ve eserle-

⁴⁷ Kılıçoğlu, 5101 Sayılı Kanun'la Getirilen Yenilikler, s. 77 vd.

⁴⁸ Kılıçoğlu, 5101 Sayılı Kanun'la Getirilen Yenilikler, s. 77 vd; Baygın, Bağlantılı Haklar, s. 326.

rin yasal olmayan yollarla çoğaltılmasının engellenmesi amacıyla musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınlara bandrol yapıştırılması zorunlu tutulmuştur.

Kanun bağlantılı hakları, fikir ve sanat eserlerinde olduğu gibi hukuk davalarıyla koruma altına almıştır.⁴⁹ FSEK m. 80/10 uyarınca, eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı haklara sahip olanlar da eser sahipleri gibi tecavüzün ref'i, tecavüzün men'i ve tazminat davası haklarından faydalanırlar.⁵⁰ Bu bağlamda eser sahibinin korunması ile ilgili olarak öngörülmüş bulunan tecavüzün ref'ine ilişkin FSEK m. 66-68 hükümleri, tecavüzün men'ine ilişkin bulunan FSEK m. 69. hükmü ve tazminat davalarını düzenleyen FSEK m. 70. hükmü, aynen bağlantılı hak sahiplerine de uygulanır.⁵¹ Ayrıca FSEK m. 80/3 gereğince fonogramlara tespit yapılmış icraların ve filmlerin, umuma iletilmesi halinde bunları kullananlar, eser sahiplerinin yanı sıra icracı sanatçılara ve yapımcılara veya ilgili meslek birliklerine bu kullanımlarına ilişkin uygun bir bedel ödemekle yükümlü kılınmışlardır.

SONUÇ

Gerek ulusal hukuk kuralları gerekse uluslar arası normlar, birinci planda eser sahiplerinin haklarını koruyucu düzenlemeler yer vermişlerdir. Ancak fikir ve sanat eserlerinin ülke ve dünya çapında yayılmasında ve tanınmasında en büyük katkı; eserleri yorumlayan, temsil eden ve icra edenler ile bu temsil ve icraları ses ve görüntü tespitine yarayan vasıtalara kayıt veya tespit edenlere ve radyo-televizyon yahut ses veya görüntü nakline yarayan her çeşit telli veya telsiz araçlarla topluma nakil ve iletim işini gerçekleştirenler aittir. Bu sebeple bağlantılı hak denildiğinde, fikri hukuk kapsamında eser sayılan ürünler üzerinde, eserleri icra etmek, icraları tespit ve icraları radyo dalgalarıyla topluma sunmak gibi eylemleri gerçekleştiren kişilerin bu faaliyetleri nedeniyle hukuk düzenince korunan hak ve yetkileri anlaşılır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 4110 sayılı Kanun'la ilk defa bağlan-

⁴⁹ Kılıçoğlu, Ahmet, "Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları" (Sınai Haklarla Karşılaştırılmalı Olarak), *TBB Dergisi*, S. 54, Eylül-Ekim 2004 (Kılıçoğlu, *Fikri Hakların Hukuksal Koruma Yolları*), s. 57.

⁵⁰ Kılıçoğlu, *Fikri Hakların Hukuksal Koruma Yolları*, s. 60 vd.

⁵¹ Kılıçoğlu, *Fikri Hakların Hukuksal Koruma Yolları*, s. 51 vd; Tekinalp, s. 283; Baygın, *Bağlantılı Haklar*, s. 327; Üstün, Gürsel, "Yargısal Uygulamada Fikri Haklar", *İBD*, 1999 C. 73, s. 980-981.

tılı hakları düzenlemiş ve daha sonra da 4630 sayılı Kanun'la da bugünkü şeklini vermiştir. FSEK'nin 80-82. maddelerinde düzenlenen bağlantılı haklar; icracı sanatçıların hakları, fonogram yapımcılarının hakları; radyo-televizyon kuruluşlarının hakları ve film yapımcılarının hakları olmak üzere dört kategoride ele alınmıştır. Bağlantılı hakların niteliği dikkate alındığında, bu hakların eserin üzerine emek, sermaye, zaman ve organizasyon yatırımı yapılarak gerçekleştirildiği; eser sahibinin haklarına zarar verici nitelik taşımadığı görülmektedir. Bilakis bağlantılı haklar çoğu zaman eserin tanıtılmasını sağlayarak, eser sahibinin haklarının ve toplumun menfaatlerinin gelişmesini sağlayıcı niteliktedir. Fonksiyon ve faydaları dikkate alındığında bağlantılı hakların Kanun tarafından düzenlemeye tabi tutulmuş olması ve bağlantılı hak sahiplerinin yetki ve menfaatlerinin korunmuş olması, fikir ve sanat hayatının gelişmesi açısından son derece isabetli bir hareket olmuştur.

KAYNAKLAR*

Kitaplar ve Makaleler

- Arıkan, A. Saadet, *Fikri Haklar Bağlamında Komşu Haklar ve Türkiye, İbid.*, 1996 C. 70.
- Ateş, Mustafa, *Fikir ve Sanat Ürünleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, Ankara 2003.
- Baygın, Cem, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar", *AÜEHFD*, Erzincan 2001, C. V (Baygın, Bağlantılı Haklar).
- Baygın, Cem, *Fikri Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Hakları Kanunen Kullanmaya Yetkili Sayılan Kişiler, Ömer Teoman'a 55. Yaş günü Armağanı*, İstanbul 2002 (Baygın, Eser Sahibi).
- Beşiroğlu, Akın, *Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar, Fikir Hukuku*, C. I, Ankara 2002.
- Can, Mustafa, Erdem, "Radyo ve Televizyon Yayınları Üzerindeki Fikri Haklar", *AÜHFD*, 1999, C. 48.
- Erel, Şafak, N., *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Ankara 1998 (Erel, FSH).

* Dipnotlardaki kaynaklar yazarların soyadları ile anılmış olup; aynı yazarın birden fazla yapıtına yapılan yollamalarda kullanılan kısaltmalar, parantez içinde gösterilmiştir.

Erel, Şafak, N., *Komşu Haklar ve Sahipleri*, FİSAUM Konferanslar Dizisi I, Ankara 1998 (Erel ,Komşu Haklar).

Kılıç, Mehmet, “İcracı Sanatçılar ve Hakları”, *TBB*, 1998/1.

Kılıçoğlu, Ahmet, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Yapılan Son Değişiklikler ve Eleştirisi*, FİSAUM Konferanslar Dizisi I, Ankara 1998 (Kılıçoğlu, FSEK Değişiklikler).

Kılıçoğlu, Ahmet”, *Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları” (Sınai Haklarla Karşılaştırılmalı Olarak)*, *TBB*, S. 54, Eylül-Ekim 2004 (Kılıçoğlu, Fikri Hakların Hukuksal Koruma Yolları).

Kılıçoğlu, Ahmet, “Fikri Haklar Alanında 5101 Sayılı Kanun’la Getirilen Yenilikler”, *TBB*, S. 55, Kasım-Aralık 2004 (Kılıçoğlu, 5101 Sayılı Kanun’la Getirilen Yenilikler).

Küçük, Eşref, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Çeviri Eserler”, *TBB*, S. 1998/1 Yıl: 11.

Malanczuk, Peter, *Akehurst’s Modern Introduction To International Law*, New York 1997.

Mulik, Kranti, *Geographical Indications And The Trade Related Property Rights Agreement (Trips); A Case Study Basmati Rice Exports*, Kansas State University 2004.

Oppenheim, Charles, *The New Directive On Copyright And Related Rights*, Learned Publishing vol. 14, no: 3, July 2001 (The New Directive).

Oppenheim, Charles, *Legal Issues Of Concern To The Library And Information Sector*, Journal Of Information Science vol. 3, 2001 (Library And Information Sector).

Öztan, Fırat, “Bağımlı Eser”, *Turgut Kalpsüz’e Armağan*, Ankara 2003.

Piroğlu, Ünsal, “Eserden Doğan Manevi Haklar Tazminatı ve Kişilik Haklarıyla İlişkisi”, *Turgut Kalpsüz’e Armağan*, Ankara 2003.

Saraç, Tahir, “551 Sayılı KHK’nın 11. Maddesine Göre Patent İsteme Hakkı ve Hakkın Sahibi”, *Hayri Domaniç’e 80. Yaş günü Armağanı*, İstanbul 2001.

Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 1999.

Üstün, Gürsel, “Yargısal Uygulamada Fikri Haklar”, *İBD*, 1999 C. 73.

Yıldırım, Ayça, A., “4630 Sayılı Kanun Değişikliği ve Gelişmeler Işığında Sinema Eseri ve Sinema Eser Sahipliği”, *Hayri Domaniç’e 80. Yaş günü Armağanı*, İstanbul 2001.

DİĞER KAYNAKLAR

Avrupa Birliği'nin 2001/29 Sayılı Bilgi Toplumunda Eser Üzerindeki Haklara İlişkin Esasların Uyumlaştırılması Hakkındaki Yönergesi, <http://europa.eu.int/eur-lex/index.html> (30.12.2004).

DPT 8. Beş Yıllık Kalkınma Planı, Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000.

ETKK Hukuk Çalışma Grubu Raporu Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklar, <http://www.e-devlet.gov.tr> (09.05.2003).

Göknül, Recep, *İnternet ve Hukuk*, <http://superonline.com/hukuk> (09.05.2003).

Kılıç, Bilge, *Fikri Haklar Bakımından "Eser" Kavramı*, http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/eser_kavrami.htm#_ftnref26 (09.05.2003).

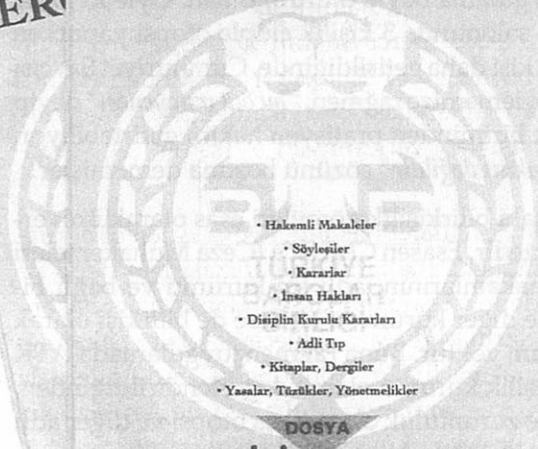
Kınacıoğlu, Naci, *Sinema Eserleri ve Bunlarda Eser Sahipliği*, <http://www.ilesam.org.tr> (09.05.2003).

Sarmaşık, Jale, *Radyo ve Televizyon Yayıncılığında Eser Kavramı*, http://www.hukukcu.com/bilimsel/makale/eser_haklari (11.02.2005).

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2808



- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulü Kararları
- Adli Tıp
- Kitaplar, Dergiler
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler

DOSYA

YENİ İŞ YASASI
Görüşler - Değerlendirmeler

01.05.2014 - 31.05.2014

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **(0212) 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

YASAMA SORUMSUZLUĞU VE YASAMA DOKUNULMAZLIĞI: HUKUKİ MAHİYETLERİ VE FARKLARI

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN*

Yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığı, kamu yararı amacıyla parlamento üyelerine tanınmış olan bağışıklık ve ayrıcalıklardır. Bu iki kurum genellikle aynı bağlam içerisinde ve yasama bağışıklıkları başlığı altında bir arada ele alınmakla birlikte, aslında hukuki mahiyetleri ve cevap verdikleri ihtiyaçlar bakımından çok farklı kurumlardır. Yasama sorumsuzluğunun (non-liability, irresponsibility, freedom of speech) amacı, milletvekillerinin parlamento çalışmalarındaki oy, söz ve düşünce hürriyetlerini korumak, böylece yasama görevlerini korkusuzca ve tam bir serbesti içinde yerine getirebilmelerini sağlamaktır. Buna karşılık, yasama dokunulmazlığının (inviolability, freedom from arrest) amacı, milletvekillerinin keyfi ve asılsız suç isnatlarıyla yasama görevlerini ifadan geçici olarak da olsa alıkonulmalarını önlemektir. Bu farka paralel olarak, yasama sorumsuzluğunun mutlak ve sürekli bir koruma sağlamasına karşı, yasama dokunulmazlığı ancak nispi ve geçici bir koruma sağlar. Bu anlamda 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın, hem yasama sorumsuzluğunu, hem yasama dokunulmazlığını düzenleyen 83. maddesinin başlığında yasama dokunulmazlığı deyiminin kullanılmış olması, kavram karışıklığına yol açacak niteliktedir. Madde başlığının, her iki müesseseyi kapsayan bir üst-kavram olarak, "yasama bağışıklıkları" veya "parlamentar muafiyetler" olması daha doğru olurdu.

Yasama sorumsuzluğunun bütün Avrupa ülkelerinde hemen hemen aynı terimlerle tanınmış olmasına karşılık, yasama dokunulmazlığı ile ilgili ulusal düzenlemeler çok daha büyük çeşitlilik göstermekte ve kurumun gerekliliği üzerinde daha ciddi tartışmalar yaşanmaktadır.¹ Kanada, İrlanda, Malta

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

¹ Bu çalışmada, Avrupa ülkelerindeki düzenlemeler hakkında verilen bilgiler için, Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu'nun konuyla ilgili raporuna bakılabilir: Report on the Regime of Parliamentary Immunity, CDL-INF (96) 7, Strasbourg, 4 June 1996.

ve Birleşik Krallık'ta dokunulmazlık parlamento üyelerini ancak hukuk davalarından kaynaklanan tutulma ve tutuklamalara karşı korumaktadır. Hollanda'da ise 1884'den bu yana, yasama dokunulmazlığı hiçbir şekilde mevcut değildir. Buna karşılık Avrupa ülkelerinin büyük çoğunluğunda, yasama sorumsuzluğuna ek olarak, yasama dokunulmazlığının şu veya bu ölçüde tanındığı gözlemlenmektedir. Bu çalışmamızda sadece yasama dokunulmazlığı üzerinde durulacaktır.

TC Anayasası da, 1924 ve 1961 Anayasaları'nın geleneğini devam ettirerek, yasama dokunulmazlığını açıkça tanımıştır. Anayasa'ya göre (m. 83/2), *"seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclis'in kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bildirmek zorundadır."* Dokunulmazlığın bir sonucu da, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesinin, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılmasıdır (m. 83/3). Burada söz konusu olan ceza hükmünün, milletvekilliğin düşmesini gerektirmeyen bir mahkumiyet olduğunu belirtmeye hacet yoktur.

Yasama sorumsuzluğundan farklı olarak, dokunulmazlık, nispi ve geçici nitelikte bir ayrıcalıktır. Nispidir, çünkü Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kaldırılabilir. Hatta Anayasa'da belirtilen durumlarda Meclis'in bu yolda bir kararına gerek olmadan da, ilgili üye tutulabilir, sorguya çekilebilir, tutuklanabilir ve yargılanabilir. Ağır cezayı gerektiren suçüstü halinin böylece dokunulmazlığın kapsamı dışında bırakılmış olmasının sebebi, bu durumda isnadın ciddiyeti hakkında kuvvetli bir karinenin varlığıdır. Bu istisnanın geçerli olabilmesi için, hem Ceza Mahkemeleri Usulü Kanunu'nun 127. maddesinde tanımlanan suçüstü halinin varlığı, hem isnat edilen suçun ağır cezayı gerektiren bir suç olması şarttır. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 421. maddesine göre, *"ağır ceza işlerinden maksat, ölüm ve ağır hapis ve on seneden fazla hapis cezalarını gerektiren cürümlere ilişkin davalar"dır."* Suç üstü (flagrante delicto) durumunun yasama dokunulmazlığı kapsamı dışında tutulması, bütün Avrupa ülkeleri anayasalarında kabul edilmiş olan bir kuraldır. Buna ek olarak bazı anayasalar, suç üstü durumundan bağımsız olarak, ağır cezaları gerektiren bazı suçları da, dokunulmazlık kapsamı dışında tutmuştur. Mesela; İsveç Anayasası'nda, en az iki yıl hapsi gerektiren suçlar da dokunulmazlık kapsamı dışındadır. Bazı anayasalarda ise (mesela Portekiz, Hırvatistan, Finlandiya, Slovenya)

Türkiye’de olduğu gibi, suç üstü haline ilaveten, suçun belli bir asgari cezayı gerektirmesi öngörülmüştür.²

Suç üstü durumunun dokunulmazlık kapsamı dışında bırakılmasının müessesenin mahiyetine uygun olmasına karşılık, Anayasa’da yer alan ikinci istisna, yani Anayasa’nın 14. maddesinde değinilen durumlar hakkında aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Bir defa, 14. maddede geçen kavram ve ilkelerin bir çoğu belirsiz ve muğlak kavram ve ilkeler olduğu gibi, bunların ceza hukukumuzda hangi suçlara tekabül ettiklerinin objektif olarak belirlenmesi de kolay değildir. İkincisi, isnat olunan suçun ağırlığı, mutlaka isnadın ciddiyeti anlamına gelmez.³

Türk hukukunda yasama sorumsuzluğunun hukuk davalarını da kapsayıp kapsamadığı ihtilafli olmakla beraber,⁴ yasama dokunulmazlığının hukuk davalarını kapsamadığında tereddüt yoktur. Dokunulmazlığın amacı milletvekillerinin keyfi isnatlarla görevlerini ifadan alıkonulmalarını önlemek olduğuna ve hukuk davaları da buna bir engel teşkil etmediklerine göre, milletvekilleri hakkında hukuk davaları açılabilir. Esasen Anayasa’nın 38. maddesinde 2001 yılında yapılan değişikliğe göre, “hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.” Bu hüküm karşısında milletvekillerinin bir hukuk davası dolayısıyla kişi hürriyetinden yoksun bırakılmaları söz konusu olmayacaktır.

Yasama dokunulmazlığı, nispi niteliğinin yanında, süreli niteliğiyle de yasama sorumsuzluğundan ayrılır. Diğer bir deyimle yasama dokunulmazlığı, milletvekilini ancak görev süresinin devamınca korur ve sürenin bitiminde milletvekili hakkında cezai kovuşturmaya başlanır. Bunun doğal sonucu olarak, üyelik süresince zamanaşımı işlemez (m. 83/3). Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclis’in yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır (m. 83/4).

² Kemal Gözler, Türk Ceza Kanunu’nda ağır cezalı pek çok suç olduğuna işaret ederek, Anayasa’daki formülün milletvekillerine yeterli güvence sağlamadığını, bunun yerine 1924 Anayasası’ndaki “cinai cürmü meşhut” deyiminin kullanılmış olmasının daha doğru olacağını, hatta mevcut Anayasa’daki hükmün bu şekilde yorumlanması gerektiğini savunmaktadır: *Türk Anayasa Hukuku* (Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000), s. 325.

³ *Ibid.*, s. 326, aynı yönde, Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara, Yetkin Yayınları, 2002), s. 280; Zafer Gören, *Anayasa Hukukuna Giriş* (İzmir, Fakülteler Kitabevi, 1997), s. 216

⁴ Gözler, *a.g.e.*, s. 322; Özbudun, *a.g.e.*, s. 278; Akman Akyürek, *Parlamentelerin Yasama Faaliyetlerinden Dolayı Hukuki ve Cezai Sorumlulukları (Doktrin, Uygulama, Yargıtay İçtihatları)*, (Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991).

Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı ve Süresi

Anayasa'nın 83. maddesine göre yasama dokunulmazlığı, milletvekillerini, tutulma, sorguya çekilme, tutuklanma ve yargılanmaya karşı korur. Ceza yargılama hukukumuzda hakim olan görüşe göre, bunlar dışındaki işlemlerin yapılmasına anayasal bir engel yoktur. "Örneğin; savcı milletvekilini sorguya çekemez, ama hakkında soruşturma açıp, delilleri toplayabilir. Keza, Anayasa'da 'dava açılmasını' yasaklayan bir durum olmadığına göre, savcı milletvekili hakkında dava da açabilir ... Milletvekilinin evinde arama yapılabilir."⁵ Fransa, Portekiz, Yunanistan ve Japonya'da da dokunulmazlık, soruşturma açılmasına engel değildir. Buna karşılık bazı ülkelerde (Avusturya, İtalya, Gürcistan) dokunulmazlık, milletvekilinin konutunda veya makamında arama yapılmasına engeldir.

Yasama dokunulmazlığını kabul eden ülkelerin büyük çoğunluğunda bu dokunulmazlığın süresi, bütün yasama dönemidir. Ancak bazı ülkelerde bu süre sınırlandırılmıştır. Mesela Kanada'da dokunulmazlık, parlamentonun çalışma süresi ile ondan kırk gün önce ve kırk gün sonrasını kapsar. Diğer bazı ülkelerde dokunulmazlık, parlamentonun çalışma süresi ile sınırlıdır. (Letonya, Liechtenstein, Litvanya, Lüksemburg, Norveç, İsveç, İsviçre). Türkiye'de dokunulmazlık, bütün yasama dönemi boyunca devam eder. Dokunulmazlığı kaldırılmış olan bir milletvekili tekrar seçilmişse, hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi, Meclis'in yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır (m. 83/4).

Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması

Yasama dokunulmazlığını kabul eden bütün ülkelerde dokunulmazlığın, üyenin mensup olduğu Meclis'in kararıyla kaldırılabilmesi kabul edilmiştir. Türkiye'de dokunulmazlığın kaldırılmasında izlenecek olan usul, halen Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce uygulanmakta olan Millet Meclisi İçtüzüğü ile düzenlenmiştir. Buna göre, bir milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırılması hakkındaki istemler, Meclis Başkanlığı'nca, Anayasa ve Adalet Komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyonu'na havale edilir. Karma Komisyon Başkanı, dokunulmazlık dosyalarını incelemek üzere, adçekme suretiyle beş üyeli bir hazırlık komisyonu teşkil eder. Karma Komisyon, Hazırlık Komisyonu'nun raporunu görüştüktan sonra, ya dokunulmazlığın kaldırılmasına veya kovuşturmanın milletvekilliği sıfatının sona ermesine kadar ertelenmesine

⁵ Gözler, a.g.e., s. 324; Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul, Kazancı Yayınları, 1986), s. 89; Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. I (İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985), s. 256.

karar verir. Karma Komisyon raporu, kovuşturmanın ertelenmesi şeklinde ise, Genel Kurul'da okunur. On gün içinde bu rapora yazılı olarak itiraz edilmezse, kesinleşir. Rapor, dokunulmazlığın kaldırılması şeklinde ise veya itiraza uğramışsa, Genel Kurul'da görüşülür. Dokunulmazlığının kaldırılması istenen milletvekili, isterse Hazırlık Komisyonu'nda, Karma Komisyon'da ve Genel Kurul'da kendini savunur veya bir üyeye savundurur. Savunma için çağrı da bulunulan milletvekili bu çağrıya uymazsa, evrak üzerinde karar verilir. Son söz, herhalde savunmanındır. Dokunulmazlığının kaldırılmasını üyenin bizzat istemesi, dokunulmazlığın kaldırılması için yeterli değildir. (TBMM İktüzüğü, m. 131-134). Fransa ve Belçika'da da kabul edilen bu sonuncu kural, dokunulmazlığın milletvekillerine tanınmış kişisel bir ayrıcalık değil, kamu yararı amacıyla kabul edilmiş bir müessese oluşunun doğal bir sonucudur. Dolayısıyla, ilgili milletvekili kendi dokunulmazlığının kaldırılmasını istese bile, Meclis eğer bunda kamu yararı görmezse, kovuşturmanın milletvekilliği sıfatının sona ermesine kadar ertelenmesine karar verebilir.

Dokunulmazlığın Kaldırılması Kararı Üzerindeki Denetim

Tüm Avrupa ülkelerinde dokunulmazlığın kaldırılması kararının, ilgili milletvekilinin mensup olduğu meclisin takdirine bağlı siyasal nitelikte bir karar olduğu kabul edilmektedir. Ancak Meclis'in, siyasal saiklerden uzak ve bu konuda isnadın ciddiyetini ön planda tutan bir karar vermesi, elbette müessesenin mahiyetine uygun düşer. TC Anayasası, dokunulmazlığın kaldırılması kararını siyasal etkilerden mümkün mertebe uzak tutmak için, *"Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz"* kuralını kabul etmiştir (m. 83/5). Keza, Türkiye, Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasında, dokunulmazlığın kaldırılması (ve milletvekilliğinin düşmesi) kararlarını yargı denetimine tabi tutan tek ülkedir. Anayasa'nın 85. maddesine göre, *"yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ... karar verilmiş olması hallerinde, Meclis Genel Kurulu kararının alındığı tarihten başlayarak yedi gün içerisinde ilgili milletvekili veya bir diğer milletvekili, kararın, Anayasa, kanuna veya İktüzüğe aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Anayasa Mahkemesi, iptal istemini on beş gün içerisinde kesin karara bağlar."* Belirtmek gerekir ki, bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin incelemesi, isnat edilen suçun gerçekten işlenmiş olup olmadığını değil, isnadın ciddi olup olmadığını kapsayacaktır. Ancak şüphesiz ki, isnadın ciddiliği hakkında bir yargıya varılabilmesi, ileri sürülen deliller hakkında bir incelemeyi, özellikle bunların delil değerini haiz olup olmadıklarının araştırılmasını gerektirir.⁶

⁶ Anayasa Mahkemesi'nin, yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararını iptal edişine bir örnek olarak, bkz., E. 1971/141, K. 1971/67, k.t. 17.08.1971 ve 19.08.1971,

Türkiye'nin dokunulmazlığın kaldırılması kararını yargısal denetime tabi tutan tek Avrupa ülkesi olmasına karşılık, bazı ülkelerde meclis, (mesela Fransa, Almanya, Avusturya) suçüstü halinde tutuklanan bir milletvekilinin tutuklanma halinin ortadan kaldırılmasını ve kovuşturmanın durdurulmasını talep edebilir.

Dokunulmazlığın Gerekliliği Üzerinde Tartışmalar ve Anayasa Değişikliği Önerileri

Son yıllarda Türkiye'de yasama dokunulmazlığının sınırlandırılması, hatta dokunulmazlığın tümünden kaldırılarak sadece yasama sorumsuzluğuyla yetinilmesi yönünde çeşitli öneriler ortaya atılmış ve bu konuda kamuoyunda hararetli tartışmalar yaşanmıştır. Bu önerilerin ileri sürülmesinde Türkiye'deki yaygın yolsuzluk olaylarının ve bazı milletvekillerinin bu olaylara karıştıkları şüphesinin rolü büyük olmuştur. Bu konuda en ciddi Anayasa değişikliği girişimi 1997 yılında yapılmıştır. 23 Ocak 1997'de, aralarında Anavatan, Doğru Yol ve Cumhuriyet Halk Partisi liderlerinin de bulunduğu iki yüz doksan iki milletvekilinin imzasıyla verilen Anayasa değişikliği teklifinde, zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma suçlarında yasama dokunulmazlığının kaldırılması, ancak bu gibi hallerde dahi milletvekilinin tutulması veya tutuklanması için Meclis kararının gerekeceği öngörülmüştü. Anayasa'nın 76. maddesine göre bu suçların, aynı zamanda milletvekili seçilme yeterliliğini ortadan kaldıran suçlar olduğunu da burada belirtmek gerekir. Bu Anayasa değişikliği önerisinin ikinci görüşmesi beş defa ertelendikten sonra, nihayet 17 Mart 1999 tarihinde yapılabilmiş, ancak öneri yeterli sayıda milletvekili tarafından desteklenmediği için reddedilmiştir.

Yasama dokunulmazlığının daha mütevazı ölçülerde de olsa sınırlandırılmasına ilişkin ikinci girişim, 2001 Anayasa değişikliği süreci sırasında gerçekleşmiştir. Görüşülen Anayasa değişikliği önerisine göre, 83. maddenin, tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma yapılabilmesinin, Meclis'in yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlı olduğunu öngören dördüncü fıkrası kaldırılmakta ve maddeye şu fıkralar eklenmekteydi:

AMKD, S. 11, s. 52-96). Anayasa Mahkemesi, Cumhuriyet Senatosu üyesi Osman Köksal'ın dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin Cumhuriyet Senatosu kararını, Anayasa'nın 79. maddesinin amacına ve Cumhuriyet Senatosu İçtüzüğü'nün 140. maddesine aykırı bularak iptal ederken, "başkaca inandırıcı ve pekiştirici kanıtlar bulunmadıkça yalnızca ses bantlarının ve gizli ajan raporlarının" isnada ciddiyet kazandırmaya yeterli olmadığı noktası üzerinde durmuştur.

“Dokunulmazlıkla ilgili işler, TBMM’ye ulaşma tarihinden itibaren en geç üç ay içinde sonuçlandırılır.

Dokunulmazlıkla ilgili oylama Genel Kurul’da gizli olarak yapılır.

Milletvekilleri hakkındaki ceza davaları Yargıtay’da görülür. Bu davalarla ilgili hazırlık soruşturmasının yürütülmesi, kamu davasının açılması, hükmün temyizi ve diğer yargılama esasları kanunla düzenlenir.”

Bu öneri, üç aylık süre ve gizli oy esası gibi, dokunulmazlığın kaldırılması sürecini bir ölçüde hızlandıracak ve kolaylaştıracak olumlu unsurlar içermekle beraber, kamu oyunun konuya ilişkin beklentilerini karşılamaktan uzaktı. Ancak bu mütevazı değişiklik önerisi de, yeterli oy toplayamadığı için reddedilmiştir.⁷

Dokunulmazlığın sınırlandırılması yönündeki iki Anayasa değişikliği girişiminin akıbeti, TBMM üyelerinin önemli bir bölümünün bu konudaki hassasiyetlerini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla yakın bir gelecekte, yasama dokunulmazlığını ciddi şekilde sınırlandıracak bir anayasa değişikliğinin gerçekleşmesi ihtimali zayıf görünmektedir. Hele yasama dokunulmazlığının tümünden kaldırılması ve sadece yasama sorumsuzluğunun korunmasıyla yetinilmesi yönündeki önerilerin gerçekçilikten uzak olduğu söylenebilir. Esasen Avrupa ülkeleri arasında, yasama dokunulmazlığına hiç yer vermeyen Hollanda ve bunu hukuk davalarıyla sınırlandıran az sayıda ülke dışında, yasama dokunulmazlığını ceza kovuşturmalarında tümüyle kaldırmış olan ülke yoktur. Günümüzde yargı organının yürütme karşısındaki bağımsızlığının çok büyük ölçüde sağlanmış olması, yasama dokunulmazlığının, ortaya çıktığı dönemlerdeki önemini azaltmış olabilir. Ancak gene de yürütme makamlarının, yargı organını çeşitli yollardan etkilemesi, ya da yargı makamlarının başka tür siyasal etkiler altında kalması ihtimalinin tümüyle ortadan kalktığı söylenemez. Bu anlamda, yasama dokunulmazlığının, milletvekilleri bakımından hala önemli bir güvence oluşturmaya devam ettiği sonucuna varılabilir. Belki, başarısızlığa uğrayan 1997 Anayasa değişikliği girişiminin yeniden canlandırılması, yeni dokunulmazlığın yukarıda sayılan yüz kızartıcı suçlar bakımından kaldırılması, ancak bu durumlarda dahi milletvekilinin tutulması veya tutuklanması için Meclis kararının gerekmesi, makul bir uzlaşma zemini oluşturabilir.

⁷ Bu iki Anayasa değişikliği girişiminin geçirdiği aşamalar için, bkz., Ömer Faruk Gençkaya, “Politics of Constitutional Amendment in Turkey, 1987-2002,” in *Constitutions of the Countries of the World: Turkey* (Dobbs Ferry, New York, Oceana Publications, 2003), s. XVIII - XX, X/I, X/V.

HUKUK DEVLETİ ADİL YARGILANMA HAKKI VE ASKERİ YARGI

Fahrettin DEMİRAG^{*}

I. GİRİŞ

Türkiye insan hak ve hürriyetlerine ilişkin sözleşmeleri imzalayıp onaylamıştır. Bu arada İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'yi kabul etmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'ne bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Bu sözleşmelerde adil yargılanma hakkı ve bunun gereği olan mahkemelerin bağımsızlığı, suçsuzluk karinesi, susma hakkı, silahların eşitliği ilkesi ve savunma hakları gibi hükümler yer almıştır.

Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı'nda ise; Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nin, insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü alanlarında kaydedilecek gelişmeleri sürekli olarak izleyeceği, Avrupa Birliği Müktesebati'na uyum çalışmalarını düzenli bir şekilde değerlendireceği ve bu çalışmaların hızlandırılması için gerekli önlemlerin alınacağı belirtilmiştir. Ulusal Program'da yargının işlevselliği ve verimliliği bölümünde de orta vadede Askeri Ceza Kanunu ile 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu gözden geçirilmesi öngörülmüştür.

Bu bağlamda, başta Anayasa olmak üzere mevzuatımızda önemli değişiklikler gerçekleştirilerek yeni düzenlemeler yapılmış, yeni Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ile bunları tamamlayan diğer yasalar TBMM tarafından kısa bir süre önce kabul edilmiştir. Temel Kanun niteliğinde olan TCK ve CMK 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girecektir. Askeri Ceza Kanunu ile 353 sayılı Kanunu'nun değiştirilmesine ilişkin çalışmaların ise MSB bünyesinde devam ettiği öğrenilmiştir.

* (E) Hakim Tuğgeneral.

Diğer taraftan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi DGM'lerden ve sıkıyönetim askeri mahkemelerinden verilen mahkumiyet kararlarıyla ilgili olarak yapılan başvurular üzerine, askeri hakimlerin ve askeri mahkeme kuruluşunda yer alan subay üyenin statüleri itibariyle bağımsız olmadıkları, dolayısıyla bu kişilerden oluşan mahkemenin bağımsız mahkeme sayılamayacağı gerekçesiyle Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğini kabul etmiştir. AIHM Büyük Kurulu'nca, 12.05.2005 tarihinde açıklanan Öcalan kararı da, adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi sebebiyle yargılamanın yenilenmesi bakımından gündemdeki yerini korumaktadır.

Askeri mahkemelerin bağımsız bir görünüme sahip olmadıkları görüşü yalnızca bu kararlardan ibaret değildir. Öğreti de, askeri hakimlerin statüleri ile askeri mahkemede meslekten olmayan kıta subayının üye olarak bulunmasının mahkemelerin yürütme organına karşı bağımsızlığını zayıflattığı hususunda görüş birliği içindedir.¹

Üzerinde durulması gereken bir başka husus da "hukuk devleti" ilkesidir. Modern devlet anlayışında hukuk devleti, bireylerin özgürlüğünün güvencesi ve demokrasinin temeli kabul edilmektedir.² Hukuk devletinden söz edilebilmesi için, bunu güvence altına alan öğelerin devlet örgütlenmesinde egemen olması, devletin Anayasası'nda bu öğelere yer verilmiş olması başta gelen koşuldur.

Bu nedenle adil yargılanma hakkı ancak hukuk devletinde gerçekleştirilebilir. 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde hukuk devleti, Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerinden biri olarak yer almış olmasına rağmen, 353 sayılı Kanun'da hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayan hükümler yer almaktadır.

Bu yazıda 353 sayılı Kanun, hukuk devleti ilkeleri ve adil yargılanma hakkı bakımından incelenmiş ve yeni düzenlemede göz önünde bulundurulması gereken hususlara işaret edilmiştir.

II. HUKUK DEVLETİ

Hukuk devleti, devletin bütün eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesini esas alan, hukuka bağlı, bütün faaliyetlerinde

¹ N. Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakim Tarafsızlığı*, s. 24, İstanbul 1996; *Askeri Yargıtay'ın 90. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu*, s. 112, dph. 19; Kunter - Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap*, 20.3 (180), s. 293, 13. Bası, İstanbul 2004; K., *Gözler, Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 433.

² C. Rumpf, *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, s. 59.

hukukun egemen olduğu devlettir; kendi çıkardığı hukukla devletin kendisini bağlamasıdır. Öğretide, hukuk devletinin belirli bir tanımı verilmekte, daha çok hukuk devletinin öğelerinden söz edilmektedir.³

Bu bağlamda 1961 Anayasası, hukuk devleti kavramını devletin niteliklerinden biri olarak kabul eden ilk Türk Anayasası'dır. 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde de hukuk devleti, Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerinden biri olarak yer almış, gerekçede “*demokratik rejimin laiklik ve sosyal hukuk devleti ilkelerine dayandığı*” vurgulanmıştır.

III. YARGI BAĞIMSIZLIĞI

1. Genel Olarak

Ceza yargılamasında tarafların çatışan menfaatlerinin dengelenmesi hakimin gerçeğe uygun ve adil bir karara varmasıyla mümkündür.⁴ Adil bir karar verebilmesi için hakimin, hukuk dışı etki altında kalmaması gerekir. Bunu da hakim bağımsızlığı sağlar.⁵

Hakimin bağımsızlığı konusunda kuşku yaratabilecek hususlar; atanma, meslekte yükselme, disiplin ve özlük haklarıdır. Şu halde, hakimin öncelikle bu konularda korunması zorunludur.

³ Öğretide ittifakla kabul edilen hukuk devletinin temel öğeleri şunlardır: (a) Kuvvetler ayrılığı, (b) Yasallık ilkesi, (c) Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi, (d) Temel hak ve özgürlüklerin korunması ilkesi, (e) Hukuk güvenliği ilkesi, (f) İdarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetime bağlı olması ilkesi, (g) Devletten kaynaklanan haksızlıkların giderilmesi ilkesi, (h) Hak arama özgürlüğü.

Anayasa Mahkemesi de hukuk devletini şu şekilde tanımlamıştır: “her işlem ve eylemin hukuka uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu bilen, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukukun üstün kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleriyle Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaşmayan devlettir.” Anayasa Mahkemesi'ne göre; “Hukuk devletinde tüm işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğu ve yargı denetimine açık oluşu en güçlü güvencedir. Anayasa'ya aykırı bir yasa kuralı, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Anayasa kurallarıyla çelişen bir yasa kuralı, hukuk devleti ilkesinin çiğnenmesi sonucunu doğurur.” Anayasa Mahkemesi kararı: (AYM) 23.3.1986 T. E. 198/31, K. 1986/11 (RG, 9.5.1986-19102).

⁴ N. Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakim'in Tarafsızlığı*, s. 6, İstanbul 1996.

⁵ Bağımsızlık, hakimin kararını verirken hür olması, hiçbir baskı ve etki altında kalmaması, hiçbir kişi ve merciden emir almaması demektir. Hakimlere baskı yapılması onların bağımsızlığını etkileyeceği gibi, baskı yapılma ihtimali de hakim bağımsızlığını zedeler. Kunter - Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap*, 20.3 (180) s. 293, 13. Bası, İstanbul 2004.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, mahkemelerin bağımsız olup olmadığını incelerken;

- a. Üyelerinin atama ve görevden alma usulüne,
- b. Görev süresine,
- c. Üyelere emir verme yetkisine sahip bir makam bulunup bulunmadığına,
- d. Üyelerin her türlü etkiden korunmasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığına,
- e. Genel olarak bağımsız bir görünüm verip vermediğine bakmaktadır.

Askeri Yargıtay da mahkemenin bağımsız bir görünüm vermesine ve adalete güven ilkesine önem vermektedir.⁶

2. Askeri Mahkemelerin Bağımsızlığı Sorunu

Anayasal bir kurum olma özelliği bulunan yargı bağımsızlığı, Anayasa'nın 138. maddesinde; *"Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasa'ya, Kanun'a ve hukuka uygun olarak, vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi yargılama yetkisinin kullanılmasında mahkemelere, hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz."* şeklinde ifade edilmiştir. Bu hüküm adli ve idari yargı yerleri için geçerli olduğu gibi, askeri yargı mercilerini de kapsamaktadır. Bu nedenle, askeri mahkemeler ile bu mahkeme kuruluşunda bulunan askeri hakimlerin bağımsızlıklarını sağlamak amacıyla hakim teminatına sahip olmaları gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır.

Askeri mahkemelerin bağımsızlığı ve bunu sağlamak amacıyla mahkemede görevli olan askeri hakimlere getirilen teminatlar, tekrardan kaçınmak amacıyla aşağıda, askeri mahkeme kuruluşunda bulunan subay üye ile askeri hakimlerin statüleri incelenirken ele alınacaktır.

⁶ As. Yrg. Drl. Krl.nun (13.4.2000/82-78) kararı Askeri Yargıtay bu kararında; Komutanın suçun mağduru olması, sanığın amiri sıfatıyla vaka kanaat raporu düzenlemesi, hazırlık soruşturması emri vermesi ve aşamalarda mağdur tanık sıfatıyla dinlenmesi sebebiyle "mahkeme kuruluna dahil hakimlerin ve subay üyenin objektif olarak tarafsız kalamayacakları şüphesi olduğu" sonucuna vararak sanık hakkında tesis olunan mahkumiyet hükmünü sırf bu sebepten bozmuştur.

IV. ASKERİ YARGI SİSTEMİ

Askeri yargı, Anayasa'nın 145. maddesinde adli ve idari yargıdan ayrı olarak düzenlenmiş ve bu yargı sisteminin askeri mahkemelerle disiplin mahkemeleri tarafından yürütüleceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hakimlerin özlük işleri, askeri savcılık görevini yapan askeri hakimlerin mahkemesinde görevli buldukları komutanlık ile ilişkilerinin; mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı ve askerlik hizmetinin gereklerine göre kanunla düzenleneceği vurgulanmıştır. Maddede askeri hakimlerin yargı hizmeti dışındaki askeri hizmetler yönünden teşkilatında görevli buldukları komutanlık ile olan ilişkilerinin de kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Barışta askeri mahkemelerin bakmakla görevli olduğu suçlar sayılmak suretiyle belirtilmiş, fakat kuruluş ile ilgili düzenleme kanuna bırakılmıştır.

Askeri mahkemelerin kuruluş ve işleyişi 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nda, disiplin mahkemelerinin kuruluş ve işleyişi de 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Askeri hakimlerin statülerini ise 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu düzenlemiş bulunmaktadır. Halen yürürlükte bulunan 25.10.1963 tarih ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 1. maddesine göre Türk milleti adına yargı yetkisini kullanacak askeri mahkemeler; kolordu, ordu (deniz ve havada eşidi) ve kuvvet komutanlıkları ile Genelkurmay Başkanlığı Teşkilatı'nda⁷ Milli Savunma Bakanlığı'nca kurulur.

Kuvvet komutanlıklarının yapacakları teklif veya Genelkurmay Başkanlığı'nın, doğrudan doğruya göstereceği lüzum üzerine, diğer kıta komutanlıkları veya askeri kurum amirlikleri teşkilatında da Milli Savunma Bakanlığı'nca askeri mahkeme kurulabilir. Askeri mahkemelerin kaldırılması da aynı usule tabidir.

Kural olarak askeri mahkemeler iki askeri hakim ve bir subay üyeden kurulmuştur. Ancak Genelkurmay Başkanlığı teşkilatındaki askeri mahkeme, general ve amiralleri yargıladığı zaman üç askeri hakim ile iki general veya amiralin katılması suretiyle yargılama yapabilmektedir.

353 sayılı Kanun, askeri mahkemenin teşkilatında kurulduğu kıta komutanı veya kurum amirine önemli yetkiler tanınmıştır. Bu konunun

⁷ İlk metinde askeri mahkemelerin kanunda belirtilen komutanlıklar "nezdinde" kurulacağı belirtilmiş iken, bu kelime 9.10.1996 tarih ve 4191 sayılı Kanunu'nun 26. maddesiyle "teşkilatında" şeklinde değiştirilmiştir.

daha iyi anlaşılabilmesi için adli amirlik dönemini ve adli amirin yetkilerini bilmekte fayda vardır.

1. Adli Amirlik Dönemi

14. 06. 1930 tarihli ve 1631 sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanunu askeri yargı görevini adli amirlerle askeri mahkemelere vermiştir (m. 10). Adli amirlik döneminde askeri mahkemeler:

a. Alay askeri mahkemeleri,

b. Tümen ve Daha Yüksek Makamların Askeri Mahkemeleri (Tümen, Kolordu ve Başkomutanlık Askeri Mahkemeleri) olmak üzere iki grupta toplanmıştı.

Alay mahkemeleri üç asker kişiden, diğer mahkemeler ise bir adli hakimle iki subay üyeden oluşuyor ve üyelerin rütbeleri sanığın rütbesine göre değişiyordu. 17.05.1944 tarihli ve 4563 sayılı Kanun'la askeri mahkemenin kuruluşu değiştirilmiş ve alay askeri mahkemeleri tümen ve daha yüksek komutanlık mahkemeleri ile aynı düzeye getirilmiştir (m. 31).

1631 sayılı ASMUK'a göre adli amirler, refakatlerinde askeri mahkeme kurulması kanunen mümkün olan komutanlar ve bunların eşidi sayılan makamlarla bunların üstleridir (m. 13). Refakatlerinde askeri mahkeme kurulması mümkün olan komutanlar ise; alay, tümen, kolordu ve ordu komutanları ile barışta Genelkurmay Başkanı (savaşta başkomutan)dır.

Adli amir, muhakemenin tek amiridir. Yetkileri oldukça geniştir. Soruşturmanın açılması (m. 86, 89), soruşturmanın genişletilmesi veya soruşturmanın tatili (m. 128), kamu davasının açılması adli amirin emri ile mümkündür (m. 125, 129, 134). Duruşma başlamadan önce iddianameyi geri almak (m. 151) yetkisine sahip olan adli amir; mahkemeyi toplamak (m. 140), sanığı çağırmak (m. 100), arama ve zapta karar vermek (m. 120), bilirkişiyi tayin etmek (m. 116), sanığı tutuklamak (m. 104), tutuklama müzekkeresini geri almak (m. 108), gerektiğinde işten el çektirmek (m. 103), kanun yoluna başvurmak (m. 220), kesinleşmiş hükümlerin infazına işaret etmek yetkisine sahipti (m. 249/1). Bazı suçlara ilişkin davalarda ancak adli amirin muvafakat ettiği kimseler müdafilik yapabiliyordu (m. 206/4). Hazırlık soruşturması sırasında adli amir bağımsız ise de, ilk soruşturmada adli hakim ile birlikte hareket etmek zorunda idi. Hakimle adli amir arasındaki anlaşmazlıkların çözüm mercii ise Yargıtay idi ve bu mahkemenin vereceği karar kesindi (m. 54). Adli amirler arasında hiyerarşi mevcuttu ve üst adli amirler, astları olan adli amirlere soruşturma açılması, başlanmış olan soruşturmaya de-

vam olunması, durdurulması veya kanun yoluna başvurulması hususunda emir ve talimat verme yetkisine sahiptirler (m. 126). Ancak başlamış olan soruşturmanın cereyanına karışma yetkileri yoktu.

Adli amirlik döneminde askeri yargının emir komuta yetkisinden doğan bir zaruret olduğu, emir ve komuta salahiyetinin tecezzi kabul etmediği, dolayısıyla askeri yargının emir ve komutadan ayrılamayacağı düşüncesi hakimdi. Fakat bu yetkinin kullanılmasına ilişkin emir ve kararların askeri hizmetle ilgisinin bulunmadığı, tamamen adli bir nitelik taşıdığı kabul ediliyordu.⁸

2. Yürürlükteki Düzenleme

1961 Anayasası'nın askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olmasını şart koşması ve Askeri Yargıtay'ı anayasal bir yüksek mahkeme olarak düzenlemesi karşısında, askeri mahkemelerin kuruluşu ile askeri yargılama usulünün yeniden düzenlenmesi zarureti doğmuş, 25.10.1963 tarih ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu kabul edilmiştir. Bu Kanun'un geçici 1. maddesi ile adli amirlik kurumu yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla beraber 353 sayılı Kanun, teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanına 1631 sayılı Kanun'la tanınan yetkilerin önemli bir bölümünü aynen muhafaza etmiştir.

Ancak, komutana bu yetkilerin tanınmasında, adli amirlik dönemi hukuk anlayışından ziyade, teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan veya kurum amirlerinin aynı zamanda o kıta veya kurumun en büyük amiri olarak disiplininden sorumlu bulunmaları ve her askeri suçun da o kıta veya kurumun disiplinini zedeleyeceği anlayışı, egemen olmuştur. Bu husus komutanın soruşturma açtırma yetkisini düzenleyen 8. madde gerekçesinde yer almıştır. Gerekçede; 8. maddenin, teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amirlerinin aynı zamanda o kıtanın disiplin amiri olmaları ve her askeri suçun da o kıta veya kurumun disiplinini zedelemiş olması muvacehesinde bu komutan veya kurum amirlerine bir kısım yetkilerin tanınmasını öngördüğü belirtilmiştir.

Gerçekten de askerliğin temeli disiplindir (TSK İç HK m. 13). Disiplinin korunması ve sürdürülmesi amirin görevlerinden biridir; bunun için amir, her türlü idari tedbiri almakla yükümlüdür. Teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanı ise TSK İç Hizmet Kanunu'na göre "amir"dir;

⁸ R. Taşkın, *Askeri Muhakeme Usulü*, & 13, s. 37.

komuta ettiği kıta veya kurumun (ordu, kolordu, tümen veya tugayın) en büyük amiridir.

TSK İç Hizmet Kanunu'nun 9. maddesi amiri, *"makam ve memuriyet itibariyle emretmek salahiyyetini haiz kimsedir."* şeklinde tanımlamıştır. Kanun, emretmek salahiyyetinin bir gereği olarak amire, bir takım yetkiler tanımuş, vazifeler vermiştir.⁹ Bir başka anlatımla amirin görevini silahlı kuvvetlerin vazifesi belirler.

Ülke bütünlüğünü ve Cumhuriyet'in diğer ilkelerini koruma görevi ise TSK İç Hizmet Kanunu ile Türk Silahlı Kuvvetleri'ne verilmiştir. Bu husus Kanun'da; *"Türk Yurdunu ve Anayasa ile tayin edilmiş Türkiye Cumhuriyeti'ni kollamak ve korumaktır."* şeklinde ifade edilmiştir (m. 35). Kendisine tevdi edilen bu kutsal vazifeyi her türlü şartlarda kanı ve canı pahasına yerine getirmek ve başarmak durumunda olan Türk Silahlı Kuvvetleri, gerek yurt içinden, gerek yurt dışından gelecek tehditleri önleyecek şekilde, verilecek her türlü göreve her an hazır olmak durumundadır. Nitekim TSK İç Hizmet Yönetmeliği'nin 86. maddesinde; *"Cumhuriyet, yurt, millet askerinin kutsal değeridir. Bunlara içerden ve dışardan oluşabilecek her türlü tecavüzü karşılamak, yok etmek ve gereğinde bu uğurda hayatını fedadan çekinmemek her askerinin borcudur."* hükmüne yer verilmiştir. Bu görevin gereği gibi yapılabilmesi için silahlı kuvvetler harp sanatını öğrenmek ve öğretmekle yükümlü tutulmuştur (m. 36). Bütün bunlardan her seviyedeki komutan sorumludur. Bu nedenle amirin en önemli görevi, komutasını üstlendiği kıtayı yurt savunması için savaşa hazırlamaktır. Bu, ancak sürekli gelişim içinde olan askeri teknolojiyi takip eden düzenli ve disiplinli bir eğitimle gerçekleştirilebilir. Buna karşılık askerlerin suç işlemesinin ve askeri suçların disiplini sarstığı, hatta bozduğu bir gerçektir.

Öte yandan, askerliğin temeli mutlak itaattir. İtaat; her astın üstünden aldığı emri, hiçbir kayıt ve şart düşünmeden ve en ufak bir tereddüt göstermeden canla başla yapması, kanunlar ve nizamların dediğinden dışarı çıkmaması ve yasak edilen şeyleri yapmaması demektir.

Disiplin ise, İç Hizmet Kanunu'nun 13. maddesinde; *"Kanunlara, nizam-lara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstününün hukukuna riayet demektir."* şeklinde tanımlanmıştır. Bu maddede askerliğin temelini disiplin olduğu vurgulandıktan sonra, *"Disiplinin korunması ve devam ettirilmesi için özel kanunlarla 'cezai' ve özel kanun ve nizamlarla 'idari' tedbirler alınır."* denilmek

⁹ Amirin vazifeleri TSK İç Hizmet Kanunu m. 15-18'de düzenlenmiş olmakla beraber amirin vazifelerinden söz eden başka hükümler de mevcuttur. Örneğin; 21, 23, 24, 30, 31, 32, 40, 47, 75, 91. maddeler her seviyedeki amire görevler yüklemektedir.

suretiyle bu konuda gerekli düzenlemelerin yapılması devlet organlarına bir görev olarak verilmiştir.

Mutlak itaat, disiplinin bir parçası olup kayıtsız şartsız bir teslimiyeti, yani tam bağlılığı ifade eder.

Şu halde emrinde bulunan kıtanın yurt savunmasına hazırlanmasından ve birliğin disiplinden teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amirinin sorumlu olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak bu durum yürütme organı içinde yer alan komutana yargı yetkisinin verilmesini zorunlu kılmakta mıdır? Komutana bu tür bir yetkinin verilmesi hukuk devleti ilkesiyle bağdaşır mı? Bu sorulara cevap vermeden önce komutanın yetkilerinin neler olduğunu bilmemiz gerekir.

3. Teşkilatında Askeri Mahkeme Kurulan Kıta Komutanı veya Askeri Kurum Amirine Tanınan Yetkiler

A. Askeri Ceza Yargılamasında Komutanın Hukuki Durumu

353 sayılı Kanun, teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutana, hazırlık soruşturmasının başlatılmasından kamu davasının sonuçlandırılmasına kadar olan süreç içerisinde bazı yetkiler tanımış, ödevler yüklemiştir. Ayrıca komutan, hükmün infazıyla ilgili önemli yetkilere de sahiptir. Böylece askeri ceza muhakemesi ilişkilerinden bir kısmına yargılama, iddia ve savunma makamını işgal edenlerin dışında, *“teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya kurum amiri”* de katılmaktadır. Ancak komutanın duruşmaya katılması söz konusu değildir ve taraf olarak duruşma işlemlerine katılamaz. Örneğin; komutanın hakimi ret hakkı yoktur. Komutan delil ikamesi talebinde bulunamaz, tanık dinletemez. Buna karşılık duruşma sırasında 132. maddeye göre sanığın tutuklanmasına karar verilmiş ise, komutanın bu karara karşı itiraz yoluna başvurması mümkündür. Çünkü maddede kimlerin itiraz edebileceği belirtilmemiş, sadece 74. maddeye göre itiraz edilebileceği belirtilmiştir. 74. maddede ise komutan, tutuklama kararına itiraz edebilecek kimseler arasında sayılmıştır. Komutanı sırf bu yetkisine dayanarak ceza muhakemesi sūjelerinden biri saymaya imkan yoktur. Bununla beraber komutanın muhakeme işlemlerine katılması, disiplin mahkemelerinde daha etkin olarak kendini göstermekte ve disiplin yargılamasında komutan taraf gibi hareket etmektedir. Disiplin subayı komutanın bir nevi yardımcısıdır, dolayısıyla komutanı, disiplin mahkemesinde muhakeme sūjelerinden biri saymak mümkündür.

Komutana tanınan yetkilerden bir kısmı örneğin; tutuklama isteminde bulunmak, arama kararı vermek, kanun yoluna başvurmak gibi yetkiler, ceza yargılamasında taraflara; sanığa, iddia makamına, suçtan zarar görene ve katılana tanınan haklardır. Komutan askeri savcının verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararına, sanık hakkında kamu davası açılması gerektiği düşüncesiyle itiraz ederken suçtan zarar gören adına hareket etmektedir. Buna karşılık, sanık adına kanun yoluna başvururken müdafinin görevini yapmaktadır. Sanık aleyhine hükmü temyiz ederken hem iddia makamının görevini yapmakta hem de katılanın vekili gibi davranmaktadır. Buna karşılık kararların yerine getirilmesine ve tebliğine aracılık yaparken bir bakıma zabitanın görevini üstlenmektedir. Sanığın tutuklanmasını isteme yetkisi, ceza yargılamasında yalnızca Cumhuriyet Savcısı'na tanınmıştır. Askeri yargıda komutan da tutuklama isteminde bulunabilmektedir. Komutana, mahkemenin kullanabileceği yetkiler de verilmiştir; gerçekten de komutan, askeri savcı ile anlaşarak tutukluyu serbest bırakırken, onay makamıdır ve ikisi birlikte yargılama makamının, askeri mahkemenin yetkisini kullanmaktadırlar.

Şu halde komutan askeri ceza yargılamasında, duruşmaya katılmamakla beraber bazı muhakeme işlemlerini gerçekleştirmek suretiyle yargılama faaliyetine iştirak etmektedir. Bu yönüyle askeri ceza yargılamasının sükelerinden biridir ve taraftır. Komutanın taraf oluşu, klasik anlamda bir taraflık değildir. Çünkü komutan duruşmaya iştirak etmemekte ve sadece sanık veya sadece katılanın haklarını kullanmamaktadır. Bazen sanık lehine, bazen katılan lehine, bazen de her ikisinin leh veya aleyhine hareket etmek yetkisine sahip bulunmaktadır. Bu yönüyle komutan askeri savcı gibidir. Komutanın bu yetkilerini dikkate aldığımızda, onun askeri ceza yargılamasının bir tarafı olduğunu, ancak bu taraf olmanın, kanundan doğan, askeri ceza yargılamasına özgü bir nitelik taşıdığını söyleyebiliriz. Çünkü; komutan gerçekte suçtan doğan ceza ilişkisinin bir tarafı değildir. Komutan, şahsına karşı suç işlenmesi hali hariç, kural olarak suçun mağduru olmadığına göre, suçtan zarar gören taraf da değildir. Bu nedenle komutanın kamu davasına katılması da söz konusu değildir. Suçun mağduru olduğu durumlarda komutan kamu davasına katılabilir; bu takdirde de katılanın haklarını kullanabilir. Mutlaka bir taraf adı konulacaksa komutan, "*kanundan doğan taraf*"tır ve "*silahlı kuvvetler tarafı*"dır. Çünkü bu yetkiler komutana, teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta veya kurumun en büyük amiri olması sebebiyle tanınmıştır.

Bu yetkileri: 1. Hazırlık soruşturmasının başlatılmasına, 2. Yapılmakta olan soruşturma hakkında bilgi edinilmesine, 3. Tutuklamaya, 4. Hazırlık soruşturması işlemlerine katılmaya 5. Kararların tebliği ve yerine

getirilmesine, 6. Kanun yollarına başvurmaya, 7. Hükmün infazına ilişkin olmak üzere altı grupta toplamak mümkündür. Kanun'daki sıraya göre bu yetkiler:

- a. Mahkemenin subay üyelerini seçmek (m. 4,5).
- b. Hazırlık soruşturmasını açtırmak (m. 8,95/3).
- c. Yapılmakta olan hazırlık soruşturması hakkında askeri savcıdan bilgi istemek (m. 8/1,102).
- d. Savaş halinde soruşturmanın ve duruşmanın geri bırakılmamasını askeri savcıdan istemek (m. 20/5).
- e. Askeri mahkemenin yetkisi ile ilgili olarak talepte bulunmak (m. 24, 27).
- f. Davanın nakli talebinde bulunmak (m. 29).
- g. Kararların yerine getirilmesine ve tebliğine aracılık yapmak (m. 49, 116).
- h. Kanun'da belirtilen sebepleri bulunmak kaydıyla gecikmesinde sakınca bulunan hallerde arama ve elkoyma kararı vermek ve icrasını sağlamak (m. 66).
 - ı. Tutuklamaya ilişkin yetkileri
 - i. Tutuklama isteminde bulunmak (m. 70, 95/3).
 - ii. Tutuklama isteminin reddine, tutuklamaya ve tutukluluk halinin devamı kararlarına itiraz etmek (m. 74, 75/2),
 - iii. Tutuklunun askeri savcı tarafından salıverilmesi konusunda görüş bildirmek (m. 78/2).
 - j. Geçici olarak işten el çektirme (m. 84),
 - k. Askeri savcının kararlarına itiraz (m. 107, 112/2),
 - l. Kanun yollarına başvurmak (196, 200, 201/2, 209/2, 233, 248/2, 250/3, 254/2, 258/son),

(Komutan; itiraz, temyiz karar düzeltilmesi, yargılamanın yenilenmesi ile tali ceza davalarına ilişkin olarak verilen kararlara karşı kanunyollarına başvurma hak ve yetkisine sahiptir.)

m. Subaylar hakkındaki ceza hükümlerinin infazı (m. 244/5),

n. Bazı suçlara ilişkin ceza hükümlerinin yerine getirilmesinin ertelenmesini teklif etmek (246/son, 259).

Komutana tanınan bu yetkilerden yalnızca hukuk devleti ilkesiyle bağdaşması mümkün görülmeyenler üzerinde durulacaktır.

B. Komutanın Refakatindeki Askeri Savcıya Soruşturma Açtırmak Yetkisi

1. Genel Olarak

Komutanın bu yetkisi 353 sayılı Kanunu'nun 8 ve 95. maddelerinde düzenlenmiştir.

Bu hükümlere göre, askeri ceza yargılamasında askeri savcılarının doğrudan doğruya hazırlık soruşturması yapma yetkileri yoktur. Kural olarak askeri savcı, suç evrakının, komutanın yazılı olarak vereceği soruşturma açılması hususundaki emri ile kendisine gönderilmesi üzerine soruşturmaya başlayabilir.

2. Suç İhbar ve Şikayeti ve Komutanın Soruşturma Emri Vermesi

Askeri yargıya tabi suç ihbar ve şikayetleri sanığın amirine yapılır. Şikayet eden veya ihbarda bulunan asker kişi ise, bu talebini en yakın amirine bildirir. Eğer en yakın amirden şikayet olunacak ise bir derece üstündeki amire yapılır; yani şikayet olunacak amir geçilerek bir üst amire şikayet yapılır (İç Hz. K. m. 27). Sanığın amiri ile şikayetçinin amiri farklı kişiler ise doğrudan doğruya sanığın amirine de şikayette bulunulmasında bir sakınca yoktur (İç Hz. K. m. 30/son).

Asker kişilerden başkası tarafından yapılacak sözlü veya yazılı ihbar ve şikayetler CMK hükümleri dairesinde (m. 158) kolluk makamına, valilik veya kaymakamlığa, kamu kurumuna veya Cumhuriyet Savcısı'na yapılabileceği gibi doğrudan doğruya sanığın amiri olan makama da yapılabilir.

Cumhuriyet Savcılıkları'na veya zabıta makam ve memurlarına yapılacak askeri yargıya tabi suç ihbar ve şikayetleri sanığın amiri olan makama gönderilir (m. 95/1).

Suç ihbar ve şikayetleri yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Sözlü olarak yapılmış ise bu hususta bir tutanak düzenlenir(353/93-2; 211/27-son).

Askeri birlik komutanı maiyetinde bulunan birinin bu şekilde veya bir başka suretle öğrendiği suçları hakkında askeri mahkemede soruşturma yapılması gerekiyorsa, sanığın kimliğini, isnat olunan suç ve bu suçun delillerini gösteren bir vaka raporu düzenler ve adli yönden bağlı bulunduğu askeri mahkemenin teşkilatında kurulduğu kıta komutanı veya askeri kurum amirine gönderir (m. 95/2).

Teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan, suç evrakını inceledikten sonra askeri savcıya gönderir ve sanığın tutuklanmasını isterse bu husustaki istemini de bildirir.

3. Adli Müşavirin Soruşturma Emri Vermesi

Komutan, subay veya astsubayların işledikleri suçlar dışında, diğer kişilerin işledikleri suçlara ait suç evrakını, soruşturma yapılması istemiyle askeri savcıya göndermek üzere askeri hakim sınıfından olan adli müşavirlere yetki verebilir. Yetki verilen konularda kıta komutanı veya kurum amirine tanınan kanuni yetkiler adli müşavirler tarafından kullanılır (m. 95/3).

4. Komutanın Adli Yetkisini Devretmesi

Komutanın kanuni veya şahsi engelleri yetkilerinin kullanılmasına imkan vermez ise bu yetkiler kanuni vekillerine geçer.¹⁰

Askeri savcı, kendisine suç dosyasının gönderilmesinden, yani bir suçun işlendiğini bu yolla öğrenmesinden sonra hazırlık soruşturması yapabilir.

5. Askeri Savcının Kendiliğinden Hazırlık Soruşturmasına Başlaması

Askeri savcının, komutanın emri olmadan hazırlık soruşturmasına başlayabilmesi üç halde mümkündür. Bunlardan biri ağır cezalı işler, diğeri "*gecikmesinde sakınca bulunan hal*"in söz konusu olmasıdır. Üçüncü-

¹⁰ Eski düzenlemeye göre; adli amirin yetkisini kullanmasına bir engel varsa, adli amirlik yetkisi vekiline intikal ediyordu (1631/14). Bunun dışında adli amirin, hakimın davaya bakması yasaklı olan hallerle tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebeplerin bulunması halinde, adli amirlik görevini vekiline devretmesi gerektiği öngörülmüştü (1631/69). Yürürlükteki 353 sayılı Kanun'da böyle bir hükme yer verilmemiştir.

sü de, yapılmakta olan hazırlık soruşturmasının bir başka kişi veya suçu kapsadığının anlaşılması halidir.¹¹

a. Ağır Cezalık İşler: Ağır cezalık suç kavramı, yeni düzenlemede ağır hapis cezasının kaldırılması nedeniyle oldukça daralmıştır. Yeni düzenlemede ağır hapis cezası ve hapis cezası ayırımı kalktığından ağır cezalık işleri, ağır ceza mahkemelerinin görevlerini esas alarak belirlemek uygun olacaktır. Ağır ceza mahkemelerinin görevini, 5235 sayılı Kanun'un 12. maddesi belirlemektedir. Bu hükme göre;

1. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını,
2. Müebbet hapis cezasını,
3. On yıldan fazla hapis cezasını.

Gerektiren suçlara ilişkin davalara ağır ceza mahkemesinde bakılacaktır. Şu halde bu cezaları gerektiren suçlar ağır cezalık işlerdir. Ayrıca CMK'nın 250/1 maddesinde yazılı suçlara ilişkin davalara da ağır ceza mahkemelerinde bakılması gerektiğinden, bu maddede yazılı suçların da ağır cezalık işlerden kabul edilmesi gerekir.

b. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Haller: Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı ise, soruşturmaya başlanmadığı takdirde delillerin ve suç izlerinin kaybına, yok olmasına, şüpheli veya sanığın kaçmasına yol açacak durumları ifade eder. Gecikmesinde sakınca olup olmadığı her olaya göre değişir ve bunun takdiri şüphesiz askeri savcıya aittir. Bununla

¹¹ Askeri savcılarının komutanın emri olmadan kendiliğinden soruşturmaya başlamaları sorun yaratmış ve bu sorun yargı kararlarına da yansımıştır. Yardımcı askeri savcının, bir ihbar üzerine, komutanın emri olmadan hazırlık soruşturmasına başlaması nedeniyle kuvvetinin değiştirildiğini iddia eden askeri savcının açtığı davada, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Genelkurmay Başkanlığı'nca tesis edilen idari işlemi, Anayasa'nın ve 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun öngördüğü "askeri yargı bağımsızlığı" ve "askeri yargıç güvencesi" ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir. Askeri savcı dava dilekçesinde, yardımcısının komutanın emri olmadan soruşturmaya başlamasının yanında, kendisinin savcılık görevi yanı sıra adli müşavirlik görevini de yürüttüğünü, bir ihbarla ilgili olarak adli müşavir sıfatıyla yaptığı soruşturmanın sonuçlarını komutana arz ederek savcılığa soruşturma emri verilmesinin uygun olacağını söylemesi üzerine, komutanın konuyu kuvvet komutanıyla görüşükten sonra değerlendirme yapacağını söylediğini daha sonra da soruşturma emri vermeyeceğini bildirdiğini ileri sürmüştür (AYİM DrI. Krl. 27. 5. 1999/19-93 sayılı kararı).

beraber gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı geniş yoruma açıktır ve uygulamada sorun yaratmaktadır.

c. Yapılmakta Olan Hazırlık Soruşturmasının Başka Bir Kişiyi veya Suçu Kapsadığının Anlaşılması: Yapılmakta olan hazırlık soruşturmasının başka bir kişiyi veya suçu kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekirse, askeri savcı ivedi hallerde bu soruşturmayı kendiliğinden yapar. Bu takdirde durum komutana derhal bildirilir (m. 103). İvedi halden maksat, gecikmesinde sakınca bulunan durumlardır. Komutandan soruşturma emri istenmesinde soruşturmanın selameti bakımından bir sakınca yoksa, askeri savcı komutana suç duyurusunda bulunacak ve komutanın soruşturma emri vermesinden sonra soruşturmaya dahil edilmesi gereken kişi veya suçla ilgili olarak soruşturmaya başlayabilecektir.

6. Komutanın Hazırlık Soruşturması Açtırmak Yetkisinin Sınırı

Maddede; komutanın kendisine intikal eden suç evrakını inceledikten sonra askeri savcıya göndereceği yazılıdır. Bu hükme göre komutanın suç evrakını savcıya göndermeden işlemden kaldırması, daha doğrusu soruşturma emri vermeme yetkisi de var mıdır? Bir başka ifadeyle komutanın soruşturma emri verme yetkisi, soruşturma emri vermeme yetkisini de kapsar mı?

Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanlığı'nca verilen bir mütalaada, *“askeri mahkemede yargılama yapılmasını gerekli kılan ciddiyet ve önemdeki evrakın işleme konulacağı belirtilmiş ve yetkinin kullanılmasının sorumluluğunun da yetki sahibine ait olması yetki/sorumluluk bağlantısının doğal bir sonucudur”* denilmiştir. İncelemek, bir değerlendirme yapmayı gerektirdiğinden, yaptığı değerlendirme sonunda soruşturma açılmasını gerekli görmeyen komutanın ihbar ve şikayeti işleme koymama yetkisine sahip olduğunu kabul etmek gerekir.¹² Bu husus komisyon tarafından yapılan değişiklik ile değişiklik gerekçesinden de anlaşılmaktadır. Hükümet tasarısında madde, hazırlık soruşturması yapması için, komutanın askeri savcıdan talepte bulunabileceği şeklinde düzenlenmiş iken, Komisyon tarafından yeniden kaleme alınmış ve değişiklik gerekçesinde de *“Anayasa'nın 138. maddesinde yer alan askerlik hizmetinin gerekleri dikkate alınarak, komutanın askeri savcıya soruşturma açtırması uygun mütalaa edilmiştir.”* denilmiştir. Komutanın soruşturma açtırmaması kararının, diğer unsurları

¹² H. Özbakan, *Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usul Kanunu*, C. I, s. 473, m. 95 açıklaması.

gerçekleşmek kaydıyla, astının suçu hakkında kasten takibatta bulunmamak suçunu veya görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabileceği de gözden irak tutulmamalıdır.

Bunun dışında komutanın soruşturma emri verme yetkisi generaller bakımından sınırlıdır. Generalleri yargılamaya Genelkurmay Başkanlığı teşkilatında kurulan askeri mahkeme yetkili olduğundan generaller hakkında ancak Genelkurmay Başkanı soruşturma emri verebilir. Bununla beraber daha ast bir komutanlık teşkilatında kurulan askeri mahkemenin yetkisine giren bir kişi ve suç hakkında yapılan soruşturma sırasında, bu soruşturmanın bir generali de kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekirse, ivedi hallerde, bu komutanın refakatinde bulunan askeri savcı soruşturmaya devam edebilir, fakat generali sanık sıfatıyla dinleyemez.

Komutan askeri hakimler hakkında da soruşturma emri verme yetkisine sahip değildir. Askeri hakimler hakkındaki ihbar ve şikayetlerle ilgili olarak 357 sayılı Kanun'a göre işlem yapılır. Askeri hakimlerin görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında veya askeri yargıya tabi suçları hakkında hazırlık soruşturması açılması 357 sayılı Kanun'un 23 ve bunu takip eden maddelerine göre Askeri Adalet Müfettişleri'nce yapılacak inceleme sonucuna göre Milli Savunma Bakanı'nın iznine tabidir.

Askeri savcılar, asker olmayan kişiler tarafından işlenen ve fakat askeri mahkemelerin yetkisine giren suçlar bakımından suç ihbar veya şikayeti üzerine komutanın emrini beklemeden kendiliğinden soruşturma yapmaya yetkilidir. Bu konuda komutanın hazırlık soruşturması emri vermesine gerek yoktur. Çünkü komutanın hazırlık soruşturması açtırma yetkisi asker kişilerle sınırlıdır. Her ne kadar sekiz maddede bu konuda bir açıklık yoksa da madde gerekçesi, 93 ve 95. madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde bu yetkinin asker kişilerle sınırlı olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak komutanın hazırlık soruşturması hakkında bilgi edinme yetkisi sadece asker kişilerle sınırlı değildir.

Komutanın soruşturma açtırma yetkisi niteliği itibariyle adli bir yetki olup bunun, askeri hizmetle ilgisi bulunmadığı kabul edilmektedir.¹³ Bu yetki, 1631 sayılı Kanun'un 86. maddesindeki yetkiyle paralellik arz etmektedir. Bu düzenlemeye göre adli amirin soruşturma emri üzerine hazırlık soruşturması, alaylarda bir "adli subay" ve daha üst makamlarda ise "askeri adli hakim" tarafından yapılmakta idi. Fakat soruşturma sonunda karar verme yetkisi yine adli amire aitti ve bunlardan "tahkikata mahal olmadığına" dair karara karşı üst adli amir teşkilatında itiraz edilebiliyordu.

¹³ R. Taşkın, a. g. e., s. 37.

Komutana yargısal nitelik taşıyan bir kısım yetkilerin verilmesi, bu bağlamda soruşturma açtırma yetkisi, askeri yargı ile genel yargı arasında nitelik ve gaye farkı bulunduğu düşüncesine dayanmakta ve “askerlik mesleğinin gerekleri” ile açıklanmaya çalışılmaktadır.¹⁴ Bu görüşte olanlara göre; askeri birlik komutanının haberi olmadan, o birlik komutanına bağlı asker kişi hakkında ceza kovuşturmasına geçilmesi, birliğin disiplinini temelinden sarsar. Bu nedenle iş mahkemeye intikal edinceye kadar, yargı yetkisi komutana tanınmalıdır.¹⁵

Buna karşılık komutana yetki verilmesinin sanık bakımından teminat teşkil etmeyeceği, iş komutanların keyfine kalmış olacağı gibi adaletin de sarsılabileceği ileri sürülmüştür. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre; askeri gereklerle sanığın menfaatlerini ve adalet düşüncesini birlikte ele alıp bağdaştırmak gerekir.

Askerlik mesleğinin gerekleri; askerliğin esasını oluşturan her an hizmete hazır olma, emre kayıtsız şartsız itaat ve disiplindir. Bu kavramlar, komutana idari nitelik taşıyan birtakım yetkilerin tanınmasını zorunlu kılmakla beraber, mutlaka adli yetki verilmesini gerektirmez.

Suç işlenmekle disiplin sarsıldığından, suç işlediği ihbar edilen bir kimse hakkında derhal soruşturmaya başlanılamaması, bu konuda komutanın emri olmadan hiçbir işlem yapılamaması ve onun emrinin beklenmesi disiplini daha ağır bir şekilde ihlal edebilecektir. Komutanın tasarrufunun yargı denetimine tabi olmaması ise keyfiliğe yol açar. Gerçekten de suç işlediği iddia edilen kişi hakkında yasal işlem başlatılması, her rütbedeki amire görev olarak verilmiş (İç Hz. K. m. 32), astının suçu hakkında kasten takibatta bulunmamak Askeri Ceza Kanunu’nda (m. 145), astının suçunu bildirmemek de 477 sayılı Kanun’da askeri suç olarak düzenlenmiştir (m. 54). Dolayısıyla, teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanının emri olmadan soruşturmaya başlanması, emir komuta ilişkisini de olumsuz yönde etkilemeyecektir. Askeri yargıya tabi suç ihbar ve şikayetlerinin sanığın amirine yapılacağına düzenlenmiş olması da bu düşüncüyü doğrulamaktadır.

Diğer taraftan, suç işlediği ileri sürülen asker kişi hakkında komutanın habersiz ceza soruşturmasına başlanması ile komutanın emri olmadan soruşturmaya başlanılamaması ve komutanın bu konudaki emrinin yargı denetimi dışında tutulması aynı şey değildir.

¹⁴ Bu husus 95. madde gerekçesinde belirtilmiştir.

¹⁵ Bu görüş Askeri Ceza ve Harp Hukuku Derneği’nce 1964 yılında düzenlenen kongrede Prof. Leaute, tarafından ileri sürülmüştür (S., Erman, s. 344).

Ayrıca soruşturma başlatılması, askeri birlik komutanının bilgisi olmak kaydıyla, başlı başına hizmete engel teşkil eden bir durum yaratmamaktadır. Soruşturma ve ceza kovuşturması farklı kavramlardır. Her soruşturma mutlaka kovuşturmaya geçilmesini gerektirmez. Soruşturma sonunda şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi pekala mümkündür. Soruşturma aşamasında, ifadesine başvurulmamış ise, hakkındaki suç ihbarından ve soruşturmada şüphelinin resmen haberi bile olmayabilir. Bu bakımdan soruşturmaya başlanması hizmeti olumsuz yönde etkilemez. Ancak kovuşturmaya başlanması halinde, kişinin gözetilmesine alınması veya tutuklanması gibi durumlarda hizmetin aksamaması söz konusu olabilir. Bu bakımdan, kendisine bilgi verilmesi kaydıyla, hazırlık soruşturmasına mutlaka komutanın emriyle başlanması askeri gereklilik bulunduğu söylenemez.

Halbuki genel yargıdaki sanıkla askeri yargıya tabi sanık arasında hukuki bakımdan bir fark yoktur.¹⁶ Dolayısıyla asker sanığın da, asker olmayan sanıkların sahip olduğu tüm sanık haklarından yararlandırılması gereklidir. Aksini düşünmek eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

Ülkemizde askeri polis teşkilatının bulunmadığı da göz önüne alındığında, suç dosyalarının birlik komutanları tarafından askeri hiyerarşiye bağlı kalınarak askeri savcılığa gönderilmesinde sakınca olmadığı gibi bir bakıma zorunluluk vardır. Yani suç dosyasının teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan tarafından askeri savcıya gönderilmesi, komutanın suç evrakını işlemden kaldırma veya göndermeme yetkisi olmadığı sürece, hukuk devleti ilkesiyle çelişmez. Genel yargıda da zabıta amir ve memurlarına yapılan suç ihbar ve şikayetleri de belirli bir prosedür izlenerek Cumhuriyet Savcılıkları'na intikal ettirilmektedir. Ancak komutanın, kendisine gönderilen suç evrakını işlemden kaldırması ve bu tasarrufunun yargı denetimi dışında tutulması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Bütün bunlara rağmen, komutanın soruşturma emri vermesi mutlaka gerekli görülüyorsa, bu takdirde hiç olmazsa komutanın soruşturma emri vermemesinin yargı denetimine imkan verecek şekilde düzenlenmesi, hukuk devleti ilkesine daha uygun düşecektir.

Diğer taraftan, Ceza Muhakemesi'nde olduğu gibi, Askeri Ceza Muhakemesi'nin amacı, askeri menfaatlerle sanığın hakları arasında uygun bir denge kurmak suretiyle, adil yargılanma hakkını da gözeterek maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu takdirde verilen karar adil olabilir. Adaletsizlik de bir disiplinsizliktir. Nitekim İç Hizmet Kanunu'nun 17. maddesinde;

¹⁶ S. Erman, s. 345.

“maiyyetine karşı tarafsız ve hakkaniyetli davranmak” amirin vazifelerinden biri olarak sayılmıştır. Bu nedenle sanık hakları gözetilmeksizin verilecek karar, disiplini, suç işlenmiş olmasından daha ağır bir şekilde sarsacaktır.

Komutanın soruşturma açtırma yetkisi, niteliği itibariyle Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'daki izin müessesesine benzemekle birlikte niteliği tamamen farklıdır. İzin, ceza yargılamasında dava şartlarından biridir. İzin verilmediği takdirde kamu davası açılmaz; açılırsa, usulüne uygun olarak açılmış bir dava bulunmadığından bu davaya bakılamaz. Halbuki komutanın yetkisi bir dava şartı olmayıp bir düzenlemedir. Komutanın soruşturma emri olmadan askeri savcı soruşturmaya başlamış ve kamu davasını açmış ise bu, usulüne uygun olarak açılmış bir davadır ve sırf komutanın soruşturma emri vermemesi sebebiyle reddi mümkün değildir. Diğer taraftan komutanın bu yetkisi mutlak ve soruşturma açılması veya soruşturma emri vermemesi kararlarına karşı bir kanunolu öngörülmemiştir.

Bilindiği gibi, 4483 sayılı Kanun'a göre; Cumhuriyet Başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikayet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni istemek zorundadırlar. Diğer makam ve memurlarla kamu görevlileri de, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlendiğini ihbar, şikayet, bilgi, belge veya bulgulara dayanarak öğrendiklerinde durumu izin vermeye yetkili mercie iletmekle yükümlüdürler.

Bu merciin izin vermesi veya izin verme istemini reddetmesi halinde, verilen karara karşı sanığın statüsüne göre Danıştay'a veya bölge idare mahkemesine itiraz yoluna gidilebilmektedir.

Sonuç olarak komutanın soruşturma açtırma yetkisinin yargı denetimine tabi olmaması hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

C. Komutanın Askeri Mahkemede Bulunacak Subay Üyeyi Seçme Yetkisi

1. Askeri Mahkemelerin Yapısı ve Subay Üye

25.10.1963 Tarih ve 353 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, askeri mahkemelerin iki askeri hakim ve bir subay üyeden, Genelkurmay Başkanlığı teşkilatındaki askeri mahkemenin general ve amiralleri yargıladığı zaman üç askeri hakim ve iki general veya amiralden kurulacağı öngörülmüştür. 16. 10. 1981-2538 değişikliği de mahkeme kuruluşunda nitelik bakımından

bir değişiklik yapmamış; bu Kanun'la eklenen fıkrada, iki yüz ve daha fazla sanıklı davalarda askeri mahkemenin dört hakim ve bir subay üyeden kurulacağı belirtilmiştir. Bu hüküm, 1982 Anayasası'nın kabulünden sonra aynen korunmuştur. Dolayısıyla bugün için askeri mahkemeler kuruluşunda subay üye bulunmaktadır. Bununla beraber 1981-2376 Değişikliği ile tek hakimli askeri mahkeme kuruluşu da benimsenmiştir. Ek 1. madde hükmüne göre subay ve astsubayların işledikleri suçlar dışında kalan belirli ağırlıktaki suçlara ilişkin davalara askeri mahkemenin hakim sınıfından olan üyelerinden biri tarafından bakılmaktadır. Tek hakimle kurul halinde çalışan askeri mahkeme arasındaki görev uyumsuzluklarını Askeri Yargıtay çözümler. Şunu da belirtelim ki, Askeri mahkeme bulunan ülkelerin birçoğunun mahkeme kuruluşunda subay üye yer almaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kabulünden sonra, AB müktesebatı da dikkate alınarak Milli Savunma Bakanlığı'nca 353 sayılı Kanun'un değiştirilmesi için çalışmalara başlanılmış, Askeri Adalet İşleri Başkanlığı'nca hazırlanan taslak metin bu gün için aynı Bakanlık Kanunlar Dairesi'ne sunulmuş bulunmaktadır. Yeni hazırlanan taslakta da eski kuruluşun korunduğu, daha doğrusu mahkemenin kuruluşuna ilişkin hükümlere dokunulmadığı öğrenilmiştir.

a. Subay Üyelerin Statüsü

Mevcut düzenlemeye göre subay üyeler ile yedekleri, nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri tarafından her yılın Aralık ayında o mahkemenin yetkisine giren birlik ve kurum mensupları arasından bir yıl süre ile değiştirilmemek üzere seçilmekte ve bunların görevlerini yapmalarına sürekli engeller çıktığında yerlerine başkalarının seçilmesi mümkün bulunmaktadır (m. 4). Ancak görülmekte olan bir davada görev alacak subay üye, askeri mahkeme kıdemli hakimi tarafından, duruşma hazırlığı aşamasında, komutan tarafından seçilenler arasından, sanığın rütbesi ve hizmet durumu göz önünde bulundurularak belirlenmektedir (m. 116). Bu şekilde belirlenen subay üyenin, izinli olması veya görev veya kurs gibi nedenlerle görevinden geçici olarak ayrılması durumunda, seçilmiş olan üyelerden rütbesi itibariyle uygun bulunan bir başka subay, kıdemli hakim tarafından duruşmaya davet edilmektedir. Bu şekilde aynı davada bir veya birden fazla subay üyenin duruşmaya katılması mümkün bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle, subay üyenin askeri mahkemedeki görevi, ek görev niteliğinde olup duruşma süresiyle, duruşma tek celsede bitmemiş ise oturum süresiyle sınırlıdır.

Subay üyeler; subay statüsünde olmaları nedeniyle mesleğe kabul, terfi, atama, disiplin ve emeklilik gibi özlük hakları ile yargılanmaları bakımından 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu hükümlerine tabidirler. Diğer taraftan nezdinde askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya kurum amiri, subay üyenin çoğunlukla sicil yada disiplin amiri olup disiplin cezası vermek yetkisine de sahiptir. Bu nedenle subay üyeler, statüleri itibariyle idareye bağlı oldukları gibi, askeri hakimlerin sahip oldukları güvencelerden hiçbirine sahip değildirler.

Bu nedenlerle, statüsü itibariyle tamamen yürütme organının emrinde bulunan ve hakim güvencesine sahip bulunmayan subay üyenin, cezalandırma korkusu olmasa bile, tayin veya düşük sicil endişesiyle komutanın etkisi altında kalarak hareket etmesi az da olsa ihtimal dahilindedir. Subay üye etki altında kalmamış olsa bile, onun statüsü, bu konuda kuşku duymak için yeterli bir nedendir. Özellikle komutana karşı işlenmiş olan suçlarla suçun mağdurunun subay üyenin amiri olduğu durumlarda, onun etki altında kaldığı, hatta emre göre hareket etmiş olabileceğinin ileri sürülmesi ihtimali daha yüksektir. Bu durum mahkemenin bağımsızlığına olan güven duygusunu sarsacaktır.

Bununla beraber subay üyenin somut bir davaya göre değil de, her yılın Aralık ayında birden çok sayıda seçilmesi ve görülmekte olan bir dava için duruşma hazırlığı aşamasında kıdemli hakim tarafından, sanığın rütbesi göz önüne alınarak belirlenmesi, sanık açısından, az da olsa bir teminat teşkil etmektedir.

Ancak, mahkemelerin bağımsız olmaları kadar, bağımsız bir görünüme sahip olmaları da önemlidir. Askeri mahkemede görev aldığı sürenin dışında, idarenin emrinde olan ve hiçbir teminata sahip bulunmayan bir subayın, idarenin, komutanın etkisi altında kalmadığından, dolayısıyla bağımsızlığından bahsedilemez.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sıkıyönetim askeri mahkemeleri ile ilgili kararlarında (Arap Yalgın ve diğerleri, Mehmet Ali Yılmaz ve Kızılöz davaları) ise; öncelikle subay üyenin ilgili sıkıyönetim ve/veya kolordu komutanının emir komutası altında olduğunu ve bu üyenin hiçbir şekilde bu makamlardan bağımsız olmadığını kabul etmiştir.¹⁷

¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Engel davasında Hollanda Yüksek Mahkemesi'nde asker üyeler bulunmasını, bunların teminatlı olmayıp görevden alınmaları mümkün olduğu halde yemin ederek göreve başlamalarını dikkate alarak, bağımsızlık ilkesine aykırı görmemiştir Kunter-Yenisey, 7. 9-II (83).

Diğer taraftan, subay üyenin askeri mahkeme kuruluşunda bulunmasını, askerlik mesleğinin gerekleri ile de açıklamak oldukça zordur. Çünkü, subay üyenin askeri mahkemedeki görevi idari değil, tamamen yargısal bir nitelik taşımaktadır. Halbuki mahkeme kurulunda bulunanların bu görevlerini en iyi şekilde yapacak niteliklere sahip olmaları gerekmektedir. Mahkeme başkanının duruşmanın inzibatını sağlamak görevi de yargılama faaliyetinden ayrı düşünülemez. Kaldı ki mahkeme başkanlığı subay üyelere mahsus bir görev de değildir. Nitekim 353 sayılı Kanun'un 4/son maddesine göre, askeri mahkeme kurulunda bulunanların en kıdemlisi mahkeme başkanlığı görevini yapar. Bu hükme göre duruşma hakiminin de başkan olması mümkündür. Bu husus dikkate alındığında duruşmanın inzibatını sağlamak için hakim sınıfından olmayan bir subaya ihtiyaç olduğu söylenebilir. Ayrıca, 353 sayılı Kanun'da 21.1.1981- 2376/8 ile değişiklik yapılarak bazı suçlarda (subay ve astsubayların işledikleri suçlar hariç) tek hakimden oluşan askeri mahkeme kuruluşu benimsenmiştir. Nitekim öğretilerde de, son zamanlarda sıkıyönetim askeri mahkemelerinde sivil hakim ve savcılardan yararlanılması nedeniyle, askeri mahkemelerin yalnızca askerlerden ve askeri hakimlerden kurulması gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür.¹⁸

Askeri mahkemelerin kuruluşunda yapılan bu değişiklik, yani kuruluşunda subay üye bulunmayan tek hakimli askeri mahkemelerin varlığı da, askeri mahkemelerin kuruluşunda yer alan subay üyenin varlık gerekçesinin "*askerlik mesleğinin gerekleri*" olamayacağını göstermektedir.

Dolayısıyla Genelkurmay Başkanlığı ve MSB'ce, askeri mahkemelerin kuruluşunun subay üyeler açısından gözden geçirilerek yeni bir yapıya kavuşturulması gerekmektedir.

Kanaatimizce, subay üyenin mahkeme kuruluşundan çıkarılması en iyi bir çözüm yolu olarak gözükmektedir. Şayet subay üyenin askeri mahkeme kuruluşunda bulunmasında fayda görülüyorsa o zaman da subay üyenin bağımsızlığını sağlayacak teminatlar getirilmelidir.¹⁹ Bu yapılırken Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kuruluşunda yer alan kurmay subayların statüleri örnek alınabilir.

b. Askeri Hakimlerin Statüsü

Askeri hakimlerin mesleğe kabulü, 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'na göre, Millî Savunma Bakanlığı'nca yapılan bir sınavla olmaktadır.

¹⁸ Kunter-Yenisey, 7.9, II (83) s. 139.

¹⁹ *Askeri Yargıtay'ın 90. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu*, Sempozyumun değerlendirilmesi, (F. Yenisey) s. 141.

Meslekte yükselmeleri de yine İdare tarafından yapılmaktadır. Askeri hakimlerin derece ve rütbe yükselmeleri, mesleki ve subay sicil belgelerinde belirlenen notlara göre olmaktadır. Mesleki Sicil Belgesi Askeri Yargıtay ve Askeri Adalet Müfettişleri tarafından, Subay Sicil Belgesi ise askeri hakim subayın kuruluş bağlantısına göre, teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri tarafından düzenlenmektedir.²⁰

357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun²¹ 12. maddesinin birinci fıkrasında, askeri hakim subayların rütbe terfii, rütbe kıdemliliği, kademe ilerlemesi yapmalarını temin edecek yeterliliklerinin sicil ile saptanacağı hüküm altına alınmış ve bu fıkranın (A) bendinde sicil belgelerinin; general-amiral sicil belgesi, subay sicil belgesi ve mesleki sicil belgesi olmak üzere üç çeşit olduğu ve bunların kapsamaları ile kimler hakkında düzenleneceği açıklanmıştır. (B) bendinde de subay sicil belgesini düzenlemeye ve sicil vermeye yetkili idari sicil üstleri belirtilmiştir. Bu hükme göre, birinci sicil üstü: sicili düzenlenecek askeri hakim subayın kuruluş bağlantısına göre teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri;

İkinci sicil üstü: Kuruluş bağlantısına göre birinci sicil üstünün bir üst görev yerinde bulunan komutan veya amir durumunda bulunan;

Üçüncü sicil üstü: Kuruluş bağlantısına göre ikinci sicil üstünün bir üst görev yerinde bulunan komutan veya amir durumunda bulunan subaydır.

Ancak kıdemli hakimler, birlikte çalıştıkları hakimlerin, askeri savcılar birlikte çalıştıkları yardımcı savcı ve savcı yardımcılarının, adli müşavirler de birlikte çalıştıkları adli müşavir yardımcılarının birinci sicil üstleridir.

Askeri hakimler hakkında sıralı sicil üstlerince not takdir edilmesinin ve bu notların meslekte yükselmelerinde nazara alınmasının hakim bağımsızlığına aykırı olup olmadığı dava konusu yapılmış ve Anayasa Mahkemesi kararına konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu kararında

²⁰ Askeri hakimler hakkında teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri amir tarafından sicil belgesi düzenlenmesi ve meslekte yükselmelerinin yarı yarıya bu sicil notlarına bağlı olması karşısında, askeri hakimlerin kendilerini bağımsız hissetmeyebilecekleri, esasen kendileri hakkında sicil düzenleyen komutanlara karşı bağımsızlıklarından şüphe edileceği ileri sürülerek bu durumun Anayasa'nın 9 ve 138. maddelerinde öngörülen bağımsızlık ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür (K. Gözler, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 433).

²¹ Askeri Hakimler Kanunu (26 Ekim 1963 tarih ve 357 sayılı) 26.10.1963/11541(mükerrer) RG'de yayımlanmıştır. Düstur: 5. Tertip 2. Cilt s. 2191.

“askerlik mesleğinin gerekleri” esasının, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatının elverdiği ölçüler içerisinde nazara alınmasının zorunlu olduğunu kabul etmiş, fakat hakim subaylar hakkında subay sicil belgesi düzenlenmesinin hakim bağımsızlığına aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.²² Halbuki Yüksek Mahkeme, 1974 yılında verdiği bir kararında Askeri Yargıtay üyeleri, daire başkanları, ikinci başkan ve başkan için sıralı sicil üstlerinin öngörülmüş olmasını yargı bağımsızlığı ve hakim teminatına aykırı bulmuştu.²³ 1990 yılında verilen kararda 1974 tarihli karara da atıf yapıldığı görülmektedir. Kararda açıkça ifade edilmemekle beraber, askeri mahkemelerde görevli askeri hakimlerin sıralı üstlerinden sicil almalarını yargı bağımsızlığına aykırı bulmaması karşısında, Anayasa Mahkemesi’nin, Askeri Yargıtay’ın bağımsızlığı ile askeri mahkemelerin bağımsızlığını birbirinden farklı mütalaa ettiği sonucuna varılmaktadır. Ancak, Anayasa Mahkemesi 2004 yılında, 631 sayılı KHK’nın 17. maddesinde yer alan “... askeri hakim sınıfı subaylara ödenen görev tazminatı aynı rütbe ve kıdemdeki emsali subaylardan fazla olamaz.” hükmünü, askerlik hizmetinin gereklerinin yargı hizmeti yönünden mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesi ilkelerinden önce geldiğinin düşünülmemeyeceği gibi, bu nedene dayanılarak mahkemelerin bağımsızlığının ve hakimlik

²² Yüksek Mahkeme’ye göre, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı, hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez öğelerindedir.

Askerlik ise, birçok yaşamsal işlevi bulunan ulusal bir görev alanıdır. Temeli emir-komuta düzeninin gerektirdiği saygı, itaat, disiplin ve özveridir. İşlerin önemi ve özelliği nedeniyle yerleşmiş gelenek ve görenekleri korumakta özen göstermek zorunludur. Askeri yargının kabul edilmiş olması askerlik hizmetinin gereklerinden kaynaklanmaktadır. Anayasa’nın 145. maddesinde öngörülen mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı ve askerlik hizmetinin gerekleri ilkelerinin bir arada ve birbirleriyle uzlaştırılmak suretiyle yapılacak bir düzenlemenin Anayasaya en uygun çözüm biçimi olacağına kuşku yoktur. Ancak böyle bir uzlaştırma ve bağdaştırmanın olanaksız bulunması durumunda “askerlik hizmetinin gerekleri” esasının mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatının elverdiği ölçüler içinde nazara alınması zorunlu olacaktır.

Silahlı kuvvetlerde korunması gereken ilke ve kuralların başında hiç kuşkusuz disiplin gelir. Amir-maiyet, ast-üst ilişkilerinin askeri hizmetin gereklerine uygun bir düzeyde tutulabilmesi ancak sağlam bir disiplinle başarılabilir. Disiplin silahlı kuvvetlerin “olmazsa olmaz” koşuludur. Askeri hakimler de askerliğin bu kurallarına ve onu ayakta tutan disipline uymak zorundadırlar. Askeri hakimler sıfat ve statülerinin gereği olarak hakimlikle beraber subaylık kimliklerini de özenle korumak ve kollamak zorundadırlar. Askeri hakimlerin bu niteliklerinin belirlenip değerlendirilmesinde salt mesleki sicilleri yeterli olmaz. Bunlarda da karşılıklı astlık üstlük ilişkileri içinde oldukları subaylarda aranan tüm niteliklerin bulunması gereklidir. Bu da ancak kuruluş bağlantısına göre sicil üstleri tarafından askeri niteliklere verilecek notlarla sağlanabilir. AYMK, 11.12.1990 T. E. 1989/17, K. 1990/33 (RG, 15.6.1991-20902).

²³ AYMK, 10.1.1974 tarih ve E. 1972/49, K. 1974/1 (RG, 24.6.1974-14925).

teminatının zedelenmesine izin verilemeyeceğini belirttikten sonra şu gerekçelerle iptal etmiştir: *“Askeri hakim sınıfı subaylara, diğer subaylardan farklı tazminat ve ödenek verilmesi hakimlik görevinin gereğidir. Görev tazminatı, hakimlik görevinin niteliği ve özelliği göz önünde bulundurularak saptandığına göre rütbe, tazminatın belirlenmesinde etkileyici olmamalıdır. Başka bir anlatımla bu tazminat ilgililere, belirli bir rütbede oldukları için değil, hakim ve savcı oldukları için verilmektedir.*

Görevi gereği yüksek hakimlik tazminatını alma bakımından diğer hakimlerle aynı hukuksal durumda bulunan askeri hakim sınıfı subayların bir bölümünün, yargı hizmeti dışındaki bir hizmetle kıyaslama yapılmak suretiyle, görev tazminatlarının sınırlandırılması askeri hizmetin gereklerinden kaynaklanan bir nedene dayanmadığı gibi Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırıdır.”²⁴ Bu gerekçeler karşısında Anayasa Mahkemesi'nin 1990 yılında verdiği kararda benimsediği görüşlerden ayrıldığı sonucuna varılmaktadır.

Esasen hakim bağımsızlığına yerel mahkemeler ve yüksek mahkemeler için farklı anlamlar vermek bağımsızlığın maiyetine aykırı düşeceğinden, Anayasa Mahkemesi'nin bu son kararının yerinde ve hukuka uygun olduğu kanaatindeyiz. Askeri hakimlerin subay sicili almaları konusunda da aynı düşüncüyü paylaşıyoruz. Subay sicili almak, bağımsızlığa ya aykırıdır yada değildir; bu durum yüksek mahkeme üyesi için farklı, ilk derece hakimi için farklı sonuçlar doğurmamalıdır.

Bununla beraber askeri hakim subaylar, yetersizlik, disiplinsizlik ve ahlaki durum nedeniyle ve askeri hakim subay olmaya engel suçluluk halleri hariç, rütbelerinin yaş haddine kadar hizmete devam ederler. Bir başka ifadeyle, subayların kadrosuzluk nedeniyle istekleri dışında emekli edilmeleri mümkün olduğu halde, askeri hakim subaylar, kadrosuzluk nedeniyle emekli edilemezler.²⁵ Ancak Askeri hakimlerin, Mili Savunma Bakanı tarafından disiplinsizlik ve ahlaki nedenlere dayalı olarak emekli edilebilmelerine olanak sağlayan hüküm (357/22-C) de yargı bağımsızlığını zedeler niteliktedir.²⁶

Askeri hakimlerin bir başka göreve nakil ve tayinleri Milli Savunma Bakanı, Başbakan'ın müştereken imzaladıkları ve Cumhurbaşkanı'nın onay-

²⁴ AYMK, 12.5.2004 tarih ve E. 2003/57, K. 2004/57 (RG, 29.7.2004-25537)

²⁵ Askeri hakim subayların kadrosuzluk nedeniyle emekli edilmelerine olanak sağlayan 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 21. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “kadrosuzluk” ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin 14.12.1998 tarih ve E. 1998/39-K. 1999/78 sayılı Kararı ile iptal edilmiş ve bu Karar 11.5.1999 tarih ve 23692 sayılı *Resmî Gazete'* de yayımlanmıştır.

²⁶ Centel, *Askeri Yargıtay'ın 90. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu*, s. 112, dnpn. 19.

ladığı kararname ile olur ve bu kararname *Resmi Gazete'*de yayımlanır. Askeri hakim ve askeri savcılar ile yardımcı askeri savcılar dört yıllık bir coğrafi teminata sahiptirler; bunların ikinci bölgede hizmet sürelerini tamamlamadan, birinci bölgede dört yıllarını tamamlamadan bir başka göreve atanmaları muvafakatlerine bağlıdır. Ancak birinci bölgede bulunan bir askeri hakim yada savcının ikinci bölgeye atanma sırası gelmişse veya sıkıyönetim mahkemesine atanması söz konusu ise muvafakat şartı aranmaz. Ayrıca, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması veya rütbe yükselmesi sebebiyle aynı kadroda kalmasına imkan olmayanların bir başka göreve atanmalarında da muvafakatlarının alınmasına gerek yoktur (357 sayılı Kanun m. 16).

Askeri hakimler ve askeri savcılar ile hakimlik ve savcılık mesleğinden sayılan görevlerde çalışan askeri hakim subaylara, almakta oldukları maaş derecesinin tekabül ettiği sınıf ve derecede bulunan adliye hakim ve savcılar ile yardımcılara verilen ödenek miktarı esas olmak üzere adliye hakim ve savcılar hakkında kanun hükümleri gereğince hakim ödeneği verilir (m. 18).²⁷

Askeri hakimler ve askeri savcılar ile yardımcılar görevli buldukları mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle maaşlarından yoksun kılınamazlar (m. 18/5).

Atama, yer değiştirme terfi ve sicil işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Bu işlemlere karşı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde dava açılabilir. Ayrıca, Askeri Ceza Kanunu'nun 112. maddesi, askeri mahkemeler üzerinde tesir yapmayı suç sayarak, cezai yaptırıma bağlamıştır.

Buna karşılık askeri hakim subayların atama ve terfilerinin idare tarafından ve bu makamlarca verilen siciller esas alınarak yapılması ile Milli Savunma Bakanı'nun, askeri hakim subaylar hakkında 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 29. maddesi gereğince yazılı uyarı ve kınama cezaları vermek yetkisine sahip olması, hakim bağımsızlığını olumsuz etkileyen hükümlerdir.²⁸ Anayasa ve yasalarda bağımsız oldukları vurgu-

²⁷ Anayasa Mahkemesi, 12.5.2004 tarih ve E. 2003/57, K. 2004/57 sayılı Kararı ile (RG, 29.7.2004-25537), 4.7.2001 tarih ve 631 sayılı KHK'nun 17. maddesinin "... 26. 10. 1963 tarihli ve 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'na tabi askeri hakim sınıfı subaylara ödenen görev tazminatı aynı rütbe ve kıdemdeki emsali subaylardan fazla olamaz." şeklindeki hükmünü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.

²⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, idarenin disiplin cezası verme yetkisine sahip olması, askeri hakim bağımsızlığını önemli ölçüde etkilemektedir. Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bağımsızlık ve tarafsızlığı incelerken hakimlerin o dava için etki altında kalıp kalmadıklarını değil, genel olarak mahkemenin bağımsız bir görünüm verip vermediğini dikkate almakta; sanığın, mahkemenin

lanan askeri hakimlerin, bağımsızlıklarını güvence altına alan hükümlerle korunmaları gerekirken, mesleğe kabul, atama ve yer değiştirme, yükselme, disiplin ve emeklilik gibi özlük hakları yönünden idareye bağımlı kılınmaları büyük bir çelişki olarak ortaya çıkmaktadır.

Bütün bunlara rağmen askeri hakimlerimiz görevlerini yaparken, kanaatimizce, kötü sicil endişesi veya atama korkusu ile değil, tamamen objektif hareket etmişlerdir. Bu husus bilim adamları tarafından bilimsel toplantılarda açıkça ifade edilmiştir.²⁹ Komutanlar da bu konuda titiz ve

tarafı hareket etmiş olması konusunda endişe duymasının haklı görülebileceği durumlarda 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır. Nitekim bu Mahkeme, askeri hakimlerin statüsünün bazı bağımsızlık ve tarafsızlık güvenceleri verdiğini tespit etmesine rağmen statünün diğer özelliklerini ve önceliklere:

- a. Askeri hakimlerin yürütme organına bağlı ordu mensubu olmaya devam etmeleri,
- b. Askeri disipline tabi olmaları,
- c. Ordu tarafından verilen sicile göre terfi etmeleri,
- d. Atamalarında idarenin geniş bir müdahalesinin bulunması,
- e. Teminatın dört yılla sınırlı olmasını,

Dikkate alarak bağımsız sayılamayacakları sonucuna varmış ve başvuruların bu konuda duydukları endişe ve şüpheli haklı ve yerinde bulmuştur.

Gerçekten de ülkemizin bireysel başvuruyu kabul ettiği 1990 yılından bu yana, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile Sıkıyönetim Askeri Mahkemelerinden verilen mahkumiyet kararlarıyla ilgili olarak yapılan başvurular üzerine verdiği kararlarında, bu mahkemelerin bağımsız olmadığı, dolayısıyla 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmış ve Türkiye'yi tazminata mahkum etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu tespiti yaparken askeri hakimlerin statülerinin bazı bağımsızlık ve tarafsızlık güvenceleri verdiğini kabul etmekle beraber, askeri hakimlerin yürütme organına bağlı olmalarını, terfilerinin ordu tarafından verilen sicile göre yapılmasını, atamalarında idarenin geniş bir müdahalesinin bulunmasını ve Milli Savunma Bakanının disiplin cezası verebilmesini yargı bağımsızlığına aykırı bulmuştur. Ayrıca, askeri mahkemede görev yapan subay üyenin komutanın emrinde bir personel olduğunu, bu nedenle bu üyenin bağımsızlığından ve tarafsızlığından söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Sonuç olarak, başvuruların sıkıyönetim askeri mahkemelerinin bağımsızlık ve tarafsızlıklarıyla ilgili endişelerini haklı görmüş ve Sözleşme'nin 6/1 hükmünün ihlal edildiğine ve bu nedenle devletimizin başvurulara manevi tazminat ödemesine karar vermiştir.

Türkiye, bu kararlar üzerine Anayasa ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri Kanunu'nda değişiklik yaparak askeri hakimleri DGM'lerin kuruluşundan çıkarmıştır. Ayrıca Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda da adil yargılanma hakkına aykırı görülebilecek hükümler yeniden düzenlenmiş, fakat ne Askeri Yargılama Usulü Kanunu'nda, ne de askeri hakimlerin eleştirilen statülerinde bir değişiklik yapılmıştır.

²⁹ U. Alacakaptan, 9 Nisan 1999 tarihinde Marmara Üniversitesi'nce gerçekleştirilen *CMUK Sempozyumu*'nda yapmış olduğu konuşmada, özellikle yüksek askeri mahkeme hakimlerinin birçok konuda sivil hakimlerin önüne geçerek liberal ve özgürlükçü kuralların muhakeme hukukuna yerleşmesine bayraktarlık ettiklerini, ancak AİHM nin sübjektif bir tartışmanın içine girmediğini ifade etmiştir. *Marmara Üniversitesi İnsan Hakları Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi CMUK Sempozyumu*, İstanbul 1999, s. 15-16.

duyarlı davranmışlardır. Ne var ki, vermiş olduğu karar nedeniyle hakkında kuvvet değişikliği yapıldığı iddiasıyla bir askeri hakim tarafından açılan dava üzerine bu idari işlemin, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nce iptal edildiği de bir gerçektir.³⁰

Bu nedenle mevcut düzenleme, komutana ve onunla askeri hakim arasındaki ilişkilere göre sicil düzenlenmesine imkan vermekte, bu yönüyle de askeri hakimlere tanınan güvenceleri zayıflatmakta ve yargı bağımsızlığı ile bağdaşmamaktadır.

Sıkıyönetim askeri mahkemelerinden verilen kararlar ayrık tutulacak olursa, askeri mahkemelerin bağımsızlığı ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilmiş bize ulaşmış bir karar bulunmamaktadır. Bununla beraber, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlerin tarafsızlığı kavramlarına yukarıda değinildiği şekilde yaklaşılması karşısında, bu tür başvuruların yapılabileceğini ve Türkiye aleyhine sonuçlanacağını gözden ırak tutmamak gerekir. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde bu hakkın bir kısım suçlar ve yargı yerleri bakımından ayrık tutulması söz konusu olmayıp ancak savaş hali ve olağanüstü hallerde askıya alınması belirli sınırlar dahilinde kabul edilmiştir. Bu Sözleşme'nin 15. maddesinde;

³⁰ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulu'nun 27.5.1999 tarih ve 18-90 sayılı kararı. Bu karara konu olayda, Deniz Kuvvetleri Komutanlığı'nda görevli olan askeri hakim subay, 357 sayılı Kanun'un 18/1. maddesinin atfı ile 926 sayılı TSK Personel Kanunu'nun 24/G maddesi uyarınca Kara Kuvvetleri Komutanı'nun görüşü alınarak hizmet fazlası ve ihtiyaç nedeniyle Genelkurmay Başkanlığı'nca Kara Kuvvetleri Komutanlığı'na nakledilmiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bu işlemi "Anayasa askeri hakim ve sivil hakimi ayrı düşünmemiş, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi açısından en küçük ayırımı yol açacak düzenlemeye izin vermemiştir. Anayasa'nın 138, 139, 140, 145, 156/4, 157/5, maddeleri ile As. CK'nın 112. ve askeri hakimler ile askeri savcılar hakkında soruşturma usulünü düzenleyen 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 23 ve devamı maddeleri yargı bağımsızlığını ve yargıç güvencesini koruyan hükümlerdir. Bu nedenle 357 sayılı Kanun'un 18/1. maddesi ile 926 sayılı Kanun'a yapılan atıf, ancak hakimlik mesleğinin gereklerine, yargıç güvencesi ilkelelerine aykırı olmadığı sürece uygulanabilir. Anayasa Mahkemesi'nin 10.1.1974 tarih ve E. 1972/49-K. 1974/1 (RG, 24.6.1974) sayılı kararında bu durum ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi, askeri hakimlerin kadrosuzluk nedeniyle yaş haddinden önce emekliye sevklerine olanak sağlayan 357 sayılı Kanun'un 21. maddesindeki "kadrosuzluk" ibaresini iptal ederek aynı uygulamayı sürdürmüştür (AYM, 14.12.1998 tarih ve E. 1998/39-K. 1999/78, sayılı kararı). (RG. 11.5.1999 tarih ve 23692 sayılı). Bir askeri hakim rızası olmadan kuvvetini değiştirmek yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ile bağdaşmaz. Aksinin kabulü kuvvet değişikliğinin yanı sıra sınıf değişikliğine de olanak tanır. Davacının yaptığı yargısal faaliyetlerin tesis edilen idari işlemle bağlantısının araştırılması cihetine gidilmesine, davacı askeri hakim istemi olmadığı sürece kuvvetinin değiştirilmesine yasal olanak bulunmadığından, gerek görülmemiştir." şeklinde özetlenebilecek bir gerekçeyle iptal etmiştir.

“Harp veya bir milletin varlığını tehdit eden genel bir tehlike halinde her yüksek akit taraf ancak, durumun zorunlu kıldığı oranda ve devletler hukukundan doğan diğer yükümlülüklerle çelişki teşkil eylememek koşuluyla, iş bu Sözleşme’de belirtilen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla savaş hali ve olağanüstü haller dışında, asker kişilerin veya askeri mahkemede yargılananların da adil yargılanma hakkına sahip olduklarını kabul etmek gerekir. Öğretide bu görüş hakimdir.³¹

Bu nedenle, yerel askeri mahkemelerde görevli askeri hakimlerle ilgili güvence eksiklikleri giderilmelidir. Bu bağlamda atama, sicil ve disiplin kovuşturması başlıkları altında toplanabilecek olan özlük haklarının, askeri yüksek yargı organlarından oluşturulacak bağımsız bir kurul eliyle yürütülmesi uygun olacaktır.

2. Disiplin Mahkemelerinin Kuruluşu

Disiplin mahkemesi; tugay ve daha büyük (Deniz ve Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel ve Sahil Güvenlik Komutanlığı’nda eşiti) kıt’a karargah ve askeri kurumlar ile Milli Savunma Bakanlığı teşkilatında kurulur. Sahil Güvenlik Komutanı’nın, Jandarma Genel Komutanı’nın, Kuvvet Komutanları’nın ve Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarı’nın göstereceği lüzum üzerine veya doğrudan doğruya Genelkurmay Başkanlığı’nca, diğer komutanlıklar, karargahlar veya askeri kurum amirlikleri teşkilatında da disiplin mahkemesi kurulabilir (477 sayılı Kanun m. 1).

Disiplin mahkemeleri biri başkan, ikisi üye olmak üzere üç subaydan kurulmaktadır. Astsubay, erbaş ve erlerin yargılanmalarında, üyelerden biri astsubaylardan seçilir(m. 2).

Başkan ve üyeler ile bunların yedekleri, nezdinde disiplin mahkemesi kurulan komutan veya askeri kurum amiri tarafından her yılın Aralık ayında bu mahkemenin yetkisine giren birliklerdeki subay ve astsubaylar arasından değiştirilmemek üzere bir yıl için seçilirler(m. 3).

Bu hükümlerden de anlaşıldığı üzere, disiplin mahkemesi başkan ve üyeleri subay statüsündedirler; özlük hakları bakımından 926 sayılı TSK Personel Kanunu’na tabi olup herhangi bir teminatları yoktur. Bağımsızlık ve hakim teminatı bakımından askeri mahkemede görev yapan subay üye için söylenenler, bu mahkemede görev yapan başkan ve üyeler için de ge-

³¹ N. Centel, “Türk Hukukunda Askeri Yargıda Görev Yapan Hakimlerin Hukuki Statüsü”, *Askeri Yargıtay’ın 90. Kuruluş Yılı Sempozyumu*, s. 104-122.

çerlidir. Disiplin mahkemesi başkan ve üyeleri tamamen idarenin emrinde olup hiçbir güvenceye sahip değildir.

Diğer taraftan, duruşmanın yürütülmesi ve usul hükümlerinin yerinde uygulanması, yapılan işlemlerin tutanağa bağlanması, delillerin değerlendirilmesi, hüküm kurulması ve cezanın tayini hukuk bilgisi ve deneyimine ihtiyaç göstermektedir. Subay statüsünde bulunan başkan ve üyelerin askeri disiplin hakkında bilgi sahibi oldukları muhakkak olmakla birlikte, yeterli Ceza ve Ceza Usul Hukuku bilgi ve deneyimine sahip olmadıkları da bilinen bir gerçektir. Duruşma tutanaklarının usulüne uygun olarak düzenlenmemesi, eylemin yanlış nitelendirilmesi, savunmaya yeterli zaman ve imkan tanınmaması, ek savunma hakkı verilmemesi, sanığın lehindeki delillerin toplanması ve zamanaşımı kurallarına uyulmaması, hükmün gerekçesinin yetersiz olması gibi pek çok konuda hata yapıldığı yazılı emre konu olan dava dosyalarında sıkça görülmektedir. Bu tür hataların çokluğu, adalete ve disiplin mahkemelerinin güvenilirliğine gölge düşürmektedir. Ayrıca yapılacak bir başvuru sonunda disiplin mahkemelerinin bağımsız olmadığı ve Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yapılacak bir değerlendirme, bazı art niyetli kişilerce Silahlı Kuvvetler'imiz aleyhine kullanılacaktır.

Bu nedenle disiplin mahkemelerinin yapısında da değişiklik yapılması, yargı bağımsızlığı ve adil yargılanma hakkı bakımından zorunludur.

D. Komutanın Tutuklamaya İlişkin Yetkileri

1. Komutan sanık hakkında hazırlık soruşturması açılması istemiyle suç dosyasını askeri savcıya gönderirken, sanığın tutuklanmasını isterse bu husustaki istemini de bildirir. Komutanın hazırlık soruşturması emriyle birlikte tutuklama isteminde bulunması şart değildir; hazırlık soruşturması devam ederken de istemde bulunması mümkündür. Soruşturma emrinin verilmesinden sonra edinmiş olduğu bilgiler doğrultusunda sanığın tutuklanması gerektiği sonucuna varabilir. Bu takdirde gerekçesi ile birlikte sanığın tutuklanması istemini askeri savcıya bildirir. Askeri savcı bu düşünceye iştirak etsin veya etmesin, komutanın istemini askeri mahkemeye intikal ettirmekle yükümlüdür. Askeri mahkeme de bu hususta bir karar vermek zorundadır (m. 70/2).

Tutuklamaya karar vermek yetkisi mahkemeye ait olduğu gibi, tutuklama müzakeresinin kaldırılmasına karar vermek yetkisi de mahkemeye aittir. Bunun tek istisnası askeri savcının kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesidir.

2. Komutan, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz edebileceği gibi, tutuklama ve tutukluluk halinin devamına dair kararlara da itiraz etme yetkisine sahiptir (m. 74, 75/2).

3. Tutukluluk halinin devamı konusunda görüş bildirmek.

353 sayılı Kanun'un 78. maddesine göre; Askeri savcı sanık hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına karar verirse, tutukluluk müzekkeresi hükümsüz kalır ve bu takdirde askeri savcı sanığın derhal salıverilmesini sağlar.

Askeri savcı soruşturmanın niteliğine göre tutukluluk halinin devamına lüzum görmezse, nezdinde askeri mahkeme kurulan kıta komutanının veya askeri kurum amirinin uygun mütalaası üzerine de sanığı serbest bırakabilir. Uygulamada, bu yola daha çok sanığın disiplin nedeniyle tutuklanması, fakat soruşturmanın uzun sürme ihtimalinin bulunduğu hallerde başvurulmaktadır.

Burada komutan ve askeri savcı birlikte hareket ederek mahkemeye ait olan bir yetkiyi kullanmaktadırlar. Komutan uygun mütalaa vermediği sürece askeri savcının, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermeden sanığı salıvermesi mümkün değildir. Maddede her ne kadar kanun komutanın uygun mütalaasından söz etmekte ise de, komutan uygun bulmadıkça askeri savcının tutuklu sanığı serbest bırakması mümkün olmadığından komutanın bu yetkisi, basit bir görüş bildirme olarak kabul edilemez. Bu nedenle komutanın bu son yetkisi de hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

V. ADİL YARGILANMA HAKKI VE ASKERİ YARGI

1. Genel Olarak

Anayasa'nın 36. maddesine göre herkes adil yargılanma hakkına sahiptir. Bu hak Anayasa'mıza 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la girmiştir.³²

İlkeleri ilk kez 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanname'siyle kabul edilen "*Adil Yargılanma Hakkı*", 3 Eylül 1952 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

³² Bu Kanun 17.10.2001 tarih ve 24556 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

Bu maddenin birinci fıkrasında; mahkemelerin yasayla kurulmuş olması, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlerin tarafsızlığı gibi yargılama organlarının nitelikleri ortaya konulmuştur. Ayrıca yargılamanın dürüst ve açık olması ile makul bir sürede sonuçlandırılması gibi, yargılamanın işleyişine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Birinci fıkranın ikinci cümlesinde duruşmanın açık olarak yapılmasının istisnaları gösterilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında suçsuzluk karinesi yer almaktadır. 3. fıkrada ise beş bent halinde sanığa tanınan hakların başlıcaları sayılmıştır. Bunlar: İsnadı öğrenme, bizzat veya müdafii eliyle savunma, savunmayı hazırlamak için yeterli zaman ve imkana sahip olma, iddia tanıklarının sorguya çekme ve savunma tanıklarının dinlenilmesinin sağlanılmasını isteme ile bir tercümanın yardımından ücretsiz yararlanma haklarıdır.

Doktrin ve mahkeme kararları Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hakkaniyete uygun yargılama açısından beş temel ilkeyi daha geliştirmiştir. Silahlarda eşitlik ilkesi, hakim önünde sorguya çekilme hakkı, usuli işlem yapılırken hazır bulunma hakkı, delillerin ikame edilmesi ve değerlendirilmesiyle ilgili haklar, hükmün gerekçeli olmasına ilişkin haklar. Bunlardan başka silahların eşitliği ilkesinden hareketle doktrin ve mahkeme kararlarıyla bir ilke daha geliştirilmiştir. Bu ilke, sanığın devlet tarafından gözetilmesi ilkesidir.

Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun'la onaylamıştır. Onay belgesinin, 18.5.1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne verilmesiyle Sözleşme Türkiye açısından yürürlüğe girerek iç hukukumuzda yerini almış, böylece uygulanması zorunlu hale gelmiştir.

Adil yargılanma hakkı, Sözleşme'nin insan hakları ihlalleri bakımından kurduğu denetim mekanizması³³ ile güvence altına alınmıştır. Sözleşme'nin getirdiği en önemli güvence, İnsan Hakları Mahkemesi'ne "*bireysel başvuru hakkı*"nın tanınmasıdır. Türkiye bireysel başvuru hakkını 28.1.1987 tarihinden geçerli olmak üzere kabul etmiş ve 22.1.1990 tarihinden itibaren de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini tanımıştır.

³³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Sözleşme'de güvence altına alınan hakların bir üye devlet tarafından ihlal edildiğini düşünen bir devletin bu devlete karşı yapabileceği devlet başvurusu ile kişiler ve resmi olmayan örgütlerce yapılabilen kişisel başvuru şeklinde ikili bir başvuruyu kabul etmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Durmuş Tezcan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002 s. 34-38. Ş. Gözübüyük - F. Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 14, 33 vd.

2. Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı

Adil yargılanma ilkesi cezai alanda hangi yargı yerlerinde ve ne zaman geçerlidir? Belirli bir kategorideki suçlardan dolayı yargılama söz konusu iken bu hak göz ardı edilebilir mi? Yahut belirli suçları işleyen sanıklar yargılanırken söz konusu güvenceler gözetilmeyebilir mi? Örneğin; “*askeri suçlarda adil yargılanma hakkına ilişkin ilkeler uygulanmaz*” şeklinde bir düzenleme yapılabilir mi Devletin böyle bir kural koyması halinde usul hukuku açısından müeyyidesi nedir? Bu sorulara verilecek cevabı sözleşmenin hükümlerinden çıkarabiliriz.

Sözleşmeye göre, bir ülkede mahkemelerin türü ve derecesi ne olursa olsun ilgililerin her mahkemede ve derecede adil yargılanma hakkından yararlandırılması yükümlülüğü vardır. Bu bağlamda ülkemizde adli, idari ve askeri yargı yerlerinde yapılan yargılamalarda, ilk ve üst derece mahkemelerinde ilgililerin Sözleşme’nin 6. maddesinin sağladığı güvencelerden yararlandırılması gerekir.³⁴

Nitekim, Sözleşme’de yalnızca “*sanık*”tan söz edilmiş, suç ve kişi ayırımı yapılmamıştır. Anayasa’da da kişi, suç ve yargı yeri ayırımı yapılmaksızın, herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir (m. 36/1).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarında, devletin, belli bir kategorideki suçların tümünü, “*az önemli suç*” olarak niteleyerek sözleşmenin sağladığı garantilerin dışında tutmak hakkına sahip olduğu kabul edilerek yapılacak bir düzenlemenin 6. maddenin anlam ve amacına aykırı olduğunu belirtmiştir.³⁵

Öte yandan, 6. maddenin 3. fıkrasındaki haklar yalnız sanığa tanınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre sanık kavramının, iç hukuktaki anlamıyla değil, sözleşmenin bütünü açısından otonom bir kavram olarak yorumlanması ve anlaşılması gerekir.³⁶ Dolayısıyla ceza iddiası ve sanık kavramları şekli açıdan değil, içerik göz önünde tutularak yorumlanır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sanık kavramını açıklarken “*yetkili bir makam tarafından sanığa yapılan ve suç işlediği konusunda muaheze içeren resmi bildirim veya açıklama*” ölçütünü kullanmıştır. Şu halde böyle bir iddiaya muhatap olan, ceza tehdidi altında bulunan kimse “*sanık*”tır.

³⁴ D. Tezcan, *a.g.e.*, s. 225 ; Ş. Gözübüyük - F. Gölcüklü, *a.g.e.*, 269-276.

³⁵ Schroeder - Yenisey - Peukert, *a.g.e.*, s. 26.

³⁶ Schroeder - Yenisey - Peukert, *Ceza Muhakemesinde “Fair Trial” İlkesi*, İstanbul 1999, s. 22.

Askeri yargı, Anayasa'nın 145. maddesinde "Askeri yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür." şeklinde açıklandıktan sonra, bu mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Bu maddeye göre askeri mahkemeler, asker kişilerin; askeri olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askeri mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.

Askeri mahkemeler, asker olmayan kişilerin Askeri Ceza Kanunu'nda belirtilen askeri suçları ile nöbet, devriye ve karakol görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askeri mahallerde askerlere karşı işledikleri Askeri Ceza Kanunu Ek madde 6'da sayılan suçlara da bakmakla görevlidirler. Savaş halinde askeri mahkemelerin görev alanı suç ve sanık açısından daha da genişlemektedir (353/14).

Disiplin mahkemelerinin görevi ise, 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'un 7. maddesinde; "asker kişilerin bu kanunda yazılı suçlarına ait davalara" bakmak olarak belirtilmiştir.

Askeri suçlar askeri cürüm ve askeri kabahatler olmak üzere iki tür olup Askeri Ceza Kanunu'nun ölüm, ağır hapis ve hapis cezası ile cezalandırdığı suçlar askeri cürüm, kısa hapis cezasıyla cezalandırdığı fiiller de askeri kabahat olarak nitelendirilmiştir. 477 sayılı Kanun'da yazılı disiplin suçları ise oda ve göz hapsi cezasını gerektirmektedir. Bu cezaların yerine getirilmeleri özellik arz etmekle birlikte, kişi hürriyetini kısıtlaması ve hükümlü aleyhine sonuç doğurması bakımından hürriyeti bağlayıcı cezalarla benzerlik taşımaktadır. Dolayısıyla kendisine askeri cürüm veya disiplin suçu isnadı yapılan kimse Sözleşmeye göre "sanık"tır. O halde sözleşme hükümleri bu kişiler hakkında ve bu yargı yerlerinde de uygulanmalıdır. Bir başka ifadeyle, askeri mahkemede veya disiplin mahkemesinde yargılanmış olan bir kimse, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkına sahiptir ve böyle bir başvuru Mahkeme'nin yargı yetkisine girmesi sebebiyle kabul edilebilir niteliktedir.

Sonuç olarak askeri mahkemelerle disiplin mahkemelerinin hürriyeti bağlayıcı ceza içeren mahkumiyet kararları verebildikleri ve askeri mahkemelerin savaş hali dışında asker olmayan kişileri de yargulamalarının mümkün bulunduğu göz önüne alındığında, askeri suçların da 6. madde kapsamına girdiğini, adil yargılanma hakkının askeri suçlar, asker kişiler

için ve askeri yargı yeri bakımından da tanınmasında zorunluluk bulunduğunu kabul etmek gerekir.

3. Asker Olmayan Kişilerin Askeri Mahkemede Yargılanmaları

Asker olmayan kişilerin, Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan askeri suçlardan (As. C. K. Ek m. 6) dolayı askeri mahkemelerde yargılanmaları kabul edilmiştir. Ayrıca, Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı bir suçun asker kişilerle, asker olmayan kişiler tarafından iştirak halinde işlenmesi durumunda da, bu suça ilişkin davaya askeri mahkemede bakılması gerekmektedir. Bunun yanında, sıkıyönetim halinde, Sıkıyönetim Askeri Mahkemeleri de, asker olmayan kişileri yargılayabilmektedirler (353/11, 12)

Askeri suça iştirak edenlerin ve Askeri Ceza Kanunu'ndaki suçlardan birini işleyenlerin bu Kanun'a göre cezalandırılmaları gerektiğinde şüphe yoktur. Ancak genel yargı mercilerinin bu kanunu uygulamaları bazı suçlar için -As. CK'nın 192. maddesinde; Askeri Ceza Kanunu'nun 75, 78, 79/c-2. ve askeri eşyayı satın almak, rehin olarak kabul etmek ve gizlemek fiillerine dair 131. maddede yazılı suçların asker olmayan kişiler tarafından işlenmesi halinde genel yargı organlarının bu kanun hükümlerini uygulayacakları hüküm altına alınmıştır.- kabul edildiğine göre, diğer suçlar bakımından da adli yargı içinde yer alan ceza mahkemelerinin görevlendirilmesinde kanımızca bir sakınca bulunmamaktadır. Bu günkü uygulamaya bakılacak olursa bu kişilerin barış zamanında askeri mahkemede yargılanmalarının sebebini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne anlatmak da mümkün görülmemektedir. Ayrıca mevcut düzenlemeye göre sivil kişilerin askeri yargıya tabi olmasının ölçüsü, işlenen suçun "askeri suç" olmasıdır. Ne var ki nöbetçiyi tehdit etmek, hakaret etmek, müessir fiilde ve mukavemette bulunmak askeri suç sayılmış iken, nöbetçiyi kasten öldürmek, silahını gasp etmek askeri suç sayılmamıştır. Bu durumda daha ağır suçu işleyen adliye mahkemesinde yargılanırken, suçu daha hafif olan askeri mahkemede yargılanacaktır. Bunun sebebini açıklamak mümkün olmadığı gibi, bu düzenleme tabii hakim ilkesine de aykırıdır.

Bu nedenle, 353 sayılı Kanun'un 10, 11 ve 12. maddeleri değiştirilerek asker olmayan kişilerin, asker kişilere karşı işlemiş oldukları suçlardan dolayı tabii hakim ilkesine uygun olarak adliye mahkemelerinde yargılanmalarını sağlayacak şekilde yasal düzenleme yapılmalıdır. Bu yapılırken Askeri Ceza Kanunu'nun Ek 6. maddesi de yürürlükten kaldırılmalıdır.

VI. SANIĞA TANINAN HAKLAR

1. Genel Olarak

Sözleşme'nin 6/3 maddesinde sadece son soruşturma aşamasındaki sanık için geçerli olan beş ayrı hak yer almıştır. Adil yargılanma hakkından bahsederken açıklandığı gibi bunlar; isnadı öğrenme hakkı, bizzat veya müdafii eliyle savunma hakkı, savunmayı hazırlamak için yeterli zaman ve imkana sahip olma hakkı, tanıklara soru sormak ve savunma tanıklarının dinlenilmelerinin sağlanılmasını istemek hakkı ve bir tercümanın yardımından ücretsiz yararlanmak hakkıdır.

2. Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nda Sanığa Tanınan Haklar

Askerlik mesleğinin özelliği nedeniyle mahkemelerin kuruluşu, komutanın yetkileri, arama gibi müesseseler ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun getirdiği yeni kurumlar ayırık tutulacak olursa, muhakemenin yürütülmesi bakımından 353 sayılı Kanun'la CMUK ve CMK arasında büyük bir fark yoktur. Duruşmanın açıklığı, duruşmanın başlaması, delillerin ikamesi ve tartışılması, iddia ve savunmanın yapılması, en son sözün sanığa verilmesi, hükümlerin gerekçeli olması gibi kurallar her iki yargı sisteminde de benzerlik göstermektedir.

Savunma hakkına ilişkin olarak konulan kurallar, örneğin yokluğunda ikame edilen delillerin sonradan gelen sanığa bildirileceğine (353 sayılı Kanun 147, CMUK. 237), ikame olunan delillere karşı diyeceğinin sanıktan sorulması gerektiğine (353 sayılı Kanun 159, CMUK 250, CMK 215), iddia ve savunmanın belirli bir sıra ve disiplin içinde yapılacağına ve son sözün sanığa ait olacağına (353 sayılı Kanun 160, CMUK 251, CMK 216), suçun hukuki niteliğinin değişmesi halinde sanığa ek savunma hakkı verileceğine (353 sayılı Kanun 166, CMUK 258, CMK 226) ilişkin hükümler her iki yargı sisteminde de benzer şekilde düzenlenmiştir. Savunma hakkının kısıtlanması da aynı müeyyideye bağlanmıştır; bu durum kanuna mutlak aykırılık kabul edilerek bozma sebebi sayılmıştır (353 sayılı Kanun m. 207/H, CMUK m. 308/8, CMK 289).

3. İsnadı Öğrenme Hakkı

a. Kapsamı

Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendine göre, her sanık *"kendisine yönelik isnadın nitelik ve nedeninden en kısa bir zamanda, anladığı dille ve etraflı bir surette haberdar edilmek"* hakkına sahiptir.

Doktrinde, isnadı öğrenme hakkının savunma hakkından bağımsız ayrı bir hak olduğu kabul edilmektedir.³⁷ Buna karşılık, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na göre Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendinde yer alan bu hakkın "müstakil" bir anlamı yoktur. Gerçekten de savunma, ancak bir isnada karşı yapılabilir. Bir başka ifadeyle bir suç isnadı yoksa savunmanın da anlamı yoktur. Şu halde, savunma hakkı bakımından isnat önem taşımaktadır. Isnadı yeterince bilmeyen sanığın gereği gibi savunma yapması mümkün değildir. Şu halde isnadı öğrenme hakkı ister müstakil bir hak kabul edilsin ister savunma hakkına bağlı olsun, sonuçta bir haktır ve savunma isnada göre önem kazanır. Bu itibarla isnadın türü ve sebebinin sanığa bildirilmesi gerekir. Buna karşılık ilk haber vermede delillerin bildirilmesi zorunluluğu yoktur.³⁸ Bu hakkın soruşturmanın hangi aşamasında tanınacağı tartışmalıdır. Isnadın şüpheliye gerektiğinden önce bildirilmesinin onun aleyhine sonuç doğurabileceği ileri sürülmüştür.³⁹ Keza, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecekse isnadın bildirilmesinin, hazırlık soruşturması sonuna kadar geciktirilebileceği ifade edilmiştir.⁴⁰

Bir başka görüşe göre, bununla savunmanın hazırlanmasına imkan verme amacı güdüldüğünden isnadın, kovuşturmaya geçildiği an, hiç olmazsa sanığın sorgu için hakim önüne çıkarıldığı an bildirilmesi gerekir.⁴¹

Kanaatimizce, bir kimseye ancak deliller yeterince toplandıktan sonra suç isnadında bulunulabilir. Delillerin yeterince toplanmasından maksat, kamu davası açılmasını haklı gösterecek delillerin elde edilmiş olmasıdır. Ancak kamu davası açılmasını haklı gösterecek delillerin toplanmış olması mutlaka isnadın sanığa bildirilmesini gerektirmez. Bu aşamada toplanabilecek deliller var ve delillerin karartılması ihtimali mevcut ise, isnadın bildirilmesi geciktirilebilir. Bu geciktirme, deliller toplanıncaya kadar sanığın sorguya çekilmemesi suretiyle sağlanabilir. Şunu da belirtelim ki sanığın sorguya çekilmesinin geciktirilmesi, lehindeki delillerin kaybolmasına yol açmamalıdır. Isnadın sorgudan hemen önce bildirilmesi yeterlidir. Keza yakalanan sanığın da kanunda belirtilen süre içinde hakim önüne çıkarılıp sorguya çekilmesi zorunludur. Özellikle ağır cezalı suçlarda evvelce

³⁷ F - C. Schroeder (Tercüme F. Yenisey), *Avrupa Birliği Sürecinde Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları*, C. VI. 1 İstanbul 2002, s. 17.

³⁸ F - C. Schroeder (Tercüme F. Yenisey), *Avrupa Birliği Sürecinde Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları*, C. VI. 1 İstanbul 2002, s. 18.

³⁹ F. Yenisey, "Sanığın Isnadı Öğrenme Hakkı", *As. Yargıtay Dergisi Özel Sayı: 2003*, s. 15.

⁴⁰ F. Yenisey, *a.g.e.*, s. 15.

⁴¹ A. Ş. Gözübüyük - A. F. Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 2003, s. 300.

ifadesi alınmış bile olsa, sanığın askeri savcı tarafından sorguya çekilmesi şarttır (m. 83/3). Her ne kadar askeri savcı tarafından sorguya çekilmemiş olmak, duruşma sırasında savunması için zaman ve imkan tanınmış olmak kaydıyla, savunma hakkının kısıtlanmasına sebebiyet vermezse de, sanık, askeri savcı tarafından sorguya çekildiği takdirde kamu davası açılmaya çağını, bu yüzden manevi bir zarara uğradığını ileri sürebilir. Bu şekilde sorgu yapılmadan açılan davanın beraat kararıyla sonuçlanması halinde bu iddia pekala yerinde görülebilir.

İsnadın bildirilmesi, sanığın kendisine isnat olunan suçtu anlayacak şekilde açık olmalıdır. Sanık yargılandığı mahkemenin dilini anlamıyorsa kural olarak, iddianamenin yazılı olarak tercüme edilmesi gerekir. Tercüman bulunması bu aşamada gerekmez. İstisnai hallerde, suçlamanın basit ve karmaşık olmadığı durumlarda sözlü tercüme ile yetinilebilir.⁴² Ancak bu hak, sanığa, dosyanın bütünüyle tercüme edilmesi hakkını vermez.

Suç isnadının bildirilmesi, suçlamanın sebebi ve eylemin hukuki nitelendirmesini içereceğinden iddianamelerin düzenlenmesini ve tebliğini yakından ilgilendirmektedir.

b. İddianamenin Düzenlenmesi

CMUK 163. maddesinin ikinci fıkrasında; iddianamede “*isnat edilen suçun neden ibaret olduğu, suçun kanuni unsurlarıyla, uygulanması gereken kanun maddeleri ve deliller*”in gösterileceği hüküm altına alınmıştı. Ayrıca “*asliye ve ağır ceza mahkemelerine ait işlerde hazırlık tahkikatının verdiği esaslı neticelerin*” de iddianameye yazılacağı belirtilmişti. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu iddianamede gösterilmesi gereken hususları 170. maddenin 3. fıkrasında 11 bent halinde belirtmiştir.

Bu kural 353 sayılı Kanun’un 115. maddesinde bize göre CMUK’dan daha açık bir şekilde ifade edilmiş olmakla beraber yeni düzenleme yapılırken, CMK m. 170 göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü, iddianamede bulunması gereken hususlar, isnadın bildirilmesini ve savunma hakkını yakından ilgilendirmektedir.

c. İddianamenin Tebliği

İddianamenin tebliğine ilişkin hükümler her iki yargı sisteminde de aynıdır. Bu konu, CMUK 208’de: “*İddianame, davetiye ile birlikte mahkemece*

⁴² F. Yenisey, *a.g.e.*, s. 16.

sanığa tebliğ olunur.”; CMK 176/1’ de; “İddianame çağrı kağıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunur.”; 353 sayılı Kanun 118’ de ise: “İddianame sanığa davetiye ile birlikte verilir.” şeklinde düzenlenmiştir. CMK da tutuklu olmayan ve tutuklu sanığın çağrılması ve iddianamenin tebliği için çıkarılacak çağrı kağıdına yazılacak hususlar ayrıca belirtilmiştir (m. 176/2, 3).

Hazırlık soruşturmasında sanığın müdafii olsa bile iddianamenin sanığa tebliği gerekir. Müdafie yapılacak bir tebliğin bu aşamada hiçbir önemi yoktur; geçersiz, yok hükmünde bir tebligattır.

Uygulamada; İddianamenin tebliğinde asker kişiler ve asker olmayan kişiler yönünden farklı yollar izlenmektedir.

Asker olmayan kişilere iddianame, davetiye ile birlikte gönderilmekte, ivedi hallerde ise zabıta aracılığıyla tebliğ edilmektedir.

Asker kişiler duruşmaya emirle getirildiklerinden (353 sayılı Kanun m. 81), iddianame, bu kişilerin görevli buldukları birlik komutanlıklarına, iddianamenin tebliğini isteyen bir yazıyla gönderilmekte ve ayrıca asker kişinin bulunduğu yer genel ceza mahkemesine yazılan bir talimat da bu yazıya eklenerek sanığın ilgili ceza mahkemesine sevk edilmesi istenmektedir.

120. maddede yazılı süreye uyulmaması halinde 353 sayılı Kanun’un 130. maddesindeki duruşmaya ara verilmesini istemeye hakkı olduğunun sanığa hatırlatılmamasını Askeri Yargıtay bozma sebebi saydığından, askeri mahkemelerce istinabe mahkemesine yazılan talimatta, 353 sayılı Kanun’un 120. maddesinde yazılı bir haftalık süreye uyulmamış olması halinde bu hakkın sanığa hatırlatılması gerektiği belirtilmektedir. Birlik komutanları erbaş ve er statüsünde olan sanıkları da istinabe olunan adliye mahkemesine bir görevli ile birlikte sevk etmektedir. İddianamenin tebliğine ilişkin belge talimata eklenmediğinden, veya tebliği unutulduğundan koruyucu sürenin geçip geçmediği istinabe olunan mahkemece bilinmemekte ve iddianamenin okunmak suretiyle tebliği yoluna başvurulmaktadır. Sorgudan önce sanığa CMUK 135 ve 138. maddelerdeki hakları hatırlatılmakta, sanığın avukat istemediğini, savunmasını kendisinin yapacağını söylemesi üzerine, koruyucu süreye uyulmamış olması sebebiyle duruşmaya ara verilmesini istemeye hakkı olduğu hususu hatırlatılmadan, sorgusuna geçilmektedir. Askeri mahkemelerle Adliye mahkemelerinin bu konudaki farklı uygulamaları, istinabe olunan mahkeme kendisine yazılan talimatla bağlı olmasına rağmen, konu usul kurallarının uygulanmasına ilişkin olduğundan, mahkemeler arasında gereksiz yazışmalara neden olmakta, mahkemelerin birbirlerinin yargısal işlemlerini denetlemek gibi bir durum ortaya çıkmaktadır.

Bu nedenle aynı usul kuralının, Yargıtay ve Askeri Yargıtay tarafından farklı uygulamaya neden olmayacak şekilde yorumlanıp uygulanmasını temenni ediyoruz.

Bunun dışında, tebellüğ belgesine, iddianamenin tarih ve sayısı yerine üst yazının tarih ve sayısı yazıldığı da görülmektedir. Böyle bir durumda sanık iddianamenin tebliğ edildiğini kabul etmezse, yapılan bu tebligat geçersizdir.

Bazen tebellüğ belgesine tebliğ tarihinin yazılması unutulması sebebiyle bir haftalık sürenin hesabında tereddütler yaşanmaktadır. Bu durumda tebliğin yapıldığı tarihin, birlik komutanlığının gönderme yazının tarihine göre belirlenmesi mümkün ise de bu hem zaman kaybına yol açmakta hem de ekonomik değildir. Tebliğ tarihinin başka türlü tespiti mümkün olmazsa, sanığın beyan ettiği tarih tebliğ tarihi olarak kabul edilmelidir.

d. Tebliğnamenin Tebliği

CMUK'un 316. maddesine 4778 sayılı Kanun'la eklenen 3. fıkra ile Yargıtay Başsavcılığı'nca düzenlenen tebliğnamelerin, *"hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi halinde sanık veya müdafii ile müdahil, şahsi davacı veya vekillerine dairesince tebliğ olunur. İlgili taraf tebliğden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevap verebilir."*⁴³ hükmü getirilmek suretiyle tebliğ mecburiyeti getirilmiştir. Bu hüküm Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 297. maddenin 3. fıkrasına aynen alınmıştır.⁴⁴ Şu halde tebliğname sanığa ve müdafiiine;

- Hüküm sanık veya müdafii tarafından temyiz edilmiş ise,
- Tebliğname sanık aleyhine görüş içeriyorsa mutlaka tebliğ edilecektir.

Tebliğatin geçerli olması için, ilgililerin dava dosyasından belirlenecek en son adresine yapılması şart ve yeterlidir. Ancak daha önce tebligat yapılmış olan kimse bu adresini değiştirmiş ise adres değişikliğini bildirmiş olması kaydıyla yeni adresine tebligat çıkarılır. Aksi takdirde daha önce tebligat yapılmış olan adrese tebligat çıkarılması yeterlidir (CMUK m. 316/4829 sayılı K. Ek fıkra 4. CMK 297/4). Çünkü, kendisine veya adresine

⁴³ 4778 sayılı Kanun 11.1.2003 tarih ve 24990 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁴⁴ CMK madde 297 (3) şöyledir: "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca düzenlenen tebliğname, hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi halinde sanık veya müdafii ile katılan veya vekillerine ilgili dairesince tebliğ olunur. İlgili taraf tebliğden itibaren bir hafta içinde yazılı olarak cevap verebilir."

kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan kimse, adresini değiştirirse, yenisini mahkemeye bildirmeye mecburdur. Adresini değiştiren kimse yenisini bildirmediği ve yeni adres tebliğ memuru tarafından tespit edilemediği takdirde, tebliğnamenin bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi tebliğ tarihi sayılır. Bundan sonra eski adrese çıkarılan tebliğler muhataba yapılmış sayılır (7201 sayılı Tebligat Kanunu m. 35/1-3 (4829 sayılı Kanun'la ek).

Temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması halinde, tebliğname sanık veya müdafisine adres eksikliği veya başka nedenlerle tebliğ edilememiş ise, bunların duruşmaya gelmeleri halinde huzurda tebliği mümkündür. Müdafî bu durumda tebliğnameye karşı diyeceklerini bildirmek için süre isterse duruşmaya ara verilmelidir. Süre verilmemesi Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali sonucunu doğurur.

Burada sanık aleyhine görüş içeren tebliğnamenin yeni bir isnat getirdiği muhakkaktır. Hükümden farklı bir görüş içermeyen tebliğnamenin hükümü temyiz eden sanığa tebliği ise *"silahların eşitliği"* ilkesinin gereğidir.

Hüküm yalnız sanık tarafından temyiz edilmiş ve müdafî temyiz yoluna başvurmamış olsa bile, tebliğnamenin sanığa tebliğ edilmesi gerektiği gibi, ayrıca müdafî de tebligat çıkarılması gerekir. Hüküm yalnızca müdafî tarafından temyiz edilmiş olsa da müdafiden başka, sanığa da tebligat çıkarılması, tebliğnamenin hem sanığa hem de müdafî tebliği şarttır. Hükümün yalnızca bunlardan birine tebliği ile yetinilmesi, duruma göre sanığın kendi kendini savunmak yada müdafîin yardımından yararlanmak hakkının ihlali anlamına gelir ve savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur.

Tebliğnamenin sanık ve müdafîine tebliğine ilişkin CMUK'da ve CMK'da yapılan düzenleme, her nedense 353 sayılı Kanun'da yapılmamıştır. Buna rağmen Askeri Yargıtay'da uygulama, tebliğnamede -sanık aleyhine yada lehine olsun- hükümden farklı bir görüş bildirilmiş ise tebliğnamenin sanığa ve varsa müdafîine tebliğ edilmesi şeklindedir. Bu uygulama yerinde olmakla beraber, Sözleşmeye uygun hareket edilmiş olması açısından yeterli değildir. Çünkü, *"Silahların Eşitliği"* ilkesi bakımından tebliğnamenin, temyiz davasının taraflarına tebliği zorunludur.

Sanıktan başka, müdahilin ve şahsi davacının da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurma hakkına sahip oldukları gözden irak tutulmamalıdır. Bu nedenle 353 sayılı Kanun gözden geçirilirken bu konu düzenlenmeli ve CMK m. 297 (3) ile paralellik sağlanmalıdır.

4. Sorgu Hakkı ve Yakalanan Kişin Sorguya Çekilmesi

A. Yasal Düzenleme

1. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndaki Düzenleme

CMUK'un 128. maddesine göre yakalanan şahıs bırakılmazsa, yakalama yerine en yakın sulh hakimine gönderilmesi için zorunlu süre hariç yirmidört saat içinde sulh hakiminin önüne çıkarılır ve sorguya çekilir. Yakalananın talebi halinde müdafî de sorguda hazır bulunabilir.

Yakalamadan ve yakalama süresinin uzatılmasına ilişkin emirden yakalananın bir yakınına veya belirlediği bir kişiye Cumhuriyet Savcısı'nın kararıyla gecikmeksizin haber verilir.

2. Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Düzenleme

CMK'nın 90. maddesinin 4. fıkrasına göre kolluk, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir ve düzenleyeceği soruşturma belgesiyle birlikte hemen Cumhuriyet Savcılığı'na gönderir. CMK'nın 91. maddesine göre de, yakalanan kişi Cumhuriyet Savcılığı'nca serbest bırakılmazsa, gözaltına alınmasına karar verilebilir. Gözaltı süresi yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez. Gözaltına alınanın koşulları maddenin 2. fıkrasında gözaltı süresinin uzatılması sebepleri de 3. fıkarda gösterilmiştir.

Aynı maddenin 6. fıkrasına göre gözaltına alınan kişi bırakılmazsa gözaltı süresinin sonunda sulh ceza hakimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir. Sorguda müdafî de hazır bulunur.

Şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet Savcısı'nın emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir.

Yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkması halinde, durumu, vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna bildirilir (m. 95).

Sanığın sorgusunda uygulanacak kurallar ise CMK m. 147'de sırasıyla belirtilmiştir. Bu maddeye göre sanık yada yakalananın önce kimliği tespit edilecek, sonra kendisine isnat edilen suç anlatılacak, müdafî tayin hakkının bulunduğu, müdafî tayin edebilecek durumda değilse baro tarafından tayin edilecek bir müdafî talep edebileceği ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği ve isnat edilen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenecektir. Şüpheden kurtulması için somut

delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılacak ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınacaktır. Kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alındıktan sonra isnat edilen suçla ilgili sorguya geçilecektir. Düzenlenen tutanakta yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, getirilmemiş ise sebebi yazılacak ve ilgililer tarafından imzalanacaktır.

3. 353 Sayılı Kanun'daki Düzenleme

Asker kişilerin yakalanması 353 sayılı Kanun'un 79. maddesinde, yakalanan kimsenin sorguya çekilmesi ise 80. maddede düzenlenmiştir. Bu maddede 8.6.1972 tarih ve 1596 sayılı ve 22.1.2004 tarih ve 5078 sayılı Kanunlarla değişiklik yapılmış ve askeri mahkeme önüne çıkarılma süresi ile müdafii bulundurma hakkı dışında, CMUK'un 128. maddesi ile paralellik sağlanmıştır.

80. madde hükmüne göre, yakalanan kişinin tutulma yerine en yakın askeri mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç kırk sekiz saat içinde askeri mahkeme önüne çıkarılacaktır. Sanık bu süre içinde askeri mahkeme önüne çıkarılma imkanı olmadığı takdirde sulh hakimine gönderilecektir.

Ancak yakalanan asker kişilerin hakim önüne çıkarılması için öngörülen sürenin, asker olmayan kişiler için ön görülen süreden daha uzun tutulmasının sebebini anlamak mümkün değildir.

Maddede yakalananın sorguya çekileceğine ve müdafii bulundurulabileceğine dair bir hüküm yoktur. Ancak yakalama bir suç isnadına dayandığı cihetle, hakim önüne çıkarılan bir kimsenin sorgusunun yapılması gerektiğinde kuşku yoktur.

Sorguya çekilme ise 83. maddede düzenlenmiştir.

Bu maddede; *"sorgunun başlangıcında sanığa isnat olunan suçun neden ibaret olduğu anlatılır."* hükmüne yer verilerek sanığın isnadı öğrenme hakkı düzenlenmiş olmasına rağmen, susma hakkına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Müdafii yardımından yararlanma hakkından da hiç söz edilmemektedir.

Yakalama CMK'nın 91. ifade ve sorgu usulü de 147. maddeleri ile yeniden düzenlendiğinden, yeni yapılacak askeri yargılama yasasında Ceza Muhakemesi Kanun'un bu hükümleri esas alınmalı ve bunlara uygun hükümlere yer verilmeli veya bu hükümlere atıfta bulunulmalıdır.

B. Sorgunun Mahiyeti

Ceza muhakemesinde ikrarın yani suç işlediğini hakim önünde kabul etmenin delil olma özelliği nedeniyle sanığın sorgusu savunma açısından ayrı bir öneme sahiptir. Doktrinde, sanığın susma hakkının yanında “*sorgu hakkı*”ndan da söz edilmekte ve bu hakkın savunmanın temel unsurlarından biri olduğu belirtilmektedir.⁴⁵

Sorgu, sırf sanık lehine konulmuş, bir usul kuralı değildir. Savunmayı da ilgilendirdiğinden sanık lehine olmakla beraber, maddi gerçeği bulmak için konulmuş, kamusal niteliği ağır basan, emredici nitelikte bir usul kuralıdır. Sorgunun maddede belirtildiği şekilde usulüne uygun olarak yapılması halinde sanığın hangi hakkını kullanacağı, hangi kanıtları sunacağı, savunmasında neler getireceği önceden bilinemeyeceği için, maddede yazılı hakların tümü sanığa hatırlatılmalıdır. Bu hatırlatmanın yapılması, sanığın Devlet tarafından gözetilmesi ilkesinin gereğidir.

C. Sorgunun Usulü

Sorgunun hangi esaslara göre yapılacağı 353 sayılı Kanun’un 83. maddesinde “*Sorgunun Usulü*” başlığı altında düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre isnat, sorguya başlamadan hemen önce bildirilecektir. Sorgu, kamu davası açıldıktan sonra duruşmada iddianameye göre yapılabileceği gibi, yakalanan sanık da sorguya çekilebilir. Bu husus hem 80. maddedeki düzenlemeden, hem de 81 ve 82. madde hükümlerinden anlaşılmaktadır. Burada bildirim yer, zaman ve varsa kişi belirtilmek suretiyle yapılması gerekmektedir. Ancak somut bir isnada karşı savunma yapılabilir.

Sorguya başlamadan önce sanığa isnat olunan suçun neden ibaret olduğunun anlatılacağına ilişkin hüküm, “*sanığın isnadı öğrenme hakkı*”nın bir başka türlü ifade edilmesinden ibarettir.

Maddede, savunma ve adil yargılanma hakkı açısından önem taşıyan bir başka hak, daha “*savunma delillerini bildirme hakkı*”, “*Sorgu, sanığın kendi lehine olup söyleyeceği delillere engel olmamalıdır.*” denilmek suretiyle vurgulanmıştır. Bunun dışında sanığın ilk sorgusunda kimliği ve şahsi halle-

⁴⁵ E. Özgen, “Askeri Yargıtay’ın Delil ve Savunma Hakkı Konularına Bakışı”, *Askeri Yargıtay Dergisi Özel Sayı*: 1994, s. 91; F. C. Schroeder, *Avrupa Birliği Sürecinde Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları*, (Tercüme F. Yenisey), İstanbul 2002, s. 33; As. Y. Drl. Krl. 6.12.2001/117-114

ri hakkında bilgi alınacağı belirtilmiştir. Bu durum duruşmanın başlangıcında sanığın kimliğinin tespiti zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Buna karşılık, CMUK'da 3842 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle ayrıntılı olarak düzenlenen 135. maddede ve CMK m. 147/1e'de ifade edilen susma hakkı, müdafî tayin ve sorgu sırasında müdafî bulundurma hakları konusunda maddede hiçbir hükme yer verilmediği gibi 353 sayılı Kanun'un başka maddelerinde de düzenleme yoktur.

Sorgunun 147. maddeye uygun biçimde yapılıp yapılmadığı aşağıdaki nedenlerden ötürü temyiz davasında öncelikle incelenmelidir.

Bir kere, temyiz kanun yolunda usul kurallarının yerinde uygulanıp uygulanmadığı incelenmeli, usulü bir hata yoksa işin esasına girilmelidir.

Usul hükümlerinin bir tarafa bırakılarak işin esasına girilmesi, sanığın savunmasını irdelenmesi, savunmanın karara dayanak yapılıp yapılmadığı araştırılarak, savunmanın hükme dayanak yapılması halinde kararın bozulması, aksi halde hükmün onanması hukuka ve yasa koyucunun amacına aykırı olduğu gibi, 147. maddeye aykırı olarak yapılan sorgu sonunda suçu kabul etmesi durumunda hükmün bozulması, suçu inkar etmesi halinde hükmün onanması ikili uygulamaya ve yanlış anlamalara neden olacaktır.

Öte yandan 147. maddedeki güvencelerin hatırlatılması halinde sanığın suçu kabul etmesi ve birtakım deliller sunması da muhtemeldir. Bu kabul ve sunulan deliller sadece sübutla ilgili olmayıp suçun vafına ilişkin olması da söz konusudur. Sanığın anılan güvencelerden bilgi sahibi olmaması sebebiyle suçu inkar etmiş olması da mümkündür.

Ayrıca sorgu yapılırken 147. maddedeki usule uyulmadığı belirlenmesine rağmen, dosyanın esasının incelenmesi, diğer usul hatalarının da göz ardı edilmesi sonucunu doğuracaktır. Halbuki, yeminli dinlenmesi gereken bir tanık ya da bilirkişinin usule aykırı olarak yeminsiz dinlenmesi halinde, bu kanıtlar hükme esas alınmayacağından, bunlara dayanılarak sübut tartışılmaz.

Bu itibarla sorgunun usulüne uygun olarak yapılmaması, sanık suçunu inkar etmiş olsa, hatta sanığın ikrarına dayanılmamış olsa bile bozma sebebi sayılmaktadır.⁴⁶

⁴⁶ YCGK, 21.10.1997/4-116/203.

Buna karşılık Askeri Yargıtay, 353 sayılı Kanun'un 83. maddesinde sanığın sorgusuna ilişkin özel hüküm bulunması nedeniyle CMUK'un 135. maddesinin askeri yargıda uygulanamayacağına karar vermiştir.⁴⁷

Sanığın asker kişi olması sorgunun usulü bakımından farklı düzenlemeyi gerektirmemelidir. Dolayısıyla söz konusu hükmün askeri mahkemelerin görev alanına giren suçlar açısından uygulanmasının mümkün, hatta zorunlu olduğunu kabul etmek gerekir.

Bu nedenle, CMK m. 147 hükmünün yeni yapılacak askeri yargılama yasasına aynen alınması adil yargılanma hakkının gerçekleştirilebilmesi bakımından şarttır.

5. Susma Hakkı

Susma hakkı, savunmanın bir hak olmasının, kendisi ve yakınları aleyhine kanıt getirmemesi ve işkenceye maruz bırakılmaması hakkının gereğidir. Sanık yalan söyleyebileceği gibi, suçlama konusunda hiç cevap da vermeyebilir. Susmak da bir çeşit savunmadır. Bu nedenle susma hakkının sanığa tanınan kolaylıklar arasında incelenmesi de mümkündür.⁴⁸

Bu hak Anayasa'nın 38. maddesinde; *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."* şeklinde ifade edilmiş ve CMUK'un 135. ve CMK'nın 147. maddesinde de *"Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir."* denilmek suretiyle emredici bir usul kuralı

⁴⁷ As. Y. Drl. Krl. 20.1.1994/9-7 Askeri Yargıtay bu kararında şu değerlendirmelere yer vermiştir:

"353 sayılı As. YUK'un 83. maddesinin karşılığı olan 1412 sayılı CMUK'un 135. maddesinde; insan haklarının günümüzde gelişmesi sonucu, demokratik ülkelerde kuşku duyulan kişi veya sanığa iyi bir savunma hakkı sağlanması, savunma sırasında müdafî bulundurulabilmesi, bazı delillerin toplanmasını isteyebilmesi veya hiçbir şey söylememe imkanı sağlayabilmek için değişiklik yapıldığı, sözü edilen madde gerekçesinden anlaşılmaktadır. 353 sayılı Kanun'un 83. maddesinde de CMUK'un 135. maddesinde yapılan değişikliğe paralel düzenlemenin yapılarak Anayasa'nın eşitlik ilkesinin gereğinin yerine getirilmesi ve CMUK'un 135. maddedeki güvencelerin askeri yargıda da uygulamaya konulmasının zorunlu olduğu, ancak mevcut yasal düzenleme karşısında buna olanak yoktur.

Ayrıca, kanun koyucunun CMUK'ta yapılan değişikliğin herkese ve her suça eşit şekilde uygulanmasını istediğini söylemek de mümkün değildir. Nitekim 3842 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile bu kanunda yapılan değişikliklerin DGM'nin görev alanına giren suçlarda uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu itibarla ideal olanla mevcut olanın karıştırılmaması, ideal olmasa bile mevcut normların uygulanması gerekir. "

⁴⁸ S. Donay, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, s. 142.

haline getirilmiştir. Buna karşılık 353 sayılı As. MKYUK'da bir düzenleme yoktur.

353 sayılı Kanun'un 83. maddesinde müdafî bulundurma hakkından söz edilmediği için CMUK'un 135. (CMK m. 147/1c) maddesinde yer alan müdafî bulundurma hakkının sanığa hatırlatılmamış olmasını bozma sebebi saymayan Askeri Yargıtay'ın, susma hakkı konusunda farklı bir sonuca vardığını görüyoruz. Askeri Yargıtay, itiraz üzerine vermiş olduğu bir kararında susma hakkının sanığa hatırlatılmamasını "*haklarını öğrenme hakkı*"nın ihlali kabul ederek bu aykırılığı bozma sebebi saymıştır.⁴⁹

Ancak, özellikle askerlik mükellefiyeti altında bulunan kişiler, suç isnadıyla karşılaştıklarında, adli yargıda zabitanın yaptığı soruşturma, bu kişilerin amirleri tarafından veya onların emir ve direktifiyle kendi nezaretleri altında yapılmaktadır. TSK İç Hizmetler Komutanlığı'na göre amir,

⁴⁹ As. Y. Drl. Krl. 6.12.2001 tarih ve 2001/117-114 sayılı kararı. Daireler Kurulu Kararı'na konu olan bir olayda sanık hakkında mahiyetleri farklı da olsa birbirine bağlı iki ayrı (Bakaya ve yoldan savuşma) suçtan dolayı tek bir iddianame ile kamu davası açılmıştır. Sanık, asliye ceza mahkemesince istinabe suretiyle sorguya çekilmiştir. Sanığa, gerek hazırlıkta birlik komutanlığınca, gerek istinabe mahkemesince askerlik şubesine istenilen günde başvurmamış olması yani bakaya suçuyla ilgili olarak hiçbir soru yöneltilmemiş, sanık yalnızca, askerlik şubesince sevk edildikten sonra yollandığı birliğe geç katılması konusunda sorgulanmıştır. Sanığa susma hakkına sahip olduğuna dair bir hatırlatılma da yapılmamıştır. Yargılama sonunda askeri mahkemece sanık hakkında her iki suçtan dolayı mahkumiyet kararı verilmiş, bu karar sanık tarafından temyiz edilmiştir. Askeri Yargıtay 1. Dairesi; hüküm ve istinabe mahkemelerince sorgu ve savunmaya ilişkin usul hükümlerinin yerine getirildiğini, sanığa tebliğ edilen ve anlatılan iddianamede açıkça iki ayrı suç isnadı dile getirildiği halde, bakaya suçundan savunma yapmamasının susma hakkını kullandığı anlamına geldiğinden savunma hakkının kısıtlanmasından söz edilemeyeceği sonucuna vararak hükmü onamıştır.

İtiraz üzerine konuyu inceleyen Daireler Kurulu; sorgunun bir çeşit savunma vasıtası olup sanık için hak teşkil ettiğini, bu nedenle sanığa iddia ilgili anlatabileceği ve söyleyebileceği şeylere imkan verilmesi gerektiğini, bununla beraber konuşmak istemeyebileceğinin de gözardı edilmeyeceğini, bu son durumda konuşması için zorlanamayacağından sorgu sırasında "*susma hakkı*"nın bulunduğunu bilmesi gerektiği, halbuki çoğu kez böyle bir hakları olduğunun sanıklar tarafından bilinmediği, bu hakkın varlığının görevliler tarafından, her kademede sanığa hatırlanmasının zorunlu olduğu belirtildikten sonra, "*CMUK'un 135. maddesinin 4. bendinde; sanıklara isnat edilen suç hakkında açıklamada bulunmamasının (susmanın) kanuni hakkı olduğunun* söyleneceği açık biçimde belirtilmiş olup somut olayda tutanaklardan böyle bir hatırlatılmanın yapılmadığı anlaşılmalı, yapılan işlemlerden susma hakkını kullandığı şeklinde bir yorum yapmak mümkün olmadığı gibi, aksine geç iltihak suretiyle bakaya suçundan kendisini savunması karşısında sanığın gerçekte susma iradesi içinde olmadığı anlaşılmalıdır." şeklinde değerlendirmelere yer verilmiştir.

maiyetinde bulunan astlarının sağlığı dahil hemen hemen her türlü davranışlarından sorumludur. Bu bakımdan asker kişiler hakkında yapılan soruşturmada amirlerin, şüphelilerin haklarını koruyacakları düşüncesi ağır basabilir.

Diğer taraftan, asker kişiler hakkındaki soruşturmalar, işin doğası gereği kışlada yapılmaktadır. Kışlalar da güvenlik ve istihbarata karşı koyma tedbirlerinin yeterlikle uygulanabilmesi amacıyla genellikle meskun yerlere uzak bölgelerde bulunmakta ve kışlaya giriş çıkışlar kontrollü olarak yapılmaktadır. Yurt savunması bakımından bu tür tedbirlerin alınmasında da zorunluluk vardır. Bu bakımdan hazırlık soruşturması sırasında avukat temininde güçlük yaşanabilir. Ayrıca, sanığın sorgusunu yapanlar kolluk mensubu olmadıklarından hukuki mevzuatı da yeterince bilmeyebilirler.

Bütün bunlarda gerçek payı bulunmakla beraber, sorgu sırasında müdafii bulundurma hakkı, şüphelinin yalnızca kötü muameleye maruz kalmasını önleme düşüncesiyle tanınmamıştır. Şüpheliye hukuki yardımda bulunmak amacı da önem taşımaktadır. Kaldı ki askeri mahkemelerde sadece asker kişiler yargılanmamaktadır. Bu nedenle hiç olmazsa askeri savcı tarafından yapılan hazırlık soruşturmasında ve daha sonraki aşamalarda yapılan sorgularda, sorguya geçmeden önce sanığın müdafii tayin hakkı olduğu kabul edilmeli ve bu hakkı kendisine bildirilmelidir. Duruşma sorgusunda sanığa, müdafii tayin hakkı olduğunun bildirilmemesi, adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğu gibi, aynı zamanda savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur.

6. Sanığın Kendi Kendini Savunması

Sözleşme'nin 3. maddesi sanığın sadece müdafii vasıtasıyla değil, kendi kendini savunmasını da düzenlemiştir. Sanığa kendi kendini savunma hakkının verilmesi, ona Devlet tarafından görevlendirilen bir mecburi müdafii kabul etmeme hakkı vermez.⁵⁰ Bununla beraber sanık bu uygulamayla haklarından mahrum edilmemeli, duruşmaya aktif bir biçimde katılabilmeli ve müdafinin görüşlerine aykırı görüşler ileri sürbilmelidir.⁵¹ Buna karşılık dosyayı inceleme yetkisinin sanığa verilmesi mecburiyeti yoktur. İleride değinileceği üzere bu hak ülkemizde, gerek genel yargıda gerek askeri yargıda sadece müdafie verilmiştir (CMK. 153, 353 sayılı Kanun 90).

⁵⁰ F. - C. Schroeder, *a.g.e.*, s. 78.

⁵¹ F. -C. Schroeder, *a.g.e.*, s. 78.

353 sayılı Kanun, müdafii bulunsa bile sanığın kendi kendini savuna-
bileceğini öngörmüş ve bu konuda hükümler koymuştur. Madde 160/4
de “*sanık namına müdafii tarafından savunmada bulunulsa da savunmaya ek-
leyecek başka bir şey olup olmadığı sanığa sorulur.*” hükmü, 159. maddede;
herhangi bir delilin ikamesinden sonra bunlara karşı bir diyeceği olup ol-
madığının sorulacağına ve yokluğunda ikame olunan delillerin içeriğinin
sonradan gelen sanığa bildirileceğine ilişkin 147. madde hükmü, sanığın
kendi kendine savunmasına olanak veren hükümlerdir. Bu hükümlerin
Sözleşme’nin 6. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

7. Savunma Hakkı ve Savunmayı Hazırlamak İçin Yeterli Zaman ve İmkana Sahip Olma Hakkı

A. Savunma Hakkı

Savunma hakkı Sözleşme’nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendinde
“*Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak*”, (c)
bendinde ise, “*Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir müdafii yar-
dımından yararlanmak ve eğer müdafii tutmak için mali imkanı yoksa ve adaletin
selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemek-
sizinden yardımından yararlanabilmek;*” olmak üzere birbirinden bağımsız iki
ayrı hak olarak düzenlenmiştir.

Bu düzenleme dikkate alındığında, adil yargılama hakkının ceza
davalarında en belirgin özelliği, sanığın kendisine isnat olunan suç karşı-
sında savunmasını karşı tarafla yani iddia makamı ile eşit şartlarda gereği
gibi yapabilmesi olarak ortaya çıkmaktadır.

Savunma hakkının tanımına gelince, ceza muhakemesinde savunma;
sanığın, kendisine yüklenen suçu işlemediğini veya iddia edilenden daha
az ceza alması gerektiğini yahut eyleminin hukuka aykırı olmadığını yada
bazı yasal düzenlemeler nedeniyle cezalandırılmaması gerektiğini yetkili
organ önünde ileri sürmektir. Bir başka ifadeyle savunma, sanığı fiili ve
hukuki açıdan korumak amacıyla yapılan bir faaliyettir.⁵²

Günümüzde ceza muhakemesinin gayesi, toplumun suç işlenmek-
le ihlal edilen menfaatleri ile, suç işlediği zannedilen sanığın haklarını
dengede tutarak maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Maddi gerçeğin
öğrenilmesi ise isnadın ispat edilmesiyle mümkün olabilecektir. Ancak
ispat açısından yani maddi gerçeğin öğrenilmesinde, “*sanık hakları*” bir
sınır oluşturur. Ne pahasına olursa olsun maddi gerçek öğrenilsin, de-

⁵² Bkz., N. Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii*, İstanbul 1984, 1.

nilemez.⁵³ Bu bağlamda savunmayı dikkate almaksızın yada savunmayı kısıtlayarak veya delil yasaklarına aykırı hareket ederek hukuka aykırı delil elde etmek suretiyle yapılacak ispata dayanılarak mahkumiyet hükmü verilemez. Karar makamı, yani hakim sanığın haklarını ve bu arada savunma hakkını ihlal etmeyen ispata ve ispat vasıtalarına izin verecek ve bu çerçevede yapılacak yargılama sonunda bir hükme varacaktır. Hükümün gerekçesinde de ne sebeple bu sonuca vardığını, iddianın niçin sabit görülmediğini yada savunmaya hangi nedenlerle itibar edilmediğini gösterecektir. Dolayısıyla hükmün dayanaklarından biri de savunmadır.

Bu nedenle, ancak “*sanık hakları*” gözetilmek suretiyle yapılan bir yargılama adil olabilir. Bununla beraber, yargılama 6. maddede sayılan diğer garantiler gözetilerek yapılmış olsa bile, sanığa savunma hakkı tanınmamış veya bu hak kısıtlanmış ise yine yargılamanın adil olduğundan söz edilemez. Şu halde, Adil bir yargılamadan bahsedebilmek için, 6. maddede sayılan diğer garantilerin yanı sıra sanığa savunma hakkı da tanınmış olmalıdır. Bir başka ifadeyle sanığa savunmasını yapması için gerekli zaman ve imkan verilmeli, iddia ve savunma eşit şartlar altında değerlendirilerek bir karara varılmalıdır.

B. Savunmayı Hazırlaması İçin Gerekli Zamana Malik Olma Hakkı

Müdafiden yararlanma hakkı, bu haktan önce gelmekle beraber, müdafilik kurumunu ayrı bir bölüm halinde incelemeyi planladığımız için, sanığın savunmayı hazırlaması için gerekli zamana malik olma hakkını daha önce incelemeyi uygun bulduk. Hemen şunu belirtelim ki savunmayı hazırlamak için yeterli zaman ve imkana sahip olma hakkı müdafii için de söz konusudur.

Bu hakkın öncelikle iddianamenin tebliği ile duruşma günü arasının çok kısa olmamasını ifade ettiği kabul edilmektedir. Temyiz süresinin de bu kapsamda olduğu ve bir haftalık sürenin kural olarak yeterli olmadığı ileri sürülmüştür.⁵⁴

Ancak, temyiz incelemesinin temyiz dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olmaması ve hükmü temyiz ettikten sonra, temyiz incelemesi başlayıncaya kadar layiha vermenin mümkün olması karşısında sürenin bir hafta olarak kabul edilmiş olması çok da mahzurlu görünmemektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda da temyiz süresi yedi gün olarak belirtilmiştir (m. 291/1).

⁵³ F. Yenisey, *İspat Hukuku ve “Fair Trial” İlkesi*, İstanbul Barosu Yayını, 1999, s. 133.

⁵⁴ S. Donay, *a.g.e.*, s. 146.

Hem iddianamenin tebliği hem de hükümlerin temyizi konusunda CMUK ve As. MKYUK. benzer hükümler koymuştur. CMUK m. 210'da "*celpnamenin tebliği ile duruşma günü arasında en aşağı bir hafta geçmek icap eder ...*" hükmüne yer ver verilmiştir. Bu kural yada hak, 353 sayılı Kanun'un 120. maddesinde; "*İddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında en aşağı bir hafta geçmelidir.*" şeklinde ifade edilmiştir. CMK m. 176 (4)'de de bu süre aynen korunmuştur.

Bu süreye uyulmamış ise hakim, duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı olduğunu sanığa hatırlatmak zorundadır. (CMUK 221, CMK 190 (2), As. MKYUK 130).

Bu haktan vazgeçmek mümkün olduğundan, süreye uyulmamış olması ve duruşmaya ara verilmesini isteyebileceğinin sanığa hatırlatılmamış olması doğrudan doğruya savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurmaz. Bu hakkın hatırlatılmamasının müeyyidesi "*nisbi butlan*"⁵⁵ olup işlemin geçersizliği sadece ilgililer tarafından temyiz davası açılarak ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla, duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı hatırlatılmamış olmakla beraber sanık savunma yapmış, lehindeki delilleri bildirmiş, savunma hakkının kısıtlandığını hiçbir aşamada ileri sürmemiş ve temyiz konusu da yapmamış ise, bu eksiklik bozma sebebi sayılmayacaktır. Askeri Yargıtay'ın içtihatları da bu doğrultudadır.⁵⁶

Temyiz süresi gerek askeri yargıda gerek adli yargıda bir hafta olarak belirtilmiş, hükmü süresinde temyiz etmiş olmak şartıyla, temyiz edene ihtiyari temyiz layihası verme olanağı tanınmış ve temyiz incelemesinin temyiz dilekçe ve layihasında belirtilen sebeplerle sınırlı tutulmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak CMK m. 298'e göre, temyiz dilekçesinin temyiz sebeplerini içermemesi istemin reddini gerektirmektedir. Bunun için, temyiz edenin temyiz başvurusunda temyiz nedenlerini göstermemiş olması ve 295. maddede belirtilen süreler içinde bu nedenleri içeren bir dilekçe de vermemiş olması şarttır.

353 sayılı Kanun'un 166. maddesine göre duruşma sırasında suçun hukuki vasfı değişme ihtimali ortaya çıkarsa veya cezanın artırılmasını gerektiren haller ilk defa duruşmada ileri sürülürse sanığa ek savunma olanağı verilmesi gerektiği gibi ek savunmasını hazırlaması için gerekli zaman da duruşmaya ara verilmek suretiyle sağlanacaktır. Sanığın savunmasını yeterlikle hazırlamadığını itiraz olarak ileri sürmesi ve savunmayı hazırlamak için zaman tanınmasını istemesi durumunda, bu süre sanığa

⁵⁵ Kunter - Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2002 bası.

⁵⁶ As. Y. Drl. Krl. 22.1.2001 tarih ve 104-107; 23.5.2002 tarih ve 45-44 sayılı kararları.

mutlaka tanınmalıdır. Sürenin takdiri mahkemeye aittir. Askeri mahkeme işin mahiyetine göre, savunmanın hazırlanması için fazla zamana ihtiyaç yoksa kısa bir ara verecek, aksi halde duruşmayı daha ileri bir tarihe bırakacaktır.

Ancak maddenin son fıkrasında, değişen suç vasfına göre sanığa daha az ceza verilecekse hazır bulunan sanıkla ilgili duruşmanın ek savunma için talik edilemeyeceği belirtilmiştir.

Son fıkra Kanun'un ilk şeklinde yoktur. Bu fıkra maddeye 21.1.1981 tarih ve 2376 sayılı Kanun'un 7. m. ile eklenmiş, 9.10.1996 tarih ve 4191 sayılı Kanun'la değiştirilmiştir. Bu değişiklikten önce sanık duruşmada bulunsun bulunmasın duruşmanın ek savunma nedeni ile tehir edilemeyeceği hükme bağlanmıştı.⁵⁷ 4191 sayılı Kanun değişikliğiyle sadece "hazır bulunan sanıkla ilgili duruşmanın 'talik' edilemeyeceği" belirtildiğinden, duruşmaya ara vermek mümkündür. Kanaatimizce duruşmaya birden fazla ara verilmesine de bir engel yoktur. Amaç savunma hakkının suiistimal edilerek duruşmanın gereksiz yere uzamamasıdır. Çünkü maddede sadece talikten söz edilmiş, tehirden söz edilmemiştir. CMUK'ta tehir ve talik kavramları kaldırılmış ve bu kavramların yerine "ara verme" kavramı getirilmiş ise de, 353 sayılı Kanun'da böyle bir değişiklik yapılmamıştır. CMK da da ara verme kavramına yer verilmiştir.

C. Savunmayı Hazırlamak İçin Yeterli İmkanlara ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı

Bu hakkın "müdafii ile görüşme" ve "dosyayı inceleme" haklarını içerdiği kabul edilmektedir.

Müdafii ile görüşme ve dosyayı inceleme hakkı, hem sanık, hem müdafii için söz konusudur. Müdafii ile görüşmesi ve dosyayı incelemesi sanığın kendi kendini savunması açısından ne kadar önemli ise, toplumsal savunma makamını işgal eden müdafii bu görevini gereği gibi yapabilmesi, sanıkla görüşmesine ve dosyayı, dolayısıyla sanığın leh ve aley-

⁵⁷ Askeri Yargıtay bu fıkranın savunma hakkının kötüye kullanılmasına ve bu sebeple davaların gereksiz yere uzamasına engel olmak amacıyla getirildiği ve sanığın savunma hakkından mahrum edilmesi veya savunma hakkının kısıtlanması gibi bir amaç güdülmesinin söz konusu olmadığı, bu düzenlemeye göre sanık her durumda vasıf değişikliği sebebiyle ek savunmasını yapmak üzere haberdar edilecek, duruşmaya çağrılacak, şayet duruşmaya gelmez ve gelip de ek savunma için süre isterse, değişen suçun cezası daha hafif olmak kaydıyla, bu takdirde duruşma tehir ve talik edilmeyecektir (As. Y. Drl. Krl. 22.4.1993 tarih ve 1993/41-36 sayılı Kararı).

hindeki delilleri bilip bilmemesine göre değişecektir. Bu incelememizde askeri yargıda müdafilik kurumunu özel olarak ele aldığımızdan, tekrar olmaması bakımından bu hakları aşağıda “Askeri Yargıda Müdafilik” başlığı altında incelemeyi uygun bulduğumuzu belirtmekle yetiniyoruz.

Hemen şunu ilave edelim ki sanığın yokluğunda ikame olunan delillerin sonradan gelen sanığa bildirileceğine ilişkin 147/2. delillere karşı ne diyeceğinin sanığa sorulmasına ilişkin 159. karşılıklı iddia ve savunmayı, son sözün sanığa ait olduğunu düzenleyen 160. ve ek savunmayı düzenleyen 166. maddeler sanığa savunmasını hazırlama olanağı veren emredici hukuk kurallarıdır. Bu kurallara aykırılık savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur ve mutlak bozma sebebi teşkil eder.⁵⁸

160. maddesinde; “Delillerin ikamesi ve tartışması bittikten sonra söz davacıya ve davaya katılana, onlardan sonra da iddiasını bildirmek üzere askeri savcıya ve daha sonra da sanığa verilir.

Askeri savcı sanığa, sanık ve müdafî de savcıya cevap vermek hakkına sahiptir.

Duruşmayı yöneten askeri hakimin müsaadesi ile davacıya da cevap verebilir. Son söz sanıktır.

Sanık namına müdafî tarafından savunmada bulunulsa da savunmaya eklenecek başka bir şey olup olmadığı sanığa sorulur.”

Hükmü yer almaktadır.

Bu madde hükmüne göre, duruşmada delillerin tartışılması bittikten sonra iddianın ve savunmanın yapılması gerekmektedir. Kanun iddia ve savunma makamında yer alanların iddia ve savunmalarını yaptıktan sonra karşılıklı olarak birbirlerine cevap verme olanağı tanımıştır. Bundan da anlaşılıyor ki maddenin amacı belli bir sıra ve disiplin içerisinde iddia ve savunmanın yapılması ve savunma hakkı kısıtlanmadan veya gereği gibi yapılmadan duruşmaya son verilmemesidir. Aksine bir uygulama savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur.

Bu görüşlerin ışığı altında, 160. maddedeki sıraya uyulmamış olması başlı başına savunma hakkının kısıtlandığının kabulüne yetmez. Maddedeki

⁵⁸ Askeri Yargıtay 3. D. 26.9.2000 tarih ve 2000/531-530 sayılı kararında, sorgusu yapıldıktan sonra, sanığın diğer oturumlara çağrılmamasını ve sanığın yokluğunda delil ikamesini ve sanığın sorgusundan önce onun yokluğunda dinlenen tanıkların beyanlarının, hazır bulunduğu oturumda sanığa bildirilmemesinin 353 sayılı Kanun’un 147/2 ve 159. maddelerine aykırılık oluşturduğu ve savunma hakkını kısıtladığı gerekçesiyle hükmü bozmuştur.

sıraya uyulmamış olmakla beraber sanığa ve müdafisine söz verilmiş, iddia-ya karşı savunma imkanı tanınmış ve en son söz sanığa verilmiş ise, sıraya uyulmama biçiminde ortaya çıkan usul hatası bozma nedeni sayılmaz.⁵⁹

Son Söz Verilmesi: Yine bu madde hükmüne göre sanığın hazır bulunması halinde duruşma mutlaka sanığın son sözü ile bitecektir. Ceza yargılamasında sanığın en önemli hakkı savunma hakkı olup hiçbir şekilde kısıtlanamaz. Sanığa son söz verilerek kendisinden önce dinlenenlere karşı diyecekleri ve savunması saptanmalıdır. Sanığa son söz verildikten sonra başkaca usul işlemleri yapıldığı takdirde sanıktan son diyeceği yeniden sorulmalıdır. Savunma hakkı ile yakından ilgili bulunan bu usul kuralı emredici nitelikte olup uyulmaması yasaya mutlak aykırılık oluşturmaktadır.

İlk defa hüküm kurulurken *“son sözün sanığa verilmesi kuralı, hükmün bozulmasından sonra başlayan yargılamada da yargılamanın devam etmekte olması sebebiyle kamu davasının kesintisizlik ve süreklilik ilkesinin doğal sonucu olarak aynen geçerlidir. Gerek bozmadan önce gerek sonra aynı usul kuralları uygulanmaktadır. Bozma ile son soruşturma aşaması yeniden başladığından son soruşturmanın sanığın son sözü ile sonuçlandırılması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Direnme kararı da verilse, duruşmanın sanığın son sözü yerine savcının veya müdafinin sözü ile bitirilmesi kanuna mutlak aykırılık teşkil eder ve bozma sebebidir.”*⁶⁰

Sanık hakkında beraat kararı verilse bile duruşma sanığın sözü ile bitirilmelidir. Çünkü bu kararın sanık aleyhine temyiz edilmesi ve bunun sonucu olarak bozma kararı verilmesi mümkündür.

Bu nedenle temyiz davasında da önce emredici usul kurallarının uygulanıp uygulanmadığı, bu arada duruşmanın sanığın son sözü ile bitip bitmediği incelenecek, bu kurallara aykırılık yoksa işin esasına girilecektir.

Diğer taraftan usul hükümlerinin emredici kurallarının bir tarafa bırakılarak önce işin esasının incelenmesi, sübut olmadığı takdirde hükmün onanması, sübutun varlığı halinde ise bu usuli eksiklik sebebiyle hükmün bozulması ikili uygulamalara ve yanlış anlamalara neden olacaktır. Bu önemli usuli eksikliğe rağmen esasa ilişkin inceleme yapılarak bozma kararı verme durumunda sübutun varlığı kabul edilmiş olduğundan, bundan sonra sanığa son söz verilmesi kuralının uygulanmasının mantıki ve huku-

⁵⁹ As. Y. 5. D. 16.2.1994 tarih ve 1994/13-82 sayılı Kararı.

⁶⁰ As. Y. Drl. Krl'nun 13.3.2003 tarih ve 17-20; 28.3.2002 tarih ve 25-27; 6.6.2002 tarih ve 49-48 sayılı kararları. Bu kararlar için bkz., *Askeri Yargıtay Dergisi*, Yıl: 2003, S. 15.

ki bir anlamı kalmayacaktır. Hem Yargıtay'ın hem de Askeri Yargıtay'ın ararları bu doğrultuda istikrar kazanmıştır.⁶¹

Ek Savunma Hakkı: Sanığa savunmasını hazırlaması için gerekli imkan ve kolaylığın tanınması sadece duruşmadaki savunma için geçerli değildir; bu hak duruşma sırasında ortaya çıkan yeni görüş ve olaylar bakımından da kabul edilmiştir. Bu husus 353 sayılı Kanun'un 166. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu madde hükmüne göre, "Sanık, suçun hukuki niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir halde bulundurulmadıkça iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun temas ettiği kanun hükmünden başkasıyla mahkum edilemez.

Cezanın artırılmasını gerektiren sebeplerin ilk defa duruşmada ileri sürülmesi halinde de aynı hüküm uygulanır.

Askeri mahkeme istem üzerine veya kendiliğinden bu değişikliklerden dolayı iddia ve savunmanın yeterlikle hazırlanabilmesi için duruşmayı tehir ve talik edebilir.

Sanık savunmasını yeterlikle hazırlayamadığından bahisle, kendisini iddianamede yazılı suçtan daha ağır bir madde hükmünün uygulanmasını gerektiren veya ikinci fıkrada gösterilen mahiyette ileri sürülen yeni hallerin varlığını bildirerek itirazda bulunursa, askeri mahkeme sanığın istemi üzerine duruşmanın başka bir güne tehir veya talikine karar verir.

Ek fıkra: (21.1.1981 tarih ve 2376/7 m.) Değişik: (9.10.1996 tarih ve 4191/17). İddianamede gösterilen suçun temas ettiği kanun maddelerinde belirtilen cezadan daha az bir ceza verilmesini gerektiren hallerde, hazır bulunan sanıkla ilgili duruşma, ek savunma için talik edilemez. Sanık hazır bulunmuyorsa ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na göre meşruhatlı davetiye tebliğine rağmen duruşmaya gelmez veyahut davetiye tebliğ edilemez ise, bu maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanmaz."

Bu düzenleme, son fıkrada sanığa iddianamede belirtilenden daha az ceza verilmesini gerektiren hallerde hazır bulunan sanıkla ilgili duruşmanın talik edilemeyeceğine ilişkin cümle hariç, CMUK 258'deki düzenlemeyle hemen hemen aynıdır. Ayrıca, madde 258'de yer alan bildirimlerin, varsa müdafie yapılacağına ve müdafinin sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanacağına ilişkin hüküm madde 166'da yer almamaktadır.

⁶¹ YCGK, 24.10.1995/6-238/305; 12.12.2000/11-242/251; As. Y. Drl. Krl. 8.5.2003 tarih ve 48-49 sayılı kararları.

Şu halde duruşma sırasında suç vasfının değişmesi, iddianamede yer verilmeyen ağırlatıcı sebebin ilk defa duruşmada ileri sürülmesi durumunda sanığa değişen suç vasfına veya ileri sürülen ağırlatıcı sebebe göre savunması alınmalıdır. Aksine bir uygulama savunma hakkının kısıtlanmasına yol açar.

Ancak hazır bulunmayan sanığın ek savunma hakkından yararlandırılması koşula bağlanmıştır. Sanığa savunmasını bildirmek amacıyla duruşmaya gelmesi gerektiğine, duruşmaya gelmediği takdirde savunması beklenilmeden karar verileceğine dair şerh verilerek davetiyeye çıkarılacak, tebligata rağmen sanık duruşmaya gelmezse ek savunması alınmadan karar verilebilecektir.

Çıkarılan meşruhatlı davetiyenin tebliğ edilememesi durumunda da ek savunma alınmasına gerek görülmemiştir. Ancak, ek savunma almadan karar verilebilmesi için tebligatın sanığın kusurundan dolayı yapılamamış olması gerektiğine de işaret edelim.⁶²

Buna karşılık suç vasfında bir değişiklik getirmeyen yanlışlıkların düzeltilmesi ek savunma hakkı tanınmasını gerekli kılmaz. Örnek; sanık hakkında somut eylem, yerinde bir nitelendirmeye askeri eşyayı özel menfaatinde kullanmak olarak tavsif edilmiş, fakat As. CK 130 yerine, As. CK 131/1-2' den ceza talep edilmiştir. Askeri mahkeme, ek savunma almadan 130' dan uygulama yaparsa ek savunma imkanı tanınmamış olması bozma sebebi sayılacak mıdır? Askeri Yargıtay bu gibi durumlarda ek savunmaya ihtiyaç bulunmadığı görüşündedir.⁶³

Burada bir hususu belirtmek gerekir. Ek savunma iddianamede dava konusu yapılmış bir eylem için söz konusu olabilir. Bu eylemle ilgili olarak sanığın savunması önceden saptanmamış olabileceği gibi eylemin esas hakkındaki iddiada farklı bir şekilde nitelendirilmiş olması da mümkündür. Her iki durumda da sanığa savunma olanağı tanınmalıdır. Yoksa kamu davası açılmayan bir eylemle ilgili olarak sanığın savunmasının alınmış olması bu eylemle ilgili olarak hüküm kurulmasına olanak vermez.⁶⁴

Suçun niteliğinin değişmesi halinde sanığa savunma hakkı verilmesi hususu CMK m. 226' da düzenlenmiştir. Madde, 353 sayılı Kanun'un 166. maddesine 4191 sayılı Kanun'la eklenen fıkraya benzer bir hüküm içermektedir. Yapılacak değişiklikte bu husus gözetilmelidir.

⁶² N. Kunter - F. Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, No. 482, III, 4 dpn. 392.

⁶³ As. Y. Drl. Krl. 20.6.2002 tarih ve 55-54 sayılı kararı.

⁶⁴ As. Y. Drl. Krl. 13.4.2000 tarih ve 84-80 sayılı kararı.

Savunmayı hazırlamak için yeterli imkana sahip olmak hakkı bakımından tartışılması gereken bir husus da sanığın duruşmanın inzibatını bozduğu gerekçesiyle salondan çıkarılması yada inzibati mahiyette tutuklanmasıdır.

143. maddeye göre salondan çıkarılan veya tutuklanan kişi sanık veya müdahil ise, sonra gelen oturumda da duruşmayı önemli ölçüde aksatacak davranışlara devam edeceği anlaşılır ve hazır bulunması gerekli görülmezse yokluğunda duruşmaya devam olunmasına karar verilebilir.

Bu karar, esasa ilişkin iddia ve savunmanın yapılmasına engel olacak biçimde kullanılamaz.

Sanığın duruşma salonundan çıkarılması, CMK m. 204/1’de; *“Davranışları nedeniyle, hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşıldığında sanık, duruşma salonundan çıkarılır. Mahkeme, sanığın duruşmada hazır bulunmasını dosyanın durumuna göre savunması bakımından zorunlu görmezse, oturumu yokluğunda sürdürür ve bitirir. Ancak, sanığın müdafii yoksa, mahkeme barodan bir müdafii görevlendirilmesini ister. Oturuma yeniden alınmasına karar verilen sanığa, yokluğunda yapılan işlemler açıklanır.”* şeklinde düzenlemiştir.

8. Müdafii Vasıtasıyla Savunma Hakkı ve Askeri Yargıda Müdafilik

Sözleşme’nin 6. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen bu hak da sırf sanığa tanınan haklardandır. Bu bakımdan sanığa tanınan haklar arasında incelenmesi gerekir. Ancak biz bu konuyu müdafilik kurumu açısından ele almayı düşündüğümüz için ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun bulduk.

Askeri yargıda, sanığın müdafiiin yardımından yararlanmak suretiyle savunma yapması da kabul edilmiş, bu hususta özel düzenlemeler yapılmıştır.

353 sayılı Kanun’un 85. maddesinde sanığın müdafiiin yardımına başvurma hakkı hüküm altına alınmış, 86. maddede müdafii seçilebilecek olanlar sayılmış, 87 ve 88. maddelerde askeri mahkemece müdafii tutulması, 89. maddede birden çok sanığın tek bir müdafii tarafından savunulması ve 90 ve 91. maddelerde müdafiiin dava dosyasını incelemesi ve tutuklu sanıkla görüşmesi düzenlenmiş, 93. maddede de askeri mahkemece tutulan müdafii tarifesine göre devlet hazinesinden ücret ödeneceği belirtilmiştir.

Bu düzenlemeler başlangıçta CMUK ile paralellik arz etmekte idi. Ne var ki 2. Dünya Savaşı’ndan sonra imzalanan insan haklarıyla ilgili uluslar arası sözleşmelerde yer alan sanık haklarına ve bunların korunmasına

ilişkin hükümlere Batılı ülkelerin Anayasaları'nda ve mevzuatlarında yer verilmiştir.

Ceza muhakemesi alanında da kendini gösteren bu gelişmeler, ülkemizde de yansımış, Anayasa'mızda yeni düzenlemelere gidilmiştir. 2004 yılında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu yürürlükten kaldırılmış ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu kabul edilmiştir. Bu bağlamda, sanığın müdafii seçiminden müdafiiin yakalanan ve tutuklu ile görüşmesine, müdafiiin dava dosyasını incelemesine ve bazı hallerde mahkemece sanığa müdafii tayin edilmesine ilişkin hükümler değiştirilerek yeniden düzenlenmiştir (CMK m. 149-156). Böylece Sözleşme'nin 6/3. maddesiyle sanığa tanınan haklara işlerlik kazandırılmış ve bu hükümlerin uygulama alanı tüm suçları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

Diğer taraftan 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda da buna paralel değişiklikler yapılmıştır.

Bu değişiklikler savunma hakkının daha sağlıklı bir şekilde kullanılması amacına yönelik olmasına rağmen, 353 sayılı Kanun'a yansıtılmamış, daha doğrusu 353 sayılı Kanun'da müdafilerle ilgili düzenleme aynen muhafaza edilmiştir. Bu sebeple iki kanun arasındaki denge müdafii eliyle savunma açısından 353 sayılı Kanun aleyhine bozulmuştur. Yeni yasa çalışmalarından bu hususun göz önünde tutulması, adil yargılanma hakkı bakımından zorunludur.

A. Müdafii Seçimi

Müdafii seçimi konusunda CMK'nın 149. ve 353 sayılı Kanun'un 85. maddeleri hükümleri arasında benzerlik vardır. Bu hükümlere göre, sanık soruşturmanın her safhasında bir veya daha fazla müdafiiin yardımına başvurulabilir. Müdafii seçme hakkı sanığa tanındığı gibi sanığın kanuni temsilcileri de sanık adına müdafii tutmak hakkına sahiptirler. Müdafiiin birden fazla olması durumunda, ceza muhakemesi işlemleri her bir müdafii için ayrı ayrı yapılacaktır.

Ancak bu hükümler arasında bazı önemli farklılıklar da bulunmaktadır. Bu farklılıklar şunlardır:

1. Şüpheli veya Sanığın Müdafii Seçme Hakkı:⁶⁵ CMK'nın 149. maddesinde "*şüpheli veya sanığın müdafii seçimi*"nden bahsedildiği halde, 353

⁶⁵ Sanığın müdafii seçme hakkı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 136. maddesinde, "Yakalananın veya sanığın müdafii seçimi" başlığı altında "Zabıta amir ve memurları tarafından yapılacak sorgulama işlemlerinde, ancak bir müdafii hazır bulunabilir. Cumhuriyet Savcılığı işlemlerinde bu sayı üçü geçemez." şeklinde düzenlenmiştir.

sayılı Kanun'un 85. maddesinde "sanığın kendisine müdafî tutması"ndan söz edilmektedir. CMK'ya göre henüz sanık sıfatını almamış olan şüphelinin müdafî tutma hakkı vardır. Halbuki, 353 sayılı Kanun'a göre ancak sanık sıfatını alan bir kimse kendisine müdafî tutabilecek; bunun sonucu olarak yakalanan ve gözetim altına alınan, fakat hakkında kamu davası açılmamış bir kimsenin müdafî tutma hakkı söz konusu olamayacaktır.

Bilindiği üzere asker kişinin suç işlemesi durumunda ön soruşturma basit suçlarda birlik komutanlığı tarafından, daha ciddi sayılabilecek işlerde de disiplin subayı tarafından yapılmaktadır. Askeri savcının işe el koyması, yani hazırlık soruşturmasını başlatması, 95/4 maddesi ayrık tutulacak olursa, kural olarak nezdinde askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya kurum amirinin bu konuda soruşturma emri vermesinden sonra mümkündür.

Gerek birlik komutanlığınca yapılan ön soruşturmada olsun, gerek disiplin subayı veya askeri savcılık tarafından yapılan hazırlık soruşturması sırasında olsun, insan hakları ihlali yapıldığına dair iddialara uygulamada, çok ender de olsa rastlanılmaktadır.

Hazırlıkta yapılan sorgu sırasında müdafî bulundurmak hakkı ile ilgili, asker olmayan kişi bakımından söz konusu olan gerekçeler, asker kişi bakımından da mevcuttur.

Diğer taraftan, bu hakkın kullandırılmaması adalete gölge düşüreceği gibi, maddi gerçeğe ulaşılmasına da engel teşkil edebilir. Hazırlıkta yapılan sorgu sırasında suçunu itiraf eden bir kimsenin, bu sırada müdafî bulunmuyorsa kendisine karşı zor kullanıldığını iddia ederek bu itirafını geri alması mahkemece makul ve mantıki görülebilir. Mahkemeyi sübutun kabulüne tek başına götüren başka delil de yoksa bu durum maddi gerçeğe ulaşılmasına engel teşkil edecektir.

Bu nedenle özellikle hazırlık soruşturmasında yapılan sorguda müdafî bulundurma hakkına ilişkin olarak düzenleme yapılması, sanığın haklarını kullanabilmesi ve korunması açısından zorunludur. Bu yapıldığı takdirde hem sanığın haklarını kullanması ve korunması sağlanacak, hem de hazırlık soruşturması sırasında sanığa kötü muamele yapıldığı, zor kullanıldığı şeklindeki iddialara son verecektir.

2. Mahkemece Müdafî Görevlendirilmesi: 353 sayılı Kanun'un 87. maddesine göre sanık;

- 15 yaşını bitirmemişse,

- Sağır yada dilsizse,
 - Kendisini savunamayacak derecede beden veya akılca sakat bulunuyorsa ve müdafii de yoksa,
- askeri mahkemece bir müdafii tutulabilir.

Sonradan sanık müdafii tutarsa askeri mahkemenin tuttuğu müdafii görevi sona erer.

Buna karşılık CMK'nın 150. maddesinde; "(1) Şüpheli veya sanık, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafii görevlendirilir.

(2) Şüpheli veya sanık onsekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir.

(3) Üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır." hükmü yer almaktadır.⁶⁶

Aslında 353 sayılı Kanun'un 87. maddesindeki düzenleme, CMUK'un 138. maddesinin 3842 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki hükmüyle aynı mahiyettedir. Bu madde aynen şöyledir:

"Sanık on beş yaşını bitirmemiş olur yahut sağır veya dilsiz veya kendisini müdafii edemeyecek derecede cismi veya dimağı maluliyeti bulunursa ve müdafii de yoksa kendisine mahkemece bir müdafii tayin edilir." şeklindedir. Görüldüğü gibi, bu düzenleme 87. maddeyle aynıdır.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, mahkemece müdafii tutulması konusunda 353 sayılı Kanun, birkaç noktada CMK'dan ayrılmaktadır:

- Bunlardan biri müdafii görevlendirme mecburiyetidir. CMK'nın 150. maddesindeki şartların varlığı halinde sanığa müdafii tutulması zorunludur. Halbuki 353 sayılı Kanun müdafii tayinini hakimnin takdirine bırakmıştır.
- İkinci farklılık, müdafii görevlendirmeye yetkili makam bakımındandır.

⁶⁶ Müdafii görevlendirilmesi CMUK'un 138. maddesinde; "Yakalanan kişi veya sanık müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse talebi halinde baro tarafından kendisine bir müdafii tayin edilir. Yakalanan kişi veya sanık onsekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa talebi aranmaksızın kendisine müdafii tayin edilir." şeklinde düzenlenmişti.

CMK'nın 155. maddesine göre müdafii görevlendirilmesi aşağıdaki usule göre yapılacaktır:

a. Soruşturma evresinde, ifadeyi alan merciin veya sorguyu yapan hakimin istemi üzerine,

b. Kovuşturma evresinde, mahkemenin istemi üzerine;

Müdafii, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapıldığı yer barosunca görevlendirilir. Şüpheli veya sanığın kendisinin sonradan müdafii seçmesi halinde, baro tarafından görevlendirilen avukatın görevi sona erer.

353 sayılı Kanun'un 87. maddesine göre ise müdafii mahkeme tayin edecektir. Ancak askeri mahkeme müdafii, bulunduğu yerdeki baro ile haberleşerek seçecektir.

Bir başka farklı nokta; yakalanan kişi veya sanığın müdafii seçecek durumda olmadığını beyan etmesi halidir:

Bu durum CMK'ya göre, müdafii tayin edilmesi için yeterli bir sebep- tir. Buna karşılık 353 sayılı Kanun'da böyle bir sebep sayılmamıştır. Ancak Askeri mahkemenin böyle bir talep karşısında baro ile haberleşerek sanığa müdafii tutulması yoluna gitmesini engelleyen bir kural bulunmamaktadır. Bu nedenle bize göre, böyle bir talep karşısında askeri mahkemenin, savunmanın ceza muhakemesindeki yerini ve fonksiyonunu dikkate alarak sanığa bir müdafii tayin edilmesini barodan istemesi hakkaniyete ve adil yargılama hakkına daha uygun düşecektir.

Mahkemece tayin edilen avukat konusunda sanık, bir seçim ve tercih hakkına sahip değil ise de; savunma teorik ve hayali değil, fakat gerçek e etkili olmak zorunda olduğundan, görevin, avukat tarafından gereği gibi yerine getirilmediği hallerde mahkemenin duruma müdahale etmesi yada yeni bir avukat tayin etmesi gerekir.⁶⁷

Esasen bu konu HUMK'un 465 ve devamı maddelerde düzenlenen adli müzaheretten başka bir şey değildir. Nitekim bu konuda Askeri Yargıtay bu düşüncemize uygun bir karar vermiştir. Askeri Yargıtay'ın kararına konu olayda:

Sanık hakkında askeri mahkemede kasten adam öldürmek suçundan kamu davası açılmıştır. Yargılama sırasında sanık, mahkemeye verdiği bir dilekçe ile maddi durumunun yetersiz olduğundan kendisini savunacak

⁶⁷ Ş. Gözübüyük - F. Gölçüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 304.

bir avukat tutamadığını belirterek adli müzaheret talebinde bulunmuştur. Askeri mahkeme sanığın bu talebinin Ankara Baro Başkanlığı'na gönderilmesi kararı aldıktan sonra ilgili baro başkanlığına bir müzekkere yazmış, fakat baronun cevabını beklemeden ertesi oturumda sanık hakkında mahkumiyet kararı tesis etmiştir.

Mahkumiyet hükmü resen temyize tabi olduğu gibi sanık tarafından da sebep gösterilmeksizin temyiz edilmiştir.

Dosyayı inceleyen 3. Daire; 353 sayılı Kanun'da adli müzaheretle ilgili bir hüküm bulunmadığını, bu hususun HUMK'un 465 ve müteakip maddelerinde düzenlendiğini, HUMK'un adli yardıma ilişkin hükümlerinin askeri mahkemelerde de uygulandığını (As. Y. 2. D. 22.8.1969/380-436), diğer taraftan CMUK'un 138. maddesinde 3842 sayılı Kanunla yapılan bir düzenlemeyle adli yardım konusunun kısmen düzenlendiğini, aksine açık bir hüküm bulunmayan hallerde CMUK'un askeri mahkemelerde de kıyas yoluyla uygulanabileceğinde tereddüt bulunmadığını, bu itibarla adli yardım konusunda Ankara Baro Başkanlığı'na başvuran askeri mahkemenin, buradan her hangi bir cevap almadan ve bu konudaki ara kararından vazgeçmeksizin ertesi oturumda sanığın mahkumiyetine karar vermesinin, hüküm için önemli noktalarda savunma hakkını kısıtladığı sonucuna vararak hükmü bozmuştur.⁶⁸

Bir başka olayda, sanık hakkında üstü tehdit suçundan verilen mahkumiyet kararını, sanıkla ilgili olarak yargılanma aşamasında düzenlenen sağlık kurulu raporunda, *"TSK'da görev yapamaz, fikren ve bedenlen çalışarak hayatını kazanamaz. Vasi tayini gerekir. Silah taşınması ve bulundurması sakıncalıdır; durumunun suçu işlediği sırada TCK'nın 47. maddesi kapsamında mütalaa edilmesi gerekir."* şeklinde tespit ve karara varılmış olmasını dikkate alan Askeri Yargıtay, CMUK'un 138. maddesinde yapılan değişikliğin askeri yargıda da uygulanmasının mümkün bulunduğunu, böyle olmasa bile 87. madde hükmünün uygulanmasında etken bir unsur olarak değerlendirilmesi gerektiğini, bu nedenle toplumsal savunma makamı oluşturulmadan karar verilmesinin savunma hakkının kısıtlanması olarak değerlendirerek hükmü bozmuştur.⁶⁹

⁶⁸ As. Y. 3. D. 17.3.1998/170-168 tarih ve sayılı kararı.

⁶⁹ As. Y. Drl. Krl. 30.10.2003/93-89. Bu karara konu olayda:

Yapılan yargılama sonunda verilen mahkumiyet kararı sanık tarafından savunma hakkının kısıtlandığı belirtilip daha başka sebepler de gösterilerek temyiz edilmiş, hükmün eksik soruşturma yönünden bozulması üzerine askeri mahkeme ilk hükmü direnmiştir. Direnme hükmü sanık tarafından temyiz edilmiştir.

As. Yargıtay Daireler Kurulu şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

CMUK'un 138. maddesi; "maznun on beş yaşını bitirmemiş olur yahut sağır veya dilsiz veya kendisini müdafaa edemeyecek derecede cismi veya dimaği maluliyeti

Bir diğer farklılık sanığın yaşıdır. CMUK'ta sanığın yaşının on sekizden küçük olması müdafii tutulmasını zorunlu kılmaktadır. Buna karşılık 353 sayılı Kanun mahkemece yaş küçüklüğü nedeniyle müdafii tutulmasını on beş yaş koşuluna bağlamıştır. Bu konuda askeri yargıya intikal etmiş

bulunursa ve müdafii de yoksa, kendisine mahkemece bir müdafii tayin edilebilir. " şeklinde bir düzenleme içermekteyken ; 1.12.1992 gün ve 21422 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 3842 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile söz konusu madde ile yeniden düzenlenmiş ve " Yakalanan kişi veya sanık müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse talebi halinde baro tarafından kendisine bir müdafii tayin edilir. Yakalanan kişi veya sanık on sekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa talebi aranmaksızın kendisine bir müdafii tayin edilir. " halini almıştır.

353 sayılı Kanun'un 87. maddesinin ilk fıkrası : "Sanık on beş yaşını bitirmemiş olur veya sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede beden ve akılcı sakat bulunursa ve müdafii de yoksa kendisine askeri mahkemece bir müdafii tutulabilir." şeklinde olup CMUK'da yapılan değişikliğe paralel bir düzenleme 353 sayılı Kanun'da yapılmamış, CMUK'un 138. maddesinin eski haliyle uyumlu olan düzenleme, 353 sayılı Kanun'un 87. maddesinde korunmuştur.

CMUK 138. maddesinde yapılan değişiklik birkaç noktaya ilişkin olmakla birlikte, özellikle konumuzla ilgili olan kısmı, "... edilebilir" kelimesi yerine "... edilir" kelimesinin kullanılmasıdır. Değişikliğe ilişkin madde gerekçesinde; belirli haller için "mecburi müdafilik" sistemine geçildiği belirtilmiştir. Her ne kadar 353 sayılı Kanun'da bu doğrultuda bir değişikliğe gidilmemiş ise de, adil yargılanma hakkının istisna gözetilmeksizin Anayasamızda yer alması karşısında, kod kanun niteliğindeki CMUK'da yapılan esaslı değişikliklerin, özel ceza usul yasası mahiyetindeki 353 sayılı Kanun bakımından da uygulama alanı bulabileceğinin, yada 353 sayılı Kanun'un ilgili maddesinin uygulanmasında bu değişikliğin etken bir unsur olarak göz önüne alınabileceğinin kabulü gereklidir.

Somut olayda; hakkında düzenlenen sağlık raporunda "... fikren ve bedenen çalışarak hayatını kazanamaz, vasi tayini gerekir, silah taşımaması ve bulundurmaması sakıncalıdır..." şeklinde tespitler bulunan ve TCK'nın 47. maddesinden yararlanabileceği belirtilen sanığın, davanın açılmasından itibaren başka garnizona atama görmesi nedeniyle asıl yargılamayı yürüten askeri mahkemenin huzuruna hiç çıkmadığı, her ne kadar istinabe mahkemesinde sorgusu yapılmış ise de, sanığın rahatsızlığı konusunda her hangi bir bilgisi olmayan istinabe mahkemesi hakimlerinin, sanığın kendisini savunma yetisi bulunup bulunmadığı hususunda değerlendirme yapmasının beklenemeyeceği, kaldı ki kendisini savunabilecek sıhhatte olduğu yönünde intiba uyandırsa dahi, söz konusu rapor uzman kurul tarafından hazırlanmış objektif ve bilimsel bir veri niteliği taşıdığından, hakim tarafından öncelikle bu raporun nazara alınması gerektiği, raporda belirtilen rahatsızlığın derecesine ve sonuçta varılan karar göre, vasi tayini gereken sanığın kendisini savunamayacağının kabulünün hukuka ve hakkaniyete uygun olacağı kanısına varılmıştır.

Askeri mahkemenin, sanığa müdafii atayıp savunma makamını oluşturduktan ve savunmaya zaman ve imkan tanıdıktan sonra yargılamayı yürütmesi gerekirken 353 sayılı Kanun'un 87. maddesini göz ardı ederek ve bu konuda her hangi bir değerlendirme yapmaksızın nihai hükmünü kurması savunma hakkının kısıtlanması olarak nitelenmiştir

bir olaya rastlamadık. Ancak, bize göre, böyle bir durumda, yani sanığın on sekiz yaşından küçük, fakat on beş yaşından büyük olması halinde askeri mahkemenin yapacağı şey, sanığın çocuk sayılacağını da göz önüne alarak talebi olsun olmasın, ona bir müdafii tayin edilmesi için durumu baroya bildirmek ve bir müdafii tayin edilmesini sağlamak olmalıdır.

c. Müdafii sayısının sınırlandırılması;

Bu konuda CMK'da bir sınırlama yoktur. Ancak soruşturma evresinde ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir.⁷⁰

353 sayılı Kanun hazırlık soruşturması sırasındaki sorguda müdafii bulundurmaya kabul etmediği için, müdafii sayısını da düzenlememiştir. Bununla beraber 85. maddenin son fıkrasında savaş halinde müdafilerin sayısının sınırlanabileceği belirtilmiştir. Burada müdafilerin sayısını takdir hakkı mahkemeye aittir.

d. Müdafii olarak seçilebilecek olanlar;

CMUK'un 137. maddesinde; "*Müdafii avukatlık ve dava vekilliği etmeğe kanuni yetkisi olan kimselerden intihap olunabilir.*" denilmekte iken CMK'da benzeri bir hükme yer verilmemiştir. Fakat bu Kanun'un "*Tanımlar*" başlıklı 2. maddesi 1-c'de Müdafii kavramının, "*şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı*" ifade ettiği belirtilmiştir. Bu hükümden, müdafinin yalnızca avukatlardan seçilebileceği, başka bir ifadeyle avukatlık mesleğinden olmayanların ceza muhakemesinde müdafilik yapamayacakları sonucuna varılmaktadır.

353 sayılı Kanun'un 86. maddesinde: "*Müdafii, avukatlık veya dava vekilliği etmeye kanunen yetkili olan kimselerden tutulur.*"

Askeri mahkemenin bulunduğu yerde avukatlık veya dava vekilliği etmeye kanunen yetkili kimse yoksa, hukuk fakültesini bitirmiş subaylar (Askeri hakim ve askeri savcı ile yardımcıları hariç) ve bunlar da yoksa diğer subaylar müdafii tutulabilirler.

Subaylar, savunmayı kabul etmeleri için en yakın amirinin iznini almak zorundadırlar. Askeri mahkemenin doğrudan doğruya tutacağı müdafiler, askeri mahkemenin bulunduğu yerde olan veya askeri mahkemeye en yakın bulunan barolar ile haberleşilerek seçilir. Bunlar hizmetten kaçınamazlar." şeklinde bir hüküm yer almaktadır.

⁷⁰ CMUK 136/2 de; "*Zabıta amir ve memurları tarafından yapılacak sorgulama işlemlerinde, ancak bir müdafii hazır bulunabilir. Cumhuriyet Savcılığı işlemlerinde bu sayı üçü geçemez.*" hükmü yer alıyordu.

Bu düzenlemeye göre, askeri mahkemenin bulunduğu yerde avukatlık veya dava vekilliği etmeye kanunen yetkili kimse yoksa, hukuk fakültesini bitirmiş, fakat askeri hakimlik sınıfına geçmemiş olan sınıf subayları da müdafilik yapabileceklerdir. Hukuk fakültesini bitirmiş subay yoksa bu takdirde diğer subaylar da müdafiler olarak seçilebilecektir.

Bu hüküm CMK'nın 2. maddesindeki tanımla çeliştiği gibi, savunma hakkının esasına da aykırıdır.⁷¹

Diğer taraftan, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 26.2.1970 tarih ve 1238 sayılı Kanun'la değişik 35. maddesine göre de "*Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek ,yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.*

Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler." hükmünü taşımaktadır.

Bu hükümler, 353 sayılı Kanun'un 86. maddenin subayların müdafilik yapmalarına olanak sağlayan hükümlerini yürürlükten kaldırmamış olmakla beraber, bugün için askeri mahkemelerin bulunduğu her yerde il bazında baro teşkilatı bulunduğu gibi, askeri mahkemenin bulunduğu yer dışındaki baroya kayıtlı olan avukatların da müdafiler olarak seçilebilmelerine yasal bir engel bulunmadığından, subayların müdafiler olarak seçilebileceklerine ilişkin hükümler uygulanabilirliğini tamamen yitirmiştir. Günümüzde bu hükümler, hukuken yürürlükte olsa bile fiilen uygulanmamaktadır.

Esasen bu hükmün konuluş amacı, müdafiler tutmak isteyen, fakat askeri mahkemenin bulunduğu yerde avukat olmaması veya ekonomik durumunun müdafiler seçmeye elvermemesi sebebiyle, bundan yoksun kalan sanığın müdafileriz kalmasını önlemek, ona savunma imkan ve kolaylığı sağlamaktır. Bu husus madde gerekçesinden de anlaşılmaktadır.⁷²

⁷¹ 353 sayılı Kanun'un 86. maddesinde yer alan ve subayların müdafiler olarak seçilebilmelerine olanak sağlayan bu hüküm CMUK'un 137. maddesiyle de çelişiyordu.

⁷² Madde gerekçesinde şu hususlara yer verilmiştir: Bu madde "As. MUK'un 206. maddesine mütenazır ve CMUK'un 137. maddesine uygun olarak yazılmış, askeri mahkemelerin kurulduğu yerlerde avukat ve dava vekillerinin bulunabileceği tabii görüldüğünden subayların müdafileriz yapması yalnız avukat ve dava vekili bulunmayan yerlerdeki askeri mahkemeler için kabul edilmiştir. Askeri mahkemelerde askeri hakim ve savcıların müdafileriz kabul etmeleri Anayasa'nın 134. maddesi muvacehesinde ve bilhassa askeri icaplar bakımından mahzurlu görülmüştür.

Hukukçu olmayan kişinin müdafî sıfatını alabilmesi, askeri suçların genellikle askerlik mesleği ile ilgili olması ile açıklanabilir. Ancak meslekten olmayan ve hukuk öğrenimi görmemiş kişilerin sanığın müdafîliğini yapması, “ceza muhakemesinde müdafînin varlığının biçimsellikten öte bir anlam taşımaması demek olacağı gibi; onun, hukuk bilgisi açısından, yargılama ve iddia makamları karşısında aşağı düzeyde kalmasına ve sanığın gerektiği gibi savunulmamasına neden olacağı” belirtilerek eleştirilmiştir.⁷³ Ayrıca, hukuk formasyonu olmayan bir kişinin, bu görevi yeterli bir biçimde yerine getirmesinin mümkün olmadığı belirtilerek, savunuculuk yapmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmüştür.⁷⁴ Gerçekten de hukuk öğrenimi görmemiş olması sebebiyle yeterli hukuk bilgisine sahip olmayan bir kimsenin savunma yapması halinde Sözleşme’de öngörülen “silahların eşitliği” ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

Kaldı ki, 86. maddenin son fıkrası, askeri mahkemece tutulacak müdafilerin avukatlar arasından seçileceklerini öngörmektedir. Bu nedenle biz de “her iki durumda bir suç isnadı altında olan sanık olduğuna göre, birisine avukatın, diğerine bir subayın müdafîlik yapmasının eşitliği bozacağı ve bu durumun adil yargılanma hakkının gerçekleşmesine engel olacağına ilişkin görüşe aynen katılıyoruz.”⁷⁵ Bu nedenle yasanın gözden geçirilmesi sırasında 86. madde hükmü değiştirilerek bu ayırım kaldırılmalı ve subayların müdafîlik yapabileceklerine ilişkin hüküm madde metninden çıkarılarak CMK ile paralellik sağlanmalıdır.

e. Müdafîlik sıfatının kazanılması;

Her iki usul kanunumuz müdafiden bahsederken bunların vekaletnameyi haiz olma şartını aramamış, böyle ve buna benzer bir kayıt getirmemiştir. Ancak bir avukatın sanık müdafîi olabilmesi, sanıkla birlikte duruşmaya gelmesi ve sanık tarafından hakim huzurunda müdafî olarak kabul edilmesine bağlıdır. Böylece müdafîlik sıfatını kazanan bir kimsenin yardımcısı olduğu sanığın açık arzusuna aykırı olmamak şartıyla kanun yollarına da başvurabileceği CMK’nın 261 (CMUK 290), 353 sayılı Kanun’un 196/2. maddelerinde kabul edilmiş bulunmaktadır.

Bu konuda uygulamada görülen tereddütler Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı’yla giderilmiştir. Bu Karar’a göre, vekaletnamesiz müdafîin hükmü temyiz etmesi halinde, sanığın açık bir muhalefeti bulunmuyorsa bu istemin geçerli sayılması gerekmektedir.⁷⁶

⁷³ N. Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, s. 79; S. Keskin, *a.g.e.*, s. 163.

⁷⁴ S. Donay, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, s. 165.

⁷⁵ S. Donay, *a.g.e.*, s. 166.

⁷⁶ YİBK, 20.10.1975 tarih ve 1975/7-9 sayılı Kararı.

Askeri Yargıtay, baroda kayıtlı avukatın sanığın yokluğunda yapılan oturumlara yazılı vekaletnamesi olmadığı halde müdafî sıfatıyla kabul edilmesini usul hükümlerine aykırı bulmakla beraber, daha sonraki oturumlara sanıkla birlikte katılmış olmasını, mahkemeye sunmuş olduğu dilekçelerde de “avukat olduğunu gösteren iş adresi, telefonu ve vergi sicil numarası yazılı antetli kağıt kullanmasını” ve bu kişinin avukat olduğu konusunda askeri mahkemece hiçbir kuşkuya düşülmemiş olmasını dikkate alarak, müdafîlik sıfatını kazandığını kabul etmiş ve bu avukatın temyiz istemini geçerli saymıştır.⁷⁷ Buna karşılık özel hukuk davasında davacı yada davalıyı özel vekaletnameye dayanarak temsil eden, fakat vekaletini aldığı kişinin sanık olduğu ceza davasında yargılamanın hiçbir aşamasına katılmayan avukatın, müdafî sıfatının bulunmadığı ve sanık adına temyiz kanun yoluna başvurma hakkı olmadığı sonucuna varmıştır.⁷⁸

Askeri Yargıtay bir başka kararında ise 86. maddenin birinci fıkrasında “Müdafî, avukatlık veya dava vekilliği etmeye kanunen yetkili kimselerden tutulur.” hükmünü dikkate alarak, yargılama sırasında vekaletnamenin okunduğuna ve usule uygun müdafîlik tespiti yapıldığına dair duruşma tutanaklarında herhangi bir kaydın bulunmamasını, müdafîlik sıfatının kazanılmasına etkili görmemekle beraber usule aykırı bulmuştur. Yargıtay’a göre vekaletname sunan bir kimsenin yasanın aradığı niteliklere sahip olup olmadığı ancak bu belge vasıtasıyla öğrenilebilir. Bu nedenle vekaletname okunarak yasaya uygun müdafîliğin bulunduğu tespit edilmelidir.⁷⁹ Bir başka olayda da; sanığın, duruşma sırasında avukat tuttuğunu bildirerek buna dair vekaletname ve onun tarafından hazırlanan yazılı savunma sunması üzerine, bu avukatın sanık vekili olarak duruşmaya kabulü hakkında bir karar verilmemiş olması yasaya aykırı görülmüştür. Ayrıca sunulan yazılı savunmanın okunmaması ve buna ekleyecek bir şeyi olup olmadığının sanıktan sorulmaması ile sanığın vekaletname sunmasından sonra yapılan oturumlara çağrılmaması savunma hakkının kısıtlanması olarak değerlendirmiştir.⁸⁰

⁷⁷ As. Y. 3. D. 5.3.1996 tarih ve 1996/22-118 sayılı Kararı.

⁷⁸ As. Y. Drl. Krl. 8.4.1999 tarih ve 1999/55-70 sayılı Kararı.

⁷⁹ As. Y. 3. D. 26.9.2000 tarih ve 2000/531-530 sayılı kararı. vekaletname sunan bir kimsenin yasanın aradığı nitelikleri taşıyıp taşımadığını bu belge vasıtasıyla öğrenilebildiğini, dolayısıyla bu belgenin okunup yasaya uygun müdafîliğin bulunduğu tespitinin, uygulamada, “davaya müdafî olarak kabul kararı” şeklinde ortaya çıktığından, somut olayda...???

⁸⁰ As. Y. 4. D. 19.2.2002 tarih ve 2002/171-167 sayılı Kararı. Bu Karar’da müdafîliğine karar verilmeyen avukatın müdafîlik sıfatını kazandığı kapalı da olsa kabul edilmiş ve temyiz istemi geçerli sayılarak inceleme yapılmıştır.

Ceza yargılamasında adli yardım nedeniyle baro tarafından görevlendirilen müdafinin vekaletname sunması gerekip gerekmediği, adli yargıda uygulamada tartışmaya neden olmuş ise de yaptığımız araştırma sonunda askeri yargıda böyle bir olay yaşandığına dair bir bilgi edinemedik.⁸¹

Kanaatimizce, Avukatlık Kanunu'nun 179/2. maddesinde yer alan *"Bu yükümlülük ilgilinin gerekli belge ve bilgileri isteğe rağmen vermemesi veya vekaletname vermekten kaçınması halinde sona erer."* hükmü ceza hakimini değil, müdafilik görevini veren baro ile görevlendirilen avukatı ilgilendiren bir hükümdür. Müdafii, baronun görevlendirme yazısı ile müdafilik yapma yükümlülüğü altına girmiş ve sanıkla birlikte duruşmaya katılmakla müdafilik sıfatını kazanmıştır. Görevlendirme yazısını sunması ise onun müdafilik yapabilecek bir kimse *"avukat"* olduğunu gösteren açıklayıcı bir belgedir. Bu şekilde baro tarafından tayin edilen müdafinin görevinin hangi halde son bulacağı CMUK'un 156/3. 353 sayılı Kanun'un 87/2. maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Bu hükümlere göre baro tarafından tayin edilen müdafinin görevi, sanığın sonradan müdafii seçmesi halinde sona erer. Bu itibarla sanığın vekaletname vermemesi, belki müdafii için, bu görevden çekilmesi konusunda bir hak doğurabilir; yoksa mahkemece müdafinin görevinin sona erdiği şeklinde yorumlanamaz. Kaldı ki sanığın, devlet tarafından tayin olunan mecburi müdafii reddetme yetkisi yoktur. Vekaletname mecburiyeti getirildiği takdirde tayin edilen müdafii beğenmeyen sanığın vekaletname vermemek suretiyle yeni müdafiler talep edebileceğini de kabul etmek gerekir ki bu durum adli yardım kurumunun amacına ters düşecektir.

9. Şüpheli veya Sanığın Müdafii ile Görüşme Hakkı

A. Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Düzenleme

Sözleşme'ye göre müdafii ile görüşme hakkı, sadece tutuklu olan sanığa değil, henüz sanık sıfatını almamış olan, fakat suç şüphesi nedeniyle yakalanıp gözaltına alınan şüpheliye de tanınmıştır. Bu hak usul kanunlarımızda da düzenlenmiştir.

CMK'nın 149/3. maddesi hükmüne göre; Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz.

⁸¹ *Bülten*, İzmir Barosu yayını, Yıl: 12, S. 132, Eylül/Ekim 2002 s. 10-12

154. maddesine göre de; Şüpheli veya sanık, vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz.⁸²

B. 353 Sayılı Kanun'a Göre Tutuklu ile Müdafinin Görüşmesi

Bu hak, 353 sayılı Kanun'un 91. maddesinde, yalnızca tutuklu sanık bakımından düzenlenmiştir.

Kural olarak tutuklu, müdafii ile her zaman görüşebilir ve haberleşebilir. Ancak bunun iki istisnası vardır.

Bunlardan biri, tutuklunun müdafii ile haberleşmesinin engellenmesi, diğeri ise haberleşmenin kısıtlanmasıdır.

Maddenin 1. fıkrasında, iddianame askeri mahkemeye verilmeye kadar sanığın bilmesi uygun görülmeyen hususların kendisine duyurulmasının askeri savcı tarafından yasaklanması hali düzenlenmiştir. Burada askeri savcı, hazırlık soruşturmasının selameti ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesi bakımından sanığın duymasını sakıncalı gördüğü bilgilerin kendisine duyurulmasını yasaklamaktadır.

Bu hüküm, CMUK'un 3842 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmadan önceki 144. maddesindeki düzenlemeyle kısmen benzerlik arz etmektedir. Tek fark, yasağı koyan makam bakımındandır.

Maddenin 2. fıkrasında ise, iddianamenin askeri mahkemeye verilmesine kadar sanık ile müdafinin görüşmesinde askeri savcı ve yardımcısının hazır bulunması düzenlenmiştir.

Bu fıkrada, askeri savcı veya savcının sanıkla müdafinin görüşmesi sırasında hazır bulunması tutuklama sebebine bağlanmıştır. Askeri savcı bu uygulamayı gerekli görürse iddianamenin askeri mahkemeye veril-

⁸² Bu konu CMUK'un 136/2. maddesinde; "Zabıtaca yapılan soruşturma da dahil olmak üzere, soruşturmanın her safhasında müdafinin, yakalanan kişi veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz." şeklinde düzenlenmiştir.

144. maddede de yakalanan kişi veya tutuklunun müdafii ile görüşme koşulları hüküm altına alınmıştır.

Bu maddeye göre yakalanan veya tutuklu bulunan kişi vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duymayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz.

mesine kadar sürdürecektir, yada belirli bir süre veya işlemle sınırlı tutma yetkisine sahiptir.

Yasaklama müdafii ile görüşmeye değil, haberleşmeye ilişkin olmakla beraber uygulama, görüşme yasağı koymak şeklindedir. Bunun başka türlü olması da düşünülemez. Çünkü, 2. fıkrada görüşme sırasında askeri savcı veya yardımcılarının hazır bulunmaları düzenlendiğine ve amaca bu şekilde ulaşılması mümkün olduğuna göre, sanığın bilmesi uygun görülmemeyen hususların kendisine duyurulmasının ayrıca düzenlenmesine de gerek yoktur.

Madde ile tutuklu sanığın müdafii ile her zaman görüşebilmesi ve haberleşebilmesinin ilke olarak kabul edildiği, ancak bu hakkının kötüye kullanılabilmesi düşüncesiyle bu ilkeye bazı kısıtlamalar getirildiği ileri sürülmüştür.⁸³

Kanaatimizce kısıtlama yetkisinin de kötüye kullanılabilmesi gözden uzak tutulmamalıdır. Mevcut düzenleme son derece suiistimale müsaittir. Aynı soruşturmada bir savcı, suç ortağının itirafını, sanığın bilmesini uygun görmezken, bir başka savcı bunda sakınca görmeyebilir. Askeri yargıda dava alan bazı avukatlarla yaptığım görüşmelerde, bu yetkinin askeri savcılar tarafından farklı şekilde yorumlanarak kullanıldığını da öğrenmiş bulunuyorum. Diğer taraftan, asker kişi olan sanık bakımından, yasağın, hakim yerine askeri savcı tarafından konulmasının sebebinin anlamak gerçekten güçtür. Bunun açıklaması da yoktur; dolayısıyla eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu nedenle 91. maddenin CMK'nın 154. maddesine uygun şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiğinde savunma hakkı açısından zaruret vardır.

10. Müdafinin Evrakı İncelemesi

Müdafii dosyayı inceleme yetkisi ve bunun sınırları CMK'nın 153. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre; Müdafii, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Müdafii dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, yetki kısıtlamasına gidilemez. Müdafii, Cum-

⁸³ H. Özbakan, *Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu* 1. Cilt, s. 459.

huriyet Savcılığı' nca iddianamenin mahkemeye verildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir.

Bu haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır.

Müdafiin dava evrakını incelemesi, 353 sayılı Kanun'un 90. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde CMUK'un 143. maddesinin karşılığıdır ve söz konusu maddenin 3842 sayılı Kanun değişikliğinden önceki düzenlemeyle aynıdır. Buna göre *"müdafi iddianamenin askeri mahkemeye verilmesinden itibaren davaya ait her çeşit evrakı incelemek ve dosyadan istediği evrakın birer benzerini almak hakkına sahiptir."*

Bundan önce de soruşturmanın amacını bozmayacağı anlaşılırsa soruşturmaya ait her çeşit evrak ve belgeleri incelemesi için müdafie izin verilir.

Sanığın sorgusuna ait tutanak, bilirkişi raporları ve sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ait tutanakların müdafî tarafından incelenmesine hiçbir vakit karşı konulamaz."

Savaş halinde, soruşturmanın amacını bozmayacak olsa bile, hazırlık soruşturması sırasında müdafiin evrakı incelemesine izin verilmeyebilir.

Bu hakkın kısıtlanması CMUK madde 143'de de öngörülmüştü; tek farkla ki kısıtlama ancak hakim kararıyla mümkündü. Bu maddeye göre müdafiin hazırlık evrakını incelemesi veya suret alması soruşturmanın gayesini tehlikeye düşürecek ise, Cumhuriyet Savcısı'nın talebi üzerine sulh hakimi kararıyla hazırlık soruşturması sırasında bu hak kısıtlanabilecektir.

353 sayılı Kanun'daki mevcut düzenlemenin uygulamada önemli sakıncalar yarattığı görülmektedir. En basit suçlarda bile hazırlık soruşturması sırasında müdafiin dosyayı incelemesine askeri savcılar tarafından müsaade edilmediği meslektaşlarımız tarafından sohbetlerimiz sırasında sık sık dilde getirilmektedir. Müdafiin inceleme talebine karşı, askeri savcının soruşturmanın amacını bozacağı belirtilerek talebin reddedilmesi durumunda müdafiin, kamu davasının açılmasını beklemekten başka hukuken yapabileceği hiçbir şey yoktur. Özellikle takdir yetkisinin soruşturmayı yürüten askeri savcıya tanınmış olması ve buna karşı bir kanun yolunun öngörülmemiş olması, bu yetkinin keyfi olarak kullanılmasına imkan vermesi sebebiyle, son derece sakıncalı ve tehlikelidir. 91. madde için söylediklerimiz ve düşüncelerimiz, bu madde için de geçerlidir. Bu itibarla 90. maddede de CMUK 143'e uygun olarak değişiklik yapılmalı, bu hakkın kısıtlanması yetkisi askeri mahkemeye verilmelidir. Bu yetkinin askeri mahkemenin

hakim sınıfından bir üyesine verilmesi çabukluk sağlayacağı için, kısıtlama yetkisinin zaman kaybına ve soruşturmanın uzamasına neden olacağı gibi bir görüş de ileri sürülemeyecektir.

11. Müdafilik Sıfatını Kazanmanın Diğer Sonuçları

Müdafilik sıfatının kazanılması müdafii açısından bir kısım ödevler ve haklar doğurur. Burada müdafii ödevleri üzerinde durmayacağız. Müdafii ödevlerine aykırı davranması daha çok sanıkla müdafii arasındaki ilişkiyi etkiler. Bununla beraber müdafii duruşmadan çekilmesi halinde, talebi halinde sanığa başka bir müdafii tutması için gerekli süre ve imkan tanınmalıdır. Bu imkan gerekirse duruşma bir başka güne bırakılmak suretiyle sağlanmalıdır. Aksi takdirde sanığın müdafii yardımından yararlanmak hakkı, dolayısıyla da savunma hakkı kısıtlanmış olur.

Savunma hakkı her ne şekilde kısıtlanmış olursa olsun, adil yargılanma hakkına değer veren bir hukuk devletinin ceza muhakemesinde, bu kısıtlamanın hüküm bakımından önemsiz olduğunun ileri sürülmemesi gerekir. Savunma hakkının kısıtlanması her zaman için önemlidir.⁸⁴ Bununla beraber savunma hakkının ne zaman kısıtlanmış olduğunu, ne zaman kısıtlamadan söz edilemeyeceğini her olayda ayrı ayrı belirlemek gerekir.

Sanığın yokluğunda yapılan duruşma sırasında müdafilikten çekilme ve duruşma günü sanığa bildirilmeli ve istediği takdirde sanığa kendisine bir müdafii tutması için zaman ve imkan tanınmalıdır. Müdafii müvekkilinin talimatıyla savunma görevinden çekildiğini bildirirse bile bu konuda dava dosyasında bilgi ve belge yoksa, bu çekilme sanığa bildirilmeden ve ona müdafii tutma imkanı tanınmadan bir hüküm ifade etmez. Bu imkan tanınmadan duruşmaya devam olunması Sözleşme'ye aykırılık oluşturacağı gibi, savunma hakkını da kısıtlayacağından bozma sebebi teşkil eder.

Nitekim Askeri Yargıtay, Avukatlık Kanunu'nun 41/1. maddesinde yer alan "*Belli bir işi takipten veya savunmadan isteği ile çekilen avukatın o işe ait vekalet görevi, durumun müvekkiline tebliğinden itibaren on beş gün süre ile devam eder ...*" hükmü gereğince sanık müdafii çekildiğinin ve duruşma gününün sanığa tebliği yoluna gidilmeden, sanığın yokluğunda yargılamasının sürdürülmesi ve hüküm kurulmasının savunma hakkının kısıtlanması olarak değerlendirmiştir.⁸⁵

⁸⁴ S. Keskin, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*, 1997, s. 155.

⁸⁵ As. Y. 1. D. 21.5.2003 tarih ve 2003/514-510 sayılı Kararı.

Bir başka olayda da Askeri Yargıtay, müvekkilinin talimatı üzerine savunma görevinden çekildiğini, sanığın bulunmadığı bir sırada mahkemeye verdiği bir dilekçeyle bildiren avukatın, Avukatlık Kanunu'nun 41/1 ve 171/1. maddeleri hükümlerini dikkate alarak ve sanığın avukatını azlettiğine ve müdafilikten çekilmenin sanığa bildirildiğine dair dosyada herhangi bir bilgi ve belgenin bulunmaması nedeniyle, müdafilik görevinin devam ettiğine ve bu müdafinin duruşmalara katılmasının sağlanmamasının savunma hakkının esaslı surette kısıtlanmasına yol açtığını içtihat etmiştir.⁸⁶

A. Müdafinin Çağrılması ve Duruşmada Bulunmak Hakkı

Müdafinin duruşmaya çağrılması, Sözleşme'nin sanığa tanıdığı "*müdafii vasıtasıyla savunma hakkı*"nın doğal bir sonucudur. Duruşmaya gelmeyen bir müdafinin sanığı gerektiği gibi savunması mümkün değildir.

Diğer taraftan müdafii, müdafilik görevini kabul etmekle veya mahkemeye müdafii tayin edilmekle, müdafii bakımından savunma görevini sonuna kadar ve dürüstlikle yapma ödevi de doğar. Müdafinin bu ödevini yerine getirebilmesi de ancak duruşmaya katılması ve takip etmesiyle mümkün olabilir. Bu bakımdan müdafinin duruşmaya katılma hakkı ve yetkisi, yargılama makamı bakımından duruşmaya çağırma, duruşma gün ve saatini ona bildirme yükümlülüğü olarak ortaya çıkar.

Gerçekten de 353 sayılı Kanun'un 121. maddesi: "*Müdafii gerek askeri mahkemeye tutulmuş olsun gerekse sanık tarafından seçilip de askeri mahkemeye bildirilmiş bulunsun, sanık ile birlikte çağrılır.*" hükmünü içermektedir.

Müdafinin duruşmaya çağrılması, duruşma hazırlığı evresinde Askeri Mahkeme Kıdemli Hakimi'nin görevidir. Bu görev duruşmaya ilk kez başlanırken olduğu gibi, bozmadan sonraki duruşma hazırlığı evresi için de söz konusudur.

Duruşmaya çağrılan, fakat mazereti nedeniyle bu oturuma katılamayan müdafii de, duruşmaya mazereti nedeniyle katılmadığını bildirmiş olması kaydıyla, duruşmaya yeniden çağrılmalıdır. Müdafii mazereti nedeniyle duruşmaya katılamamış ve mazeretini yazılı olarak bildirmesine rağmen, kendi kusuru dışında bu bildirim mahkemeye ulaşmadığı için askeri mahkemeye daha sonra yapılan oturumlara çağırılmamış veya mazeretsiz olarak duruşmaya gelmediği kanısına varılarak müdafinin yokluğunda hüküm kurulmuş ise, bu durum savunma hakkının kısıtlanmasıdır. Askeri

⁸⁶ As. Y. 3. D. 9.4.2002 tarih ve 2002/328-325 ve aynı Daire'nin 28.12.1999 tarih ve 1999/841-839 sayılı Kararı.

Yargıtay bir davada, bir başka mahkemede müdafii olarak katıldığı duruşmanın uzaması nedeniyle duruşmaya yetişemediğini mahkemenin yazı işleri müdürüne telefonla bildiren ve bunu mahkemeye sunduğu tutanakla kanıtlayan müdafii, bu durum araştırılmaksızın mazeret dilekçesi vermediği gerekçesiyle duruşma ertelenmeksizin ve esas hakkındaki iddiaya karşı savunma imkanı tanınmeksizin sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesini savunma hakkının kısıtlanması olarak görmüştür.⁸⁷

Sanığın duruşmada hazır bulunması kendisi açısından “hem bir yükümlülük hem de bir haktır. Bu hak sanığın savunmasını doğrudan doruya yapabilmesi açısından önem taşır. Bu nedenle yasada belirtilen istisnalar dışında, sanık olmaksızın duruşma yapmak ve hüküm vermek savunma hakkının kısıtlanması demektir.”⁸⁸ Bu bağlamda, var olan müdafii çağrılmaması, müdafisiz yargılama yapılmasının savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurduğu gerek öğretide gerek yargı kararlarında duraksamasız bir biçimde kabul edilmiştir.⁸⁹

Sanık birden fazla müdafii yardımına başvurmuş ise bunların tamamının duruşmaya çağrılması gerekir. Sanık yargılama sırasında tek müdafii yardımına başvurmuş iken temyiz sırasında ikinci bir müdafii daha tutmuş ise bozmadan sonra yapılacak duruşmaya, kanun yolu davasına katılan vekaletnameli müdafii de çağrılmalıdır. Bu müdafie bozma ilamı tebliğ edilmemiş ve duruşma günü de bildirilmemiş ise, bu durum savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur.⁹⁰ Meğer ki sanık, savunmasını müdafilerden adını verdiği bir avukatın yapacağını mahkeme huzurunda bildirmiş olsun.

Talebe uygun olarak istenilen müdafie tebligat çıkarılmış ve bu müdafii de savunma yapmış ise, kanaatimizce savunma hakkının kısıtlanması söz konusu değildir. Hatta bu gibi durumlarda sanığın birden fazla müdafii yardımından yararlanmak hakkından vazgeçip tek bir müdafii yardımını istediği sonucuna varılmalıdır.

⁸⁷ As. Y. 5. D. 7.5.1997 tarih ve 1997/167-308 sayılı Kararı.

⁸⁸ S. Keskin, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*, 1997, s. 156.

⁸⁹ Bu konuda çok sayıda karar mevcuttur. Y. 6. CD, 9.4.1996/3961-3904, 25.4.1984/2189/3362; 10. CD, 18.5.1993/1175-6154; As. Y. 3. D. 21.5.2003/685-655, 5.2.2002/124-122, 25.2.1986/27-47, 3.12.1969/626-609 5. D. 6.6.2001/339-331 sayılı kararlar.

⁹⁰ B. Kantar, *Ceza Muhakeme Usulü*, 4. bası, 1957, s. 211; O. Yaşar, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, 1998 s. 817; As. Y. Dr. Krl. 11.7.2002 tarih ve 2002/67-67 sayılı kararında; Sanığın birden fazla müdafii yardımına başvurması durumunda mahkemenin bu yardıma engel olacak şekilde bir davranışa girmesinin, bozmadan sonra yapılan duruşmaya, bu oturumda direnme kararı da verilse bir kısım müdafileri çağırmasının savunma hakkını kısıtladığı kabul edilmiştir.

Bu konuda 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 11. maddesine yer alan "Vekil vasıtasıyla yapılan işlerde tebligat vekile yapılır. Vekil birden çok ise bunlardan birine yapılan tebligat yeterlidir." hükmünü içerdiği belirtilerek birden fazla müdafinin bulunması durumunda müdafilerden birine tebligat çıkarılmış ve bu müdafinin savunmasını yapmış ise, savunma hakkının kısıtlanmasından söz edilemeyeceği görüşü de ileri sürülmüştür. Sanık her iki müdafinin de duruşmada bulunmasını istiyor ise diğer müdafinin hazır bulundurulmasından kendisi sorumludur. Bu görüşte olanlara göre, toplumsal savunmanın bütünlüğü asıl olup müdafinin sayısının savunma makamından söz edilemez (As. Y. Drl. Krl. azınlık görüşü).

Sanık, istinabe suretiyle sorguya çekilmiş ve istinabe olunan mahkemeye sanığın müdafii de katılmış ise, hüküm mahkemesinde yapılacak olan daha sonraki oturumlara müdafinin çağırılması, bu suretle duruşmada hazır bulunma imkanının sağlanması gerekir. Müdafinin duruşmaya çağırılmaması, savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur.⁹¹

Bozma üzerine yapılan duruşma sonunda bozma ilamına uyulmasına karar verilmesinden sonra yapılan oturumlara gelen ve askeri mahkemece müdafii olarak duruşmaya kabulüne karar verilen sanık müdafii askerî savcının esas hakkında iddiasını bildirmesinden sonra savunma için söz verilmesi gerekirken, sanığın savunması ve son sözü yerine dosyada mevcut ifadelerinin okunulması ile yetinilerek hüküm kurulması da savunma hakkının kısıtlanması olarak görülmüştür.

Direnme kararı verilse bile müdafie bozma ilamına karşı diyeceklerini ortaya koyabilme imkanı sağlanmalı ve bu amaçla müdafie duruşma günü bildirilmelidir.⁹²

Keza sanık tarafından verilmiş vekaletnameye sahip olan ve mahkemece de müdafii olarak davetiye ile duruşmaya çağırılan avukatın, usulüne uygun olarak yapılmış bir tebligat bulunmaması sebebiyle duruşma gün ve

⁹¹ As. Y. 3. D. 23.9.2003/987-983. Bu karara konu olan olayda: Hüküm mahkemesince sanığın duruşmadan varestede tutulmasını istediği takdirde sorgusunun yapılması için 3. Kor. Komutanlığı Askeri Mahkemesi'ne talimat yazılmıştır. Bu talimatta duruşmanın 19.6.2002 tarihinde yapılacağı da belirtilmiştir. Ancak, istinabe olunan mahkemece sanığın sorgusu 20.9.2002 tarihinde yapılabilmektedir. Sanık istinabe mahkemesine müdafii ile birlikte gelmiş ve müdafii sorgu sırasında hazır bulunmuştur. Mahal mahkemesinde sanığın sorgusu 30.10.2002 tarihinde okunmuş ve dosyada mevcut deliller okunup diğer usulî işlemler tamamlandıktan sonra aynı gün hüküm kurulmuştur. Aynı mahiyette As. Y. 3. D. 21.5.2003/658-655

⁹² As. Y. Drl. Krl. 26.3.1998 tarih ve 1998/37-47 ve 18.1.1996 tarih ve 1996/3-2; As. Y. 3. D. 20.12.2001 tarih ve 2001/1116-1109 sayılı kararları.

saatinden bilgi sahibi olmaması, müdafinin yardımından yararlanmak hakkının ihlalidir ve bu hakkın kullanılmasına imkan tanınmaması savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur.⁹³

Müdafii, adresinden ayrıldığı için davetiyenin tebliği ve dolayısıyla duruşma gününün bildirilmesi mümkün olamamış ise, müdafinin yeni adresi bildirilmiş olmak kaydıyla bu adrese tebligat çıkarılması gerekir. Meğer ki müdafilikten çekildiğine veya sanık tarafından azledildiğine dair dosyada bilgi mevcut olsun.⁹⁴

Askeri mahkemece, yasal zorunluluk bulunmamasına rağmen, sanığın hazır bulunduğu duruşmada askeri savcının esas hakkındaki mütalaası ile bir sonraki duruşma gününün sanık müdafisine tebliğine karar verilip davetiye çıkarılmıştır. Ancak davetiye, tebliğ memuruna duruşma günü geçtikten sonra gelmesi nedeniyle, tebliğ memuru tarafından tebligat yapılmadan iade edilmiştir. Bir sonraki oturumda, sanık müdafisine tebligat çıkarıldığı, fakat müdafinin gelmediği duruşma tutanağına geçirilip sanığa son sözü sorulduktan sonra hüküm kurulmuştur. Bu durum sanığın, müdafinin yardımından yosun bırakılması olarak değerlendirilmiştir.⁹⁵

Duruşmaya katılan sanık müdafisine savunmasını yapması için söz verilmeden, yalnızca sanığa savunması ve son sözü sorulmak suretiyle hüküm kurulması halinde de sanığın, "müdafinin yardımından yararlanma hakkı" ihlal edilmiş olur.⁹⁶

B. Müdafinin Kanun Yoluna Başvurması

Her iki usul kanunumuzda da müdafii, sanığın açık arzusuna aykırı olmamak şartıyla, ondan bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkına sahiptir (353 sayılı Kanun m. 196/3; CMK m. 261). Sanık birden çok müdafinin yardımına başvurmuş ise, kanun yoluna başvurma bir müdafii veya sanık

⁹³ As. Y. 3. D. 5.2.2002 tarih ve 2002/124-122; Bu karara konu olayda, dava dosyasında vekaletnamesi bulunan sanık avukatına duruşma hazırlığı aşamasında duruşma gün ve saatinin bildirilmesi için davetiye çıkarılmış, ancak tebligat, duruşma günü geçtikten on beş gün sonra yapılmıştır. Bu nedenle müdafii, sanığın sorgusunun yapıldığı oturuma katılmamıştır. Bu oturumda tanıklarla ilgili talimat cevaplarının beklenilmesinde ve mazeret bildirilmeden duruşmaya katılmayan sanık müdafinin duruşma gününü mahkeme kaleminden öğrenmesine karar verilerek duruşma ileri bir tarihe bırakılmıştır. Duruşma gün ve saatinden haberi olmayan sanık müdafii belirlenen gündeki duruşmaya da katılmamış ve onun yokluğunda hüküm kurulmuştur.

⁹⁴ As. Y. 2. D. 6.11.2002 tarih ve 2002/972-970 sayılı kararı.

⁹⁵ As. Y. 2. D. 7.5.2003 tarih ve 2003/559-549 sayılı kararı.

⁹⁶ As. Y. 5. D. 4.4.2001 tarih ve 2001/206-205 sayılı kararı.

tarafından süresinde yapılmış olmak kaydıyla, diğerlerinin verecekleri layiha veya savunma dilekçeleri kanun yolu merciince dikkate alınmak zorundadır. Ancak, sanık tarafından azledilmiş olan avukata yapılan tebligat yok hükmünde olduğundan, böyle bir kimseye yapılan tebligat kanun yolu süresini başlatmaz ve bu müdafie kanun yoluna başvurma hakkı vermez.⁹⁷ Keza, birden fazla müdafii bulunması durumunda müdafilerden birine yapılan tebligat, süreyi başlattığı için, süresi içinde kanun yoluna başvurulmamış ise süre geçtikten sonra diğer müdafie yapılacak tebligat, kanun yoluna başvurma için yeni bir hak doğurmaz.

Buna karşılık, müdafii duruşmada şifahi olarak yada vereceği bir dilekçe ile müdafilikten çekildiğini beyan etmediği, sanık da aynı suretle müdafii azletmediği sürece, müdafii sıfatının devam ettiğini kabulde zorunluluk vardır. Bazı karinelere hareket edilerek vekaletin sona erdiğinin kabul edilmesi, müdafii vasıtasıyla kullanılacak birçok haktan sanığın yararlanamaması sonucunu doğurur ki savunma hakkını kısıtlayan bu duruma izin verildiğinin kabulü mümkün değildir. Keza müdafiiin davayı takipten vazgeçtiğine dair askeri mahkeme yazı işleri müdürü tarafından tutulan ve müdafiiin imzasını taşımayan nota itibar edilmesine imkan yoktur. Dolayısıyla sanıktan bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı bulunan müdafie, sanığın yüzüne karşı tefhim edilmiş olsa bile, yokluğunda verilen hükmün müdafie tebliği zorunludur (CMK m. 291 (2)). Bu durumda sanık hükmü temyiz etsin etmesin, kendisine tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde, müdafiiin de hükmü temyiz etmeye hakkı vardır.⁹⁸

Müdafii temyiz kanun yoluna başvurmuş ise tebliğnamenin müdafie ve sanığa tebliği gerekir (CMK m. 297/3). Yalnızca sanığın temyize gelmesi halinde, sanıktan başka varsa müdafie de tebligat çıkarılması şarttır. Tebligat sanık ve müdafiiin dava dosyasından belirlenen son adreslerine yapılması halinde geçerlidir (CMK m. 297/4).⁹⁹

⁹⁷ As. Y. 3. D. 30.10.1996 tarih ve 1996/622-621 sayılı kararı. Bu davada hazırlık aşamasında müdafii bulunan sanık, yargılama aşamasında ikinci bir müdafii tutmuş ve hükmün askeri Yargıtay tarafından bozulmasından sonra askeri mahkemeye gönderdiği dilekçe ile karar ve tebligatların son tuttuğu müdafie yapılmasını istemiş, bu arada ilk müdafii de müvekkil ile arasındaki iletişim kopukluğu nedeniyle istifa ettiğine dair mahkemeye faks çekmiştir. Hüküm her iki avukata da tebliğ edilmiş, fakat yalnızca istifa ettiğini bildiren hazırlıkta seçilen müdafii tarafından temyiz edilmiştir. Askeri Yargıtay 3. Dairesi yukarıda açıklanan gerekçelerle azledilen bu müdafiiin hükmü temyiz etme hakkı bulunmadığı sonucuna vararak temyiz istemini reddetmiştir.

⁹⁸ As. Y. Drl. Krl. 25.10.1990 tarih ve 1990/142-120 sayılı kararı.

⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., yukarıda isnadı öğrenme hakkı (tebliğnamenin tebliği) s. 18.

Burada müdafinin kanun yoluna başvurma hakkıyla doğrudan ilgili olmamakla birlikte Askeri Yargıtay'ın kanun yoluna başvurma süresinin başlaması konusunda savunma açısından son derece önemli bir kararına değinmek istiyorum. Askeri Yargıtay Daireler Kurulu Kararı'na konu olayda, sanığın yokluğunda verilen hüküm, birlikte oturduğu babasına 18.2.2003 tarihinde tebliğ edilmiş, sanık 28.2.2003 tarihli dilekçeyle hükmü temyiz etmiştir. Daire, istemin süre dışında yapıldığı gerekçesiyle istemin reddine karar vermiştir. İtiraz üzerine konuyu inceleyen Daireler Kurulu, geçerli bir tebligat bulunmaması sebebiyle temyiz isteminin süresinde olduğu sonucuna varmıştır. Askeri Yargıtay bu kararında şu görüşlere yer verilmiştir:

Anayasa'nın 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la değişik 40. maddesinin ikinci fıkrasında; *"Devlet, işlemlerinde, ilgiliye bu işlemlere karşı hangi kanun yollarına ve mercilere başvurulacağını ve sürelerini göstermek zorundadır."* şeklinde bireyler lehine yeni bir düzenleme yapılmış ve 4709 sayılı Kanun teklifinin, 40. maddeyi değiştiren 16. maddesinin gerekçesinde *"Bireylerin yargı yada idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkan sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece günlük mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerinin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir."*

Bu hüküm, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 232. maddesinin 2. fıkrasında, hüküm fıkrasında bulunması gereken hususlardan biri olarak sayılmıştır. 353 sayılı Kanun'un 174 ve 180. maddelerinde de benzeri hükümlere yer verilmiştir.

174/son maddede; hazır bulunan sanığa kanun yollarının ve usullerinin (bu arada süresinin) anlatılacağı, 48. maddede de bilhassa er ve erbaşların yüzüne karşı verilen kararların anlayacakları surette tefhim olunacağı, öngörülmesi karşısında, yüze karşı verilen kararlarda ilgiliye kanun yolu, şekli ve süresinin anlatılacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak sanığın yokluğunda verilen kararların tebliğinde bu hususların bildirilip bildirilmeyeceği konusunda bir açıklık yoktur.

Her ne kadar Anayasa'nın 11. maddesi hükmü karşısında, m. 40/2 düzenlemenin yargı organlarını da bağlayacağı, CMK'da bu madde paralelinde düzenleme yapıldığı da dikkate alınarak, sanığın yokluğunda verilen hükümlerde kanun yolu, mercii ve süresinin gösterilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Bu hususların kararda yer almaması halinde bu eksikliğin; *"kanun yolu, mercii ve süresi"* kararın bildirim maksadıyla çıkarılan tebliğ mazbatasına yazılmak suretiyle giderilmesi mümkündür. Bu bildirim yapılmamışsa ortada geçerli kazai bir tebligatın bulunduğu ve sanığın

kanun yollarına ilişkin haklarını bildiği halde bundan vazgeçtiğinden, dolayısıyla süresi içinde temyiz isteminde bulunmadığından söz edilemez. Dileğimiz yeni düzenlemede bu konuda 353 sayılı Yasa'ya hüküm konulması ve tereddütlerin giderilmesidir.

Diğer taraftan, kanun yoluna başvurma imkanı, sanığın adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken temel haklardan biridir. Bu hakkın kendisine bildirilmemesi, sanığın "Haklarını Öğrenme Hakkı"nın ihlaline yol açar. Somut olayda, sanığa yukarıda açıklanan biçimde geçerli bir tebligat yapılmamıştır. Sanık anayasal haklarından mahrum bırakılmıştır. Bu nedenle temyiz isteminin süresinde olduğunu kabul etmek gerekir.¹⁰⁰

VI. SONUÇ

1. Askeri Hakimlerin Statüleri bağımsızlıkları sağlanacak şekilde yeniden düzenlenmelidir.

Ceza muhakemesinin gayesi, adil yargılanma ve savunma haklarına riayet ederek maddi gerçeğin açığa çıkarılması suretiyle, adil cezaya hükmetmek ve uygulamaktır. Bunun için, Anayasa'da da yer alan ve hukuk devletinin gereklerinden olan mahkemelerin, dolayısıyla hakimlerin bağımsızlığı sağlanıp güvence altına alınması şarttır. Ayrıca yargılama hukukuna ilişkin kurallar, adil yargılanma ilkesi ve sanık hakları göz önünde tutularak düzenlenmiş olmalıdır.

Askeri ceza yargılamasının gayesi de bundan farklı değildir. Çünkü; askeri suçların büyük bir bölümünü disiplin ihlalleri oluşturur. Asker kişilerin suç işlemesi veya bir askeri suçun işlenmesi disiplini bozar. Bu nedenle suç işlediği iddia edilen asker kişinin yargılanmasında bozulan disiplinin yeniden sağlanması ve korunması açısından zaruret vardır.

Suç işlenmekle bozulan askeri disiplinin yeniden sağlanıp korunması ise, ancak bağımsız ve tarafsız bir mahkemede sanık hakları gözetilmek suretiyle yapılan dürüst bir yargılama sonunda, gerçek suçluların ortaya çıkarılıp adil bir cezaya mahkum edilmeleriyle mümkün olabilir.

Bu nedenle, askeri mahkemelerin bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması, sanık yönünden olduğu kadar, disiplin açısından da önemlidir.

357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nu ile askeri hakimler hakkında getirilen hakim güvenceleri, adli yargıda görevli hakimlere göre yetersiz-

¹⁰⁰ As. Y. Drl. Krl. 23.10.2003 tarih ve 2003/91-85.

dir. Askeri hakimlerin atama, terfi ve disiplin işlerinin bağımsız bir kurul tarafından yapılarak hakim bağımsızlığını sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesine ihtiyaç vardır. Bu bağlamda, Askeri Hakimler Yüksek Kurulu oluşturularak askeri hakimlerin -yüksek mahkeme üyeleri hariç- atama, terfi, disiplin işleri bu kurul tarafından yürütülmelidir. Bu yetki Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na da verilebilir. Bu takdirde, askeri hakimlerle ilgili hususlarda Kurulun, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyeleri arasından bu mahkemelerin genel kurullarınca belirlenecek yeterli sayıda üyenin katılması suretiyle toplanması uygun olacaktır.

2. Teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amirinin soruşturma emri verme yetkisi, soruşturma emri vermemesi hali yargı denetimine imkan verecek şekilde yeniden düzenlenmelidir.

3. Subay üye askeri mahkeme kuruluşundan çıkarılmalıdır.

Askeri mahkeme kuruluşunda yer alan subay üyenin, seçimi, statüsü ve görev süresi askeri hakimlerde olduğu gibi, bağımsızlık ve objektif tarafsızlığını sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmeli veya tek hakimli askeri mahkemelerin varlığı ve bu mahkemelerde subay üyelerin bulunmaması da dikkate alınarak subay üyeler askeri mahkeme kuruluşundan çıkarılmalıdır. Çünkü tek hakimle bakılan davalarda subay üyenin bulunmaması, bunların askeri mahkeme kuruluşunda bulunmasının sebebinin askerlik hizmetinin gerekleriyle açıklanmasını imkansız kılmaktadır.

Subay üyenin askeri mahkeme kuruluşunda kalması düşünüldüğü takdirde, bunların seçiminin nezdinde askeri mahkeme kurulan kıta komutanı tarafından değil, bugün Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde görev yapan kurmay subayların seçiminde olduğu gibi, Genelkurmay Başkanı'nın göstereceği adaylar arasından Cumhurbaşkanı'nca en az dört yıl veya daha fazla bir süre için seçilmeleri veya bağımsız görünümünü sağlayacak bir başka seçim sistemi geliştirilmelidir.

4. General ve amirallerin yargılanmaları Askeri Yargıtay tarafından yapılmalıdır.

Asker olmayan üst düzey yöneticilerin görevlerine ilişkin suçlarından dolayı yargılamaları Yargıtay İhtisas Dairesi'nde yapılmaktadır. General-amirallerin görevleri sırasında işledikleri suçlarla görevlerinden doğan suçlara ilişkin davalara Askeri Yargıtay'da bakılmak suretiyle hem bu sakınca ortadan kaldırılmış, hem de emsalleriyle paralellik sağlanmış olur. Ayrıca Yüksek Mahkeme üyelerinden oluşan beş kişilik kurul yerel askeri mahkemeye göre sanıklar bakımından daha güven vericidir.

5. Disiplin mahkemeleri bağımsız bir yapıya kavuşturulmalıdır.

Disiplin mahkemelerinin hiçbir teminata sahip olmayan, nezdinde disiplin mahkemesi kurulan kıta komutanı veya kurum amiri tarafından seçilen subaylardan oluşması, komutanın emri ve onun tespit edeceği üyelere toplanması sebebiyle, bağımsız ve tarafsız bir görünüm vermekten uzaktır. Üyeler ne kadar objektif ve tarafsız davranırlarsa davransınlar, bu görünümü ortadan kaldırmak mümkün değildir. Ayrıca bu mahkemelerden verilen hükümlerle ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gidilmesi halinde, ülkemizin gereksiz yere tazminata mahkum edileceği de gözden ırak tutulmamalıdır. Çünkü disiplin mahkemelerince verilen oda hapsi cezalarının hizmetten sayılmaması sebebiyle adil yargılanma hakkının disiplin suçu sanığını da kapsadığı doktrinde ve AİHM'ce kabul edilmektedir.

Bu nedenle disiplin mahkemelerinin kuruluşu değiştirilmeli yada bu mahkemelerde görev yapacak subay üyelerin seçiminde de askeri mahkemelerde görev yapan subay üyeler için önerdiğimiz sistem uygulanmalıdır.

Kanaatimizce, bu mahkemelerin tek hakim subaydan oluşan bir yapıya kavuşturulması hem mahkemelerin bağımsızlığını sağlayacak, hem de yargılama hatalarını ve hak ihlallerini en alt seviyeye indirecektir.

6. 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu paralelinde yeniden düzenlenmeli

Soruşturma ve kovuşturma evrelerinde askeri yargıda uygulanması mümkün olan, tanıklık ve bilirkişilikle ilgili hükümler, usul hukukumuzda yeni giren şüpheli veya sanığın beden muayenesi, kadının muayenesi, moleküler genetik incelemesine, gözaltı süresine, elkoymaya, iletimin denetlenmesine ilişkin hükümlerle, iddianamenin iadesi ve kabulü kurumları 353 sayılı Kanun'a alınmalı veya atıf yoluyla CMK'daki hükümlerin askeri yargıda da uygulanmasına olanak sağlanmalıdır. Ancak adli kontrol ve uzlaşma gibi kurumların askeri yargıda uygulanmasının doğurabileceği sakıncalar gözardı edilmemelidir. Bununla beraber, savunma hakkını yakından ilgilendiren; sanığın sorguya çekilmesini düzenleyen 83., subayların müdafii olarak seçilebileceklerini düzenleyen 86., askeri mahkemece müdafii tutulmasına ilişkin 87., müdafii evrakı incelemesini düzenleyen 90. ve tutuklunun müdafii ile görüşmesini düzenleyen 91. maddeler, Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'ndaki hükümlere uygun olarak ve Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasında başlıcaları sayılan hakların kullanımına imkan

verecek şekilde ve İnsan Hakları Mahkemesi'nin getirdiği yorumlar dikkate alınmak suretiyle yeniden düzenlenmelidir.

7. Asker olmayan kişilerin askeri mahkemede yargılanması tabii hakim ilkesine aykırı olduğundan, göreve ilişkin hükümler yeniden düzenlenmelidir.

8. Devletin bildirim yükümlülüğüne işlerlik kazandırılmalıdır.

Anayasa'nın 40/2. maddesindeki hükme işlerlik kazandırmak amacıyla, hüküm fıkrasında yer alması gereken hususlara kanun yolunun mümkün olup olmadığı, kanun yolu mercii ve süresinin yazılması gerektiğine ilişkin olarak 353 sayılı Kanun'un 180. maddesine bir fıkra eklenerek bu konudaki boşluk doldurulmalıdır.

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Sözleşme	: İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme
477 S. K. (DMK)	: 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
YTCK	: 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
AYMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
RG	: Resmi Gazete
As. Yrg.	: Askeri Yargıtay
As. Yrg. DrI. Krl.	: Askeri Yargıtay Daireler Kurulu
CD	: Yargıtay Ceza Dairesi
İç Hz. K.	: Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu
İç Hz. Y.	: Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği
As. MKYUK (353 S. K.)	: 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu
m.	: Madde
YİBK	: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı
K	: Kanun

HUKUKUN OBJEKTİVİTE KAZANMA SÜRECİ

Doç. Dr. Bahir Güneş TÜRKÖZER*

İnsanlığın en önemli savaşımından biri de, hukuku bireysellikten kurtarma ve ona bir objektivite kazandırma uğrunda yaşanmıştır. Bu savaşım, hukuku bireysellikten, keyfilikten (yani sübjektiviteden) kurtararak onu objektif (nesnel, yansız) ilkeler temeli üzerinde yapılandırma ve her yer ve zamanda geçerli (evrensel) kılma çabasıdır.¹ Bu savaşımın ilk izlerini Eski Yunan'da, "eleştirel düşünce"nin kendini hissettirmeye başladığı dönemde (MÖ 7. yy.da) bulmaktayız. Egemen gücün, tebaa üzerinde uyguladığı buyruk ve kurallardan doğan yükümlülüğün, "haklı" ya da "adil" olup-olmadığı, bu dönemde sorgulanmaya başlanmıştır.

Felsefi düşüncenin gelişmeye başladığı MÖ 6. yy.dan itibaren, insan davranışları, davranış kuralları "değer" boyutunda incelenmeye ve evrensel geçerliliğe sahip "iyi" ve "haklı" davranışın temel ölçütleri, temel ilkeleri açıklanmaya çalışılmıştır. Bu yüzyıldan itibaren, bir yandan felsefenin insana dönük boyutu olan etik alanında, öte yandan site devletlerinde varlığı gözlenen yasa farklılıklarını ortadan kaldırmak amacıyla, evrensel ilkeler temelinde ve tüm site devletleri için geçerliliği olan "norm"un oluşturulması yönündeki çabalar dikkati çekmektedir. Bu düşünsel çabalar

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ Hukukun bilimsel kimlik kazanması, objektivitenin algılanması ile başlar; bu durum, hukukun, yasa koyucunun iradesi dışında bir varlığa sahip olması demektir. Şayet hukuk, salt yasa koyucunun iradesi, istem ve özlemleri olarak varlık kazansa idi, kaçınılmaz olarak bilimsel inceleme alanının dışında kalırdı. (Tarık Özbilgen, Tabii hukuk görüşünden Sosyolojik Hukuk Görüşüne, *İÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXX, S. 1-2, s.282.) François Geny'nin ifade ettiği gibi: "Pozitif hukukun üstünde hukuksal nitelikli bir takım kuralların varlığı kabul edilmez ise, yasa koyucunun her türlü keyfilğine, günübürlük efendilerin elinde oyuncak olma sonucuna katlanmak zorunda kalırız." (Hamide Topçuoğlu, 20. yy Tabii Hukuk Rönesansı, İstiklal Matbaacılık, Ankara-1955, s. 49).

kısa sürede ürünlerini vermiş ve ilk çağ insanı “doğal hukuk” düşüncesine (idesine) ulaşmıştır.

Doğal hukuk düşüncesi, hukukun objektivite kazanması sürecinin ilk ve önemli düzeyini ifade eder. Doğal hukuk, salt felsefi bir temel üzerinde oluşmuş ve akla dayalı soyut ilkeler demeti olarak anlam kazanmıştır. Bu nedenle, doğal hukuk düşüncesi (idesi), felsefi nitelikli bilgiyi kaçınılmaz kılmıştır; öyle ki, bu felsefi temel, “norm”un biçimini değil salt içeriğini belirlemeye dönük ilkeler olarak anlam kazanmıştır.²

Doğal hukuk, eşyanın doğasında yer alan ve ancak akıl yoluyla kavranabilir bir hukuk düşüncesidir ve ilkeleri, eşyanın doğasına denk düştüğü içindir ki, “doğru” ve “adil” olarak nitelenir. Eşyanın doğası nitelemesi, dar anlamda, insanın yaratılış özelliği, yaşama biçimi ve içinde yaşadığı doğal ortamla etkileşimini deyimler.

Doğal hukukun değişmesi düşünülemez, bu anlamda mutlak ve idealdir; çünkü, doğal hukuk ilkeleri, insan doğası gibi değişmez bir nitelik gösterir. İnsanın gerçek doğasını niteleyen ve onu diğer canlılardan ayırt eden şey, akıl ve bilinç sahibi olmasıdır; bu nedenle doğal hukuk, ancak insan aklına ve bilincine uygun nitelik gösteren hukuktur. Pozitif hukukun üstünde bir hukuk düşüncesi vardır ki, o da doğal hukuktur. Doğal hukuk, “pozitif hukuk”un yegane kaynağıdır; bu anlamda, doğal hukuka uygunluk göstermeyen pozitif hukuk “meşruluk” (légalité) temelinden yoksun demektir. Bu anlamda doğal hukuk, İlkçağ’dan itibaren, egemen iradeyi (yasa koyucuyu), objektif ve evrensel nitelikli etik değerlerle sınırlandıran bir hukuk anlayışı olarak anlam kazanmıştır.

İlkçağ felsefesi içinde önemli bir yer tutan Stoacılar’a göre, doğada bütün insanlar eşittir. İnsanların eşitliği ilkesi, doğa yasalarının gereğidir ve doğa yasalarına uygunluktur. Site yasalarının sağladığının dışında, insanın doğadan gelen bir iç özgürlüğü vardır ve bunun güvence altında tutulması, hukuk düşüncesinin varlık nedenidir. Doğal hukuk düşüncesi, İlkçağ’da, insanın doğasında var olan eşitlik ve özgürlük değerlerinin korunması temelinde objektivite kazanmıştır. Özgür ve eşit birey ideali, mağrur Roma vatandaşının beklentilerine denk düşmüş ve doğal hukuk düşüncesi ilk uygulama boyutunu (hukuk sistemini) Roma da kazanmıştır. Denilebilir ki, İlkçağ dönemine ilişkin doğal hukuk düşüncesi ilk kez Eski Yunan’da farkedilmiş, oradan Roma’ya geçmiş ve etkinliğini 5. yy.a kadar devam ettirmiştir.

² Hukuka biçim açısından objektivite kazandırılması konusunu, tartışma alanının dışında tutmak istedik; çünkü, objektivite, salt biçimde değil içerikte saklıdır; çünkü irade, kendisini içerikte gösterir.

Ortaçağ'da, Tanrı iradesi ve buyrukları ile katı bir dinsel içerik kazanmış olan hukuk düşüncesi, aklın dini ilkelere bağımlı kılınması sonucunu yaratmış; aklın, baskıdan kurtulması ve özgürleşmesi süreci, ancak Rönesans ve Reform Hareketleri'yle mümkün olabilmıştır.

Doğal hukuk düşüncesi 17. yy.dan itibaren yeniden belirmeye başlamış, akıl yoluyla algılanan matematik ilkeler nasıl değişmez ve mutlak bir nitelik taşıyorsa, doğal hukuk düşüncesinin de geçerli ve mutlak olduğu ifade edilmiş (Hugo Grotius, 1583-1645) ve bu yüzyılda "*Rasyonalist Doğal Hukuk*" düşüncesine ulaşılmıştır. Grotius'a göre, doğal hukuk değişmez esaslara sahiptir; matematik ilkeler ve doğa yasaları gibi doğal hukuk ilkeleri de değişmez niteliklidir; öyle ki, Tanrı dahi doğal hukuk ilkelerini değiştiremez.³

Bireyci bir temele sahip olan Rasyonalist Doğal Hukuk, objektiviteyi, "*individualist*" bir yaklaşım üzerinde ve "*bireysel mutluluk*" amacıyla bulmuştur: Bireysel mutluluk, ancak bireysel otonominin (özerkliğin) ve doğuştan sahip olunan "*özgürlük*", "*eşitlik*" ve "*hak*" bilincinin korunmasıyla mümkündür. İnsanın doğuştan hak sahibi olduğu savı (iddiası), bu dönemin ürünüdür. İnsanın dokunulmaz, devredilmez, zamanaşımına uğramaz, mutlak ve ideal nitelikli haklara sahip olduğu tezi, bireysel otonomiye etkinlik kazandırmak, bireyi ve bireyselliği toplum içinde üstün ve öncelikli kılmak, bireysel iradeyi, özgür karar verme ve yargılama yetkisini etkin kılma amacına dönüktür. Bireyi, toplumda saygın kılma ve onu kendi/kendisinin efendisi konumuna getirmek yegane amaçtır.

Bacon, Descartes ve Galile'nin katkılarıyla gelişen Doğa Bilimleri'nin, önemli sonuçlara ulaşmış olması; toplumsal sorunlara kalıcı çözümler yaratma ve yeni bir toplum yapısı kurma arayışlarını ve toplumsal bilgiye olan ilgiyi artırmıştır. Doğa Bilimleri'nde uygulanan yöntemlerin toplumsal konulara da uyarlanması gerektiği yönündeki düşünceler genel kabul görmüş, bu yeni yaklaşım içinde, Doğa Bilimleri'nde geçerli olan "*analitik*" yöntemin toplumsal konulara da uyarlanması gerektiği düşüncesi önem kazanmıştır. Bu oluşum, 17 ve 18. yy düşünürlerinin toplumsal sorunlara yaklaşımını etkilemiştir; nasıl ki madde, en küçük yapı birimi olarak kabul edilen "*atom*" temelinde açıklanmış ise; toplum da (toplumsal yaşam gerçekliği de) en küçük yapı birimini oluşturduğu kabul edilen "*birey*" (soyutlanmış birey) temelinde açıklanmaya çalışılmıştır. Şayet, soyutlanmış bireyin (insanın) doğal yapısı ve nitelikleri hakkında kesin

³ Sadri Maksudi Arsal, *Hukuk Felsefesi Tarihi*, Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayını no: 15, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1945, s. 169; Tarık Özbilgen, *a.g.m.*, s. 298.

bilgiye ulaşılabilir ise, hem toplumsal ilişkilerde düzenleyici ilkelere hem de toplumun doğasına ilişkin açıklayıcı bilgilere ve geleceğin toplumunu kurmak için gerekli verilere ulaşılmış olacaktır. Bu açıdan 17 ve 18. yy. edebiyatı, insanın doğal yapısını algılamaya ve açıklamaya dönük etkili anlatımlarla doludur. Bu açıklamalar, insanın (soyut bireyin) gerçekliğine erişmek için, en ilkel insanın yaşam biçimi ve ortamını (“*Doğal Yaşam Hali*”ni-L’Etat de Nature) tasarlamaya ve tanımlamaya yönelmiştir.

Thomas HOBBS (1588-1679) a göre, “*doğal hal*”de insan, sürekli üstünlük kurmanın (egemen olmanın) sonsuz zevkini duyan bir varlıktır. “*Doğal hal*”de insan, istediği şeyi elde etmek ya da bu isteğini engelleyen, onu korku altında tutan her şeyi ortadan kaldırmak için sürekli bir savaş ortamında yaşar. Bu savaş ortamında, insan yaşamı önemini kaybetmiştir ve insana, her türlü aracı kullanma hakkını verir; bu durum, herkesin herkesle savaşımdır. Doğal yaşam hali, potansiyel bir çatışma halidir. Bu nedenle HOBBS a göre “*insan insanın kurdudur.*” İnsan, bu doğal yaşam halinden, ancak yönetme hak ve yetkisini devrettiği bir sözleşme sayesinde kurtulabilmiştir. Bu sözleşme sayesinde barış ve güvenliği sağlayacak olan bir dev (Leviatan) yaratılmıştır ki, devlet, bu ölümlü tanrıdan başka bir şey değildir.⁴

Rasyonalist doğal hukuk düşüncesine katkı sağlayan en önemli düşünürlerden birisi kuşkusuz Jean - Jacques Rousseau, (1712-1778)’dur. O, “*Doğal Yaşam Hali*”ni en etkili ve güçlü bir anlatımla tanımlayan ve kalıcı sonuçlar yaratan düşünürdür. Ona göre, doğal yaşam halinde insan, mutlak bir özgürlüğün tadını duyarak yaşamıştır. İnsan, hemcinslerinden bağımsız ve kendi başına yaşayan bir varlık olarak (soyutlanmış birey olarak) tanımlanmıştır. İnsan, doğada, özgür iradesini kullanabilmiş ve barış içinde yaşamıştır. Onun yegane özeni, kendi varlığını sürdürebilmek olmuştur. Doğa, tüm insanlara eşit davrandığı için, insanlar arasında herhangi bir fark oluşmamıştır. İnsan, doğada sınırsız ölçüde haklara sahip olarak yaşamıştır. Mülkiyet ve aile gibi bazı sosyal kurumların giderek varlık kazanması, insanı doğal yaşamdan uzaklaştırmıştır; bu durum, insanı daha çok özgürleştirmemiş aksine tamamen köleleştirmiştir; öyle ki, insan giderek kendisine yabancılaşmıştır.

Rousseau’ya göre, insanın kurtuluşu, yeniden doğal yaşam haline dönmekte yatar; ancak, bu artık olanaksızdır; çünkü, nasıl ki yetişkin bir

⁴ Thomas Hobbes, *Leviathan*, (çev. Semih Lim,) Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1993, s. 130 vd; Franck, Tinland, *La Notion de Droit Dans la Philosophie Politique de, Thomas, Hobbes - J. Lock et J. J. Rousseau, Archives de Philosophie du Droit, Tome: 34, Sirey 1989, s. 53 vd; Mete Tuncay, Batıda Siyasal Düşünceler Tarihi-2, V Teori, Ankara 1986, s. 186.*

insanın çocukluğuna yeniden dönmesi olanaksız ise, insanın doğal yaşam haline dönüşü de o ölçüde olanaksızdır. O halde çözüm, örgütlü toplumsal yaşama geçmektir; o da ancak “*Toplumsal Sözleşme*” (Contrat Sociale) sayesinde olabilir. Bu sözleşme ile, ilkel insan, doğal yaşam halinde sahip olduğu hakların bir kısmını topluma devredecek ve buna karşın, bir yandan güvenliğini sağlayacak, diğer yandan doğada sahip olduğu diğer tüm haklarını toplum içinde korumaya devam edecektir. Toplumsal sözleşmeye katılan insan, varlığının korunması için kolunun kesilmesine razı olan bir hasta gibi, haklarının bir kısmının korunması uğruna, kalan kısmının feda edilmesi gerektiğinin bilincine sahip olan insandır.⁵

Rousseau’nun güçlü anlatımları içinde yer alan ve Fransız toplumunda geniş yankılar uyandıran “*slogan*” ifadeler, Fransız İhtilali’nin oluşum sürecini derinden etkilemiştir:

“*İnsanlar özgür ve eşit doğarlar*”; “*İnsan, doğuştan özgür ve bağımsızdır ve doğadan gelme haklara sahiptir*”.

İnsanın toplum yaşamına geçmesiyle, doğadan ve doğuştan sahip olduğu hak ve özgürlüklere, “*zorba*” kişi ve yöneticiler tarafından el konulmuştur. İşte bu “*zorba*” yönetimlerin elinden “*doğal hakların*” kurtarılması, Rousseau tarafından insanlık onuru adına talep edilmiştir. Bu düşünceler kitlelere mal olmuş ve Fransız İhtilali bu düşüncelerin etkisi altında gerçekleşmiştir.

Rasyonalist doğal hukuk düşüncesi, Rousseau’nun katkısı ile dikkate değer bir düzeye erişmiştir. Öte yandan Fransız İhtilali’nin ürünü olan “*İnsan Hakları Bildirgesi*”, doğal hukuk düşüncesinin anıtsal bir örneği olarak anlam kazanmıştır. Bildirge’nin başlangıç maddelerinde yer alan ifadeler, adeta Rousseau’nun ifadeleri ile benzeşir:

- i. İnsan, özgür ve eşit doğar ve öyle kalır.
- ii. İnsanlar, doğadan ve doğuştan dokunulmaz, devredilmez, zama-naşımına uğramaz haklara sahiptir.
- iii. Siyasal toplulukların amacı, bu hakları korumaktır.
- iv. Hakların sınırı kanunla çizilir. Herkes kanun önünde eşittir.
- v. Hiç kimse gücünü kanundan almayan bir yetkiyi kullanamaz.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz., Jean - Jacques Rousseau, *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı*, (çev. Rasih, Nuri, İleri), Say Yayınları, İstanbul 1990; Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, (çev. Vedat Günyol,) Adam Yayıncılık, İstanbul 1982.

Bu tarihsel belgenin içerdiği önermeler sayesinde rasyonalist doğal hukuk anlayışı, toplumsal gelişmeleri, çağdaş sosyal ve siyasal kurumları derinden etkileyen bir niteliğe kavuşmuştur.

Doğal hakların toplumsal yaşamda gerçeklik kazanabilmesi, hakların karşılıklı olarak sınırlandırılması gereğini ortaya çıkarmış; böylece, bireysel (sübjektif) haklardan yola çıkarak objektif hukuka ulaşılmıştır. 18. yy, hukukun, doğal haklar temelinde, objektivite kazandığı bir yüzyıl olmuştur.

19. yy, sanayileşme (teknolojik gelişme ve ekonomik büyüme) olgusunun yarattığı birikim sayesinde, değişimin en hızlı yaşandığı ve beraberrinde toplumsal sorunların yoğunlaştığı bir dönem olarak anlam kazanır. Sözleşme özgürlüğü ve mülkiyet hakkının en geniş anlamda uygulama boyutu kazanmış olması, sanayi kapitalizmi ve ticaret burjuvazisinin, teknolojik gelişme, ekonomik büyüme ve sermaye birikimi oluşturması sonucunu yaratmıştır; ancak bu uygulama, üretime katılan sosyal taraflardan biri olarak işçi sınıfının, yaratılan zenginlik ve refahtan adil pay almaları sonucunu yaratamamıştır. İşçilerin insan onuruyla bağdaşmayan yaşama ve çalışma koşullarına ve sefalet ücretine mahkum edilmiş olmaları, sosyal barışı bozmuş, sınıfsal çatışmaları ve savaşimleri hızlandırmıştır.

Karşılaşılan toplumsal sorunların çözümü ve sosyal barış içinde kalıcı toplumsal düzen kurma arayışları, yeni bir bilim alanının oluşmasına ve giderek etkinlik kazanmasına ortam hazırlamıştır. Sosyoloji bilimi, 19. yy.da sanayileşme olgusunun yol açtığı toplumsal sorunların çözümüne katkıda bulunma gereksiniminden doğmuştur. Denilebilir ki çağdaş Sosyoloji Bilimi, insanın doğadan ve doğuştan hak sahibi olduğu tezinin temelinde yer alan “*soyut insan*” varsayımını eleştirmekle işe başlamış ve şu sorulara yanıt bulmaya çalışmıştır:

- i. İnsan haklarıyla birlikte doğabilir mi?
- ii. İnsan, gerçekte, doğuştan hak sahibi olabilir mi?
- iii. İnsan niçin borç ya da ödevleriyle birlikte doğmaz, sadece haklarıyla birlikte doğar?

August Comte (1789-1853)'un, bu sorulara verdiği yanıt dikkate değer önemdedir:

Ona göre, toplumsal olgunun, salt bireyci bir temelde açıklanması dayanaksız bir yaklaşımdır. Toplumsal yaşam, toplumdan soyutlanmış bireylerden değil, sosyal gruptan meydana gelir. Birey, biyolojik doğası

gereği ancak sosyal grup içinde yaşayabilir. Toplumsal yaşam, Rousseau'nun hayal ettiği gibi "*toplumsal sözleşme*" sonucu değildir; toplumsal yaşam, insan düşüncesinin ürettiği bir işbirliği ortamıdır, öyle ki toplumsal yaşamda gözlemlenen, bireyler arasındaki "*karşılıklı sosyal bağımlılık (l'interdépendance sociale)*" olgusudur.

Birey, mutlak bir üstünlüğe sahip değil, onun hakları, toplumun ona çizdiği statü sayesinde belirginlik kazanır. Bireyi, tüm toplumsal bağları ve kendisinden önceki kuşaklarla olan ilişkileri içinde kavramak gerekir. Toplumsallık, topluluk yaşamı içinde insanları bir arada bütünleştiren ve onları çözülmez bir dayanışma ilişkisi içinde birbirine bağlayan ilişkilerde somutlaşır. Bu dayanışma bağları içinde oluşan toplumsallık, bireye üstündür ve ona önceliklidir.

Topluluk yaşamı, kendine özgü güçleri sayesinde, bireyden belirli işlevleri yerine getirmesini bekler. Her birey, toplum içinde belirli bir işlevi (görevi) kendiliğinden ve sürekli olarak yerine getirmekle yükümlüdür. Birey, sahip olduğu bu toplumsal işlevi (görevi) yerine getirmekten kaçınmaz; aksi halde, toplumsal yaşam zarar görür. Birey, ancak yerine getirmekle yükümlü olduğu işlevin (görevin) gerektirdiği hak ve ödevlere sahiptir. Açıkça ifade edilebilir ki, "*kimse ödevini yapmaktan başka bir hakka sahip değildir*". Pozitif politik bir çağda, bireysel bilincin mutlak özgürlüğü gerçekleşmez. Bu çağda, (sübjektif) hak düşüncesi geri gelmez şekilde gözden kaybolmaktadır; çünkü, herkesin herkese yönelik ödevleri vardır.⁶

İnsanın toplumsal yaşama geçmeden önce, hemcinslerinden soyutlanmış olarak özgürlüğün ve bağımsızlığın tadını duyarak yaşadığı varsayılan, "*doğal yaşam hali*"nden kaynaklanan, toplumdan öncelikli ve ona üstün tutulan; adeta mutlak varlık tarafından yaratılan ve insan bilincine empoze edilen sübjektif hak kavramına (ve bu ölçüt temelinde oluşan rasyonalist doğal hukuk yaklaşımına) en güçlü eleştiriler Léon Duguit (1859-1928) tarafından getirilmiştir. Doğal hukuk anlayışına yöneltmiş olan bu güçlü eleştirilerden, yeni bir hukuk anlayışı ortaya çıkmıştır ki, bu "*Sosyolojik Hukuk Düşüncesi*"dir. Doğal hukukun soyut ve rasyonel niteliğine karşın, sosyolojik hukuk, somut gerçekliğe dayalı olarak, gözlem ve deneysel yöntem üzerinde oluşmuştur.

⁶ Comte Sistematiği hakkında bkz., August Comte, *Système de Politique Positive ou Traité de Sociologie*, tome:1, République Occidentale, Paris 1890; August Comte, *Pozitif Felsefe Dersleri*, (çev. Ümit, Meriç,) Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Dersleri, S. 19-20, İstanbul 1967, s. 217 vd.

Duguit'e göre, soyut insan tasarımı, katıksız bir düştür. Gerçekte insan, toplum yaşamından soyutlanamayan sosyal bir varlıktır. İnsan, toplumun bir üyesi olarak doğar, toplumun bir üyesi olarak yaşar ve o ancak topluluk halinde yaşayabilir; insan, toplumdaki var olmamasıdır, o ancak toplum içinde var olmuş ve toplum tarafından yaratılmıştır. Gerçekte insan bireysel bir varlık olduğu gibi, aynı zamanda sosyal bir varlıktır. Toplum kuşkusuz birey sayesinde vardır, ancak birey, sadece toplum içinde yaşayabilir. Doğal olarak bireysel hak ve ödevler, ancak toplumsal yaşam içinde varlık kazanabilir. İnsan, doğuştan hak sahibi olamaz ve daha önce sahip olmadığı hakları toplum yaşamına taşıyamaz. Toplum yaşamından önceki haklardan söz etmek, olmayan bir şeyden söz etmektir. İnsan, topluma girmeden önce hak sahibi olamaz; o ancak, topluluk yaşamına katıldığı ve sosyal ilişkiye girdiği ortamda hak sahibi olabilir.

İnsanın doğadan ve doğuştan haklara sahip olduğu tezi kabul edilemez; çünkü, soyut ve bağımsız yaşayan insanın hakları olamaz. Soyut insan tasarımından doğan mutlak ve ideal hak anlayışı bilim karşıtı bir hukuksal oluşumdur. Doğuştan sahip olunan hak anlayışı, çağdaş toplumların pozitif örgütlenmesi içinde yeri bulunmayan, geçerliği sona ermiş ve örnek oluşturma değeri olmayan, metafizik bir kurgulama ve skolastik bir kofluktan ibarettir.

Kuşkusuz bireysel otonomi (özerklik) saygındır, ancak toplumsal yaşamın bir unsuru olduğu ölçüde. Gerçekte insan, çevrili olduğu sosyal ortam düşüncesinden koparılamayan somut bir varlıktır. Toplumsal yaşam ilkel ve doğal bir olgudur ve hiçbir şekilde insan iradesinin istemine bağlı bir sonuç değildir. İnsanın toplumsal yaşamı, hayvanlar aleminde de görülen topluluk halinde yaşam olgusu ile aynı düzenin bir parçasıdır. İnsan, bireysel bir varlık olarak kavranmadan önce toplumsal bir varlık olarak kavranmak zorundadır.

Duguit'e göre toplumsal yaşam gerçekliğinden, yani sosyal olgudan çıkan "*hak*" değil, "*yükümlülük*"tür ("*ödev*" dir). Özgürlük, her şeyi yapabilme hakkı değil, toplum denilen bu muazzam yapı içinde, bireyin yerine getirmesi gereken bir "*sosyal fonksiyon*"dur. Sosyal fonksiyon olarak özgürlük, bireysel bir hak değil, bireysel bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük, önce bireysel benliği geliştirme, sonra da diğer bireylerin gelişimine engel oluşturmamak ödevi olarak somutlaşır.

Duguit'in çağdaş sosyolojik veriler üzerinde oluşturmaya çalıştığı "Objektif hukuk" yaklaşımı, rasyonalist doğal hukuku yadsıyan sonuçları yanında, kuşkusuz en önemli etkiyi, "Sosyal hukuk" düşüncesinin gelişimine yaptığı katkıda bulur.⁷

18. yy ürünü olan "soyut insan" varsayımı terk edilerek, "sosyal insan" gerçekliğinin benimsenmiş olması, hukuka, bilimsellik değeri taşıyan yeni bir objektivite düzeyi kazandırmıştır. Bu yaklaşım içinde, birey (insan) toplumdaki soyutlanmış olarak değil, salt toplumsal bir değer, toplumun vazgeçilmez bir unsuru ve toplumsal yaşamdan koparılamaz bir varlık olarak ele alınmıştır. 19. yy.ın bu yeni yaklaşımı içinde, "salt bireyselci" anlayış yerini "sosyal" anlayışa terketmiş; birey, soyut ve rasyonel niteliğini kaybederek, tüm toplumsal bağları ve sosyal gerçekliği içinde ele alınmıştır.

Bu durum, değişimi öngören düşüncenin bir fantezisi ya da rastlantısal bir oluşum olarak görülemez. Bu durum tümüyle sanayileşme olgusunun ve ekonomik devrimin bir ürünü olarak anlam kazanmıştır. Kapitalist ekonomi anlayışının egemen olduğu bu dönemde, proletarya için, salt bir birey olarak kalmanın, biçimsel ve soyut anlamda özgür ve eşit olmanın hiçbir önem taşımadığı, ancak ait olduğu sınıfla birlikte var olacağı ya da yok olacağı bilincine erişmiş olması dikkate değer bir öneme sahiptir. Serbest piyasa ekonomisinden toplu sözleşme esasında oluşmuş örgütlü bir ekonomik düzene geçiş, kapitalist sınıfa da, içinde yaşadığı topluma, sosyal olarak bağlı olduğu bilincini kazandırmıştır. Bu dönüşüm, bireyselci bir çağdan, sosyal bir çağa geçiş olarak algılanmış, hukuk da bu gelişmeyi izlemiş, doğal hukuk düşüncesinden ve Roma hukukundan çok az izler taşıyan, köklü bir devrimi yaşamıştır. Bu dönüşüm, sosyal hukuka yönelen bir evrim olarak ifadesini bulmuştur.⁸

Doğal hukuk, insanın soyut ve biçimsel olarak "özgür" olduğu düşüncesinden hareketle "sözleşme özgürlüğü" ilkesine ulaşmıştır. Bu özgürlük anlayışı, salt bir hukuksal biçim olarak kalmış ve sosyal olgunun doğasıyla bağdaşmamıştır. Bu biçimsel anlayış, ekonomik açıdan güçlü olanların, güçsüzlere karşı uyguladığı baskı ve üstünlük biçiminde gerçeklik kazanmıştır. Sosyolojik hukuk düşüncesi, dikkatleri insanların eşitsizliği olgusuna çekmiş ve hukuksal biçim ile sosyal olgu arasındaki karşıtlığı

⁷ Duguit Sistematiği için bkz., Léon Duguit, *L'Etat, Ancienne Librairie Thorin et Fils*, Paris 1901; *Le Droit Social le Droit Individuel et la Transformation de l'Etat*, Félix Alcan, Paris 1911; Bahir Güneş Türközer, *Toplumsal Gerçeklik Olarak Hukuk (Léon Duguit Sistematiği)*, Mars Mat., Ankara 1996.

⁸ Gustav Radbruch, *Du Droit Individualiste Au Droit Social, Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, Cahier Double no: 3-4, Recueil Sirey, Paris 1931, s. 387, 388.*

ortadan kaldırarak, sözleşme özgürlüğü ilkesinin yerine kollektif sözleşme özgürlüğü kavramını yerleştirerek; hukuksal biçim ile sosyal olgu arasındaki karşıtlıkları her alanda ortadan kaldırılmaya yönelmiştir.⁹ Sosyal hukuk öncelikle, bireyin somut gerçekliğini, sosyal konumunu, sosyal olarak güçlü ya da güçsüzlüğünü esas almıştır; ekonomik açıdan güçlü ya da korunmaya muhtaç konumların varlığına dikkat çekmiş; gücün aşırı kullanımını sınırlandırmış, zayıf olanları korumuştur. Sosyal hukukta birey, tüm sosyal ilişkisi içinde ele alınmış ve toplumun bir profili olarak anlam kazanmıştır. Sosyal hukuk, sosyal yükümlülükle uyumlu kullanılmayan sübjektif hakları sınırlandırmış; sosyal yükümlülük kapsamı içinde hak kavramı yeni bir içerik kazanmıştır. Bu dönüşümün ilk habercilerinden olan Weimar Anayasası şu ifadeye yer verir: “Mülkiyet, yükümlülüğü de beraberinde getirir, kullanımı genel yarara uygun olmalıdır.”¹⁰

Sosyoloji Bilimi'nin çağdaş bulgularını dikkate alarak, bilimsellik değeri taşıyan yeni bir objektivite düzeyine ulaşmış olan ve çağımıza damgasını vuran bu yeni hukuk yaklaşımı, salt bireysel yararı (çıkarı) yadsımış, toplumsal (kamusal) yarar ve toplumsal yükümlülük (ödev) gibi yeni kategorileri, temel göstergeler olarak, hukuk sistemi içine yerleştirmiştir. Bu yeni yaklaşım, bireye, toplum yararına ödevler yüklemekle kalmamış, aynı zamanda devleti, bireysel yararı olduğu kadar toplumsal yararı da (öncelikle) gözetmek yükümü altında tutmuş ve bu amaçla onu, yeni hukuksal olanak ve güçlü araçlarla donatmıştır. 20. yy.dan itibaren giderek gerçeklik kazanan sosyal hukuk düşüncesi, sübjektif hakkın mutlak, ideal ve dokunulamaz niteliğini ortadan kaldırmış; geçerli ve güvenilir bir objektivite temeli üzerinde, çağdaş hukuk sistemlerinin, yeniden yapılandırılması sonucunu yaratmıştır. Hukuk düşüncesine yapısal bir dönüşüm olarak yansımış olan sosyal hukuk, bireyi, tüm soyutluğu içinde değil, tüm varlığını toplumsallık bağları içinde kazanan somut birey olarak algılamıştır.

Bu çağdaş yaklaşım içinde hukuku, toplumun ve toplumsallığın dışında aramak olanaksızdır; ona, toplumsallığın dışında geçerli bir dayanak oluşturmak boş bir çabadır. Hukuk, gerçekte insan evriminin bir ürünüdür ve o bir sosyal olgudur, sosyal realitenin (toplumsal gerçekliğin) bir eseridir. Hukuk kuralının kökeni, ancak toplumsal yaşam içinde bulunabilir. Hukuk, devlete üstün ve ona öncelikli bir kurumdur. Bu objektivite düzeyinde, hukuk artık salt filozofik bir alan olmaktan çıkmış, sosyolojik bir içerik kazanmıştır. Bu nedenle, çağımızda, hukukun kökeni ve gerçekliği, biçimi ve içeriğini açıklamaya yönelik tüm çabalar, kaçınılmaz olarak, “Sosyolojik Bilgi” ye başvur-

⁹ Tarık Özbilgen, *Tabi Hukuk Görüşünden Sosyolojik Hukuk Görüşüne*, s. 302.

¹⁰ Radbruch, *Du Droit Individualiste Au Droit Social*, s. 390, 391.

mayı ve ondan yararlanmayı kaçınılmaz kılar. Gurvitch'in ünlü deyişi ile, "az sosyoloji hukuktan uzaklaştırır, çok sosyoloji hukuka yaklaştırır ..."

Denilebilir ki, çağdaş hukuk yaklaşımının sahip olduğu objektivite, bilimsellik değeri taşımakta ve ancak "Sosyoloji Bilimi" sayesinde algılanır ve açıklanabilir nitelik göstermektedir. Hukukun objektivite kazanma sürecinin, ideolojik nitelikli "felsefi" bilgi türünden, bilimsel nitelikli "sosyolojik" bilgi türü yönünde gelişim gösterdiğini, dikkate değer bir sonuç olarak saptamak gerekir. Böylece çağımızda hukuksal biçim (pozitif hukuk), sosyal olgu temelinde oluşturduğu içerik sayesinde yeni bir anlam düzeyine ve objektiviteye ulaşmıştır. Hukuk, bilimsellik değerine, tüm içeriğini sosyal gerçeklik temelinde bulan objektivite düzeyinde ulaşmıştır. Her devirde farklı bilgi türü ve içerikte kendini hissettiren bu süreç, dinamik bir nitelik göstermektedir; bu dinamik süreç, gelecekte, daima yeni objektivite alanlarını gerekli ve geçerli kılacak toplumsal dönüşümlerin yaşanacağı gerçeğini bize anımsatmaktadır. Hukuku algılamaya ve açıklamaya yönelik tüm çabalar, kaçınılmaz biçimde, hukukun objektivitesini ve onun değişim doğrultularını, bilimsel yol ve yöntemlerle, kavramaya zorunludur. Yasa koyucu da, geçerli objektivitenin bilincine yeterince sahip olmak yanında, yasanın, bireysel (sübjektif), keyfi, egemen iradenin istek ve özlemlerini yansıtan, salt iradeci (volontarist) bir yaklaşımı sergileme olasılığını da daima göz önünde tutmak yükümlülüğüne sahip olan kişidir.

KAYNAKLAR

- Arsal, Sadri, Maksudi, *Hukuk Felsefesi Tarihi*, Hukuk Fakültesi, Talebe Cemiyeti Yayını, no: 15, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1945.
- Comte, August, *Système de Politique Positive ou Traité de Sociologie*, Tome: 1, Republique Occidentale, Paris 1890.
- Comte, August, *Pozitif Felsefe Dersleri*, Çev. Ümit Meriç, Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Dersleri, S. 19-20, İstanbul 1967.
- Duguit, Léon, *L'Etat, Ancienne Librairie Thorin et Fils*, Paris 1901.
- Duguit, Léon, *Le Droit Social le Droit Individuel et la Transformation de l'Etat*, Félix Alcan, Paris 1911.
- Höbbes, Thomas, *Leviathan*, Çev. Semih, Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1993.

- Özbilgen, Tarık, "Tabi Hukuk Görüşünden Sosyolojik Hukuk Görüşüne", *İÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXX, S. 1-2.
- Radbruch, Gustav, *Du Droit Individualiste Au Droit Social*, Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, Cahier Double no: 3-4, Recueil Sirey, Paris 1931.
- Rousseau, Jean - Jacque, *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı*, Çev. Rasih Nuri İleri, Say Yayınları, İstanbul 1990.
- Rousseau, Jean - Jacque, *Toplum Sözleşmesi*, Çev. Vedat Günyol, Adam Yayıncılık, İstanbul 1982.
- Tinland, Franck, *La Notion de Droit Dans la Philosophie Politique de, Thomas Hobbes, J. Lock et J. J. Rousseau*, Archives de Philosophie du Droit, Tome: 34, Sirey 1989.
- Topçuoğlu, Hamide, *20. Yüzyıl Tabi Hukuk Rönesansı*, İstiklal Matbaacılık, Ankara 1955.
- Tuncay, Mete, *Batıda Siyasal Düşünceler Tarihi-2, V Teori*, Ankara 1986.
- Türközer, Bahir Güneş, *Toplumsal Gerçeklik Olarak Hukuk (Léon Duguit Sistematigi)*, Mars Mat., Ankara 1996.

YÜCE DİVAN VE SORUNLAR

Ömer Faruk EMİNAĞAOĞLU*

Yüce Divan görevini hangi makamın yerine getireceği ya da bu Divan'ın nasıl oluşacağı ülkemizde her zaman tartışılan ve üzerinde uzlaşamayan bir konudur.

1924 Anayasası döneminde Yüce Divan, Yargıtay Genel Kurulu'nun kendi üyeleri arasından seçtiği on bir yargıç ile Danıştay Genel Kurulu'nun kendi üyeleri arasından seçtiği on yargıç ile toplam yirmi bir yüksek yargıçtan oluşmakta; Divan ve başkan ile on dört üyesiyle toplanmakta, diğer altı kişi yedek üye olarak kalmakta idi. Yüce Divan, sürekli görev yapan bir organ olmayıp, TBMM tarafından gerek görüldüğünde, anılan şekilde oluşmaktaydı.

1961 Anayasası döneminde Yüce Divan görevi, Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir.

1982 Anayasası hazırlanırken Yüce Divan, üzerinde çok tartışılan bir konu olmuş; ancak bu görev sonuçta Yargıtay yerine yine Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir.

Yüce Divan, Cumhurbaşkanı'nı, Bakanlar Kurulu üyelerini, Yüksek Yargıçları ve Sayıştay Başkan ve üyelerini, görevle ilgili suçlardan dolayı yargılamaktadır. Anayasa Mahkemesi üyeleri, (gerek Anayasa Mahkemesi'ndeki gerekse Yüce Divan'daki) görevleri ile ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan'da yargılanmaktadır.

Bugün Anayasa Mahkemesi, on bir asıl ve beş yedek üye olmak üzere on altı kişiden oluşmaktadır. Yüce Divan, on bir kişi ile toplanmaktadır.

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı.

• Anayasa Mahkemesi üyelerine görevle ilgili suç ithamında bulunulması halinde, Anayasa Mahkemesi'nin görevlerine ilişkin 2949 sayılı Yasa uyarınca, bir Anayasa Mahkemesi üyesi önsoruşturmacı olmakta, soruşturma açılması halinde ise üç üye soruşturma kurulunda görevlendirilmekte; suçlananlar, bu kurulun kararı ile Yüce Divan'a sevk edilmektedir. Yüce Divan yargılamalarına, önsoruşturmacı ya da soruşturmacı üyeler katılmamaktadır. Bu durum, 5271 sayılı (yeni) CMK'nın 23/2. maddesinde ayrıca ifade edilmiştir. Bu bağlamda, iki üyeye görevle ilgili "*aynı olaya yönelik*" suç ithamında bulunulmuşsa, önsoruşturma ve soruşturma aşamasında görev alan üyeler de düşünüldüğünde, geride Yüce Divan'a katılmakta engeli olmayan on üye kalmaktadır ki, bu durumda Yüce Divan toplanamamaktadır. Ön soruşturma aşamasına gerek duyulmaması durumunda ise, üç üyeye görevle ilgili "*aynı olaya yönelik*" suç ithamında bulunulduğunda, geride yine on kişi kaldığından Yüce Divan toplanamamaktadır. Bu durum, sonuçta kişinin yargılanma hakkını elinden alan ve fiilen ortaya çıkan "*yargı engelidir*".

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'ne göre ise, soruşturma açılabilmesi (yani soruşturma kurulunun görevinin başlayabilmesi) için Anayasa Mahkemesi kararı gerekmektedir. Soruşturma açılabilmesi için İçtüzüğe göre Mahkeme'nin karar vermesi arandığında ise, 5271 sayılı CMK'nın 23/2. maddesi yönünden bir engel ortaya çıkmaktadır. 23/2. maddeye göre, soruşturma aşamasında görev alan yargıçlar, kovuşturma aşamasında görev alamamaktadır. Soruşturma açılması kararı da, bir soruşturma işlemidir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin bir üyesi hakkında, Anayasa Mahkemesi'nce soruşturma açılması kararı verilmesi durumunda, bu kararı veren üyeler Yüce Divan'da görev alamayacaklarından, bir üyeye görevle ilgili suç ithamında bulunulması durumunda bile, sonuçta yargılayacak organ yani Yüce Divan toplanamamaktadır.

• 5271 sayılı (yeni) CMK'nın 23/3. maddesiyle getirilen bir hükümle, önceki yargılamada görev alan yargıçlar, yargılamanın yenilenmesi sürecinde görev alamamaktadır. Yüce Divan'da yapılan bir yargılama nedeniyle yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunulması durumunda, önceki heyette yer alan on bir yargıç çıkartıldığında, geride Yüce Divan'ı oluşturacak on bir kişi kalmamakta, dolayısıyla Yüce Divan'da yargılamanın yenilenmesi istekleri sonuçsuz kalmaktadır.

• Yargılamanın iki dereceli yapılması, yani verilen bir hükmün, yasa yolu başvurusu ile ikinci derecede incelenmesi, sonuçta adil yargılanmayı da ilgilendiren İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 6. maddesi ile korunan bir haktr. Ülkemiz yönünden (onay belgesi henüz Avrupa

Konseyi Genel Sekreterliği'ne verilmediğinden) bağlayıcı olmayan 7 no'lu protokolün 2. maddesinde, en yüksek yargı organında yargılanma durumunda, iki dereceli yargılamanın zorunlu olmadığı belirtilmektedir. Burada ise karşımıza, "en yüksek yargı organı" kavramının tanımlanması sorunu çıkmaktadır. En yüksek yargı organı ne demektir? Yanıt son derece basit olup, konusunda en uzman olan ve yüksek yargıçların görev aldığı yargı organıdır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, sözleşme çerçevesinde sorunları çözerken, fiili durumu da her zaman gözetmekte, sadece düzenleme ile yetinmemektedir. Peki Yüce Divan, ceza yargılamasında uzman olan yargıçlardan mı oluşmaktadır? Anayasa Mahkemesi'ne hangi kurumlardan hangi sayıda seçim yapıldığı ve fiili durum gözetildiğinde, Yüce Divan'da ceza yargılamasında uzman olan yargıç sayısı hiçbir zaman çoğunluk sayıya bile (altı sayısına) ulaşmamaktadır. O halde Anayasa Mahkemesi, anayasal yargıda uzman en üst mahkeme niteliğinde olmasına rağmen; Yüce Divan, ağırlıklı olarak ceza yargılamasında uzman olmayan yargıçlardan oluştuğundan, nesnel anlamda ceza yargılamasında uzman olan en üst mahkeme niteliğinde değildir. "Yücelik" sıfatı, yargıladığı kişilerden değil, alanında uzman olmasından kaynaklanmalıdır. Ülkemizde ceza yargılamasında uzman olan en üst merciin Yargıtay Ceza Genel Kurulu olduğu tartışmasızdır. Bu nedenle, kapsamında kalmaması ve de henüz bağlayıcı olmaması nedeniyle 7 no'lu protokol hükümlerinin Yüce Divan yönünden uygulanamaması, ayrıca İHAS'ın 6. maddesi yönünden Yüce Divan yargılamalarının iki dereceli olmaması, İHAS'a aykırılık oluşturmaktadır. Kaldı ki BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14/5. maddesi, adil yargılanma konusunda, iki dereceli yargılamayı istisna öngörmeden zorunlu tutmaktadır. Bu durumda Anayasa'nın 90/son maddesi gözetilip, uluslararası sözleşmelere yasalar karşısında üstünlük tanındığında ve Anayasa'da bu "sözleşmelere uygun olarak" yorumlandığında, Yüce Divan'ın vereceği kararı ikinci derecede inceleyecek bir yargı organı da bulunmamaktadır.

- 2949 sayılı Yasa'da 14 Temmuz 2004 tarih ve 5221 sayılı Yasa ile değişiklik yapılarak, "Yüce Divan sıfatıyla yapılan yargılamanın gerekli kıldığı durumlarda genel, katma ve özerk bütçeli dairelerde çalışanlar ile hâkim, savcı ve sayıştay denetçileri ... geçici olarak başkanın istemi üzerine Anayasa Mahkemesi'nde görevlendirilir." hükmü eklenmiştir. Yüce Divan yargılamasını, Anayasa Mahkemesi başkan ve üyeleri kurul olarak yapmaktadır. İlk derece niteliğindeki bu yargılamada, kanıtlarla doğrudan doğruyalık, yüzyüzelik ilkesi uyarınca, kurulun doğrudan temasta olması, yani yargılamayı bütünüyle Kurul'un yapması ve yürütmesi, olan ve de olması gereken bir durumdur. O halde, Yüce Divan'da geçici görevli yargıç ve Cumhuriyet Savcıları'nın görevi nedir, bu kişiler hangi aşamada ve ne şekilde görev üstleneceklerdir?

Yargılamada yer alamayacaklarına göre, yargılama dışında ne yapacaklar, Yüce Divan'da ne görevi üstleneceklerdir? Bu kişilerin Yüce Divan'da görevlendirilmeleri, Yüce Divan'ın ceza hukukunda uzman olmamasının kabul ve itirafı mıdır? Görülmekte olan davalar hakkında tavsiye ve telkin yasağı, aynı zamanda yargılamayı yapan heyette yer almayan kişiler için de söz konusudur.

Yüce Divan yargılamasında raportör yargıç kullanılması, bu yargılamanın aynı zamanda ilk derece yargılaması niteliğinde olması nedeniyle, ancak yargılamayı yapan kurul içerisinde mümkündür. Anayasa Mahkemesi raportörlerinin ya da bu şekilde geçici olarak görevlendirilen yargıç veya Cumhuriyet Savcılarının, Kurul'da yer almamaları ve alabilecek hukuksal konumda olmamaları nedeniyle, Yüce Divan yargılamalarında yer alabilmeleri ya da görev üstlenmeleri hukuksal değildir.

Anılan yasa ile getirilen bir diğer düzenleme, genel, katma ve özerk bütçeli kurumlarda çalışanlar ile Sayıştay denetçileri de Yüce Divan yargılamalarında geçici olarak yukarıda belirtilen şekilde görevlendirilebilmeleridir. Bu görevlendirme resmi bilirkişilik niteliğinde değildir, olamaz da ... Yüce Divan Başkan ve üyeleri, konular veya sorunları, kendi hukuki bilgileri ile çözmek durumundadırlar. Hukuksal bilgi ile çözülemeyen konularda ise, kendilerini aydınlatmak için tarafsız bilirkişilerden görüş veya mütalaa almaları gerekmektedir. Bunun bir başka yolu bulunmamaktadır. Anılan kişiler ceza yargılamalarında gerek duyulması halinde bilirkişi olarak dinlenen kişilerdir. Yapılan yasa değişikliği ile, ceza yargılamasında yeni bir yol yaratılmış; Yüce Divan, kendi (geçici) kadrolu bilirkişisini oluşturmuştur. Bu kişiler "*görev süresince farklı özlük haklarına sahip olmaları karşısında*" mahkeme başkanına karşı bağımsız değildirler. Hukuken bilirkişi niteliğinde olmamaları, kaldı ki mahkemeye organik olarak bağlı tarafsız bir bilirkişilikten de söz edilememesi karşısında, bu kişiler neden Yüce Divan'da görevlendirilmektedirler? Yanıt, Yüce Divan'ın ceza yargılamasında uzman olmamasıdır.

Yüce Divan görevi, ceza yargılamasında uzman olan yüksek mahkemeye ait olmalıdır. Anayasa Mahkemesi açıklanan hukuksal sorunlar gözetildiğinde ve ceza yargılamasında uzman da olmadığına göre, Yüce Divan görevine sınıksız sarılması dile getirilmeyen tek gerekçesi, Divan'da yargılanacak kişiler gözetildiğinde, bu durumun Mahkeme'ye kattığı "*güç ve konumdan*" kaynaklanmaktadır. Oysa bir hukuk devletinde, sorunlara ve konulara hukuksal bakış açısı ile yaklaşılmalıdır.

BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNDEN DOLAYI SÖZLEŞMEDEN DÖNME

Gülgün ANIK

GİRİŞ

İngiliz hukukunda, hiç ifa etmeme veya imkansızlık, ifada gecikme ve kötü ifa halleri ifa etmeme (non-performance) üst başlığı altında değil, sözleşmenin ihlali (breach of contract) olarak ele alınmaktadır. Alman Medeni Kanunu'nda (BGB), "*breach of contract*" üniter kavramı yoktur. Onun yerine, BGB'de, OR'de (İsviçre Borçlar Kanunu) ve ABGB'de (Avusturya Genel Medeni Kanunu) imkansızlık ve gecikme şeklinde iki ifa etmeme nedeni vardır. Bunların dışında üçüncü bir durum daha çıkabilir ki bu da kötü ifa olarak adlandırılan imkansızlık veya gecikme sayılamayan bütün ifa etmeme halleridir. Buna da sözleşmenin pozitif ihlali denmektedir.¹ Fransızca'da temerrüt "*demeure*", borçlunun temerrüdü "*demeure du débiteur*" olarak geçer. İngilizce'de temerrüt "*breach of contract*" olarak ifade edilir. Almanca'da temerrüt "*Erfüllung*" kelimesi ile belirtilir.

Türk Borçlar Kanunu (BK) m. 96-108'de borçların ifa edilmemesinin sonuçları düzenlenmiştir. Borç hiç veya gereği gibi yerine getirilmezse ifa etmeme sonucu meydana gelir. Bu durum BK m. 96'da düzenlenmiştir. İfa etmeme yani borca aykırılık üç şekilde meydana gelebilir:

¹ Zweigert - Kötz, s. 525-531; Öz, s. 90; "Borçlunun sözleşmeye aykırılıklarını, Roma hukukunun 'dar hukuk (stricti iuris) sözleşmeleri' ile ve Mommsen'in 'ifa edeme-me-ifa etmek istememe' kategorileri ile koşullanarak, kusurlu ifa imkansızlığı ve temerrüt kategorilerine ayıran Alman hukuku düzeninde bu iki kategorinin dışında kalan bir sözleşmeye aykırılık türünü ilk olarak sezip seçen hukukçu STAUB olmuş (Staub, Die Positiven Vertragssverktzungen, Berlin, 1904) daha sonra, STOLL 'akdin müspet ihlali' diye nitelenen bu sözleşmeye aykırılık olgularını yerli yerine, gerçek yörüngesine oturtmuştur (Stoll, ACP 136, 134 i.s.)" Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 302-303.

- i. Borç hiç ifa edilmemiş veya imkansız hale gelmiştir,
- ii. Borçlu ifa mümkün olduğu halde yerine getirmemektedir yani mtemerrittir,
- iii. Kötü ifa söz konusudur.²

İmkansızlık, borçlunun edimini istese de yerine getirememesidir. Borçlu temerrüdü ise, borçlunun edimini yerine getirebileceği halde onu yerine getirmek istememesidir. Kötü ifa, imkansızlık ve temerrüt sayılmayan tüm sözleşmeye aykırılık halleridir.³

Bu çalışmanın birinci bölümünde Türk hukukunda borçlunun temerrüdü hakkında genel bilgi verildikten sonra ikinci durumun sonuçlarından biri yani borçlunun temerrüdünden dolayı sözleşmeden dönme konusu incelenecektir. İkinci bölümde genel olarak yabancı hukuklarda ve Viyana Sözleşmesi'nde borçlunun temerrüdünde sözleşmeden dönme konusu anlatılmaya çalışılacaktır.

A. TÜRK HUKUKUNDA BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNDE SÖZLEŞMEDEN DÖNME

I. Borçlunun Temerrüdü

1. Kavram

Temerrüt, hukuk dilinde gecikme, karşı durma anlamına gelmektedir; kanun veya akte göre yapılması gerekeni zamanı gelince yapmamaktır.⁴

Borçlunun temerrüdü, borca aykırılığın diğer bir çeşididir ve BK m. 101-108'de düzenlenmiştir. Borcun ihlali, ifanın geciktirilmesinden ileri geldiği takdirde borçlunun temerrüdünden söz açılır. Borçlunun temerrüdü, muaccel bir borç borçlusunun vadesinde veya vade yoksa alacaklının istemesine rağmen borcunu dememesidir.

Bazı yazarlar, borçlunun temerrüdünü tarif ederken temerrüdü bir sorumluluk kaynağı veya sebebi olarak algılamaktadır. Tarife göre "*borçlu, ifa etmekten kaçınamayacağı, muaccel ve mümkün bir edimi zamanında yerine getirmediği için alacaklının ihtarına maruz kalırsa, bu suretle gerçekleşen sorumluluk sebebine temerrüt denir*".⁵

² Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1135.

³ Serozan - Kocayusufopaşaoğlu - Hatemi - Serozan - Arpacı, s. 181.

⁴ zcan, s. 710.

⁵ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1220.

2. Borçlu Temerrüdünün Şartları

a. Borcun Muaccel ve Dava Edilebilir⁶ Olması Gerekir

BK m. 101/1' de borçlunun mütemerrit olabilmesi için açıkça muaccel bir borcun varlığı aranmaktadır. Zamanaşımı gibi bir savunma ile borçlu ifadan kaınabiliyorsa temerrüde düŐmekten kurtulur.

b. Borcun İfasının Mümkün Olması Gerekir

BK m. 102/2'ye göre ifa imkansızlığı halinde borçlu temerrüt sorumluluğundan kurtulur. Borcun ifası imkansız hale gelmişse temerrüt hükümleri uygulanmaz; ancak, temerrttten sonra borç imkansızlaşmışsa BK m. 102'nin anlamına göre temerrüt hükümleri uygulanır.

c. Alacaklının İfayı Kabule Hazır Olması Gerekir

Borçlunun temerrüdünün gerçekleŐebilmesi için alacaklının mütemerrit olmaması gerekir. Borcun ifasını mümkün kılmak için yapılması gerekli ön hazırlıklar varsa alacaklının bunları önceden yerine getirmiş olması gerekir. Örneğin; seçme hakkı alacaklıda ise ifası gereken edimi önceden seçmiŐ olmalıdır.⁷

d. Borçlunun İfada Bulunmamış Olması Gerekir

İfa etmeme, borca aykırı bir davranış olmalıdır ve borçlunun BK m. 81 veya 82'ye dayalı olarak demezlik def'i ileri sürerek edimini ifadan kaçınma hakkı bulunmamalıdır.⁸

e. Alacaklının Borçluya İhtarda Bulunması Gerekir

BK m. 101/1 borçlunun alacaklının ihtarıyla mütemerrit duruma döŐeęini belirtir. 2. fıkra ihtar Şartına istisna getirmektedir. Şöyle ki, borcun ifa edileceği gün karşılıklı anlaşarak tayin edilmiş veya saklı tutulan bir hakka dayanarak iki taraftan birisi ifa gününü ihbarda bulunmak suretiyle tesbit etmiŐse bu günün sona ermesiyle borçlu mütemerrit olur. Dürüstlük

⁶ 12.11.1979 T. E. 1979/1, K. 1979/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1220, dpn. 2a naklen.

⁷ Feyzioğlu, s. 240.

⁸ Eren, s. 1086-1087.

kuralı gereğince ihtar gereksizse borçlu muacceliyet tarihinden itibaren mütemerrit olur. Sözleşmede temerrüt için muacceliyetin yeterli olduğu, ayrıca ihtara gerek olmadığı kararlaştırılmışsa borçlu ihtarsız mütemerrit olur. Son olarak, iade veya tazmin borcu haksız fiilden¹⁰ veya mahkeme kararından¹¹ doğuyorsa ayrıca ihtara gerek yoktur.

f. Borçlu Temerrüdünde Kusur

BK m. 101, borçlu temerrüdünde kusur şartını öngörmemektedir.¹² Fakat temerrüt yüzünden BK m. 102'ye dayalı olarak gecikme tazminatı veya karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bir tarafın temerrüdü halinde ifa yerine BK m. 106'ya dayalı tazminatın yada karşılıklı akitlerde temerrüt yüzünden sözleşmeden dönme halinde BK m. 108'e dayalı tazminatın istenebilmesi için borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması gerekir. Buna karşılık, para borcunda temerrütte BK m. 103'e göre borçludan temerrüt faizi istenebilmesi veya karşılıklı akitlerde bir tarafın borçlu temerrüdüne düşmesi halinde diğer tarafın BK m. 106/2'ye göre sözleşmeden dönebilmesi için temerrüde düşmede borçlunun kusuru şart değildir.¹³

3. Borçlu Temerrüdünün Genel Sonuçları

a. Genel Olarak

BK m. 102/1'e göre borçlu temerrüdü, borçlunun gecikme tazminatı ödemesine ve temerrütten sonra kazara meydana gelecek zararlardan sorumlu olmasına yol açar. BK m. 102/2'ye göre de borçlu temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispatlarsa fıkra 1'in öngördüğü bu sorumluluk halinden kurtulur. Temerrüdün bu genel sonuçları yani gecikme tazminatı ve kazadan sorumluluk ile BK m. 103-105'de düzenlenen para borçlarında temerrüdün sonuçları her türlü borç ilişkilerinde söz konusudur. Bunun dışında alacaklı borçlunun temerrüdü nedeniyle ifadan vazgeçip ifa yerine

⁹ Y. Tic. D. 7.10.1968 T. 415/5105 K, Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1230, dpn. 25 naklen.

¹⁰ Y. 9. HD, 17.12.1967 T, 8660/9027 K., Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1231, dpn. 28 naklen.

¹¹ Y. 4. HD, 7.5.1974 T. E. 1973/852 K. 1974/2338, Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1231, dpn. 28a naklen.

¹² "Borçlunun temerrüde düşmesi için kusurlu bulunması gerekmez" Tunçomağ, s. 912.

¹³ Feyzioğlu, s. 241; BK m. 108 hükmüne göre alacaklı borçlunun kusuru olmasa da sözleşmeyi bozabilir, Velidedeoğlu - Özdemir, s. 246.

tazminat veya sözleşmeden dönme hakkına sahip değildir. Ancak borç imkansız hale gelmie BK m. 96'ya dayalı olarak borcun yerine getirilmesinden doğan zararının tazminini talep etme hakkına sahiptir. Bunun dışında iki taraflı akitlerde BK m. 106 borçlunun temerrüdü nedeniyle ifadan vazgeçip ifa yerine müspet zararın tazminini talep veya sözleşmeyi feshetme haklarını alacaklıya tanımıştır.

b. Gecikme Tazminatı

BK m. 102/1'de düzenlenen gecikme tazminatı alacaklının borcun geç ifa edilmesinden dolayı uğradığı zararı telafi etmeyi sağlar. Gecikme tazminatı ifa ile birlikte talep veya ayrıca dava edilebilir.¹⁴ Gecikme tazminatı talep edebilmek için borçlunun mütemerrit olması, alacaklının gecikmeden dolayı zarara uğramış olması, geç ifa ile gecikme zararı arasında uygun illiyet bağı ve borçlunun kusurlu olması gerekir.¹⁵ Tazmin edilecek zarar, alacaklının malvarlığının temerrüde dlmeden borç ifa edilmiş olsaydı bulunacağı durum ile gecikmeli ifa sonundaki hali arasındaki farktır. Bu zararın kapsamına alacaklının gecikme yüzünden yaptığı masraflar, borçlunun gecikmesi yüzünden alacaklının başkalarına ödemek zorunda olduğu tazminatlar, temerrüt devresinde malın değerinin dmesi yüzünden alacaklının uğradığı zarar veya borcun ifasının gecikmesi yüzünden alacaklının mahrum kaldığı kar gibi kalemler girer.¹⁶ Kusursuzluğunu ispat edebilmek için borçlu borcu zamanında ve gecikmeden ifa edebilmek için gerekli bütün tedbirleri aldığını, gecikmede herhangi bir kastı ve ihmali bulunmadığını ispat edecektir.¹⁷

c. Kazara Vukua Gelecek Zarardan Sorumluluk

BK m. 102/1'e göre temerrüde den borçlu bundan sonra kazara vukua gelecek zarardan sorumludur. Bu durum temerrütten itibaren hasarın borçluya ait olması Şeklinde de nitelendirilmektedir.¹⁸ Borçlu gecikmede kusursuz olduğunu veya edim zamanında ifa edilmiş olsaydı bile kazanın alacaklının zararına olarak Şeye isabet edeceğini ispat etmekle sorumluluktan kurtulabilir. Bu kurtuluş kanıtı borçlunun kendisinin uğradığı

¹⁴ Oğuzman - z, s. 372.

¹⁵ Eren, s. 1091.

¹⁶ Feyzioğlu, s. 243; Oğuzman - z, s. 372.

¹⁷ Feyzioğlu, s. 244.

¹⁸ Oğuzman - z, s. 374.

umulmayan haller için değil, borcun konusunu teşkil eden Şeyin uğradığı kazalar için söz konusudur.¹⁹

d. Para Borçlarında Temerrüdün Sonuçları

BK m. 103, para borçlarında temerrüde düŐme sorumluluğunu düzenlemektedir. Temerrüt(gecikme) faizinin mütemerrit borçludan istenebilmesi için borçlunun temerrüde düşmede kusuru aranmadığı gibi alacaklının bir zarar görmüş olması da gerekmez.²⁰ Temerrüt tarihinden itibaren temerrüt faizi iŐlemeęe başlar; ancak, BK m. 104/1' de belirtilen işlemiş olan faizlerin, iradların veya baęıŐlanan bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu alacaklının mahkemeye veya icraya baŐvurduęu tarihten itibaren gecikme faizi ödemek zorunda kalır.²¹ BK m. 104/1' de belirtilen faiz temerrüt dışında işlemiş faizlerdir.²² BK m. 104/2'ye göre fıkra 1'in aksi sözleşme ile öngörülebilir, yani fıkra 1' de belirtilen borçlar için faizin temerrüt tarihinden itibaren işlemesi Şart koŐulabilir ancak bu tür anlaŐmanın sonuçları borçlu aleyhine ağır olması durumunda cezai Şarta ilişkin hükümlere göre hakim müdahale edebilir yani gecikme faizini dava tarihinden itibaren iŐletebilir veya gecikme faizi miktarını azaltabilir.²³ BK m. 104/3'e göre de temerrüt faizine mahkemeye veya icraya başvurma tarihinden itibaren de ayrıca temerrüt faizi yürütülemez.²⁴ BK m. 105'e göre alacaklının maruz kaldığı zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu takdirde borçlu kusursuzluğunu ispat edemezse fazla zararı da tazminle yükümlüdür.

4. Karşılıklı Akitlerde Borçlu Temerrüdünün Sonuçları

a. Süre Vermek

BK m. 106'ya göre karşılıklı taahhütleri havi akitlerde iki taraftan biri edimini yerine getirmede mütemerrit olduğu takdirde alacaklı ifası gereken edimin yerine getirilmesini ve gecikmeden doğan zararın tazminini

¹⁹ "rneğin; temerrüt devresinde ağır bir hastalığa yakalanır ve bunun sonucu borcu ifa edemez ise bu, Şahsına ait bir umulmazlıktır, onu isbat kendisini sorumluluktan kurtarmaz; fakat temerrüt devresinde Şeyin bir kaza sonunda telef olması halinde bu kazanın gecikme olmasaydı, yani borç vaktinde ifa edilmiş bulursa idi yine Şey ârız olacağını isbatla doğan zarardan artık sorumlu tutulamaz" Feyzioğlu, s. 245.

²⁰ Feyzioğlu, s. 247.

²¹ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Alttop, s. 1251, 1256.

²² Oğuzman - z, s. 381.

²³ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Alttop, s. 1257.

²⁴ Oğuzman - z, s. 381.

reddedip onun yerine borcun ifa edilmemesinden doğan zarar ve ziyanını talep veya akdi feshedebilir. BK m. 106 ile tanınan bu seçimlik haklardan yararlanabilmek için öncelikle alacaklının borçluya uygun bir süre vermesi veya bu sürenin hakim tarafından belirlenmesini talep etmesi gerekir.

Süre vermek, alacaklının mütemerrit borçluya edimini yerine getirmesi için bir süre tanınmasıdır. Süre, borçlu temerrüde düşmeden verilemez ve temerrüt verilen süre boyunca devam eder.²⁵ Borçlu bu süre için gecikme tazminatı ödemek zorundadır ve kazara vukua gelecek zarardan sorumludur.²⁶ Bir görüş,²⁷ verilen sürenin uygun olmaması halinde beyanın uygun bir süre için hüküm ifade edeceğini ileri sürerken diğer bir görüşe²⁸ göre bu çözüm kanuna uygun değildir; uygun olmayan süre alacaklıya BK m. 106'daki hakları kullanma imkanı vermez, alacaklı hatasını düzeltip yeniden, bu kez uygun, bir ek süre vermelidir.

Tacirler arasındaki süre verme beyanının TTK madde 20/3'e göre noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla veya telgrafla yapılması gerekir.

b. Süre Verilmesine Gerek Olmayan Haller

BK m. 107 derhal fesih başlığı altında BK m. 106/2'deki seçimlik haklardan birini kullanabilmek için süre verilmesine gerek olmayan halleri düzenlemiştir. BK m. 107'de sayılan üç durumda ve BK özel hükümlerde belirtilen hallerde süre vermeksizin ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini istemek veya sözleşmeden dönmek mümkündür.²⁹ Bunlar:

i. Borçlunun hal ve vaziyetinden süre vermenin tesirsiz kalacağına anlaşılması (BK m. 107/b. 1),³⁰

²⁵ a.g.e., s. 387.

²⁶ a.y.

²⁷ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Alttop, s. 1266.

²⁸ Oğuzman - Öz, s. 388.

²⁹ Karahasan, s. 1449 vd.; Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Alttop'a göre BK m. 107'de derhal fesih başlığı altında belirtilen üç hal aynı zamanda süre vermeksizin tazminat istenebilmesini mümkün kılmaktadır: "BK m. 107'nin kenar başlığı 'derhal fesih' şeklindedir. Oysa süre tayinine lüzum bırakmayan haller varsa alacaklı yalnız akdi feshetmek hakkına değil, dilerse ifa etmeme dolayısıyla tazminat istemek hakkına da sahiptir. Nitekim örnek İsviçre Kanunu'nun Almanca metnindeki kenar başlıkta 'süre tayin etmeden' denmiş ve bununla süre tayin etmeden tazminat veya fesih şıklarından birinin tercih edileceği haller ifade edilmek istenmiştir" s. 1268, dñn. 16.

³⁰ Y. 13. HD'nin 1997/2055 E. 1997/2616 K. 27.03.1997 t. kararına göre "kesin teslim tarihi kanıtlanamayan taşınmaz satışında satıcı üzerine düşen teslim edimini geciktireceğini

ii. Borçlunun temerrüdü sonucu olarak borcun ifasının alacaklı için faydasız kalması (BK m. 107/b.2),

iii. Sözleşme hükümlerine göre borcun tayin ve tesbit edilen bir zamanda veya belirli bir süre için yerine getirilmesinin gerekmesi (BK m. 107/b.3). Bu duruma örnek BK m. 187/1'dir, ticari işlerde teslim için bir zaman tayin edilmişse satıcının temerrüdünde alıcı mehil tayin etmeksizin ifadan vazgeçerek zararını talep edebilir.³¹

iv. BK m. 211/1'e göre malın paranın verilmesinden sonra teslim edilmesi gereken hallerde alıcı parayı vermede temerrüde düşerse satıcı derhal sözleşmeden dönebilir.³²

c. Seçimlik Haklar

Verilen uygun sürenin sona ermesiyle borç hala yerine getirilmemişse alacaklı BK m. 106/2 ile tanınan seçimlik haklarından birisini kullanır. Bunlar hala ifayı ve gecikme tazminatını isteme hakkından başka edimin yerine getirilmesinden ve gecikmeden doğan zararının tazminini talepten vazgeçip borcun ifa edilmemesi nedeniyle tazminat veya akdi feshetmektir.³³ Fakat, borçlu temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulursa alacaklı ifa yerine müspet zararı veya diğer tazminatları talep edemez ya ifayı talep edebilir ya da sözleşmeden dönebilir. Yalnız para borçlarında borçlu temerrüde düşmede kusurlu olmasa da temerrüt faizi öder. Borçluyu temerrüde düşüren ihtar ile ifanın talep edildiği önel tayini ve önelin sonuçsuz kalması halinde de seçimlik haklardan hangisinin

bildirerek kendi beyanı ile direngen duruma düşmüş ise, tazminat beyan tarihinden itibaren istenebilir. Madde 107/1 gereğince davacının ayrıca ihtar çekmesine gerek yoktur”.

³¹ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1273.

³² Karahasan, s. 1455.

³³ Feyzioğlu, s. 254; bazı yazarlar alacaklının aynen ifayı istemekte kararlı olması halinde mütemerrit borçluya ayrıca münasip bir mehil verme gereği olmadığı görüşündedirler: “alacaklı, mütemerrit borçludan aynen ifayı istemekte direnecekse, yani aynen ifa yerine tazminat dava etmeyi veya akitten dönmeyi düşünmüyorsa, böyle bir süre tayinine ihtiyaç yoktur”, dpn. 2b'de “buna karşılık alacaklı aynen ifaya ek olarak gecikme tazminatı da isteyecekse süre tayinine gerek vardır” bkz., Y. 11 HD, 1.11.1983 t. 1983/4595 E. 1983/4691 K. Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1263; diğer bir görüş: “... ifa ve gecikme tazminatı istemek için mehil vermek gerekmez” Oğuzman - Öz, s. 386, dpn. 579.

tercih edildiğinin beyanı birlikte yapılabilir.³⁴ Beyan borçluya ulaşmakla hüküm ifade eder, fakat BK m. 10 hükmü gereği sonuçlarını gönderildiği andan itibaren doğurur; BK m. 9 hükmü gereğince de, borçlu öğreninceye kadar beyan geri alınabilir, fakat öğrendikten sonra geri alınamaz.³⁵ Seçimlik haklardan biri kullanıldıktan sonra değiştirilemeyeceği gibi ifadan vazgeçilmişse alacaklı borçlunun arzedeceği ifayı kabul zorunluluğunda değildir.³⁶

d. Aynen İfadan Vazgeçip İfa Etmemeden Doğan Müspet Zararını Tazmin Ettirmek

Verilen sürede mütemerrit borçlu borcunu ifa etmemiş veya süre tayini gerekmeyen hallerden biri söz konusu ise alacaklı BK m. 106/2'deki üç şıklı seçimlik haklardan ikincisini kullanabilir. Uygun süre sonunda borcunu ifa etmemiş olan borçluya alacaklı aynen ifayı istemekten vazgeçtiğini derhal bildirerek borcun ifa edilmemesinden dolayı uğradığı zararların tazminini talep edebilir. Derhal bildirme mecburiyetinin nedeni, tayin edilen süre içinde borç ifa edilmemiş olsa bile alacaklı her zaman için aynen ifa ve gecikme tazminatını istemek hakkını haiz bulunduğundan aynen ifayı istemekte hala kararlı olduğu karine olarak kabul edilir.³⁷ Bazı yazarlara göre,³⁸ BK m. 107'de sayılan hallerin varlığı halinde BK m. 106/2'deki seçimlik haklardan birisinin kullanılabilmesi için aynen ifadan vazgeçildiğinin derhal bildirilmesine gerek yoktur. Bu sonuç, BK m. 106/2'nin

³⁴ Oğuzman - Öz, s. 391; Y. HGK 21.2.1962 t. 4124 K: "Borcu yerine getirmeğe çağırma beyanı ile fesih beyanının aynı zamanda yapılmış olmasında kanuna aykırı bir yön bulunmamaktadır" AD, 1962, s. 872, Reisoğlu, s. 261, dpn. 350 naklen.

³⁵ Oğuzman - Öz, s. 392.

³⁶ a.y.

³⁷ "Ancak alacaklı ikinci bir önel ile borçluyu aynen ifaya davet eder ve bu sürenin sonunda ifa yapılmamışsa derhal aynen ifadan vazgeçtiğini bildirerek kaçırıldığı imkanı kullanır ve ifadan vazgeçtiğini ve ifa etmemeden doğan müspet zararını talep ettiğini bildirir" Feyzioğlu, s. 261; Oğuzman - Öz, s. 392; "... alacaklı sonradan da yeni bir süre belirleyerek m. 106/2'nin kendisine verdiği seçme hakkını yeniden kullanabilir" Velidedeoğlu - Özdemir, s. 245.

³⁸ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1282-1284; Feyzioğlu'na göre de mehil tayinine ihtiyaç olmayan hallerde bile BK m. 106/2'deki diğer yollardan yararlanabilmesi için alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğini beyan etmeksizin tazminat talebinde bulunabilir: "... taahhüdünü kat'iyen nakzeden borçluya karşı önel tayin etmeden BK m. 106/2'deki tazminat veya akdi fesih yollarından yararlanabilecek durumda sayılan alacaklının bu yollardan yürüyebilmesi için (aynen ifadan vazgeçtiğini) borçluya bildirmesine artık ihtiyaç yoktur; öte yandan borcu ifa etmemek niyetini açıkça ortaya koyan borçlunun, ifadan vazgeçme beyanı yapılmadan tazminat isteme yoluna gidilemeyeceğini savunması da dürüstlük kuralları ile bağdaştırılmaz" s. 262.

“mehil zarfında borç ifa edilmemiş bulunduğu surette” ifadesinden çıkarılır; zira, ancak bu durumda artık aynen ifayı istemeyen alacaklı bunu derhal bildirmelidir. Bundan çıkan sonuca göre, süre verilmesine gerek olmayan hallerde derhal bildirim mecburiyeti yoktur. Aynen ifadan vazgeçtiğini belirten alacaklının beyanından diğer seçimlik haklarından hangisini tercih ettiği anlaşılmıyorsa müspet zararının tazminini talep ettiği kabul edilir.³⁹ Aynen ifadan vazgeçme beyanı şarta bağlanamayacağı gibi bunu geri almak da mümkün değildir.⁴⁰ Alacaklının aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazmini yolunu seçmesi halinde sözleşme ilişkisi korunmakta, yalnızca içeriği değişmektedir, yani sözleşmenin asli edim yükümü yerine tazminat ödeme yükümü geçmektedir.⁴¹

Doktrinde müspet zarar ve bunun tazmininin hesaplanmasıyla ilgili iki teori vardır; mübadele teorisi ve fark teorisi. Mübadele teorisine göre, mütemerrit borçlu kendi edimi yerine tazminat ödemek zorunda kalırken, alacaklı borçlanmış olduğu edimi aynen ifa etmek zorundadır.⁴² Fark teorisine göre ise, alacaklı, mütemerrit borçluya karşı borçlanmış olduğu edimi aynen ifa zorunda değildir, bunun yerine borçludan istediği alacağından borçlanmış olduğu edimin değerini arada bir fark varsa mahsup yoluyla düşürür ve geri kalan kısmı ister.⁴³ Kanun koyucu BK m. 188 ve 212/2’de, ticari satışlarda satıcının veya alıcının borçlu temerrüdüne düşmesinde müspet zararın tazmini için fark teorisini benimsemiştir.⁴⁴

II. Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme

1. Dönme Kavramı

Borçlunun temerrüdünde sözleşmeden dönme yukarıda ifade edildiği gibi alacaklıya yalnızca karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde BK m. 106’da tanınmıştır. Doktrinde, BK m. 106, 107 ve 108’de kullanılan fesih terimi kavram tartışmasına neden olmuş ve bu terimin kaynak İsviçre Kanunu’ndan yanlış çevrildiği dönme şeklinde anlaşılması gerektiği yolunda

³⁹ Feyzioğlu, s. 265.

⁴⁰ Eren, s. 1105.

⁴¹ a.y.

⁴² Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1159; Oğuzman - Öz mübadele teorisini benimsemektedirler s.183.

⁴³ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1160; Eren fark teorisini benimsemektedir s. 1106-1107.

⁴⁴ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1160; Oğuzman - Öz, s. 394; Velidedeoğlu - Özdemir, s. 246.

baskın bir görüş vardır.⁴⁵ Zira fesih terimi ile dönme terimi birbirinden farklı anlamlar taşıyıp birincisi ileri sürülen görüşe göre sadece ex nunc yani geleceğe etkili ikincisi ise ex tunc yani geçmişe etkili sonuç doğurur.⁴⁶ Bir tanıma göre, “*ani edimli borç ilişkilerindeki eski hale iadeyi sağlamaya yönelik tek yanlı işleme dönme denir*”.⁴⁷

Dönme bildirim borçluya ulaşması gereken yenilik doğuran bir işlemdir. Bildirim borçluya ulaşmakla hükümlerini yöneltildiği andan itibaren doğurur. Yanlardan birinin sahip olduğu hakka dayanarak geçerli bir sözleşmeyi tek yanlı bir bildirimle ve geçmişe etkili sona erdirmesine dönme denir.⁴⁸ Dönme hakkı bozucu yenilik doğuran haklardandır; bu hakkın kullanılması var olan bir hukuksal ilişkiyi ortadan kaldırr.⁴⁹

2. Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları

a. Dönmenin Hukuki İlişkiye Etkisi

Borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklının sözleşmeden dönmesi halinde borç ilişkisi geriye etkili olarak sona ermiş olur. Yani, BK m. 108/1'e göre alacaklı edimini yerine getirmekten kaçınabileceği gibi verdiğini de geri isteyebilir. Kanaatimce, kanunkoyucu BK m. 108/1'de, “*feshin hükümleri*” başlığı altında “*akitten rücu eden alacaklı*” ifadesini kullanarak borçlunun temerrüdünde alacaklının BK m. 106/2'deki fesih hakkını kullanmasının sözleşmeden dönmesi şeklinde olacağını yani buradaki feshin geriye etkili olacağını belirtmiş olmaktadır. Doktrinde borçlunun temerrüdünde alacaklının sözleşmeyi feshetmesi terimi yerine sözleşmeden dönmesi kullanılmaktadır.⁵⁰ Burada da aynı nedenle BK m. 106-108'deki haller için fesih yerine dönme kelimesi kullanılmıştır.

⁴⁵ Öz, s. 27; Eren, s. 1104; Sungurbey daha 1957'de bu kavram çelişmesine parmak basmış ve fesih kavramının İsviçre Borçlar Kanunu'nun almancasından değil fransızcasından yanlış çevrildiğini belirtmiştir, Saleilles, von Tuhr, *Wieland'ın Eserlerinin Türkçeleri Üzerine Bir İki Söz*, s. 81; “BK m. 106'da söz konusu olan gerçek bir 'fesih' değil de 'dönmedir'”, Tunçomağ, s. 950.

⁴⁶ Oğuzman - Öz, s. 366; Eren, s. 1247-1249.

⁴⁷ Öz, s. 27.

⁴⁸ Karahasan, s. 1472.

⁴⁹ a.g.e., s. 1472.

⁵⁰ Velidedeoğlu - Özdemir m. 106 ve 107'deki 'fesih' ile 108'deki 'rücu' kelimeleri yerine 'bozma' kelimesini kullanmaktadırlar, s. 244-249.

b. Dönme Hakkında Doktrindeki Görüşler

Borçlunun temerrüdünde alacaklının sözleşmeden dönmesini hukuki sonuçları açısından ele alan başlıca üç teori vardır:

i. Klasik Teori: Bu teorinin taraftarlarına⁵¹ göre, dönme bildirimi sözleşmeyi kurulduğu andan itibaren ortadan kaldırır. İfa edilmemiş edim yükümlülükleri sona erer. Tarafların iktisap ettikleri haklar ve malvarlıklarında doğan her artış sebepsiz zenginleşme sayılır; bu yüzden iade borcu bir yıllık zamanaşımına tabidir. Sözleşmeden dönme üzerine borçlunun ödeyeceği tazminat BK m. 108/2'ye göre menfi zarardır.

ii. Yasal Borç İlişkisi Teorisi: Bu görüş taraftarlarına göre, sözleşmeden dönme üzerine doğan iade borcu BK m. 108'den kaynaklanan özel bir iade borcu olup sebepsiz zenginleşme borcu değildir. Buna göre dönme, sözleşme ilişkisini BK m. 108'in düzenlediği bir yasal borç ilişkisine dönüştürür; ne var ki, gene de sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanacaktır, ancak iade borcu on yıllık genel zamanaşımına tabi olacaktır. Klasik görüşten farklı olarak bu görüşü ileri sürenlere göre dönme halinde dahi müspet zararın tazmini talep edilebilecektir.⁵²

iii. Aynı Etkili Dönme Teorisi: Bu teoriyi savunan yazarlar⁵³ dönme ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta olduğunu kabul etmekte ancak klasik dönme teorisinden farklı olarak sözleşmeden dönmeye "aynı etki" tanımaktadırlar. Sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili gücü borçlandırıcı işlemler yanında tasarruf işlemlerini de etkiler. Dönme ile ifa edilmemiş edimler ve yerine getirilmiş edimler geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Yerine getirilen maddi edimlerin iadesi istihkak davası ile talep edilebilir ve bu dava süreye tabi değildir. Diğer iade talepleri ise se-

⁵¹ İlk Oertmann tarafından ortaya atılmıştır (Oertmann, P., *Die Bedeutung der Rücktrittserklärung*, Jeuff B1. 69, 1904, s. 65 vd.) Buz, s. 118, dñn. 5 naklen; "Dönme hakkında sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar" Karahaslan, s. 1472; Oğuzman - Öz'e göre, sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili olması, yerine getirilmiş edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olması ve sadece olumsuz zararın tazmininin istenebilmesi gerekir, s. 399 vd.; "... burada varlığı sona ermiş bir haksız iktisap hali söz konusudur" Fezyiođlu, s. 264; Eren, s. 1111; "Bozma geçmişe kapsayarak yani sözleşmenin yapıldığı andan başlayarak geçerli olur ve sözleşmenin tümünü ortadan kaldırır (Federal Mahkeme Külliyatları, c. 49 II, s. 292). Artık sözleşmeden hiç bir hak ve yükümlülük doğmaz ve doğmuş olanlar da sona erer. Yalnız sözleşmeyi bozan taraf değil, sözleşmecilerden her biri yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilir ve yerine getirmiş olduğu edimleri de nedensiz edinim (m. 63 vd.) kuralları uyarınca geri isteyebilir" Velidedeoğlu - Özdemir, s. 249; Tunçomağ, s. 951-952.

⁵² Öz, s. 35-37, Oğuzman - Öz, s. 398.

⁵³ Buz, s. 134 vd.; Öz, s. 40.

bepsiz zenginleŖmeden doğan borçların tabi olduğu bir yıllık zamanaŖımı süresine tabidir.

iv. Yeni Dönme Teorisi: Bu teoriyi destekleyenlere⁵⁴ göre, dönme iŖlemi ne gemiŖe etkili ne de ileriye etkili sona erer; dönme iŖlemi szleŖmenin geçerliliğine dokunmayıp onu bir tasfiye iliŖkisi haline getirir. SzleŖmeden dönmenin hukuki etkileri ve sonuçları yasadan değil doğrudan szleŖmeden dönme hukuki iŖleminden doğar. SzleŖmeye aykırılık zararının tazmini talep edilmekle asli edim yükümünün yerine zararın tazmini yükümü, dönme ile asli edim yükümünün yerine geri verme yükümü geçmektedir. Dönme ile sadece szleŖmenin konusu deęiŖmekte akdi verme yükümleri akdi geri verme yükümlerine dnŖmektedir.⁵⁵ Kısaca, dönme sonrasında çözülme iliŖkisine dnŖmiŖ bir szleŖme iliŖkisi söz konusudur. Yerine getirilmemiŖ edimler için dönme ile kaçınma hakkı (def'i hakkı) doğar. İade borcu on yıllık zamanaŖımına tabi olup sebepsiz zenginleŖme kuralları değil BK m. 96 vd. uygulanır. Dönme bildirimini üzerine borç iliŖkisi ortadan kalkmadığına göre alacaklı müspet zararının tazminini isteyebilecektir.

c. Yargıtay'ın Dönme Hakkındaki GrŖ

Yargıtay'a göre BK m. 108/1 hükmü sebepsiz mal edinmenin geri verilmesi hükmü olmayıp ortadan kalkan szleŖmenin doğurduğu bir sonuçtur ve sebepsiz mal edinme esasından ayrı olarak kanuna konmuŖtur; bu yüzden, geri alma alacağı szleŖmeye dayanır ve zamanaŖımı süresi BK m. 125 uyarınca on yıldır.⁵⁶ Temerrüt nedeniyle szleŖmeden dönmede istenebilecek zarar menfi zarardır ancak bunu ngren BK m. 108/2 hükmü emredici

⁵⁴ Bu grŖ ilk kez Stoll tarafından ortaya atılmıŖtır (Stoll, H., Die Wirkungen des Vertragmassigen Rckritts, Bonn, 1921) z, s. 37, dpn. 73 naklen; "Dönme zerine kurulan çözülme iliŖkisi yeni dönme kuramı ıŖıęında bir 'szleŖme iliŖkisi' sayılınca, hiç kuŖkusuz, bu 'akdi' çözülme iliŖkisine, szleŖmeye değgin kural ve ilkeler de doğrudan doğruya uygulanabilecek ve BK m. 96 vd. , m. 117, 125 kurallarının adaletli def'i, iŖpat yükü, sorumluluk, hasar ve zamanaŖımı düzeni, dönme öncesinde olduğu gibi dönme sonrasında da etkinliğini sürdürecektir" Serozan bu grŖ Türk doktrininde ilk ileri süren yazardır, SzleŖmeden Dönme, s. 80 vd., 547 vd., 632 v.d., Serozan'ın yeni dönme kuramını klasik teoriye üstün kılma nedenlerinden biri dönme iŖleminin sonradan geersizleŖmesi halinde klasik teoriye göre szleŖme gemiŖe etkili olarak ortadan kalkmıŖ olacağına göre hangi hukuksal temele göre szleŖmenin ifa edilebileceği açık değildir, s. 95; Serozan, KocayusufpaŖaoęlu - Hatemi - Serozan - Arpacı, s. 172-176.

⁵⁵ Sungurbey bu varęıyı 'tornistan' olarak nitelendirmektedir, *Medeni Hukuk Sorunları*, C. 4, s. 469.

⁵⁶ Y. HGK. 17.10.1962 t. 14E. 35K., Karahasan, s. 1475.

kural olmadığından taraflar sözleşme ile fesih halinde dahi hem olumlu hem de olumsuz zararın talep edilebileceğini kararlaştırabilirler.⁵⁷

d. Sürekli Borç İlişkilerinde Temerrüt Halinde Fesih

Sürekli borç ilişkilerinde ise durum farklıdır. Kira gibi sürekli borç ilişkilerinde geçmişe değil ileriye etkili fesih mümkündür.⁵⁸ Fesih anına kadar ki döneme ilişkin borçlara dokunulmayacak, bu andan sonrası için borç ilişkisi ortadan kalkacaktır. Karşılıklı iade talepleri de ancak fesih sonrası döneme ait bir edim yerine getirilmişse söz konusu olacaktır.⁵⁹

e. Dönmenin Sözleşmeden Doğan Borçlara Etkisi

Geçerli bir dönme beyanının borçluya ulaşması ile birlikte dönülen sözleşmeden doğan bütün asli edim yükümlülükleri ile birlikte yan edim yükümlülükleri ve ifaya yardımcı yan yükümlülükler de sona erer. Ancak, Medeni Kanun m. 2' den kaynaklanan haber verme yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü, iade konusu edimin çalınması veya herhangi bir şekilde zarar görmesi tehlikesine karşı muhafaza yükümlülüğü gibi yükümlülükler devam eder.⁶⁰ Sözleşme ile verilen teminatların durumunda ise, teminatın sadece borçlunun dönülen sözleşme ile üstlendiği asli edim yükümlülüğünü yerine getirmesini güvence altına almak için kurulduğu anlaşılıyorsa dönme ile birlikte fer'i nitelikteki bu teminat da ortadan kalkar.⁶¹ Eğer teminat asli edim yanında her türlü talep hakkını da güvenceye alıyorsa dönmeden sonra da varlığını sürdürür.⁶² Bazı yazarlara ve Yargıtay'ın uygulamasına göre, dönme ile birlikte sözleşmede öngörülen cezai şart da sözleşme ile birlikte geçmişe etkili olarak ortadan kalkar; çünkü cezai şart asıl borca bağlı fer'i bir borçtur.⁶³ İade konusu edimin dönme beyanından sonra imkânsızlaşması

⁵⁷ Y. 13. HD, 1994/78129E. 1994/9463K. 1.11.1994 t.

⁵⁸ Sungurbey, İ., *Medeni Hukuk Sorunları*, C. 4, s. 466 vd.

⁵⁹ Oğuzman - Öz, s. 403.

⁶⁰ Buz, s. 157.

⁶¹ *a.g.e.*, s. 158-159.

⁶² a.y.

⁶³ *a.g.e.*, s. 160-161; Öz, s. 295-296; Y. 15. HD, 1996/463 E. 1996/821 K. 14.2.1996. t. "sözleşmede kararlaştırılan gecikme cezası (ifaya ekli ceza) olumlu zarar kapsamına girer ve ancak sözleşme varlığını sürdürdüğü sürece talep edilebilir. Oysa, somut olayda akdin feshi istendiğine ve de feshine karar verildiğine göre artık varlığı kalmayan sözleşmeye dayanarak, o sözleşmede kararlaştırılmış bulunan cezai şart istenemeyeceği gibi istense dahi mahkemece hüküm altına alınamaz"; Y. 15. HD, 1996/5425 E. 1996/6930 K. 25.12.1996 t.

halinde, sonraki kusursuz imknsuzluğı düzenleyen ve bir sözleşme hukuku kuralı olan BK m. 117'nin uygulama alanı bulması gerekir.⁶⁴ Söz konusu iade imknsuzluğından iade borçlusunun sorumlu olması halinde BK m. 96 uygulanır ve iade borçlusu iade alacaklısının zararını tazminle yükümlü olur.⁶⁵ Buna karşılık, iade imkansızlığından taraflardan hiçbirinin sorumlu olmaması halinde BK m. 117/1 uygulanır ve iade borcu sona erer.⁶⁶ İadesi imknsuzlaşan edimin piyasa değerinin esas alınması gerekir. Türkiye'deki enflasyon dikkate alınırsa, iadesi imknsuzlaşan edimin değerinin hesaplanmasında iade anının esas alınması hakkaniyete uygun olacaktır.⁶⁷ BK m. 205'in kıyasen yorumuyla borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme halinde iade borçlusu iade konusu Şeyden elde ettiği semereleri iade etmekle yükümlüdür.⁶⁸ İyiniyetli iade borçlusunun lüks masrafları talep etme hakkı yoktur. Ancak yaptığı masraflar sonucu meydana gelen fazlalığı iade konusu mala zarar vermeden ayırma hakkı vardır.⁶⁹ Kötüniyetli iade borçlusu, iade konusu edime ilişkin olarak yaptığı harcamalardan sadece iade alacaklısı için de yapılması zorunlu olanların tazminini talep edebilir(MK. m. 908/1).⁷⁰ Eğer alacaklının edimi bir Şey değil de bir iş yapılmasına ilişkin ya da verdiği Şey aynen durmuyor ise borçlu bu edimin sonucunda zenginleştiği tutarı para olarak ödemek zorundadır.⁷¹ Geri vermenin kapsamı konusunda sebepsiz zenginleşmeye ilişkin BK m. 63 vd. uygulanır. Borçlu Şeyi başkasına ivazsız geçirse bile Şeyin değerini ödemekle yükümlü olur.⁷²

f. Dönme zerine İstenebilecek Tazminat

Sözleşmenin geçerli olmasında ve ifa edilmesindeki menfaat müspet sözleşme menfaati, böyle bir sözleşmeyi kurma girişiminde hiç bulunmamış olmasındaki menfaati menfi sözleşme menfaatidir.⁷³ Yargıtay, sözleşmenin

⁶⁴ Buz, s. 210; "Kesin vadeli sözleşmelerde, zaman işlerin önemli bir unsuru haline getirilmiştir. Eğer zamana daha büyük bir önem verilmiş ve zaman sözleşmenin esaslı unsuru haline getirilmişse, bu takdirde temerrüt değil de, sonraki imkansızlıkla ilgili hükümler (BK m. 96 veya 117) uygulanacaktır" Tunçomağ, s. 941.

⁶⁵ Buz, s. 210.

⁶⁶ a.g.e., s. 211.

⁶⁷ a.g.e., s. 220.

⁶⁸ a.g.e., s. 224.

⁶⁹ a.g.e., s. 231.

⁷⁰ a.y.

⁷¹ Karahasan, s. 1475.

⁷² a.y.

⁷³ Jhering, (Jher, Jb. 4 1961) s. 16; Buz, s. 239 naklen.

feshinde istenebilecek zararın menfi zarar olduğunu belirtmiştir.⁷⁴ Buradaki menfi zarar, alacaklının sözleşmeyi yaptığı için uğradığı sözleşmeyi yapmamış olsa idi uğramayacağı zarar olarak tanımlanmaktadır.⁷⁵ Menfi zarar fiili zarar ile yoksun kalınan kârdan oluşur. Bu kavrama şunların gireceği kabul edilmektedir; sözleşmenin kurulması için yapılan giderler, sözleşmenin geçerliliğine güvenilerek başkası ile sözleşme yapma fırsatını kaçırmaması yüzünden uğradığı zarar, sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesi için yapılan giderler. Menfi zarar, feshedilen sözleşmenin getireceği kâr yoksunluğu miktarını aşamaz.⁷⁶ BK m. 108/2'ye göre borçlu kusursuzluğunu ispatlayarak bu tazminat sorumluluğundan kurtulabilir.⁷⁷

⁷⁴ Y. 13. HD'nin 1994/7280 E. 1994/9464 K. 1.11.1994 tarihli kararına göre "sözleşmenin feshinde istenebilecek zarar menfi zarardır. Sözleşmenin geçerliliğine, ifa edileceğine inanılarak başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle uğranılan zarar da menfi zarar kapsamında kalır."; Y. 15. HD'nin 1996/310 E. 1996/535 K. 01.02.1996 tarihli kararına göre, BK'nın 108. maddesi uyarınca istenen menfi zarardır. Buradaki menfi zarar iş sahibinin yüklenici tarafından üstlenilen işin yerine getirileceği inancıyla onunla sözleşme yaptığı tarihte bir başkasıyla müsait sözleşme yapma imkanı varken bu imkanı kaçırmaması ve bu kez de yüklenicinin işi yapmamasından dolayı işin bir başka kimseye yaptırılması nedeniyle aradaki farktan doğan zarardır. Fesihle birlikte davacı taraf, fazla ödediğini isteme hakkına kavuşmuştur. Diğer anlatımla, alacağı muaccel olmuştur. Ancak, muaccel alacağın borçlusunun mütemerrit olması için alacaklının uyarıda bulunması şarttır (BK m. 101). Davadan önce böyle bir uyarının varlığı kanıtlanmadığına göre istenilen geçmiş günler faizinin dava tarihinden başlatılması gerekir; Y. 15. HD'nin 1996/729 E. 1996/823 K. 15.02.1996 t. kararına göre davacı iş sahibi, davalının mütemerrit duruma düşmesini neden göstererek, sözleşmeyi feshettiğine göre, BK m. 108 gereğince ancak menfi zararının tazminini isteyebilir. burada kalan işleri daha yüksek bir bedelle yaptırması sözleşme tarihinde başka birisi ile yapabileceği sözleşme imkanını kaçırmamasının sonucu olup menfi zarar kapsamındadır. Ancak, davalının temerrüdünden dolayı kira kaybından doğan zarar menfi zarar kapsamına girmediğinden bunu isteyemez; Serozan müspet zararın da talep edilebileceğini ileri sürmektedir, *Sözleşmeden Dönme*, s. 633 vd.; Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop da Serozan'a katılarak sözleşmeden dönen alacaklının müspet zararını da talep edebilmesi gerektiğini kabul etmektedirler, s. 1298-1299.

⁷⁵ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1296; Feyzioğlu'na göre menfi tazminat olarak "... alacaklı akit hiç yapılmamış olsaydı malvarlığının bulunacağı durum ile akdin hükümsüzlüğü sonucu malvarlığının almış olduğu durum arasındaki farkın tazminini isteyebilecekler" s. 264.

⁷⁶ Y. 15. HD, 28.9.1993 t. 93/3691 K YKD, 1994 s. 1297, Reisoğlu, s. 309 naklen.

⁷⁷ Y. 13. HD'nin 1994/7129 E. 1994/9463 K. 01.11.1994 t. kararına göre "borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemezse, alacaklı akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararın tazminini talep edebilir".

3. Ksm Temerrtte Sözleşmeden Dnme⁷⁸

Ksm temerrütte kural olarak alacaklı ksm ifayı kabul zorunluluğunda değildir, bu yüzden ksm ifayı reddederek borcun tümü için borçluyu temerrüde debilir. O halde, alacaklının ksm ifayı kabul ettiği veya dürüstlük kuralı uyarınca kabul etmek zorunluğunda olduğu durumlarda ksm temerrüt söz konusu olur. Sürekli borç ilişkilerinde ksm temerrüt olamaz, bu, ancak ileriye fesih nedeni olabilir. O halde ksm temerrüt bölünebilir edimli ani borç ilişkilerinde mümkündür. Eğer alacaklının ifa olarak aldığı ksm bütün borç ifa edilmedikçe bir değer taımyorsa alacaklı bu ksm iade etmek suretiyle akitten tamamen dönebilir veya ifa yerine tazminat isteyebilir. Eğer alacaklı aldığını iade edemiyorsa bu ksmn değerini tazmin edecektir. Alacaklınn kendi edimi bölünemiyorsa, ifa olarak aldığı ksm iade veya tazmin etmek suretiyle akitten tamamen dönebilir. Alacaklı kabul ettiği ifa kısmına karşılık teşkil edecek oran içinde olmak

⁷⁸ Oğuzman - z, s. 407-409; Tunçomağ’a göre kural edimin ifa edilmeyen kısmı için dönme mümkündür; istisnası, eğer alacaklı edimin bölünebilir olmaması veya borçlu tarafından ifa edilen kısmın alacaklı için değersiz bulunması ve alacaklının sırf borçlunun derhal ifada bulunacağı inancıyla ksm edimi kabul etmesi hallerinde alacaklıya bütün sözleşme için dönme imkanı verilmelidir, s. 958-960; Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1299-1301; Reisoğlu’na göre “kısmi temerrüt halinde temerrüdün hukuki sonuçları kural olarak edimin ifasında gecikilen kısmını kapsar. Bununla beraber, borcun ifa edilen kısmı alacaklı için bir yarar sağlamıyorsa geri kalan kısmın gecikmeksizin teslim edileceği inancıyla ksm ifa kabul edilmie örn. bir yemek odası takımının sadece vitrini ve üç sandalyesi getirilmie alacaklı sözleşmenin tamamını BK 106 vd. uyarınca geriye etkili bir Şekilde feshedebilir. Bu takdirde alacaklı edimin teslim edilen kısmını sebepsiz zenginleşme kurallarına göre borçluya iade ile yükümlüdür” s. 310; Velidedeoğlu - zdemir’e göre “borçlunun edimden henüz yerine getirmemiş olduğu geri kalan bölüme ilişkin bir ‘bölümsel bozma’ ancak alacaklı tarafından yerine getirilmesi gereken karşı edimin de bölünebilir nitelikte olması, her iki tarafın edimlerindeki türlü bölümlerin birbirine denk bulunması ve karşı edimin geri kalan bölümünü elde edemeyecek olduğunu bilmi olsaydı borçlunun sözleşmeyi yapmayacak olduğunu kabule yer bulunmaması durumunda caizdir. Bölüm bölüm teslim yüklenimi kabul edilmiş olan sözleşmelerde bu bölümsel edimlerden herbiri ayrı ayrı ivedili olur. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi balıbaına bir bütün oluşturan her hukuksal ilişkide alacaklının benzetme yoluyla m. 106’ya göre davranabileceğini kabul etmektedir (Federal Mahkeme Kararları Kllyatı C. 45II, s. 61 C. 52II, s. 142). Buna göre bölümsel edimlerden bir kaçında oluşan direngenlikten, sonraki sonraki edimlerin de zamanında yerine getirilmeyeceği anlaşılırsa alacaklı sözleşmenin henüz yerine getirilmemiş olan bölümünü bozma hakkına sahiptir. Böylece bölümsel edimlerdeki bu direngenlik sözleşmenin tümünün amacını zedeleyici bir nitelik gösterir ki burada geri kalan taksit ödeme günlerinin gelmesinden önce bir süre m. 107’nin anlamına göre gereksiz olur. Artık bu durumda sözleşmenin geri kalan bölümlerini bozma ile tehdit, bölümsel bir edim için sözleşmenin bozulması, o zamana kadar yapılmış olan teslimler üzerinde genellikle hiç bir etki yapmaz” s. 246-247.

üzere kendi edimini kısmen yerine getirmek zorundadır; ifa edilmeyen kısım bakımından alacaklı aynen ifa, tazminat ve dönme şıklarından birini tercih edebilir; kısmî ifayı kabul eden alacaklı aldıklarını da geri vermeyi kapsayacak surette akitten tamamen dönebilmek için borçlunun temerrüde düştüğü kısım mevcut olmasaydı akdin yapılmayacak olduğunu ispat etmelidir; bu istisna dışında alacaklı yalnız ifa edilmeyen kısmı bakımından sözleşmeden dönebilir. Ard arda teslimli sözleşmede malın bir parçasının tesliminde temerrüde düşülmesi halinde sonraki parçalar için mütemerrit sayılmaz ve alacaklı sadece ifa edilmeyen parça için BK m. 106'ya dayanabilir. Fakat malın bir parçasındaki temerrüt bütün borcun ifa edilmeyeceği şüphesini doğuruyorsa alacaklı bütün sözleşmeden döneceğini açıkça bildirmelidir; aksi takdirde dönme ifa edilmeyen parça ile sonradan muaccel olacak parçalar hakkında hüküm doğurur.

4. Alacaklının Sözleşmeden Dönemeyeceği Haller

BK'da borçlunun temerrüdü halinde alacaklının sözleşmeden dönemeyeceğini öngören hükümler de vardır:

i. Satımda, mal alıcıya teslim edilmişse, satıcı açıkça saklı tutmuş olmadıkça, satım sözleşmesinden dönemez (BK m. 211/3).

ii. Gene, BK m. 204/2'ye göre alacaklının borçludan kabul ettiği edimi kendi kusuru yüzünden telef etmesi veya başkasına devretmesi halinde ancak değer kaybına karşılık semenin indirilmesini dava edebilir. Bu hükmün kıyasen yorumlanabileceği hallerde alacaklının sözleşmeyi bozamayacağı kabul edilmelidir.⁷⁹

iii. Sözleşmeden dönmenin doğruluk ve güven kurallarına aykırılık teşkil etmesi halinde de dönme mümkün olmamalıdır. Örneğin; *“satış bedelini ödeyen fakat malı teslim almadığı için temerrüde düşen alıcı karşısında satıcı sözleşmeden dönemez; aynı şekilde, satıcının edimin önemsiz bir parçasını zamanında ifa etmemesi yüzünden alıcı da sözleşmeden dönemez”*.⁸⁰ Zira, bu iki örnekte de temerrüt fer'i bir edime ilişkindir.

iv. Dönme hakkının sınırlandırıldığı bir diğer hal de BK m. 222'de düzenlenmiştir; buna göre, taşınır bir mal satış parası taksitle ödenmek koşuluyla teslim edilir ve alıcı taksitlerden birini ödemediğinde temerrüde düşerse satıcı taksidin ödenmesini isteyebileceği gibi eğer bu hakkı saklı tutmuşsa satılanın mülkiyetini geri isteyebilir ya da satımda dönebilir.

⁷⁹ Karahasan, s. 1481.

⁸⁰ Tunçomağ, s. 957.

v. Aradan uzun bir zaman geçmesinden sonra sözleşmeden dnle-meyeceğine dair Yargıtay karar vermiştir.⁸¹

5. Sözleşmeden Dönme ile Tanınan Hakların Tabi Olacağı Zamanaşımı Süresi

BK m. 106'ya dayalı olarak iki taraflı akitlerde borunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönülmesi durumunda yerine getirilen edimlerin iadesinin talep edilmesi ile talep edilecek tazminat hakkının tabi olacağı zamanaşımı süresi ve hukuki dayanağı da doktrinde tartışmalıdır. Bir grře⁸² göre BK m. 61 vd.da düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulama alanı bulduğundan BK m. 66' da öngörülen bir ve on yıllık zamanaşımı uygulanır. Diğer bir grře⁸³ göre de akde aykırılık nedeniyle fesih söz konusu olduğundan BK m. 125' de düzenlenen genel zamanaşımı süresi yani on yıl içinde yerine getirilen edimlerin iadesi ile tazminat talep etme hakkı kullanılmalıdır. Yerine getirilen edimlerin iadesi konusunda, farklı olarak, BK m. 63-65' de ye ralan kuralların kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürenler vardır.⁸⁴

SONUÇ

Borunun temerrüdünde, alacaklının sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanmasıyla sözleşme geriye etkili olarak sona erer. Sözleşmeden

⁸¹ YTD, 22.6.1951 4276/4119, Olgaç, N., 1679, a.y. naklen.

⁸² a.g.e., s. 952; Feyzioğlu, s. 264; Velidedeoğlu - zdemir, s. 249; öz'e göre: "Sözleşmeden dönmenin özelliği sonucu ... daima bir yıllık zamanaşımı söz konusu olacak, on yıllık süreye yer bulunmayacaktır. Zira, iadeyi isteme hakkı sözleşmeden dönme işleminin yapılmasıyla doğduğu gibi, gene aynı anda taraflar bu hakkın varlığını öğrenmiş durumdadırlar" sf. 257.

⁸³ Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, s. 1295; Karahasan'a göre "geri alma alacağı akte dayanan bir alacaktır ve zamanaşımı süresi 125. madde uyarınca on yıldır" s. 1475, "borunun giderim ödeme yükümü borca aykırı davranışının bir sonucu olduğu için az önce anılan giderime ilişkin dava hakkı BK m. 125'e göre on yıllık zamanaşımına bağlıdır" s. 1479; Serozan bu konuda diyor ki "Dönme işlemine genellikle eşlik edebilecek akdi zarar-giderim istemi de aynen dönme üzerine oluşan akdi çözülme ilişkisindeki bütün tasfiye işlemleri gibi BK madde 125 kuralı uyarınca 10 yıllık bir zamanaşımı süresine bağlı kalacak ve sözleşme edimleriyle ilgili aynı ve nisbi gte güvenceler aracılığı ile pekişmiş sayılacaktır", Sözleşmeden Dönme, s. 649; Oğuzman - z'e göre sözleşmeden dönme halinde m. 108/2 uyarınca borunun tazminat ödeme yükümlülüğü borca aykırı davranışının bir sonucudur ve tazminat davası m. 125 uyarınca on yıllık zamanaşımına tabiidir, süre dönme beyanından itibaren işlemeye başlar, 402; Eren, s. 1112.

⁸⁴ a.y.

dönülmesi üzerine her iki tarafın asli edimlerini ve buna bağlı fer'ilerini yerine getirmesi borcu sona erer ve verilenlerin de iadesi gerekir. Gecikme cezası şeklindeki cezai şart müspet zarar kapsamında sayılıp Yargıtay'ca menfi tazminat olarak talep edilemeyeceğine hükmedilmektedir. Cezai şart, asıl edime bağlı bir fer'i borç olsa bile dönme halinde dahi sözleşme ile öngörülmüş olan sözleşmenin ihlaline bağlı cezai şartın talep edilebilmesi gerekir. Zira, cezai şart sözleşmenin ihlali halinde verileceği taahhüt edilen bir tazminattır. Cezai şartın talep edilemeyeceği haller BK m. 161/2'de belirtilmiştir. Buna göre, ahlaka veya kanuna aykırı bir borç için şart edilmiş veya aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça borcun ifası borçlunun kusursuzluğu ile imkansızlaşmışsa cezai şart istenemez. Bu durumda sözleşmenin ihlaline bağlı her türlü cezai şart menfi tazminat kapsamında talep edilebilmelidir. Ayrıca dönülen sözleşmede varsa tahkim şartı da uygulanabilmelidir.

Borçlunun kusursuzluğunu kanıtlayamaması halinde alacaklı menfi zararının tazminini talep edebilir. Yargıtay'ın çelişkili kararlarına rağmen menfi zarar kapsamına fiili zarar yanında yoksun kalınan kâr da girer. Yani, alacaklı, borçlunun kusuruyla gerçekleşmeyen sözleşme nedeniyle uğramış olduğu zararı örn. yaptığı masrafları, borcun ifasındaki gecikme nedeniyle üçüncü şahıslara ödemek zorunluğunda kaldığı cezai şartları ve buna benzer tazminatları ve yoksun kaldığı kârı örn. malın tesliminde gecikilen sürede elde edilebilecek olan semereleri, kiralari, aynı malı daha uygun fiyata alma imkanını kaçırmaması nedeniyle uğradığı zararı talep edebilecektir.

Verilen edimlerin iadesi talebi ile sözleşmeden dönen alacaklının uğradığı zararının tazmini davasının madde 108'den kaynaklanan akde aykırılık sebebine dayanılarak madde 125'teki on yıllık zamanaşımına tabi olacağı kanaatindeyim.

Türk hukuk doktrininde ve uygulamasında sözleşmeden dönme halinde müspet zararın istenemeyeceği görüşü hakimdir. Bu görüş, BK m. 106/2'deki ifayı reddedip müspet zararını talep etme veya sözleşmeyi feshedip menfi zararını talep etme ayırımından kaynaklanmaktadır. Eğer her iki durumda da müspet zarar talep edilebilecekse bu ayırımın anlamı kalmayacaktır. Yabancı hukuklarda ve uluslararası anlaşmalarda ise, sözleşmeden dönme halinde müspet zararın talep edilebileceğine dair düzenlemeler vardır. Alman hukukunda yeni dönme teorisi baskındır.⁸⁵ BGB'nin değiştirilmesine ilişkin tasarıda (BGB-KE 327/I) sözleşmeden dönen alacaklıya müspet zararının veya menfi zararının tazminini talep hususunda seçimlik hak tanınmıştır ve ABGB 921'de sözleşmeden dönen

⁸⁵ Buz, s. 123.

alacaklının müspet zararının tazminini talep edebileceği ngrlmstr.⁸⁶ Uluslararası Eşyaların Satımı Sözleşmeleri'ne İlişkin Andlaşma'nın (Viyanalı Andlaşması) 45/2 ve 61/2 maddeleri dolayısıyla dönme ile müspet zarar da talep edilebilir. Viyanalı andlaşmasında müspet zararın da talep edilebilmesi imkanının verilmesinden dolayı andlaşmada yeni dönme teorisinin uygulandığı ileri sürülmektedir.⁸⁷

Sonuç olarak, BK m. 96 borcun ifa edilmemesinde genel olarak borçlunun sorumluluğunu düzenlemekle borçlunun temerrüdünü de kapsamaktadır. Bu yüzden, borçlunun temerrüdünde sözleşmeden dönülmesi halinde uygulanacak hükümler BK m. 96 vd.'dir.

KAYNAKLAR

- Anık, G., "Uluslararası Eşyaların Satışı Sözleşmelerine İlişkin 1980 Tarihli Viyanalı Andlaşmasının 25. Maddesine Göre Sözleşmelerin Asli İhlalleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1995 S. 4, s. 485-495.
- Buz, V., *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara, 1998.
- Eren, F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, 5. Bası, İstanbul, 1999.
- Feyzioğlu, N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, 2. Bası, İstanbul, 1977.
- Karahasan, M., *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, İstanbul, 1992.
- Kocayusufpaşaoğlu - Hatemi - Serozan - Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, C. 3, İstanbul, 1998.
- Oğuzman, K. - z, T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası, İstanbul, 1998.
- z, T., *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, İstanbul, 1989.
- zcan, H., *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 1980.
- Reisoğlu, S., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, İstanbul, 1999.
- Serozan, R., *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul, 1975.
- Sungurbey, İ., "Saleilles, von Tuhr, Wieland'ın Eserlerinin Türkçeleri zerine Bir İki Söz", *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1957 S. 1, s. 81.
- Sungurbey, İ., *Medeni Hukuk Sorunları*, C. 4, İstanbul, 1980.

⁸⁶ a.g.e., s. 243.

⁸⁷ a.g.e., s. 125.

Tekinay, S., S. - Akman, S. - Burcuoğlu, H. - Altop, A., *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, 5. Bası, İstanbul, 1985.

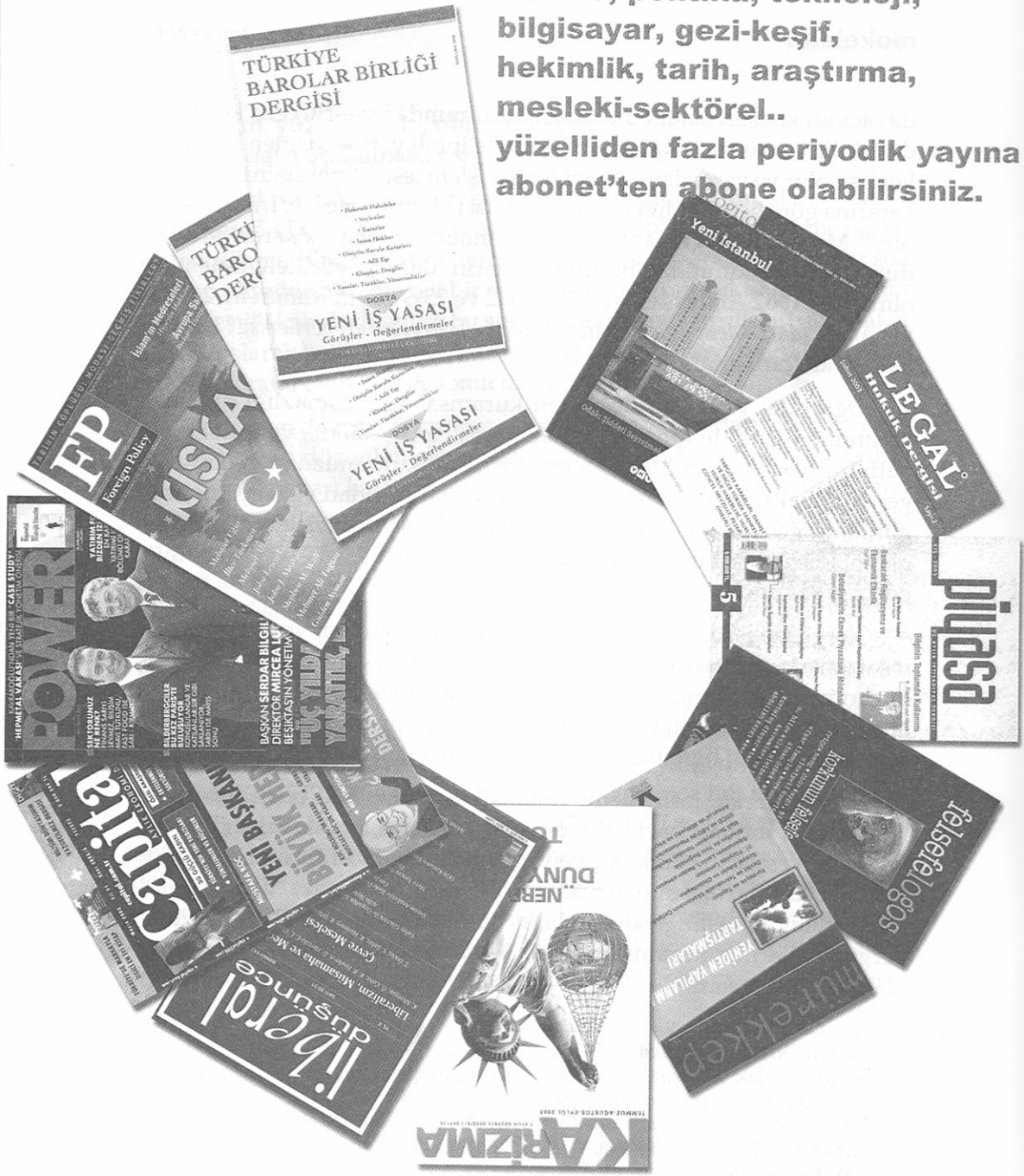
Tunçomağ, K., *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, 6. Bası, İstanbul, 1976.

Velidedeoğlu, H. V. - zdemir, R., *Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-zel)*, Ankara, 1987.

Yargıtay Kararları, CD-Rom.

Zweigert, K. - Ktz, H., (ev. Tony Weir, *An Introduction to Comparative Law*), Oxford, 1992.

felsefe, politika, teknoloji,
bilgisayar, gezi-keşif,
hekimlik, tarih, araştırma,
mesleki-sektörel..
yüzelliden fazla periyodik yayına
abonet'ten abone olabilirsiniz.



abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

abonet@abonet.net ❖ www.abonet.net

CEZA HUKUKUNDA YABANCI KANUNUN GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULMASI

Kenan ÖZDEMİR*

GİRİŞ

İşlenen bir suçla, suçun işlendiği yerin ülkesinin kamu düzeni bozulmuştur. Bu sebeple, mülkîlik, başka bir ifadeyle ülkesellik ilkesi gereğince, suçun işlendiği devletin bu suçu kovuşturması gerekir. Bunun yanında, bazen devletler kendi ülkesinde işlenen suçları kovuşturmakla yetinmemekte, tamamen veya kısmen ülkelerinde işlenmemiş olan suçları da takip etmek için mevzuatına hükümler koymaktadır. Sadece ülkesinde işlenen suçları kovuşturmayı esas alan Anglo-Sakson ülkelerinde bile suçluların ve suçların cezасız kalmaması için yurt dışında işlenen bazı suçların kovuşturulması için hükümler getirilmiştir.¹ Bu durumda yabancı kanunun göz önünde bulundurulması sorunu ortaya çıkmaktadır.

Yabancı devlet kanunlarının ülkede belirli hallerde uygulanması özel hukukta kabul edilmektedir. Mevzuatımızda, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun bu konuyu özel hukuk alanında düzenlemektedir.²

Buna karşılık, ceza hukuku alanında, yabancılık unsurunun bulunması durumunun düzenlenmesinde, çeşitli devletlerin mevzuatına bakıldığında, işlenen suçta yabancı kanunun doğrudan uygulanacağına ilişkin hükme yer

* Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdür Yardımcısı.

¹ Durmuş Tezcan, "Yurt Dışında İşlenen Suçlarda Türk Hukuku Bakımından Yabancı Ceza Kanunu'nun Değeri Sorunu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. XXXIX, Y. 1984, S. 1-4, s. 111.

² 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Kanun, RG, 22.5.1982-17701. 1. maddesi uyarınca, 275 sayılı Kanun, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuku, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, yabancı kararların tanınması ve tenfizini düzenlemektedir.

verilmediği görülmektedir. Yabancı bir ülkede işlenen suçlarda yapılacak kovuşturmalarda, yabancı ülke kanununun uygulanması konusunda devletlerin yaklaşımını üç grupta toplamak mümkündür:

- a. Yabancı kanuna hiç bir değer atfetmeyen kanunlar,
- b. Yabancı kanuna çifte cezalandırılabilme şartının varlığı yönünden bir değer atfeden kanunlar,
- c. Suçun işlendiği yerin kanunu ile suç sebebiyle yargılamanın yapıldığı yerin kanunundan, sanığın daha lehine olan kanunun uygulanması ilkesini kabul eden kanunlar.³

Ceza hukukunda yabancı kanunun göz önünde bulundurulması konusunun işleneceği bu çalışmada; öncelikle yabancı kanunun göz önünde bulundurulması konusuna genel olarak değinilecek, daha sonra sırasıyla, Türkiye’de yabancı kanunun uygulanması konusundaki yasal düzenlemelerin gelişimi, 765 sayılı TCK’nın 10/a maddesi ile 5237 sayılı TCK’nın 19. maddesi incelenecektir.

1. YABANCI KANUNUN GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULMASI

1.1. Yabancı Ceza Kanununun Uygulanması Konusundaki Görüşler

Ceza hukukunda yabancı devlet kanunların ülkede uygulanması konusu bir dirençle karşılaşmıştır. Bu konuda iki ayrı görüş bulunmaktadır.

Gelenekçi görüş olarak birinci görüşe göre; ceza hukuku alanında yasa ve yargı yetkilerinin birbirine uygun olması gerekir. Bu nedenle, bir ülkede başka bir ülkenin ceza kanunu uygulanamayacağından orada yargı yetkisinin kime ait olduğu belirlenince, yargı yetkisine sahip olan devletin ceza kanunu uygulanmalıdır. Zira, ceza, devletin varlığına ve gelişmesine zarar veren fiillere karşı devletin korunması amacını taşır ancak, varlığına ve gelişmesine yönelmiş bir saldırı ile karşılaşan devletin kanununun uygulanması gerekir. Kaldı ki, ülkelerin ceza kanunları, aynı fiil için farklı cezalar öngörmüş olup, her olayda uygulanması gereken yabancı kanunun tespiti büyük güçlükler arz etmektedir.⁴

³ Tezcan, s. 128.

⁴ Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, Yeniden Gözden Geçirilmiş On İkinci Bası, İstanbul 1997, C. III, s. 524-525.

Çağdaş ceza hukuku tarafından reddedilen gelenekçi görüşe karşı ileri sürülen fikirleri ise şu şekilde özetlemek mümkündür: Yabancı ülkelerin ceza kanunlarının varlığını ve gerektiğinde bunların uygulanmasını kabul etmemek, milletlerarası ceza hukukunun inkarı anlamına gelir. Cezanın ve ceza kanunlarının amacı devletin varlığını ve gelişmesini korumaktır. Ancak bu koruma, diğer ceza kanunlarının bertaraf edilmesi suretiyle sağlanamaz, aksine diğer devletlerle işbirliği yapılması gerekir. Hatta, adalete gösterilmesi gereken saygı, genel menfaatleri koruma ve kurtarma; yerine göre, yabancı devlet ceza kanunlarının uygulanmasını da zorunlu kılar. Özel hukuk alanında kabul edilen bu uygulamanın ceza hukuku alanında kabul edilmemesinin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Ceza kanunlarının mülki olduğu kabul edilmekle birlikte, kişisel teminata ilişkin olup, kişisel nitelik taşıyanların yabancı ülkede suç işleyen kişileri takip etmesi gerekir. Ayrıca, özel hukukta yapılan uygulamanın ceza hukuku alanında güçlük çıkaracağı ileri sürmek de doğru görülmemektedir.⁵

1.2. Yabancı Ceza Kanunu'nun Uygulama Alanı

Yabancı ceza kanunlarının o ülkede uygulanmasının hukuki esası konusunda ise üç fikir ileri sürülmüştür.

Birinci fikre göre; ülkede milli ceza kanununun uygulanması esas olmakla birlikte, milletlerarası nezaket kuralları gereğince, yabancı ceza kanunlarına bu konuda bir imtiyaz tanınabilir. Bu durumda, sanki o yabancı ülke temsil ediliyormuş gibi kabul edilir.

İkinci fikre göre; bir olay sebebiyle, ceza kanununu uygulayabilecek birden fazla egemenlik bulunmaktaysa, burada en büyük menfaati olan devlet kanunun uygulanması yerinde olur ve bu durum yabancı bir egemenliğe gösterilmesi gereken saygıya dayanır.

Çoğunluğu teşkil eden ve bizim de katıldığımız üçüncü fikre göre ise; yabancı kanunun uygulanmasının hukuki esası, ülke kanun koyucusunun isteğidir. Başka bir ifadeyle yabancı ülke kanununun uygulanabileceğini kabul etmiş olmasıdır. Bu fikre göre, ülke kanun koyucusunun izin verdiği ölçüde yabancı ülke ceza kanunu uygulanabilecektir. Bu düşünceye göre, ülke kanun koyucusunun kabul ettiği hüküm uyarınca yerine getirilen bu görev, milli egemenlikten feragati değil, milli egemenliğin icrasını belirtir. Başka bir ifadeyle, bu durumda, yabancı kanun, milli kanun haline gelir.⁶

⁵ Dönmezer - Erman, C. III, s. 525-526.

⁶ Dönmezer - Erman, C. III, s. 526-527.

Öte yandan, 1929 yılında yapılan Ceza Hukukunu Birleştirme II. Milletlerarası Bükreş Kongresi'nde de görüşülen yabancı ceza kanununun uygulanması konusunda, yabancı ceza kanunlarının doğrudan doğruya uygulanması değil ceza uygulaması bakımından göz önünde tutulması esas alınarak aşağıdaki temenniler ileri sürülmüştür.

“Her devletin ceza hakimlerinin, genel kural olarak, kendilerine sunulan suçlar hakkında ancak kendi kanunlarını (lex fori) uygulayabilecekleri gözlemini yapmakla beraber Kongre, kişisel haklara saygı ve milletler arasındaki iyi ilişkilerin, bazı istisnai hallerde, yabancı bir ceza kanununun uygulanmasını gerekli kılabileceğini tespit ederek aşağıdaki temennileri belirtir:

1. a. Ülkede olduğu kadar yabancı ülkelerde de işlenen suçların tenkili bunların yabancı mülki kanun (lex fori) tarafından nazara alınmış ve cezalandırılmış bulunmaları şartına bağlı tutulmalıdır.

b. Suçlunun daha lehine olduğu takdirde, yabancı mülki kanunun hükümleri, hakim tarafından göz önüne alınmalıdır.

c. Bu kanun kovuşturmayı şikayete tabi tutmuş ise, ülkede kovuşturmayla girişebilmek için bu şartın gerçekleşmiş bulunması aranmalıdır.

2. Ülkesinde olduğu kadar yabancı ülkelerde işlenen suçlar bakımından da hakim, kararını tabi kılacağı çeşitli unsurlar arasında, suçlunun şahsi kanununca tespit edilen cezai rüşt yaşını göz önünde tutmalıdır.

3. Suçun varlığının veya ağırlık derecesinin, suçlunun mağdur veya üçüncü şahıslarla olan bazı ailevi ilişkilerine bağlı bulunduğu hallerde bu ilişkiler, kamu düzeni gerekleri ayrık tutulmak üzere devletler özel hukuku kurallarının işaret ettiği kanunlara göre takdir edilmelidir.”⁷

Aynı Kongrede; bunların yanında, yabancı kanunun uygulanması konusunda hakimlerin güvenilir bir kaynağa çabuk bir şekilde ulaşabilmelerine ihtiyaçları olduğunu belirtmiş ve Milletler Cemiyeti'nde yabancı kanunları içeren bir doküman merkezinin kurulması da temenni edilmiştir.⁸

Yabancı ceza kanununun uygulanmasından doğan güçlüklerin giderilmesinin tespitinin yapıldığı 1961 Lizbon Kongresi'nde alınan kararlara göre ise;

a. Prensip itibarıyla ve özellikle aralarında menfaat birliği bulunan devletlere, yabancı ceza kanununu uygulama imkanını sağlamaları tavsiye edilmiştir.

⁷ Aktaran, Dönmezer - Erman, C. III, s. 528-529.

⁸ Dönmezer - Erman, C. III, s. 529.

b. Kamu düzenini bozmamak şartıyla, suç, hakim in ülkesinde işlenmiş bulunsa bile, suçun varlık veya ağırlığı suçlu ile mağdurun veya üçüncü kişilerin ailevi ilişkilerini kapsadığı takdirde, bu hususlar hakim tarafından dikkate alınabilmelidir.

c. Prensip olarak, kamu düzeninin zorunlu kıldığı istisnalar hariç olmak üzere hiçbir suç kategorisi yabancı ceza kanunu uygulaması sınırı dışına çıkarılmamalıdır. Ancak, siyasi suçlar ve genel adaba karşı işlenen suçlar ayrık tutulabilir.

d. Ülke dışında işlenen suçlarda, yabancı ceza kanunu, failin uyruğu dikkate alınmadan uygulanmalıdır.

e. Fiil, ülkede suç oluşturmuyorsa veya yabancı kanun failin daha lehinde ise, uygulamanın kamu düzenine aykırı olmaması kaydıyla, milli hakim, yabancı ülkede işlenen suçlar bakımından yabancı kanunu uygulamalı ve bu halde kamu düzeni dar yorumlanmalıdır.

Bazı ülkelerin mevzuatında yabancı ülke ceza kanununun doğrudan doğruya uygulanmasına rastlanmamakta, ancak kanunda gösterilen istisnai hallerde yabancı ceza kanunu göz önünde tutulmaktadır. Yabancı ceza kanununun göz önünde tutulduğu hallerde ise bu husus olumlu ve olumsuz olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır.⁹

Ülkemizde ise, mevzuatımızda bu konuda bir hüküm getirilmeden önce, sanık hakkında cezası hafif olan devlet kanununun uygulanacağı, yabancı devlet kanunundaki cezadan fazlasının Türkiye’de verilmeyeceği, Yargıtay CGK’nın 10.5.1982 tarihli ve 1982/185 sayılı kararında açıkça kabul edilmiştir.¹⁰

2. TÜRKİYE’DE YABANCI KANUNUN UYGULANMASI KONUSUNDAKİ YASAL DÜZENLEMELERİN GELİŞİMİ

Bu konuda mevzuatımızda henüz ayrı bir hüküm yer almazken, Türk vatandaşı olan bir kişinin yabancı ülkede yabancıya karşı işlemiş olduğu suç sebebiyle Türkiye’de kovuşturma yapılacağına öngörülmüş olması karşısında verilecek cezanın hangi kanuna göre olacağı, başka bir ifadeyle hangi cezanın verileceği sorunu ortaya çıkmış ve Yargıtay iki olayda görüşünü açıklamıştır.¹¹

⁹ Dönmezer - Erman, C: III, s. 530.

¹⁰ Faruk Erem - Ahmet Danışman - Mehmet Emin Artuk, Seçkin Yayınevi, Tümüyle Gözden Geçirilmiş On Dördüncü Baskı, Ankara 1997, s. 185.

¹¹ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul 1991, 1. Bası, C. 1, s. 228.

Yargıtay CGK'nın 10/5/1082 tarihli ve 1-474/195 sayılı kararı ile 6. CD'nin 22/3/1983 tarihli ve 102/1388 sayılı kararları bu konuda bir hüküm getirilmesine öncülük etmiştir.¹²

İleride değinilecek olan¹³ yukarıda tarih ve sayıları yazılı Yargıtay kararlarında kabul edilen görüş, 9. maddesinin dördüncü fıkrasında; *"Suçun işlendiği ülke kanunu ile Türk kanunundan hangisi uygulamada sanığın lehine sonuç verecek ise, o kanun göz önünde bulundurulmak ve yabancı kanunda tanımlanan suçta, Türk kanunlarına göre verilmesi gereken ceza veya Türk kanununda bulunup yabancı ülke kanunundaki cezaya en yakın olan ceza tespit edilmek suretiyle uygulama yapılır. Ancak, suçun işlendiği ülke kanunu Türkiye'nin kamu düzenine veya milletlerarası taahhütlerine aykırı ise bu ülke kanununa itibar edilemez."*¹⁴ hükmüne yer verilmek suretiyle 1987 TCKÖT'e yansıtılmıştır.

1989 TCKÖT'de ise, 1987 TCKÖT'ün yukarıda yazılı hükmünün girişine *"Türkiye zararına işlenmiş suçlar dışında"* ibaresi eklenmiş ve metnin içindeki iki kelime değiştirilmek suretiyle hüküm aynen muhafaza edilmiştir.¹⁵

8.11.1990 tarihinde TBMM'ye sunulan *"Türk Ceza Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı"*nın, birbiriyle bağlantılı bazı kanun teklifleriyle birleştirilerek görüşülmesi suretiyle kabul edilen 6.6.1991 tarihli ve 3756 sayılı Kanun'un çerçeve 2. maddesiyle 765 sayılı TCK'ya 10/a maddesi olarak,

"Bir Türk vatandaşı veya yabancı, yabancı ülkede bir suç işleyip de bu bab hükümlerine göre Türkiye'de yargulandığı takdirde; Türkiye zararına işlenmiş suçlar dışında, suçun işlendiği ülke kanunu ile Türk kanunundan hangisi uygulamada sanığın lehine sonuç verecek ise, o kanun göz önünde bulundurulmak ve yabancı kanunda tanımlanan suçta, Türk kanunlarına göre verilmesi gereken ceza veya Türk kanununda bulunup yabancı ülke kanunundaki cezaya en yakın olan ceza tespit edilerek uygulama yapılır. Ancak, suçun işlendiği ülke kanunu,

¹² İzzet Özgenç, *"Non Bis In Idem' Kuralının Milletlerarası Değeri ve TCK'nın 10/A Maddesi Hükmüne İlişkin Değerlendirme"*, YD, Temmuz 2002, s. 339.

¹³ Bkz., aşağıda dpn. 33-34.

¹⁴ Özgenç, s. 340.

¹⁵ Söz konusu hükmün 1989 TCKÖT'teki metni şu şekildedir: *"Türkiye zararına işlenmiş suçlar dışında, suçun işlendiği ülke kanunu ile Türk kanunundan hangisi uygulamada sanığın lehine sonuç verecek ise, o kanun göz önünde bulundurulmak ve yabancı kanunda tanımlanan suçta, Türk kanunlarına göre verilmesi gereken ceza veya Türk kanununda bulunup yabancı ülke kanunundaki cezaya en yakın olan ceza tespit edilerek uygulama yapılır. Ancak, suçun işlendiği ülke kanunu Türkiye'nin kamu düzenine veya milletlerarası yükümlerine aykırı ise bu ülke kanununa itibar edilemez."* *Türk Ceza Kanunu Öntasarısı*, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara 1989, s. 7.

Türkiye'nin kamu düzenine veya milletlerarası yükümlerine aykırı ise bu ülke kanununa itibar edilmez."

Şeklinde hüküm eklenmiştir.¹⁶

Söz konusu hükmün yürürlüğe girmesinden altı yıl sonra, 1997 yılında TBMM'ye sunulan TCKT'nin 9. maddesinin son fıkrasına, 765 sayılı TCK'nın 10/a maddesi yerine, 1989 TCKÖT'ün hükmünün ikinci cümlesindeki "milletlerarası" sözcüğü "uluslararası" şeklinde değiştirilmek suretiyle aynen alınmıştır.¹⁷

Daha sonra, 12.5.2003 tarihinde TBMM'ye sunulan Hükümet Tasarısı'nda ise bu konu "Yurt Dışında İşlenen Suçlarda Uygulama" kenar başlığı altında;

"Madde 18. Bir Türk vatandaşı veya yabancı, yabancı ülkede bir suç işleyip de bu kısım hükümlerine göre Türkiye'de yargılandığı takdirde, Türkiye aleyhine işlenmiş suçlar dışında, suçun işlendiği ülke kanunu ile Türk kanunundan hangisi uygulamada sanığın lehine sonuç verecek ise o kanun gözetilmek, yabancı kanunda tanımlanan suça Türk kanununa göre verilecek ceza türü saptanmak, Türk kanunu lehe ise veya Türk kanununa göre verilebilecek sonuç ceza yabancı kanun uyarınca verilebilecek cezanın alt ve üst sınırlarını aşmayacak ise Türk kanununa göre, yabancı ülke kanunu lehe ise o kanun uyarınca verilebilecek Türk kanunundaki cezaya en yakın ceza esas alınmak suretiyle uygulama yapılır. Ancak, suçun işlendiği ülke kanunu Türkiye'nin kamu düzenine veya uluslararası yükümlerine aykırı ise bu ülke kanununa itibar edilmez.

Fer'i cezalar yönünden de yukarıdaki hükümler uygulanır.

Bu madde hükümleri, 8. maddede ve 11. maddenin birinci fıkrasında belirtilen suçlar hakkında uygulanmaz."¹⁸

¹⁶ Hükümetin teklif ettiği Kanun Tasarısı'nda 10/a maddesi yer almamaktaydı. Adalet Komisyonu Raporu'nda bu maddeyle ilgili olarak, "Yurt dışında suç işleyip de Türkiye'de yargılanan Türk vatandaşına uygulanan cezalar sanık aleyhine sonuçlar doğurmakta ve yurt dışında verilecek cezalardan daha ağır cezalar uygulanmak zorunda kalmaktadır. Bu durum özellikle uyuşturucu suçları için söz konusu olmaktadır. Bu sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla yurt dışında işlenen suçlar nedeniyle yabancı veya Türk kanunundan lehe olanın uygulanmasına dair bir hüküm getirilmesi uygun görülmüş ve Tasarı'nın 4. maddesi ile bağlantısı nedeni ile Türk Ceza Kanunu'na 10. maddeden sonra gelmek üzere 10 a maddesi eklenmesi yoluna gidilmiş ve 2. madde olarak kabul edilmiştir." şeklinde açıklama yapılmıştır. Dönem: 18, Yasama Yılı: 4, S. Sayısı: 513, s. 20.

¹⁷ *Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997)*, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Özel Seri: 3, s. 29.

¹⁸ Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, s. 259. Bu hükmün bir eleştirisi için bkz., *Türk Ceza Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme ve Alternatif Öneriler*, Hukukçular Derneği Yayını, İstanbul 2003, 3. Baskı, s. 15-18.

Şeklinde düzenlenmiştir. Ancak, Tasarı'nın geneli gibi bu madde de Adalet Komisyonu'nda büyük değişikliklere uğramış ve 26.9.2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu¹⁹ olarak kanunlaşan metinde "Yabancı Kanunun Göz Önünde Bulundurulması" kenar başlığı altında;

"Madde 19. (1) Türkiye'nin egemenlik alanı dışında işlenen suçlar dolayısıyla Türkiye'de yargılama yapılırken, Türk kanununa göre verilecek olan ceza, suçun işlendiği ülke kanununda öngörülen cezanın üst sınırından fazla olamaz.

(2) Ancak suçun;

a. Türkiye'nin güvenliğine karşı veya zararına olarak,

b. Türk vatandaşına karşı ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi zararına olarak,

İşlenmesi durumunda, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz."

Biçiminde kanunlaşmıştır. Bu hüküm 5237 sayılı Kanun'un yürürlüğe ilişkin 344. maddesi uyarınca 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecektir.

3. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN 10/A MADDESİ

3.1. Madde Hakkında Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

765 sayılı TCK'nın 10/a maddesi hakkında doktrinde ileri sürülen görüşler birbirleriyle uyuşmayan niteliktedir. Bir görüşe göre reform niteliğinde olan²⁰ bu hükmün, başka bir görüşe göre dünyada örneğine rastlanamaz.²¹ Bir diğer görüşe göre de, bu hüküm uygulamada birçok problemi beraberinde getirmiştir.²²

Bu madde hükmüne ve uygulanmasına ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşleri aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür.

Dönmezer - Erman'a göre; 3. maddesinde, Türkiye'de işlenen suçtan dolayı TCK'nın uygulanacağı hükme bağlandığından, failin yabancı olması durumunda şahsi kanunun uygulanması söz konusu olamaz. Bu itibarla,

¹⁹ RG, 12 Ekim 2004 - 25611.

²⁰ Dönmezer - Erman, C. III, s. 531.

²¹ Özgenç, s. 341.

²² Feridun Yenisey, "Milletlerarası Ceza Hukukunda Yeni Gelişmeler", *Ceza Hukuku Günleri*, İstanbul 1998, s. 47.

suçun aile ilişkilerine dair olması sebebiyle şahsi statüyü ilgilendirmesi hallerinde dahi Türk kanunu uygulanır.²³

“... Türk hakimi, ... suçun işlendiği ülkedeki kanunun mu, yoksa Türk kanunlarının mı uygulamada failin lehine sonuç vereceğini inceleyerek ve lehe sonuç veren kanun yabancı kanun oldukça bu kanuna göre hüküm verecektir.

Yabancı kanunun ‘lehe kanun-lex mitior’ olup olmadığını tespit hususunda ise, aynı madde, yabancı kanunla Türk kanununun ayrı ayrı uygulanarak, olayda hangisinin daha lehte sonuç vereceğine itibar etme sistemini, yani in concreto kriterini benimsemiştir. Bu itibarla Türk hakimi, yabancı kanunda aynı suç için öngörülmüş olan cezaya bakmakla yetinmeyecek, fakat o kanunda yer alan kanuni ağırlatıcı ve hafifletici sebepleri de göz önünde tutarak tam bir uygulama yapacaktır. Bu ise yabancı kanunun varlığının, suçun işlendiği tarihte olsun, hüküm tarihinde olsun yabancı ülkede yürürlükte olduğunun ispat edilmesine bağlıdır. Türk sisteminde, hakim kanunları re’sen uyguladığı için de, hakim in bu araştırmayı bizzat yapması, hatta hüküm vereceği gün bile yabancı ülke kanununda bir değişikliğin bulunup bulunmadığını araştırması gerekecektir. Hakim in concreto yani somut olayda daha lehde sonuç verdiğini gördüğü zaman bu hususu göz önünde bulundurarak, yine de Türk kanununu uygulamak durumundadır.”²⁴

“6.6.1991 tarih ve 3756 sayılı kanunla Türk Ceza Kanunu’na eklenen 10/a maddesine göre ... yabancı ülkede suç işleyen kişi hakkında Türkiye’de yargılama yapıldığı takdirde, Türk hakimi, suçun işlendiği yer Kanunu ile Türk Kanunundan hangisi failin lehine sonuç verecekse, ona göre hüküm verecektir. Böyle olunca, fail hakkında suçun işlendiği ülkede bir karar verilmişse, Türkiye’de yeniden yargılama yapmak imkansız olacaktır.”²⁵

TCK’nın 10/a maddesi karşısında, “yabancı ülkede suç işleyen fail hakkında yine yabancı ülkede hüküm verilmiş ve bunun sonucunda fail beraat etmiş veya hakkındaki dava yahut ceza düşmüş ise, artık burada yeniden kovuşturma yapmak için sebep kalmaz; failin suçlu olmadığı yabancı mahkeme kararıyla anlaşılmıştır ve cezasız kalmasından korkulan bir suçlu artık ortada yoktur.

Keza fail yabancı ülkede mahkum olmuş ve cezası da infaz edilmiş ise, yine cezasız kalan bir suçlu söz konusu değildir ki, adalet prensibi gereğince yeniden kovuşturma yapıp cezalandırmak mümkün olsun.”²⁶

²³ Dönmezer - Erman, C. III, s. 531.

²⁴ Dönmezer - Erman, C. III, s. 380-381.

²⁵ Dönmezer - Erman, C. III, s. 382.

²⁶ Dönmezer - Erman, C. III, s. 390.

Erem'e göre; "ilave edilen bu hüküm bir Türk'ün veya bir yabancı'nın 'yabancı ülkede' işledikleri suçlar hakkında uygulanacaktır... Suçun işlendiği yer yabancı kanununun cezası, Türk kanununda gösterilen cezadan daha hafif ise o cezanın verilmesi esas tutulacaktır... Bu hükmün maksadı yabancı ülkede işlenen suça, o memleketin verebileceği cezadan fazla bir cezanın verilmesini önlemektir. Bu nedenle eklenen hükmün amacı budur... 'Türk kanununda bulunup yabancı ülke kanunundaki cezaya en yakın ceza' deyimini düşündürücüdür. 'Kanunsuz ceza olmaz' kuralına (TCK m. 1) aykırılık bahis konusu olabilir."²⁷

İçel - Donay'a göre; "bu hüküm, yabancı kanunun ülkede uygulanması anlamına gelmez; hükmün amacı, lehe olan kanunun verilecek ceza yönünden göz önünde bulundurulmasından ibarettir."²⁸

"... yabancı ülkede işlenen (suça) öncelikle TCK uygulanarak ceza miktarı saptandıktan sonra, suçun işlendiği ülke ceza kanunu ile TCK'dan hangisi ceza miktarı yönünden sanık lehine sonuç verecekse, o kanun göz önünde bulundurulacaktır. Diğer yandan, yabancı yasada tanımlanan suça Türk yasasına göre verilmesi gereken ceza veya Türk yasasında bulunup yabancı ülke yasasındaki cezaya en yakın olan ceza saptanarak uygulama yapılacaktır. Yoksa yabancı yasadaki temel cezaya TCK'daki indirim nedenlerinin uygulanması ve böylece ceza yasalarının karma şekilde uygulanması suretiyle hüküm kurulması yoluna gidilemez."²⁹

Yenisey'e göre ise; "fîl evvelce yabancı devlet mahkemesince yargılanmışsa, o takdirde TCK'nın 10a maddesi devreye girmekte ve yabancı devlet kanununda gösterilen cezanın üstüne çıkmamak kaydıyla, fîl Türkiye'de yargılanabilmektedir... TCK'nın 10a maddesi, bir nevi 'davada yabancı kanunun uygulanabilmesi niteliği' taşımaktadır... Yabancı ülkede işlenen fîle, Türk kanunundaki ceza, bu yoksa en yakın ceza belirlenecektir. Bu yapıldıktan sonra yabancı kanuna bakılacak, Türk hakimi 10a maddeyi uygularken Türk kanunu ile suçun işlendiği yer kanununu karşılaştıracak ve uygulamada sanığın lehine sonuç verecek olan kanunu gözönünde bulundurarak cezayı belirleyecektir... Yabancı ceza kanunu bütün müesseseleri ile, tamamen uygulanamaz. Sadece ceza tayin edilirken Türk mahkemesi tarafından göz önünde tutulur."³⁰

Görüldüğü gibi doktrinde konu hakkında ileri sürülen görüşler birbirleriyle uyumlu değildir.

²⁷ Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler*, Seçkin Kitabevi, Ankara 1993, C. 1, s. 129-130.

²⁸ Kayıhan İçel - Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1999, 1. Kitap, s. 196.

²⁹ İçel - Donay, s. 196.

³⁰ Yenisey, s. 44 - 47.

3.2. Maddeyle İlgili Yargıtay İçtihatları

Türk hakiminin yabancı ülke kanununu göz önüne alması Yargıtay içtihatları ile hukukumuzda girmiştir.³¹ Yukarıda da belirtildiği üzere³² bu konunun mevzuatımızda düzenlenmesi Yargıtay'ın iki kararıyla gündeme gelmiştir.

Bunlardan birincisi, Türk vatandaşı olan bir kişinin, Kıbrıs'ta askerlik görevini yaparken iki kişiyi öldürmesi ve bu sebeple Türkiye'de yargılanmasıyla ilgili olarak verilen;

"Maktuller Kıbrıs Türk Federe Devleti vatandaşı iseler, 5. maddenin son fıkrasına nazara işlenen eylemin işlendiği Kıbrıs Türk Federe Devleti yasalarında da ceza yaptırımına bağlı olması ve ayrıca hükmedilecek ceza süresinin hiçbir surette suçun işlendiği yer açısından gösterilen ceza süresinden fazla olmaması gerekmektedir."

şeklindeki karardır.³³

İkincisi ise, Norveç'te bir banka soygunun gerçekleştiren iki Türk vatandaşından birinin, Norveç'te yakalanarak yapılan yargılaması sonucunda bu ülke kanunlarına göre, neticede üç yıl hapis cezasına mahkum olmasına karşılık, diğerinin Türkiye'ye kaçması ve TCK'nın 5. maddesi hükmüne istinaden Türkiye'de yapılan yargılaması sonucunda TCK'nın 497. maddesi hükmü uyarınca netice olarak on iki yıl altı ay süreyle ağır hapis cezasına mahkum olması üzerine Yargıtay tarafından verilen;

"Yabancı memlekette yabancı aleyhine suç işleyen Türk'ün cezalandırılabilmesi için o fiilin işlediği mahalde cezayı müstelzim olması şarttır... Bir Türk yabancı memlekette bir yabancı aleyhine suç işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde Türk kanunlarına göre cezalandırılacaktır. Ancak;

1. Bu fiil yabancı memleket kanunlarında cezayı müstelzim değilse, sanık hakkında ceza tayin edilmeyecektir.

2. Sanık hakkında cezası hafif olan memleketin kanunu uygulanacaktır. Yani Türk mahkemeleri, bu gibi sanık hakkında yabancı memleket kanununda gösterilen cezadan fazla ceza hükmedemeyecektir."

şeklindeki karardır.³⁴

³¹ Erdener Yurtcan, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, Kazancı Kitap Ticaret AŞ, İstanbul 2004, s. 62.

³² bkz., yukarıda dñn. 13.

³³ YCGK. 10.5.1982 tarih ve 1-474/195 sayılı kararı. Bu kararın eleştirisi için bkz., Tezcan, s. 151 vd.

³⁴ Yargıtay 6. CD, 22.3.1983-102/1388, YKD, Mayıs 1983, s. 778 vd.

Yukarıda yazılı kararlar üzerine TCK'ya 10/a maddesi hükmünün eklenmesinden sonra verilen Yargıtay kararlarında da doktrinde ileri sürülen görüşler gibi tam bir yeknesaklık bulunmamaktadır.³⁵

Yargıtay, birçok kararında, yargılama yaparken Türk hakiminin Türk kanunlarını uygulayacağına işaret etmiş; ancak, Türk kanununa göre verilecek cezayı belirlerken, yabancı kanunda o suçla ilgili olarak öngörülen cezanın göz önünde bulundurulması gerektiğini de belirtmiştir.

Yargıtay 1. CD'nin 1996 yılında vermiş olduğu karara göre; *"TCK'ya 3756 sayılı Kanun'la eklenen 10/a maddesi gereğince, yurt dışında suç işleyip Türkiye'de yargılanan bir Türk'e, Türk kanunlarının uygulanacağı; ancak sonuç ceza yabancı kanunda bu suça verilebilecek cezadan fazla ise, ceza miktarı bakımından Türk kanunlarına göre verilen cezalardan indirim yapılması gerektiği göz önünde tutulmaksızın; sanığa, öldürdüğü her şahıs için Alman Ceza Kanunu ile temel ceza verilip, TCK'nın 59. maddesiyle indirim yapılması... bozmayı gerektirmiştir."*³⁶

Yargıtay 4. CD'nin 2000 yılında vermiş olduğu karara göre; *"TCK'nın 10/a maddesi gereğince yurt dışında suç işleyip Türkiye'de yargılanan bir Türk'e Türk yasalarının uygulanacağı, ancak, sonuç cezanın yabancı yasada bu suça verilebilecek cezadan fazla olması durumunda ceza miktarı bakımından Türk yasalarına göre verilen cezadan indirim yapılması gerektiği gözetilmeden, doğrudan doğruya Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Ceza Yasası'nın uygulanması yasaya aykırıdır."*

Yargıtay 1. CD'nin 1997 yılında vermiş olduğu karara göre de;

"1. TCY'nin 10/a maddesinin uygulanması gereken hallerde, egemen devlet olmanın gereği ve kaçınılmaz sonucu olarak, yabancı ülkede işlenen ve hukuka aykırılığı kabul edilen eyleme öncelikle Türk Ceza Yasası uygulanarak ceza miktarının tespit edilmesi, bundan sonra suçun işlendiği ülke ceza yasası ile Türk Ceza Yasası'ndan hangisi ceza miktarı yönünden sanık lehine sonuç verece ise o yasa göz önünde bulundurulması ve yabancı yasada tanımlanan suça, Türk yasalarına göre verilmesi gereken ceza veya Türk yasasında bulunup yabancı ülke yasasındaki cezaya en yakın olan ceza tespit edilerek uygulama yapılması gerekirken; Alman Ceza Yasası'nın 211. maddesinde öngörülen temel ceza esas alınmak ve bu cezaya Türk Ceza Yasası'ndaki indirim maddeleri tatbik edilmek, böylece her iki ülke ceza yasaları karma şekilde uygulanmak suretiyle hüküm kurulması;

2. Maddi olayla ilgili soruşturma sonuçlarına uygun şekilde sübutu kabul, suç niteliği tayin, cezayı azaltıcı sebeplerin nitelik ve indirim oranları takdir edilerek

³⁵ Özgenç, s. 344.

³⁶ 22.5.1996 – 724/1873, YKD, Ekim 1997, s. 1620.

tespit edilen eylemde, TCY'nin 450/4, 62, 51/1, 59. maddelerinin uygulanması sonucu tayin edilmesi gereken ceza miktarının 12 yıl 6 ay ağır hapis cezası olduğu saptanan bu cezanın, Alman Ceza Yasası'nın 211 (nitelikli öldürme), 49 (genel indirim ve ceza süresi) ve 38. (ceza süresi) maddelerindeki düzenlemeler dikkate alınıp, TCY'nin 10/a maddesiyle birlikte yorumlandığında Alman Ceza Yasası'nda tanımlanan suçta Türk Ceza Yasası'nda bulunan en yakın ceza olduğu ve sanığa bu cezanın tayin edilmesinin mümkün olduğu gözetilmeden; hatalı yorum ve karma uygulama sonucu 9 yıl 4 ay 15 gün ağır hapse hükmedilerek eksik ceza tayini;

3. TCY'nin 31. maddesinin karşılığı olan Alman Ceza Yasası'nın 45. maddesinde kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasının sınırlı olması ve bu düzenleme uyarınca kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasının süresi tayin edilirken Alman Ceza ve Usul Yasaları uygulamasını bilen uzman kişilerden görüş alınmak, bu konuyu düzenleyen madde metinleri Türkçe'ye çevrilerek dosya içine konulmak ve TCY'nin 10/a maddesi de gözetilmek suretiyle kamu hizmetlerinden yasaklanmak cezasına hükmedilmek gerekirken; eksik inceleme sonucu karar verilmesi...

bozmayı gerektirmiştir."³⁷

Yargıtay'ın bu kararlarında Türk kanununa göre verilecek cezayı belirlerken, yabancı kanunda o suçlarla ilgili olarak öngörülen cezanın göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiş olmasına karşılık, uygulamanın nasıl yapılacağı konusunda tam bir açıklık ve belirginlik bulunmamaktadır.³⁸

765 sayılı TCK'nın 10/a maddesi uyarınca yargılama yapılırken izlenmesi gereken yolla ilgili olarak Yargıtay'ın içtihatları dikkate alındığında; yabancı kanununun sadece göz önünde bulundurulmadığı, somut olayla ilgili bütün hükümlerinin dikkate alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Hatta, ceza mahkumiyetinin kanuni sonuçlarından olan belli hak yoksunlukları açısından da yabancı kanunun dikkate alınması gerekir.³⁹

Yargıtay 4. CD'nin, TCK'nın 10/a maddesinde yer alan ve esasında anlamsız ve belirsiz olan ifadelere belli bir anlam yüklemeye çalıştığı⁴⁰ 15.4.1998 tarihli ve 271/1066 sayılı kararına göre de;

³⁷ Yargıtay 1. CD, 5.11.1997-2385/3545, YKD, Şubat 1998, s. 264 vd.; Bu kararın (1) numaralı bendindeki bozma sebebi yapılan husus Yargıtay 1. CD'nin yerleşmiş içtihadı şeklindedir. Örnek olarak bkz., 1.6.2001 tarihli ve 346/2497; 6.7.2001 tarihli ve 3157/3152 sayılı kararları. Karar metinleri için bkz., Necati Meran, *Gereğçeli-Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 108-109.

³⁸ Özgenç, s. 346.

³⁹ Özgenç, s. 346.

⁴⁰ Özgenç, s. 347.

⁴¹ YKD, Haziran 1998, s. 916 vd.

“Türk vatandaşı olan sanığın, 13.7.1995 tarihinde, Alman uyruklu olup resmi nikahlı eşi bulunan Kerstin’i başka şahıslarla gayri ahlaki ilişki kurması ve müptelası olduğu uyuşturucu madde alışkanlığını sürdürmesi nedeniyle ağır tahrik altında Batı Almanya’nın Menden Kenti’nde boğarak öldürdüğü ve kaçtığı Türkiye’de yargılandığı anlaşılmakla;

Hakkında ceza hükmü tesis olunurken, olaya uygun bulunan TCY’nin 449/1, 51/2, maddeleri mucibince belirlenecek ceza ile Alman Ceza Yasası’nın bu hallerde uygulanması mümkün olan 213. maddesinin karşılaştırılması, Alman Ceza Yasası’nın 213. maddesi ile öngörülen ‘altı ay ile beş yıl arası hapsin’ lehte olması nedeniyle TCY’nin 10/a hükmü karşısında lehteki yasanın Alman Ceza Yasası olduğu sonucuna varılması ancak hükmün TCY’nin 449/1 ve 10/a maddelerine göre verilmesi zorunluluğu olduğundan, lehteki yasada öngörülen ve TCY’deki cezaya en yakın olan ‘beş yılın’ benimsenmesi ile sanığın beş yıl ağır hapse hükümlendirilmesi gerekirken ağır tahrik altındaki öldürme fiillerine uygulanması mümkün bulunmayan 211. maddenin TCY’nin 449, 51/2. maddelerinden ağır olduğu gerekçesiyle dayanılarak, yazılı biçimde sanığa fazla ceza tayini yasaya aykırı”dır.⁴¹

Yargıtay 4. CD’nin yukarıda yazılı kararına göre, 10/a maddesinde yazılı “yabancı kanunda tanımlanan suça, Türk kanunlarına göre verilmesi gereken ceza veya Türk kanununda bulunup yabancı ülke kanunundaki cezaya en yakın olan ceza tespit edilerek uygulama yapılır.” hükmü somut olayda “Alman Ceza Yasası’nın 213. maddesi ile öngörülen ‘altı ay ile beş yıl arası hapis’ lehte olması nedeniyle TCK’nın 10/a hükmü karşısında lehteki yasanın Alman Ceza Yasası olduğu sonucuna varılması ancak hükmün TCK’nın 449/1 ve 10/a maddelerine göre verilmesi zorunluluğu olduğundan, lehteki yasada öngörülen ve TCK’ndaki cezaya en yakın olan ‘beş yılın’ benimsenmesi ile sanığın beş yıl ağır hapse hükümlendirilmesi gerekir.” şeklinde uygulanmalıdır.⁴²

Özgenç’e göre; “aslında Yargıtay, bu olayda yabancı kanunda belirlenen soyut temel cezayı sadece göz önünde bulundurmaktadır.

‘Sanık A’nın fiilinin, kastettiği hürriyeti sınırlama suçunu öldürülenden gelen tepki ve ilişkiyi sürdüreceğine yönelik sözler sonucu işleyememekten duyduğu infial ile öldürmek suçunu oluşturduğu ve bu suçun TCK’nın 450/8. madde ve fıkrası içinde değerlendirilmek suretiyle, TCK’nın 10/a maddesindeki düzenleme uyarınca bu fiilin Alman Ceza Yasası’nın 211 ve 49. maddeleri içinde mütalaa edilerek bu maddelerde öngörülen cezalardan TCK’nın 450/8, 51/1, 59. maddelerinin uygulanmasıyla bulunacak sonuç cezaya miktar itibarıyla sanık lehine olan en yakın cezanın tayin edilmesi gerekirken suç vasfından yapılan hata sonucu yazılı

⁴² Özgenç, s. 347.

şekilde eksik ceza verilmesi (ve ayrıca;) TCK'nın 31. maddesiyle ilgili uygulama yapılırken TCK'nın 10/a maddesi uyarınca Alman Ceza Yasası yönünden her hangi bir araştırma yapılmadan hüküm kurulması, yasaya aykırıdır.'

Yargıtay, bu kararında 10/a maddenin uygulanmasında failin lehine olanı tespit zmnında Türk kanunu ile yabancı kanun arasında mukayese yaparken, yabancı kanunda belirlenen soyut ceza ile Türk kanununun somut olaya uygulanması sonucu ortaya çıkan somut cezayı göz önünde bulundurmaktadır."⁴³

Fransa'da meydana gelen adam öldürme suçunun failinin Türkiye'ye kaçması, yokluğunda Fransa'da yapılan yargılama neticesinde "tasarlayarak adam öldürmek" suçundan müebbet ağır hapis cezasına karar verilmesi; Türkiye'de yapılan yargılama sonunda da suçunun sabit görülerek TCK'nın 450/7. maddesi uyarınca idamına, hakkında TCK'nın 59. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına, suç Fransa'da işlendiğinden TCK'nın 10/a maddesi gereğince suçun işlendiği ülke kanunu ile Türk kanunundan hangisi uygulamada sanığın lehine sonuç verecekse o kanun göz önünde bulundurulacağından Fransız Ceza Kanunu'nun 221-3. maddesi dikkate alınarak sanığın müebbet ağır hapis cezasıyla cezalandırılmasına, TCK'nın 31, 33 ve 40. maddelerinin uygulanmasına karar verilmesi ve bu kararın temyiz edilmesi üzerine özel dairece diğer temyiz itirazlarının reddine karar verilmiş ancak bidayet mahkemesinin kararı, "TCY'nin 31.maddesi ile uygulama yapılırken aynı yasanın 10/a maddesi uyarınca Fransız Ceza Yasası'nda kamu hizmetlerinden yasaklanma veya buna en yakın fer'i cezaya ilişkin yasa metninin araştırılıp, Türk ve Fransız Yasaları'nın karşılaştırılmaları sonucu sanık lehine sonuç verecek yasanın nazara alınması gerektiğinin gözetilmemesi" gerekçesiyle bozulmuştur. Bu karara karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı üzerine YCGK'ca verilen karara göre;

"... Türkiye zararına işlenmiş suçlar dışında kalan bir suçun işlendiği ülke yasaları ile Türk yasalarından hangisi uygulamada sanığın lehine sonuç doğuracaksa o yasa göz önünde bulundurulacak ve yasalardaki birbirine en yakın olan cezalar saptanarak uygulama yapılacaktır. Buna göre, TCY'nin 10/a maddesinin uygulanabilmesi için;

- a. Failin Türk veya yabancı olması,
- b. Suçun yabancı ülkede işlenmesi,
- c. Failin Türkiye'de yargılanıyor olması,
- d. Suçun; Türkiye zararına işlenen suçlardan olmaması,

⁴³ Özgenç, s. 347.

e. Suçun işlendiği ülke kanununun Türkiye'nin kamu düzenine veya uluslararası yükümlülüklerine aykırı olmaması, gerekir.

TCY'nin 10/a maddesi ile uygulama yapılırken yabancı ülke yasası göz önüne alınacak fakat doğrudan doğruya uygulanmayacaktır. Doğrudan uygulama, ülkenin hükümranlık haklarından vazgeçme sonucunu doğuracaktır. Oysa hakim, ulusal hukuka göre uygulama yapacak, Türk ve suçun işlendiği yabancı ülke yasalarını karşılaştıracak, ağırlatıcı ve hafifletici nedenleri nazara alarak belirlediği lehe olan yasaya göre sonuç cezayı tayin edecektir.

Somut olayda, TCY'nin 450/7. maddesinde yer alan idam cezası yerine, suçun işlendiği Fransız Ceza Yasası ve mahkeme kararı nazara alınarak müebbet ağır hapis cezasına hükmolunmuştur. Ölüm cezasının müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmesiyle sanık yararına olan en lehe uygulama yapılmıştır. Artık fer'i ceza niteliğinde görülse bile, kamu hizmetlerinden yasaklama hakkında Fransız Yasaları'nda ne gibi bir hüküm bulunduğu araştırılmasına ve uygulanmasına gerek yoktur.

Öte yandan, TCY'nin 31. maddesi 'Ceza Mahkumiyetlerinin Neticeleri ve Tarzı İcraları' başlıklı 3. babta yer almaktadır. Bu maddeye göre, kamu hizmetlerinden yasaklama cezası, bazı maddelerde yer aldığı üzere tamamlayıcı ceza olmayıp, ceza mahkumiyetinin sonucudur. Ceza mahkumiyetinin sonucu olması nedeniyle de, ülkemizde hükmolunacak cezanın doğal sonucu olarak uygulanacaktır. Bu itibarla, Fransız Ceza Yasaları'nda böyle bir cezanın olup olmaması veya süresi sonuca etkili olmayıp araştırılmasına gerek yoktur. Türkiye'de hükmolunan sonuç cezaya bağlı olarak TCY'nin 31 ve 33. maddeleri uygulanacaktır. Nitekim yerel mahkemece TCY'nin 33. maddesi de uygulanmış ve bu yönde bir bozmada yapılmamıştır.

Ayrıca Ceza Yasası'nın 10/a maddesinin son cümlesi uyarınca; 'suçun işlendiği ülke kanunu Türkiye'nin kamu düzenine veya milletlerarası yükümlerine aykırı ise bu ülke kanununa itibar edilmeyecektir.' Kamu hizmetlerinden yasaklama cezası, niteliği itibarıyla kamu düzeni ile ilgilidir. TCY'nin 31.maddesinin uygulanmaması kamu düzenine aykırı olup, ayrıca mahkumlar arasında eşitsizliğe neden olacaktır. Bu nedenle de, Fransa hukukunda kamu görevlerinden yasaklama ile ilgili bir hüküm bulunup bulunmadığının araştırılmasına gerek yoktur.

Kamu hizmetlerinden yasaklama cezasının, ne gibi cezalar içerdiği konusunda da tam bir görüş birliği mevcut değildir. Fransız Yasaları'nda mevcut olduğu takdirde kamu hizmetlerinden yasaklama cezasının kapsamının dar veya geniş olması, Türkiye'deki yasaklarla birlikte Türkiye'de yer almayan yasaklamaların yer alması ve süresinin daha kısa olması halinde diğer bir anlatımla TCY'nin 20 ve 31.

maddelerine göre kapsamının daha dar fakat süresinin daha uzun ya da kapsamının geniş ama süresinin kısa olması halinde, lehe olan hükmün belirlenmesi zorluklar arz edebileceği gibi, kamu düzeni ile ilgili olan bazı kısıtlamaların uygulanamaması gibi bir takım sonuçların doğmasına da neden olunabilecektir.

Ceza Yasası'nın 8. maddesinde yer alan 'ecnebi mahkemedan verilen ve Türk kanunlarına muvafık bulunan hüküm Türk kanununca da gerek asli ve gerek fer'i olarak hidematı ammeden memnuiyeti veya sair güna iskatı ehliyeti mucip bir cezayı mutazammun olduğu takdirde, müddeiumuminin talebi üzerine ecnebi memlekette hükmolunan mahrumiyet ve iskatı ehliyet cezaları netayicinin Türkiye'de dahi cari olacağına mahkeme karar verebilir.' hükmü kamu hizmetlerinden yasaklamanın fer'i ceza olarak kabul edildiği hallerde uygulanacaktır. Kamu hizmetlerinden yasaklamanın ceza mahkumiyetinin sonucu olduğu hallerde 8. madde ile uygulama yapılamayacaktır.

*Yukarıda ayrıntılarıyla açıklandığı üzere sanık hakkında TCY'nin 31. maddesinin uygulanması usul ve yasaya uygun olup Yerel Mahkeme kararının onanması gerekirken özel dairece bozulması isabetsizdir."*⁴⁴

Yargıtay CGK'nın özel dairenin bozma kararının isabetsiz olduğuna ilişkin hükmünden de anlaşılacağı üzere; yukarıda yazılı Yargıtay 1. CD'nin yine TCK'nın 450. maddesi uyarınca vermiş olduğu cezanın bir sonucu olan 31. maddenin uygulanmasıyla ilgili içtihadı Yargıtay CGK'nın bu içtihadıyla uyumlu bulunmamaktadır.

Yargıtay 1. CD, 15.4.2004 tarihli kararında, TCK'nın 31. maddesiyle ilgili olarak CGK'nın yukarıda yazılı içtihadına uygun bir biçimde vermiş olduğu kararı ise şu şekildedir: *"Yasal şartları oluştuğu takdirde TCK'nın 31. maddesinin uygulanması içtihatlarla göre 'kamu düzeni ile ilgili' kabul edildiğinden, tebliğ namedeki bu yöne ilişkin bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir."*⁴⁵

3.3. 10/a Maddesiyle İlgili Değerlendirme

765 sayılı TCK'nın 10/a maddesi hükmü karmaşık bir şekilde dizayn edilmiştir. Bu husus, söz konusu maddenin TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmesi sırasında da ifade edilmiştir.⁴⁶ Bu nedenle, maddenin nasıl

⁴⁴ 25.5.1999-1/62-130; YKD, Eylül 1999, s. 1278 vd.

⁴⁵ E: 2004/310, K: 2004/1373.

⁴⁶ Maddenin TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmesi sırasında madde hakkında söz isteyen Çorum Milletvekili Cemal Şahin; "...Ceza Kanunu'na eklenmek istenen 10/a maddesi, çeşitli bakımlardan kabule şayan görülmemektedir. Bir kere, madde, çok kötü bir şekilde kaleme alınmıştır. Dolayısıyla, bazı paragrafları itibariyle ne anlama geldiğini ortaya koymak da mümkün olamamaktadır.

anlaşıp uygulanması gerektiği konusunda doktrinde ve Yargıtay’da tam bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 10/a maddesi hükmü, “*Türkiye zararına işlenmiş suçlar*” hakkında uygulanmayacaktır. Bunun uygulanması konusunda da doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Dönmezer - Erman’a göre, maddede geçen “*Türkiye zararına işlenmiş suçlar*” ibaresi dar bir biçimde yorumlanmamalıdır.⁴⁷

Erem ise, TCK’nın 5. maddesinde yabancı bir ülkede bir Türk tarafından işlenen suçun öngörüldüğünü, bu suçun maktul veya mağdurunun Türk

Ayrıca, bu hüküm, yabancı ülkede suç işleyip de Türkiye’de yargılanan kimselere; esas itibarıyla, ülkesinde suç işlenen devletin ceza kanununun uygulanması sonucunu da doğurmaktadır. Oysa, yabancı ceza kanunlarının ülkede uygulanmasının kabulü, devletin hükümlerlik haklarının ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Nitekim, ceza normları, devletin hükümlerliğinin en önemli tezahürlerinden biridir. Öte yandan, böyle bir hükmün kabulü, uygulamayı üstesinden gelemeyeceği güçlüklerle de karşı karşıya bırakacaktır.

Bir kere, dünyanın herhangi bir ülkesinde işlenen ve Türkiye’de yargılanmakta olan suçun, işlendiği ülkenin ceza kanunlarını elde etmek, bir hakim için her zaman mümkün olmamaktadır. Ayrıca, ilgili ceza kanunları elde edilse bile, somut suça, bu kanunlara göre verilecek cezayı belirlemek çok defa mümkün olmamaktadır. Nitekim, somut bir suç için hükmedilecek cezayı belirlerken, sadece o suç için öngörülen, maddede yazılı cezaları nazara almak yetmez. Bunun yanı sıra, suça etki eden nedenlerin ve suça etki etmemekle birlikte, cezanın azaltılması veya artırılması sonucunu doğuran diğer subjektif nedenlerin de göz önünde bulundurulması gerekirdi.

Bütün bunlar, Türk hakiminin, o devletin ceza hukuku sistemini tümü ile bilmesini de gerekli kılmaktadır. Bu, küçümsenmeyecek bir güçlüktür. Hele, sosyal acıklılığın son derece arttığı günümüzde, Türk hakiminin, daha önce adını dahi duymadığı bir devletin ülkesinde işlenen suçları da yargılamak durumunda kalabileceği düşünülürse, söz konusu güçlüğün ne kadar aşılmaz olduğu kolayca anlaşılır. Kaldı ki, halen, bazı ceza kanunlarında, suçların cezaları sadece tür olarak belirtilmiştir; örneğin, hapis cezası, ağır para cezası gibi. Buna karşılık, herhangi bir miktar belirlenmemiştir. Dolayısıyla, hakim, o ceza türünün temel sınırları içerisinde kalmak şartıyla, herhangi bir miktara hükmedebilmektedir. Bu gibi durumlarda, Türk hakimi, yabancı ceza kanununun o suç için öngördüğü cezayı nasıl belirleyecektir? Bu husus yasa hükmünde belli değildir, açık değildir, somut değildir.

Ceza kanunlarımızdaki cezaların ağır olması nedeniyle, yabancı ülkelerde işlenen suçlara daha hafif cezalar verildiği bilinmektedir. Eğer, bu böyle ise, daha uygulanabilir bir yol izlemek gerekirdi; örneğin, suçun yabancı ülkede işlenmiş olması durumunda, Türk kanunlarında öngörülen cezanın uygun görülecek bir oranda indirilebileceğini kabul etmek, daha doğru yol olacaktı. Oysa, yukarıda arz ettiğim tüm bilgiler ve noksanlıklar yasa kapsamında yer almadığı için, bu maddenin sınırlarını belirtiyor...”

Şeklinde konuşmuştur. Madde hakkında TBMM Genel Kurulu’nda başkaca herhangi bir konuşma yapılmamıştır. *TBMM Tutanak Dergisi*, B. 123, 29-5-1991, O. 2, s. 301-302.

⁴⁷ Dönmezer - Erman, C. III, s. 380.

veya yabancı olması arasında fark görülmediğini; böyle bir halde yabancı ülkenin kanununun daha hafif olan cezasının maktul veya mağdurun Türk olması durumunda uygulanmasının kabul edilemeyeceğini; eğer Türk tarafından bir Türk zararına suç işlenmiş olursa bu halin kabulünün haklı gözükemeyeceğini; maddede yer alan “Türkiye zararına işlenmiş suçlar” ibaresine Türkiye ve Türk aleyhine işlenen suçların hariç olduğu anlamı verilecek olursa, hatanın düzeltilmesinin mümkün olabileceğini, fakat “Türkiye zararına” deyimine “Türk zararı”nın dahil olduğunun kabulünün çok güç olduğunu ifade etmektedir.⁴⁸

Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre, “Türkiye zararına işlenmiş suçlar” ifadesinden, “Türkiye Devleti’nin güvenliğine karşı işlenen suçlar ile, Türkiye’nin elçilik ve konsolosluk binalarının, bu binalarda bulunan malvarlıklarının, KİT niteliğini haiz olan mesela Ziraat Bankası AŞ’nin, Türk Hava Yolları AO’nun yurt dışındaki şube veya bürolarının zarar görmesini sonuçlayan suçlar anlaşılmalıdır. Keza, Türkiye Devleti tarafından görevli olarak yurt dışına gönderilen kişilerin bu görevleri dolayısıyla bu görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı da kanaatimizce TCK’nın 10/a maddesinin uygulama kabiliyeti olmaması gerekir. Ancak, yurt dışında işlenmiş ve mağduru Türk vatandaşı olan suçların bu istisna kapsamında mütalaa edilemeyeceği düşüncesindeyiz. Başka bir deyişle, yabancı kanunun göz önünde bulundurulabilmesi için, yurt dışında işlenen suçun mağdurunun vatandaş veya yabancı olmasının bir önemi bulunmamaktadır.”⁴⁹

10/a maddesi hükmü faili Türk veya yabancı olsun, yabancı ülkede işlenen bir suç dolayısıyla ülkemizde yargılama yapılması imkanının bulunduğu hallerde uygulanacaktır. Ancak, belirtmek gerekir ki, Türk hakimi, davada mutlaka Türk kanunlarını uygulayacaktır. Doğrudan doğruya yabancı kanunun uygulanması mümkün değildir. Bu itibarla, 10/a maddesi hükmü, ceza yargılamasında yabancı kanunun uygulanmasını emreden bir hüküm değil, Türk hukukuna göre yapılan yargılamada yabancı kanunun göz önünde bulundurulmasını amir bir hüküm niteliğindedir. Sonuç olarak, Türk hakimi, yargılama yaparken fail hakkında Türk kanunları uyarınca hüküm verecek ve belirlediği ceza açısından yabancı kanunda yargılama konusu suçla ilgili olarak öngörülen soyut cezayı azami sınır kabul edecektir.

Yine yurt dışında işlenmiş olan suçtan dolayı yabancı bir mahkeme tarafından hüküm verilmiş olması, TCK’nın 10/a maddesi gereğince Tür-

⁴⁸ Erem, C. 1, s. 130-131.

⁴⁹ Özgenç, s. 349.

kiye’de yeniden yargılama yapılmasına engel teşkil etmemelidir.⁵⁰ Yabancı mahkeme tarafından verilmiş olan hükmün, Türkiye ile suçun işlendiği ülke arasında non bis in idem kuralına geçerlilik tanıyan bir anlaşma veya genel olarak bir kanun hükmü bulunması hariç olmak üzere, mahkumiyet veya beraat kararı olmasının sonuca etkisi bulunmamaktadır.⁵¹ Bu sebeple, Dönmezer-Erman’ın ve Yenisey’in bunun aksi yöndeki görüşlerine katılmıyoruz.⁵² Zira, 10/a maddesindeki düzenlemede esas alınan, yabancı mahkemenin verdiği hüküm değil, yabancı kanunda o suç için öngörölmüş olan soyut cezadır. Buna bağılı olarak, TCK’nın 7. maddesi hükmünün zımnen ilga edildiğı yönündeki görüşe⁵³ de katılmak mümkün değildir.⁵⁴

4. 5237 SAYILI YENİ TÜRK CEZA KANUNU’NUN 19. MADDESİ

4.1. Genel Olarak

Yürürlüğe ilişkin 344. maddesi hükmü uyarınca, 5237 sayılı yeni TCK’nın, “İmar kirliliğine neden olma” başlıklı 184. maddesi yayımı tarihi olan 12 Ekim 2004 tarihinde yürürlüğe girmişse de “Çevrenin kasten kirlenmesi” başlıklı 181. maddesinin birinci fıkrası ile “Çevrenin taksirle kirlenmesi” başlıklı 182. maddesinin birinci fıkrası yayımı tarihinden iki yıl sonra; diğere hükümleri ise 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Söz konusu Kanun’un;

a. 8. maddesinde; Türkiye’de işlenen suçlar hakkında Türk kanunlarının uygulanacağı,

b. 9. maddesinde; Türkiye’de işlediğı suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimsenin Türkiye’de yeniden yargılanacağı,

c. 10. maddesinde; yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bundan dolayı bir suç işleyen kimsenin, bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkumiyet hükmü verilmiş bulunsa bile, Türkiye’de yeniden yargılanacağı,

d. 11. maddesinde; bir Türk vatandaşının, 13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşığı sınırı bir yıldan az olmayan hapis ce-

⁵⁰ Yukarıda yazılı Yargıtay CGK kararı da bu yöndedir. Bkz., dpn. 44.

⁵¹ Özgenç, 349-350.

⁵² Dönmezer - Erman, C. III, s. 381, Yenisey, s. 47.

⁵³ Dönmezer - Erman, C. III, s. 381, Yenisey, s. 47.

⁵⁴ Özgenç, s. 350.

zasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işlemesi ve kendisinin Türkiye’de bulunması halinde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye’de kovuşturulabilirliğin bulunması koşuluyla Türk kanunlarına göre cezalandırılacağı, suçun, aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektirdiğinde yargılama yapılmasının zarar görenin veya yabancı hükümetin şikayetine bağlı olduğu, bu durumda şikayetin, vatandaşın Türkiye’ye girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılması gerektiği,

e. 12. maddesinde, bir yabancının, 13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye’nin zararına işlemesi ve kendisinin Türkiye’de bulunması halinde, Türk kanunlarına göre cezalandırılacağı, yargılama yapılmasının adalet bakanının istemine bağlı olduğu, bu kapsamdaki bir suçun bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi ve failin Türkiye’de bulunması halinde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşuluyla suçtan zarar görenin şikayeti üzerine failin, Türk kanunlarına göre cezalandırılacağı; mağdur yabancı ise, belli koşulların varlığı halinde failin, adalet bakanının istemi ile yargılanacağı; bu kapsama giren suçtan dolayı yabancı mahkemece mahkum edilen veya herhangi bir nedenle davası veya cezası düşen veya beraat eden yahut suçu kovuşturulabilir olmaktan çıkan yabancı hakkında adalet bakanının istemi üzerine Türkiye’de yeniden yargılama yapılacağı,

f. 13. maddesinde; maddede sayılan suçların, vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde, Türk kanunlarının uygulanacağı,

g. 17. maddesinde; önceki maddelerde açıklanan hallerde mahkemenin, yabancı mahkemelerden verilen ve Türk hukuk düzenine aykırı düşmeyen hükmün, Türk kanunlarına göre bir haktan yoksunluğu gerektirmesi halinde, Cumhuriyet Savcısı’nın istemi üzerine Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına karar vereceği;

Öngörüldükten sonra, 19. maddede, “Yabancı Kanununun Göz Önünde Bulundurulması” başlığı altında;

“1. Türkiye’nin egemenlik alanı dışında işlenen suçlar dolayısıyla Türkiye’de yargılama yapılırken, Türk kanununa göre verilecek olan ceza, suçun işlendiği ülke kanununda öngörülen cezanın üst sınırından fazla olamaz.

2. Ancak suçun;

a. Türkiye’nin güvenliğine karşı veya zararına olarak,

b. Türk vatandaşına karşı ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi zararına olarak,

işlenmesi durumunda, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.”

hükmüne yer verilmiştir.

4.2. 19. Madde Hükümünün Değerlendirilmesi

Söz konusu hüküm yeni kanunlaşmış olup, TBMM’de kanunlaşma sürecinde bu maddeyle ilgili olarak Adalet Komisyonu’nda ve Genel Kurul’da herhangi bir görüşme yapılmamıştır.⁵⁵ Bu itibarla öncelikle maddenin gerekçesine bakılması gerekmektedir. Maddenin gerekçesi şu şekildedir:

“Türk hakimi, yargılamak durumunda olduğu somut olayla ilgili olarak ancak Türk kanunlarını uygulamak görev ve yetkisine sahiptir. Bu nedenle, yabancı kanunun doğrudan doğruya yurt içinde uygulanması kabul edilemez. Aksi görüş, devletin hakimiyet ilkesiyle bağdaşmadığı ve Anayasaya aykırı olduğu gibi, uygulamada da pek çok güçlüğü ve hatta imkansızlığa sebep olur. Çünkü, yabancı ceza kanununun uygulanması, hem fiilin suç olarak tespitinde ve cezanın tayininde yabancı kanunun ölçü olarak alınması anlamına gelmektedir. Türk hakiminin yabancı kanunu bu şekilde uygulama yükümlülüğü, yukarıda da değinildiği üzere, egemenlik ilkesiyle bağdaşmadığı gibi, böyle bir yükümlülüğün tam anlamıyla yerine getirilebilmesi de olanaklı değildir. Buna karşılık, adalet ilkesi gereğince yabancı kanunun göz önünde tutulması mümkündür. Nitekim madde metninde yabancı kanunun göz önünde bulundurulması hususunda bir hükme yer verilmiştir.

Bu düzenlemeyle öngörülen uygulama şöyle olacaktır: Türk hakimi yargılamakta olduğu olayla ilgili olarak fail hakkında önce Türk kanunlarına göre bir ceza belirleyecektir. Ancak, Türk kanununun uygulanması suretiyle belirlenen somut cezaya yabancı kanunun göz önünde bulundurulması suretiyle bir sınırlama getirilmektedir. Buna göre, Türk kanunlarının uygulanması sonucunda belirlenen ceza açısından, yabancı kanunda yargılama konusu suçla ilgili olarak öngörülen soyut cezanın azami ölçü olarak alınması gerekir.

Ancak, işaret etmek gerekir ki; Türk hakimi, yurt dışında Türkiye’nin güvenliğine karşı veya zararına olarak ya da Türk vatandaşına karşı veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi zararına olarak işlenen suçlarda münhasıran Türk kanunlarını uygulamak suretiyle hüküm tesis edecek, yani suçun işlendiği

⁵⁵ Niyazi Güney - Kenan Özdemir - Yusuf Solmaz Balo, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Adil Yayınevi, Ankara 2004, s. 102, 1042.

ülke kanununu göz önünde bulundurmazacaktır. Aynı şekilde, Türkiye Devleti tarafından görevli olarak yurt dışına gönderilen kişilerin bu görevleri dolayısıyla, bu görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı da ceza belirlenirken yabancı kanun göz önünde bulundurulmayacaktır.”⁵⁶

19. madde gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde aşağıdaki sonuçlara ulaşılmak mümkündür:

a. Türk hakimi, yargılama yaparken somut olayda sadece Türk kanunlarını uygulayacaktır. Bunun aksini düşünmek ve savunmak, Anayasa’ya aykırı olduğu gibi devletin hakimiyeti ilkesiyle de bağdaşmaz. Kaldı ki, bunun aksini düşünmek büyük güçlükleri de yanında getirir.

b. Türk hakimi, yargılama sonucunda somut olayda önce Türk kanunlarını uygulamak suretiyle bir ceza belirleyecek, daha sonra yargılamaya konu suçla ilgili olarak yabancı kanundaki düzenlemeye sadece cezanın üst sınırı açısından bakacak ve yabancı ceza kanununda öngörülen üst sınırın üstünde bir cezaya hükmedemeyecektir.

c. Bu hüküm;

aa. Yurt dışında Türkiye’nin güvenliğine karşı veya zararına olarak ya da Türk vatandaşına karşı veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi zararına olarak işlenen suçlarda,

bb. Türkiye Devleti tarafından görevli olarak yurt dışına gönderilen kişilerin bu görevleri dolayısıyla, bu görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlarda uygulanmayacaktır. Başka bir ifadeyle, bu iki halde yabancı kanun göz önünde bulundurulmayacaktır.

d. Bu hüküm Türkiye’nin egemenlik alanı dışında işlenen suçlarda uygulanabilecektir. Türkiye’nin egemenlik alanı belirlenirken bakılacak maddede ise “*Yer Bakımından Uygulama*” kenar başlıklı 8. maddedir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre; fiilin kısmen veya tamamen Türkiye’de işlenmesi veya neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye’de işlenmiş sayılır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de;

“Suç;

a. Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında,

b. Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla,

⁵⁶ S. Sayısı: 664, s. 420, 422.

c. Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla,

d. Türkiye'nin kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı,

İşlendiğinde Türkiye'de işlenmiş sayılır."⁵⁷

Bu hüküm yabancı kanunun uygulanmasında yeni bir anlayış getirmiştir. Yurtcan, bu maddeyle ilgili yorumunda; yeni düzenlemede yabancı kanunun doğrudan uygulanmasının söz konusu olmadığını, fakat verilecek olan hükümden yabancı kanunun dikkate alınmasının öngörüldüğünü; bu dikkate alınmanın, suçun işlendiği ülkenin kanununda öngörülen cezanın üst sınırın aşılması şeklinde gerçekleşeceğini, yabancı ülkenin öngördüğü cezanın bir üst sınır oluşturacağını; maddenin bu içeriği ile, yabancı hukukun bir çeşit uygulanması anlamını taşıdığını belirterek, gerekçede konuyla ilgili ifadelerin gerçeği yansıtmadığı görüşünderse de,⁵⁸ gerekçede yer alan ifadelerin doğru olduğu kanaatindeyiz.

Maddeyle ulaşılmak istenilen amaçlardan en önemlisi, yabancı ülkelerde işlenen suçların birden çok failinin olması, başka bir ifadeyle suçun

⁵⁷ Söz konusu 8. maddenin gerekçesi; "Mülkîlik ilkesinden ve ceza kanunlarının milli egemenliğin bir sonucu oldukları kuralından hareketle, Türkiye'de işlenen suçlar hakkında sanığın ve mağdurun uyrukluğuna bakılmaksızın Türk kanunlarının uygulanacağı maddede açıkça belirtilmiştir.

Ayrıca Türk kanunlarının uygulanması bakımından Türk ülkesinin anlamı açıklanmış ve Türk kara ve hava sahaları ile karasularında işlenen suçların Türkiye'de işlenmiş sayılacakları belirtilmiştir. Karasularının anlamı buna ilişkin kanuna göre belirlenecektir.

Bundan başka açık denizlerde ve bu denizlerin üzerindeki hava sahasında her çeşit Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla işlenen suçlarla, askeri deniz ve hava araçlarına özgü olmak kaydıyla, yabancı karasularında veya hava sahalarında işlenen suçların Türkiye'de işlenmiş sayılacakları maddede belirtilmiştir.

1 ila 10 Mart 1988 tarihlerinde Roma'da toplanan "Denizde Seyrüsefer Güvenliğine Karşı İşlenen Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesi Hususundaki Konferans" sonunda ülkemizin "Deniz Seyrüsefer Güvenliğine Karşı İşlenen Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesi" ve "Kıta Sahanlığındaki Sabit Platformların Güvenliğine Karşı İşlenen Kanuna Aykırı Eylemlerin Önlenmesi" ne ilişkin protokolü imzalamış bulunması nedeniyle Türkiye'nin kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı işlenen suçların da Türk ülkesinde işlenmiş suç sayılacağına dair olan (d) bendi kaleme alınmıştır.

Hükümet Tasarısı'ndaki ilgili maddenin, "Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri saklıdır." şeklindeki üçüncü fıkrası hükmü metinden çıkarılmıştır. Anayasa hükümleri karşısında, uluslararası sözleşmelerin kapsamına giren olaylar açısından uygulama alanı bulacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle, temel bir kanun olan ceza kanununda bu konuda bir hükme yer verilmesi gereksiz görülmüştür."

şeklinde dir. S. Sayısı: 664, s. 410, 412.

⁵⁸ Yurtcan, s. 62.

iştirak halinde işlenmesi durumunda adaleti sağlamaktır. Bu şekilde işlenen suçlarda, faillerden kimilerinin yabancı ülkede yargılanması, kimilerinin ise Türkiye’de yargılanması durumunda, Türk kanunlarında öngörülen cezaların yabancı ülke kanunundakinden fazla olması durumunda, yabancı ülke kanunundaki cezadan daha fazla cezaya hükmetmeyi önlemektir.⁵⁹

Öte yandan, yeni TCK’nın 19. maddesinde 765 sayılı TCK’nın 10/a maddesinin son cümlesindeki *“Ancak, suçun işlendiği ülke kanunu, Türkiye’nin kamu düzenine veya milletlerarası yükümlerine aykırı ise bu ülke kanununa itibar edilmez.”* hükmüne yer verilmemiştir. Maddenin gerekçesinde de bu konuda herhangi bir açıklık yer almamaktadır. Kanaatimizce, 765 sayılı TCK’nın 10/a maddesindeki söz konusu hüküm malumu ilan etme niteliğindedir. Böyle bir hüküm olmasa dahi, Türk hakimi, Türkiye’nin kamu düzenine ve milletlerarası yükümlülüklerine aykırı yabancı kanun hükümlerine itibar etmeyecektir. Bu itibarla, haşiv niteliğinde olan söz konusu hükme yer verilmemesi bir eksiklik oluşturmamaktadır.

Yabancı kanunun göz önünde bulundurulması konusunda, 1 Nisan 2005 tarihinden önce işlenen suçlar bakımından, 765 sayılı TCK’nın 10/a maddesinin mi yoksa 5237 sayılı TCK’nın 19. maddesinin mi lehe kanun olduğu sorusu ve sorunu gündeme gelebilir.

Söz konusu iki hükmü sadece lafzı itibarıyla değerlendirdiğimizde, 5237 sayılı yeni TCK’nın 19. maddesinde yabancı kanunun sadece cezasının üst sınırının dikkate alınmasına karşılık, 765 sayılı TCK’nın 10/a maddesinde böyle bir sınır getirilmeksizin, *“suçun işlendiği ülke kanunu ile Türk kanunundan hangisi uygulamada sanığın lehine sonuç verecek ise... uygulama yapılır.”* denildiği için, 765 sayılı TCK’nın hükmünün diğerine göre lehe olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla, 5237 sayılı Kanunun 19. maddesinin yürürlüğe gireceği 1 Nisan 2005 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından 765 sayılı TCK’nın 10/a maddesi hükmünün uygulanmasına devam edileceği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Yeni TCK’nın 19. maddesi, 765 sayılı TCK’nın 10/a maddesinin yürürlüğe girdiği 1991 yılından bu yana uygulamada ve doktrinde yaşanan farklı görüşlerin sebebini oluşturan karmaşık düzenlemeyi basitleştirmiş ve kolay uygulanabilir bir hüküm getirmiştir.

⁵⁹ Meran, s. 106.

Bu düzenleme karşısında Türk hakimi, yabancı kanunun uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda, yabancı kanunun sadece cezasının üst sınırına bakacak ve bu sınırı aşmayacak şekilde karar verecektir. Artık Türk hakimi, 765 sayılı TCK'nın 10/a maddesinde yazılı olduğu gibi, "suçun işlendiği ülke kanunu ile Türk kanunundan hangisi uygulamada sanığın lehine sonuç verecek ise, o kanun göz önünde bulundurulmak ve yabancı kanunda tanımlanan suça, Türk kanunlarına göre verilmesi gereken ceza veya Türk kanununda bulunup yabancı ülke kanunundaki cezaya en yakın ceza tespit edilerek uygulama" yapmak gibi karmaşık işlemlerle uğraşmayacaktır.

Sonuç olarak, maddede, yabancı ceza kanununun uygulanması öngörülmemiştir; adaleti sağlamak adına, sadece Türk kanununun uygulanmasında yabancı kanunun gözetilmesi gerektiği hükmüne bağlanmıştır.⁶⁰

KAYNAKLAR

- Dönmezer, Sulhi - Eрман, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, Yeniden Gözden Geçirilmiş On İkinci Bası, İstanbul 1997, C. III.
- Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler*, Seçkin Kitabevi, Ankara 1993, C. 1.
- Erem, Faruk - Danışman, Ahmet - Artuk, Mehmet Emin, Seçkin Yayınevi, *Tümüyle Gözden Geçirilmiş On Dördüncü Baskı*, Ankara 1997.
- Güney, Niyazi - Özdemir, Kenan - Balo, Yusuf Solmaz, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Adil Yayınevi, Ankara 2004.
- İçel, Kayıhan - Donay, Süheyl, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1999, 1. Kitap.
- Meran, Necati, *Gerekçeli - Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul 1991, 1. Bası, C. 1.
- Özgenç, İzzet, "Non Bis In Idem' Kuralının Milletlerarası Değeri ve TCK'nın 10/A Maddesi Hükmüne İlişkin Değerlendirme", *YD*, Temmuz 2002.

⁶⁰ Meran, s. 106.

Tezcan, Durmuş, “Yurt Dışında İşlenen Suçlarda Türk Hukuku Bakımından Yabancı Ceza Kanununun Değeri Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. XXXIX, Y. 1984, S. 1-4.

Yenisey, Feridun, “Milletlerarası Ceza Hukukunda Yeni Gelişmeler”, *Ceza Hukuku Günleri*, İstanbul 1998.

Yurtcan, Erdener, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, Kazancı Kitap Ticaret AŞ, İstanbul 2004.

S. Sayısı: 513, Dönem: 18, Yasama Yılı: 4.

S. Sayısı: 664, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2.

TBMM Tutanak Dergisi, B: 123, 29-5-1991, O: 2.

Türk Ceza Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme ve Alternatif Öneriler, Hukukçular Derneği Yayını, İstanbul 2003, 3. Baskı.

Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara 1989.

Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Özel Seri: 3.

Yargıtay Kararları Dergisi

YABANCI KİŞİLERİN TAŞINMAZ MAL EDİNİMİ YÖNÜNDEN AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRKİYE

Dr. Levent MUTLU*

Yabancıların taşınmaz mal edinebilmesi konusunda dünyada, bunu yasaklayan veya tanımakla beraber çeşitli şekillerde sınırlandıran farklı sistemlerin var olduğu görülmektedir. Konu, bir devletin en başta güvenliği ve kalkınması ile yakından ilgili olduğundan ve o devletin hukuki, sosyal, siyasi ve ekonomik hayatı üzerinde gerek güncel, gerekse geleceğe dönük derin etkilere yol açtığından kimi devletler taşınmaz mal ediniminin yabancıya tanınması konusunda koşullar öne sürerken, kimi devletler böyle bir edinimi yabancıya hiç bir şekilde tanımamaktadırlar. Ancak gerek Türkiye’de, gerekse Avrupa ülkelerinde genel olarak yabancılar taşınmaz mal ediniminin tanındığı, fakat birtakım sınırlamalara tabi tutulduğu görülmektedir.

I. YABANCI KAVRAMI

Yabancılar hukuku “*Condition des Etrangers – Fremdenrecht*” bir memlekette yabancıların ne gibi haklardan istifade edeceklerini, hangi haklardan faydalanamayacaklarını tayin ve tespit eden hukuktur.¹

Bir ülkede yaşayan insanlar, o ülkedeki devletle olan hukuki ilişkilerine göre iki büyük gruba ayrılırlar:

1. Vatandaşlar: Bunlar, o devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olan insanlardır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 66. maddesinin birinci fıkrasında “*Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür*” hükmü ile bu düşünce ifade edilmektedir.

* Anayasa Mahkemesi Raportörü, Hakim, Sayıştay Uzman Denetçisi.

¹ Osman Fazıl Berki, *Devletler Hususi Hukuku*, C. 1, 7. Bası, Ankara 1970, s. 155.

2. Yabancılar: Bunlar o devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan insanlardır. Bunlar da kendi aralarında başka bir devletle olan hukuki ilişkilerine göre, başlıca üç gruba ayrılırlar:

a. Başka bir devletin vatandaşı olanlar. Bunlar, o devletin diplomatik korumasından yararlanırlar.

b. Başka bir devletin vatandaşı olmakla birlikte, daha çok siyasal ve dini nedenlerle kendi ülkelerini terk ederek buldukları ülkeye sığınanlar. Bunlar mültecilerdir. Bunlar kendi devletlerinin diplomatik korumasından yararlanmazlar.

c. Başka hiç bir devletin vatandaşı olmayanlar. Bunlar da vatansızlardır.

Bu üç gruba, daha çok ilk gruba girebilecek olan, fakat kendileriyle ilgili özel kurallar dolayısıyla özel statüde bulunanları da ekleyebiliriz.

İşte vatandaşlık hukuku, bu statünün kazanılmasını ve kaybedilmesini düzenler.²

Devletler Hukuku Enstitüsü'nün 1892 Cenevre toplantısında yapmış olduğu tarife göre; *"Yabancı, bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletin tabiiyetini iddiaya halen hakkı olmayan kimsedir."*³

Bu tanım incelendiğinde, yalnız yabancı bir devlet tabiiyetinde olan kimseyi değil, aynı zamanda bir devlete tabiiyet bağı ile bağlı bulunmayan kimseyi de yabancı kabul etmek gerekir. Buna göre, *"yabancı"* ile *"yabancı tebaa"* kelimesi aynı manayı ifade etmemekte ve aralarında *"umum ve husus-u mutlak"* bir ilişki bulunmaktadır. Her yabancı, yabancı tebaa değildir, fakat her yabancı tebaa, yabancıdır. Birden fazla tabiiyeti haiz olan şahıs ile ülkesinde bulunduğu devlet arasında herhangi bir tabiiyet bağı yoksa, yani çifte tabiiyetlerden biri mezkur devletin tabiiyeti değilse, şahıs yabancı kabul edilecektir. Aksi halde, tebaadan sayılacağından Yabancılar Hukuku uyarınca muamele görmesi gerekir.⁴

² Hikmet Sam Türk, "Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Alanında Gelişmeler Konulu Bilimsel Toplantıdaki Açılış Konuşması, İstanbul, 24-25 Eylül 1998", *Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Alanında Gelişmeler*, İstanbul 2000, s. 12.

³ Institut De Droit International, Geneve, 1842 (Reglement Sur L'admission Et L'Expulsion Des Etrangers, m.1); zikr. O. Fazıl Berki, a.g.e., s. 155; Gülören Tekinalp, *Türk Yabancılar Hukuku*, İstanbul 1975, İÜ yayın no: 2043, hukuk hakültesi yayın no: 452, s. 6.

⁴ O. Fazıl Berki, *Devletler Hususi Hukuku*, a.g.e., s. 156; Sait K. Obut, *Türk Hukukunda Yabancı Hakiki ve Hükmi Şahısların Aynı Haklardan İstifadesi*, Ankara 1956, s. 15-16.

Bir diğer tanıma göre, asli veya müktesep yolla bir devletin vatandaşı olan bir kişi, o devletin topraklarından çıkıp başka bir devletin kazai yetkisine girmekle, ülkesine girdiği devlet nazarında “yabancı”, vatandaşlık bağı ile bağlı bulunduğu devlet açısından “ülke dışındaki vatandaş” statüsüne girer.⁵ Yabancı devlet vatandaşları, bir çok vatandaşlığı olanlar, özel statüdeki yabancılar (diplomatik temsilciler, NATO mensupları gibi), mülteciler ve vatansızlar (Heimatlos), yabancı kavramının kapsamına girerler.⁶

Yabancılık sıfatının tayininde, tüzel kişilerin, özellikle ticaret şirketlerinin tabiiyeti konusu önem taşımaktadır. Gerçek kişilerin tabiiyeti konusu tabiiyetin tayini bakımından fazla güçlük doğurmadığı halde, durum şirketler bakımından aynı değildir. Uygulamada ve doktrinde şirketlerin tabiiyeti konusunda çeşitli kriterler kabul edilmiştir. Her devlet kabul ettiği sisteme göre, ülkesinde bulunan şirketleri kendi tabiiyetinde kabul eder veya yabancı tabiiyette sayar.⁷

II. AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİNDE YABANCILARIN TAŞINMAZ MAL EDİNİMİ

Avrupa Birliği ülkelerinde genel olarak, ülkelerin kendi konum, yapı ve özelliklerine göre yabancıların taşınmaz mal edinimini farklı şekillerde sınırlandırarak tanıyan sistemin hakim olduğu görülmektedir.

A. Avrupa Birliği Anayasası ve Uluslararası Sözleşmeler Yönünden

Yabancı kişilere taşınmaz mal ediniminin tanınması modern dünyada doğal bir gereklilik olarak görülmekle beraber, ülkelerce çeşitli nedenlerle sınırlandırılabilmesi de o derece kabul görmektedir. Kaldı ki, taşınmaz mal ediniminden daha önde gelen ve en temel insan haklarından biri olarak 10.12.1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nca kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 13.maddesinde yer alan serbest dolaşım ve yerleşme hakkının dahi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Haklarını ve Ana Özgürlükleri Korumaya İlişkin Sözleşme)’ne Ek 4 Nolu Protokol’ün 2. maddesine göre ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin sağlanması, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için

⁵ Oppenheim: Ed. by Lauterpacht, International Law, A Treatise, 1959; zikr. Aysel Çelikel, *Yabancılar Hukuku Dersleri* (Türk Hukukuna Göre), İstanbul 1974, İÜ yayın no: 1947, Hukuk Fakültesi yayın no: 431, s.18

⁶ Gülören Tekinalp, *a.g.e.*, s. 7.

⁷ Aysel Çelikel, *a.g.e.*, s. 18.

demokratik bir toplumda yasayla sınırlamalara tabi tutulabileceği ve ayrıca belli yerlerde, yasayla konmuş ve demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği sınırlamalara tabi tutulabileceği kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesine göre de ayrıca yabancı kişilerin mülkiyet hakları kısıtlanabilmektedir. Kaldı ki 1 Nolu Protokol'de söz konusu olan sahip olunan mülkle ilgili haklardır ve *"1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinin korunması ancak ilgili mülk üzerinde bir hak iddia etmek mümkün olduğunda geçerlidir. Dolayısıyla bu madde dahi mülk edinme hakkını koruma altına almaz ve gelecekte mülk edinme hakkı ile ilgili bir teminata bulunmamaktadır."*⁸

18.07.2004'te kabul edilip, 29.10.2004'te imzalanan ve 1.11.2006 tarihinde yürürlüğe girecek olan ve ayrıca henüz taslak aşamasında bulunan ve tam üye olan ülkeler için ancak yürürlüğe girdiğinde geçerli olabilecek *"Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma"* da taşınmaz mal edinimine ilişkin açık bir kural olmayıp, *"mülkiyet hakkı"* başlıklı *"madde II-77"* de genel olarak sahip bulunulan taşınmaz mallar için söz konusu olan kişilerin mülkiyet hakkından *"kamu yararına olması ve yasa gereğince kayıpları için zamanında adil bir tazminat ödenen durumlar ve koşullar altında"* herkesin mülkiyet hakkından mahrum bırakılabileceği, mülkiyet kullanımının da genel çıkar açısından gerekli olduğu ölçüde yasalarca düzenlenebileceği belirtilmiştir. Taşınmaz mal ediniminden daha önde gelen kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımının öngörüldüğü *"madde III-133"* te de çalışanların üye devletlerin topraklarında serbestçe dolaşabilme hakkının, *"kamu politikası, kamu güvenliği veya kamu sağlığı"* gerekçeleriyle kısıtlanabileceği öngörülmektedir. Birlik ve üye devletler arasındaki ilişkilere ilişkin *"madde I-5"* te ise, Birliğin, üye devletlerin ülkelerinin toprak bütünlüğünün garanti altına alınması ile hukuk ve düzenin korunması ve iç güvenliğin sağlanmasını da içeren temel ülke işlevine saygı göstereceği vurgulanmıştır. Bu durum, taşınmaz mal ediniminin yabancı kişiler yönünden genel olarak sınırlandırılabilirdiği gerçeğini ortaya koymaktadır.

Bu nedenledir ki Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin büyük çoğunluğunda, ülkelerin kendilerine özgü coğrafik, ekonomik, sosyal ve siyasal çeşitli nedenlerle farklı sınırlamaların getirildiği (Örneğin, Avrupa Birliği üyesi kimi ülkelerde tarım alanlarının yanında su, hava ve maden kaynaklarının; tarihi, kültür, sanat eserleri ve anıtlarının; deniz kıyıları ve plajların; kamu/ devlet mülkiyetindeki malların; askeri nitelikli bölgelerin; Avrupa Birliği üyesi olsun olmasın tüm yabancı gerçek ve tüzel kişilerin edinimine kapalı olması

⁸ Monica Carss - Frisk, "Mülkiyet Hakkı", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Nolu Protokolü'nün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz, *İnsan Hakları El Kitapları*, no: 4, s. 19.

veya oturma yada ikamet izninin ve bunun yerine getirilmesi şartının aranması, ikinci mülkiyetin sınırlanması gibi) ve bu sınırlamalar çerçevesinde yabancı kişilere taşınmaz mal edinim imkanının tanındığı görülmektedir. Kaldı ki en temel insan haklarından biri olan seyahat özgürlüğü konusunda bile Avrupa Birliği ülkelerinde tam bir birliktelik yoktur. Nitekim, Schengen Anlaşmasına dahil tüm ülkelerde seyahat edebilmeyi mümkün kılan -schengen vizesine ilişkin- Schengen Anlaşması bile Avrupa Birliği ülkelerinin tamamınca kabul edilmemiştir (Schengen Anlaşması'na dahil olan ülkeler: Belçika, Danimarka, Almanya, Finlandiya, Fransa, Yunanistan, İzlanda, İtalya, Lüksembourg, Hollanda, Norveç, Avusturya, Portekiz, İsveç ve İspanyadır).⁹ Ayrıca Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üye olması halinde dahi, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına serbest dolaşım hakkının tanınmaması söz konusudur.

Günümüze değin Avrupa Birliği mevzuatında taşınmaz mal edinimi ile ilgili olarak 26.10.1994 tarih ve 94/47 numaralı "Devre Mülk Satışlarında Tüketicilerin/Alıcıların Korunmasına İlişkin Yönerge" ile 64/43 numaralı "Emlak Komisyoncularının Yerleşmeleri ile İlgili Yönerge" görülmektedir.

"Avrupa Birliği'ne üye ve aday ülkelerde taşınmaz mal edinimi konusunda ortaya çıkan ve ülkeler arasında farklılık gösteren bir diğer husus da 'ikinci ikametgâh' ve 'tarım arazisi' satın alınması üzerinde olmuştur."

İkinci ikametgâhın satın alınması konusunda, 1994 Katılım Anlaşması'nda ortak bir deklarasyon yer almıştır: "Topluluk müktesebatındaki hiçbir şey, arazi-kullanım planlaması ve çevre koruma açısından gerekli olması ve müktesebata uygun biçimde üye devletler uyruğundakiler arasında doğrudan veya dolaylı biçimde ayrımcılık yapılmaması şartıyla, üye devletlerin ikinci ikametgâh konusunda ulusal, bölgesel veya yerel tedbirler almasını engellemez" Bu bağlamda birçok üye devletin (Danimarka, Avusturya, Finlandiya ve İsveç) ikinci ikametgâh konusunda özel mevzuatı bulunmaktadır.¹⁰

B. Avrupa Birliği Ülkeleri Uygulamaları

Avrupa Birliği üyesi ülkelerde yabancıların taşınmaz mal edinimine ilişkin olarak yukarıda da belirttiğimiz gibi ülkelerin kendi sosyal, siyasi, coğrafik, ekonomik ve ülke güvenliği gibi çeşitli nedenlerle farklı uygulamalar bulunmaktadır.

⁹ <http://www.almanbaskonsoloslugu-istanbul.org.tr>.

¹⁰ Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği'nin "Gayri Menkul Edinimi ve Arazi Kayıt" konulu 1.2.2002 tarih ve B.02.1.ABG.0.TİY.02.00/623-152 sayılı yazısı.

- İngiltere’de, Avrupa Birliği üyesi olsun olmasın tüm gerçek ve tüzel kişilere taşınmaz mal ediniminin serbest olması genel ilke olmakla beraber, kendi vatandaşları da dahil olmak üzere bazı taşınmazlar için (Kraliyet ailesine ait mülklere, ulusal park ve bahçelerin korunmasına, askerî amaçlarla kullanılan alanlara, sivil havacılığa tahsis edilen alanlara ilişkin düzenlemeler kapsamındaki) kısıtlamalar bulunmaktadır.

- İtalya’da, Avrupa Birliği üyesi olsun olmasın tüm gerçek ve tüzel kişilere taşınmaz mal ediniminin serbest olması genel ilke olmakla beraber, “İtalya’da bir işverene bağlı olarak çalışmak, müstakil iş sahibi olmak, ikamet etmek” gibi bazı koşullar ile köy sınırları içindeki taşınmaz edinimlerinde otuz hektarı geçmeme ve sahip olunduktan sonrası için de taşınmaz mal üzerinde tasarrufta bulunmayı sınırlayan düzenlemeler (örneğin; tarla ise bina inşa edilemeyeceği, yabancı ise oturma izni almadan ikamet edilemeyeceği gibi) bulunmaktadır.

- Danimarka’da, Avrupa Birliği üyesi olsun olmasın ancak sürekli oturma iznine sahip veya ülkede beş yıl ikamet etmiş olanlar (yazlık veya ikinci ev olarak kullanılmamak koşuluyla) taşınmaz mal edinebilmektedir. Bu şartları taşımayanların, ancak Adalet Bakanlığı’nın izni ile ve asıl mesken olarak kullanmak koşuluyla taşınmaz mal edinebilmektedirler. Tüzel kişilerde aynı kurallara tabi tutulmaktadır.

- İrlanda’da, Avrupa Birliği üyesi veya Avrupa Ekonomik Alanı’na dahil ülkelerde (AB üyelerine ilave olarak Norveç, İzlanda ve Liechtenstein) daimi ikametgahı bulunan gerçek kişiler ile bu ülkelerin sınırları içinde kurulmuş tüzel kişiler taşınmaz mal edinebilmektedir. AB üyesi veya Avrupa Ekonomik Alanı’na dahil ülkelerde daimi ikametgahı bulunmayan gerçek kişiler ile bu ülkelerin sınırları dışında kurulmuş tüzel kişiler sadece il ve ilçe merkezlerinde taşınmaz mal edinebilmekte, il ve ilçe merkezleri dışında ancak tarım bakanlığına bağlı arazi dairesinin izni ile taşınmaz mal edinebilmektedirler.

- Avusturya’da, Avrupa Birliği üyesi ülkeler dışındaki ülke vatandaşları ile tüzel kişilerin taşınmaz mal edinimi izne bağlı tutulmuştur. Sınırlamalar eyalet yasaları ile getirilmiş olup, bu düzenlemelerde tüzel kişilere ve tarım arazilerine ilişkin çeşitli sınırlayıcı düzenlemeler bulunmaktadır.

- Portekiz’de, Avrupa Birliği üyesi olsun olmasın gerçek ve tüzel tüm kişilerin taşınmaz mal edinimi belirli sınırlamalara tabi olarak tanınmıştır. Kamu/ devlet mülkiyetindeki mallar; su, hava, maden kaynakları; tarihi, kültür, sanat eseri ve anıtları; askerî nitelikli bölgeler; deniz kıyıları ve plajlarda; Avrupa Birliği üyesi olsun olmasın tüm yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz mal edinimleri mümkün değildir.

- Finlandiya’da, “*Aland Adaları*” bölgesinde Avrupa Birliği üyesi olsun veya olmasın tüm yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz mal edinimi kısıtlanmıştır. Ancak bunun dışındaki yerler için taşınmaz mal edinimi yabancılar için mümkündür.

- İsveç’te, Avrupa Birliği üyesi olsun olmasın tüm yabancı gerçek ve tüzel kişilerin tarıma elverişli araziler ile kiralamak amacıyla bina edinimleri, taşınmazın bulunduğu valilikten izin alınması koşuluyla kısıtlanmıştır.

- Polonya’da, sadece Avrupa Birliği üyesi veya Avrupa Ekonomik Alanı’na dahil (Norveç, İzlanda ve Liechtenstein) ülkeler için olmak üzere taşınmaz mal edinim olanağı kısıtlamalarla tanınmıştır. Polonya’nın Avrupa Birliği’ne tam üye olduğu 1 Mayıs 2004 tarihinden başlamak üzere tarım arazileri için on iki yıl, ikinci ev içinse beş yıllık bir süreyle Avrupa Birliği ve Avrupa Ekonomik Alanı’na dahil ülkeler için izin koşulu vardır (Polonya, tarım arazisi satın alma konusunda on sekiz yıllık geçiş süreci talep etmiş, ancak on iki yıllık geçiş süreci tanınmıştır). Diğer üçüncü ülke vatandaşları için ise, daimi olarak işleri bakanlığı ve ihtiyaç duyulması halinde savunma ve tarım bakanlıklarının görüş ve izinlerine tabidir. Ayrıca Yasa gereğince işleri bakanlığı, yabancıların taşınmaz mal edinimine ilişkin dökümlü listeleri her yıl düzenli olarak Meclis’e sunulmaktadır. Bundan başka ülke güvenliği ile ilgili hassas bir durumun ortaya çıkması halinde, Kanun ve yönetmelikte öngörülme, ulusal güvenlikle ilgili mevzuat çerçevesinde yabancıların taşınmaz mal edinimine başka sınırlamalar getirilmesi de mümkündür.

- Estonya’da Avrupa Birliği üyesi olsun olmasın tüm ülke vatandaşları için sınırlama söz konusudur. Estonya’ya Avrupa Birliği’ne tam üye olduğu 1 Mayıs 2004 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yedi yıllık geçiş süreci tanınmış ve gerektiğinde bunun üç yıl daha uzatılabilmesi öngörülmüştür. Bu kısıtlamalardan sadece Avrupa Ekonomik Alanı’na dahil ülke vatandaşı olup ta son üç yıldır Estonya’da ikamet eden yabancılar ile edinilecek taşınmazın ilgili olduğu ticaret sicillerinde kaydı bulunan tüzel kişiler ve ülke dışında yaşamakta olsa da kendi vatandaşları muaf tutulmaktadır.

- Slovakya’da, Avrupa Birliği üyesi olsun olmasın tüm ülke vatandaşları için sınırlama söz konusudur. Slovakya’nın Avrupa Birliği’ne tam üye olduğu 1 Mayıs 2004 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yedi yıllık geçiş süreci tanınmış ve gerektiğinde bunun üç yıl daha uzatılabilmesi öngörülmüştür. Geçiş süreci dışında ayrıca Slovakya’da belediye yerleşim sınırları dışında kalan ve tarım alanları fonu ile orman alanları fonuna dahil arazilerin mülkiyetinin yabancılarca edinilmesi mümkün bulunmamaktadır (Sadece Slovakya dışında yaşayan Slovak vatandaşları ile AB üyesi

ülke vatandaşı olup geçici oturma hakkına sahip ve 1 Mayıs 2004 tarihini müteakip en az üç yıl süreyle mülkiyet edinimine konu olan araziyi işlemiş gerçek veya tüzel kişiler ile bunların mirasçıları istisna edilmiştir.)

- Malta'da, beş yıl ikamet etmemiş Malta ve Avrupa Birliği vatandaşlarının ikinci konut edinimi izne bağlıdır. Diğer ülke vatandaşlarının ise her türlü edinimi Maliye Bakanlığı'nın iznine bağlıdır. AB üyesi ülkelerde kurulan ve faaliyet gösteren ve %75'i Malta'da beş yıl süreli ikamet etmiş AB vatandaşı tarafından kontrol edilen şirketler kuruluş amacına hizmet etmek üzere taşınmaz edinebilmektedirler.

- Macaristan'da, Macaristan'ın Avrupa Birliği'ne tam üye olduğu 1 Mayıs 2004 tarihinden geçerli olmak üzere en az dört yıldır Macaristan'da ikamet etmekte olan Avrupa Ekonomik Alanı'na giren ülke vatandaşları hariç ikinci konut edinmek hakkı beş yıl süre ile ve en az üç yıldır Macaristan'da ikamet eden ve aktif olarak çiftçilik yapanlar hariç Tarım ve Orman arazisi edinme hakkı yedi yıl süre ile sınırlandırılmıştır. Gerek görüldüğünde geçiş süreci üç yıl daha uzatılabilecektir. Macaristan'da yabancı gerçek ve tüzel kişiler Tarım Arazisi ve Doğal Koruma Alanlarını taşınmaz olarak edinmemektedir.

- Lüksemburg'da gerek Avrupa Birliği üyesi, gerekse üçüncü ülke vatandaşlarının kentlerde ve kırsal kesimde taşınmaz mal alımları herhangi bir kısıtlama ve izne tabi değildir.

- Fransa'da yabancı gerçek kişiler, ikametleri Fransa'da olsun ya da olmasın gayri menkul edinimi bakımından Fransız vatandaşlarıyla aynı şartlara tabi bulunmaktadır.

- Almanya'da taşınmaz mal tasarrufu konusunda yabancılara yönelik hiçbir yasal sınırlama veya izin koşulu bulunmamaktadır. Ayrıca Avrupa Birliği üyesi ülke vatandaşları ile üye olmayan devlet vatandaşları arasında da herhangi bir farklılık gözetilmemektedir.¹¹

- Yunanistan'da, genel ilke olarak Avrupa Birliği üyesi olsun olmasın gerçek ve tüzel kişilerin "*sınır bölgelerinde*" taşınmaz mal edinimi yasaklanmış, ancak bu bölgeler dışında serbest bırakılmıştır. Bu nedenle de Avrupa Birliği'nde yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz mal edinimi ile ilgili sorunlar, özellikle Yunanistan ile ortaya çıkmıştır. Yunanistan'da yabancılardan taşınmaz mal edinebilmesi konusu 1938 tarihli "*Sınır ve Kıyı Bölgelerinde Alım/Satım Hakkının İstimalinin Yasaklanmasına dair 1366/38 sayılı Yasa*" ile

¹¹ KTÜ Jeodezi ve Fotogrametri Mühendisliği araştırma görevlileri, Bayram Uzun - Ayşe Yavuz "Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Yabancı Uyrukların Türkiye'de Taşınmaz Mal Edinimi", <http://www.hkmo.org.tr>, 4.09.2003.

düzenlenmiştir. Bu Kanun'a göre, ada ve illerin isimleri verilmek suretiyle Yunanistan'ın yaklaşık yarısı yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz mal edinebilmeleri bakımından "yasaklı bölge" kabul edilmiştir. Ancak bu durum Avrupa Birliği'nce eleştiri konusu olunca, Yunanistan, 1892/90 sayılı Yasa ile yukarıda adı geçen Yasa'nın 24-32 maddelerini yeniden düzenlemiş ve söz konusu sınırlamaları Avrupa Birliği vatandaşları bakımından kaldırmıştır. Böylece sınır bölgelerinde ancak Yunan soyundan olanlar ile AB vatandaşı gerçek ve tüzel kişilere her ilde ayrı ayrı kurulmuş komisyonlardan izin almak suretiyle taşınmaz mal edinme imkanı yakın zamanda getirilmiştir.

Ülkemize sınır komşusu ve Avrupa Birliği'ne de üye olan Yunanistan'da taşınmaz mal edinimi konusundaki gelişmeler TC Dışişleri Bakanlığı Berlin Büyükelçiliği'nce hazırlanan "Türk Yunan İlişkileri, Batı Trakya Türk Azınlığı" başlıklı raporda şu şekilde özetlenmiştir:¹²

"Batı Trakya'nın da içinde bulunduğu Yunanistan topraklarının yarısından fazlası 1938 tarihli ve 1366 sayılı Yasay'la sınır bölgesi olarak ilan edilmiş ve bu bölge içinde taşınmaz alıp satmak isteyen Yunan vatandaşlarının ilgili vilayetlerde bu amaçla kurulmuş bulunan bir komisyondan izin almaları zorunluluğu getirilmiştir. Bu mevzuata dayanılarak uzun yıllar boyunca azınlık bireyleri arasında veya Yunan kökenliden azınlık bireylerine taşınmaz satışına izin verilmemiştir.

Yunanistan'ın bu konuda mevzuat değişikliğine gitmemekte ve AB anlaşmalarına uyum sağlamamakta direnmesi üzerine, AB Komisyonu 1987 yılında Yunanistan aleyhine AB Adalet Divanı'na (ABAD) başvurmuştur. (ABAD) 305/87 sayılı kararında Yunanistan'ın 1938 tarihli Yasa'yı ve AB üyesi vatandaşların Yunanistan'da mülk edinmelerini yasaklayan diğer bir düzenleme olan 1927 tarihli kararnameyi iptal etmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

ABAD kararı sonrasında Yunanistan, sınır bölgelerinde mülk edinimine ilişkin esasları, 31 Temmuz 1991 tarihinde yürürlüğe giren 1892/90 sayılı 'Modernizasyon ve Kalkınma' başlıklı Kanun'un 24-32. maddelerinde yeniden düzenlemiştir. Yeni düzenlemede, Yunanistan ve AB üyesi ülkelerin vatandaşları ile Yunan asıllı kişilerin sınır bölgelerinde mülk edinmeleri, yetkili makamların iznini almaları kaydıyla mümkün kılınmıştır. Ancak özellikle Rodos ve diğer bazı adalarda mülk edinmek isteyen AB üyesi ülkelerin vatandaşlarının yaptıkları mülk edinme izni başvurularının çoğunluğunun Yunan makamlarınca reddedilmesi bu konudaki tartışmayı yeniden alevlendirmiştir. AB Komisyonu 1998 yılında bu kez 1990 tarihli kanunda mevcut kısıtlamaların kaldırılması için ABAD'ye başvurmuştur.

¹² TC Berlin Büyükelçiliği, Türk Dış Politikası, Türk Yunan İlişkileri, Batı Trakya Türk Azınlığı, Şubat 2001 (<http://www.tcberlinbe.de/tr/turkdis/yunanistan>)

Bu başvuru henüz sonuçlanmamıştır. 1999 yılı Eylül ayında Yunan basınında yer alan bazı haberlerde, yunan Milli Ekonomi Bakanı'nın 27 Ağustos 1999 tarihli bir genelgesiyle sınır bölgesinde mülk edinilmesine ilişkin 1892/90 sayılı Kanun'un 24-32. maddelerine yeni bir yorum getirildiği, sınır bölgelerinde 'yetkili makamdan izin alma' zorunluluğuna esneklik sağlandığı, böylelikle AB ve Yunanistan arasındaki tartışmanın sona erdirilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir.

Sınır bölgelerinde mülk edinimine ilişkin düzenlemelerin soydaşlarımız üzerinde olumsuz yansımaları olmaktadır. Son 4-5 yıldır azınlık bireyleri arasında veya Yunan kökenliden azınlık bireylerine taşınmaz satışına seçici olarak izin verilmekle birlikte, izinlerin verilmesinde uzun bekletmeler gibi caydırıcı önlemler sürdürülmektedir. İzin başvurularını 'kamu düzeni, güvenlik, sağlık' gerekçeleriyle sınırlandıran Ağustos 1999 tarihli genelgede soydaşlarımız için olumsuz bir gelişme olarak değerlendirilmektedir."

Ayrıca Yunanistan'ın Aynaros Yarımadası, Avrupa Birliği toprağı olmasına rağmen kadınlara süresiz kapalı tutulmak suretiyle, Avrupa Birliği'nin temel hukukunun bir parçası olan serbest dolaşım hakkı dahi sürekli olarak kısıtlanmış durumdadır.¹³

Litvanya'da da yabancı yatırımcılar toprak hariç, gayri menkul edinebilmektedir. Şu anda yabancı sermayeli şirketler devlet toprağını 99 yıllığına kiralayabilmekte, bu süre sonunda tekrar kiralamak istediklerinde öncelikli olabilmektedirler. Yabancıların olduğu kadar, vatandaşlığı olmayan, yerel tüzel ve gerçek kişilerin toprak sahibi olmalarına da şimdiye değin izin verilmemiştir. Daha önce Litvanya Cumhuriyeti Anayasası uyarınca, toprak ancak Litvanya vatandaşlarına ve bunların yanı sıra yabancı ülkelerin elçilik veya konsolosluklarına ait olmaktadır. Ancak, Anayasa'nın 47. maddesine yapılan I-1390 960620 sayılı değişiklik uyarınca, toprak mülkiyeti reformu, 1 Şubat 1998 tarihli Avrupa Anlaşması'nın akdini müteakip yürürlüğe girmiştir. AB üyesi veya Avrupa Anlaşması, OECD ya da NATO'ya taraf ülkelerden kaynaklanan yabancı unsurların, destekleyen mevzuatın yürürlüğe girmesini müteakip, tarım-dışı amaçlarla toprak sahibi olmalarına izin verilecektir.¹⁴

Özetle, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerden sadece Fransa, Almanya ve Lüksemburg'ta yabancıların taşınmaz mal edinimi yönünden bir sınırlama yoktur. Bu üç ülkenin dışında kalan diğer tüm ülkelerde ise, kendi ulusal çıkarlarına göre çeşitli sınırlamalar söz konusudur. Birçok ülkede ise sınırlamaların özellikle tarım alanları konusunda yoğunlaştığı görülmektedir. Hattâ tarım alanlarının yabancıların taşınmaz mal edinimine açık tutulmamasını

¹³ *Hürriyet Gazetesi*, 29.03.2004.

¹⁴ ATO sitesi: <http://www.atonet.org.tr>. <http://195.155.145.1>

genel ilke olarak da niteleyebiliriz. Bunun yanında kimi ülkelerde de tarım alanlarının yanında “su, hava ve maden kaynakları”, “tarihi, kültür, sanat eseri ve anıtları”, “deniz kıyıları ve plajlar”, “kamu/devlet mülkiyetindeki mallar”, “askeri nitelikli bölgeler” gibi oldukça geniş bir kesimin Avrupa Birliği üyesi olsun olmasın tüm yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz mal edinimine kapalı olduğu anlaşılmaktadır.

Yabancıların taşınmaz mal ediniminde hiçbir sınırlama olmayan üç ülkeden Almanya yaklaşık seksen milyon nüfusa karşılık 357.042 kilometrekare (Türkiye'nin yarısından daha az bir alan) alana, Fransa yaklaşık altmış milyon nüfusa karşılık (8680 kilometrekarelik Korsika Adası dahil olmak üzere) 543.965 kilometrekare alana sahiptir. Ayrıca bu ülkeler sanayileşmiş ülkeler olup, yabancıların taşınmaz mal ediniminde hiçbir sınırlama olmayan bize göre çok az miktarda tarım alanları dışında geniş sanayi alanlarına sahip, özel mülkiyetin gelişmiş, refahın ileri, kişi başına gelirin çok yüksek olduğu ülkelerdir. Oysa Türkiye yaklaşık yetmiş milyon nüfusuna karşılık 779.452 kilometrekare gibi geniş, %35'ini tarım, %26'sını ormanlık, %11'ini meraların oluşturduğu ve ayrıca zengin maden yataklarının (Bor gibi) bulunduğu topraklara sahip, az gelişmiş, kişi başına düşen gelirin bu ülkelere göre çok düşük düzeylerde kaldığı bir ülkedir.

Kişi başına düşen milli gelirden, bu ülkelere göre çok büyük farklar olması ise, karşılıklılık ilkesinin fiili anlamda gerçekleşmesi yönünden önem arz etmektedir. Bu itibarla karşılıklılık olsa ve Fransa ile Almanya'da yabancıların taşınmaz edinimine görünürde sınırlama konmamış da olsa bu ülkelerle ilişkide tam bir (fiili) karşılıklılıktan söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu ülkelerin nüfuslarına oranla sahip oldukları alanlarının küçüklüğü ve bu ülkelerde özel kesimin etkinliği ve kişisel zenginliğin yüksek (ileri) seviyede olduğu dikkate alınrsa, hangi ülke vatandaşları bu ülkelerde taşınmaz mal alabilecektir ve alabildiğini varsaysak bile hangi alanları (çok az olan tarım alanlarını mı?) alabileceklerdir. Ayrıca diğer ülke Lüksembourg'ta sadece 368.000 nüfusa sahip 2586 kilometrekarelik bir şehir büyüklüğünde küçük bir devlettir ve 69929 dolarlık kişi başına gelire 2004 yılında dünyanın en zengin ülkesi olmuştur.

III. TÜRKİYE'DE YABANCILARIN TAŞINMAZ MAL EDİNİMİ

Türkiye'de de Avrupa Birliği ülkelerinde olduğu gibi, yabancılara taşınmaz mal edinimini tanıyan ancak bazı koşullarla sınırlandıran sistem geçerlidir. Dolayısıyla yabancı kişinin taşınmaz mal edinebilmesi yönünden Avrupa Birliği ve ülkemiz uygulamalarının genel olarak benzer ve hatta

taşınmaz ediniminin tanınması yönünden birçok Avrupa Birliği üye ülkesinden de ileri olduğu aşıkardır.

A. Yabancıların Taşınmaz Mal Edinimine İlişkin Tarihi Gelişim ve Uygulama

Osmanlı İmparatorluğu'nda yabancı gerçek kişilerin taşınmaz mal edinebilmesi yedi sefer 1284 (16 Haziran 1868) tarihli Tebaayı Ecnebiye'nin Emlake Mutasarîf Olmaları Hakkındaki Kanun'la mümkün kılınmışken, Türkiye Cumhuriyeti'nde yabancılara taşınmaz mal edinimi tanınmasına ilişkin yasal düzenleme 22.12.1934 tarih ve 2644 sayılı Tapu Kanunu ile yapılmıştır. Tapu Kanunu'nun 35. maddesi kanuni sınırlamalara uyulmak ve karşılıklı olmak şartıyla yabancı gerçek kişilere taşınmaz mal edinim hakkını tanımıştır. Ancak yabancı gerçek kişilere 1934 yılında tanınan taşınmaz mal edinebilme olanağı, o tarihte yürürlükte bulunan 13.08.1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanunu'nun 87. maddesi ile "köylerde taşınmaz mal edineme" ve Tapu Kanunu'nun 36. maddesinde yer alan "bir köye bağlı olmayan müstakil çiftliklere yabancı gerçek kişilerin hükümet izniyle sahip olabileceği" yönlerinden sınırlandırılmıştır.

Tapu Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1934 yılından önceki ülkemizin durumu ve yasal gelişmeler Anayasa Mahkemesi'nin E. 1984/14, K. 1985/7 sayılı kararında da aşağıdaki şekilde özetlenmiştir:¹⁵

"24 Temmuz 1923 tarihinde imza edilmiş bulunan Lozan Barış Andlaşması Türkiye'de yabancılar hukuku açısından yeni bir dönemin başlangıcıdır. İmparatorluk döneminde kişi ve kurum olarak yabancılar hukukunun önemli bir kesimini kapitülasyonlar oluşturuyordu. Osmanlı Devleti, türlü gâilelere neden olan kapitülasyonlardan kurtulmak için 1. Dünya Savaşı'nın" çıkmasını fırsat sayarak 1 Ekim 1914 tarihinden itibaren "Kapitülasyonlar ve daha sonra yapılan andlaşmalar ve temin edilen teamüller ve bunların tafsirleri ile Avrupa Devletler Umumi Hukuku'na muhalif olan bütün yabancı imtiyazları kaldırdığını ve bu tarihten itibaren yabancı Devletler tebaası hakkında Avrupa Devletler Umumi Hukuku hükümlerinin uygulanacağını. İlan etmişti. Ne var ki, kapitülasyonlara sahip olan devletler tek taraflı olarak yapılan ilga işlemi kabul etmediler. Zaten bu tarihten çok kısa bir süre sonra ittifak devletleri safında savaşa katılan ve yenik düşerek Mondros Mütarekesi'ni ve bunu izleyen Sev̄r Andlaşması'nı imzalamak durumunda kalan Osmanlı Devleti'nin, kapitülasyonlar konusundaki kararının da bir anlamı" kalmamıştır.

¹⁵ AMK, E. 1984/14, K. 1985/7, K. T. 13.06.1985; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 21, s. 163-164.

Bilindiği üzere kapitülasyonlar Milli Kurtuluş Savaşı sonunda 24 Temmuz 1923 tarihinde imzalanmış bulunan Lozan Barış Andlaşması'nın 28. maddesiyle kaldırılmıştır.

Söz edilen Andlaşma'ya ekli "*İkamet ve Selahiyeti Hakkındaki Mukavelename*"nin 3. maddesiyle yabancıların Türkiye'de mal ve mülk edinme haklarına ilişkin olarak "*Türkiye'de, diğer akide tebaasının kavanin ve nizamati mahalliyeye teofikan her türlü emvali menkule ve gayri menkuleyi ihraza, tasarrufa ve devre ve ferağa, hakları olacaktır; tebaai mezkûre bilhassa beyi ve mübadele ve hibe, vasiyet ile yahut diğer her suretle emvali mebhuseyi tasarruf edebilecekleri gibi ber mucibi kanun veraset tarikiyle veya hibe veyahut vasiyet suretiyle emvali mezkureye malik olabileceklerdir*" hükmü getirilmiş; aynı mukavelenin 1. maddesinde ise "*İşbu fasılda münderiç ahkamdan her birinin Türkiye'de diğer Düveli akide tebaa ve şirketlerine tatbiki, Düveli mezkure arazisinde Türk teba ve şirketleri hakkında tam bir muamelei müteakabile tatbiki şartı sarihine muallaktır*" denilerek, 7 Sefer 1284 tarihli Kanun'un benimsediği tebaayı temsil sistemi yerine, Türkiye'nin akit devletlerle tam eşitliğinin bir tezahürü olarak siyasi (ahdi) müteakabiliyet esasını benimsenmiştir.

Lozan Barış Andlaşması'yla Misakı Milli hudutları içerisinde özgür ve bağımsız bir devlet olarak varlığı tanınan Türkiye Cumhuriyeti milli mevzuatını düzenleme çalışmalarının hemen başında Lozan Barış Andlaşması'ndan yedi ay kadar sonra 18 Mart 1924 tarihinde yürürlüğe konulan 442 sayılı Köy Kanunu'nun 87. maddesinde "*Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunmayan gerek şahıslar ve gerek şahıs hükmünde olan cemiyet ve şirketlerin (eşhası hususiyeye ve hükmiye) köylerde arazi ve emlak almaları memnudur.*" şeklinde yer alan hükümle, yabancılara, Lozan Barış Andlaşması'yla verilmiş bu konudaki haklara oldukça kapsamlı bir sınırlama getirilmiştir.

Yabancıların Türkiye'de mülk edinebilmeleri konusunda Lozan Barış Antlaşması'na bağlı "*İkamet ve Selahiyeti Adliye Hakkında Mukavelename*" ile kabul edilmiş ahdi müteakabiliyet esasını, sözü edilen mukavelenameye taraf olmayan devletler bakımından Tapu Kanunu ile kanuni müteakabiliyet esasına bağlanmış ve söz konusu hakka yeni bir takım sınırlamalar daha getirilmiştir.

Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde yer alan "*tahdidi mutazammın kanuni hükümler yerinde kalmak ve karşılıklı olmak şartıyla yabancı hakiki şahıslar Türkiye'de gayri menkul mallara temellük ve tevarüs edebilirler.*" şeklindeki hükümle, yabancı gerçek kişilere ülkede taşınmaz mal edinme hakkı tanınmıştır. Söz konusu hakkın kullanımı için Yasa'nın aradığı koşullardan birincisi, Kanun ile getirilmiş kısıtlayıcı hükümlere uymak diğeri ise karşılıklılık (müteakabiliyet)'tir.

İşte Tapu Kanunu'nun yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de taşınmaz mal edinme haklarını düzenleyen 35. madde kuralı yukarıda belirtilen sınırlayıcı yasal kurallar mevcutken getirilmişti ve bu şartlar altında "yasal sınırlayıcı kurallara uymak" kaydını koymuştu.

Bu yasal düzenleme ile yabancı gerçek kişilere taşınmaz mal edinebilme olanağının bazı sınırlamalarla tanınmasının ülkemizde daha 1934 tarihinde gerçekleştirildiği görülmektedir. Dolayısıyla, tüm Avrupa'nın 2. Dünya Savaşı'nı yaşadığı ve en temel insan haklarının bile ihlal edildiği yıllarda Türkiye'de yabancı gerçek kişilere taşınmaz mal edinimi olanağı tanınmıştır.

Yabancıların taşınmaz mal edinimine ilişkin düzenlemeyi içeren Tapu Kanunu'nun 35. maddesi günümüze kadar 21.06.1984 tarih-3029 sayılı, 22.04.1986 tarih-3278 sayılı ve 3.07.2003 tarih-4916 sayılı Yasalar'la olmak üzere üç kez değişikliğe uğramış ve her üç değişiklikte, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir.

3029 ve 3278 sayılı Yasalar özetle;

- Mütakabiliyet şartı aranmaksızın yabancılara (3278 sayılı Yasa'da yabancı ülkeye ve halkına) taşınmaz mal satışı esasını getiriyordu.

- Mütakabiliyet şartı aranmaksızın taşınmaz mal edinebilecek tanınacak ülkelerin (3278 sayılı Yasa'ya göre ülkelerin ve uyruklularının) belirlenmesi yetkisinin Bakanlar Kurulu'na bırakılmasını öngörüyordu.

- Yasa'nın uygulama esaslarının (bu hususlarla ilgili usul ve esasların) saptanması yetkisini Bakanlar Kurulu'na bırakıyordu.

- Toplu Konut Fonu'na alınacak fon nispetinin %25'i geçmemek üzere saptanması yetkisini Bakanlar Kurulu'na bırakıyordu.

Ancak bu Yasalar yukarıda da belirtildiği gibi Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir.¹⁶

Daha sonra 2003 yılında, 3.07.2003 tarih ve 4916 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle, 22.12.1934 tarih ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesi değiştirilerek yeniden düzenlenmiştir. Yapılan bu değişiklikte;

1. Karşılıklı olmak ve kanunî sınırlamalara uyulmak kaydıyla,

a. Yabancı uyruklu gerçek kişiler,

¹⁶ AMK, E. 1986/18, K. 1986/24, K. T. 9.10.1986; *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, S. 22, s. 233-278. AMK, E. 1984/14, K. 1985/7, K. T. 13.6.1985; *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, S. 21, s. 153-187.

b. Yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri,

Türkiye sınırları içinde taşınmaz edinebileceklerdir.

2. Karşılıklılık ilkesinin uygulanmasında,

a. Yabancı devletin taşınmaz ediniminde kendi vatandaşlarına, veya,

b. Yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerine tanıdığı hakların Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına veya ticaret şirketlerine de tanınması esas olacaktır.

3. Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının,

a. Kanunî miras yoluyla edindikleri taşınmazlar ile,

b. Kanunî kısıtlamalara tabi alanlardaki taşınmazlarının, intikal işlemleri yapılarak tasfiye edilecek ve bedele çevrilecektir.

4. Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin otuz hektardan fazla taşınmaz edinebilmesi, Bakanlar Kurulu'nun iznine tabi olacaktır.

Ancak kanunî miras yoluyla intikal eden taşınmazlar için bu hüküm uygulanmayacaktır.

Yabancı uyruklu gerçek kişilerin, kanunî miras dışında ölüme bağlı tasarruflar yoluyla otuz hektardan fazla taşınmaz edinebilmesi de Bakanlar Kurulu'nun iznine bağlı olacaktır.

İzin verilmez ise, fazla miktar tasfiye edilerek, bedele çevrilecektir.

5. Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri lehine, taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesis edilmesi halinde karşılıklılık şartının aranmayacağı öngörülmüştür.

6. Kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından, bu maddenin uygulanmayacağı yerleri belirlemeye Bakanlar Kurulu'nun yetkili olduğu öngörülmüştür.

Böylece 4916 sayılı Yasa ile yapılan yeni düzenleme ile, karşılıklı olmak ve yasal sınırlamalara uyulmak şartıyla, yabancı gerçek kişilere ve yabancı

ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerine, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde taşınmaz mal edinme olanağı getirilmiş, yasal sınırlamalar arasında bulunan 442 sayılı Köy Kanunu'nun 87. maddesinin yürürlükten kaldırılması ile köyler yabancı gerçek kişiler ile yabancı tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz edinimlerine açık hale getirilmiş, ayrıca 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun mülga 36. maddesinde yer alan hükümler 35. maddeye eklenerek bu madde yeniden düzenlenmiş, ancak 2565 sayılı Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Görüldüğü üzere 4916 sayılı Yasa, konuyu, 3029 ve 3278 sayılı Yasa'lardan farklı biçimde düzenlemiştir. Ancak bu düzenleme de Anayasa Mahkemesi'nin 14.03.2005 tarihli ve E. 2003/70, K. 2005/14 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.¹⁷

Anayasa Mahkemesi'nin 3029 ve 3278 sayılı Yasalar'la ilgili olarak vermiş olduğu iptal kararları genel olarak "karşılıklılık" ilkesinin ihlaline dayanmışken, 4916 sayılı Yasa'ya ilişkin vermiş olduğu kararı Anayasa'nun 2, 7, ve 16. maddelerine dayandırılarak, Kararda özetle "... Dava konusu 35. maddenin ilk fıkrasıyla yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz edinmeleri, karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uyulmak koşuluna bağlı tutulmuş, ancak, bu edinimin usul ve esasları gösterilmemiştir. Oysa, hukuk devletinin yukarıda belirtilen işlevlerinin yaşama geçirilebilmesi için, ülkenin bütünlüğü, güvenliği, coğrafi özellikleri, stratejik konumu ve öncelikleri gözetilerek yabancıların alacağı taşınmazın yeri, arazi, arsa veya bina olmasının getireceği farklılıklar ile satın almanın amacı, koşulları ve devirde uyulacak usul ve esaslar gibi hususların yasadaki belirtilmesi gerekir. Bunların yasadaki düzenlenmemiş olması, ülke bütünlüğü ve egemenliği ile doğrudan ilgili olduğunda duraksama bulunmayan yabancıların taşınmaz edinimi konusunda, yetki devrine yol açacağı gibi yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kuralları içermesi gereğinin hukuk güvenliğinin gerçekleşmesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına da ters düşer." denilmiştir.¹⁸

B. Yabancıların Taşınmaz Mal Edinimine İlişkin Kurallarda Yer Alan Temel İlkeler

Yabancıların taşınmaz mal edinimi ile ilgili Tapu Kanunu'nda üzerinde önemle durulan iki temel konu "karşılıklılık" ve "kanuni sınırlamalar"

¹⁷ 4916 sayılı Yasa Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmekle birlikte, Karar da iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren üç ay sonra yürürlüğe girmesi öngörülmüştür (Resmi Gazete yayım tarihi: 26.4.2005).

¹⁸ AMK, E. 2003/70, K. 2005/14, K. T. 14.3.2005; RG, 26.4.2005t - 25797.

konularıdır. Bu itibarla bu bölümde bu iki hususla ilgili açıklamalara ve değerlendirmelere yer verilmiştir.

1. Mütekabiliyet (Karşılıklılık)

Mütekabiliyet; sözlüklerde, karşılık, karşılıklı olma durumu, karşılıklı davranış şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁹

Bir tanıma göre, mütekabiliyet, en az iki devletin, vatandaşlarına, yekdiğerinin memleketinde aynı mahiyetteki hakkı fiilen tanımalarıdır.²⁰

Bir başka tanıma göre de mütekabiliyet (karşılıklı muamele) sistemi demek, devletlerin karşılıklı olarak bir hususi hakkı tebaalarına tanımaları demektir.²¹

Mütekabiliyet, andlaşma yolu ile karşılıklı olarak tanındığında buna siyasal veya ahdî mütekabiliyet denir. Kanunî veya fiili mütekabiliyet denen ikinci çeşitte ise bir andlaşmada hakların karşılıklı olarak tanınması aranmaz, bu sistemi kabul eden devlet yabancı devlet vatandaşına bir takım haklar tanımak için aynı hakların kendi vatandaşlarına yabancı devletçe ve mevzuatında yahut ta fiilen tanınmasını arar.²²

Devletler Umumî Hukuku'nda, anlaşmalar yani eşit borçlar denen saha haricinde, mütekabiliyet simetrik manada kaidedir. Bu sahada doğan borçlarda ayniyet ve müsavat mevcuttur. Bu ayniyet ve müsavat bizatihî devletler arasındaki münasebetler bakımından zaruridir. Bu ayniyeti, onların eşitlik ve hakimiyetiyle izah etmek kabildir. Bu durumda, hiç biri diğeri nazaran, hiç olmazsa hükmen, daha üstün haklardan istifade edemez. Demek oluyor ki, Devletler Umumî Hukuku'nda mütekabiliyet, halihazırda ayniyet olarak tezahür etmektedir.²³

Devletler Hususi Hukuku'nda hukuk tekniğinin doğurduğu bir müessese olmayıp, sadece devletin iradesine bağlı bir müessese olarak mütekabiliyetin tanımlanmasına karşı, Sait, K. Obut, Devletler Hususi Hukuku bakımından mütekabiliyeti, opportunisme, devletin tek taraflı iradesine, tam bir serbestiye istinat ettiren görüşlerde hakikat payı bulunmakla birlikte bu

¹⁹ <http://www.tdk.gov.tr/TKKSOZLUK/> Mustafa Nihat Özün, Sözlük, İstanbul 1955, s. 628.

²⁰ Obut, *a.g.e.*, s. 50.

²¹ O. Fazıl Berki, *a.g.e.*, s. 174.

²² Yılmaz Altuğ, *Yabancıların Hukuki Durumu*, İstanbul 1971, İÜ yayın no: 1672, Hukuk Fakültesi yayın no: 361, 4 Bası, s. 13.

²³ Sait K. Obut, *a.g.e.*, s. 50-51.

görüşlere tamamen iştirak etmenin mümkün olmadığı, mütekabiliyeti bu unsurlara irca etmenin, onun bulunmamasını da intaç edebileceği, oysa mütekabiliyeti inkarın yabancıların asgari haklar problemini tanımamak olduğu, mütekabiliyetin de yabancıların diğer bir memlekette malik olduğu haklar gibi bir aşağı sınırı olduğu ve bu sınırdan daha aşağı inmek yabancıların mezkûr asgari haklarını ihlâl manasını tazammum edeceği şeklinde açıklamaktadır.²⁴

Tapu Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, bu Kanun'un 35. maddesinde yer alan karşılıklılık (mütekabiliyet) kelimesinin anlamı üzerinde tereddütler doğmuş, bu hususun açıklanması Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nce istenilmiş ve Adalet, İçişleri ve Maliye Bakanlıkları temsilcilerinden oluşan bir komisyonda incelenen konu, 29.05.1940 günlü ve 2/13394 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla "... *Tatbikatta müşkülâtı ve hatta imkânsızlığı nazara alınarak şimdilik bahsi geçen karşılıklı olmak kaydının, Hariciye Vekilliği'nin de iştirak ettiği Hariciye Başhukuk Müşaviri'nin noktai nazarı ve adliye vekilliğinin mütalaası dairesinde esas itibariyle ecnebilere gayri menkullere tasarruf hakkı tanıyan ve Türk tebaasına karşı hususi kayıt ve tahditler vazetmeyen ecnebi devletler tebaasına, Türkiye'de bütün ecnebilere mahsus kayıt ve tahditlere riayet şartıyla ve ayrıca herhangi bir suretle tahdidata tâbi tutmaksızın, gayri menkullere temellük ve tasarruf hakkının tanınması ve yabancı bir devlet ülkesinde bulunan tebaamızın o memlekette almak istediği gayri menkul hakkında vazedilen takyidat ve tahdidattan mütevellit bir müracaatı halinde o devlet tebaası hakkında aynı takyit ve tahditlerin konulması şeklinde tatbik edilmesi kabul olunmuştur.*" sonucuna bağlanmıştır.²⁵

Böylece bahse konu karar ile, karşılıklılık ilkesinden ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Buna göre karşılıklılık ilkesinin varlığı için yasal düzenlemenin yanında bunun fiilen uygulanabilir olması da gerekmektedir. Kanunî karşılıklılığın fiili durumu göstermeyeceği göz önüne alınan kararda, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının başvurusu halinde, yabancı ülkede karşılaşacakları sınırlamaların karşılıklılık uygulamasına esas alınması istenmiştir. Dolayısıyla ülkemiz ile yabancı bir devlet arasında taşınmaz mal edinimi konusunda karşılıklılığın varlığından söz edebilmek için karşılıklılığın kanunî ve fiili olması gerekmektedir. Buna göre, bir yabancı ülke vatandaşının ya da ticaret şirketinin ülkemizde taşınmaz mal edinmesi, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının ve ticaret şirketlerinin de o ülkede taşınmaz mal edinmesine, kanun ile hak tanınmış olmasına ve bu hakkın da fiilen uygulanabilmesine bağlıdır.

²⁴ Sait K. Obut, *a.g.e.*, s. 51.

²⁵ Ali Rıza Düzceer, "Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Mal İktisapları", *Yargıtay Dergisi*, C. 5, S. 2, Nisan 1979, s. 289-290.

Karşılıklılık ilkesinin önemi, Anayasa Mahkemesi'nin K. 1986/24 sayılı kararında da "Ülkede yabancıların arazi ve emlak edinmesi salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez. Toprak, devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığın simgesidir. Karşılıklılık esası uluslararası ilişkilerde eşitliği sağlayan bir denge aracıdır." şeklinde vurgulanmıştır.²⁶

Karşılıklılık yönünden, yabancıların taşınmaz mal edinimi konusunda yabancı ülkeler Türkiye açısından dört ayrı grupta ifade edilmiştir:

1. Taşınmaz Mal Edinimi Konusunda Türkiye ile Arasında Karşılıklılık Bulunan Ülkeler: Taşınmaz edinimi konusunda ülkemiz ile arasında tam karşılıklılık bulunan ülkelerin listesi Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nce yayımlanmış olup, listede yer alan ülkelerin vatandaşı olan yabancı gerçek kişilerin ülkemizde taşınmaz mal edinme talepleri; edinmek istedikleri taşınmaz malların askeri yasak bölge ve güvenlik bölgeleri dışında kalıp kalmadığı (Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 22.03.2000 tarih ve B021TKG01600001-1326-626/318 ve 333 sayılı genelgesi ile bildirilen yetkili askerî komutanlıklardan) sorularak, askerî makamların o yerin askerî yasak bölge ve güvenlik bölgeleri dışında kaldığını belirten cevabı alındıktan sonra tapu sicil müdürlüklerince sonuçlandırılmaktadır.

Yunan uyruklu gerçek kişilerin ülkemizde taşınmaz mal edinimine yönelik talepleri ise, halen yürürlükte olan 22.03.2000 tarih ve 1361-121-T/302-317 sayılı genelge uyarınca sonuçlandırılmaktadır.

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nce yayımlanan listeye göre taşınmaz mal edinimi konusunda Türkiye ile seksen sekiz ülke arasında karşılıklılık bulunmaktadır. Bu ülkeler şunlardır; Almanya, ABD, Andorra, Arjantin, Avustralya, Avusturya, Bahamalar, Bahreyn, Bangladeş, Barbados, Belçika, Belize, Benin, Bolivya, Bosna-Hersek, Botswana, Brezilya, Danimarka, Dominik Cumhuriyeti, Ekvador, El Salvador, Estonya, Fildişi Sahili, Filipinler, Finlandiya, Fransa, Gabon, Gana, Gine, Grenada, Guatemala, Guyana, Güney Afrika Cumhuriyeti, Haiti, Hırvatistan, Hollanda, Honduras, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, Jamaika, Japonya, Kamerun, Kanada, KKTC, Kolombiya, Kore (Güney), Kostarika, Letonya, Liechtenstein, Litvanya, Lüksembourg, Macaristan, Malawi, Malezya, Mali, Malta, Mauritius, Meksika, Monako, Moritanya, Mozambik, Nijerya, Nikaragua, Norveç, Orta Afrika Cumhuriyeti, Panama, Paraguay, Peru, Polonya, Portekiz, Sanmarino, Senegal, Sırbistan ve Karadağ (Yugoslavya), Singapur, Somali,

²⁶ E. 1986/18, K. 1986/24, K. T. 9.10.198.; a.g.e., s. 259.

Srilanka, Swaziland, Şili, Tanzanya, Uruguay, Venezuela, Yeni Zelanda, Yeşilburun Adaları.²⁷

2. Taşınmaz Mal Edinimi Konusunda Türkiye ile Arasında Karşılıklılık Bulunmayan Ülkeler: Taşınmaz mal edinimi konusunda ülkemiz ile arasında karşılıklılık bulunmayan ülkeler ise, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nce yayınlanan listede belirtilmiştir. Buna göre Türkiye ile otuz beş ülke arasında taşınmaz mal edinimi konusunda karşılıklılık bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu otuz beş ülke vatandaşlarının ülkemizde taşınmaz mal edinimleri mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle ülkemiz ile taşınmaz mal edinimi konusunda karşılıklılık bulunmayan ülkeler vatandaşlarının taşınmaz mal edinim talepleri tapu sicil müdürlüklerince herhangi bir yazışma yapılmadan doğrudan reddedilmektedir. Ancak, Türkiye Cumhuriyeti ile arasında taşınmaz edinimi konusunda karşılıklılık bulunmayan devlet vatandaşlarının kanuni miras yoluyla edindikleri taşınmazların intikal işlemleri yapıldıktan sonra ilgililere taşınmazın tasfiyeye tabi olduğu bildirilerek tasfiyesi için ilgili defterdarlık veya mal müdürlüklerine bildirimde bulunulmaktadır. Taşınmazın askeri yasak bölge ve güvenlik bölgelerinde kaldığının tespiti halinde ise, kamulaştırma yoluyla tasfiyesi için ilgili askeri makamlara bildirimde bulunulmaktadır.

Taşınmaz mal edinimi konusunda Türkiye ile arasında karşılıklılık bulunmayan ülkeler; Afganistan, BAE, Burma, Cezayir, Çek Cumhuriyeti, Endonezya, Eritre, Ermenistan, Etiyopya, Fiji, Hindistan, Irak, İzlanda, Kamboçya, Katar, Kore (Kuzey), Kuveyt, Küba, Laos, Libya, Maldivler, Moğolistan, Nepal, Nijer, Oman, Papuayenigine, Sudan, Surinam, Suudi Arabistan, Tayland, Tunus, Vietnam, Yemen.²⁸

3. Ülkemizde Sadece Bina Mülkiyeti Edinebilen Ülkeler: Karşılıklılık ilkesi gereğince bazı ülke vatandaşları, ülkemizde sadece bina mülkiyeti edinebilmektedir. Bu itibarla bu ülkeler, karşılıklılık ilkesi gereği ülkemizde sadece bina mülkiyeti edinebilecek ülkelerdir. Bu ülkelerin sayısı ise, bugün itibarıyla yirmi üçtür. Bu ülkeler şunlardır; Azerbaycan, Belarus, Çad, Çin, Fas, Gürcistan, Kazakistan, Kenya, Kırgızistan, Makedonya, Mısır, Moldova, Namibya, Özbekistan, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovakya, Slovenya, Tacikistan, Türkmenistan, Uganda, Ukrayna, Ürdün.²⁹

²⁷ <http://www.tkgm.gov.tr/>

²⁸ <http://www.tkgm.gov.tr/>

²⁹ <http://www.tkgm.gov.tr/>

4. Diğer Ülkeler: Bu durumda bulunan ülkeler ise, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nce yayınlanan taşınmaz mal edinimi konusunda Türkiye ile arasında karşılıklılık bulunan ve bulunmayan ülkeler listelerinde yer almayan ülkelerdir.

Yukarıda belirtilen üç grup içinde de yer almayan ülke vatandaşlarının taşınmaz mal edinim talepleri ise, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'ne intikal ettirilebilmekle beraber ancak karşılıklılık ilkesi sağlandığı ve yasal sınırlamalara uyulduğu takdirde karşılanabilmesi mümkündür. Nitekim 3045 sayılı Yasa'nın 14. maddesine göre bu işler, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün Yabancı İşler Dairesi Başkanlığı'na yürütülmektedir.³⁰

Yabancı ülkelerde, bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip yabancı ticaret şirketlerinin ülkemizde taşınmaz mal edinmeleri de, karşılıklı olmak ve yasal sınırlamalara uyma şartlarına bağlı bulunduğundan, bu şirketlerin taşınmaz mal edinimlerine ilişkin talepleri de, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nce sonuçlandırılmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık bulunmayan devlet vatandaşlarının kanunî miras yoluyla edindikleri taşınmazlar ile kanunî kısıtlamalara tâbi alanlardaki taşınmazları, intikal işlemleri yapılarak ilgililerine taşınmazın tasfiyeye bağlı olduğu bildirilerek tasfiyesi için ilgili defterdarlık veya mal müdürlüklerine bildirimde bulunulmak suretiyle sonuçlandırılması da 4916 sayılı Yasa ile getirilmiş bir düzenlemedir.

Yabancıların ülkemizde taşınmaz mal edinmelerinin birinci koşulu karşılıklılık olmakla birlikte, karşılıklılık ilkesine gerçek kişiler açısından getirilen bazı istisnalar bulunmaktadır. Bu istisnalar ise şunlardır:

a. Vatansızlar hiçbir devlet uyruğu taşımadıkları için karşılıklılık şartının belirleneceği muhatap bir devlet bulunmamaktadır. Bu nedenle, vatansızlar karşılıklılık şartından muaftırlar.

³⁰ Madde 14, Yabancı İşler Dairesi Başkanlığı'nın Görevleri;

- Yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilerle Türkiye Cumhuriyeti uyruklu olup da yabancı ülkelerde yerleşik kişilerin Türkiye'deki taşınmaz malları ile ilgili her türlü tapu ve kadastro işlemlerini takip etmek, düzenlemek ve arşivlemek,
- İlgili bakanlık ve kuruluşlarla işbirliği yaparak, Türkiye Cumhuriyeti uyruklu gerçek ve tüzel kişilerin yurt dışındaki taşınmaz malları ile ilgili hak ve menfaatlerini kollamak,
- Bakanlık ve kuruluşlar arası toplantılar ile ilgili olarak devletler arası emlak müzakereleri için görev alanındaki belgeleri toplamak ve ilgililere iletmek,
- Genel müdürlükçe verilecek benzeri görevleri yapmak.

b. Türkiye tarafından 26.08.1961 tarih ve 359 sayılı Kanun'la onaylanan 28.07.1951 tarihli "Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme"nin m. 7/2 hükmüne göre, mülteciler, sığındıkları ülkede üç yıl ikamet ettikten sonra karşılıklılık şartından muaf olurlar. Türkiye'de bulunan mülteciler de, bu durumlarını resmî belge ile belgelendirmeleri halinde aynı kurala tabidirler.

c. Türkiye'de turizm amaçlı yatırım yapmak isteyen yabancı gerçek ve tüzel kişiler, 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu'nun 8/E maddesine göre, Bakanlar Kurulu kararı ile, karşılıklılık koşulundan ve yabancılar için getirilen yasal sınırlamalara tâbi tutulmadan turizm bölge ve merkezlerinde taşınmaz mal edinebilmektedirler.

ç. Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri lehine 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yer alan sınırlı aynî hakların tesisinde karşılıklılık şartı aranılmadan işlemler sonuçlandırılabilirler.

d. 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'na göre kurulan veya mülga 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu hükümlerine göre ülkemizde kurulmuş yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz mal alım, satım vb. işlemleri tapu sicil müdürlüklerince doğrudan sonuçlandırılabilirler.

2. Kanunî Sınırlamalara Uyulmak Şartı

Yabancıların ülkemizde taşınmaz mal edinmelerine getirilen bir koşul da, kanunlarla getirilmiş olan sınırlayıcı hükümlere uymaktır.

Yabancıların taşınmaz mal edinimlerine ilişkin olarak yasalarımızda bazı sınırlamalar yer almıştır. Bu sınırlayıcı kurallar ise;³¹

a. 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesi, yabancı gerçek kişilerin ülkemizde otuz hektardan fazla taşınmaz mala ancak Bakanlar Kurulu Kararı ile sahip olabileceği, kanunî mirasın bu hükmün dışında olduğu kuralını koymuştur.

b. Yabancıların ülkemizde taşınmaz mal edinmelerini coğrafi açıdan sınırlayan 2565 sayılı Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nda yer alan düzenlemelere göre; askerî yasak bölgeler ve güvenlik bölgelerindeki

³¹ En önemli sınırlayıcı kural olan 442 sayılı Köy Kanunu'nun 87. maddesi 4916 sayılı Yasa ile kaldırıldığından, 2003 yılına kadar önemli bir sınırlama olan köyler yabancıların taşınmaz mal edinimlerine açık hale getirilmiştir.

taşınmaz malların yabancı gerçek ve tüzel kişilere satılması, devredilmesi ve kiralanması mümkün bulunmamaktadır.

Bu Kanun'la kara, deniz ve havada birinci ve ikinci derecede askerî yasak bölge olmak üzere iki bölge tespit edilmiştir. Kanun'un 7. maddesine göre birinci derece kara askerî yasak bölgelerine, buradaki görevliler ve aile fertleriyle yetkili komutanlığın izin verdiği TC uyuşundaki diğer görevlilerden başkası giremez ve oturamaz. 9. maddeye göre de, Türk vatandaşlarının 2. derece kara askerî yasak bölgelerinde oturmaları, seyahat etmeleri, zirai faaliyetlerini, meslek ve sanatlarını icra etmeleri serbesttir. Yabancı gerçek ve tüzel kişiler bu bölgede taşınmaz mal edinemezler.

c. 1927 tarihli ve 1062 sayılı, "*Hudutları Dahilinde Tebaamızın Emlakine Vaziyet eden Devletlerin Türkiye'deki Tebaaları Emlakine Karşı Mukabele Bilmisil Tedabiri İttihazı Hakkında Kanun*"un 1. maddesine göre, idari kararlar ve olağanüstü veya istisnai kanunlarla Türk vatandaşlarının mülkiyet hakkını kısmen veya tamamen sınırlandıran devletlerin Türkiye'deki tebaasının taşınır ve taşınmaz mallarının mülkiyet hakkının Bakanlar Kurulu kararı ile mukabele-i bilmisil olarak kısmen veya tamamen sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür.

Bu Kanun hükümlerine göre, Bakanlar Kurulu'nun yabancıların taşınır ve taşınmaz mallarına el koyabilmesi için o yabancıların vatandaşı olduğu devletin, Türk vatandaşlarının o memleketteki mallarının tamamına veya bir kısmına el koyması gereklidir. Bunun "*siyasi bir tedbir*" olduğu Danıştay'ın eski tarihli bir kararında belirtilmiştir.³²

ç. Yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinmesi konusunda, bu haktan yararlanacak kişilerin şahsı itibariyle getirilmiş bir sınırlama da, 3 Mart 1340 tarihli, 431 sayılı, Hilafetin ilgası ve Hanedan Osmanî'nin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki Haricine çıkarılmasına Dair Kanun'da yer almıştır. Bu Kanun'la, Osmanlı Saltanatı'na ait bütün erkek ve kadın mensuplar ile damatları on gün içinde Türkiye'yi terk ve Türkiye'de ebediyen ikamet hakkından mahrum bırakılmıştı. 431 sayılı Kanun, Kanun'da belirtilen kimselerin Türkiye'de taşınmaz mallar üzerinde tasarruf haklarını kaldırmış ve bu malların tasfiye edilmesini kabul etmişti. Kanun'un, 7. maddesinde, Osmanlı Hanedanı'nın erkek ve kadın mensupları ve damatların, bu malları bir yıl içinde hükümetin kontrolü altında tasfiye etmelerini, tasfiyeyi yapmadıkları takdirde, bunun hükümetçe yapılacağını ve bedellerinin kendilerine verilmesini öngörmüştü. Yalnız padişahlık yapmış kimselere ait taşınmaz malların millete intikal edeceği kabul edilmiştir.

³² Aysel Çelikel, *a.g.e.*, s. 222-225.

d. 11.2.1964 tarihli, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 33 ve 35. maddeleri, gerçek kişilerin taşınmaz mal edinmesine bazı yabancılar için iki kısıtlama getirmektedir. 35. maddeye göre vatandaşlıktan çıkarma işlemi sonucu vatandaşlıklarını kaybedenler; 33. maddeye göre de vatandaşlıkları iptal edilip de, iptal kararında mallarının tasfiyesi ile sınır dışı edilmeleri konusunda hüküm bulunanlar, Türkiye'de yeniden taşınmaz mal edinemezler.

C. Yabancı Tüzel Kişilerin Türkiye'de Taşınmaz Mal Edinmeleri

Yabancı tüzel kişilerin taşınmaz mal ediniminin, gerçek kişilerin taşınmaz mal ediniminden farklı bir öneme ve sonuca sahip olduğu aşıkardır. Nitekim tarihe baktığımızda, Osmanlı İmparatorluğu döneminde yabancı tüzel kişilere ülkede taşınmaz mal edinme imkanının tanınmadığı, Cumhuriyet döneminde de bunun devam ettiği, Köy Kanunu ve Tapu Kanunu ile de bu hakkın yabancı gerçek kişiler yönünden dahi sınırlandığı görülmektedir.

1. Yabancı Kamu Hukuku Tüzel Kişilerinin Durumu

a. Taşınmaz Mal Edinimi Bakımından Devletlerin Durumu: Doktrinde genellikle kabul edildiğine göre, kamu hukuku tüzel kişileri ve bunların başında da devlet, diğer bir devlet ülkesinde taşınmaz mal edinmek ehliyetine sahip değildir. Bu kural Devletler Genel Hukuku'nun temel prensiplerindedir. Bir devletin diğer bir devlette taşınmaz mala sahip olabileceğini kabul etmek o devletin egemenlik ilkesinin ihlaline yol açar. Bu nedenle hemen hiç bir hukuk sisteminin kabul etmediği böyle bir durumu Türk hukuku da haklı olarak reddetmiştir. Kaldı ki, bu hususta mütekebbiliyet dahi geçerli olamaz. Ancak, bir memlekette bulunan elçilik ve konsolosluklara ait binaların temellükü yukarıdaki kurala istisna teşkil eder.³³

20.05.1955 tarih ve 6593 sayılı "Ecnebi Devletlere Ankara'da Sefarethane ve Konsoloshane İnşa Etmek Üzere Meccanen Arsa Tahsisine Dair Kanun"un 1. maddesi, yabancı devletlere Ankara'da büyükelçilik ve konsolosluk inşa etmek üzere hazinece bedelsiz arsa tahsis ve temlik edilebileceğini, 4. maddesi de bu konuda mütekebbiliyet şartını koymuştur, Buna göre, kanunla kabul edilen bedelsiz arsa tahsis ve temlik, tapu harcı ve gümrük vergisi muafiyeti, bunlardan yararlanacak yabancı devletlerin Türkiye Cumhuriyeti'ne aynı hakları tanınmasına bağlı kılınmıştır.

³³ Sait K. Obut, *a.g.e.*, s. 109-110.

b. Devlete Bağlı veya Devletle Herhangi Bir Şekilde İlgisi Bulunan Tüzel veya Gerçek Kişilerin Durumu: Bir devlete bağlı bulunan diğer kamu hukuku tüzel kişileri ve hatta bir devletle mali veya diğer bir şekilde ilgili bulunan başka tüzel kişiler veya böyle bir duruma sahip gerçek kişiler hiç bir şekilde başka bir devlette taşınmaz mal edinemezler. Nitekim, adı geçen müesseseler veya kişiler devlete herhangi bir şekilde de olsa bağlı veya mensup olduklarından, bunların bir başka ülkede taşınmaz mal edinmeleri, mensup oldukları devletin sözü geçen devlet arazisinde, taşınmaz mal edinmesi anlamına gelir. Nitekim 7.03.1954 günlü ve 6326 sayılı Petrol Kanunu'nun 13.05.1955 gün - 6558 sayılı Kanun'la değişik ve "*Milli menfaatin korunması*" başlığını taşıyan 12. maddesinin 1. bendine göre, yabancı devletlerin doğrudan doğruya veya dolayısıyla idaresinde etkili olabildikleri ölçüde veya şekilde mali ilgileri veya menfaatleri bulunan tüzel kişiler ile yabancı bir devlet için veya yabancı bir devlet adına hareket eden kişiler; petrol ameliyatına lüzumlu taşınır ve taşınmaz mal satın alamazlar, bunlara sahip olamazlar veya bunlar üzerinde hak veya menfaat tesis edemezler.³⁴

2. Yabancı Ticaret Şirketlerinin Durumu

Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde 4916 sayılı Yasa ile 2003 yılında yapılan değişiklikle, tüm yabancı ticaret şirketlerinin karşılıklı olmak ve yasal sınırlayıcı kurallara uymak koşuluyla Türkiye'de taşınmaz mal edinmeleri mümkün hale getirilmiştir.

Yabancı gerçek kişilerde olduğu gibi yabancı ticaret şirketlerinde de karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uymak şartları getirilmiştir. Yabancı bir devlet ile ülkemiz arasında ticaret şirketleri yönünden karşılıklılığın bulunup bulunmadığı Dışişleri Bakanlığı'na sorulmak suretiyle belirlenmektedir.

Yasal sınırlamalar açısından yabancı gerçek kişiler için geçerli olan kurallar yabancı ticaret şirketleri açısından da geçerlidir. Ayrıca yabancı gerçek kişiler lehine bir sınırlı aynı hak tesis edileceği sırada karşılıklılık şartının aranmayacağı kuralı yabancı ticaret şirketleri için de getirilmiştir.

Yabancı tüzel kişilere de taşınmaz mal ediniminin tanınması yönünde 22.04.1986 tarih ve 3287 sayılı Yasa ile getirilen kural, Anayasa Mahkemesi'nin E. 1986/18, K. 1986/24 sayılı kararında, yabancı kamu hukuku tüzel kişilerinin bir başka ülkede taşınmaz mal edinmesinin o devletin siyasi bütünlüğü ilkesine aykırı düşeceği ve siyasi ihtilaflara yol açacağına öğ-

³⁴ Aynı maddenin 2. bendine göre "Bakanlar Kurulu kararıyla bu maddeye istisna tanınabilir. Bu karar aleyhine adli veya idari kaza mercilerine müracaat olunamaz."

retide de kabul edildiği ve bazı istisnalar dışında bu konuda müteakabiliyet esasının dahi geçerli sayılmayacağı belirtilerek, “Belirlenen doğrultuda yaygınlaşabilecek uygulamaların zaman içinde devletin toprak bütünlüğü yanında, siyasi bütünlüğünü de zedeleme ve satılan toprak parçaları üzerinde satan devletin egemenliğini etkileme istidadını da taşımakta olması nedeniyle söz konusu düzenlemelerin anayasal ilkelerle uyum içinde bulunduğu söylenemez. Anayasa’nın başlangıç bölümünün Türk varlığının devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esası”nı getiren 7. fıkrası ve Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür” kuralını içeren 3. maddesinin 1. fıkrası karşısında hiçbir organın yabancı ülkelere Türkiye Cumhuriyeti Devleti sınırları içinde taşınmaz mal edinmesi için izin vermeye ya da bu yolda Bakanlar Kurulu’na takdir hakkı tanımaya yetkisi bulunmamaktadır.” denilmek suretiyle iptal edilmiştir.

Bu itibarla “yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri” denilmek suretiyle yabancı tüzel kişilerin taşınmaz mal edinim hakkını öngören 3.07.2003 tarih ve 4916 sayılı Yasa ile Tapu Kanunu’nun 35. maddesindeki değişiklik yürürlüğe girene kadar, yabancı tüzel kişilere ülkemizde taşınmaz mal edinme hakkını tanıyan genel bir hukuk kuralı olmamıştır. Ancak daha öncede belirttiğimiz gibi, 4916 sayılı Yasa ile Tapu Kanunu’na getirilen bu kural da, Anayasa Mahkemesi’nin 14.03.2005 günlü ve K. 2005/14 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

3. Yabancı Tüzel Kişilerin Taşınmaz Edinimi ile İlgili Diğer Yasal Düzenlemeler

a. 12.03.1982 günlü, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu: Bu Kanun’un 8. maddesi, turizm alanlarında ve turizm merkezlerinde Bakanlığın talebi üzerine imar planları yapılmış ve turizme ayrılmış yerlerdeki kamu kuruluşlarına, vakıflara, gerçek ve tüzel kişilere ait taşınmazların tahsis ya da kamulaştırma yoluyla hazine adına tescil ve Kültür ve Turizm Bakanlığı’na tahsis edilme şekillerini düzenlemektedir. Maddenin (D) fıkrasında, Bakanlığın bu taşınmaz malları tespit edilmiş olan şartlarla, Türk ve yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere kiralamaya, tahsis etmeye ve irtifak hakkı tahsisine yetkili olduğuna işaret edildikten sonra 24.07.2003 tarih ve 4957 sayılı Yasa ile değişik (E) fıkrasında “Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezlerindeki taşınmaz malların iktisabı, 442 sayılı Köy Kanunu ile 2644 sayılı Tapu Kanunu’nda yer alan yabancı uyruklularla ilgili tahditlerden Bakanlar Kurulu kararı ile istisna edilebilir” hükmüne yer verilmektedir.³⁵

³⁵ “Yabancı Uyruklu Kişilerin, Turizm Bölge Alan ve Merkezlerinde Taşınmaz Mal İktisaplarında Uygulanacak Esasları”ı yürürlüğe koyan 26.04.1983 günlü, 83/6433 sayılı Bakanlar Kurulu kararı 13.05.1983 günlü, 18046 sayılı *Resmî Gazete*’de yayımlanmıştır. Bu esasların 1. maddesine göre, yabancıların 2634 sayılı Kanun’un

Görüldüğü üzere bu kanun kapsamında faaliyette bulunacak olan yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilerin, 442 ve 2644 sayılı Kanunlar'a getirilen istisnadan yararlanmaları otomatik biçimde olmamakta, bu konuda Bakanlar Kurulu kararı gerekmektedir. Diğer yandan yabancıların edinecekleri taşınmaz malların turizm bölge, alan ve merkezlerinde bulunması kaydı getirilmektedir.

b. 7.03.1954 Günlü ve 6326 Sayılı Petrol Kanunu: Kanun'un 87. maddesi, 3.05.1957 tarihli ve 6987 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce petrol hakkı sahibine, petrol ameliyatı için gerekli arazinin ancak kullanma hakkının iktisabına izin veriyordu. 6987 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle yabancı petrol şirketlerine petrol sahalarındaki arazinin mülkiyetini iktisap hakkı tanınmıştır. Değişik madde hükmüne göre "*... Ancak diğer kanunlarda mani bir hüküm bulunmadığı takdirde, petrol hakkı sahibi tarafından özel mülkiyet mevzuu arazinin sahibi ile anlaşma suretiyle mülkiyeti iktisap edilebilir.*" 87. maddede yer alan, diğer kanunlarda mani bir hüküm bulunmaması kaydı, Köy Kanunu'nu ve Askeri Memnu Mıntıklar Kanunu'nu ifade etmektedir.³⁶

5.04.1973 günlü, 1702 sayılı Petrol Reformu Kanunu, Petrol Kanunu'nun 87. maddesini yeniden düzenlemiştir. Madde, petrol hakkı sahibine petrol ameliyatı için gerekli arazinin kullanma hakkını, anlaşma veya istimlak yolu ile iktisabını tanıyan birinci fıkrayı aynen muhafaza etmiştir. 2. fıkrada, anlaşmaya dayanan kullanma hakkının üç yıldan fazla sürmesi halinde, özel mülkiyet konusu arazinin malikine de, taşınmazın kamulaştırılmasını istemek hakkını tanımıştır. 3. fıkrada ise "*... Ancak; diğer kanunlarda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde petrol hakkı sahibi özel mülkiyet konusu arazinin sahibi ile anlaşmak suretiyle mülkiyetini de iktisab edebilir.*" hükmüne yer verilmiştir.

c. 5.06.2003 günlü, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu: 17 Haziran 2003 tarih ve 25141 sayılı *Resmî Gazete'* de yayımlanarak yürürlüğe giren 5 Haziran 2003 tarih ve 4875 sayılı "*Doğrudan Yabancı Yatırımlar*

8/E maddesi uyarınca taşınmaz mal iktisaplarına ilişkin talepleri Kültür ve Turizm Bakanlığı Müsteşarının Başkanlığı'nda, Genelkurmay Başkanlığı, İçişleri Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı ve Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü temsilcilerinden oluşan Kurulca yapılacak inceleme ve Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu'nca karara bağlanırlar.

Esasların 4. maddesine göre, bir taşınmazın yabancı uyruklu kişiler tarafından ilk iktisabında, satış bedeli ile vergi, resim ve harçlar tutarı kadar dövizin yetkili bir bankaya amaç belirtilerek satılması gerekir. Taşınmazın bir başka yabancıya satılması halinde de aynı esas geçerlidir.

³⁶ Aysel Çelikel, *a.g.e.*, s. 23.

Kanunu" ile, 18.01.1954 tarih ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu yürürlükten kaldırılmış; yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla eşit hale getirilmiş; yatırım izni, şirket kuruluş izni gibi izin ve onaylar kaldırılmış; yabancı yatırımcıların ülkemizde kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mal veya sınırlı ayni hak edinmeleri serbest bırakılmıştır. Konuya ilişkin 07.08.2003 tarih ve 1363-100/841 sayılı genelge ile de uygulamanın esasları belirlenmiştir.

Yabancı sermayeli şirketlerin ülkemizde faaliyetlerine ilişkin 4875 sayılı Kanun'a göre faaliyet gösterecek veya mülga 6224 sayılı Kanun'a göre kurulmuş şirketler, kuruluş yeri ve idare merkezi esasına göre yabancı sermayeli Türkiye Cumhuriyeti şirketleri sayılmaktadır. Bu itibarla, gerek yürürlükten kaldırılmış 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'na göre faaliyet izni almış, gerekse 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'na göre faaliyet gösterecek yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz mal edinimleri ve tapu siciline yönelik diğer talepleri, Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulan şirketler ile aynı usul ve esaslara tabi olarak ticaret sicil memurlukları tarafından verilen ve şirketin taşınmaz mal edinme yetkisini ve yetkilisini gösterir yetki belgeleri değerlendirilmek suretiyle ilgili Tapu Sicil Müdürlükleri'nce sonuçlandırılmaktadır.

Ç. Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Türkiye Genelinde Günümüze Kadar Keçleştiirdikleri Taşınmaz Mal Edinimleri:³⁷

2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesini değiştiren ve 442 sayılı Köy Kanunu'nun 87. maddesini yürürlükten kaldıran, 3.07.2003 günlü ve 4916 sayılı Yasa'nın *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği 19.07.2003 tarihinden sonraki dönemi de kapsamak üzere 15.04.2005 tarihi itibariyle Türkiye genelinde taşınmaz mal ediniminde bulunan yabancı uyruklu gerçek kişilerin taşınmaz ediniminin toplam 49567 taşınmaz ve 52818 kişi olarak gerçekleştiği Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü istatistik verilerinden anlaşılmaktadır.

Bu verilerden görüleceği üzere yabancı uyruklu gerçek kişilerin taşınmaz mal edinimleri;

- Sadece arsa/arazi,

³⁷ Bu bölüm TKGM'nin (<http://www.tkgm.gov.tr/>) internet sitesinde 18.04.2005 tarihli rapor olarak yapılan yayınından 4.05.2005 tarihinde edinilmiş bilgiler ışığında hazırlanmıştır.

- Bina meskenli arsa/arazi,
- Bağımsız bölüm, şeklindedir.

TKGM'nin 15.04.2005 tarihi itibariyle Türkiye genelinde taşınmaz mal edinen yabancı uyruklu gerçek kişilere ait istatistikî raporuna göre, 15.04.2005 tarihi itibariyle yabancı uyruklu gerçek kişilerin söz konusu dönemde toplam 16976 (Alanı: 267.423.858 m²) arsa/arazi; 4827 (Alanı: 1.994.598 m²) bina meskenli arsa/arazi ve 27.764 (Alanı: 3.093.037 m²) bağımsız bölüm ediniminde bulunduğu; bunun içinde alan olarak en büyük kısmı (%99) sadece arsa/arazi şeklinde gerçekleştirilen alımların teşkil ettiği görülmektedir.

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü istatistik verileri ülkeler itibariyle incelendiğinde, sadece arsa/arazi alımları olarak en büyük alımın 241.194.257.-m² ile Suriye vatandaşlarınca gerçekleştirildiği, onu 6.451.658.-m² ile Almanya, 4.703.464.-m² ile Lübnan, 3.819.477.-m² ile Yunanistan, 2.728.123.-m² ile İngiltere, 2.689.066.-m² ile ABD vatandaşları izlemektedir ki, bu ülkelerden Almanya dışındaki ülke vatandaşlarının Türkiye'yi turizm amaçlı olarak pek tercih etmedikleri de bilinen gerçektir.³⁸

Bu verilere göre;

- Yabancı gerçek kişilerin taşınmaz mal alımlarının özellikle sadece arsa/arazi şeklindeki taşınmazlara yönelik olduğu, bina meskenli arsa/araziler ile bağımsız bölümlü taşınmaz mal alımlarının ise çok düşük kaldığı görülmektedir.

- Yabancı gerçek kişilerin taşınmaz mal ediniminin özellikle 20.04.2004 tarihinden sonra büyük oranlı artış gösterdiği görülmektedir. Nitekim Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü verilerine göre;³⁹

Sadece Arsa/ Arazi Edinen Ülke	19.07.2003-19.4.2004 Dönemi	20.4.2004-15.4.2005 Dönemi Sonu
Suriye	27 adet (81.532.- m ²)	4162 adet (241.194.257.- m ²)
Yunanistan	29 adet (212.640.- m ²)	5606 adet (3.819.477.- m ²)
Lübnan	24 adet (267.732.- m ²)	316 adet (4.703.464.- m ²)
ABD	37 adet (157.411.- m ²)	353 adet (6.451.658.- m ²)
İngiltere	694 adet (1.158.882.- m ²)	1141 adet (2.728.123.- m ²)
İsrail	53 adet (46.914.- m ²)	66 adet (54.553.- m ²)

³⁸ <http://www.tkgm.gov.tr/>

³⁹ <http://www.tkgm.gov.tr/>

Olmak üzere özellikle son bir yılda yabancı kişilerin sadece Arsa/Arazi ediniminde çok büyük artışlar olmuştur.

• Yabancı gerçek kişilerin taşınmaz mal edinimlerinin ülkelere göre farklılık gösterdiği; Estonya ve Bangladeş gibi kimi ülke vatandaşlarının sadece bağımsız bölüm ediniminde bulunduğu, buna karşılık Suriye, Yunanistan, Lübnan ve İsrail gibi kimi ülke vatandaşlarının ise özellikle arsa/arazi ediniminde bulunduğu görülmüştür.

D. Yabancıların Taşınmaz Mal Ediniminin Ülkemiz Açısından Önemi ve Değerlendirme

Yabancıların taşınmaz mal edinimi olanağına sahip oluş şekil ve şartları konunun önemini doğrudan etkilemektedir. Yabancıların taşınmaz mal ediniminin ülkemiz açısından önemini açıklamadan önce devlet ve ülke kavramı üzerinde kısa açıklamalarda bulunmakta yarar bulunmaktadır.

Devlet, belirli bir ülkede yaşayan ve bir üstün iktidara (otoriteye) tabi teşkilatlanmış insan topluluğunun meydana getirdiği devamlı, siyasi, hukukun kendisine şahsiyet izafe ettiği bir varlıktır.⁴⁰

Bu tanıma göre devletin başlıca unsurlarını şöyle sıralayabiliriz:

1. Belirli bir ülke,
2. Teşkilatlanmış insan topluluğu,
3. Üstün iktidar (devlet kudreti).

Ülke, bir insan topluluğunun üzerinde –daha doğrusu içinde- yerleşmiş bulunduğu belirli üç boyutlu maddi bir çevredir. O halde diğer bir deyişle ülke, devletin maddi unsurlarından birini teşkil eder.⁴¹ Bu itibarla ülke olmadan devlet düşünülemez. Ülke, sadece devletin oluşumu için değil, aynı zamanda varlığının sürekliliği için de gereklidir.

Bu nedenlerle ülke, devletin en önemli unsurlarından biridir; arazi ise devletin kara ülkesidir. Ayrıca vatandaşlık bir kişi ile bir devlet arasındaki siyasal ve aynı zamanda hukuki bir bağıdır. Vatandaşların meydana getirdiği nüfus da devletin bir başka önemli unsurudur. Bu nedenle yabancı kişilerin bir ülkede taşınmaz mal edinimi bu yönlerden önem arz etmektedir.

⁴⁰ Prof. Dr. Ömer İlhan Akipek, *Devletler Hukuku* (2. Kitap), Ankara 1964, s. 12.

⁴¹ Ö. İlhan Akipek, *a.g.e.*, s. 13.

Yabancıların ülkemizde taşınmaz mal edinebilmesi olanağına sahip olmasının Türkiye Cumhuriyeti açısından önemine gelince;

- Ülkemiz gerek coğrafi, gerek sosyal, gerekse de ekonomik yapısıyla özel bir konumdadır. Dolayısıyla gerek sosyal, gerek siyasi, gerek coğrafi, gerekse de ekonomik açıdan yabancıların göz önünde tuttıkları topraklara sahiptir.

- Avrupa ile Asya kıtaları arasında bir köprü durumunda bulunan Türkiye Cumhuriyeti, aynı zamanda Avrupa ile petrol ülkeleri arasında yer alan stratejik topraklara sahiptir.

- Dünyanın en eski dini, sosyal, kültürel ve ekonomik değerlerinin bulunduğu, kimi din mensuplarının vaat edilmiş topraklar olarak niteledikleri arazilere sahiptir. Nitekim İsraili General Moşe Dayan 10.8.1967 tarihinde Jerusalem Post gazetesine “Bizler Tevrat’a sahipsek, bizler kendimizi Tevrat’ın halkı olarak görüyorsak, Tevrat’ta vaat edilen bütün topraklara sahip olmak zorundayız.” demiştir.⁴² Musevi (Yahudi) dininin kutsal kitabı Tevrat’ta, General Moşe Dayan’ın sözlerinin dayanağı ise şu şekilde yer almaktadır: Tekvin (Hz. Musa’nın birinci kitabı), Bab 15/18: “O gün de RAB Abramla ahdedip dedi: Mısır ırmağından büyük ırmağa, Fırat ırmağına kadar, bu diyarı, ... senin zürriyetine verdim.”⁴³ Bu hususun önemi basında da Hürriyet Gazetesi’nin İsrail’in en çok satan gazetelerinden biri olan Yediot Ahronat’a dayandırarak “Türkiye’nin, İsrail’i Kuzey Irak’ta toprak satın almaması yönünde uyardığı” şeklindeki haberi⁴⁴ ile konu olmuştur. Bu Museviler (Yahudiler) açısından önem arz eden topraklara sahip olduğumuzu ortaya koymaktadır. Ancak topraklarımız sadece Museviler (Yahudiler) açısından değil, ayrıca Hıristiyanlar (Meryem Ana) ve Ortodokslar açısından da (İstanbul) önem arz etmektedir.

- Türkiye kurak ülkelerin yanında geniş su kaynakları olan ve her çeşit tarımsal üretime uygun verimli toprakları bulunan bir ülkedir. Nitekim Türkiye’nin en büyük, dünyanın ise en büyük dokuz projesinden biri (24.01.1994 tarihli TIME dergisine göre) olan Güneydoğu Anadolu Projesi bölgesi de (Adıyaman, Batman, Diyarbakır, Gaziantep, Kilis, Mardin, Siirt Şanlıurfa, Şırnak) bu nitelikte topraklara sahiptir. Nitekim 1970’lerde Fırat ve Dicle nehirleri üzerindeki sulama ve hidroelektrik amaçlı projeler olarak planlanan GAP; 1980’lerde çok sektörlü, sosyo-ekonomik bir bölgesel

⁴² (R. Garaudy, İsrail, Mitler ve Terör), zikr. Aydoğan, Vatandaş, Armagedon Türkiye-İsrail Gizli Savaşı, İstanbul 2003, Timaş yayınları, s. 48.

⁴³ Kitabı Mukaddes, Eski ve Yeni Ahit, Kitabı Mukaddes Şirketi, İstanbul 1988, s. 13.

⁴⁴ <http://www.hurriyetim.com.tr/haber/22.10.2003>

kalkınma programına dönüştürülmüş, kalkınma programı sulama, hidroelektrik, enerji, tarım, kırsal ve kentsel altyapı, ormancılık, eğitim ve sağlık gibi sektörleri kapsayan, su kaynakları programı yirmi iki baraj, on dokuz hidroelektrik santrali ve 1,7 milyon hektar alanda sulama sistemleri yapımını öngören, toplam maliyeti otuz iki milyar ABD doları bulan ve enerji santrallerinin toplam kurulu gücü 7476 MW-Yılda 27 milyar kilovat/saat enerji üretimini öngören bir projedir.

İşte böylesi zengin özellikler de içermektedir ki, GAP bölgesi, yabancıların yoğun ilgisini çekmektedir. Hatta bu şekildeki ilgi o kadar yoğundur ki, bu durum ileriye dönük kaygılarla da dile getirilmektedir.

Nitekim İsrail'in Bölgeye olan yoğun ilgisini "Gelecekte stratejik öneme sahip ürünlerin hemen hemen hepsi GAP bölgesinde yetişebilecek. Böylesi bir albeniye sahip projenin ilgi çekmemesi zaten düşünülemezdi. Bir mahsuru da yok. Fakat bu övünçte gurur kırıcı bir yön var ki insanı hayrete düşürüyor. Övündüğümüz bu projeyi deyim yerindeyse kaybetmek üzereyiz. Çünkü GAP'ta satılan toprakların büyük bir kısmını yabancı firmalar almış durumda İsrail'i bölgede yatırım yapmaya sevk eden sadece elinde bulundurduğu tarım teknolojisi değil. Onu bölgeye yönelten bir başka neden ise ileride kendi ülkesinde doğması muhtemel tarım arazilerinin azalması tehlikesi. İsrail Tarım Bakanlığı'nun tahminlerine göre 2020 yılında İsrail'in nüfusu %42 oranında artarak sekiz buçuk milyona ulaşacak. Buna bağlı olarak şehir nüfusunun artışı ile birlikte doğacak konut ihtiyacı sebebiyle tarım arazilerinin en az %18 kaybedilecek. Ayrıca bugün için de tarımda kullanılabilen yedi yüz milyon metreküp suyun da en az yarısının artık tarımda değerlendirilemeyeceği düşünülürse İsrail'in tarım üretiminde gelecekte oldukça zorluklar çekeceği düşünülebilir. Uzmanlara göre 2020 yılına kadar ülke tarım üretiminin de en az nüfus artışı kadar artacağını tahmin ediyorlar. Ancak bugün ihracat gerçekleştiren İsrail'in sahip olduğu üç yüz altmış bin hektarlık arazi ve yetersiz su potansiyeli göz önüne alındığında ileriki yıllarda ülke tüketimini karşılayamayacağı anlaşılıyor. Dış Politika yazarı Ferruh Sezgin de buna benzer bir tespitte bulunuyor. İsrail'in düzenli bir şekilde istediği nüfusa ulaşmak için gayret sarf ettiğini belirten Sezgin şöyle devam ediyor: 'İsrail devletinin birtakım milli hedeflerinin olduğu kesin. Bu milli hedefleri Nil'den Fırat'a kadar büyük ülke şeklinde özetleniyor. Şimdi İsrail bugünkü askeri teknolojisi ve kabiliyetleri ile bu hedeflerin çoğunu elde etme kudretine sahip ama, ele geçirdiği bu hedefleri uzun süre elde tutma kudretine sahip değil, nüfusu ve ordusunun azlığı sebebiyle. Şimdi bunu gerçekleştirmesi için yapması gereken tek şey ordusunu büyütme, peki ordusunu büyütme için ne yapmalı? Nüfusunu artırmalı. Ne kadar sağlıklı bilemiyorum ama deniliyor ki yapılan optimizasyonlar neticesinde İsrail'in ele geçirdiği askeri siyasi hedeflerini elde tutacak orduyu kendisine çıkaracak nüfusu yirmi milyon olarak hesaplamış. Bunu yapmak dünya kapitaline, dünya iletişim organlarına

sahip İsrail gibi bir ülke için çok kolay. Kritik noktaya gelemim. Bu kadar nüfusu topladınız peki nasıl besleyeceksiniz? Bu kadar nüfusun bugünkü İsrail sınırları içinde beslenme imkanları bulması mümkün değil. Nereden beslenecekler? Bakın çevreye bir tek GAP var. Önce altyapıyı hazırlayacak yani GAP bölgesinde toprak sahiplenecek, burada üretim elde edecek ve sonrasında ise istediği nüfusa ulaşmaya çalışacak.” şeklinde açıklayan görüşler de yer almaktadır.⁴⁵

- Türkiye, dünyanın nadir ve değerli çeşitli madenlerini (Bor gibi), yeraltı ve yerüstü kaynaklarını barındıran ve ayrıca da her türlü turizme uygun topraklara sahip bulunan bir ülkedir.

- Ülkemiz, kimi komşu ülkelerin Türkiye açısından iyi gözle bakmadıkları topraklara sahiptir. Nitekim Ermenistan ülkemiz sınırlarını açıkça tanımadığı gibi Doğu Anadolu bölgemiz üzerinde, Yunanlıların Ege ve İstanbul üzerinde sahip olma arzu ve hevesleri açıkça bilinmektedir. Suriye'nin de çok yakın tarihlere kadar Hatay ilimizi haritalarında kendi sınırları içinde gösterdiği⁴⁶ bilinen bir gerçektir.

- Ayrıca dünyanın küresel ısınma tehlikesinin etkisi altında olduğunu unutmamak gerekmektedir. Nitekim İngiliz *Observer Gazetesi*'nin ABD Savunma Bakanlığı (Pentagon) tarafından hazırlanan rapora dayandırarak verdiği habere göre küresel ısınma yüzünden eriyen buzullar İskandinav ülkelerini sular altında bırakacak, İngiltere ve Almanya gibi ülkeleri Sibirya iklimine maruz kılacak ve ortaya çıkacak uygunsuz iklim koşulları da gıda ve su stoklarını eritecektir.⁴⁷

Bütün bunlar ülke topraklarının ne derece önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Ülkemizin bu şekilde çeşitli açılardan zengin ve arzu edilen topraklara sahip olması, yabancılara taşınmaz mal edinme olanağı verilmesinde de daha dikkatli olmayı gerektirmektedir. Nitekim E. 1986/18, K. 1986/24 sayılı Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi “Ülkede yabancıların arazi ve emlak edinmesi salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez. Toprak, devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığın simgesidir.”⁴⁸

⁴⁵ Yasin Yağcı, “GAP'ta Soğuk Savaş”, <http://mehdiaga.sitemynet.com>.

⁴⁶ *Akşam Gazetesi*, 8.3.2004, s. 1,10; Ayrıca Genelkurmay Başkanlığı'nın Milli Güvenlik Siyaseti Belgesinde, Karadeniz bölgesine yönelik “Rum-Pontus” propagandasına engel olunması gerektiğini belirtmesi de (<http://www.hurriyetim.com.tr/anasayfa/0,,tarih~2005-04-27>) konumuz açısından kayda değer bir önemdedir.

⁴⁷ *Vatan Gazetesi*, 23.02.2004; <http://www.trt.net.tr/haber/22.1.2004>, 16.02.2004, 23.02.2004, 6.03.2004, 29.04.2005

⁴⁸ AMK, E. 1986/18, K. 1986/24, K. T. 9.10.1986; *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, S. 22, s. 259.

Bu nedenledir ki böyle büyük hayati önem ve hassasiyete sahip olan yabancılara taşınmaz edinimi olanağı tanınması konusunda; ülkemizin ekonomik, sosyal, siyasal, güvenlik ve coğrafik şartlarını göz önünde bulunduran yasal kısıtlamalara yer verilmesi zorunluluk arz etmektedir.

Ayrıca yabancılara toprak satışı yönünden yukarıda belirttiğimiz düşüncelere karşı tez olarak, toprak satışının ülke ve millet bölünmesine yol açmasını düşünmenin konuyu fazla abartmak olduğu, hükümetin toprak satışlarını miktar ve bölge olarak kontrolünde tutabileceği, ayrıca alıcıları kontrol etmek imkanını elinde bulundurduğu, satılan toprakların gerektiğinde kamulaştırılabileceği öne sürülebilir. Ancak ;

- Her şeyden önce konuyu sadece, Boğaz' da veya turistik yörelerde bir iki yazlık daire, ev veya yalı satışı olarak düşünmemek gerekir. Yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi, Türkiye'nin jeopolitik bakımdan dünyada son derece önemli bir konumda olması, dünyanın en duyarlı bölgelerine yakınlığı ve büyük devletlerin çıkar çatışmalarının kavşak noktasında bulunması geniş boyutlu bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Böyle bir çerçeve içerisinde konu ele alındığında, yabancılara taşınmaz mal edinimi, ülke ve millet bölünmezliği ve devletin geleceği açısından sakıncalar yaratması güçlü bir ihtimal dahilinde düşünülmesi gereken bir konudur.

Nitekim, İsrail devletinin, Filistin topraklarının para karşılığında satın alınması ve o zamanın siyasî şartlarının elverişli olması sonucunda kurulmuş olduğu tarihsel gerçeğinin unutulmaması gerekir. Bu dünyada tek örnektir; ancak aynı koşulların Türkiye açısından da ileride ortaya çıkmayacağını garantisini kimse veremez.⁴⁹ Özellikle Ermenilerin Türkiye'ye yönelik faaliyetlerinin ve toprak isteklerinin sürekli gündemde olduğu ve bu faaliyet ve isteklerin açık ya da kapalı biçimde kimi devletlerce de desteklendiği göz önüne alındığında, yabancılara taşınmaz mal edinimi konusu, bu yönleriyle gelecek açısından ülke ve millet bölünmezliğini sarsıcı sonuçlar doğurabilecek bir konudur. Türkiye'yi terörle bölmek gücünü kendilerinde şu an için bulamayanların, ülkenin köyler ve tarım alanları dahil her yerinden taşınmaz mal edinebilme imkanından yararlanarak ülkenin belirli bölgelerinde toprak satın almaları ve böylece bir devlet oluşturmak için gerekli maddi unsurların oluştuğunu iddia etmeleri daima olasılık dahilindedir. Bu nedenle yabancılara taşınmaz mal sahibi olarak köy, ilçe veya il oluşturacak şekilde

⁴⁹ Tarihte bir devletin, sahip olduğu kendine ait bir toprak parçasını başka bir devlete para karşılığı sattığı da görülmüştür. Nitekim 1.518.800 km² yüzölçümündeki Kuzey Amerika'nın Alaska bölgesi Ruslar'ın egemenliği altında iken, 1867 yılında imzalanan Washington Antlaşmasıyla 7.200.000 dolar karşılığında ABD'ye satılmış ve böylece söz konusu topraklar Rusların egemenliğinden çıkarak Amerika Birleşik Devletleri ülkesine katılmıştır.

yoğunlaşarak yerleşmeleri, yerel yönetimlerin güçlendirilmesi halinde de, ayrıca açıklanan yönde sakıncalar doğurabilecektir. Kaldı ki, toprak satın almak isteyen gerçek kişilerin gerçek milliyetini belirlemenin de her zaman mümkün olamayacağı açıktır.⁵⁰

Yabancılara satılan toprakların gerektiğinde bedeli ödenmek suretiyle kamulaştırma yoluyla geri alınabileceği savunulabilse bile, bunu gerçekleştirmek son derece zordur. Nitekim bir taşınmaz mal yabancı kişilere satıldıktan sonra, artık mülkiyet hakkı ortaya çıkar ve bu hakta devletler hukuku tarafından korunan haklardan olduğundan, bu hakkın kamulaştırma yoluyla kaldırılması ülkeler arası ilişkileri de bozacak boyutlara taşınabilir.

Bu durum E. 1986/18, K. 1986/24 sayılı Anayasa Mahkemesi kararında da; *"Satışın yabancı ülke uyruğundaki gerçek kişilere yapılması halinde satılan toprakların gerektiğinde geri alınabilmesi olanağının varlığına güvenilemez. Yabancıların her an kendi devletinin himayesinde olduğu dikkate alındığında böyle bir yola başvurmanın devletlerarası çetin sorunlara yol açması kaçınılmazdır."* şeklinde vurgulanmıştır.⁵¹

Ayrıca uluslararası hukuka göre kamulaştırma için bedelin tam olarak, rayiç değer üzerinden ve derhal ödenmesi esası geçerlidir. Bunu gerçekleştirmenin ülke ekonomileri için zorluğu aşikar olduğu gibi, gerçekleştirilebilse dahi bu kamulaştırmanın sadece yabancı uyruklular için geçerli olması durumunda konunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne götürülebileceği de unutulmamalıdır.

Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk ilişkisi ele alındığında, öğretide iki farklı görüşün savunulduğu görülmektedir. Düalist görüş taraftarlarına göre, bu iki hukuk düzeni birbirinden ayrı ve bağımsız ve fakat birbirine eş düzeydedir. Buna karşılık Monist görüş taraftarlarına göre her türlü hukuk normu birbirine bağlıdır ve uluslararası hukuk normları herhangi bir ulusal hukuk normuna dönüştürülmesine gerek olmaksızın iç hukuk parçasıdır. (Düalist görüş özellikle Almanya ve İtalya'da taraftar bulmuştur. Almanya'da Triepel, İtalya'da da Anzilotti bu görüşün savunucuları olarak tanınırlar. Buna karşılık Monist görüş, Avusturya'da Kelsen, Fransa'da da Scelle tarafından savunulmuştur.) Uluslararası hukuk *"devletlerin egemen*

⁵⁰ Nitekim, 1980'li yıllarda Türkiye'nin Doğu Anadolu bölgesini çok güzel bulduklarını belirterek, bu bölgede toprak satın almak suretiyle yerleşim yeri kurmak isteyen ABD vatandaşlarının, gerçekte Ermeni asıllı ABD vatandaşları oldukları ve farklı amaçlar doğrultusunda böyle bir talepleri olduğu anlaşılmış ve bu durum bu şekilde basın organlarında da açıklanmıştı.

⁵¹ AMK, E. 1986/18, K. 1986/24, K. T. 9.10.1986; *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, S. 22, s. 259.

eşitliği" üzerine kurulmuştur. Egemenlik uluslararası hukukta, devletler arası *"eşitlik"*, iç hukukta ise *"en yüksek otorite"* anlamına gelir. Oysa topluluk hukuku, bu hukuk düzenine taraf devletlerin *"egemen yetkilerinin kısmen devri"* olgusu üzerine kurulmuştur.⁵²

Uluslararası hukuk, sadece devletlerin çıkarı göz önüne alınarak hazırlanan bir devletler arası hukuk olmaktan çıkmış, bireylerin çıkarlarını da, üstün ve ortak değerler adına korumaya almaya başlamıştır. Böylece, uluslararası insan hakları hukukunun hükümleri, -hiçbir dış çıkara doğrudan dokunulmadığı halde- devletle kendi yurttaşları arasındaki ilişkilere uygulanabilir nitelik taşır hale gelmiştir. Bu nedenle, uluslararası hukuk, devletlere, yetki alanlarındaki insanlara karşı yükümlülükler yüklemiş ve insanlarda hem kendi millî makamları önünde, hem de uluslararası organlar önünde, bu belgelere dayanarak hak iddia edebilir duruma gelmişlerdir.⁵³

İnsanların uluslararası organlar önünde hak iddia etmesi ve bunun sonucunda da (gerçekte haklı olmasa da) hak sahibi olmasının en tipik örneği de Loizidou davasıdır. Nitekim Kıbrıs Rum Yönetimi'nin de dahil olduğu Loizidou davasında, 1974 sonrasında Türk tarafında kalan malı üzerinde mülkiyet haklarının kullanılmaması gerekçesiyle 22.07.1989 tarihinde açılan dava (15318/89) sonucunda AİHM'si 18.12.1996 tarihinde esasa ilişkin kararını, 28.07.1998 tarihinde de tazminat ödenmesine ilişkin kararını açıklamıştır. Bu Karar da, Türkiye mülkiyet hakkının kullanımı konusunda hak ihlali ile suçlanmış ve davacıya tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. Bu tazminatı da Türkiye 2.12.2003 tarihinde ödemiştir.⁵⁴

Bu da uluslararası hukukun önemini ve uluslararası hukukta da gücün önemini ortaya koymaktadır.

Ayrıca köy yerleşiminin ve tarım ekonomisinin hala önemli yer işgal ettiği ülkemizin (DİE verilerine göre 2000 yılı itibariyle toplam 67.803.927 olan nüfusumuzun 44.006.274'ü şehirlerde, 23.797.653'ü ise köylerde yaşamaktadır.)⁵⁵ sosyal ve ekonomik yapısı içerisinde karşılıklılık ilkesi olsa bile yabancılara, ülkemizin kendine özgü yapısını koruyan yasal sınırlamalara başvurmadan taşınmaz mal ediniminin tanınması; Gelir seviyesi yüksek zengin ülkeler karşısında, anayasal ve yasal her türlü ödevini (vergi

⁵² Haluk Günüşur, *Avrupa Topluluğu Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 1993, s. 2-3.

⁵³ Bilal Çalışkan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Özelliği", *Hukuk ve Demokrasi Dergisi*, Ocak 2004, Y. 1, S. 4, s. 50.

⁵⁴ Bu konuda bkz., Murat Sezginer, "Avrupa Birliği'ne Üyelik Süreci ve Türk Millî Siyasetinde Çöküşe Doğru", *Türk Hukuk Dergisi*, Türk Hukuk Enstitüsü yayını, Şubat 2004, s. 7-8.

⁵⁵ <http://www.die.gov.tr>.

ödemek, askerlik yapmak gibi) yerine getiren ülkemiz vatandaşları aleyhine bir durum yaratacaktır.

Avrupa Birliği ülkelerinin bile çoğunda tarım alanları gibi yerler yasal sınırlamalarla yabancıların taşınmaz mal ediniminin dışında tutulmuşken, tarım ekonomisinin hala geçerli olduğu ülkemizde bu tür yasal sınırlamalara gidilmemesi yukarıda belirtildiği gibi ülkemiz vatandaşlarının aleyhine fiyat artışı, haksız rekabet ve sonucunda da ülkemiz vatandaşlarının zarar görmesine yol açacaktır.

Nitekim gelir düzeyi yüksek zengin ülke vatandaşları (ki, özellikle ABD ve Fransa gibi ülkelerin en varlıklı kesimlerini ve etkin lobi faaliyetlerini gerçekleştiren vatandaşları Ermeni, İsrail ve Yunan asıllı kişilerdir ki,⁵⁶ bunların da Türkiye toprakları üzerindeki istek, çaba ve çalışmaları bilinmektedir)

⁵⁶ 1965'ten 2000'e kadar ABD'de Ermeni kuruluşlarında gözle görülür bir artış gerçekleşmiştir. Bu dönemde ABD'nin çeşitli eyaletlerinde yüzlerce örgüt kurulmuştur. Ayrıca her bir örgütün çeşitli şehirlerde, kasabalarda şubeleri açıldığı da hesaba katılırsa rakam oldukça büyüktür. Genel olarak 1887'den günümüze ABD'deki Ermeni kuruluşlarının sayısı kiliseler hariç 1046'nın üzerindedir. Buna 182 Ermeni kilisesini eklediğimizde sayı 1228'e ulaşır. Bu kuruluşlara şubeleri de eklenirse rakam daha da büyük olacaktır.

Bu kuruluşların hemen hepsinin amacı; ABD ve dünyanın diğer yerlerindeki Ermeni kimliğini, kültürel, tarihi vs. olarak korumanın yanında Türk düşmanlığı yapmaktır.

Amerika'daki Ermenilerin nüfusu hakkında değişik tahminler yapılmıştır. 1990'lı yıllardaki resmi kayıtlara göre 700.000 civarındadır. Bu gün 800.000 ile bir milyon civarında olduğu tahmin edilmektedir. Nüfusları ve Kongre'de temsilileri bakımından pek göz doldurucu bir sayıda olmasalar da, Türkiye'ye yönelik Amerikan politikasını çarpıtma imkanına sahip oldukları görüldüğünde, ABD politikasında dikkate değer bir Ermeni baskı grubu gücünün varlığı görülür.

Bu gün ABD'de faaliyet gösteren Ermeni Lobisi'nin üyeleri yukarıda rakamlarını verdiğimiz, Ermeni örgütleridir. Bu örgütler, 1984 yılında Amerika Ermeni Assemblesi (Armenian Assembly of America:) adıyla bir çatı altında toplanıp bir lobi kurumu olarak etkili bir çalışma yürütmeye başlamışlardır.

Ermeni Lobisi Kongre'de genel olarak üç tema üzerinde çalışmaktadır. Birincisi; Sözde Soykırımı Amerikan Senatosu'ndan çıkarmak. İkincisi; ABD'nin Ermenistan'a insani yardım programları, teknik yardım ve kalkınma yardımını sağlamak ve üçüncü olarak ta; Azerbaycan'a ve Türkiye'ye müeyyideler uygulanması.

Ermeni Lobisi öncelikle sözde soykırımı ABD senatosundan çıkararak adım adım diğer ülkelerin parlamentolarından da çıkmasını sağlamaya çalışmaktadır. Sözde soykırım hususunda Ermeni Lobisi;

a. Türk Devleti'ne "1915'de bir buçuk milyon Ermeni'nin soykırım sonucu öldürüldüğü" iddialarını kabul ettirmek.

b. Türk Devleti'ne özür diletmek ve tazminat ödetmek.

c. Doğu Anadolu'da "Ermeni toprakları!" veya "Batı Ermenistan!" diye iddia ettikleri bölümün kendilerine verilmesini sağlamak ve buralarda bağımsız bir Ermenistan devleti kurmak.

ülkemizde rahatlıkla taşınmaz edinebilecek güçtedirler. Ülkemiz kişilerinin ise bu ülkelerde taşınmaz edinebilmeleri veya farklı gaye taşımaları da zaten fiilen (ekonomik şartlara göre) mümkün bulunmamaktadır.

E. 1986/14, K. 1986/24 sayılı Anayasa Mahkemesi kararında da karşılıklılık ilkesi açıklanırken “Devletlerarası ilişkilerde karşılıklılık esası, devletlerin ülkeleri üzerindeki egemenlik haklarının doğal sonuçlarıdır. Devletlerin ilişkilerinde az ya da çok gelişmişlik, nüfus ve toprak büyüklüğü ve öbür niteliklerin nazara alınmaması, bunların birbirlerine eşit oldukları prensibine dayanır.” denilmek suretiyle⁵⁷ devletlerarasında karşılıklılık ilkesinin dayanağını oluşturan eşitlikten, gelişmişlik seviyesi, nüfus ve toprak büyüklüğü ve öbür nitelikler bakımından da eşit düzeyde olmanın anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır.

Yabancıların ülkemizde konut (daire veya müstakil ev) ve işyeri satın almalarında belki kısmen bir yarar olması olasıdır. Nitekim Antalya Ticaret ve Sanayi Odası Başkanı da “Kentte yüz bin satışa hazır daire var. Yirmi bin dolardan iki milyar dolar eder.” demiştir.⁵⁸ Bu gerçi bir kerelik gelir kaynağıdır. Fakat bu şekilde edinilen konut ve işyerlerinin, Türkiye’de yaşamak ve Türkiye ekonomik ve ticaret hayatına katılmak amacıyla kullanılması halinde belki kısmi de olsa bir ekonomik yarar görülebilir.

Ancak yabancıların yüksek ekonomik güçleri ile ülkemiz topraklarından edinecekleri alanlardan yarar ummak kısa vadeli değerlendirmelerden kaynaklanmaktadır ve bunun dışında ülkemiz açısından bir yarar görülememektedir. Zira kısa vadede yabancıların arazi edinimiyle ülkemize bir miktar döviz girmesi söz konusu ise de, bu ekonomiye çok cüz’i miktarda katkı getirecek, bir kerelik ve kısa vadede olumlu görünen bir faaliyet olacaktır.⁵⁹

(Şenol Kantarcı, “Ermeni Lobisi: ABD’de Ermeni Diasporası’nın Oluşması ve Lobi Faaliyetleri” *Ermeni Araştırmaları Dergisi*, S. 1, Avrasya Stratejik Araştırmalar Merkezi Ermeni Araştırmaları Enstitüsü (<http://www.eraren.org>).

Ayrıca Ermenilerin Fransa nezdindeki etkinlikleri de bilinmektedir. Fransa-Ermeni ilişkileri konusunda daha ayrıntılı bilgiye “Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü”nün internet sitesi “<http://www.devletarsivleri.gov.tr>” sitesinden ulaşmak mümkündür.

⁵⁷ AMK, E. 1986/18, K. 1986/24, K. T. 9.10.1986; *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, S. 22, s. 258.

⁵⁸ *Hürriyet Gazetesi*, 17.01.2004, s. 1, 23.

⁵⁹ E. 1986/18, K. 1986/24 sayılı Anayasa Mahkemesi kararında da “... toprak satışı suretiyle uluslararası ilişkilerde kimi devletlerin siyasi ve ekonomik desteğini kazanmak ve kendi olanaklarımızla gerçekleştirebileceğimiz konut sorununda önemsiz bir kaynak yaratmak maksadıyla ülke topraklarının karşılıklılık koşulu aranmadan yabancı ülkeler uyruğundaki gerçek kişilere satışına imkan veren 3278 sayılı Kanun’un 1 ve 2. maddelerinin 1. fıkraları bu noktadan da Anayasa’nın 2. maddesi

Oysa ülkemiz toprak reformları yoluyla köylüyü toprak sahibi yapmak ve bu yolla ekonomik ve sosyal (istihdam sağlanması, köylüyü kalkındırmak, köyden kente göçü önleme, şehir varoşlarını bu şekilde azaltma, gelişmiş modern yerleşim birimleri kurmak vb.) yararlar sağlamak gayretinde iken ve bu yolda Avrupa Birliği ülkelerinden de yardım almakta iken, tam bunun tersi sonuç doğuracak bir yasal uygulamayla karşı karşıya kalmaktadır.

Her şeyden önce ülkemizde henüz arazi kullanım planları bile mevcut değildir. Bu da tarım alanlarının tarım dışı kullanımına neden olarak fiilen tarım yapılan alanların azalmasına yol açmaktadır. Nitekim, ülkemizin toprak varlığı yetmiş yedi buçuk milyon hektar iken, tüm topraklarımızın tarıma elverişli kısmı yaklaşık yirmi yedi milyon hektar, diğer bir deyişle sadece %34'üdür.⁶⁰ Ayrıca 8.10.2002 tarih ve 2002/4810 sayılı 2003 yılı programında da "Arazi kullanım planlarının bulunmaması, tarım alanlarının tarım dışı kullanımındaki artış, mevcut arazilerin miras ve satış yoluyla bölünmesi; fiilen tarım yapılan alanların ve elde edilen verimin azalmasına neden olmakta ve mevcut haliyle yasal düzenleme gerektiren arazi toplulaştırma hizmetlerine olan ihtiyacı artırmaktadır." şeklinde belirtilmiştir.⁶¹ Oysa Türkiye Cumhuriyeti'nin tarım alanlarının da yabancıların edinimine açık tutulması, henüz arazi kullanım planı bile mevcut olmayan tarım alanlarının tarım dışı kullanımına ve bu da fiilen tarım yapılan alanların azalmasına yol açabilecektir.

Ayrıca tarım kesiminde yabancıların arazi edinmesinin, bu kesimde işgücü istihdamını arttırması veya sağlaması da beklenmemelidir. Zira bu tür eylemde bulunan yabancılar emek-yoğun yerine sermaye-yoğun (diğer bir deyişle teknoloji ağırlıklı) üretimi tercih etmektedirler. Bu durum, sanayileşmiş ülkelerde işgücünün çok küçük bir yüzdesinin tarım sektöründe istihdam edilmesinden de bellidir. Ancak ülkemiz gibi gelişmekte olan ülkelerde tarım sektöründeki istihdam fazladır ve bunların bir kısmı ücretli statüde olduğu gibi, önemli bir kısmı aile efradı şeklindedir. Ülkemizde toplam istihdam içinde tarımsal istihdamın payının %35,2 düzeylerinde olması ve bu kesimde çalışanların %52,2'sinin ücretsiz aile işçisi olması da bunu doğrulamaktadır.⁶²

karşısında başlangıç bölümünün dördüncü paragrafında yer alan ve Anayasa'nın yorumu ve uygulanmasında siyasal kadroların öznel değerlendirmelerini etkisiz bırakmak amacıyla getirildiği kuşkusuz olan temel ilkeye aykırı görüldüğü ..." vurgulanmıştır (AMKD, S. 22, s. 260).

⁶⁰ Meral Tecer, *Türkiye Ekonomisi*, TODAİE 2003 yayın no: 317, Ankara 2003, s. 3.

⁶¹ 2003 Yılı Programı, 8.10.2002 gün ve 2002/4810 sayılı 2003 Yılı Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair BKK eki, (RG, 15.03.2003 - 25049 Mükerrer, s. 245).

⁶² 2005 Yılı Programı, 15.10.2004 gün ve 2004/7978 sayılı 2005 Yılı Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair BKK eki, (RG, 31.10.2004 - 25629 Mükerrer, s. 158,159).

Bundan başka köyler ve tarım alanlarının yabancıların taşınmaz edinimine açık tutulmasının olumsuz sosyal tesirleri de söz konusudur. Nitekim tarım arazilerinin yabancılarca satın alınması sonucunda (yabancılar emek-yoğun yerine teknik üretim yapmakta ve belki de bu teknoloji ağırlıklı üretimde gerek duyulabilecek çok az sayıdaki insan gücünü de kendi ülkelerinden getireceklerdir) kırsal yörelerde yaşayan nüfusumuz işsiz kalacak ve şehirlere göç etmek zorunda kalacaklardır. Eğitim düzeyi düşük ve tarım dışındaki mesleki vasıflar yönünden nitelikli olmayan bu nüfus yapısı da büyük şehirlerin varoşlarını oluşturacak ve beraberinde bir çok sosyal, ekonomik sorunlar doğuracaktır.⁶³ Nitekim 2005 Yılı Programı'nda da, kırsal kesimden kente gelen düşük nitelikli işgücüne yeterli iş yaratılmadığı kabul edilmiştir.⁶⁴

Ayrıca yabancıların Türkiye topraklarında yapacakları üretimlerin ülkemize yarar sağlayacağı da kuşkuludur. Nitekim ülkemizin verimli topraklarında üretecekleri tarım ürünlerini Türkiye'de piyasaya sürmeyip (ya da pahalı şekilde piyasaya sürerek), doğrudan kendi ülkelerine de götürebileceklerdir. Bu durumda, ülkemiz vatandaşlarının pahalı tarım ürünleri tüketmesine (belki de ithal edilmek zorunda kalınacaktır) yol açacaktır ve bu da ülkemiz insanının refahını olumsuz etkileyecektir.

Türkiye'nin tarım alanlarının hiç bir yasal sınırlayıcı kuralla korunmadan yabancılar satılabilmesinin sakıncalı olabilecek yönleri, TMMOB Ziraat Mühendisleri Odası'nca da şu şekilde dile getirilmiştir: *"Yıllardır Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da toprak almak için fırsat kollayan yabancı kişi ve devletlerin Köy Yasası'nın 87. maddesinin kaldırılması sonucu, önlerinde hiç bir engel kalmaması nedeniyle emellerine ulaşacaklarını belirtmeye bile gerek yoktur. Bir toplumun yok ediliş öyküsünün belgesi olan Sev'i bilen ve yok sayılmasına karşı çıkanların 'paranoya' ile suçlandığı bir ortamda, Kurtuluş Savaşı'nın ülke ekonomisinin can damarını oluşturan kaynaklara yeniden sahip çıkma savaşı olduğu, Lozan Antlaşması'nın kazanılan zafere uluslararası düzende 'eşit konumda devlet' statüsü sağladığı unutulmamalıdır. Bu süreçte Kurtuluş Savaşı'nda karşı karşıya geldiğimiz, 1950'li yıllardan sonra 'müttefik' olduğumuz ABD'nin, Lozan Antlaşması'nı hala imzalamayarak Türkiye Cumhuriyeti'nin sınırlarını tanımadığı da bilinmelidir. Uyum süreci içerisinde olduğumuz Avrupa Birliği ülkelerinde, her isteyen yabancı getirilen kısıtlamalar nedeniyle, her istediği yerde, her istediği şekilde gayri menkul edinemez."*⁶⁵

⁶³ İç göçün yarattığı sorunlar, Milli Güvenlik Kurulu'nun 18.04.2005 tarihli basın bildirisinde de konu olmuştur. (<http://www.mgk.gov.tr/basinbildiri2005/18nisan2005.htm>)

⁶⁴ 2005 Yılı Programı, a.g.k., RG, 31.10.2004-25629 Mükerrer, s.158.

⁶⁵ <http://www.zmo.org.tr.>, "Yeniden Yapılanma Yasaları Ulusal Bağımsızlığımızı tehdit etmektedir", s. 5, 4.09.2003.

Bütün bu açıklamalar göstermektedir ki, ülkemiz özellikle tarım alanları yönünden yabancıların satın almasına, diğer bir deyişle yabancıların taşınmaz edinimine henüz hazır değildir ve ülkemizin bundan yarar değil, bilakis zararı söz konusudur. Kaldı ki tarım alanlarının yabancıların edinimine sunulması bir anda olacak bir gelişme değil, zaman isteyen bir olaydır. Nitekim Avrupa Birliği'ne 1 Mayıs 2004 tarihinde tam üye olan ülkelerin çoğu, tarım alanlarının Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin bile vatandaşlarının edinimine sunulmasında on sekiz yıla varan geçiş süreleri talep etmişlerdir.

Ayrıca yabancılarla köyler dahil olmak üzere taşınmaz ediniminin tanınması gerektiği düşünülse bile, 1934 yılında Türkiye Cumhuriyeti'nin nüfusunun on dört milyon civarında olduğu, bugün ise yetmiş milyon civarında olduğunu da göz ardı etmemek gerektiğini, bu nedenle günümüze kadar ki yasal düzenlemelerde yer verilen Bakanlar Kurulu izninde aranan yabancıların taşınmaz edinimindeki "otuz hektarlık" sınırlamaların günümüz gerçeklerine de uymadığını kabul etmek gerekmektedir. Günümüzde iş ve seyahat amaçlı ülkelerarası ilişkilerin arttığı, bunun neticesinde de bu amaçlarla taşınmaz mal edinim taleplerinin çoğaldığı, bunun için de her talepte Bakanlar Kurulu iznine başvurmanın gereksiz bir işlem olduğu ileri sürülebilirse de; otuz hektarlık bir sınırlamanın bu görüşü destekleyecek makul bir ölçü olmadığı ortadadır. İş, seyahat, yerleşme gibi masum gerekçelerle taşınmaz edinimlerinin otuz hektarlık (otuz dönümlük) bir miktara ulaşmayacağını kabul etmek gerekir. Nitekim bu amaçla yapılacak taşınmaz edinimlerinin bir veya birkaç dönümü aşamayacağı aşikardır. Bu nedenle küçük miktarlı edinimlerde Bakanlar Kurulu iznini aramamak gerektiği kabul edilse bile, bunun ölçüsünün otuz hektar (otuz dönüm) değil, bir dönüm veya il ya da ilçe merkezinde edinilen ikamet amaçlı konut olması gerektiğini düşünmek daha gerçekçi olacaktır.

Kaldı ki, yukarıda da belirtildiği gibi söz konusu olan sıradan bir kazanım değil, toprağa ilişkin bir kazanımdır. Dolayısıyla bu tür kazanımların yabancılar tarafından edinilmesinde Bakanlar Kurulu izninin aranmasından da daha doğal bir şey olmayacağı gibi, bunu bir bürokratik işlem veya zorluk olarak da değerlendirmemek gereklidir.

Ayrıca Avrupa Birliği'ne 1.05.2004 tarihinde üye olan ülkelerin tamamına da bu gayelerle taşınmaz mal ediniminde, kendi ulusal (ekonomik vs.) yapılarına göre çeşitli geçiş süreçleri tanındığı unutulmamalıdır. Nitekim söz konusu ülkelere taşınmaz mal ediniminde geçiş süreci tanınmasının bir sebebi de, ülkelerin tarım toplumu olması gibi nedenlerin yanında kişi başına düşen gelirdeki farklılıklar gibi ekonomik nedenlerdir. Gelir (ekonomik) seviyesin-

deki farklılıklar ise fiili karşılıklılık ilkesinin gerçekleşmesi yönünden önem arz etmektedir. Nitekim bu nedenledir ki, Kıbrıs konusunda hazırlanan ve önerilen Annan Planı'nda bile, birleşme halinde KKTC'nin kişi başına düşen milli gelir seviyesi Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin kişi başına düşen milli gelirinin %85'ine ulaşmaya kadar, Güney Kıbrıs'ın KKTC'de taşınmaz mal edinmeyeceği öngörülmüştü.⁶⁶

Yukarıdaki açıklamalarda da belirtildiği üzere ülkemizin ekonomik yapısı bellidir ve gelişmekte olan ülke ekonomisine sahiptir. Bu nedenle de kişi başına düşen milli gelir 4128 Amerikan Doları⁶⁷ gibi dünya ölçeğinde düşük düzeydedir. Buna karşılık Uluslararası Para Fonu (İMF)'nun Nisan 2005 tarihli "World Economic Outlook Database" verilerine göre 2004 yılında kişi başına düşen milli gelir Lüksembourg'ta 69929, Norveç'te 54521, İsviçre'de 49305, Danimarka'da 44929, İrlanda'da 44888, İzlanda'da 43576, ABD'de 39934, İsveç'te 38449, İngiltere'de 35460, Almanya'da 32695, Fransa'da 32663, İtalya'da 29219, İspanya'da 24144, Yunanistan'da 18722, İsrail'de 17695 Amerikan Doları seviyelerindedir. Ayrıca, ekonomimiz içinde tarım ekonomisinin de önemli bir ağırlığı vardır. Köylerde de hala önemli bir nüfus bulunmaktadır⁶⁸ ve bunların da en önemli gelir kaynağı tarımdır.

Oysa devletlerarası ilişkilerde geçerli olan vazgeçilmez ilke, Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi mütekabiliyet (karşılıklılık) koşuludur.

9.10.1986 günlü, E. 1986/18, K. 1986/24 sayılı Anayasa Mahkemesi kararında da "Türk yabancılar hukukunun genel ilkelerinden olan mütekabiliyet esası, öğretilde en az iki devlet arasında uygulanan ve her birinin ülkesinde diğerinin vatandaşlarına aynı mahiyetteki hakları karşılıklı tanımalarını ifade eden bir prensip olarak tarif ve izah olunmaktadır. Bu prensibe göre, bir yabancıyı Türkiye'de bir haktan yararlanabilmesi, Türklerin de o yabancıyı ülkesinde aynı tür ve nitelikte olanaklardan yararlanmasına bağlıdır. Karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esası andlaşma ile (ahdî veya siyasi) ya da kanunla (kanunî veya fiilî) olabilir. Hukukumuzda, kanunî karşılıklı muamele, yabancı gerçek kişilerin ülkemizde taşınmaz mal edinme ve miras hakları konusunda da aranmaktadır." denilmiştir.

⁶⁶ <http://www.milliyet.com.tr/2004/03/31>

⁶⁷ 2005 Yılı Programı, 2004 yılı için DİE-OECD-DPT kaynaklarına dayalı belirtilen değer, a.g.k., (RG, 31.10.2004-25629 Mükerrer, s. 18). Kaldı ki, bu rakam Türkiye'nin ortalaması olup, ülkemizdeki gelir dağılımının dengesizliğini ve kişi başına düşen milli gelirin Ankara, İstanbul, Kocaeli, Bursa gibi belli başlı 6-7 il dışındaki diğer illerimizde 1000 Amerikan Doları civarında olduğunu da unutmamak gerekmektedir.

⁶⁸ DİE verilerine göre 2000 yılı nüfus sayımı sonuçlarında toplam 67.803.927.- nüfusun 23.797.653'ü köylerde yaşamaktadır. (<http://www.die.gov.tr>.)

Buna göre yabancı gerçek kişilerin ülkemizde taşınmaz mal edinme ve miras hakları konusunda da karşılıklılık koşulunun aranması gerekmektedir.

Ayrıca, Anayasa'nın 43. maddesini de göz ardı etmemek gerekmektedir. Nitekim, Anayasa'nın 43. maddesinde "*Kıyıları, devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir.*" denilmektedir. Bu itibarla, yabancıların taşınmaz mal edinimine ilişkin düzenlemelerde bu hususlara da yer verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

Öte yandan yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin ülkemizde taşınmaz mal edinmelerinin ülkemiz ekonomisi açısından yarar ve gerekliliği de görülememektedir. Nitekim herhangi bir faaliyet (yatırım, üretim, istihdam gibi) şartı öngörülmeden, yabancı ticaret şirketlerine taşınmaz mal ediniminin tanınmasının ülkemiz ekonomisine herhangi bir fayda sağlaması da mümkün değildir. Diğer bir deyişle sadece taşınmaz mal satış gelirinün ülke ekonomisine kayda değer bir katkısı da söz konusu olamaz.

Nitekim yabancı sermayeye tanınan geniş teşvik tedbirlerine rağmen bile ülkemize gelen yabancı sermaye düşük kalmıştır.

Yabancı sermaye girişinin düşük gerçekleştiği TC Başbakanı'nın "*Doğrudan Yabancı Yatırımlar ve Türkiye'nin Ekonomik Kalkınması*" konulu CSIS (Center for Strategic and International Studies) Konferansı'nda yaptığı konuşmada da "*1995-2000 döneminde ülkeye gelen doğrudan yabancı sermaye yatırımlar yılda ortalama 750 milyon Dolar seviyesinde, yani milli gelirin %05'i olarak gerçekleşmiştir.*" şeklinde dile getirilmiştir.⁶⁹ Ayrıca Hazine Müsteşarlığı verilerine göre ülkemize fiili yabancı sermaye girişi en yüksek değere 3.288 milyon ABD doları ile 2001 yılında ulaşmıştır. 2003 yılında bu değer 1.570 milyon ABD doları, 2004 yılının Ocak-Ağustos döneminde de (taşınmaz mal satışı dahil) 1.975 milyon ABD doları olarak gerçekleşmiştir.⁷⁰ Yabancıların taşınmaz mal edinimleri ile ilgili olarak, 3.07.2003 günlü - 4916 sayılı Yasa ile Köy Kanunu'nun 87. maddesinin yürürlükten kaldırılması ve Tapu Kanunu'nun 36. maddesinin kaldırılarak, 35. maddesinin yeniden düzenlenmesi çerçevesinde ülkemizin (2565 sayılı Yasa kapsamı dışında) tüm topraklarının yabancıların taşınmaz mal edinimine serbest olması ve 5.06.2003 günlü - 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi de fiili yabancı sermaye girişini 2001 yılı seviyelerine ulaştıramamıştır. Dolayısıyla, sadece taşınmaz mal satışı yoluyla ülke ekonomisini kalkındıracak veya canlandıracak düzeyde bir ekonomik yarar umulmamalıdır.

⁶⁹ <http://www.mfa.gov.tr> (Dışişleri Bakanlığı İnternet Sitesi).

⁷⁰ 2005 Yılı Programı, *a.g.k.*, RG, 31.10.2004-25629 Mükerrer, s. 36, 37.

Kaldı ki yabancı özel hukuk tüzel kişilerinin ülkemizde yatırım amaçlı taşınmaz mal edinmeleri yasal düzenlemelere uymak şartıyla zaten mümkündür. Nitekim 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ve 6326 sayılı Petrol Kanunu'na göre yabancı özel hukuk tüzel kişileri yatırım ve işletme sahası amaçlarıyla taşınmaz mal edinebilmektedirler.

Bu nedenle yatırımlar yoluyla ülkemiz ekonomisi yararına özel hukuk tüzel kişilerine ülkemizde taşınmaz mal edinebilme imkanı zaten tanınmış olduğundan, hiç bir faaliyet (yatırım, üretim, istihdam, işletme gibi) koşulu aranmadan yabancı özel hukuk tüzel kişilerine amaçsızca taşınmaz mal satışı öngörmede ekonomik, sosyal ve siyasal hiç bir yarar bulunmamaktadır.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin E. 1984/14, K. 1985/7 sayılı kararında da konuyla ilgili olarak; "12.03.1982 tarihli, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 7/3/1954 tarihli 6326 sayılı Petrol Kanunu ve 5/4/1973 tarihli ve 1702 sayılı Petrol Reformu Kanunu'nda, bazı koşullarla yabancı şirketlere sınırlı olarak mülk edinme imkanı sağlanmak suretiyle yabancı tüzel kişilere ülkede taşınmaz mal edinme imkanı vermemiş olan 16 Şubat 1328 (1913) tarihli Eşhası Hükmeyenin Emvöali Gayri Menkuleye Tasarruflarına Dair Kanunu muvakkat esaslarına bazı istisnalar getirilmiştir. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ikamet ve ticaret anlaşmalarında müteakabiliyet ya da en ziyade müsaadeye mazhar millet esaslarından hareketle akit taraf tabiiyetindeki şirketlerin birbirlerinin ülkesinde karşılıklı olarak tanınacağı ve bunların taşınmaz mal edinme haklarına sahip olacakları kabul edilmiştir. Ancak bu hak; bulunduğu ülke mevzuatına uyulması, şirketin faaliyeti için taşınmaz edinilmesinin zaruri olması ve taşınmaz edinmenin şirketin gayesini oluşturmaması kaydı ile işlerlik kazanabilmektedir." ifadeleri yer almıştır.

Buna göre dahi taşınmaz mal ediniminin tanınmasında, bulunduğu ülke mevzuatına uyulması, şirketin faaliyeti için taşınmaz ediniminin zorunluluk arz etmesi ve taşınmaz edinmenin şirketin gayesini oluşturması gibi koşullardan söz edilmektedir.

IV. SONUÇ

Mülkiyet hakkı temel hak ve özgürlüklerden olduğu halde, yabancıların taşınmaz mal edinimleri bu nitelikte değildir. Bu nedenledir ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinin koruması Monica Carss-Frisk'in de belirttiği gibi ancak ilgili mülk üzerinde bir hak iddia etmek mümkün olduğunda geçerlidir ve dolayısıyla bu madde mülk edinebilmeyi koruma altına almadığı gibi, gelecekte mülk edinme ile ilgili

bir teminatta içermemektedir. Kaldı ki, anılan madde yabancı kişilerin mülkiyet haklarının kısıtlanabilmesini de düzenlemektedir.

Mülkiyet hakkı çatısı altına girmeyen yabancıların taşınmaz mal edinebilmesi konusu ise, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne girme gayretleri sürecinde Türkiye'nin önüne sermayenin serbest dolaşımı çatısı altında, Türkiye'nin topraklarının neredeyse sınırsız şekilde (AB ülkelerinin tersine) yabancı kişilerin edinimine açılması yönünde değerlendirmelerle sunulmaya çalışılmıştır. Ancak, 18.07.2004'te kabul edilip, 29.10.2004'te imzalanan ve Avrupa Birliği ülkeleri için 1.11.2006 tarihinde yürürlüğe girecek olan ve Avrupa Birliği Anayasa'sı olarak nitelendirilen "*Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma*"da, yabancıların taşınmaz mal edinimine ilişkin açık bir kurala yer verilmediği gibi, mülkiyet hakkının ve hatta ondan daha önde gelen "*kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımının*" dahi (Antlaşma'nın madde II-77 ve madde III-133'te de öngörülen nedenlerle) kısıtlanabileceği kabul edilmiştir. Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma'nın (diğer bir deyişle AB Anayasası'nın) madde I-5 kuralı da Birliğin, üye devletlerin ülkelerinin toprak bütünlüğünün garanti altına alınması ile hukuk ve düzenin korunması ve iç güvenliğin sağlanmasını da içeren temel ülke işlevine saygı göstereceği vurgulanmıştır.

Bu kurallar, Avrupa Birliği Hukuku yönünden, yabancıların taşınmaz mal edinimlerinin kısıtlanabileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Kaldı ki Avrupa Birliği ülkelerinin büyük çoğunluğunda da, yabancı kişilerin taşınmaz mal edinebilmeleri, ülkelerin kendine özgü özelliklerine göre çeşitli şekillerde sınırlandırılmıştır. Diğer bir deyişle, yabancılarla ilgili düzenlemeler ulusal kurallarla yapılmakta ve uluslararası hukuk yabancılarla ilgili konularda doğrudan ulusların işine girmemektedir. Dolayısıyla Avrupa Birliği ülkelerinde yabancı kişinin taşınmaz mal edinimi konusunda çeşitli şekillerde yapılan (ülkeden ülkeye değişen) yasal sınırlamalar çerçevesinde yabancıların taşınmaz mal edinebilmelerini öngören sistem uygulanmaktadır.

TC Anayasası'nın 35. maddesi mülkiyet hakkını düzenlemekle beraber, 16. maddesi temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak Kanun'la sınırlanabileceğini öngörmüştür.

Yabancıların taşınmaz mal edinebilmesinin ülkemiz açısından önem arz eden boyutu da dikkate alındığında, yabancıların taşınmaz mal edinebilmesinin ülkemizin ekonomik, sosyal, siyasi, coğrafik, kamu yararı, kamu emniyeti ve ülke güvenliği kriterleri göz önünde bulundurulmak suretiyle yasal olarak yapılmasının önemi açıktır. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi'nin 14.03.2005 tarihli (K. 2005/14) kararında özetle, hukuk devletinin işlevlerinin

yaşama geçirilebilmesi için, ülkenin bütünlüğü, güvenliği, coğrafi özellikleri, stratejik konumu ve öncelikleri gözetilerek yabancıların alacağı taşınmazın yeri, arazi, arsa veya bina olmasının getireceği farklılıklar ile satın almanın amacı, koşulları ve devirde uyulacak usul ve esaslar gibi hususların yasada belirtilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Açıklanan nedenlerle, yabancıların taşınmaz mal edinebilmelerinin, “bağımsız bölüm” ve “bina meskenli arsa/arazi” şeklinde olması, sadece “arsa/arazi” şeklinde olmaması, ayrıca her halükarda bu edinimin belediye sınırları içinde ve buraya kadar anlatılan kriter ve değerlendirmeler gö zönünde bulundurulmak suretiyle yapılması, konunun mahzurlu yönlerini ortadan kaldıracak ve sık sık öne sürülen yabancı sermaye girişinin asıl bu şekilde daha yüksek miktarda ve ülkemiz çıkarlarına uygun şekilde gelmesi sağlanabilecektir.

Ülkemizde yabancıların hiçbir sınırlama olmadan (veya yeterli sınırlama olmadan) taşınmaz mal edinmeleri mümkün değildir. Konu, ancak yukarıda izah etmeye çalıştığımız esaslar çerçevesinde yasal olarak düzenlendiği takdirde, TC Anayasası’na, Anayasa Mahkemesi’nin bu yöndeki kararlarına ve bu Avrupa Birliği Hukuku’na (AB Anayasası ve AİHS’ne) uygun olacağını düşünmekteyiz.

MAAŞ VE ÜCRETLERİN HACZİNE İLİŞKİN SORUNLAR

Av. Saffet CAN*

*"Devil lies in details"*¹

Devlet İstatistik Enstitüsü'nün (DİE'nin), son tespitlerine göre; Türkiye'deki kayıt dışı çalışanların toplam çalışan içindeki payının bu yılın üçüncü çeyreğinde %55,4 ile zirveye çıktığı ve kayıt dışı istihdamın on iki milyon 675 bine ulaştığı bilinmektedir.² Ülkemizin karşı karşıya kaldığı bu gerçek karşısında kayıt dışı çalışan işçi ücretlerinin haczinde önemli sorunlarla karşılaşmak kaçınılmazdır.

İcra ve İflas Kanunu (İİK) birçok kez değişikliğe uğramış, son olarak da 17.07.2003 tarih ve 4949 sayılı Kanun'la³ önemli ölçüde değiştirilmiş ancak maaş ve ücretlerin haczine ilişkin maddeleri hiç değişmeden günümüze kadar gelmiştir. İİK'nin kabul tarihi olan 9 Haziran 1932'de bir sorun olmadığı anlaşılan kayıt dışı istihdam günümüzün, DİE'nin verilerinden de anlaşılacağı üzere önemli bir sorunu olmuştur.

MAAŞ VE ÜCRETLERİN HACZİNDE USUL

İcra ve İflas Kanunu

Madde 355 – Devlet işlerinde veya hususi müesseselerde bulunan borçlu memur veya müstahdemlerin maaş ve ücretlerinden kesilmesi için icra dairelerinden yapılacak tebligatın kanuni muhatapları haczin icra edildiğini ve borçlunun maaş ve ücreti miktarını nihayet bir hafta içinde bildirmeğe ve borç bitinceye kadar icra dairesinin tebligatı mucibince haczolunan miktarı tevkif edip hemen daireye göndermeğe mecburdurlar.

* İstanbul Barosu üyesi.

¹ Türkçesi: Şeytan ayrıntılardadır.

² Şükrü Kızılot, "Kaçak İşçi Niçin Artıyor", *Hürriyet*, 18.12.2004.

³ İİK, en son olarak 12.02.2004 tarih ve 5092 sayılı Kanun'la değişikliğe uğramıştır.

Memurun maaş, ücret veya memuriyetinde yahut başka bir şubeden maaş almayı mucip olacak surette vuku bulacak tebeddülleri ve hizmetine nihayet verildiği takdirde bu keyfiyeti de mal memuru veya daire amiri yahut hususi müesseselerin kanuni muhatapları derhal icra dairesine bildirmeğe ve ikinci halde haciz muamelesinden o şube veya amirini haberdar etmeğe mecburdur.

Madde 356 – Yukarıdaki madde hükümlerine riayet etmemiş olanların kesmedikleri veya ilk vasıta ile göndermedikleri para ayrıca mahkemen hüküm alınmasına hacet kalmaksızın icra dairesince maaşlarından veya sair mallarından alınır.

Bunların borçluya kanun hükümleri dairesinde rücu hakları vardır.

Yukarıdaki madde hükümlerine riayet etmeyen herhangi bir memur veya amir hakkında istenecek malumatın icra dairesine hemen verilmesi bunların mensup olduğu dairenin vazifesidir.

Cumhuriyet Savcılığı'nca Takip

Madde 357 – İcra dairesince Kanun'a göre yapılan tebliğ ve emirleri derhal yapmağa ve neticesini geciktirmeksizin icra dairesine bildirmeğe alakadarlar mecburdur. Makul sebep haricinde tebliğ ve emirleri yapmayanlar hakkında ait olduğu dairece tahkikatı evveliyeye hacet kalmaksızın Cumhuriyet Savcılığı'nca doğrudan doğruya takibat yapılır.

Uygulamada, alacaklının istemi üzerine İcra Müdürlüğü üçüncü kişiye; alacaklının, varsa vekilinin, borçlunun her birinin adını, soyadını, borçlunun iş yerindeki görevini ve borcun miktarını belirtir. Bu bilgilerin yanı sıra:

“Yukarıda kayıt edilen alacağın tahsili için borçlunun almakta olduğu maaş veya ücretinin ¼'ünün hazine karar verilmiştir.

Karar kapsamında ve İİK'nin 355. maddesi gereğince haczin icra edilip edilmediğinin ve borçlunun almakta olduğu maaş veya ücret miktarının bir hafta içinde bildirilmesi ve borç bitinceye kadar tebligat gereğince haciz olunan miktarın kesilip gönderilmesi, borçlunun maaş veya ücretinde veya memuriyetinde yahut başka bir yerden maaş almayı gerektiren değişiklik olduğu ve hizmetine son verildiği takdirde derhal bildirilmesi, bu madde hükmüne uyulmadığı veya kesilen paralar gönderilmediği takdirde aynı Kanun'un 356. maddesi gereğince bu paraların maaşınızdan veya sair mallarınızdan alınacağı ve ayrıca İİK 357. madde gereğince cezai takibat yapılacağı bilinmesi rica olunur.” biçiminde bir ihbarname gönderir. Bu ihbarnameye karşı:

A. Gerçeğe Aykırı Bildirimde Cezai Sorumluluk

Gerçeğe aykırı bildirimde bulunan kimse İİK 338/I kuralına göre: "... alacaklının şikayeti üzerine icra mahkemesi tarafından bir aydan altı aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılır." (Bu arada avukatların da İİK 345. madde⁴ gereği cezai sorumluluğu olabileceği unutulmamalıdır.) Her ne kadar, kamu görevlisinin bu kanuna göre gerçeğe aykırı bildirim, görevini kötüye kullanma suçu olarak düşünülebilirse de 7126 sayılı Yasa gereği özel yasalarda özel haller için ayrı hükümler yer alıyorsa onlar uygulanır.⁵ Başka bir anlatımla, gerçeğe aykırı bildirimde bulunan her kim ise o İİK 338/I maddesinin özel kuralına göre yargılanmalı, bu madde uyarısı da İcra Müdürlüğü'nün bu konudaki ihbarnamesinde yer almalıdır. (İİK Yönetmeliği 17. maddesinde sayılan kullanılması zorunlu basılı kağıtlar arasında yer almadığından İcra Müdürlüğü'nce bu konuda gönderilen ihbarnameler tek biçim (standart, İng. standard) değildir.)

B. Gerçeğe Aykırı Bildirimde Hukuki Sorumluluk

İcra Müdürlüğü'nün yukarıda örneği verilen ihbarnamesine karşı bildirimde bulunmaya yetkili kişi: "*Şirketimiz kayıtlarında dosyanız borçlusunun adına rastlanmamıştır. Dosyanız borçlusu şirketimizde çalışmadığı gibi bu kişinin şirketimizde hiçbir hakkı ve alacağı bulunmamaktadır. Bu nedenle "haciz ihbarnamenize süresinde itiraz ediyoruz."* biçiminde yazılmış bir dilekçeyle İİK 355. maddesi gereği konmuş olan haczi etkisiz duruma düşürebilmektedir.

Öncelikle "*takip*" hukukunun bir sorunu olan bu durum karşısında iyi niyetli alacaklının, üçüncü kişinin verdiği bu yanıtın gerçek olmadığını hangi kurallara göre ve hangi mahkemede ispat edeceğine ilişkin olarak maaş ve ücretlerin haczini düzenleyen İİK maddeleri kapsamında başvuruacağı herhangi bir kural bulunmamaktadır.

Benzer durumu düzenleyen İİK 89. maddesinin 3. fıkrasında üçüncü kişinin, 4. fıkrasında alacaklının dava hakkı ve koşulları verilmiş, son fıkrasında ise bu madde hükmünün gerçeğe aykırı bildirimde (hakikate muhalif beyanda) bulunan memurlar hakkında da uygulanacağı açıkça belirtilmiştir.

⁴ Hükmi şahısların muamelelerinden kimlerin ceza göreceği

Madde 345 - Bu Kanun'da yazılı suçlar, hükmi bir şahsın idare veya muamelelerini ifa sırasında işlenmiş ise ceza o hükmi şahsın ... vekillerinden ... fiili yapmış olan hakkında uygulanır.

⁵ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 257. maddesinin, "Kanun'da suç olarak tanımlanan haller dışında ..." biçimindeki anlatımından da bu sonuca ulaşabiliriz.

İcra ve İflas Kanunu kurallarının her birinin özel durumları düzenleyen özel kurallar olmaları nedeniyle uygulanma koşullarını da birbirinden ayrı tutmak gerekir. Bu bağlamda olarak, özel kuralların örnekseme yoluyla uygulanmasının hukuk biliminin ilkeleriyle de bağdaşmayacağı için İİK 89. madde kurallarının maaş ve ücretlerin haczinde de uygulanabileceği savunulamaz.

Kanımca, İcra Müdürlüğü'nün bu konudaki ihbarnamesi karşısında gerçeğe aykırı bildirimde bulunan üçüncü kişiye karşı 'itirazın iptali' niteliğinde bir dava açılmalı, bu dava sonunda alacaklı haklı çıkarsa, gerçeğe aykırı bildirim yapılmıyaydı hangi hakları alacak idiyse yasada verilmiş olan o hakları elde etmeli. Bu sonuca, Türk Medeni Kanunu 1. maddesinin 2. fıkrasında verilmiş olan yetkiyi kullanma başarısı gösteren hâkim ile ulaşabilirsek de bu denli başarılı hâkimi bulmak her zaman olası değildir. Ayrıca, günümüz Türk hukukunda da geçerli olan Roma hukukunun bu özlü sözünde belirtildiği gibi "*Malitiis non est indulgendum.*"⁶ Bu nedenle hem kötü niyetlileri engellemek hem de İİK'nın dizgesel (Fr. systématique) özgünlüğüne uygunluk bakımından, bu davayı kaybeden üçüncü kişilere alacağın yüzde kırkıdan aşığı olmamak üzere bir tazminat yükletilmelidir.

SONUÇ

Hiç değişmeden günümüze kadar gelmiş İİK'nın maaş ve ücretlerin haczini düzenleyen bu kurallarının, özellikle kaçak işçi çalıştırmanın (kayıt dışı istihdamın) aşırı boyutlara ulaşması karşısında yeni bir yasayla günümüz koşullarına uyarlanması gereği ortaya çıkmaktadır

⁶ Türkçesi: Kötü niyet korunmaz.

5358 SAYILI ve 31.05.2005 TARİHLİ “İCRA VE İFLAS KANUNU’NDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN”UN GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Av. Talih UYAR*

Daha önce 4949 sayılı 17.07.2003 tarihli,¹ 5092 sayılı 12.02.2004 tarihli² ve 5311 sayılı 2.03.2005 tarihli Kanunlarla İcra ve İflas Kanunu’nun çeşitli maddelerinde değişiklik yapıldıktan sonra, son kez 31.05.2005 tarihinde 5358 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu’nun “*Cezai Hükümler*” başlığını taşıyan “*On Altıncı Bab*”ında yer alan 331, 332, 333, 333a, 334, 336, 337, 337a, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345a, 345b, 346, 347, 348, 353 ve 354. maddelerinde değişiklik yapılmış, ayrıca kanunun 334a, 336a, 352a ve 352b maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

5358 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu’nun belirtilen maddelerinde aşağıdaki değişiklikler yapılmıştır:

I. Kanun’un 331. Maddesinde Yapılan Değişiklikle;

• “*Alacaklısını zarara sokmak kastıyla mevcudunu eksiltme*” suçunun düzenlendiği 331. maddenin 1. fıkrasındaki “*aciz belgesi istihsal edildiği veya alacaklı alacağını istifa edemediğini*” ibaresi fıkraya açıklık getirmek amacıyla “*aciz belgesi aldığı veya alacaklı alacağını alamadığını*” şeklinde değiştirilmiştir.

• Maddede ayrıca, cezaların caydırıcılığını sağlamak amacıyla, 4949 sayılı Kanun ile maddede öngörülen cezalar arttırılmıştı. 5358 sayılı Kanun

* İzmir Barosu üyesi.

¹ Bkz., Uyar, T., “4949 sayılı ve 17.7.2003 tarihli ‘İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Getirdiği Yenilikler” (*Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Kasım/Aralık-2003, s. 159-221).

² Bkz., Uyar, T., “5092 Sayılı ve 12.2.2004 Tarihli ‘İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Getirdiği Yenilikler” (*Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Temmuz/Ağustos-2004, s. 255-265).

ile yapılan son değişiklik ile; maddenin 1. fıkrasında öngörülen ceza miktarı “altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası” ve maddenin 4. fıkrasında yer alan ceza miktarı da “iki yıldan dört yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası” şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

İcra mahkemesince; bu suç için maddede öngörülen “altı aydan üç yıla kadar hapis” cezasının asgari haddine hükmedilmişse veya ceza takdire artırılarak en fazla “bir yıl” olarak belirlenmişse, belirlenen bu ceza TCK 49/II’ye göre kısa süreli hapis cezası sayılacağından, mahkeme hükmettiği bu kısa süreli hapis cezasını TCK 50/I’e göre “seçenek yaptırımlar”dan birine -suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özeliğe göre- çevirebilecektir. Örneğin; hükmettiği “bir yıl veya daha az süreli hapis cezası”nı, “adli para cezası”na çevirebilecektir. Ancak; mahkemece takdiren “bir yıldan daha fazla -en fazla üç yıl- hapis cezası”na hükmedilmişse, bu ceza “kısa süreli hapis cezası” sayılmayacağından TCK 49/II kapsamına girmeyecek ve TCK 50/I’de öngörülen seçenek yaptırımlardan birisine çevrilemeyecektir ... Ayrıca belirtelim ki mahkemece, İİK 330/I’de öngörülen “altı aydan üç yıla kadar hapis cezası”ndan, eğer “iki yıl veya daha az süre ile” hapis cezasına hükmedilirse, bu cezasının TCK 51/1 çerçevesinde ertelenmesi mümkün olabilecek, buna karşın mahkemece “iki yıldan daha fazla hapis cezasına” hükmedilirse, o zaman hükmedilecek bu cezanın ertelenmesi mümkün olmayacaktır.

Mahkemece ayrıca hapis cezası yanında -TCK 52 çerçevesinde- “bin güne kadar adli para cezası”na hükmedilecek ve -yeni TCK adli para cezalarında ertelenmeyi kabul etmediği için- hükmedilecek bu adli para cezasının ertelenmesi mümkün olmayacaktır ...

- 4949 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle; maddenin 1. fıkrasıyla, “1. fıkrada yazılı suçların iflas takibinden veya iflas talebinden önce işlenmesi” suç haline getirilmiş, böylece külli icra takibinde borçlu tarafından alacaklıların alacaklarına kavuşmasını engelleyici, alacakların tahsilini geciktirici fiiller madde kapsamına alınmıştır. Bu suçun işlenmiş sayılabilmesi için, 1. fıkrada yazılı unsurların gerçekleşmesi aranacaktır.

- 4949 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle; maddenin 3. fıkrası kapsamına “iflasın ertelenmesi talebinden önceki ve iflasın ertelenmesi süresinden sonraki” fiiller ile “konkordato mühleti talebinden sonraki” fiiller de dahil edilmek suretiyle, konkordatoda; alacaklıların haklarının cezai hükümlerle teminat altına alınması amaçlanmıştır.

- 5358 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle; maddenin 4. fıkrasında “iki yıldan dört yıla kadar hapis” şeklinde yer alan -4949 sayılı Kanun ile bu duruma getirilmiş olan- ceza miktarı aynen korunurken, -yine 4949 sayılı

Kanun ile- maddeye eklenmiş olan ağır para cezası “bin güne kadar adli para cezası”na çevrilmiştir. Mahkemece -TCK 52 çerçevesinde- “hükmedilecek bu para cezası”nın -yeni TCK adli para cezalarında ertelenmeyi kabul etmediği için- ertelenmesi mümkün olmayacaktır ...

- 5358 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sırasında daha önce maddenin 5. fıkrasında yer alan “zararın miktarına göre Türk Ceza Kanunu’nun 522. maddesi hükümleri dahi uygulanır” şeklindeki hüküm ile yine maddenin son fıkrasında yer alan “borçlu lehine bilerek yardımda bulunanlar ile bu maddede yazılı füllere iştirak edenler de asli fail gibi cezalandırılırlar” şeklindeki hüküm madde metninden çıkarılmıştır ...

II. Kanun’un 332. Maddesinde Yapılan Değişiklik ile;

Maddenin 1. fıkrasında öngörülen “on beş günden altı aya kadar hafif hapis cezası”, 5358 sayılı Kanun’la “on beş günden altı aya kadar hapis cezası” olarak değiştirilmiştir. İcra mahkemesince hükmedilecek olan ve maddede yer alan bu yeni ceza, TCK 49/2’ye göre “kısa süreli hapis cezası” olduğundan TCK 50/I çerçevesinde “seçenek yaptırımlar”dan birine çevrilebileceği gibi, TCK 51/1’e göre de ertelenebilecektir.

III. Kanun’un 333. Maddesinde Yapılan Değişiklik ile;

- 5358 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle; maddenin 1. fıkrasındaki hapis cezasının üst sınırı iki yıla indirilmiştir.

İcra mahkemesince “bir yıl veya daha az süreli hapis cezası”na hükmedilirse, bu ceza, kısa süreli hapis cezası niteliğinde olacağından, TCK 50/1 uyarınca “seçenek yaptırımlar”dan birine çevrilebileceği gibi, TCK 51/1’e göre de ertelenebilecektir. Buna karşın mahkemece, “bir yıldan daha fazla hapis cezası”na hükmedilirse, bu ceza TCK 50/1’de öngörülen “seçenek yaptırımlardan birisine” çevrilemeyecek, sadece TCK 51’e göre ertelenebilecektir.

- Maddenin 1. fıkrasındaki “menfaat vaat ettirilmesi” ibaresi metinden çıkarılmıştır.

- Maddenin 3. fıkrasının metni de 4237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun sistematığına uygun olarak yeniden formüle edilmiştir.

IV. Kanun’un 333. Maddesinden Sonra Gelmek Üzere 4949 Sayılı Kanun ile- Eklenen Yeni 333a Maddesi ile;

“Ticari işletmede yöneticinin sorumluluğu” düzenlenmiştir.

- Burada *“bir ticari işletmede hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip bulunan kişilerin alacaklıları kasten zarara sokmaları”* suç haline getirilmektedir. *“Alacaklıları zarara sokmak”*tan maksat, *“ticari işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödememek”*tir.

- Fiilin cezalandırılabilmesi için; faalin kastının buna yönelik olması şarttır. Hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip bulunmayanların bu suçu işlemeleri olanaksızdır. *“Bir ticari işletmede kimlerin hukuken yönetim yetkisine sahip olacağı”* ticaret hukuku mevzuatında gösterilmiştir. Ancak, zaman zaman bazı kişilerin bu yetkiyi fiilen kullanabildikleri durumlar vardır. Bazen; bu, hukuken yönetim yetkisine sahip bulunanların rızasıyla olabilmesine karşın, bazı durumlarda zor kullanılarak da olabilmektedir. İşte, bu kişilerin ticari işletme adına yaptıkları işlem veya eylemlerle alacaklıları kasten zarara sokmaları suç haline getirilerek, alacaklıların haklarına önemli bir koruma getirilmiştir.

- Ticari ceza hukukunun en temel prensiplerinden biri, ekonomik suça ekonomik yaptırımların uygulanmasıdır. Hürriyeti bağlayıcı ceza, istisnai bir yaptırım olarak uygulanabilir. Burada bu prensibe riayet edilmiş, hürriyeti bağlayıcı ceza sınırlı tutulmuştur. 4949 sayılı Kanun ile öngörülmüş olan *“altı aydan iki yıla kadar hapis cezası”* 5358 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sırasında aynen korunmuş ve daha önce 4949 sayılı Kanun ile öngörülmüş olan dört milyar liradan dört yüz milyar liraya kadar ağır para cezası, *“beş bin güne kadar adli para cezası”* olarak yeniden düzenlenmiştir.

İcra mahkemesince, *“bir yıl veya daha az süreli hapis cezası”*na hükmedilirse, bu ceza -TCK 49/2 uyarınca- *“kısa süreli hapis cezası”* niteliğini taşıyacağından, TCK 50/1 uyarınca *“seçenek yaptırımlar”* dan birine çevrilebileceği gibi ayrıca TCK 51/1 uyarınca da hükmedilecek ceza ertelenebilecektir. Buna karşın mahkemece, bir yıldan daha fazla süreli hapis cezasına hükmedilirse, bu ceza TCK 50/1 uyarınca *“seçenek yaptırımlardan”* birine çevrilemeyecek, sadece TCK 51/1 uyarınca ertelenebilecektir.

Mahkemece ayrıca hükmedilecek *“beş bin güne kadar adli para cezası”* ise -yeni TCK adli para cezalarında ertelenmeyi kabul etmediği için- ertelenemeyecektir.

- Suçun taksirle, yani tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta ace-milik, nizamnamelere, emirlere ve talimata aykırılık yapılarak işlenmesi mümkündür. Bu durumda faile sadece adli para cezası öngörülmüştür. Az önce de belirttiğimiz gibi; -yeni TCK adli para cezalarında ertelenmeyi kabul etmediği için- hükmedilecek *“adli para cezası”*nın ertelenmesi mümkün olmayacaktır.

- Burada düzenlenen suçların takibi, suçtan zarar görenin şikayetine bağlanmış, böylece mağdurun mağduriyetinin ortadan kaldırılmasına olanak tanınmıştır. Bilindiği gibi, şikayetten vazgeçme veya şikayetin geri alınması, ahlaka aykırı olmamak kaydıyla şarta bağlanabilir. Vazgeçme veya geri almanın, mağduriyetin giderilmesi şartına bağlanması ahlaka aykırı sayılmamaktadır ...

V. Kanun'un 334. Maddesinde Yapılan Değişiklikle;

- 4949 sayılı Kanun ile maddeye *"konkordato projesine uymamak suretiyle"* ibaresi eklenmekle, bu projeye uyulması halinde yarar sağlayacağını uman alacaklılar, kötü niyetli borçlulara karşı korunmuştur.

- 5092 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle; 334. maddenin başlığı *"konkordatoda veya sermaye şirketleri ile kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında yetkili kimseleri hataya düşüren ya da konkordato veya uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma koşullarına uymayan borçlunun cezası"* şeklinde değiştirilmiştir.

- Yine, 5092 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle 334. maddenin kapsamına *"sermaye şirketleriyle kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma projesini tasdik ettirmek için yetkili kişileri hataya düşüren veya projeye uymayarak zarara sebebiyet veren borçluların cezalandırılması"* da alınmıştır.

- 5358 sayılı Kanun ile, maddenin önceki şeklinde yer alan *"gerçeğe aykırı hesap ve bilanço göstererek"* ibaresi metinde çıkarılarak yerine *"hileli tutum ve davranışlarıyla"* ibaresi konulmuştur. Bu değişiklikle, belgede sahtecilik, söz konusu suçun unsuru olmaktan çıkarılmıştır. Aksi taktirde daha ağır cezayı gerektiren belgede sahtecilik bu maddede tanımlanan suçun bir unsuru olarak düşünüleceği için, bu suçtan dolayı ayrıca kişiye ceza verme imkanı olmayacaktı. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda benimsenen sisteme göre bir suçun işlenmesi sırasında belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde, ayrıca bu suçtan dolayı da cezaya hükmolunacaktır.

- Madde metnindeki *"hafif hapis"* ibaresi *"hapis"* olarak değiştirilerek, fiil kabahat olmaktan çıkarılmış ve suç haline getirilmiştir. Bunun sonucu olarak, icra mahkemesince hükmedilecek *"bir yıl veya daha az süreli hapis cezası"* -TCK 49/2 uyarınca- *"kısa süreli hapis"* cezası niteliğinde olduğu için TCK 50/1 uyarınca *"seçenek yaptırımlar"* dan birine çevrilebileceği gibi TCK 51/1 uyarınca da ertelenebilecektir.

VI. 5358 Sayılı Kanun ile, İİK'nın -"Konkordato Komiserinin Sorumluluğu" Başlıklı- 334a Maddesi Yürürlükten Kaldırılmıştır

VII. Kanun'un 336. Maddesinde 5358 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikle;

Maddede öngörülen "hafif para cezası", "doksan güne kadar adli para cezası"na dönüştürülmüştür.

Yeni 5237 sayılı TCK adli para cezalarıyla ertelenmeyi kabul etmediğinden, icra mahkemesince hükmedilecek adli para cezasının ertelenmesi (TCK 51) mümkün olmayacaktır.

VIII. 5358 Sayılı Kanun ile - "Kendisine Teslim Edilen Malları Vermeyenler Hakkındaki Cezalar" Başlıklı İİK'nın 336a Maddesi Yürürlükten Kaldırılmıştır

4949 sayılı Kanun ile, İcra ve İflas Kanunu'na "yeni bir kurum" olarak eklenmiş olan İİK 336a'nın yürürlükten kaldırılmasıyla, "yedeminlik görevini kötüye kullanma" suçundan dolayı ilgililerce -alacaklı ve icra memuru tarafından- C. Savcılığı'na şikayette bulunulacak ve suçun unsurlarının oluştuğunun saptanması halinde, C. Savcılığı'nca, asliye ceza mahkemelerinde sanıklar hakkında kamu davası açılacaktır.

IX. Kanun'un 337. Maddesinde Yapılan Değişiklikle;

• 5358 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda, maddenin kenar başlığı "yükümlülüklerin yerine getirilmemesi" şeklini almıştır.

• 5358 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce öngörülen "on günden bir aya kadar hafif hapis cezası", bu Kanun ile "on gün disiplin hapsi" olarak değiştirilmiştir ...

"Disiplin hapsi"; "... düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanamayan, tekrere esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapis" şeklinde CMK'nın 2/1 maddesinde tanımlanmıştır.

İcra mahkemesince, alacaklının şikayeti üzerine verilecek olan ve yeni ismiyle "disiplin hapsi" olarak adlandırılmış olan kanunda öngörülmüş olan bu "on günlük hapis cezası", eskiden olduğu -yani 5358 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmış bulunan 352b maddesinin yürürlükte olduğu dönemdeki- gibi paraya çevrilemeyecek ve ertelene-meyecektir. Bu ceza "alacaklının alacağını karşılayacak miktarda malın haczedilmesi" veya "borcun ödenmesi" halinde düşecektir.

“Borcu karşılayacak yeterli miktarda malın haczedilmesi halinde, borçluya mal beyanında bulunmaktan dolayı ceza verilmemesi” ilkesi -4949 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonucunda- benimsenmiştir.

X. Kanun’un 337a Maddesinde Yapılan Değişiklikle;

- 5358 sayılı Kanun ile, maddenin 1. fıkrasında öngörülen *“hafif hapis”* cezası *“hapis”* cezası olarak değiştirilmiştir. Bu suretle fiil kabahat olmaktan çıkarılarak suç haline getirilmiştir.

İcra mahkemesince hükmedilecek bu *“üç aydan bir yıla kadar hapis cezası”*, -TCK 49/2 uyarınca- *“kısa süreli hapis cezası”* niteliğinde olduğundan, bu ceza TCK 50/1 uyarınca *“seçenek yaptırımlardan”* birine çevrilebilecek ve TCK 51/1 uyarınca da ertelenebilecektir.

- 5358 sayılı Kanun ile maddenin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklik; *“borçlunun iflası takdirinde”* şeklindeki cümle, *“borçlunun iflası halinde”* şeklini almıştır.

XI. Kanun’un 338. Maddesinde Yapılan Değişiklikle;

- 5358 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik, maddenin 1. fıkrasında yer alan *“bir aydan altı aya kadar hafif hapis cezası”*, *“üç aydan bir yıla kadar hapis cezası”* olarak değiştirilmiştir. Bu suretle fiil kabahat olmaktan çıkarılıp suç haline dönüştürülmüştür. Ayrıca, alacaklının şikayeti üzerine, borçlunun cezalandırılacağı öngörülmüştür.

İcra mahkemesince hükmedilecek *“üç aydan bir yıla kadar hapis cezası”*, -TCK 49/2 uyarınca- *“kısa süreli hapis cezası”* niteliğinde olduğundan, bu ceza TCK 50/1 uyarınca *“seçenek yaptırımlardan”* birine çevrilebilecek ve TCK 51/1 uyarınca da ertelenebilecektir.

- 5358 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik, maddenin 2 ve 3. fıkraları birleştirilerek düzenlenen yeni 2. fıkradaki yükümlülüğün yerine getirilmemesi karşılığında, yerine getirilmesini sağlamak amacıyla yönelik olarak icra mahkemesince *“bir yıla kadar tazyik hapsi”*ne karar verilmesi öngörülmüştür.

Maddede öngörülen *“tazyik hapsi”* nin tanımı -*“disiplin hapsi”* gibi- CMK 2’de yapılmamıştır. Ancak, *“tazyik hapsi”* nin de - *“disiplin hapsi”* gibi- *“seçenek yaptırımlara çevrilemeyen”*, *“ön ödeme uygulanamayan”*, *“tekerrüre esas olmayan”*, *“şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan”*, *“ertelenemeyen”* ve *“adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen”* hapis olduğu, gerek doktrinde ve gerekse

uygulamada kabul edilmektedir. Bu nedenle, maddede öngörülen ve icra mahkemesince İİK 338/II uyarınca hükmedilecek *“bir yıla kadar tazyik hapsi”* ertelenemeyecek, paraya çevrilemeyecektir.

- 5358 sayılı Kanun’la bu maddede değişiklik yapılırken, maddenin 2. fıkrasında hatalı olarak *“icra tetkik mercii”* ve *“merci kararı”* sözcüklerine yer verilmiştir. Bu sözcüklerin *“icra mahkemesi”* ve *“icra mahkemesi kararı”* olarak algılanması gerekecektir ...

XII. Kanun’un 339. Maddesinde Yapılan Değişiklikle;

5358 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle, maddede daha önce öngörülen hafif hapis cezası yerine disiplin hapsi getirilmiştir.

Maddenin yeni şekline göre, icra mahkemesince hükmedilecek *“-on gün”* ve *“bir aya kadar”*- disiplin hapsi CMK 2/Y’de, *“düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilemeyen hapis”* olarak tanımlanmıştır.

İcra mahkemesince, alacaklının şikayeti üzerine verilecek olan ve yeni ismiyle *“disiplin hapsi”* olarak adlandırılmış olan bu on günlük hapis cezası, eskiden olduğu -yani 5358 sayılı Kanun’la yürürlükten kaldırılmış bulunan 352 b maddesinin yürürlükte olduğu dönemdeki- gibi paraya çevrilemeyecek ve ertelenemeyecektir. Bu ceza *“icra takibine konu olan borç tamamen ödendiği taktirde”* düşecektir.

XIII. Kanun’un 340. Maddesinde Yapılan Değişiklikle;

- 5358 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle maddede öngörülen *“hafif hapis cezası”*, *“üç aya kadar tazyik hapsine”* çevrilmiştir.

Maddede öngörülen *“tazyik hapsi”* nin tanımı *“-disiplin hapsi”* gibi- CMK 2’de yapılmamıştır. Ancak, *“tazyik hapsi”* nin de *“-disiplin hapsi”* gibi- *“seçenek yaptırımlara çevrilemeyen”, “ön ödeme uygulanamayan”, “tekerrüre esas olmayan”, “şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan”, “ertelenemeyen”* ve *“adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen”* hapis olduğu gerek doktrinde ve gerekse uygulamada kabul edilmektedir. Bu nedenle, maddede öngörülen ve alacaklının şikayeti üzerine icra mahkemesince İİK 340 uyarınca hükmedilecek *“üç aya kadar tazyik hapsi”* ertelenemeyecek, paraya çevrilemeyecektir.

- Borcun ödenmesi halinde tazyik hapsine son verilecek ve borçlu tahliye edilecektir. Bu husus maddede *“hapsin tatbikine başlandıktan sonra borçlu borcun tamamını veya o tarihe kadar icra veznesine yatırmak zorunda olduğu meblağı öderse tahliye edilir; ödemelerini tekrar keserse, hakkında tazyik hapsine yeniden karar verilir. Ancak bir borçtan dolayı tazyik hapsinin süresi üç ayı geçemez”* şeklinde ifade edilmiştir.

XIV. Kanun’un 341. Maddesinde Yapılan Değişiklikle;

- 4949 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle *“çocuk teslimine ilişkin ilama veya ara kararına uyulmaması”* cezai müeyyideye bağlanmıştır.

- 5358 sayılı Kanun’da yapılan değişiklikle maddede öngörülen *“hapis cezası”*, *“tazyik hapsine”* dönüştürülmüştür.

Maddede öngörülen *“tazyik hapsi”* nin tanımı -*“disiplin hapsi”* gibi- CMK 2’de yapılmamıştır. Ancak, *“tazyik hapsi”* nin de -*“disiplin hapsi”* gibi- *“seçenek yaptırımlara çevrilemeyen”, “ön ödeme uygulanamayan”, “tekerrüre esas olmayan”, “şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan”, “ertelenemeyen”* ve *“adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen”* hapis olduğu gerek doktrinde ve gerekse uygulamada kabul edilmektedir. Bu nedenle, maddede öngörülen ve alacaklının şikayeti üzerine icra mahkemesince İİK 341 uyarınca hükmedilecek *“altı aya kadar tazyik hapsi”* ertelenemeyecek, paraya çevrilemeyecektir.

- Yine 5358 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikte, daha önce maddede suçun unsuru olarak yer alan *“... çocuğu gizleyen ... ve”* ... tekrar kaçırarak borçlu ile bu fiile bilerek iştirak edenler ...” sözcükleri metinden çıkarılarak yerine daha genel biçimde *“... kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen ...* sözcüklerine yer verilmiştir.

Ayrıca *“hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilamın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişinin (hükümlünün) tahliye edileceği”* maddede vurgulanmıştır.

XV. Kanun’un 342. Maddesinde Yapılan Değişiklikle;

5358 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle, maddede 765 Türk Ceza Kanunu’na -Kanun’un 309. maddesine- yapılan atıf, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na göre yeniden düzenlenerek *“borçlunun 5237 sayılı TCK’nın 290. maddesine göre cezalandırılacağı”* şeklinde belirtilmiştir.

XVI. Kanun'un 343. Maddesinde Yapılan Değişiklikle;

• 5358 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, daha önce maddede öngörülen *"hafif hapis cezası"*, *" tazyik hapsine"* dönüştürülmüştür.

Maddede öngörülen *"tazyik hapsi"* nin tanımı -*"disiplin hapsi"* gibi- CMK 2'de yapılmamıştır. Ancak, *"tazyik hapsi"* nin de -*"disiplin hapsi"* gibi- *"seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen"* hapis olduğu gerek doktrinde ve gerekse uygulamada kabul edilmektedir. Bu nedenle, maddede öngörülen ve lehine hüküm verilmiş kimsenin şikayeti üzerine, icra mahkemesince İİK. 343 uyarınca hükmedilecek *"üç aya kadar tazyik hapsi"* ertelenemeyecek, paraya çevrilemeyecektir.

• *"Hapsin tatbikine başlandıktan sonra, ilamın gereği yerine getirilirse, borçlunun tahliye edileceği"* maddede ayrıca vurgulanmıştır.

XVII. Kanun'un 344. Maddesinin Başlığında ve Metninde Yapılan Değişiklikle;

• 4949 sayılı Kanun'la; İcra ve İflas Kanunu'nun 344. maddesinin başlığı yeni düzenlemeye paralel olarak *"nafakaya ilişkin kararlara uymayanların cezası"* olarak değiştirilmiştir.

• 4949 sayılı Kanun'la, 344. maddeye yeni bir fıkra eklenerek, *"mahkemeler tarafından ara kararı ile kararlaştırılan nafakayı ödemeyen borçlular hakkında da bu maddenin 1. fıkrasındaki hükmün uygulanması"* sağlanmıştı. İcra ve İflas Kanunu'nun 344. maddesinin değişiklikten önceki şeklinde; ancak (kesinleşmiş) nafaka ilamında yazılı olan nafakayı ödemeyen borçlu, alacaklının şikayeti üzerine, icra mahkemesi tarafından cezalandırılmaktaydı. Yargıtay, madde metnindeki ilam terimini dar yorumladığı için, uygulamada, nafaka veya boşanma davası sırasında, tedbir olarak mahkemelerce ara kararı ile takdir olunan nafaka kararları müeyyidesiz kalmaktaydı. Aslında, muhtaç durumda olduğu için hemen alacaklının eline geçmesi düşüncesiyle takdir edilmiş bulunan tedbir nafakalarının da bu maddedeki himayeden yararlandırılması için maddede bu doğrultuda değişiklik yapılmıştı.

5358 sayılı Kanun'la bu madde yeniden düzenlenirken *"nafakaya ilişkin kararların gereğini yerine getirmeyen borçlunun, alacaklının şikayeti üzerine ... cezalandırılacağı"* belirtilmiş ve ne bu maddede ve ne de İİK'nın yürürlükten kalkan maddelerini belirten 23. maddede, 344/son hükmünden bahsedilmemiştir. Kanımızca bu madde -yeni şekliyle- *"nafakaya ilişkin kararların*

gereğini yerine getirmeyen" borçluyu cezalandırdığına göre, borçlunun yerine getirmediği nafakaya ilişkin karar "*nafaka ilamı*" olabileceği gibi "*nafakaya ilişkin ara kararı*" da olabilir. Yani; 5358 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucunda -4949 sayılı Kanun'la suç haline getirilmiş olan- "*ara kararı ile hükmedilen nafakayı ödememe eylemi*", bugün için de İİK 344'e göre suç olmaya devam etmektedir ...

- 5358 sayılı Kanun'la maddede yer alan "*hapis cezası*", "*tazyik hapsine*" dönüşmüştür. Maddede öngörülen "*tazyik hapsi*"nin tanımı -"*disiplin hapsi*" gibi- CMK 2'de yapılmamıştır. Ancak, "*tazyik hapsi*"nin de -"*disiplin hapsi*" gibi- "*seçenek yaptırımlara çevrilemeyen*", "*ön ödeme uygulanamayan*", "*tekerrüre esas olmayan*", "*şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan*", "*ertelenemeyen*" ve "*adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen*" hapis olduğu gerek doktrinde ve gerekse uygulamada kabul edilmektedir. Bu nedenle, maddede öngörülen ve alacaklının şikayeti üzerine, icra mahkemesince İİK 344 uyarınca hükmedilecek "*üç aya kadar tazyik hapsi*" ertelenemeyecek, paraya çevrilemeyecektir.

- "*Hapsin tatbikine başlandıktan sonra, ilamın gereği yerine getirilirse, borçlunun tahliye edileceği*" maddede ayrıca vurgulanmıştır.

XVIII. Kanun'un 345a Maddesinde Yapılan Değişiklikle;

5358 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik, maddede yer alan "*on günden üç aya kadar hafif hapis*" veya "*1.000 liradan 10.000 liraya kadar hafif para cezası*", "*hapis cezasına*" dönüştürülmüştür. İcra mahkemesince bu madde gereğince -"*on günden üç aya kadar hapis cezası*" olarak hükmedilecek hapis cezası- TCK 49/2 uyarınca "*kısa süreli hapis cezası*" niteliğinde olduğundan, mahkemece - TCK 50/1 uyarınca- "*seçenek yaptırımlar*" dan birisine çevrilebilecek ve ayrıca bu ceza TCK 51/1 uyarınca ertelenebilecektir.

XIX. Kanun'un 345b Maddesinde Değişiklikle;

5358 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik, maddede yer alan "*hapis cezası*"nın miktarı -"*bir yıla kadar hapis*" olarak- artırılmış ve ayrıca daha önce maddede yer alan "*para cezası*" da -5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun adli para cezası sistemine uygun olarak- yeniden "*bin güne kadar adli para cezası*" olarak düzenlenmiştir.

XX. Kanun'un 346. Maddesinin Başlığı ile Birlikte Metninde Yapılan Değişiklikle;

• 5358 sayılı Kanun'la maddenin başlığı "*görev ve birleştirilme yasağı*" şeklinde değiştirilmiştir.

• Yine 5358 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle Kanun'un 16. babında yer alan suçlarla ilgili davalara ve disiplin veya tazyik hapsini gerektiren fiillerle ilgili davalara icra mahkemesinde bakılacağı, icra mahkemesinin görevine giren bu işlerin diğer mahkemelerde görülen ceza davalarıyla birleştirilemeyeceği benimsenmiştir.

Bu suretle, daha önce bir kısım suçların -örneğin; İİK 331, 332, 333, 335'deki suçların- yargılanması asliye ceza mahkemelerinde yapılırken, bundan böyle, İİK'nın 16. babında yer alan tüm suçlarla ilgili davalara icra mahkemelerinde bakılacaktır.

XXI. Kanun'un 347. Maddesinde Yapılan Değişiklikle;

Kanun'un 16. babında yer alan fiillerden dolayı şikayet hakkının, "*fülin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fülin işlendiği tarihten itibaren bir yıl geçmekle düşeceği*" maddede açıkça belirtilmiştir.

XXII. Kanun'un 348. Maddesinde Yapılan Değişiklikle;

Kanun'un on altıncı babında yer alan fiillerden dolayı, yetkili icra mahkemesinin "*icra takibinin yapıldığı yerdeki icra mahkemesi*" olduğu maddede açıkça vurgulanmıştır.

XXIII. Kanun'un 352. Maddesinde Yapılan Değişiklikle;

Şikayetten vazgeçme veya şikayetin geri alınması ahlaka aykırı olmak kaydıyla şarta bağlanabilir. Vazgeçme veya geri almanın, mağduriyetin giderilmesi şartına bağlanması, 21. yy.da ceza hukukunun en önemli konularından biri olan "*mağdurun korunması*"na hizmet eder. Bu nedenle maddeye "*takibi şikayete bağlı suçlarda dava ve cezanın 354. maddede yazılı sebeplerle düşeceği kararda belirtilir*" şeklinde bir hüküm eklenerek, söz konusu olanağın -Yargıtay kararları doğrultusunda (Bkz., 8. CD. 21.1.1992 T. E. 12930, K. 271; 7.11.1991 T. E. 9350, K. 10639 "*Uyar, T., Gerekçeli – İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, C. VI, s. 9332*") ilgiliye hatırlatılması amaçlanmıştır.

XXIV. Kanun'un 352a Maddesi, 5358 Sayılı Kanun'un 23. Maddesiyle Yürürlükten Kaldırılmıştır

Bu suretle, "ceza kararnamesi" ile ceza kararı verme olanağı hukuken sona ermiştir.

XXV. Kanun'un 352b Maddesi, 5358 Sayılı Kanun'un 23. Maddesiyle Yürürlükten Kaldırılmıştır

Bu suretle "İİK uyarınca hükmolunan cezaların ertelenemeyeceğini ve para cezasına çevrilemeyeceğini" belirten bu hüküm yürürlükten kaldırılmış, ancak icra mahkemesince hangi suçlardan dolayı "disiplin hapsi" ve "tazyik hapsi"ne karar verileceği ilgili maddelerinde gösterilerek sadece bu cezaların yer aldığı suçlarda "erteleme" ve "para cezasına çevrilme" olanağının bulunmadığı kabul edilmiştir.

XXVI. Kanun'un 353. Maddesinin "Başlığı" ile "Metninde" Yapılan Değişiklikle;

- 5358 sayılı Kanun'la maddenin başlığı "itiraz" olarak değiştirilmiş, ayrıca "icra mahkemesinin 16. bab hükümlerine göre verdiği tazyik ve disiplin hapsi"ne ilişkin kararlara karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde, yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine itiraz edilebileceği, itiraz üzerine verilecek kararların kesin olduğu vurgulanmıştır.

- "İcra mahkemesinin 16. babta yer alan suçlardan dolayı verdiği hükümlerle ilgili olarak; yani vermiş olduğu hapis cezalarına karşı, -4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun- kanun yollarına ilişkin hükümlerinin uygulanacağı" -yani, bunlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği- maddede açıkça düzenlenmiştir.

XXVII. Kanun'un 354. Maddesine Eklenen Yeni Fıkra ile;

5358 sayılı Kanun'la, İİK'nın 354. maddesine "icra mahkemesinin 16. bab hükümlerine göre verdiği tazyik veya disiplin hapsine ilişkin kararların, kesinleştiği tarihten itibaren iki yıl geçtikten sonra yerine getirilemeyeceği"ne dair yeni bir fıkra eklenmiştir.

ADİL YARGILANMA HAKKI PERSPEKTİFİNDEN 4811 SAYILI VERGİ BARIŞI YASASI

Av. Serkan AĞAR*

Bir Affın Getirdikleri/Götürdükleri

I . AF KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ

Türk hukukunda af, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından (1982 Anayasası m. 87)¹ bir yasayla kamu davası ve cezanın ya da sadece cezanın ortadan kaldırılması yahut cezalarda indirim yapılmasıdır.² Genel af, özel af, yargı affı (kazai af), tecil, şartla salıverme ve şikayetten vazgeçme ve Cumhurbaşkanı'nın sınırlı af yetkisi (1982 Anayasası m. 102/2) gibi çeşitleri olan af kurumunda temel unsur, af iradesinin mevcut oluşudur. Kaynağına göre affın, yasama ya da devlet başkanının genel/özel af yetkisi, yargılama yetkisi (yargı affı/tecil) ve ferdi yetki (şikayetten vazgeçme) biçiminde incelenmesi de olanaklıdır.³

1982 Anayasası ve 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁴ (TCK) hükümlerine göre af yetkisi, genel af ve özel af olmak üzere iki biçimde kullanılır. Konuyla ilgili çerçevesinde af çeşitlerinden genel af ile özel affın daha yakından incelenmesi gerekir.

* Ankara Barosu üyesi, Ankara Üniversitesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı yüksek lisans öğrencisi.

¹ 07.11.1982 tarih ve 2709 sayılı Kanun, RG, 09.11.1982, mük. 17863.

² "Af, yasama organı tarafından çıkartılan bir yasa ile işlenmiş suç ve kesinleşmiş cezaları veya cezalarla birlikte sonuçlarını da ortadan kaldıran bir atıfet müessesesidir.", Yiğit, U., *Vergi Usul Kanunu'nda Hürriyeti Bağlayıcı Suç ve Cezalar: Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları*, İstanbul, Mart 2004, s. 243.

³ Erem, F., *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. I., Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara, 1973, s. 404.

⁴ RG, 12.10.2004, 25611.

A. Genel (Umumi) Af

Bir affın genel af olup olmadığının belirlenmesinde birçok kişiyi kapsayıp kapsamaması değil, af ile nelerin kaldırıldığı hususu önem arz eder. Bu bakımdan genel af, kamu davasını düşüren ve hükmolunan cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldıran bir af çeşididir (5237 sayılı TCK m. 65/1).⁵ Genel af yetkisi, yukarıda da belirtildiği gibi, TBMM'ye aittir (1982 Anayasası m. 87).

Genel af, kişi ya da suç tipi göz önünde tutularak tüm suç ve suçlular için uygulanır ve kamu davası ve hükümlünün cezalarının tüm sonuçları ile ortadan kalkması sağlanır.⁶

Teknik yapısı bakımından genel af, af kapsamında sayılan suçlar ya da suçlular hakkında Ceza Yasası'nın "*muvaakkaten ilgası*"dır;⁷ özetle genel af, işlenmiş olan suça konu eylemi değil, onun suç olma niteliğini ortadan kaldırır. Kesin hükme bağlanmış olsun ya da olmasın suçu ortadan kaldıran genel af ile birlikte artık kamu davasının açılmayacağı sonucuna ulaşmak gerekir. Bu sonuca, 5237 sayılı TCK m. 2/1'in uygulanması ile varılır;⁸ genel af, eylemin suç niteliğini ortadan kaldırdığından ve anılan hükme göre suçta ve cezada kanunilik ilkesi geçerli olduğundan, o eylem hakkında artık kamu davası açılmaz ve genel affın yürürlüğünden önce açılmış bulunan davaya da devam edilemez.

Genel affın cezaya etkisine gelince; mahkumiyet hükmü kesinleştikten sonra genel af yürürlüğe girmiş ise ceza infaz edilmez, infaza başlanmış ise devam olunmaz. Eğer tüm cezalar infaz edildikten sonra genel af yürürlüğe girmiş ise, mahkumiyetin sonucu olan ehliyetsizlikler ortadan kalkar. Ayrıca genel af ile kaldırılmış mahkumiyet tekerrüre de esas alınmaz.

Genel af, şarta bağlı olabilir; genellikle "*geciktirici*" olan şarta, Af Yasası'nın yürürlüğünden itibaren belirli bir süre içerisinde suçtan doğan kişisel hakları ödeyenlerin affedilmesi örnek olarak gösterilebilir.⁹

⁵ 5237 sayılı TCK m. 65/1: "Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar."

⁶ Bayraklı, H. H., Vergi Ceza Hukuku, Afyon, 1996, s. 236.

⁷ Erem, op. cit., s. 408.

⁸ 5237 sayılı TCK m. 2/1: "Kanun'un açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanun'da yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz."

⁹ *Ibid.*, s. 410.

B. Özel (Hususi) Af

Özel af, hükmolunan hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son veren ya da bu süreyi kısaltan yahut hapis cezasını adli para cezasına çeviren bir af çeşididir (5237 sayılı TCK m. 65/2).¹⁰ Özel affın işlenen eylemin suç niteliğine etkisi bulunmadığından kamu davasının açılması, aftan önce açılmış olan bu davanın devamı ve kesin hükme bağlanması gerekir.¹¹ Kamu davasına ve mahkumiyete etkisi bulunmaması, yalnız cezaya tesir etmesi nedeniyle özel af, sadece kimi kişiler için uygulanır ve kesinleşmiş bir cezayı kısmen ya da tamamen düşürür.¹²

5237 sayılı TCK m. 65/1'e göre özel af, hapis cezasının (asli cezanın) infaz kurumunda çektirilmesine son verir ya da bu süreyi kısaltır yahut hapis cezasını adli para cezasına çevirir; cezaya bağlı (fer'i) olan¹³ veya hükümde belirtilen (mütemmim) cezalar¹⁴ (hak yoksunlukları) hakkında özel affın böyle bir etki doğurması olanaklı değildir;¹⁵ bunlar etkisini özel affa karşın devam ettirir (5237 sayılı TCK m. 65/son).¹⁶

Özel af ilan etme yetkisi, yukarıda da belirtildiği üzere, TBMM'ye aittir. TBMM'nin söz konusu yetkisini belli bir ya da birkaç kişi hakkında kullanmasına "*yasama yolu ile ferdi özel af*", belli olmayan hükümlüler hakkında kullanmasına ise "*ferdi olmayan özel af*" adı verilir.

Çalışmanın bu bölümünde, af kavramının vergi hukukuna ve pratiğine yansımaları irdelemek yerinde olacaktır.

¹⁰ 5237 sayılı TCK m. 65/2: "Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir."

¹¹ Erem, op. cit., s. 412.

¹² Bayraklı, op. cit., s. 236.

¹³ "TCK'nun 98. (5237 sayılı TCK'nun 65.) maddesine göre, 31. madde (5237 sayılı TCK'nun 53. maddesi) ile verilen fer'i cezanın Af Yasası ile asıl cezadan indirme yapmadan önceki miktar üzerinden tayini gerekli iken fer'i cezanın eksik verilmesi Yasa'ya aykırıdır.", Yargıtay 1. CD, 09.01.1951, 1951/91-34, nak. Ekdemir, İ., *Son Değişiklikleriyle Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu ve İlgili Diğer Kanunlar*, Adana, Şubat 1997, s. 170.

¹⁴ "Hususi af müebbedin kamu hizmetlerinden memnuniyet cezasına tesir etmez. Asli cezada indirme yapılması bu cezanın da indirilmesini icap ettirmez.", Yargıtay 1. CD, 22.11.1950, 1950/2701-2972, nak. ibid.

¹⁵ "Hususi af ile sadece asli cezada indirme yapılabilir, fer'i cezada indirme yapılamaz.", Yargıtay CGK, 03.12.1951, 1951/300-179, nak. Ekdemir, op. cit., s. 169.

¹⁶ 5237 sayılı TCK m. 65/son: "Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir."

II. MALİ AF (VERGİ AFFI)

Vergi hukuku bakımından af, vergi cezalarını ortadan kaldıran hukuksal bir kurumdur. Vergi affı, genel olarak, vergi kanunlarına aykırı hareket edenlere uygulanan idari ve hukuki yaptırımların ortadan kaldırılmasıdır.¹⁷ Devlet, vergi affı ile, koyduğu kuralların bozulmasına karşı yaptırım olarak kullandığı cezalandırma hakkından ve alacağından tek taraflı olarak vazgeçer.¹⁸ Dolayısıyla vergi affı, vergi cezalarının sona erme nedenlerinden biridir.¹⁹ Vergi ahlakı²⁰ bakımından vergi affı ise, yasal olarak ödenmesi gereken vergi borcunun tam ve eksiksiz olarak zamanında ödenmesidir.

Vergi affı kapsamına vergi asılları ile vergi cezaları, gecikme zamları ve faizleri girer²¹ ve vergi affının kapsam ve amacına göre ilgili kamu alacağının tahsilinden vazgeçilir.²² Vergi affı ile, tarh edilmiş vergilerin belirli süreler içinde ödenmesi kaydıyla bunlara ilişkin cezaların ya da gecikme zamlarının affedileceği öngörülür ve kural olarak vergi cezalarını sona erdiren bir neden olan vergi affı ile kimi zaman cezanın yanında vergi aslı da affedilir.²³

Dünya ölçeğinde vergi affı kurumuna bakıldığında vergi aflarının çeşitli biçimlerde uygulandığı görülür; örneğin; vergi yükümlülerinin beyanda bulunmama cezalarının affı "*beyan affı (filing amnesty)*", geçmiş vergi beyanlarının cezasız olarak düzeltilmesi "*düzeltilme affı (revision amnesty)*", yaptıkları ödeme karşılığında vergi yükümlülerinin belirli dönemlerdeki gelir kaynaklarının araştırılmaması "*araştırma affı (investigation amnesty)*", geçmiş dönemlerde yasal olarak düzenli tutulmayan kayıtların affı "*kayıt tutma affı (record-keeping amnesty)*" ve saptanan suçluların kovuşturma dokunulmazlığı ise "*kovuşturma affı (prosecution amnesty)*" olarak adlandırılır.²⁴

¹⁷ Güner, A., *Vergi Aflarının Vergiyle Uyum İlişkisi Üzerine*, İstanbul, 1988, s. 261; Arıkan, Z., Yurtsever, H., "Türkiye'de Mali Affın Nedenleri, Etkileri, ve Sonuçları-I", *Yaklaşım*, Y. 12, S. 136, Nisan 2004, s. 59.

¹⁸ Öncel, M., Kumrulu - A., Çağan, N., *Vergi Hukuku*, 11. Bası, Ankara, 2003, s. 153; Yalçın, H. - Başer, A., "Türkiye'de Mali Aflar ve Vergi Sistemi Üzerine Etkileri", *Vergi Dünyası*, S. 173, Ocak 1996, s. 104.

¹⁹ Öncel - Kumrulu - Çağan, op. cit., s. 153.

²⁰ Kültürel ve ekonomik gelişme düzeyi ile yakından ilgili olan vergi ahlakı, "vergi ödeme bilinci" olarak tanımlanabilir.

²¹ Vergi aslının vergi affı kapsamında değerlendirilmemesi, sadece vergi cezaları ile vergi aslına bağlı gecikme faizi gibi fer'i nitelikteki borçların vergi affına konu edilmesi gerektiği savunulmaktadır, Doğrusöz, B., "Olması Gereken Af Kanunu" *Dünya*, 21.11.2002, <http://www.dunyagazetesi.com.tr>.

²² Akdoğan, A., *Türk Vergi Sistemi ve Uygulaması*, Mart, 2003, s. 78; Tuncer, S., *Vergi Hukuku ve Uygulaması*, Ankara, 2001, s. 39.

²³ Öncel - Kumrulu - Çağan, op. cit., s. 153.

²⁴ Arıkan - Yurtsever, *Türkiye'de Mali Affın ...-I*, s. 61.

Geniş kapsamlı vergi affına, genel olarak, siyasi, ekonomik ya da mali nitelikli bunalımların ardından başvurulduğu görülür.²⁵ Hazinesinin yoğun kaynak sıkıntısı çektiği bir dönemde ekonomik kriz nedeni ile ödenemeyen vergi borçlarının büyük miktarlara ulaşması ve bu koşullar içerisinde bunların ödenmesinin ya da cebren tahsil edilmesinin olanaklı bulunmaması vergi affının ekonomik ve mali nedenidir.²⁶

Vergi idaresi ile vergi yargısının çok büyük bir iş yükü altında olması dolayısıyla kamu alacaklarının takip ve tahsilinin çok uzun sürmesi, vergi affının teknik ve idari mahiyetli bir diğer gerekçesidir.²⁷ Vergi toplamaya yetkili kurumların çağın gereklerini karşılayamaması da vergi affının teknik ve idari nedenlerinden biridir. Vergi inceleme oranının düşüklüğü nedeni ile vergi denetiminin rastlantılara bağlı kalması ve böylece vergi yükümlüleri arasında eşitsizlik ve adaletsizliğin ortaya çıkması vergi cezalarının affedilmesinin diğer bir nedeni olarak gösterilebilir.²⁸

Vergi aflarının, vergi incelemesinin yetersizliğinin sonuçlarını hafiflettiği bir gerçektir; ancak sık aralıklarla ve siyasi kaygılarla vergi affı çıkarılması, vergi cezalarının önleyici işlevini azalttığından ancak çok zorunlu durumlarda bu yola başvurulması doğru olacaktır.²⁹

A. Türkiye Pratiği

1982 Anayasası m. 73'e göre vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler yasayla konulur ve yine yasayla değiştirilir ya da kaldırılır. 1982 Anayasası m. 87'de ise, TBMM'nin yasa koymak, değiştirmek, kaldırmak, genel ve özel af ilanına karar vermek konusunda yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır. Sayılan hükümler çerçevesinde ülkemizde vergi affı, daha doğru bir deyişle "mali af çıkarma yetkisi", genel ve özel af ilanına da yetkili olan TBMM'ye aittir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda³⁰ (VUK), af ile ilgili bir hüküm yoktur; ancak ülkemizde değişik dönemlerde çıkarılan yasalar ile vergi cezalarının

²⁵ Dönmez, R., "Vergi Hukukunda Vergi Affı Kavramına Yer Yok Mudur?", *Yaklaşım*, S. 197, Eylül 2002, s. 52.

²⁶ Gerçek, A., "Tahsilatın Hızlandırılması Açısından Tecil Şeklinde Uygulanan Vergi Afları'nın Değerlendirilmesi ve Öneriler", *Vergi Dünyası*, S. 240, Ağustos 2001, s. 144.

²⁷ Keleş, Y., "Yine mi Af? Mükellefler Ne Zaman Vergi Öderler?", *Vergi Dünyası*, S. 249, Mayıs 2002, s. 76-77.

²⁸ Çağan, N., "Türk Hukukunda Vergi Cezalarının Affı", *AÜHFD*, C. XXIX, S. 1-2, Ankara, 1972, s. 115.

²⁹ Öncel - Kumrulu - Çağan, op. cit., s. 220.

³⁰ RG, 10.01.1961, 10703.

affı yoluna gidilmiştir. Anılan yasaların çoğu kez vergi cezalarının affına ilişkin olduğu ve yararlanmayı vergi uyumsuzluklarından vazgeçilerek vergi aslının ödenmesi koşuluna bağladığı görülür.³¹ Cumhuriyet'in ilanından bu güne gelene kadar vergi aslını ya da cezasını affeden toplam yirmi adet yasa çıkarılmıştır ve bunlardan sekiz tanesi 1980 sonrası dönemine aittir.

Ülkemiz uygulamasında, hazinenin finansman gereksinimini karşılamak için vergi kayıp ve kaçaklarının önlenmesi, vergi denetiminin artırılması, kayıt dışı ekonominin kayıt içine alınması gerekirken bunlar yapılmamış ve sık sık vergi affı yoluna başvurulmuştur.³² Ülkemizde vergi afları, hemen her seçim döneminde kamuoyunun gündeminde yer alarak siyasi partilerin vazgeçilmez propaganda araçlarından biri haline gelmiştir.³³

Ülkemizde özellikle 1980 sonrasında çıkarılan vergi affı yasalarının gerekçesi, genel olarak, ekonomik kaygılar üzerine kurulmuştur; kamuya ek kaynak sağlama gereksinimi, bunların en ön sırasındadır. Örneğin; 1980 sonrası dönemde kabul edilen "2431 sayılı Tahsilatın Hızlandırılması Hakkında Kanun",³⁴ "2801 sayılı Bazı Kamu Alacaklarının Özel Uzlaşma Yolu İle Tahsili Hakkında Kanun"³⁵ ile "3787 sayılı Bazı Kamu Alacaklarının Tahsilatının Hızlandırılması ve Matrah Artırımı Hakkında Kanun"³⁶ hep ekonomik mülahazalarla çıkarılmıştır. Özetle vergi aflarının, ülkemizde birçok alanda süregelen genel anlayışa koşut olarak sosyal yönünün ihmal edildiği bir gerçektir.

Vergi afları, vergi psikolojisi açısından vergi yükümlülüğünü yasalara uygun bir biçimde yerine getirmiş olanlar için önemli sakıncaları da beraberinde getirir. Vergi kaçığını azaltmak amacı ile ileriye dönük olarak kullanılan bir yöntem olarak adlandırılan vergi affında temel amaç, af yolu ile vergi yükümlülerini bugün için gerçek matrah beyanına teşvik etmek ve gelecekteki vergi tahsilatını genişletmek olmalı³⁷ iken ülkemizde vergi affına sıkça başvurulması,³⁸ her aftan sonra başka bir af beklentisine yol

³¹ İbid.

³² Siyasi iktidarın dışsal müdahaleler sonucunda el değiştirmesi durumunda vergi afları eski idarenin mali iş ve işlemlerini tasfiye etme amacına hizmet eden bir araç da olmuştur, Dönmez, R., *Teoride ve Uygulamada Vergi Afları*, Eskişehir, 1992, s. 49.

³³ Sayar, F., "1960 Yılından Sonra Çıkarılan Vergi Af Yasaları ve Sonuçları", *Vergi Dünyası*, S. 73, Eylül 1987, s. 61.

³⁴ RG, 22.03.1981, 17287.

³⁵ RG, 24.02.1983, 17969.

³⁶ RG, 03.04.1992, 21191.

³⁷ Saygılıoğlu, N., "Ülkemizde Vergi Kayıplarının Boyutları ve Ölçülebilirliği", *Vergi Dünyası*, S. 107, Temmuz 1990, s. 19.

³⁸ Af yetkisinin sık kullanılması toplumda adalet, eşitlik ve yasalara olan güvenin azalmasına sebebiyet verecektir, Alm, J., McKee - M., Beck, W., "Amazing Graze: Tax Amnesties and Tax Compliance", *43 National Tax Journal*, N. XLIII, March 1 1990, pp. 23-25.

açtığı gibi vergi mevzuatına aykırı davranışları körükleyerek vergi kaçırmayı bir yaşam biçimi haline getirmiştir.³⁹

Ülkemizde, gerekli koşullar sağlanmadan girişilen af uygulamalarında üç önemli sorunla karşılaşılır; bunlar, af ile elde edilen gelirin yetersizliği, idarenin karşılaştığı yükün fazlalığı ve af uygulamasının kapsadığı potansiyel vergi yükümlüsü kitlesinin en üst düzeyde affa katılımının sağlanamamasıdır.⁴⁰ Özetle, mali ve sosyal hedeflerden ziyade ekonomik hedefler bu tür afların temel uygulama nedeni olmuştur.

B. Mali Affın Birincisi(!): 4811 Sayılı Vergi Barışı Yasası

25.02.2003'te kabul edilen 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu, vergi ceza hukukunu ilgilendiren en önemli af düzenlemelerinden biri olmuştur.⁴¹ 213 sayılı VUK m. 359'da yer alan eylemler bakımından vergi kaçakçılığı suçunun kimi hükümleri için af getiren⁴² Vergi Barışı Kanunu'na ilişkin açıklamalara 1 Seri Numaralı Vergi Barışı Kanunu Genel Tebliği'nde⁴³ yer verilmiştir.

4811 sayılı Kanun m. 1'de Kanun'un kapsamı; 213 sayılı VUK kapsamına giren vergi, resim, harçlar, fon payı ve bunlara bağlı vergi cezaları, gecikme faizleri, gecikme zamları, 4306 sayılı Kanun'a göre alınan eğitime katkı payı ve buna bağlı gecikme zammı, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre alınan ecri misiller ve buna bağlı gecikme zamları ve devlete ait olup Maliye Bakanlığı'na bağlı vergi daireleri tarafından tahsil edilen ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun⁴⁴ (AATUHK) kapsamına giren vergiler açısından, 31.08.2002 tarihinden önceki dönemler, beyana dayanan vergilerde bu tarihe kadar verilmesi gereken beyannameler ve 2002 yılına ilişkin olarak 31.08.2002 tarihinden önce tahakkuk eden vergiler, kayıtlarda yer aldığı halde işletmede mevcut olmayan ya da işletmede mevcut olduğu halde kayıtlarda yer almayan emtia, makine, teçhizat ve demirbaşların beyanı, devlete ait olup gümrük idareleri

³⁹ Bülbül, D., "Vergi Afları'nın Ekonomik ve Sosyal Etkileri-II", *Yaklaşım*, Y. 11, S. 132, Aralık 2003, s. 182.

⁴⁰ Özden, T. M., *Mali Af* (yayınlanmamış doktora tezi), Ankara, 1992, s. 216, nak: Arıkan, Z. - Yurtsever, H., "Türkiye'de Mali Affın Nedenleri, Etkileri, ve Sonuçları-II", *Yaklaşım*, Y. 12, S. 137, Mayıs 2004, s. 66.

⁴¹ 4811 sayılı Kanun m. 22'ye göre Kanun, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴² 213 sayılı VUK m. 359/b-1 ile m. 359/b-2'de yer alan kaçakçılık eylemleri af kapsamı dışında tutulmuştur.

⁴³ RG, 08.03.2003, 25042.

⁴⁴ RG, 28.07.1953, 8469.

tarafından alınan ve 4811 sayılı Kanun'un ilgili bölümlerinde geçen bazı gümrük vergileri, para cezaları ve gecikme zamları hakkında uygulanacağı biçiminde belirlenmiştir.

4811 sayılı Kanun'un "*Tahsilatın Hızlandırılmasına İlişkin Hükümler*" başlıklı Birinci Bölümü'nün "*Kesinleşmiş Kamu Alacakları*" başlıklı 2. maddesi; Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla (27.02.2003) vadesi geldiği halde ödenmemiş ya da ödeme süresi geçmemiş bulunan vergilerin tamamı ile bu vergilere ilişkin gecikme zammı ve gecikme faizinin yerine Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar (27.02.2003) Devlet İstatistik Enstitüsü (DİE) tarafından belirlenen toptan eşya fiyat endeksinin (TEFE) aylık oranı esas alınarak hesaplanacak tutarın dokuz eşit taksitte Şubat, Nisan, Haziran, Ağustos, Ekim, Aralık 2003 ile Şubat, Nisan, Haziran 2004 sonuna kadar⁴⁵ tamamen ödenmesi, "*dava açılmaması ya da açılmış davalardan vazgeçilmesi şartı*" ile vergilere uygulanan gecikme zammı, gecikme faizi ve vergi cezaları ile vergi cezalarına uygulanan gecikme zamlarının tamamının tahsilinden vazgeçileceğini hükme bağlamıştır (m. 2/1-a). Ayrıca, asılları kısmen ya da tamamen ödenmiş olan vergilere ilişkin gecikme zammı ve gecikme faizi yerine Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar (27.02.2003) DİE tarafından belirlenen TEFE'nin aylık oranı esas alınarak hesaplanacak tutarın ödenmemiş vergi asılları ile birlikte dokuz eşit taksitte Şubat, Nisan, Haziran, Ağustos, Ekim, Aralık 2003 ile Şubat, Nisan, Haziran 2004 sonuna kadar⁴⁶ tamamen ödenmesi, "*dava açılmaması veya açılmış davalardan vazgeçilmesi şartı*" ile gecikme zammı, gecikme faizi ve vergi cezaları ile vergi cezalarına uygulanan gecikme zamlarının tamamının da tahsilinden vazgeçileceği belirtilmiştir (m. 2/1-b). Yine aynı maddeye göre, bir vergi aslına bağlı olmaksızın kesilmiş olup Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih (27.02.2003) itibarıyla ödenmemiş olan vergi cezalarının %20'sinin üç eşit taksitte Şubat, Nisan, Haziran 2003 sonuna kadar ödenmesi, "*dava açılmaması veya açılmış*

⁴⁵ 16.07.2004 tarih ve 5228 sayılı Kanun Geçici m. 4 ile getirilen hüküm ile, 4811 sayılı Kanun m. 2/1-c ile m. 2/5 ve m. 7, m. 8, m. 9, m. 11, m. 12, m. 13, m. 17 ve m. 19 hariç olmak üzere, 4811 sayılı Kanun kapsamındaki yükümlüler, bu Kanun'a göre ödemeleri gereken taksitlerden 31.07.2004 tarihine kadar ödenmemiş olanları yine bu Kanun'un 18. maddesinde öngörülen oranda hesaplanacak fazlasıyla birlikte Eylül 2004 ayı sonuna kadar ödemeleri halinde, 4811 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanmıştır. Bu durumdaki yükümlülerin ödeme süresi uzatılan taksitleri için, 18. maddenin son taksit için öngördüğü bir aylık ek süre hükmü uygulanmamıştır. 5228 sayılı Kanun Geçici m. 4'ün yürürlüğe girdiği tarihten önce 4811 sayılı Kanun hükümlerine göre taksit ödeme süresinin sona ermiş olması nedeniyle cebren ya da rızaen tahsil edilen tutarlar, tahsil edildikleri tarihler ve bu hüküm dikkate alınarak 4811 sayılı Kanun'a göre hesaplanan taksitlere en eski vadeli olan taksitten başlamak üzere mahsup edilmiş ve fazla ödenen tutarlar 6183 sayılı AATUHK m. 23'e göre red ve iade edilmiştir.

⁴⁶ Bkz., dpn. 46.

davalardan vazgeçilmesi şartı" ile kalan %80'inin tahsilinden vazgeçileceği (m. 2/1-c); Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih (27.02.2003) itibariyle ödenmemiş olan borcun sadece vergi aslına bağlı kesilen cezalardan ve bunlara ilişkin gecikme zamlarından ibaret olması halinde bu cezaların ve bunlara ilişkin gecikme zamlarının tamamının (m. 2/1-d); iştirak, teşvik ve yardımlar nedeniyle kesilen vergi ziyayı cezalarında cezaya muhatap olanların cezanın %20'sini, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar (27.02.2003) DİE tarafından belirlenen TEFE'nin aylık oranı esas alınarak hesaplanacak dokuz eşit taksitte Şubat, Nisan, Haziran, Ağustos, Ekim, Aralık 2003 ile Şubat, Nisan, Haziran 2004 sonuna kadar⁴⁷ ödemeleri, "*dava açmamaları veya açılmış davalardan vazgeçmeleri şartı*" ile cezanın kalan %80'inin ve bunlara uygulanan gecikme zamlarının tamamının da tahsilinden vazgeçileceği ifade edilmiştir (m. 2/1-e).

4811 sayılı Kanun'un "*Kesinleşmemiş veya dava safhasında bulunan kamu alacakları*" başlıklı 3. maddesi;⁴⁸ Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih (27.02.2003) itibariyle vergi mahkemelerinde dava açılmış ya da dava açma süresi henüz geçmemiş bulunan ikmalen, re'sen ya da idarece yapılmış tarhiyatlarda vergilerin %50'si ile bu tutara gecikme zammı ve gecikme faizi yerine Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar (27.02.2003) DİE tarafından belirlenen TEFE'nin aylık oranı esas alınarak hesaplanacak tutarın dokuz eşit taksitte Şubat, Nisan, Haziran, Ağustos, Ekim, Aralık 2003 ile Şubat, Nisan, Haziran 2004 sonuna kadar⁴⁹ tamamen ödenmesi, "*dava açılmaması veya açılmış davalardan vazgeçilmesi şartı*" ile vergilerin %50'sinin, gecikme zammı, gecikme faizi ile vergi cezaları ve bunlara uygulanan gecikme zamlarının tamamının tahsilinden vazgeçileceğini hükme bağlamıştır (m.

⁴⁷ Bkz dpn. 46.

⁴⁸ 4811 sayılı Kanun m. 3, ikmalen, resen ya da idarece yapılmış tarhiyatlara ilgili olarak vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ya da Danıştay'da açılmış olan davaları kapsar ve maddede öngörülen koşullara paralel olarak Kanun'dan yararlanmaya ilişkin düzenlemeleri içerir. Bu itibarla, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten (27.02.2003'ten) önce tahakkuk ederek kesinleşen alacakların 6183 sayılı AATUHK hükümlerine göre takip ve tahsili için düzenlenen ve tebliğ edilen ödeme emirlerinin iptali talebiyle dava açılmış olup, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibariyle henüz karar verilmemiş olan alacaklar için Kanun'un kesinleşmiş kamu alacaklarına ilişkin 2. maddesi hükümleri uygulanmıştır; ancak 1 Seri Numaralı Vergi Barışı Kanunu Genel Tebliği'nin III/E-5 numaralı bölümünde de belirtildiği gibi, ödeme emri tebliği üzerine açılan davalar ile ilgili olarak Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce dava konusu ödeme emri ile istenilen kamu alacağının tarhiyatına ilişkin olarak verilen ve Kanun'un yürürlüğe girdiği 27.02.2003 itibariyle devam eden davalara konu kamu alacakları, 3. madde hükmünden yararlanmıştır, Vergi Barışı Kanunu 2003/2 seri numaralı İç Genelgesi E-1, <http://www.gelirler.gov.tr/>

⁴⁹ Bkz dpn. 46.

3/1). Söz konusu hükme göre ödenecek alacak asıllarının saptanmasında, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih (27.02.2003) itibariyle bölge idare mahkemelerinde itiraza ya da Danıştay'da temyize ilişkin olarak dava açılmış ya da dava açma süresi henüz geçmemiş bulunan ikmalen, resen ya da idarece yapılmış tarhiyatlarda, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih (27.02.2003) itibariyle tarhiyatın bulunduğu en son aşamadaki tutar esas alınacaktır⁵⁰ (m. 3/2). Buna göre;

Kanunun yayımlandığı tarihten önce verilmiş en son kararın;

- Terkin kararı olması durumunda; vergi yükümlülerinin söz konusu hükümden yararlanabilmeleri için ilk tarhiyata esas alınan verginin %20'si ile bu tutara gecikme zammı ve gecikme faizi yerine Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar (27.02.2003) DİE tarafından belirlenen TEFE'nin aylık oranı esas alınarak hesaplanacak tutarın dokuz eşit taksitte Şubat, Nisan, Haziran, Ağustos, Ekim, Aralık 2003 ile Şubat, Nisan, Haziran 2004 sonuna kadar⁵¹ tamamen ödenmesi koşulu ile verginin kalan %80'inin, gecikme zammı, gecikme faizi ile vergi cezaları ve bunlara uygulanan gecikme zamlarının tamamının (m. 3/2-a),

- Tasdik ya da tadilen tasdik kararı olması durumunda; tasdik edilen verginin tamamı ile bu tutara gecikme zammı ve gecikme faizi yerine Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar (27.02.2003) DİE tarafından belirlenen TEFE'nin aylık oranı esas alınarak hesaplanacak tutarın dokuz eşit taksitte Şubat, Nisan, Haziran, Ağustos, Ekim, Aralık 2003 ile Şubat, Nisan, Haziran 2004 sonuna kadar⁵² tamamen ödenmesi koşulu ile gecikme zammı, gecikme faizi ile vergi cezaları ve vergi cezalarına uygulanan gecikme zamlarının tamamının (m. 3/2-b), tahsilinden vazgeçileceği belirtilmiştir.

Verilen en son karar;

- Bozma kararı ise, ilk tarhiyata esas alınan verginin %20'si ile bu tutara gecikme zammı ve gecikme faizi yerine Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar (27.02.2003) DİE tarafından belirlenen TEFE'nin aylık oranı esas alınarak hesaplanacak tutarın dokuz eşit taksitte Şubat, Nisan, Haziran,

⁵⁰ 4811 sayılı Kanun m. 3/2'de belirtilen ve kanunun bu maddesi hükmünden yararlanılacak tutarın tespiti için öngörülen "... Bu Kanun'un yayımlandığı tarihten önce verilmiş en son kararın ..." ibaresi, Kanun'un yürürlüğe girdiği 27.02.2003 tarihi itibariyle (bu tarih dahil) taraf olan idareye tebliğ edilen yargı kararlarını ifade etmektedir, Vergi Barışı Kanunu 2003/2 seri numaralı İç Genelgesi B-1, <http://www.gelirler.gov.tr/>

⁵¹ Bkz., dpn. 46.

⁵² Bkz., dpn. 46.

Ağustos, Ekim, Aralık 2003 ile Şubat, Nisan, Haziran 2004 sonuna kadar⁵³ tamamen ödenmesi koşulu ile verginin kalan %80'inin, gecikme zammı, gecikme faizi ile vergi cezaları ve bunlara uygulanan gecikme zamlarının tamamının⁵⁴;

- Kısmen onama, kısmen bozma kararı ise; onanan kısım için; verginin tamamı ile bu tutara gecikme zammı ve gecikme faizi yerine Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar (27.02.2003) DİE tarafından belirlenen TEFE'nin aylık oranı esas alınarak hesaplanacak tutarın dokuz eşit taksitte Şubat, Nisan, Haziran, Ağustos, Ekim, Aralık 2003 ile Şubat, Nisan, Haziran 2004 sonuna kadar⁵⁵ tamamen ödenmesi koşulu ile gecikme zammı, gecikme faizi ile vergi cezaları ve vergi cezalarına uygulanan gecikme zamlarının tamamının; bozulan kısım için; ise, ilk tarhiyata esas alınan verginin %20'si ile bu tutara gecikme zammı ve gecikme faizi yerine Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar (27.02.2003) DİE tarafından belirlenen TEFE'nin aylık oranı esas alınarak hesaplanacak tutarın dokuz eşit taksitte Şubat, Nisan, Haziran, Ağustos, Ekim, Aralık 2003 ile Şubat, Nisan, Haziran 2004 sonuna kadar⁵⁶ tamamen ödenmesi koşulu ile verginin kalan %80'inin, gecikme zammı, gecikme faizi ile vergi cezaları ve bunlara uygulanan gecikme zamlarının tamamının, tahsilinden vazgeçileceği hükme bağlanmıştır.

Kesinleşmemiş ya da dava aşamasında bulunan kamu alacaklarına ilişkin 4811 sayılı Kanun m. 3 hükmü, ihtirazi kayıtla verilen beyanname-

⁵³ Bkz., dpn. 46.

⁵⁴ "Yargı kararlarının incelenmesinden, mükellefin 1996/12 dönemi KDV ihtilafı hakkında verilmiş en son kararın 31.01.2003 tarihinde vergi dairesi kayıtlarına intikal eden Danıştay 7. Daire Başkanlığı'nın 17.10.2002 tarih ve E. 2000/5682, K. 2002/3311 sayılı kararı olduğu anlaşıldığından bu karar dikkate alınacaktır. 1997/12 dönemi ihtilafı hakkında ise Danıştay'ca verilen 04.11.2002 tarih ve E. 2000/5840, K. 2002/3452 sayılı kararın vergi dairesi kayıtlarına 03.03.2003 tarihinde alındığı anlaşıldığından söz konusu dönem (1997/12) ihtilafı hakkında anılan kararın dikkate alınması mümkün olmamakta, dolayısıyla bu ihtilaf hakkında Danıştay kararından önce vergi mahkemesince verilmiş olan kararın dikkate alınması icap etmektedir. Buna göre, 1996/12 dönemine ilişkin olarak Danıştay'ca verilen ve 31.01.2003 tarihinde vergi dairesi kayıtlarına giren 17.10.2002 tarih ve E. 2000/5682, K. 2002/3311 sayılı karar dikkate alınacak, söz konusu karar vergi mahkemesinin terkin yönündeki kararının bozulmasına yönelik olduğundan bu döneme ilişkin olarak 1 Seri Numaralı Vergi Barişi Kanunu Genel Tebliği'nin III-B/2-a bölümüne göre 1997/12 dönemine ilişkin olarak ise vergi mahkemesinin terkin kararı gereği yine Tebliğin III-B/2-a bölümüne göre işlem yapılması gerekecektir. Bu durumda, söz konusu dönemlere ilişkin vergilerin %20'si ile bu tutara hesaplanacak TEFE tutarının dokuz eşit taksitte ödenmesi istenebileceği tabiidir.", Maliye Bakanlığı Özeltisi, 17.04.2003, B.07.0.GEL.0.36/3629-87/016784.

⁵⁵ Bkz., dpn. 46.

⁵⁶ Bkz., dpn. 46.

lere karşı açılan davalar hakkında da uygulanmıştır⁵⁷ (m. 3/6). Söz konusu hüküm ile yukarıda içeriği açıklanmaya çalışılan 2. madde hükümlerinden yararlanmak için başvuruda bulunan⁵⁸ vergi yükümlüleri, yararlandıkları vergi türlerinden taksit ödeme süresi içerisinde tahakkuk edenleri “zor durum nedeni dışında”⁵⁹ vadesinde ödemedikleri takdirde ifade edilen hükümlerden yararlanamamışlar; ancak bu kez 16.07.2004 tarih ve 5228 sayılı Kanun Geçici m. 4 ile getirilen hüküm ile 31.07.2004 tarihine kadar ödemedikleri/ödeyemedikleri (kesinleşmiş kamu alacakları, iştirak, teşvik ve yardım fiilleri nedeniyle kesilen vergi ziyai cezaları, tecil edilmiş alacakların kalan taksit tutarları, 2002 yılına ilişkin geçici vergilerin gecikme zammı, kesinleşmemiş veya dava safhasındaki alacaklar, inceleme ve tarhiyat safhasında bulunan alacaklar, pişmanlıkla beyanlar, kendiliğinden yapılan beyanlar ve ecrimisil alacaklarına ilişkin) taksitleri 18. maddeye göre her

⁵⁷ 4811 sayılı Kanun m. 20’de dava konusu olan tarhiyatlara karşılık kanunun yürürlük tarihinden önce ödeme yapılmış olması durumunda ödenen tutarların, vergi mahkemesinde devam eden davalar için 3. maddeden yararlanılmak üzere yapılan başvurular ile vergi mahkemesince verilmiş terkin kararları üzerine iadesi öngörülmüş olup 3. madde, ihtirazi kayıtlarla verilen beyanlar üzerine oluşan davaları da “kesinleşmemiş ve dava safhasında kamu alacağı” olarak değerlendirdiğinden, 20. madde hükmünün bu beyannameler ile ilgili yapılan ödemelerde de dikkate alınması ve maddede öngörülen koşullar çerçevesinde ret ve iade yapılması mümkün bulunmaktadır. Vergi Barışı Kanunu 2003/2 Seri Numaralı İç Genelgesi B-3, <http://www.gelirler.gov.tr/>

⁵⁸ 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu m. 21’in Maliye Bakanlığı’na verdiği yetkiye dayanılarak yayımlanan 1 seri numaralı Vergi Barışı Kanunu Genel Tebliği ile kanun hükümlerinden yararlanmak için başvuru ve ilk taksit ödeme süresi maddeler itibarıyla belirlenmiştir. 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu m. 51/z ile 4811 sayılı Kanun m. 2’de yapılan değişiklik ile Maliye Bakanlığı Kanu’nda belirlenen başvuru ve ilk taksit ödeme süresini 21.04.2003 tarihi mesai saati bitimine kadar uzatmaya yetkili kılınmıştır. Bu yetkiye dayanılarak 1 seri numaralı Vergi Barışı Kanunu Genel Tebliği ile kanunun kesinleşmiş kamu alacaklarına ilişkin 2., kesinleşmemiş veya dava safhasındaki alacaklara ilişkin 3., pişmanlıkla ya da kendiliğinden yapılan beyanlara ilişkin 6., gelir ve kurumlar vergisinde matrah artırımına ilişkin 7., katma değer vergisinde artırıma ilişkin 8., gelir vergisinde artırıma ilişkin 9., “Uygulanmayacak hükümler” başlıklı 14. maddeleri ile ecrimisil alacaklarına ilişkin 15/1 maddesinin hükümlerinden yararlanmak için 31.03.2003 tarihi olarak belirlenen başvuru ve ilk taksit ödeme süreleri 21.04.2003 tarihi mesai saati sonuna kadar uzatılmıştır. Ayrıca, Mart 2003 içerisinde 4811 sayılı Kanun’dan yararlanmak üzere başvuran vergi yükümlülerinin de ilk taksitlerini 21.04.2003 tarihi mesai saati bitimine kadar ödeyebilecekleri kararlaştırılmıştır.

⁵⁹ Zor durum hali, 6183 sayılı AATUHK m. 48’de geçen “çok zor durum” halini ifade etmektedir. Buna göre, 6183 sayılı Kanun’a göre borçları tecil edilen vergi yükümlülerinin zor durumda buldukları doğaldır. Tecil istemi çok zor durum dışındaki nedenlerle uygun görülmeyen vergi yükümlüleri için tecil yapılmamakla birlikte, zor durumun varlığı saptanan hallerde madde hükmü ihlal edilmiş sayılmayacaktır, 1 Seri Numaralı 4811 Sayılı Vergi Barışı Kanunu Genel Tebliği D.

ay için ayrı ayrı %5 oranında hesaplanacak fazlasıyla birlikte Eylül 2004 ayı sonuna kadar ödemeleri halinde, 4811 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanma olanağına kavuşmuşlardır. Bu durumdaki yükümlülerin ödeme süresi uzatılan taksitleri için, 18. maddenin son taksit için öngördüğü bir aylık ek süre hükmü uygulanmamıştır. 5228 sayılı Kanun Geçici m. 4'ün yürürlüğe girdiği tarihten önce 4811 sayılı Kanun hükümlerine göre taksit ödeme süresinin sona ermiş olması nedeniyle cebren ya da rızaen tahsil edilen tutarlar, tahsil edildikleri tarihler ve bu hüküm dikkate alınarak 4811 sayılı Kanun'a göre hesaplanan taksitlere en eski vadeli olan taksitten başlamak üzere mahsup edilmiş ve fazla ödenen tutarlar 6183 sayılı AATUHK m. 23'e göre ret ve iade edilmiştir.

4811 sayılı Kanun m. 20/1, bu Kanun kapsamında yapılan ödemelerin ret, iade ve mahsup edilmeyeceğini belirtir, aynı şekilde m. 20/2'de bu Kanun'un yürürlüğe girdiği 27.02.2003'ten önce yapılan ödemeler ile 6183 sayılı AATUHK m. 48'e göre tahsil edilen tecil faizlerinin bu Kanun hükümlerine dayanılarak ret ve iadesinin yapılmayacağı; ancak 4811 sayılı Kanun m. 3'ün uygulamasına ilişkin olarak dava konusu olan tarhiyatlara karşılık 27.02.2003'ten önce ödeme yapılmış olması halinde, ödenen bu tutarların vergi mahkemesinde devam eden davalar için bu maddeden yararlanılmak üzere yapılan başvurular ile vergi mahkemesince verilmiş terkin kararları üzerine nakden ya da mahsuben iade edilebileceği ifade edilmiştir.

Adana 2. Vergi Mahkemesi tarafından itiraz yolu ile, 4811 sayılı Kanun m. 3 gereğince itiraz veya temyiz safhalarında bulunan ikmalen, resen ve idarece yapılmış tarhiyatlarda vergi barışından yararlanma olanağı getirilmesine karşın, söz konusu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce vergi, ceza ve gecikme faizlerini ödemiş olan ancak davaları temyiz ve itiraz safhasında bulunan yükümlülere 20. maddenin 2 numaralı bendinde yer alan "vergi mahkemesinde" ibaresi gereğince nakden ya da mahsuben iadesi yapılamaması bunun da vergiyi zamanında veya zamanından önce ödememeyi teşvik etmesi, dava evrelerine göre farklı düzenleme getirmesi ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkesine uymaması nedeniyle 1982 Anayasası m. 2, m. 10 ve m. 73'e aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtirazı inceleyen Anayasa Mahkemesi; "(...) Vergi Barışı Kanunu m. 3'ün uygulanmasına yönelik olarak, dava konusu olan tarhiyatlara karşılık Vergi Barışı Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 27.02.2003'ten önce vergi, ceza ve gecikme faizlerini ödemiş olanların başvurularını halinde ve davaların vergi mahkemesinde devam etmesi koşuluyla paralarını nakden veya mahsuben almalarına izin verilmekte, buna karşılık bölge idare mahkemelerinde 'itiraz' veya Danıştay'da 'temyiz' aşamasında bulunan davalar için yapılmış ödemelerin nakden veya mahsuben

iadesinin yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, 4811 sayılı Kanun m. 3, ikmalen, resen veya idarece yapılmış tarhiyatlarla ilgili olarak vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri veya Danıştay nezdinde açılmış olan davaların tüm sürecini kapsamasına karşın, iptali istenilen ibarenin yer aldığı 20/2'de sadece vergi mahkemeleri süreci esas alınmıştır (...) henüz vergi mahkemelerinde devam eden davalarla yine bu mahkemelerce verilmiş terkin kararlarına konu olan kamu alacaklarının niteliği ile temyiz ya da itiraz aşamasındaki kamu alacaklarının niteliği farklılık göstermektedir. Vergi mahkemesince karara bağlanmamış kamu alacağının hazine aleyhine sonuçlanma ihtimali devam ettiğinden hazine için bu belirsizliğin devam etmesi ve mükelleflerin davalarının itiraz ve temyiz yoluna gidilmeden kamu alacağının tahsil edilebilir duruma getirilmesini teşvik amacının bu farklılığın doğmasına neden olduğu anlaşılmaktadır. Vergi tahsilatının hızlandırılması, uyuşmazlıkların ortadan kaldırılması ve dolayısıyla kamu yararı ile hukuk güvenliği arasındaki dengenin sağlanması amacıyla getirildiği anlaşılan bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü görülme(diği)" sonucuna ulaşarak iptal istemini reddetmiştir.⁶⁰

4811 sayılı Kanun, vergi yükümlülerinin beyan edecekleri matrahlarda artırıma giderek kamu alacağının takibi bakımından geçmiş döneme ait defter ve kayıtlarını ibra edebilmelerine olanak sağlamıştır. 4811 sayılı Kanun m. 7/1, gelir vergisi ile kurumlar vergisinde vergi yükümlülerinin vermiş oldukları yıllık beyannamelerinde vergiye esas alınan matrahlarını Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren (27.02.2003) Şubat 2003 sonuna kadar, 1998 takvim yılı için %30, 1999 takvim yılı için %25, 2000 takvim yılı için %20, 2001 takvim yılı için %15'ten az olmamak üzere artırımları durumunda kendileri hakkında artırımda bulunulan yıllar için yıllık gelir ve kurumlar vergisi incelemesi ve bu yıllara ilişkin olarak anılan vergi türleri için daha sonra başka bir tarhiyat yapılmayacağını hükme bağlamıştır. Gelir vergisi yükümlülerinin, artırımda bulunmak istedikleri yıl ile ilgili olarak vermiş oldukları gelir vergisi beyannamelerinde zarar beyan etmeleri ya da hiç beyanname vermemeleri durumunda, vergilendirmeye esas alınacak matrah ile artırdıkları matrahların alt sınırı 1998 takvim yılı için 2.500.000.000 TL (2.500,00 YTL), 1999 takvim yılı için 3.000.000.000 TL (3.000,00 YTL), 2000 takvim yılı için 3.750.000.000 TL (3.750,00 YTL), 2001 takvim yılı için 5.000.000.000 TL (5.000,00 YTL) olarak belirlenmiştir (m. 7/2). Kurumlar vergisi yükümlülerinin ise, artırımda buldukları yıla ilişkin olarak daha önce vermiş oldukları beyannamelerinde zarar beyan etmeleri ya da hiç beyanname vermemeleri durumunda, vergilendirmeye esas alınacak matrahlar ile artırdıkları matrahların alt sınırı 1998 takvim yılı için 7.500.000.000 TL (7.500,00 YTL), 1999 takvim yılı için 9.000.000.000

⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, 12.05.2004, E. 2003/106, K. 2004/59, RG, 03.11.2004, 25632.

TL (9.000,00 YTL), 2000 takvim yılı için 11.250.000.000 TL (11.250,00 YTL), 2001 takvim yılı için 15.000.000.000 TL (15.000,00 YTL)'dir (m. 7/4). Anılan 7. madde hükmüne göre artırılan matrahlar %30 oranında vergilendirilecek ve bu matrahlar üzerinden ayrıca herhangi bir vergi, fon payı ve eğitime katkı payı alınmamıştır; ancak gelir ve kurumlar vergisi yükümlülerinin artırımında bulunmak istedikleri yıla ait yıllık beyannamelerini yasal süresinde vermiş, bu beyannameler üzerinden tahakkuk eden vergilerini süresinde ödemiş ve bu vergi türleri için 4811 sayılı Kanun'un kesinleşmiş ya da kesinleşmemiş yahut dava aşamasında bulunan kamu alacaklarına ilişkin 2 ve 3. maddeleri hükümlerinden yararlanmamış olmaları koşulu ile artırılan matrahlar %25 oranında vergilendirilmiştir (m. 7/5). Matrah artırımına ilişkin olarak hesaplanan gelir, kurumlar ve katma değer vergilerinin Şubat, Nisan, Haziran, Ağustos, Ekim, Aralık 2003 ile Şubat, Nisan, Haziran 2004 sonuna kadar dokuz eşit taksitte ödenmesi gerekir; aksi takdirde 6183 sayılı AATUHK m. 51'e göre bunların gecikme zammı ile birlikte takip ve tahsiline devam olunacaktır (m. 10/1).

4811 sayılı Kanun m. 14/1'e göre, "213 sayılı VUK m. 359'da sayılan eylemleri 31.08.2002 tarihinden önce işleyenler hakkında Cumhuriyet Savcılıkları'na suç duyurusunda bulunulmayacak, soruşturma aşamasında olanlar için takibat yapılmayacak, açılmış bulunan kamu davaları ortadan kaldırılacak ve kesinleşmiş mahkumiyet kararları infaz edilmeyecektir." Yine, 213 sayılı VUK m. 359/b-1'de; "defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler" ile 213 sayılı VUK m. 359/b-2'de; "belgeleri sahte olarak basanlar" hem 4811 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen "af" niteliğindeki hükmünden, hem de 7, 8 ve 9. madde hükümlerinden yararlanamayacaktır⁶¹ (m. 14/2). İşlenen kaçakçılık suçlarından dolayı vergi zıyama sebebiyet verildiği durumlarda, yukarıda belirtilen "af" niteliğindeki 4811 sayılı Kanun m. 14/1 hükmünden yararlanılabilmesi için salınan vergi ve kesilen cezalar ile gecikme faizi ve zamlarının 4811 sayılı Kanun'un yürürlüğünden (27.02.2003 tarihinden) önce ya da bu Kanun hükümlerinden yararlanılmak suretiyle öngörülen süre ve tutarda tamamen

⁶¹ Anayasa Mahkemesi, Ankara 8. Ağır Ceza Mahkemesi ile Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemesi'nin başvurularının birleştirilmesi ile görülen davada, 213 sayılı VUK m. 359/b-1'de sözü edilen "defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler" ile 213 sayılı VUK m. 359/b-2'de belirtilen "belgeleri sahte olarak basanlar" ı af kapsamı dışında bırakan 4811 sayılı Vergi Barışı Yasası m. 14/2 hükmünün iptal istemini reddetmiştir, <http://www.radikal.com.tr> 27.05.2004.

ödenmiş olması ve bunlara karşı idari yargı yerlerinde dava açılmaması veya açılan davalardan vazgeçilmesi şarttır (m. 14/3).

4811 sayılı Kanun'a göre ödenmesi gereken taksitlerin ödenmemesi ya da eksik ödenmiş olması durumunda, ödenmemiş olan tutarların son taksit ödeme süresi sonuna kadar, ödenmeyen ya da eksik ödenen kısmın son taksite ait olması durumunda ise bu tutarın son taksiti izleyen ayın sonuna kadar ödenmeyen kısım ile birlikte her ay için ayrı ayrı %5 fazlası ile ödenmesi koşulu ile getirilen hükümlerden yararlanılabilir (m. 18/1).⁶² 4811 sayılı Kanun kapsamına giren alacakların öngörülen biçimde tamamen ödenmemiş olması durumunda ise vergi yükümlüleri getirilen düzenlemelerden ödedikleri tutar kadar yararlanmıştır (m. 18/2).⁶³

4811 sayılı Kanun, içerdiği düzenlemeler ile birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Öncelikle belirtmek gerekirse anılan Kanun, halen yargılanan veya soruşturulanlar için soruşturmayı ya da davayı ortadan kaldırarak bunların suçlarını, daha önce yargılanıp hüküm giyenlerin ise cezalarını ortadan kaldırmakta⁶⁴ ve böylece genel afı örtüşmektedir. Yukarıda af kavramı ve çeşitleri incelenirken değinildiği üzere, bir affın genel af olup olmadığının belirlenmesinde birçok kişiyi kapsayıp kapsamaması değil, af ile nelerin kaldırıldığı hususu önem arz eder. Bu bakımdan genel af, kamu davasını, hükmolunmuş ise cezaları ve hükümlülüğün tüm cezai sonuçlarını kaldıran bir af çeşididir; görüldüğü üzere 4811 sayılı Kanun m. 14 hükmü ile getirilen düzenleme de, cezai sorumluluk ile hürriyeti bağlayıcı cezayı

⁶² Bu fıkrada yer alan "her ay için ayrı ayrı %10 fazlası ile" ibaresi, 16.07.2004 tarih ve 5228 sayılı Kanun (RG, 31.07.2004, 25539) m. 59 ile "her ay için ayrı ayrı %5 fazlası ile" şeklinde değiştirilmiş ve 01.08.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁶³ 4811 sayılı Kanun m. 2/1-c ile m. 2/5 ve m. 7, m. 8, m. 9, m. 11, m. 12, m. 13, m. 17 ve m. 19 hariç olmak üzere, bu Kanun'a göre ödenmesi gereken (kesinleşmiş kamu alacakları, iştirak, teşvik ve yardım fiilleri nedeniyle kesilen vergi ziyai cezaları, tecil edilmiş alacakların kalan taksit tutarları, 2002 yılına ilişkin geçici vergilerin gecikme zammı, kesinleşmemiş veya dava safhasındaki alacaklar, inceleme ve tarhiyat safhasında bulunan alacaklar, pişmanlıkla beyanlar, kendiliğinden yapılan beyanlar ve ecrimisil alacaklarına ilişkin) taksitlerden, 31.07.2004 tarihine kadar ödenmemiş olanların, aynı Kanun m. 18'de öngörülen her ay için ayrı ayrı %5 oranında hesaplanacak fazlasıyla birlikte Eylül 2004 ayı sonuna kadar ödenmesi halinde, 4811 sayılı Kanun hükümlerinden yararlandırılır. Bu takdirde, ödeme süresi uzatılan taksitler için anılan Kanun m. 18'in son taksit için öngördüğü bir aylık ek süre hükmü uygulanmaz. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce anılan Kanun hükümlerine göre taksit ödeme süresi sona ermiş olması nedeniyle cebren ya da rızaen tahsil edilen tutarlar, tahsil edildikleri tarihler ve bu hüküm dikkate alınarak 4811 sayılı Kanun'a göre hesaplanan taksitlere en eski vadeli olan taksitten başlamak üzere mahsup edilir ve fazla ödenen tutarlar 6183 sayılı AATUHK m. 23'e göre red ve iade edilir.

⁶⁴ Doğrusöz, A. B., "Vergi Barışı Tasarısı'nda 359. Madde İle İlgili Affın Anlamı ya da Anlamsızlığı, Hukuka Göre", *Dünya*, 13.01.2003.

içeren 213 sayılı VUK m. 359’da sayılan eylemleri 31.08.2002 tarihinden önce işleyenler hakkında Cumhuriyet Savcılıkları’na suç duyurusunda bulunulmayacağını, soruşturma aşamasında olanlar için takibat yapılmayacağını, açılmış bulunan kamu davalarının ortadan kaldırılacağını ve kesinleşmiş mahkumiyet kararlarının infaz edilmeyeceğini belirterek anılan suçları affetmiştir; ancak bu affi taliki (geciktirici) bir koşula bağlamış ve işlenen kaçakçılık suçlarından dolayı vergi zıyanına sebebiyet verildiği durumlarda aftan yararlanılabilmesi için salınan vergi ve kesilen cezalar ile gecikme faizi ve zamlarının 4811 sayılı Kanun’un yürürlüğünden (27.02.2003 tarihinden) önce ya da bu Kanun hükümlerinden yararlanılmak suretiyle öngörülen süre ve tutarda tamamen ödenmiş olmasını ve bunlara karşı idari yargı yerlerinde dava açılmaması ya da açılan davalardan vazgeçilmesinin şart olduğunu belirtmiştir (m. 14/3).

4811 sayılı Vergi Barışı Yasası hükümlerinden yararlanılması; vergi aslının, vergi cezalarının, gecikme faizlerinin ve gecikme zammının 4811 sayılı Kanun’un yürürlük tarihi olan 27.02.2003’ten önce ya da Kanun’da öngörülen süre ve tutarda tamamen ödenmiş olması koşuluna bağlı bulunduğundan, söz konusu ödemelere ilişkin belgelerin ilgili yargı organlarına sunulması gerekir. Ödemelerin taksitle yapılması durumunda ise, tüm taksit ödemelerini gösteren belgelerin ilgili mercilere ibraz edilmesi gerektiği açıktır; bu nedenle olacaktır ki ceza mahkemeleri, doğru bir yaklaşımla, derdest davaları son taksitin ödendiği Haziran 2004 sonuna kadar⁶⁵ bekletmişlerdir.⁶⁶

4811 sayılı Vergi Barışı Yasası’nın yayımlanmasının hemen ardından yürürlük ve yürütme maddeleri ile birlikte toplam 6 maddelik “4837 sayılı Ekonomik İstikrarı Sağlamak İçin Ek Vergiler Alınması Hakkında Kanun”⁶⁷ çıkarılmış⁶⁸ ve vergi yükümlülerinden ek motorlu taşıtlar vergisi ile ek emlak vergisi alınması hükmüne bağlanmıştır.⁶⁹ Sadece bir buçuk ay arayla,

⁶⁵ Bkz., dpn. 46.

⁶⁶ Bu konuda bkz., Doğrusöz, A. B., “Hapis Cezasını Gerektiren Vergi Suçlarında Af Uygulaması, Hukuka Göre”, *Dünya*, 06.03.2003.

⁶⁷ RG, 11.04.2003, 25076.

⁶⁸ Bu tür yasaların örnekleri geçmişte ziyadesiyle bulunur; yakın tarihimizden 5 Nisan 1994 ekonomik kararlarına binaen çıkarılan 3986 sayılı “Ekonomik Denge İçin Yeni Vergilerin İhdası Hakkında Kanun”, 17 Ağustos 1999 depreminin ardından çıkarılan 4481 sayılı “17.08.1999-12.11.1999 Tarihlerinde Marmara Bölgesi ve Civarında Meydana Gelen Deprem Yol Açtığı Ekonomik Kayıpları Gidermek Amacıyla Bazı Mükellefiyetler İhdası ve Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile bu şekilde konulan ek vergilerin yürürlük sürelerini uzatan 4605 ve 4783 sayılı Kanunlar bunlara örnek olarak gösterilebilir.

⁶⁹ 4837 sayılı Kanun’un ek motorlu taşıtlar vergisi ile ilgili 1. maddesi, Anayasa Mahkemesi tarafından 23.07.2003 tarih ve 2003/48-76 sayılı kararla iptal edilmiş ve bu

af niteliğinde hükümler içeren bir yasa ile ek külfetler getiren bir yasanın yürürlüğe sokulması ülkemizde adil ve istikrarlı bir vergi planlamasının bulunmadığını gözler önüne sermiştir. Süregelen anlayış çerçevesinde ülkemiz vergi uygulamasında devletin bir eliyle zeytin dalı uzatırken diğer eli ile aba altından sopa göstermesi kuralı, ne yazık ki bir kez daha doğrulanmıştır.

4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu'ndan yararlanmak için başvuran vergi yükümlüsü sayısı, 3 milyon 475 bin 144 kişi olarak gerçekleşmiştir. Kanun'dan yararlananların toplam vergi borcu 7.9 katrilyon TL (7.9 milyar YTL) olarak hesaplanmış ve bunun 6.5 katrilyon TL (6.5 milyar YTL) tutarındaki bölümünü özel sektöre ait vergi borçları oluşturmuştur; ancak dokuz taksit olanağı ile borcunu yeniden yapılandıran vergi yükümlülerinin taksitler ilerledikçe ödemelerini aksattıkları ortaya çıkmıştır.⁷⁰

4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu ile vergi tahsilatının hızlandırılarak kamu gelirlerinin artışının sağlanması amaçlanırken, dava açılmaması ya da açılmış davalardan vazgeçilmesi koşulu ile ihtilafı vergi alacaklarına ilişkin yargı organları ve vergi dairelerinde biriken dosyaların tasfiyesi hedeflenmiştir;⁷¹ ancak vergi barışı uygulaması ile borçlu vergi yükümlülerine her türlü kolaylığın getirildiği 2003 yılında geçen seneye göre kaçak oranı %173'ten %214'e yükselmiştir. 2003'te incelemeye alınan vergi yükümlülerinin yaklaşık 4 katrilyon 518 trilyon 500 milyar TL (4.518.500.000,00 YTL) gelir beyan ettiği, 9 katrilyon 649 trilyon 900 milyar TL (9.649.900.000 YTL)'yi ise kaçırdığı anlaşılmıştır. Maliye Bakanlığı Hesap Uzmanları Kurulu'nun 10984 vergi yükümlüsü üzerinde gerçekleştirdiği vergi denetimleri sonucunda, 2004'ten geriye doğru beş yılda vergisi ödenen her 1.000.000 TL (1 YTL)'ye karşılık 2.250.000 TL (2.25 YTL)'nin devletten kaçırıldığı ortaya çıkmış ve bu süre içinde vergide kaçak tutarı 20 milyar 306 milyon 546 bin 47 ABD Doları'na ulaşmıştır. 2003 yılında ise kaçırılan tutar 10 katrilyon TL (10 milyar YTL)'ye ulaşmıştır. Devletin eksik tahsil ettiği anlaşılan vergi tutarı 1999 yılında 11.3 trilyon TL (11.3 milyar YTL), 2000 yılında 13.9 trilyon TL (13.9 milyar YTL), 2001 yılında 90.4 trilyon TL (90.4 milyar YTL), 2002 yılında 204.3 trilyon TL (204.3 milyar YTL), vergi barışının uygulandığı 2003 yılında ise 24.3 trilyon TL (24.3 milyar YTL) olarak gerçekleşmiştir.⁷²

maddenin uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için gerekçeli kararın *Resmî Gazete'* de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiştir, Anayasa Mahkemesi, 23.07.2003, 2003/48-9, RG, 25.07.2003, 25179.

⁷⁰ *Vatan*, 19.06.2004.

⁷¹ Anayasa Mahkemesi, 12.05.2004, E. 2003/106, K. 2004/59, RG, 03.11.2004, 25632.

⁷² <http://www.ntvmsnbc.com>, 26.01.2004.

Şimdi ayrı bir başlık altında “*adil yargıla(n)ma hakkı*” kavramını kısaca incelemek ve 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu’na bir de bu perspektiften bakmak gerekir.

III. ADİL YARGILA(N)MA HAKKI

Adil yargıla(n)ma hakkının içerdiği pek çok ilkenin, 1982 Anayasası’nın kimi maddelerinde (örneğin; m. 37-38, 125, 138-142) yer aldığı söylenebilir. Ayrıca, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun⁷³ m. 14 ile 36. maddede⁷⁴ yapılan değişiklik ile “*adil yargılanma hakkı*”, 1982 Anayasası’nın bir parçası durumuna getirilmiştir⁷⁵. Adil yargılanma hakkı, anayasal metinlerde açıkça yer alsın ya da almasın, “*hukuk devleti*” kavramı, bu temel hakkın içeriğini dolduran hak ve ilkeleri hukuk sistemlerinin bir parçası durumuna getirmeyi zorunlu kılar;⁷⁶ bir başka deyişle adil yargıla(n)ma hakkı, hukuk ya da ceza davalarında ve hatta belli ölçüde idare hukukuna ilişkin davalarda yargılamaya ilişkin temel ilkeleri belirleyerek “*hukukun üstünlüğü ilkesi*”nin en temel unsurunu oluşturur.⁷⁷

İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme⁷⁸ (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi) m. 6, adil yargıla(n)ma hakkını tanımlar,

⁷³ RG, 17.10.2001, 24556.

⁷⁴ **A. Hak Arama Hürriyeti**

Madde 36. (03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı K. m. 14 ile değişik) Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.

⁷⁵ Maddenin değişiklik gerekçesinde; “Bu değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkı metne dahil edilmektedir.” denilmiştir, *TBMM Tutanak Dergisi*, D. 21, Y.Y. 3, C. 70, B. 131, S. 737, s. 6.

⁷⁶ İnceoğlu, S., *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, İstanbul, Mayıs 2002, s. 2.

⁷⁷ *Ibid.*, s. 4; Türmen, R., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma Hakkı*, in *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, 26-27 Eylül 2003, Sempozyum, Ankara, Aralık 2004, s. 39.

⁷⁸ 04.11.1950’de imzalanan sözleşme, 03.09.1953’te yürürlüğe girmiş ve 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun (RG, 19.03.1954, 8662) ile iç hukukumuza dahil olmuştur. Sözleşme’nin getirdiği yenilik ve üstünlük, düzenlenen hak ve hürriyetlerin kurulan uluslararası bir mekanizma ile teminat altına alınmış olmasıdır; bu amaçla, Avrupa Konseyi üyesi her devletten birer yargıcın yer aldığı “Avrupa İnsan Hakları Divanı (Mahkemesi)” daimi olarak görev yapmak üzere kurulmuştur, Gündüz, A., *Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler-Örnek Kararlar*, 4. Baskı, İstanbul, 2000, s. 301.

“Adil Yargılama Hakkı” başlıklı söz konusu madde resmi tercümesi ile şu şekildedir:

“1. Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahadada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan, kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir.”⁷⁹

Hüküm aleni olarak verilir, şu kadar ki demokratik bir toplulukta amme intizamının veya milli güvenliğin veya ahlakın yararına veya küçüğüün menfaati veya davaya taraf olanların korunması veya adaletin selametine zarar verebileceği bazı hususi hallerde, mahkemece zaruri görülecek ölçüde, aleniyet davanın devamınca tamamen veya kısmen basın mensupları ve halk hakkında tahdit edilebilir.

2. Bir suç ile itham edilen her şahıs, suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Her sanık ezcümle:

a. Şahsına tevcih edilen isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek,

b. Müdafasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak,

c. Kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafî veya eğer bir müdafî tayin için mali imkanlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek,

d. İddia şahitlerini sorguya çekmek veya çektirmek, müdafaa şahitlerinin de iddia şahitleriyle aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek,

e. Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde, bir tercümanın yardımından meccanen faydalanmak,

haklarına sahiptir.”

Sözleşme m. 6’nın 1. paragrafında yer alan ilkeler, hem ceza hem hukuk yargılamaları için geçerli olan ortak ilkeler olduğu halde diğer iki paragraftaki güvenceler salt ceza yargılamasını ilgilendirir.⁸⁰

⁷⁹ 1. fıkranın İngilizce orijinali şöyledir: “In the determination of his civil rights and obligations or any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.”

⁸⁰ Türmen, op. cit., s. 39.

Sözleşme m. 6'nın içerdiği gerekleri şu şekilde sıralamak olanaklıdır:⁸¹

- Her kişi; adil, tarafsız ve yasal bir mahkemede yargılanma; bu yargılamanın makul bir süre içinde gerçekleştirilmesini ve açık (aleni) duruşma yapılarak hükmün alenen teahhüdünü isteme hakkına sahiptir.
- Bir suç isnadı ile karşı karşıya kalan her kişi, yasal olarak suçluluğu sabit oluncaya kadar masum sayılır⁸² (masumluk karinesi⁸³ + susma hakkı + kendisinin suçlanmasına yardımcı olmama ilkesi).
- Sanık, kendine yöneltilen suçlamanın nitelik ve nedeni hakkında kısa bir zamanda anladığı bir dilde ve etraflıca haberdar edilmelidir. Sanık, mahkemede kullanılan dili anlamadığı ya da konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak hakkına sahiptir.
- Sanık, savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve olanaklara sahip olmalıdır. Sanık, kendini savunmak ya da kendi seçeceği bir avukat aracılığıyla savunmasını yapmak konusunda serbesttir. Eğer sanığın bir avukat tutmak için maddi olanakları yoksa adaletin selameti gerektirdiğinde mahkemece kendisine ücretsiz bir avukat tayin edilir.
- Sanık, iddia makamının tanıklarını sorguya çekmek ya da çektirmek, kendi tanıklarının da iddia makamının tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmesinin ve keza dinlenilmesinin sağlanmasını istemek hakkına⁸⁴ sahiptir.

Maddede hüküm altına alınan hak ve ilkeler, tüm yargılama sürecine ilişkindir ve (kimi durumlarda idari organlar ile disiplin organları önünde

⁸¹ Walsh, B., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Altıncı Maddesi ve Her Türlü Suçlama İle İlgili Olarak Makul Bir Sürede Adil Bir Duruşma Hakkı", *İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Uygulanması*, 13-14 Eylül 1990, Hukuksal Kollokuyum, Ankara, 1992, s. 45.

⁸² Yargılanmadan ya da savunma hakkını kullanma olanağı bulamadan sanığın suçlu olduğunu gösteren resmi makamların beyanları ya da yargı kararları adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurur, Türmen, op. cit., s. 43-44.

⁸³ Sanık suçsuzluğunu kanıtlamak zorunda değildir, aksine iddia makamı sanığın suçluluğunu kanıtlamakla yükümlüdür; ayrıca masumluk karinesi "şüphe sanığın lehinedir (in dubio proprüetaire reo)" ilkesinin bir ifadesidir, en ufak bir şüphe durumunda takipsizlik, salıverme ya da beraat kararının verilmesi gerekir, Ambroise-Casterot, C., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, 26-27 Eylül 2003, Sempozyum, Ankara, Aralık 2004, s. 325.

⁸⁴ "Sanığın bu hakkı, hem tanıkların sanık ya da avukatı tarafından sorguya çekildiği Anglo Sakson sistemi (accusatorial system), hem de tanığın yargıç tarafından sorgulandığı Kara Avrupası sistemi (inquisitorial system) için geçerli (dir)", Türmen, op. cit., s. 44.

cereyan eden yargılamaları da kapsayacak biçimde) ilk derece yargılaması kadar istinaf ve temyiz aşamaları için de geçerlidir.⁸⁵ Sözleşme m. 6, ceza yargılaması bakımından, yargılamanın ardından karar kesinleştikten sonra kararın uygulanması sürecini de kapsayacak biçimde bireye suç işlediği iddiasının resmen bildirildiği⁸⁶ andan itibaren uygulanmaya başlar; işte bu nedenle idarenin yargı kararına uymaması Sözleşme m. 6'nın ihlalini doğurur.⁸⁷

Yukarıda özetlenen ilkeler dışında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme)'nin içtihadı ile belirlenen başka gerekler de vardır. Anılan ilkeler, şu şekilde özetlenebilir:⁸⁸

- **Mahkemeye Ulaşma Hakkı:** Bu hak, teoride değil, uygulamada mevcut olmalıdır.

- **Silahların Eşitliği:** Her iki taraf da görüşlerini, istemlerini ya da iddialarını ve savunmalarını aleyhe koşullar bulunmadan sunabilmelidir.

- **Yargılamada Karşıtlık (Adversarial):** Ceza yargılamasında gerek iddia makamı, gerek sanık diğer tarafın görüşleri ve sunduğu kanıtlar hakkında bilgi sahibi olmalı ve bunlara karşı görüş bildirebilmelidir.

- **Davaya Aktif Katılma:** Sanığın duruşmada hazır bulunması yeterli değildir; sanık duruşmaya bilfiil katılmalıdır.

Adil yargıla(n)ma hakkının demokratik bir toplumda taşıdığı önem, hem bu hakkın pratik nedenlerle feda edilmesine, hem de 6. madde metninde genel kuralı içeren birinci fıkra hükmünün dar yorumuna engel teşkil eder.⁸⁹

Sözleşme organları, medeni hak ve yükümlülükleri yorumlamada kullandığı “özerk (otonom)” yaklaşımı, Sözleşme m. 6/1’de yer alan “suç isnadı (criminal charge)” kavramını yorumlarken de kullanır;⁹⁰ aksi durumda, davalı üye devletin iç hukukundaki suça ilişkin sınıflandırması belirleyici

⁸⁵ İnceoğlu, op. cit., s. 6.

⁸⁶ Isnadı etraflıca açıklaması gereken “bildirim”, suç isnadının mahiyet ve sebebini içermeli, sanığın anladığı bir dilde olmalı ve en kısa bir zamanda yapılmalıdır, Feyzioğlu, M., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca Isnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 17, S. 55, Kasım-Aralık 2004, s. 104.

⁸⁷ Türmen, op. cit., s. 40.

⁸⁸ *Ibid.*, s. 41-42.

⁸⁹ Gölcüklü, F., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ‘Adil Yargılanma’”, *AÜSBF Dergisi* (İlhan Öztrak’a Armağan), Ocak-Haziran 1994, C. 49, S. 1-2, s. 200.

⁹⁰ Clayton, R. - Tomlinson, H., *The Law of Human Rights*, Oxford, 2000, s. 632.

olacak ve böylece bir devlet Sözleşme'den doğan adil yargıla(n)ma yükümlülüğünü kendi takdir alanında tutma özgürlüğüne sahip olabilecektir.⁹¹ Mahkeme, Sözleşme'deki suç isnadı kavramının "özerk (otonom)" bir kavram olduğunu belirterek iç hukuktaki tanımı ile kendini bağlı saymaz.⁹² Ulusal mevzuatın suç saydığı bir eylem, Sözleşme uygulamasında da suç teşkil eder; ancak ulusal mevzuatın suç olarak nitelemediği bir eylem, örneğin bir disiplin kabahati, Sözleşme'de yer alan anlamı ile suç oluşturabilir ve Sözleşme m. 6'nun uygulanmasını gerektirebilir.⁹³

Değinen çerçevede, bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye başvurma hakkını daha yakından incelemek yararlı olacaktır. "Mahkemeye başvurma hakkı"⁹⁴ (right to a court)" ya da mahkemeye başvurma hakkının bir yansıması olan "mahkemeye ulaşma hakkı (access to a court)", hukukun üstünlüğünün sağlanması amacına hizmet eden hakların başında gelir.

Sözleşme, mahkemeye başvurma hakkını açıkça düzenlememiştir; ancak Sözleşme'nin adil yargıla(n)ma hakkını düzenleyen 6. maddesinin ilk fıkrası, "her şahıs (...) kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının (...) hakkaniyete uygun (...) dinlenmesini istemek hakkını haizdir." hükmünü getirerek mahkemeye başvurma hakkını örtülü olarak düzenler; çünkü bir davanın hakkaniyete uygun bir biçimde dinlenilmesi kişinin iddialarını ortaya koyma olanağının, dolayısıyla hak arama özgürlüğünün tanınmış olmasından geçer.⁹⁵ Sözleşme m. 6 anlamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, hem ceza yargılaması hem de medeni hak ve yükümlülükleri karara bağlayan yargılamalar için geçerli bir haktır.

Suç isnadına uğrayan kişi bakımından mahkemeye başvurma hakkı, kişinin davasının devam etmesini isteyebilmesi değil, kendine yöneltilen isnadın bir yargıç ya da bir mahkeme tarafından karara bağlanmasını isteyebilmesi anlamına gelir.⁹⁶ Eğer bir yargısal karar, savunma hakkını kullanma olanağı vermeksizin, resmi olarak suçluluk saptanmamasına karşın kişinin suçlu olduğu düşüncesini yansıtıyor ya da ima ediyor ise Sözleşme

⁹¹ İnceoğlu, op. cit., s. 83.

⁹² Örn; Engel and others v. Netherlands, 08.06.1976, Ser. A, no: 22, 1 EHRR 647, paragraf: 81; König v. Germany, 28.06.1978, Ser. A, no: 27, 2 EHRR 170, paragraf: 88, nak. İnceoğlu, op. cit., s. 83.

⁹³ Gölcüklü, F. - Gözübüyük, A. Ş., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, 3. Bası, Ankara, 2002, s. 276.

⁹⁴ Çağlar, mahkemeye başvurma hakkını, çok yerinde bir deyişle "adaletten yararlanma hakkı" olarak adlandırır; Çağlar, B., *Anayasa Bilimi*, İstanbul, 1989, s. 172.

⁹⁵ Gölcüklü, op. cit., s. 207.

⁹⁶ Deweer v. Belgium, 27.02.1980, Ser. A, no: 35, 2 EHRR 439, paragraf: 48, nak. İnceoğlu, op. cit., s. 113; Gölcüklü, op. cit., s. 209.

m. 6/2' de yer alan "masumluk karinesi" ihlal edilmiş sayılabilir;⁹⁷ dolayısıyla açılan dava kişinin suçlu olduğuna ilişkin bir ima yaratılarak düşmüşse, masumluk karinesi çerçevesinde, Sözleşme m. 6/1' de mahkemeye yer alan mahkemeye başvurma hakkını da ihlal ettiği düşünülebilir.

Mahkeme, bir yargı organı önünde hak arama yolunun fiilen ya da hukuken, geçici ya da kısmen kapatılmasını ya da bu yolun işletilmesini olanaksız kılar ölçüde koşullara bağlanıp sınırlanmasını Sözleşme m. 6'nın ihlali olarak görür.⁹⁸ Sözleşme, taraf devletler için yalnızca Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklere müdahale etmekten kaçınma yükümlülüğü değil, aynı zamanda Sözleşme'de yer alan hakların etkin bir biçimde kullanımını sağlayıcı gerekli önlemleri almaya yönelik pozitif yükümlülük de getirir; taraf devletin, kişinin hak aramasını sağlayacak önlemleri alması ve bu yolu tıkayan tüm engelleri kaldırılması gerekir.

Mahkeme'nin vergi hukuku ile ilgili verdiği kararlara bakıldığında ilginç noktalar göze çarpar. Örneğin; Deweer kararında Mahkeme, yargı organına başvurma hakkından feragat etmenin hukuk davalarında olanaklı olduğunu ifade ederek bu yöntemin ceza yargılamasında da bir ölçüde uygulanabileceğini kabul etmiştir; ancak Mahkeme'ye göre, suç isnat edilen kişinin ceza yargılamasını engellemek için uzlaşmaya gitmesi durumunda özel bir dikkatin gösterilmesi gerekir. Örneğin; "zorlama olmaması", yerine getirilmesi gereken koşullardan biridir; "bu kural, özgürlük ve hukuk devleti üzerine kurulmuş uluslararası bir uzlaşmanın emridir".⁹⁹ Mahkeme, işyerinin geçici olarak kapatılması sonucu oluşacak maddi kayıp baskısı altında dostane çözüme (uzlaşmaya) giden başvurunun zorlama altında Sözleşme'nin güvence altına aldığı adil yargıla(n)ma hakkından vazgeçtiği sonucuna vararak Sözleşme m. 6/1'in ihlal edildiğini belirtmiştir.¹⁰⁰

Mahkeme, vergi istisnasını yasaya aykırı bir biçimde reddeden işlemin doğurduğu maddi zarara ilişkin uyuşmazlıklar ile vergi iade taleplerine ilişkin davaları Sözleşme m. 6/1 kapsamında değerlendirir. Ayrıca, vergi cezaları da suç isnadı olarak kabul edildiğinden Sözleşme m. 6'nın uygulanmasını gerektirir.

Vergi cezalarının Sözleşme m. 6/1 anlamında bir suç isnadı olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda Mahkeme'nin verdiği bir karar

⁹⁷ Bkz., Minelli v. Switzerland, 25.03.1983, Ser. A, no: 62, 5 EHRR 554, paragraf: 37, nak. İnceoğlu, op. cit., s. 114.

⁹⁸ Örn; Deweer v. Belgium, paragraf: 48-49; Airey v. Ireland, 09.10.1979, Ser. A, no: 32, 2 EHRR 305, paragraf: 25-26, nak. İnceoğlu, op. cit., s. 116.

⁹⁹ Deweer v. Belgium, paragraf: 49.

¹⁰⁰ *Ibid.*, paragraf: 50-54.

önem arz eder. Başvurucunun suçlandığı Fransız Genel Vergi Yasası m. 1729/1’de düzenlenen eylemler ile ilgili olarak Bendenoun v. Fransa kararında¹⁰¹ Mahkeme, anılan hükmün özel statü sahibi belirli bir grubu değil, vergi yükümlüsü sıfatıyla bütün vatandaşları kapsadığını ve belirli yükümlülükler getirerek bunlara aykırılıkları cezalandırdığını belirtmiştir. Mahkeme’ye göre; “*vergi cezaları, mali zararın tazminini değil, temelde tekrar suç işlenmesini önlemeye yönelik olarak cezalandırmayı*” amaçlar. Ayrıca söz konusu davada başvuru Bendenoun, kişisel olarak 422.534 Frank ve şirketi ise 570.398 Frank ceza ödeyecek, bunların ödenmemesi durumunda hapis cezası uygulanabilecektir. Davayı bu şekilde çeşitli yönleri ile değerlendiren Mahkeme, ceza göstergesi olan noktaların ön planda olduğu sonucuna vararak, bunların hiçbirinin tek başına yeterli olmadığını; ancak hep birlikte ele alındıklarında başvuru konusu olaydaki isnadı Sözleşme m. 6/1 anlamında bir suç isnadı durumuna getirdiğini ifade etmiş ve bu gerekçe ile anılan maddenin uygulanabileceğine hükmetmiştir.¹⁰²

Mahkeme’nin değinilen kararı, hakkında vergi cezası kesilen vergi yükümlüleri bakımından büyük bir önem taşır; mali nitelikli olan, kayba uğratılan verginin katları olarak uygulanan vergi cezalarının Sözleşme m. 6’daki anlamı ile ceza olarak kabulü, vergi yükümlülerinin, adil yargılanma hakkını hükme bağlayan Sözleşme m. 6 koruması altında olduğu sonucunu verir.¹⁰³ Mahkeme, yukarıda değinilen içtihadını değiştirmemiş ve cezalandırıcı ve caydırıcı nitelikte olduğunu kabul ettiği vergi cezalarını Sözleşme m. 6 kapsamında değerlendirmeye devam etmiştir.¹⁰⁴

Vergi borcu olan kişinin, bu borcunu ödemeye zorlanmak için hapsedilmesine ilişkin düzenleme, herkese uygulanabilir genel niteliği ve cezalandırıcı amacı olması nedeni ile Sözleşme m. 6/1 anlamında suç isnadı olarak görülür. Mahkeme’ye göre, kasten reddederek (wilful refusal) ya da kusurlu ihmal (culpable neglect) ile vergi borcunun ödenmemesi hapis yaptırımının uygulanmasına sebebiyet verdiği için yargılamanın niteliği cezalandırıcı (punitive) özelliklere sahiptir,¹⁰⁵ özetle, iç hukukta ceza hukuku içinde yer almamasına karşın söz konusu yargılama Sözleşme m. 6/1 anlamında suç isnadı içerir.

¹⁰¹ Bendenoun v. France, 24.02.1994, Ser. A, no: 284, 18 EHRR 54, paragraf: 44.

¹⁰² İnceoğlu, op. cit., s. 92-93.

¹⁰³ Soydan, B. Y., “İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-1”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 143, Eylül 2000, s. 166.

¹⁰⁴ Örn. A.P, M.P. and T.P. v. Switzerland, 29.08.1997, Reports 1997-V; J. J. v. Netherlands, 27.03.1998, Reports 1998-II; Hozee v. Netherlands, 22.05.1998, Reports 1998-III, nak. İnceoğlu, op. cit., s. 93.

¹⁰⁵ Benham v. UK, 10.06.1996, Reports 1996-III, paragraf: 56, nak. İnceoğlu, op. cit., s. 94.

IV. ADİL YARGILA(N)MA HAKKI PERSPEKTİFİNDEN 4811 SAYILI VERGİ BARIŞI YASASI

Yukarıda da değinildiği gibi, 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu, vergi ceza hukukunu ilgilendiren en önemli af düzenlemelerinden biri olduğu kadar hukuksal anlamda tartışmaya açık birçok hükmü de içerir. Kanımızca tartışılması gereken konuların başında, Kanun'un "*Tahsilatın Hızlandırılmasına İlişkin Hükümler*" başlıklı Birinci Bölümü'nün "*Kesinleşmiş kamu alacakları*" başlıklı 2. maddesinin a, b, c ve e bentleri ile "*Kesinleşmemiş veya dava safhasında bulunan kamu alacakları*" başlıklı 3/1 maddesinde yer alan ve söz konusu hükümlerde öngörülen yararlandırıcı işlemler bakımından ön koşul olan "*dava açılmaması veya açılmış davalardan vazgeçilmesi şartıyla*" ifadesi gelir.

Yukarıda değinilen Deweer kararında da görüldüğü gibi, Mahkeme'ye göre, suç isnat edilen kişinin ceza yargılamasını engellemek için uzlaşmaya gitmesi durumunda özel bir dikkatin gösterilmesi gerekir. Örneğin; "*zorlama olmaması*", yerine getirilmesi gereken koşullardan biridir; "*bu kural, özgürlük ve hukuk devleti üzerine kurulmuş uluslararası bir uzlaşmanın emridir*".¹⁰⁶ Mahkeme, işyerinin geçici olarak kapatılması sonucu oluşacak maddi kayıp baskısı altında dostane çözüme (uzlaşmaya) giden başvurucunun zorlama altında Sözleşme'nin güvence altına aldığı adil yargıla(n)ma hakkından vazgeçtiği sonucuna vararak Sözleşme m. 6/1'in ihlal edildiğini belirtmiştir. Söz konusu bu karar, 4811 sayılı Kanun'un idari yargı yolunu kapatan hükümlerine uygulandığında, vergi borcundan ve cezasından kurtulmak için yargı yoluna başvurmaktan ya da davadan feragat eden bir kişinin bu kararı zorlama altında verdiği söylenebilir ve bu nedenle söz konusu hükümlerin adil yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna varılabilir.

Getirilen düzenlemelerden yararlanmak için dava açma hakkından ya da açılmış davalardan feragat etme koşulu, öncelikle 1982 Anayasası m. 36 anlamında hak arama özgürlüğünü kısıtlayıcı bir hükümdür. "*Mahkemeye başvurma hakkı (right to a court)*" ya da mahkemeye başvurma hakkının bir yansıması olan "*mahkemeye ulaşma hakkı (access to a court)*" hukuk devletinin sağlanması amacına hizmet eden hakların başında gelir. 1982 Anayasası m. 36'da herkesin, meşru araç ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilerek hak arama özgürlüğü anayasal teminat altına alınmıştır. Yargı bağımsızlığına ilişkin kimi anayasal hükümler bulunmakla birlikte,¹⁰⁷ 1982

¹⁰⁶ Deweer v. Belgium, paragraf: 49.

¹⁰⁷ Örn. Yüksek Askeri Şura (YAŞ) kararları (m. 125/2), Cumhurbaşkanı'nın tek başına resen yapacağı işlemler (m. 125/2, m. 105/2), Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (m. 159/4), olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler (KHK).

Anayasası'nın "Yargı Yolu" başlıklı 125. maddesinin ilk fıkrasının "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." biçimindeki ilk cümlesi ile "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlıklı 40. maddesinin "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." biçimindeki 2. fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, idarenin işlem ve eylemlerine karşı kişilere güvenceli bir başvurma hakkının tanındığı sonucuna ulaşılır. Sözleşme, mahkemeye başvurma hakkını açıkça düzenlenmemiştir; ancak Sözleşme'nin adil yargıla(n)ma hakkını düzenleyen 6. maddesinin ilk fıkrası, "her şahıs (...) kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının (...) hakkaniyete uygun (...) dinlenmesini istemek hakkını haizdir." hükmünü getirerek mahkemeye başvurma hakkını örtülü olarak düzenler; çünkü bir davanın hakkaniyete uygun bir biçimde dinlenilmesi kişinin iddialarını ortaya koyma olanağının, dolayısıyla hak arama özgürlüğünün tanınmış olmasından geçer.¹⁰⁸ Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, hem ceza yargılaması hem de medeni hak ve yükümlülükleri karara bağlayan yargılamalar için geçerli bir haktır.

4811 sayılı Kanun m. 14/1'e göre, "213 sayılı VUK m. 359'da sayılan eylemleri 31.08.2002 tarihinden önce işleyenler hakkında Cumhuriyet Savcılıkları'na suç duyurusunda bulunulmayacak, soruşturma aşamasında olanlar için takibat yapılmayacak, açılmış bulunan kamu davaları ortadan kaldırılacak ve kesinleşmiş mahkumiyet kararları infaz edilmeyecektir." Yine, 213 sayılı VUK m. 359/b-1'de; "defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asil veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler" ile 213 sayılı VUK m. 359/b-2'de; "belgeleri sahte olarak basanlar" hem 4811 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen "af" niteliğindeki hükmünden, hem de 7, 8 ve 9. madde hükümlerinden yararlanamayacaktır (m. 14/2). İşlenen kaçakçılık suçlarından dolayı vergi ziyana sebebiyet verildiği durumlarda, yukarıda belirtilen "af" niteliğindeki 4811 sayılı Kanun m. 14/1 hükmünden yararlanılabilmesi için salınan vergi ve kesilen cezalar ile gecikme faizi ve zamlarının 4811 sayılı Kanun'un yürürlüğünden (27.02.2003 tarihinden) önce ya da bu Kanun hükümlerinden yararlanılmak suretiyle öngörülen süre ve tutarda tamamen ödenmiş olması ve bunlara karşı idari yargı yerlerinde dava açılmaması veya açılan davalardan vazgeçilmesi şarttır (m. 14/3).

Öncelikle belirtmek gerekirse 4811 sayılı Kanun, halen yargılanan veya soruşturulanlar için soruşturmayı ya da davayı ortadan kaldırarak bunların suçlarını, daha önce yargılanıp hüküm giyenlerin ise cezalarını ortadan kaldırmıştır; böylece genel afı örtüşür. Yukarıda af kavramı ve

¹⁰⁸ Gölcüklü, op. cit., s. 207.

çeşitleri incelenirken değinildiği üzere, bir affın genel af olup olmadığının belirlenmesinde birçok kişiyi kapsayıp kapsamaması değil, af ile nelerin kaldırıldığı hususu önem arz eder. Bu bakımdan genel af, kamu davasını, hükümlenmiş ise cezaları ve hükümlülüğün tüm cezai sonuçlarını ortadan kaldıran bir af çeşididir; görüldüğü üzere 4811 sayılı Kanun m. 14 hükmü ile getirilen düzenleme de, cezai sorumluluk ile hürriyeti bağlayıcı cezayı mündemiç 213 sayılı VUK m. 359’da sayılan eylemleri 31.08.2002 tarihinden önce işleyenler hakkında Cumhuriyet Savcılıkları’na suç duyurusunda bulunulmayacağını, soruşturma aşamasında olanlar için takibat yapılmayacağını, açılmış bulunan kamu davalarının ortadan kaldırılacağını ve kesinleşmiş mahkumiyet kararlarının infaz edilmeyeceğini belirterek anılan suçlar bakımından af getirmiştir; ancak bu affı taliki (geciktirici) bir koşula bağlamış ve işlenen kaçakçılık suçlarından dolayı vergi zıyana sebebiyet verildiği durumlarda aftan yararlanılabilmesi için salınan vergi ve kesilen cezalar ile gecikme faizi ve zamlarının 4811 sayılı Kanun’un yürürlüğünden (27.02.2003 tarihinden) önce ya da bu Kanun hükümlerinden yararlanılmak suretiyle öngörülen süre ve tutarda tamamen ödenmiş olmasını ve bunlara karşı “*idari yargı yerlerinde dava açılmaması ya da açılan davalardan vazgeçilmesinin şart olduğunu*” belirtmiştir (m. 14/3).

Suç isnadına uğrayan kişi bakımından mahkemeye başvurma hakkı, kişinin davasının devam etmesini isteyebilmesi değil, kendine yöneltilen isnadın bir yargıç ya da bir mahkeme tarafından karara bağlanmasını isteyebilmesi anlamına gelir.¹⁰⁹ Eğer bir yargısal karar savunma hakkını kullanma olanağı vermeksizin, resmi olarak suçluluk saptanmamasına karşın, kişinin suçlu olduğu düşüncesini yansıtır ya da ima ediyor ise Sözleşme m. 6/2’de yer alan “*masumluk karinesi*” ihlal edilmiş sayılmalıdır;¹¹⁰ dolayısıyla açılan dava kişinin suçlu olduğuna ilişkin bir ima yaratılarak düşmüşse, suçsuzluk karinesi çerçevesinde, Sözleşme m. 6/1’de mahkemeye yer alan mahkemeye başvurma hakkını da ihlal ettiği söylenebilir.

V. SONUÇ

Yukarıda değinildiği gibi, vergi hukuku bakımından vergi cezalarını ortadan kaldıran hukuksal bir kurum niteliğinde olan vergi affı kapsamına vergi asılları ile vergi cezaları, gecikme zamları ve faizleri girer ve vergi affının kapsam ve amacına göre ilgili kamu alacağının tahsilinden vazgeçilir.

1982 Anayasası m. 73’e göre vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler yasayla konulur ve yine yasayla değiştirilir ya da kaldırılır. 1982

¹⁰⁹ Deweer v. Belgium, paragraf: 48; Gölcüklü, op. cit., s. 209.

¹¹⁰ Minelli v. Switzerland, paragraf: 37.

Anayasası m. 87’de ise, TBMM’nin yasa koymak, değiştirmek, kaldırmak, genel ve özel af ilanına karar vermek konusunda yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır. Sayılan hükümler çerçevesinde ülkemizde vergi affı, daha doğru bir deyişle mali af çıkarma yetkisi, genel ve özel af ilanına da yetkili olan TBMM’ye aittir.

25.02.2003’te kabul edilen ve vergi ceza hukukunu ilgilendiren en önemli düzenlemelerden biri olan 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu, 213 sayılı VUK m. 359’da yer alan eylemler bakımından vergi kaçakçılığı suçunun kimi hükümleri için af getirmiştir; ancak getirilen af kadar affın içeriği ve uygulanma koşulları da incelenmeye değerdir ve özellikle adil yargıla(n)ma hakkı perspektifinden incelenmelidir; anılan Kanun’un “*Tahsilatın Hızlandırılmasına İlişkin Hükümler*” başlıklı Birinci Bölümü’nün “Kesinleşmiş kamu alacakları” başlıklı 2. maddesinin a, b, c ve e bentleri ile “Kesinleşmemiş veya dava safhasında bulunan kamu alacakları” başlıklı 3/1 maddesinde yer alan ve söz konusu hükümlerde öngörülen yararlandırıcı işlemler bakımından ön koşul olan “*dava açılmaması veya açılmış davalardan vazgeçilmesi şartıyla*” ifadesi tartışılması gereken hükümlerin başında gelir.

4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu, hukuksal boyutu bir yana, her affın yarattığı etki gibi toplumsal vicdanı rahatsız etmiş ve kamuoyunun zihninde soru işaretleri yaratmıştır. Söz konusu aftan yararlananlar bakımından ise, toplum vicdanında tümüyle aklanamamanın, daha doğru bir deyişle hukuksal anlamda suçsuzluk gerekçesi ile beraat edememenin huzursuzluğu gözlemlenmiştir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, adil yargıla(n)ma hakkı, hukuk ya da ceza davalarında ve hatta belli ölçüde idare hukukuna ilişkin davalarda olsun, yargılamaya ilişkin temel ilkeleri belirleyerek hukuk devletinin temel bir unsurunu oluşturur. Adil yargıla(n)ma hakkının demokratik bir toplumda taşıdığı önem, hem bu hakkın pratik nedenlerle feda edilmesine, hem de 6. madde metninde genel kuralı içeren 1. fıkra hükmünün dar yorumuna engel teşkil eder.

“*Deweer*” kararında da görüldüğü gibi, Mahkeme’ye göre, suç isnat edilen kişinin ceza yargılamasını engellemek için uzlaşmaya gitmesi durumunda özel bir dikkatin gösterilmesi zorunludur. Örneğin; “*zorlama olmaması*”, yerine getirilmesi gereken koşullardan biridir; “*bu kural, özgürlük ve hukuk devleti üzerine kurulmuş uluslararası bir uzlaşmanın emridir.*”¹¹¹ Mahkeme, işyerinin geçici olarak kapatılması sonucu oluşacak maddi kayıp baskısı altında dostane çözüme (uzlaşmaya) giden başvurusunun zorlama altında

¹¹¹ Deweer v. Belgium, paragraf: 49.

Sözleşme'nin güvence altına aldığı adil yargıla(n)ma hakkından vazgeçtiği sonucuna vararak Sözleşme m. 6/1'in ihlal edildiğini belirtmiştir. Söz konusu bu karar, 4811 sayılı Kanun'un idari yargı yolunu engelleyen hükümlerine uygulandığında, vergi borcundan ve cezasından kurtulmak için yargı yoluna başvurmaktan ya da davadan feragat eden bir kişinin bu kararı zorlama altında verdiği söylenebilir ve bu nedenle söz konusu hükümlerin adil yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna rahatlıkla varılabilir.

Sözleşme, mahkemeye başvurma hakkını açıkça düzenlemez; ancak Sözleşme'nin adil yargıla(n)ma hakkını düzenleyen 6. maddesinin ilk fıkrası, *"her şahıs (...) kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının (...) hakkaniyete uygun (...) dinlenmesini istemek hakkını haizdir."* hükmünü getirerek mahkemeye başvurma hakkından örtülü olarak söz etmiştir; çünkü bir davanın hakkaniyete uygun bir biçimde dinlenilmesi kişinin iddialarını ortaya koyma olanağının, dolayısıyla hak arama özgürlüğünün tanınmış olmasından geçer.¹¹² Sözleşme m. 6 anlamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, hem ceza yargılaması hem de medeni hak ve yükümlülükleri karara bağlayan yargılamalar için geçerli bir haktır.

Suç isnadına uğrayan kişi bakımından mahkemeye başvurma hakkı, kişinin davasının devam etmesini isteyebilmesi değil, kendine yöneltilen isnadın bir yargıç ya da bir mahkeme tarafından karara bağlanmasını isteyebilmesi anlamına gelir.¹¹³ Eğer bir yargısal karar savunma hakkını kullanma olanağı vermeksizin, resmi olarak suçluluk saptanmamasına karşın, kişinin suçlu olduğu düşüncesini yansıtıyor ya da ima ediyor ise Sözleşme m. 6/2'de yer alan *"masumluk karinesi"* ihlal edilmiş sayılır;¹¹⁴ dolayısıyla açılan dava kişinin suçlu olduğuna ilişkin bir ima yaratılarak düşmüşse, bu karine çerçevesinde, Sözleşme m. 6/1'de mahkemeye yer alan mahkemeye başvurma hakkını da ihlal ettiği söylenebilir.

4811 sayılı Kanun ile affedilen vergi kaçaklığı suçları özel bir suç niteliği arz eder; nitekim bunlar 5237 sayılı TCK'da değil, özel bir usul kodu olan 213 sayılı VUK'da düzenlenmiştir. Bu nedenle, toplum vicdanında hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde aklanmak, hukuksal ifadesi ile gerçekten masum olduğu için beraat etmek isteyen kişi ya da kişiler haksız yere suçlandıklarını nasıl kanıtlayabileceklerdir?! İdari anlamda vergi borçları affedilse dahi anılan durumdaki kişilere yargılanmalarına devam etme hakkı tanınmalıdır, işte sadece bu nedenle bile 4811 sayılı Kanun'un 14. maddesi adil yargıla(n)ma hakkının açık bir ihlali olarak görülebilir. Hukukun genel ilkesi gereği, bir suç

¹¹² Gölcüklü, op. cit., s. 207.

¹¹³ Deweer v. Belgium, paragraf: 48; Gölcüklü, op. cit., s. 209.

¹¹⁴ Minelli v. Switzerland, paragraf: 37.

isnadı ile karşı karşıya kalan her kişi, yasal olarak suçluluğu sabit oluncaya kadar suçsuz kabul edilir; ancak incelenen düzenleme ile haklarında kamu davası yürüten kişilerin yargılanmaları “beraat kararı” ile sona ermediğinden toplum vicdanında suçlu ya da kayırmış görülme olasılıkları yüksektir. Nitekim Kanun’un uygulanma sürecinde ister istemez birçok şaibeli öykü su yüzüne çıkmıştır. Bu damganın silinmesi, özellikle ticari hayatını dürüst bir biçimde devam ettirmek isteyen vergi yükümlülerinin en doğal hakkı olmak gerekir. Söz konusu manzara, kurunun yanında yaşın yanması deyim kadar basite indirgenemeyecek kadar ciddi bir meseledir; zira hukuk, suçlu ile suçsuzu ayırt edebilme yetisine sahip olduğu ölçüde vardır; ancak ne acıdır ki değinilen hüküm, kişinin bir yargı organı önünde hak arama yolunun hukuken kapatılması sonucunu doğurmuştur ve kanımızca adil yargıla(n)ma hakkının açık bir ihlalidir.

KAYNAKÇA

- Ambroise - Casterot, C., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, 26-27 Eylül 2003, Sempozyum, Ankara, Aralık 2000, s. 320-328.
- Akdoğan, A., *Türk Vergi Sistemi ve Uygulaması*, Mart, 2003.
- Alm, J. - Mckee, M. - Beck, W., “Amazing Graze: Tax Amnesties and Tax Compliance”, *43 National Tax Journal*, N. XLIII, March 1 1990.
- Arıkan, Z. - Yurtsever, H., “Türkiye’de Mali Affın Nedenleri, Etkileri, ve Sonuçları I-II”, *Yaklaşım*, Y. 12, S. 136-137, Nisan-Mayıs 2004.
- Bayraklı, H. H., *Vergi Ceza Hukuku*, Afyon, 1996.
- Bülbül, D., “Vergi Aflarının Ekonomik ve Sosyal Etkileri-II”, *Yaklaşım*, Y. 11, S. 132, Aralık 2003.
- Clayton, R. - Tomlinson, H., *The Law of Human Rights*, Oxford, 2000.
- Çağan, N., “Türk Hukukunda Vergi Cezalarının Affı”, *AÜHFD*, C. XXIX, S. 1-2, Ankara, 1972.
- Çağlar, B., *Anayasa Bilimi*, İstanbul, Mart 1989.
- Doğrusöz, A. B., “Hapis Cezasını Gerektiren Vergi Suçlarında Af Uygulaması”, *Dünya*, 06.03.2003.
- Doğrusöz, A. B., “Olması Gereken Af Kanunu”, *Dünya*, 21.11.2002.
- Doğrusöz, A. B., “Vergi Barışı Tasarısı’nda 359. Madde İle İlgili Affın Anlamı ya da Anlamsızlığı”, *Dünya*, 13.01.2003.
- Dönmez, R., *Teoride ve Uygulamada Vergi Afları*, Eskişehir, 1992.
- Dönmez, R., “Vergi Hukukunda Vergi Affı Kavramına Yer Yok Mudur?”, *Yaklaşım*, S. 197, Eylül 2002.

- Ekdemir, İ., *Son Değişiklikleriyle Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu ve İlgili Diğer Kanunlar*, Adana, Şubat 1997.
- Erem, F., *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. I., Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara, 1973.
- Feyzioğlu, M., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 17, S. 55, Kasım-Aralık 2004, s. 102-125.
- Gerçek, A., "Tahsilatın Hızlandırılması Açısından Tecil Şeklinde Uygulanan Vergi Aflarının Değerlendirilmesi ve Öneriler", *Vergi Dünyası*, S. 240, Ağustos 2001.
- Gölcüklü, F., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde 'Adil Yargılanma', *AÜSBF Dergisi* (İlhan ÖZTRAK'a Armağan), Ocak-Haziran 1994, C. 49, S. 1-2.
- Gölcüklü, F. - Gözübüyük, A. Ş., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Bası, Ankara, 2002.
- Gündüz, A., *Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler-Örnek Kararlar*, 4. Baskı, İstanbul, 2000.
- Güner, A., *Vergi Aflarının Vergiyle Uyum İlişkisi Üzerine*, İstanbul, 1988.
- İnceoğlu, S., *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, İstanbul, Mayıs 2002.
- Keleş, Y., "Yine mi Af? Mükellefler Ne Zaman Vergi Öderler?", *Vergi Dünyası*, S. 249, Mayıs 2002.
- Öncel, M. - Kumrulu, A. - Çağan, N., *Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 11. Bası, Ankara, 2003.
- Özden, T. M., *Mali Af*, (yayınlanmamış doktora tezi), Ankara, 1992.
- Sayar, F., "1960 Yılından Sonra Çıkarılan Vergi Af Yasaları ve Sonuçları", *Vergi Dünyası*, S. 73, Eylül 1987.
- Saygılıoğlu, N., "Ülkemizde Vergi Kayıplarının Boyutları ve Ölçülebilirliği", *Vergi Dünyası*, S. 107, Temmuz 1990.
- Soydan, B. Y., "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-I", *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 143, Eylül 2000.
- Tuncer, S., *Vergi Hukuku ve Uygulaması*, Ankara, 2001.
- Türmen, R., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, 26-27 Eylül 2003, Sempozyum, Ankara, Aralık 2004, s. 39-45.
- Walsh, B., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Altıncı Maddesi ve Her Türlü Suçlama İle İlgili Olarak Makul Bir Sürede Adil Bir Duruşma Hakkı", *İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Uygulanması*, Hukuksal Kollokyum, 13-14 Eylül 1990, Ankara, 1992.
- Yalçın, H. - Başer, A., "Türkiye'de Mali Aflar ve Vergi Sistemi Üzerine Etkileri", *Vergi Dünyası*, S. 173, Ocak 1996.
- Yiğit, U., *Vergi Usul Kanunu'nda Hürriyeti Bağlayıcı Suç ve Cezalar: Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları*, İstanbul, Mart 2004.

CUMHURİYET SAVCISI'NIN ÖZEL HUKUKTA DERNEK VE SENDİKA TÜZEL KİŞİLİĞİNİN SONA ERDİRİLMESİNE İLİŞKİN GÖREVLERİ

Mustafa SALDIRIM*

A. GİRİŞ

Cumhuriyet Savcısı'na tanınan hukuk davası açma, açılan hukuk davalarına katılabilme ve bazı hallerde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın kanun yararına temyiz etme yetkisi, istisnai durumlarda kamu yararının korunması düşüncesi ile düzenlenmiştir. Ancak Cumhuriyet Savcısı'nın bu yetkileri genel olmayıp, kanunda öngörülen belli şartlarda ve davalarda geçerlidir. Bir başka anlatımla Cumhuriyet Savcısı kamu yararı bulunan her hukuk davasını açamaz ve bu davalara katılamaz.¹

Cumhuriyet Savcısı kanunda düzenlenen hallerde hukuk davası açarak hukuka aykırı durumun giderilmesine çalışır. Örneğin; amacı kanuna veya genel ahlaka aykırı hale gelmiş olan derneğin feshedilmesi veya butlan yaptırımına tabi evliliğin sona erdirilmesi için dava açar. Bu şekilde hukuka aykırı olan statü ortadan kaldırılarak mevcut durumun bozduğu kamu düzeni yeniden sağlanır. Cumhuriyet Savcısı hukuk davası açmaya yetkili olduğu hallerde, başka bir ilgilinin açmış olduğu davaya da katılabilir. Bu şekilde yargılama sırasında kamu adına davaya katılıp, verilen hükmü temyiz edebilir ve yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilir. Dernekler ve sendikalar, Cumhuriyet Savcısı'nın özel hukuk alanındaki faaliyetlerinin bir bölümünü oluşturmakta olup, ülkemizde gerçekleştirilen hızlı kanunlaştırma süreci içerisinde örgütlenme özgürlüğü ile ilgili olan bu konu büyük önem taşımaktadır.

4.11.2004 tarih ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu ile genelde örgütlenme özgürlüğüne, özelde ise dernek kurma hakkına bir güvenlik sorunu

* Hakim

¹ Bilge, N. - Önen, E., *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara 1978, s. 116; Yılmaz, E., *Savcıların Hukuk Davalarındaki Görevleri" (AHFD 1972/XXIX/1-2, s. 255 -287) , s. 259; Kuru, B. - Arslan R. - Yılmaz, E., Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2003, s. 258.

olarak yaklaştığı için devlet ile sivil toplum kuruluşları arasında derin bir güven bunalımına yol açan 2908 sayılı Dernekler Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır (m. 38/H). Yeni Dernekler Kanunu'nda; dernekler, dernek şube ve temsilcilikleri, federasyonlar, konfederasyonlar ve yabancı dernekler ile merkezleri yurt dışında bulunan dernek ve vakıf dışındaki kar amacı gütmeyen kuruluşların Türkiye'deki şube veya temsilciliklerinin yasak ve izne tabi faaliyetleri, yükümlülükleri, denetimleri ve uygulanacak cezalar ile derneklere ilişkin diğer hususlar düzenlenmektedir.²

Dernek, belli bir ideali gerçekleştirmek üzere, yasada öngörülen asgari sayıdaki gerçek (veya tüzel)³ kişinin gönüllü olarak bir araya gelmek suretiyle bilgi ve çalışmalarını sürekli olacak şekilde ve belli bir unvan (ad) altında birleştirdikleri, tüzüğüne göre örgütlenmiş ve tüzel kişilikle donatılmış bir kişi topluluğu⁴ olarak tanımlanmaktadır. Dernekler Kanunu'na göre ise *"Dernek; kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi toplulukları"* olarak tanımlanmıştır (m. 2-a).

Dernekler Kanunu, derneklerin kuruluş ve örgütlenmesi ile ilgili hükümlerle devletin dernekler üzerindeki yetkileri ve ceza hukuku ile ilgili

² Dernekler Kanunu'nun genel gerekçesinde Kanun'un amacı şu şekilde ifade edilmiştir: Aralık 2004'de yapılacak değerlendirmede, Türkiye'nin Kopenhag siyasi kriterlerini yerine getirmiş olduğuna karar verilmesi halinde, Türkiye ile katılım müzakerelerinin gecikmeksizin başlatılacağı taahhüdünde bulunulmuştur. Güncelleştirilmiş 2003 Ulusal Programında da, siyasi kriterlere uyuma yönelik kanuni düzenlemelerin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 22. Yasama Dönemi 1. Yasama Yılı içinde tamamlanacağı taahhüt edilmiştir. Siyasi kriterlere ilişkin eksikliklerin değerlendirilmesinde, Katılım Ortaklığı Belgesi, Yıllık İlerleme Raporları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, taraf olduğumuz Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ile üye olduğumuz kuruluşlar tarafından geliştirilen normlar ve Avrupa Birliği Komisyonu raporları dikkate alınmaktadır. Tasarı, örgütlenme hakkının ve derneklerle ilgili düzenlemelerin Anayasa değişikliklerine ve Ulusal Programa uyumlaştırılması amacıyla hazırlanmıştır (Dönem: 22, TBMM s. 651).

³ 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nda 4778 sayılı Kanun'un 19 ve 4963 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle yapılan değişikliklerle ilk kez tüzel kişilere de derneğe üye olma ve dernek kurma hakkı tanınmıştır.

⁴ Öztan, B., *Tüzel Kişiler*, Ankara 2000, s. 44; Başka bir tanıma göre ise dernek; en az yedi gerçek (veya tüzel) kişinin kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek amacıyla kendilerinden ayrı ve bağımsız bir hak süjesi yaratmak üzere bilgi ve çalışmalarını birleştirmeleri sonucunda oluşan korporatif bünyeli medeni hukuk hükmi şahısdır. Akipek, J. G. – Akıntürk, T., *Şahsın Hukuku*, Ankara 1996, s. 297.

hükümler içermektedir. Bu nedenle Dernekler Kanunu, 2908 sayılı Kanun gibi hem özel hukuk hem de kamu hukuku karakterli bir kanundur.

Dernekler Kanunu'nun 36. maddesine göre *"Bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun hükümleri uygulanır."* Bu hüküm nedeniyle dernekler, hem 5253 sayılı Dernekler Kanunu'na hem de Medeni Kanun'un dernekler ile ilgili hükümlerine (m. 56-100) tabidirler. Ayrıca tüzel kişilerle ilgili Medeni Kanun'un genel hükümlerinin (m. 47-55) de derneklere uygulanması mümkündür.⁵ Dernekler Kanunu özel kanun olduğu için Medeni Kanun'a göre öncelikle uygulanır. Bu nedenle ilke olarak Medeni Kanun hükümlerinin Dernekler Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde ya da atıf yapılan hallerde tatbik edilebileceği belirtilmiştir.⁶ Ancak Medeni Kanun'un derneklere ilişkin özel hükümlerinin de öncelikle uygulanması söz konusu olabilir. Çünkü kanunun özel veya genel olmasından çok hangi kanunda yer aldığına bakılmaksızın hükmün özel olması onun öncelikle uygulanmasını gerektirir. Normların çatışması halinde ise yeni kanun olan Dernekler Kanunu uygulanır.

Anayasa, dernek kurma hürriyetini güvence altına almak için derneklerin Kanun'un öngördüğü hallerde ve ancak hakim kararıyla kapatılabileceğini öngörmüştür (m. 33, VI). 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 50, 51, 52, 53. maddelerinde kurulmuş olan bir derneğin feshedilmesi, kendiliğinden dağılmış sayıldığıнын tespit edilmesi ve kapatılması halleri düzenlenmişti. Özel hukuk alanına giren bir yargılamayı gerektirmesine rağmen kanun koyucu bu davalarda Cumhuriyet Savcısı'na kamu düzeni düşüncesiyle bazı görevler vermişti. Yeni Dernekler Kanunu özgürlükçü bir yaklaşımla Cumhuriyet Savcılarına derneğin kapatılması, feshi ya da kendiliğinden sona ermesine ilişkin görevler vermemiştir. Ancak Dernekler Kanunu'nun Medeni Kanunu'na yapmış olduğu atıf nedeniyle dernekler, Medeni Kanun'da düzenlenen sebeplerle feshedilebilirler ve kendiliğinden dağılmış sayılabilirler. Bu nedenle 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun, Cumhuriyet Savcısı'nın özel hukuka ilişkin derneklerle ilgili görevlerinde bir sistem değişikliği yaptığını söylemek mümkündür. Çalışmamızın konusunu da gerçekleştirilen bu önemli değişiklikler oluşturmaktadır.

Cumhuriyet Savcıları, Dernekler Kanunu'nun 32. maddesinde düzenlenmiş bulunan suçları takip etmekle de görevlidirler. Ancak çalışmamız Cumhuriyet Savcısı'nın özel hukuka (derneğin kapatılması, feshi ve kendiliğinden dağılmasına) ilişkin faaliyetleri ile sınırlı olduğundan, cezai hükümlerle ilgili olarak açıklamalarda bulunulmayacaktır.

⁵ Öztan, s. 43.

⁶ Öztan, s. 44; Akıpek - Akıntürk, s. 302.

İşçi ve işveren sendikaları ile konfederasyonları hakkında Sendikalar Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde, Medeni Kanun ve Dernekler Kanunu'nun, Sendikalar Kanunu'na aykırı olmayan hükümleri uygulanır (Sen. K. m. 63, I). Bu nedenle kısa da olsa Cumhuriyet Savcısı'nın özel hukukta sendikanın tüzel kişiliğinin sona erdirilmesine ilişkin görevleri de incelenecektir.

B. CUMHURİYET SAVCISI'NIN DERNEK TÜZEL KİŞİLİĞİNİN SONA ERDİRİLMESİNE İLİŞKİN GÖREVLERİ

1. Derneğin (Mahkeme Kararı ile) Feshi (Dağıtılması)

Dağıtılma veya fesih, derneklerin şahsiyetine bir kararla son verilmesi demektir. Dağıtılma ya bizzat derneğin yetkili organının ya da devletin yetkili organının vereceği bir kararla olur. Derneğin dağıtılabilmesi (feshedilmesi) için mutlaka yetkili bir kurul veya makam tarafından bu yolda karar verilmiş olması gerekir⁷. Çalışmamız Cumhuriyet Savcılarının özel hukuk alanındaki faaliyetlerinden olan derneğin mahkeme kararı ile feshini ilgilendirdiğinden yetkili organlarının derneğin kapatılmasına karar vermesi konumuzun dışında kalmaktadır. Bu nedenle sadece Cumhuriyet Savcısı'nın görevli olduğu derneğin mahkeme kararı ile dağıtılması halleri incelenecektir.

Derneğin feshi nedenleri kanunda açıkça sayılanlardan ibarettir (sınırlı sayı ilkesi). Bu sebepler dışındaki haller derneğin mahkeme kararı ile feshine neden olmaz.⁸ Aksi hal dernek kurma hürriyetine (AY m. 33) aykırı olur. Bu sonuca 2908 sayılı Dernekler Kanunu'ndan farklı olarak, cezai hükümler dışında derneğin feshine ilişkin maddelere yer vermeyen Dernekler Kanunu'nun genel yapısından örtülü olarak (zımnen) varmak da mümkündür.

Bir derneğin amacı ve konusu dışında bir faaliyette bulunması da mahkeme kararı ile dağıtılması için bir sebep oluşturmaz. Tüzüğüne aykırı faaliyette bulunması da genellikle derneğin dağıtılması için tek başına yeterli bir sebep teşkil etmez. Bu durum olsa olsa yapılmış olan konu dışı hukuki işlemlerin genel hükümler uyarınca geçerli sayılmamaları sonucunu

⁷ Akipek – Akıntürk, s. 361, 362.

⁸ "2908 sayılı Kanun'un 50. maddesinde yazılı şartların gerçekleşmesi halinde mahkemece derneğin feshine karar verilebilir. Buna rağmen derneğin hesaplarının tutulmasındaki düzensizlik derneğin feshi sebebi sayılarak derneğin feshine karar verilmesi yanlıştır." 2. HD, 29.05.1986 T, 5212/5629 (Ballar, S., *Türk Dernekler Hukuku*, İstanbul 2001. s. 390'dan naklen).

doğurur.⁹ Yargıtay da bir kararında isabetli olarak amaç dışında faaliyette bulunan derneğin feshi için asliye hukuk mahkemesinde dava açılmayacağına karar vermiştir.¹⁰

a. Derneğin Feshi Nedenleri

aa. Derneğin Kuruluşundaki Eksiklikler Nedeniyle Fesih

Derneğin kurulması için kanunda belirtilen bilgi ve belgelerin yetkili merciye verilmesi yeterlidir. Bu bilgi ve belgelerin kanuna aykırılığının tespiti halinde yetkili merci derneğin faaliyetinin durdurulması veya feshi için mahkemeye başvurur. Anayasa ve Dernekler Kanunu bir derneğin kurulmasını izne bağlamamıştır (AY m. 33, I; MK m. 57, I; DK, m. 3).

Medeni Kanun'da derneklerin kuruluş bildirisi ve eklerinin doğruluğu ile tüzüklerinin en büyük mülki amir tarafından altmış gün içinde incelenmesi öngörülmüştür (m. 60, I). Kuruluş bildirisinde, tüzükte ve kurucuların hukuki durumlarında kanuna aykırılık veya noksanlık tespit edildiği takdirde, bunların giderilmesi kuruculardan yazı ile istenir. Bu yazının tebliğinden itibaren otuz gün içinde belirtilen noksanlıklar tamamlanmaz veya kanuna aykırılık giderilmezse mahallin en büyük mülki amirinin ihbarı üzerine Cumhuriyet Savcılığı derneğin feshi için yetkili mahkemeye başvurur. Ayrıca derneğin faaliyetinin durdurulmasını da isteyebilir (MK m. 60, II; DK m. 17). Derneğin faaliyetinin durdurulmasının istenmesine ilişkin açık bir hüküm olmasaydı bile Cumhuriyet Savcısı, Hukuk Muha-

⁹ Akipek - Akıntürk, s. 364.

¹⁰ "2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 50. maddesinde "Yetkili mercilerce yapılan yazılı isteme rağmen kuruluş bildirisi ve eklerindeki kanuna aykırılık ve noksanlıklar ... giderilmez veya olağan genel kurul ... toplantısı yapılmaz ... zorunlu organlar oluşturulmaz ve ... mülki amirliğin ... ihtarına rağmen bu zorunluluklar yerine getirilmezse" derneğin feshine karar verileceği hükme bağlanmıştır.

Davanamede bu yönde bir olgu ortaya konmamaktadır. Ancak Dernekler Kanunu'nun 37/1 maddesinin 1. bendi uyarınca dernekler "Tüzüklerinde gösterilen amaç ve bu amacı gerçekleştirmek üzere sürdürüleceği bildirilenler dışında faaliyette bulunamazlar." Bu kuralın müeyyidesi aynı kanunun 77/3 maddesinde gösterilmiş olup o hükmün ceza hakimi tarafından uygulanması sırasında dernek, cezanın fer'i olarak kapatılabilir. Asliye Hukuk Hakimi bu hükümler çerçevesinde karara görevli ve yetkili değildir.

Öte yandan; Derneğin suç sayılan eylemlerin kaynağı haline geldiğinin kesinleşen mahkeme kararı ile belirlenmesi halinde derneğin kapatılmasına karar verilebilir. Böyle bir halin varlığı sabit olmadığı gibi aynı Kanun'un 53/1 maddesindeki koşullar da oluşmadığı halde yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir." 2. HD, 15.1.1998 T, 13340/270 (Karar yayınlanmamıştır).

kemeleri Usulü Kanunu'nun 101. ve müteakip maddelerine göre böyle bir talepte bulunabilirdi.

Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 103. maddesine göre, "101 ve 102. maddelerde gösterilen hallerden başka tehirinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararı defî için hakim icap eden ihtiyati tedbirlerin icrasına karar verebilir." Hakim derneğin faaliyetinin devam etmesi halinde telafisi imkansız veya güç zararların doğacağı veya tehlikeli bir durumun olabileceği kanısına vardığı takdirde tedbir kararını verecektir.

Derneğin kuruluş bildirisinde noksanlıklar veya kanuna aykırılıklar varsa, bu hususların giderilmesi için idarece otuz günlük süre verilerek ihtar yapılmalıdır. İhtar yapılmamışsa derneğin feshine karar verilemez.¹¹ Otuz günlük bu süre hak düşürücü süredir. Yargıtay'a göre, mahkemece yargılama sırasında ek süre verilerek eksikliğin giderilmesi mümkün değildir.¹² Bu içtihadın Medeni Kanun'un 60. maddesi çerçevesinde 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra da geçerli olacağı kanısındayım.

bb. Olağan Genel Kurul Toplantısının Süresinde Yapılmaması

2908 sayılı Dernekler Kanunu'na göre derneğin olağan genel kurul toplantısı tüzüğünde belirtilen sürelerde yapılmazsa, mahallin en büyük mülki amirinin Cumhuriyet Başsavcılığı'na yazılı olarak ihbarda bulunması üzerine derneğin feshi için Cumhuriyet Savcısı tarafından dava açılabilir. (2908 sayılı Dernekler Kanunu m. 50/2).

¹¹ "Mülki amirlikçe davalı derneğe yazılı ihtarda bulunulduğuna dair dosyada herhangi bir delil yoktur. Bu husus araştırılmadan feshe karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." 2. HD, 16.4.1998 T, 2893/4387 (karar yayınlanmamıştır).

¹² "Dernekler Kanunu'nun 10/2. maddesi, derneğin kuruluş bildirisinde, Kanun'a aykırılık yahut eksikliklerin bulunması halinde, bunların giderilmesi için idarece yazılı olarak istekte bulunulacağını, bunların otuz günlük süre içerisinde tamamlanmaması, eksikliğin giderilmemesi halinde derneğin feshine karar verileceği hükme bağlanmıştır. Toplanan delillerden idarece tüzükteki eksikliğin ikmalî için düzenlenen 26.10.1998 günlü yazının 12.11.1998'de derneğe tebliğ edildiği, ancak otuz günlük süre içerisinde eksikliklerin ikmal edilmediği anlaşılmaktadır. Yasa'da düzenlenen otuz günlük süre hak düşürücü niteliktedir. Hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir. Mahkemece süre verilip eksikliğin tamamlanması da sonuç doğurmaz. Dernekler Kanunu Ticaret Kanunu'na göre özel niteliktedir. Sözü edilen Yasa'nın 435/1 maddesine atıf yapılması da yerinde değildir. Gösterilen nedenlerle derneğin feshine karar verilmesi gerekirken Yasa'nın yorumunda, delillerin değerlendirilmesinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır." 2. HD, 25.10.1999 T, 9112/11220 (YKD, 2000/2, s.192).

5253 sayılı Dernekler Kanunu ise, derneklerin feshine ilişkin hükümlere yer vermemiştir. Medeni Kanun'da da olağan genel kurul toplantısının süresinde yapılmaması halinde bir yaptırım öngörülmediği için Cumhuriyet Savcısı'nın bu nedenle derneğin feshi davası açma yetkisi kalkmıştır.

cc. Kanunen Zorunlu Olan Organların Oluşturulmaması

Dernekler, tüzüklerinin gazetede yayımlandığı günü izleyen altı ay içinde ilk genel kurul toplantılarını yapmak ve organlarını oluşturmak zorundadırlar (MK m. 62). Medeni Kanunu'nun 87. maddesi'nin 2. bendi bu durumu kendiliğinden sona erme sebebi olarak düzenlemiştir. 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 14. ve 50/2. maddeleri uyarınca derneklerin feshine ilişkin hükümlere 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nda yer verilmiştir. Bu nedenle Cumhuriyet Savcısı kanunen zorunlu olan organların oluşturulmaması nedeniyle derneğin feshini isteyemez.

dd. Derneğin Amacının Kanuna veya Ahlaka Aykırı Hale Gelmesi

Derneğin amacının kanuna veya ahlaka aykırı hale gelmesi nedeniyle feshedilmesi, Medeni Kanun'da derneklerle ilgili düzenlenmiş bulunan bir fesih nedenidir (MK m. 89). Dernekler Kanunu'nda bu fesih sebebi düzenlenmemiş ise de Dernekler Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca, Medeni Kanunu'nun derneklerle ilgili hükümlerinin uygulanması mümkün olduğundan, derneğin amacının kanuna veya ahlaka aykırı hale gelmesini bir fesih sebebi olarak kabul etmek gerekir.

Bir derneğin amacı hukuka, ahlaka ve adaba aykırı olamaz. Zaten amaçları hukuka, ahlaka ve adaba aykırı olan dernekler şahsiyet kazanamazlar (MK m. 47, II). Başlangıçta hukuka, ahlaka ve adaba aykırı olmayan bir derneğin amacı; sonradan hukuka, ahlaka ve adaba aykırı hale gelecek olursa, bu dernek ilgililerden birinin veya Cumhuriyet Savcısı'nın istemde bulunması üzerine mahkeme kararıyla dağıtılır (feshedilir) (MK m. 89). Derneğin dağıtılmasına karar verilebilmesi için amacın kuruluştan sonraki bir dönemde hukuka, ahlaka veya adaba aykırı hale gelmiş olması gerekir.¹³

Derneğin amacının sonradan ahlaka ve kanuna aykırı bir hal alması, mutlaka derneğin amacının değiştirilmesi şeklinde ortaya çıkmaz; fiili olarak da amacın değiştirilmesi derneğin feshi için yeterlidir.¹⁴ Bir derneğin emredici hükümlere veya ahlak kurallarına aykırı işlemlerde bulunması ve

¹³ Akipek – Akıntürk, s. 363.

¹⁴ Öztan, s.104; Akipek - Akıntürk, s. 365.

bu işlemlerin tekrarlanarak devamlı bir faaliyet halini alması, onun amacının değişmiş olduğunu, fiilen güttüğü amacın hukuka ve ahlaka aykırı olduğunu gösterir.¹⁵

b. Derneğin Feshi Davasının Açılması ve Yargılama Usulü

Derneğin feshi davası, kamu düzeni ile ilgili olduğundan Cumhuriyet Savcısı, fesih sebebini başka bir yoldan öğrenmişse, mülki amirin yazılı ihbarı olmadan da re'sen davayı açabilir. Bu davada yazılı yargılama usulü uygulanır. Çünkü Dernekler Kanunu'nun 18,1 hükmü sadece Dernekler Kanunu ile ilgili hukuk davalarında basit yargılama usulünün uygulanacağını belirtmektedir. Derneğin feshi davası ise Medeni Kanun'da düzenlenmiştir (MK m. 60, II; 89).

Kanımızca fesih davasının duruşmasına Cumhuriyet Savcısı'nın katılması zorunludur. Bu husus kamu düzeni ile ilgilidir. Mahkeme Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 409. maddesi uyarınca gelmeyen Cumhuriyet Savcısı'nın yokluğunda yargılama yaparak karar vermemelidir.¹⁶ Ancak durumu tutanağa geçirerek duruşmayı başka bir güne erteleyebilir. Haklı bir mazereti olmaksızın duruşmalara katılmayan Cumhuriyet Savcısı hakkında ise idari ve cezai yaptırımlar uygulanabilir (TCK m. 230; 240).

Derneğin feshi davasında da Cumhuriyet Savcısı'nın katıldığı diğer hukuk davalarında olduğu gibi kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanır. Hakim talep üzerine veya kendiliğinden gerekli delillerin toplanmasına karar verebilir.

Derneğin feshi davasında Cumhuriyet Savcısı davacı taraftır. Davalı ise derneğin yöneticileridir. Bu dava niteliği itibarıyla geleceğe etkili inşai davadır.¹⁷

2. Derneğin Kapatılması

Dernekler, Kanun'da öngörülen hallerde hakim kararıyla kapatılabilir (AY m. 33, V). Anayasa bu hükmüyle dernek kurma özgürlüğüne iki güvence sağlamıştır. Birincisi derneklerin ancak kanunda belirtilen hallerde kapatılabileceğinin öngörülmesidir. Anayasa, derneklerin kapatılma nedenlerinin belirlenmesi yetkisini idareye değil, yasama organına vererek

¹⁵ Akipek - Akıntürk, s. 365.

¹⁶ Aksi görüş, Kuru, B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. I, İstanbul 2001, s. 856.

¹⁷ Kuru, B. - Arslan, R. - Yılmaz, E., *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2003, s. 332.

kanuni bir teminat öngörmüştür. Kanun koyucu da 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 53. maddesinde derneğin kapatılma sebeplerini sayma yolu ile belirlemişti. Bu nedenle Kanun'da öngörülenlerin dışındaki bir sebepten dolayı derneğin kapatılmasına karar verilememekteydi.¹⁸ Yeni Dernekler Kanunu'nda derneklerin kapatılmasına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Medeni Kanun'da da derneğin kapatılmasına ilişkin bir hüküm mevcut değildir.

Dernek kurma özgürlüğüne Anayasa'nın sağladığı ikinci güvence ise, derneklerin hakim kararı olmadan kapatılmamasıdır. Ancak devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel ahlakın, suçun işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde o derneğin merkezinin veya şubesinin bulunduğu ilin valiliği geçici bir kararla derneği veya şubeyi faaliyetten alıkoyabilir (AY m. 33, III-V; DK m. 20, I; MK m. 90, III). İdarenin derneği veya şubesini faaliyetten men etmesi geçici bir süre içindir. Valiliğin bu men kararı yirmi dört saat içinde asliye hukuk mahkemesinin onayına sunulur. Mahkeme de el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde men kararının onanmasına veya kaldırılmasına dair bir karar verir (AY m. 33, V; DK m. 20, I).

3. Derneğin Kendiliğinden Dağılmış Sayılması

a. Genel Olarak

Medeni Kanun'un 87. maddesinde, derneğin kendiliğinden dağılmış sayılma sebepleri şu şekilde sayılmıştır:

1. Amacın gerçekleşmesi, gerçekleşmesinin olanaksız hale gelmesi veya sürenin sona ermesi,
2. İlk genel kurul toplantısının kanunda öngörülen sürede yapılmamış ve zorunlu organlarının oluşturulmamış olması,
3. Borç ödemededen acze düşmüş olması,
4. Tüzük gereğince yönetim kurulunun oluşturulmasının olanaksız hale gelmesi,
5. Olağan genel kurul toplantısının iki defa üst üste yapılamaması,

¹⁸ Ancak bazı hallerde ceza davası nedeniyle fer'i bir ceza olarak dernek tüzel kişiliğinin sona erdirilmesine karar verilebilir. Bu fer'i ceza da açık bir kanun hükmüne dayandığından "kanuni teminat" ilkesi ihlal edilmiş sayılmaz. Bkz., DK m. 32- n, p.

Kendiliğinden sona erme veya kanundan dolayı dağılma (infisah), bir derneğin herhangi bir formaliteye veya karara yahut işleme gerek kalmaksızın belli sebeplerin ortaya çıkmasıyla birlikte kendiliğinden dağılması, hak süjesi niteliğini kaybetmesi demektir.¹⁹ Bir derneğin kendiliğinden dağılmış sayılması için herhangi bir resmi makamın veya dernek organının bu konuda karar almasına gerek yoktur. Dernek kendiliğinden dağılma sebeplerinin varlığı halinde kanundan dolayı (ipso iure) dağılmış sayılır.²⁰ Bu yönüyle kendiliğinden dağılma gerçek kişilerin ölümüne benzetilmektedir.²¹

Bir derneğin kendiliğinden dağılması kanundan dolayı olmakla birlikte, bu hususun tespiti hukuki güvenlik açısından şarttır. Çünkü kendiliğinden dağılmış bir dernek, tüzel kişiliğini ve hak ehliyetini yitirir. 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 51. maddesini değiştiren 3.07.1997 T. ve 4279 sayılı Kanun'dan önce derneğin kendiliğinden dağılma halinin tespitinin dernek merkezinin bulunduğu yerin en büyük mülki amirinin kararıyla olacağı öngörülmüştü.²² Yapılan Kanun değişikliğinden sonra kendiliğinden dağılma halinin tespitinin dernek merkezinin bulunduğu yerin en büyük mülki amirinin veya Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine sulh hukuk mahkemesince yapılacağı kabul edilmişti (2908 sayılı DK m. 51).

5253 sayılı Dernekler Kanunu ise derneğin kendiliğinden dağılmış sayılmasına ilişkin bir hükme yer vermemiştir.

b. Derneğin Feshi ile Kendiliğinden Dağılmış Sayılması Arasındaki Farklar

Derneğin kendiliğinden dağılmış sayılması yukarıda açıklandığı üzere belli sebeplerin ortaya çıkması halinde dernek tüzel kişiliğinin kendiliğinden sona ermesini ifade eder. Sulh hukuk mahkemesinin kararı hukuki güvenlik ve istikrar açısından sadece mevcut bir durumun tespit edilmesinden ibaret olup, inşai bir sonuç doğurmaz. Derneğin feshinde ise, fesih sebeplerinin mevcut olması derneğin feshedilmiş sayılması için yeterli olmayıp, mahkemenin yenilik doğuran fesih kararı gereklidir.

¹⁹ Akipek - Akıntürk, s. 358.

²⁰ Öztan - Tüzel, s. 102.

²¹ Akipek - Akıntürk, s. 358.

²² 2908 sayılı DK'nın 51. maddesinin 4279 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki metni şu şekildeydi: "Dernekler kuruluş amaç ve şartlarını kaybettiği veya acze düştüğü veya yönetim kurulunun tüzük gereğince kurulmasına imkan kalmadığı veya 23. maddede belirtilen yeter sayının bulunmaması sebebiyle üst üste iki olağan genel kurul toplantısının yapılmadığı hallerde, kendiliğinden dağılmış sayılır. Kendiliğinden dağılma halinin tespiti, dernek merkezinin bulunduğu yerin en büyük mülki amirinin kararıyla olur."

Kendiliğinden dağılma sebepleri, derneğin artık faaliyette bulunmasına gerek kalmadığı ya da faaliyet göstermekte yetersiz olduğu durumları yansıtır. Derneğin fesih sebepleri ise daha çok dernek yöneticilerinin hukuka veya ahlaka aykırı davranışları ya da kanunda öngörülen yükümlülüklere uymamaları ile ilgilidir.

c. Derneğin Kendiliğinden Dağılmış Sayılma Sebepleri

aa. Derneğin Kuruluş Amaç ve Şartlarını Kaybetmesi (Derneğin Amacının Gerçekleşmesi, Gerçekleşmesinin Olanaksız Hale Gelmesi veya Sürenin Sona Ermesi)

Dernekler belli bir amaç için kurulurlar. Bu amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalkması halinde derneğin varlık nedeni de ortadan kalkmış olur. Örneğin; belli bir tarihte çocuk kreşi yapmak için derneğin kurulmuş olması durumunda, sürenin dolması veya kreşin yapılması ile dernek kendiliğinden dağılmış sayılacaktır.²³ Restore edilecek ahşap bir binanın yanması halinde olduğu gibi derneğin amacının gerçekleşmesinin olanaksızlaşması durumunda da kanundan dolayı dernek dağılmış sayılır. Derneğin kuruluş amaç ve şartlarını kaybetmesi, derneğin mahiyetinden doğan kendiliğinden dağılma sebeplerini de kapsamaktadır.

bb. Derneğin Borç Ödemede Acze Düşmesi

Derneklerin gelir kaynaklarından yeterince para tahsil edememeleri, giderlerinin gelirlerine göre çok olması, aşırı derecede borçlanmaları, kira, kırtasiye, haberleşme gibi en zorunlu gereksinimlerini dahi karşılayamamaları halinde acze düştüklerinin kabulü gerekir.²⁴ Derneğin mali sıkıntısı geçici olmamalıdır.²⁵ Mali durumunu düzeltme ihtimali varsa, derneğin kendiliğinden dağılmış sayılmasına karar verilmemesi gerekir.

Bir derneğin acze düştüğünün en önemli kanıtı hakkında yapılan takibin semeresiz kalmasıdır.²⁶ Derneğin aktifinin pasifini karşılamaması tek başına derneğin aczini göstermez.

²³ Ballar, s. 393.

²⁴ Ballar, s. 393.

²⁵ Öztan, s. 103.

²⁶ Akipek - Akıntürk s. 360.

cc. Yönetim Kurulunun Tüzük Gereğince Oluşturulmasının Olanaksızlaşması

Dernek yönetim kurulunun oluşturulamaması çeşitli nedenlere dayana-bilir. Örneğin; dernek üye sayısının yönetim kurulunu oluşturacak sayının altına düşmesi veya yönetim kuruluna hiçbir üyenin girmek istememesi hallerinde, derneğin kendiliğinden dağılmış sayıldığı kabul edilmelidir.²⁷

Yönetim kurulu üye sayısı, boşalmalar sebebiyle yedeklerin de getirilmesinden sonra üye tam sayısının yarısından aşağı düşerse, genel kurul, mevcut yönetim kurulu üyeleri veya denetleme kurulu tarafından bir ay içinde toplantıya çağrılır. Çağrının yapılmaması halinde dernek üyelerinin birinin başvurması üzerine mahallin sulh hukuk hakimi duruşma yaparak dernek üyeleri arasından seçeceği üç kişiyi bir ay içinde genel kurulu toplamakla görevlendirir (MK m. 84, II). Sulh hukuk hakiminin genel kurulu toplamak için dernek üyeleri arasından üç kişiyi bulmasının olanaksız olması halinde de dernek kendiliğinden dağılmış sayılır.²⁸

dd. Üye Yeter Sayısının Bulunmaması Sebebiyle Üst Üste İki Olağan Genel Kurul Toplantısının Yapılamaması

Derneğin, yeter sayının bulunmaması sebebiyle üst üste iki olağan genel kurul toplantısını yapamaması kendiliğinden dağılma sebebi olarak düzenlenmiştir (MK m. 87/5). Genel kurulun ilk toplantısında yeter sayı sağlanamazsa ikinci toplantıda çoğunluk aranmaz. Ancak bu ikinci toplantıya katılan üye sayısı, dernek yönetim ve denetleme kurulları üye tam sayısı toplamının iki katından az olamaz (MK m. 78, II). İkinci toplantıda da toplantı yeter sayısı sağlanamazsa dernek kendiliğinden dağılmış sayılacaktır.²⁹ Ancak Yargıtaya göre, yeter sayının bulunmaması nedeniyle yapılan ikinci toplantı, ikinci genel kurul olmayıp, aynı genel kurulun ikinci toplantısıdır.³⁰

²⁷ Ballar, s.393.

²⁸ Öztan, s.103.

²⁹ Ballar s. 394; Öztan s.103,104; Akipek - Akıntürk, s. 361.

³⁰ "Dernekler Kanunu'nun 21. maddesi genel kurula çağrı usulünü düzenlemektedir. Buna göre ilk toplantıda çoğunluk sağlanamaması halinde ikinci toplantı yapılacağı ve genel kurul toplantısının bir defadan daha fazla geri bırakılmayacağı ifade edilmektedir. O halde anılan madde her iki toplantıyı tek bir genel kurul olarak kabul etmektedir. Dernekler Yasası'nın 21. maddesi ise üst üste iki olağan genel kuruldan söz etmektedir ki, somut olayda tek bir genel kurul bünyesinde iki yapılamayan toplantı vardır." 9. HD, 27.11.1997, 7487/7874 (Ballar s. 397'den naklen).

ee. İlk Genel Kurul Toplantısının Kanunda Öngörülen Sürede Yapılmamış ve Zorunlu Organların Oluşturulmamış Olması

Medeni Kanun'un 62. maddesine göre, "Dernekler, 60. maddenin son fıkrası gereğince yapılan yazılı bildirimini izleyen altı ay içinde ilk genel kurul toplantılarını yapmak ve zorunlu organlarını oluşturmakla yükümlüdürler." Medeni Kanun'un 87. maddesinin 2. bendinde ise, ilk genel kurul toplantısının kanunda öngörülen sürede yapılmamış ve zorunlu organların oluşturulmamış olması, kendiliğinden dağılma hali olarak öngörüldükten sonra, maddenin son fıkrasında kendiliğinden dağılma halinin tespitine sulh hukuk hakiminin karar vereceği belirtilmiştir.

d. Federasyonların ve Konfederasyonların Kendiliğinden Dağılmış Sayılması

Federasyonlar kuruluş amaçları aynı olan ve kamu yararına çalışan en az beş derneğin amaçlarını gerçekleştirmek üzere üye sıfatıyla bir araya gelmelerinden oluşan bir tüzel kişiliktir (DK m. 8; MK m.96, I).³¹

Konfederasyonlar ise, kuruluş amaçları aynı olan en az üç federasyonun üye sıfatıyla bir araya gelmeleri ile kurulurlar (DK m. 8; MK m. 97, I). Federasyon ve konfederasyonların kuruluş şekilleri nedeniyle 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nda bunlara özgü kendiliğinden dağılmış sayılma halleri düzenlenmişti.

2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 34. maddesinin 3. fıkrasında "Federasyonların üye sayısı beşten ve konfederasyonların üye sayısı üçten aşağı düştüğü ve bu durum üç ay içinde giderilmediği takdirde, haklarında 51. maddede yazılı kendiliğinden dağılma hükümleri uygulanır." hükmü bulunuyordu.

³¹ Medeni Kanun'un 96. maddesinin gerekçesi: "Maddede derneklerin üst kuruluşlar kurabilecekleri öngörülmüştür. Böylece derneklerin tüzüklerinde belirtilen amaç ve faaliyet alanlarında çalışan diğer dernekler ile bir federasyon çatısı altında örgütlenecek güçlerini birleştirmelerine olanak sağlanmıştır. Aynı amaca yönelik derneklerin bir araya gelerek üst örgüt oluşturmalarının, derneklerinin faaliyetlerini ülke çapında birleştirme, etkinleştirme ve tek başına yapamadıkları faaliyetleri ülke düzeyinde gerçekleştirmelerini sağlayacağından kuşku yoktur. Yine bu amaçla Dernekler Kanunu'nun 34. maddesinde, üç derneğin amaçlarını gerçekleştirmek üzere bir araya gelerek bir federasyon kurabileceklerine ilişkin hüküm değiştirilerek, daha demokratik bir katılımın sağlanması için federasyonların bünyelerinin kalabalık olması gerekliliği göz önüne alınarak, en az beş derneğin bir federasyon kurabilecekleri öngörülmüştür." *Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri*, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2002, s. 355.

5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasında da benzer bir hükme yer verilerek, federasyonların ve konfederasyonların kanunda öngörülen üye yeter sayısının altına düşmesi halinde haklarında kendiliğinden sona erme hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

e. Yargılama Usulü

Yürürlükten kalkan 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 51. maddesinin son cümlesine göre, *“Derneğin kendiliğinden dağılma hali, dernek merkezinin bulunduğu yerin en büyük mülki amirinin veya Cumhuriyet Başsavcılığı'nın istemi üzerine sulh hukuk mahkemesince tespit edilir.”* Ayrıca Medeni Kanun'un 87. maddesinin son cümlesine göre, kendiliğinden dağılma istemi her ilgili tarafından da yapılabilir.

5253 sayılı Dernekler Kanunu ise, derneklerin kendiliğinden dağılmasına ilişkin usul hükümlerine yer vermemiş, sadece Medeni Kanun'a atıfta bulunmakla yetinmiştir. Ancak Medeni Kanun'da, derneğin kendiliğinden dağıldığının tespitini isteyenler arasında Cumhuriyet Başsavcılığı sayılmamıştır.

İsabetli olarak belirtildiği gibi Cumhuriyet Savcılarının özel hukuka ilişkin görevleri, ancak kanunda açıkça öngörülen hallerle sınırlıdır. Cumhuriyet Savcısı'nın hukuk davası açma yetkisini kullandığı hallerde *“hukuk davasının kanuniliği”* ilkesi geçerlidir. Cumhuriyet Savcısı'nın hukuk davası açması ve açılan hukuk davasına katılması çeşitli kanunlardaki özel hükümlerle düzenlenmiştir. Özel bir hükümle Cumhuriyet Savcısı'na hukuk davası açma veya hukuk davasına katılma yetkisi verilmedikçe, bu kamu görevlisi hukuk davası açamaz ve hukuk davasına katılamaz. Kanunilik ilkesi ile ilgili açık bir pozitif dayanak bulmak pek mümkün değil ise de Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 58. maddesinde bu ilkeyi kabul eden bir ifade tarzı mevcuttur. Bu maddeye göre *“İş bu fasıl ahkâmı kanunen müddeiumuminin müdahalesi lazım gelen hukuk davalarında da tatbik olunur.”* Bu alanı düzenleyen kuralların sistematığının yanı sıra Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 58. maddesi de bu ilkenin varlığını kanıtlamaktadır.³²

Bu nedenle derneklerin kendiliğinden dağıldığının tespiti artık Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından istenemez. Bu boşluğun giderilmesi için Medeni Kanun'da öngörülen *“her ilgili”* ifadesi kapsamında idare tarafından derneklerin kendiliğinden dağıldığının tespitinin istenmesi mümkündür.

³² Saldırım, M., *Özel Hukuk Alanında Cumhuriyet Savcılarının Görevleri*, Ankara 2004 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 68.

Derneğin kendiliğinden dağılmış sayılmasının tespiti konusunda duruşma yapıp bütün deliller toplandıktan sonra karar verilmesi gereklidir. Evrak üzerinden inceleme yapılarak derneğin dağılmış sayılmasına karar verilemez.³³

Derneğin kendiliğinden dağılmış sayıldığıının tespitinde kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanır. Hakim re'sen veya istem üzerine gerekli delillerin toplanmasına karar verebilir. Özellikle derneğin ekonomik açıdan acz içinde olup olmadığının tespiti için bilirkişi incelemesi yapılabilir.

Derneğin kendiliğinden dağılmasının tespitinde görevli ve yetkili mahkeme dernek merkezinin bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesidir (HUMK m. 9, I; 17).

C. CUMHURİYET SAVCISININ SENDİKA TÜZEL KİŞİLİĞİNİN SONA ERDİRİLMESİNE İLİŞKİN GÖREVLERİ

1. Genel Olarak

İşçi ve işveren sendikaları ile konfederasyonları hakkında Sendikalar Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde, Medeni Kanun ve Dernekler Kanunu'nun Sendikalar Kanunu'na aykırı olmayan hükümleri uygulanır (Sen. K. m. 63, I). Sendikalar Kanunu'nda, sendika ve konfederasyonların kapatılması 58. maddede düzenlenmiş olup, bunların mahkeme kararı ile feshine ve kendiliğinden dağılmış sayılmasına ilişkin hükümlere yer verilmemiştir. Ancak Sendikalar Kanunu'nun 46. maddesinin kenar başlığı "*Fesih, infisah ve kapatma halinde malların devri*" olduğundan, sendikaların Medeni Kanun hükümlerine göre mahkeme kararı ile feshedilmesinin ve kendiliğinden dağılmış (infisah etmiş) sayıldığıının tespit edilmesinin mümkün olduğu sonucuna varmak gerekir.

³³ "Kanun'un gösterdiği istisnalar dışında hakim her iki tarafı istima veyahut iddia ve savunmalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere uygun davet etmedikçe hükmünü veremez (HUMK m.73). Yine Hukuk Yargılamaları Usul Yasası'nın 180 ve 200. maddeleri gereğince taraflara delillerini ibraz için usulüne uygun önel vermek, varsa gösterecekleri deliller toplanmak, sonucuna göre karar verilmek gerekir. Yasa'da incelemenin evrak üzerinde yapılacağına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. O halde mahkemece yapılacak iş davalı derneği temsil yetkisi olanlara dava dilekçesi ve duruşma günü tebliği ile davaya karşı cevaplarını almak, delillerini ibraz etmek için önel vermek, varsa gösterecekleri delilleri toplamak ve sonucuna göre karar vermektir ibarettir. Bu yönler gözetilmeden evrak üzerinde inceleme yapılarak eksik araştırma ve inceleme ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." 2. HD. 30.6.1999 T, 5687/7576 (Karar yayımlanmamıştır).

Sendikalar Kanunu'nun 6. maddesinin 3. fıkrasına göre, kuruluş sırasında verilmesi gereken belgelerin eksik olması veya yanlış bilgi içermesi ya da Kanun'da öngörülen kuruluş şartlarının gerçekleşmemesi halinde ilgili bakanlık veya ilgili vali, sendikanın veya konfederasyonun faaliyetinin durdurulması veya kapatılması için iş davalarına bakmakla görevli mahkemeye başvurmak zorundadırlar. Sendikalar Kanunu'nda Cumhuriyet Savcısı'na bu konuda bir görev verilmemiştir. Kuruluş sırasındaki eksiklerle ilgili olarak Sendikalar Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunduğu ve Cumhuriyet Savcısı'na da dava açma görevi verilmediğinden, bu kamu görevlisinin sendikaların veya konfederasyonların kuruluşundaki eksikler nedeniyle sendikanın (ya da federasyon veya konfederasyonun) feshini isteyemeyeceği kanısındayız.

Sendikalar Kanunu'nun uygulanmasından doğan bütün uyuşmazlıklar iş davalarına bakmakla görevli mahkemelerde çözüleceğinden (Sen. K. m. 63, II) Medeni Kanun'daki hukuki sebeplere de dayansa, sendikanın veya konfederasyonun feshi ya da kendiliğinden dağıldığının tespiti davalarında iş mahkemesi görevlidir.

Sendikalar Kanunu'nun 59. maddesinde suç teşkil eden fiiller düzenlenmiştir. Bu suçların takibi Cumhuriyet Savcılarına ait bir görev olmakla birlikte, çalışmamız bu kamu görevlisinin sadece özel hukuk alanındaki faaliyetleri ile sınırlı bulunduğu Sendikalar Kanunu'nun 59. maddesi konumuz dışında kalmaktadır.

2. Sendikaların Kapatılması

a. Sendikaların Kapatılma Nedenleri

Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devleti'nin ve Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak amaçları güden veya bu yolda faaliyette bulunan sendika ve konfederasyonlar Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkeme kararı ile kapatılır (Sen. K. m. 58, I). Burada sendikanın kapatılabilmesi için yöneticilerin veya bunlarla birlikte üyelerin bu çeşit suçlara karıştıklarına dair kesinleşmiş mahkeme kararı aranmadığı gibi sendikanın devlete karşı işlenen suçların kaynağı haline gelmesi de aranmamaktadır. Bununla birlikte maddede belirtilen amaç ve faaliyetlerin belli bir yoğunlukta olması, yöneticilerin bu amaca yönelik faaliyetlerde ve çalışmalarda bulunmaları

gerekir. Sendika üyelerinden bir veya birkaçının yöneticiler tarafından desteklenmeyen ve belli bir yoğunluğa ulaşmayan faaliyetleri nedeniyle sendikanın kapatılmasına karar verilemez.

b. Yargılama Usulü

Sendikalar Kanunu'nun 58. maddesinin 2. fıkrasında Cumhuriyet Savcısı'nın "*istemi üzerine*" sendika ve konfederasyonların mahkeme kararı ile kapatılacağı belirtilmiş ise de buradaki "*istem*" teknik anlamda dava açılmasını ifade eder. "*Cumhuriyet Savcısı'nın açtığı özel hukuk davalarına katılması gerektiği ilkesi*" nedeniyle de bu davanın duruşmasında hazır bulunması gerekir.

Sendikalar Kanunu'nun 58. maddesinin 1. fıkrasına göre, açılan kapatma davasının yargılama sürecinin her safhasında mahkeme kendiliğinden veya talep üzerine sendika veya konfederasyonların faaliyetlerinin durdurulmasına ve yöneticilerin görevlerine son verilmesine karar verebilir (Sen. K. m. 58, II; MK m. 89). Bu karar niteliği itibarıyla bir geçici hukuki himaye önlemi olduğundan mahiyetine uygun düştüğü ölçüde Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun ihtiyati tedbirlere ilişkin 101. ve müteakip maddeleri de Sendikalar Kanunu'na göre alınan tedbirlere kıyasen uygulanabilir.

Cumhuriyet Savcısı'nın açtığı ve katıldığı diğer hukuk davalarında olduğu gibi bu davada da kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanır. Hakim talep üzerine veya re'sen gerekli delillerin toplanmasına karar verebilir ve delilleri serbestçe takdir eder.

Sendikanın veya konfederasyonun kapatılması davasında görevli mahkeme iş mahkemesidir (Sen. K. m. 58, I; 63, II). Yetkili mahkeme ise sendika veya konfederasyonun merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir (Sen. K. m. 63, I; HUMK m. 9, I; 17).

D. SONUÇ

5253 sayılı Dernekler Kanunu, 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nda bulunan örgütlenme özgürlüğüne karşı pek çok sınırlamayı kaldırması nedeniyle daha modern ve özgürlükçü bir kanun niteliğindedir. Özellikle 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nda yer alan derneklerin kapatılmasına ilişkin 53. maddeye benzer bir hükme yer vermemesi, bunun önemli bir kanıtıdır. Dernek kapatmanın ortadan kaldırılmasının yanı sıra, özel hukuka ilişkin olarak dernek tüzel kişiliğinin sona erdirilmesine dair hükümlere de yer verilmemiş ve konu tamamen Medeni Kanun çerçevesinde halledilmeye

çalışılmıştır. Medeni Kanun'daki sınırlamalar ve özellikle derneğin feshine ilişkin hükümler, 2908 sayılı Dernekler Kanunu'na göre daha az olduğundan, derneklerle ilgili bu yasal değişiklik, örgütlenme özgürlüğü konusunda daha özgürlükçü bir ortam yaratmaktadır.

Derneklerin kendiliğinden dağıldığının tespit edilmesine ilişkin olarak da 5253 sayılı Dernekler Kanunu, önceki Dernekler Kanunu'ndan farklı olarak Cumhuriyet Savcısı'na konuyla ilgili bir görev vermemiştir. Bu konuda Medeni Kanun'da da bir hüküm olmadığından, Cumhuriyet Savcısı'nın derneklerin kendiliğinden dağılmasına ilişkin görevleri yoktur.

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 16.03.2005

E. 2005/12-214

K. 2005/146

* Şikayet

* İcra harç ve dava giderleri

(4684 sayılı K. Geçici m. 4; 2004

sayılı İİK m. 15, 89; 492 sayılı

Harçlar K. m. 2, 20, 23, 28, 29, 32,

37, 127, 128; 2548 sayılı K. m. 1;

İİK Yönetmeliği m. 57, 58)

Taraflar arasındaki “şikayet” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 4. İcra Mahkemesi’nce şikayetin reddine dair verilen 31.12.2003 gün ve 2003/1654-2163 sayılı kararın incelenmesi “şikayetçi/alacaklı banka vekili” tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 30.04.2004 gün ve 2004/6244-10883 sayılı ilamı ile:

“... 4603 sayılı Yasa ile T. H. Bankası çağdaş bankacılığın ve uluslararası rekabetin gereklerine göre çalışmasını ve özelleştirmeye hazırlanmasını sağlayacak şekilde yeniden yapılanmaya tabii tutulmuştur.

4684 sayılı Yasa’nın Geçici 4. maddesinin 2. fıkrasında ise yeniden yapılandırma süreci içerisinde bankalarca kredi alacaklarının tahsili amacıyla açılmış veya açılacak dava ve takipler sonuçlandırılincaya kadar 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun 2, 23 ve 29. maddelerinin ve 2548 sayılı Kanun gereğince harç alınmasına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı belirlenmiştir.

Dairemizin süreklilik kazanan içtihatlarında da açıklandığı üzere Medeni Usul Hukuku’nda olduğu gibi İcra Hukuku’nda da harç ve giderler sonuçta haksız çıkan

tarafa yükletilir. Nitekim 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda tahsil harcının tahsil olunan paradan alınacağı belirtilmiştir. İİK'nın 15. maddesine göre de; Kanunda hilafı yazılı değilse bütün harç ve masraflar borçluya ait olup neticede ayrıca hüküm ve takibe hacet kalmaksızın tahsil olunur. Sadece cezaevi harcı 2548 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin 2. fıkrası gereğince borçluya yükletilemez. Bu harcın yükümlüsü alacaklıdır. Yukarıdaki ilkeler ve Yasa hükümleri göz önünde bulundurularak iflas idaresinden paranın alacaklıya ödenmesi sırasında bundan tahsil harcı düşülemez. Bu paranın alacaklıya ödenmesi gerekir. Ancak tahsil harcı mükellefi borçlu olduğundan İİK'nın 15. maddesi gereğince ayrıca hüküm ve ayrı bir takibe gerek kalmaksızın yapılan takipte tahsil harcı yönünden muhtıra çıkarılmak suretiyle borçluya yönelinmesi gerekir. O halde şikayetin kabulü yerine reddi isabetsizdir...)

Gereğince bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

İstek, İflas Müdürlüğü'nün işlemini şikayete ilişkindir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 28. maddesinin (b) bendinde yer alan İcra Tahsil Harcının Ödeme (tahsil) zamanı ve şekli noktasındadır.

Konuyla ilgili Hukuk Genel Kurulu'nun 09.06.2004 gün ve 12/336-338 sayılı -ki bu karara karşı karar düzeltme istemi de 22.09.2004 gün ve 12/491-413 sayılı kararla reddedilmiştir- ilamında da açıkça vurgulandığı ve dayanakları ayrıntısıyla gösterildiği üzere;

İcra harcı, devletin icra hukukundaki faaliyetine karşılık aldığı paradır (Prof. Dr. Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, Üçüncü Baskı, 1988 Cilt 1, sayfa 107-108). İcra ve İflas Harçları, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun birinci kısmında yargı harçları bölümünde, 2-37. maddelerde düzenlenmiştir. Devletin icra takibi nedeniyle aldığı harçlardan en önemlilerinden birisi de Harçlar Kanunu'nun 28. maddesinin (b) bendinde düzenlenen icra tahsil harcı olup, bu harç anılan yasal düzenleme uyarınca alacağın ödenmesi sırasında tahsil olunur.

Borçlu dilerse icra dairesine başvurarak tüm ferileriyle birlikte harç ve masrafları da kapsayacak biçimde borcunun tamamını hesaplattırıp öder veya borcundan mahsup edilmek üzere kısmi ödemede bulunur. Bu ödemeleri ala-

çaklının arzu ettiği zaman icra dairesinden alma hakkı vardır. Borçlu ister kısmen isterse tamamen ödemede bulunsun, ödediği paralar İcra İflas Kanunu Yönetmeliği'nin 57. maddesi uyarınca düzenlenen bir tahsilat makbuzu ile teslim alınarak kasa defterine işlenir. Düzenlenen tahsilat makbuzunun bir nüshası da, ödemede bulunan borçluya verilir. Alacaklının, dosyaya yatırılan paraları almak istemesi halinde yine yönetmeliğin 58. maddesi uyarınca düzenlenecek reddiyat makbuzunda kesilecek tahsil harç miktarı da gösterilmek suretiyle "verilmesi lazım gelen paranın" miktarı da ayrıca gösterilir ve düzenlenen makbuz alacaklıya imza karşılığında teslim edilir.

Burada önemle vurgulamak gerekir ki, eğer bir harç alacağı mevcut ise bunun mutlaka her ödeme sırasında tahsil edilmesi gerekmektedir. Zira, devlet tahsil harcını takibe konu asıl alacak üzerinden almaktadır Bundan sonraki tahsilatlardan (faiz tahsilatlarından) harç alınması, Harçlar Yasası'nın 20. maddesinin açık hükmü karşısında mümkün bulunmamaktadır. Kısacası, Kanun; harç alacağının tahsilini borcun tamamının ödenmesi şartına bağlamamıştır. Borcun tamamı ödenirse elbetteki harç da tahsil edilecektir. Şayet, borcun tamamı değil de taksit taksit ödenmesi söz konusu ise bu taktirde yapılan borç tahsilatlarının alacaklıya ödendiği miktara göre harç tahakkuku ve tahsilatı yapılacaktır. Çünkü Devlet, verdiği hizmet yani yaptığı tahsilat kadar harç almayı hak etmiştir.

Görülmektedir ki, Harçlar Kanunu, para borçlarıyla ilgili icra tahsil harcının alacağın -ister kısmen (taksitle), isterse tümüyle- tahsili sırasında alınmasını öngörmektedir.

Yeri gelmişken açıklamakta yarar vardır ki, alacaklının, alacağının tamamını elde edinceye kadar takibe devam etmek hakkı ve yetkisi vardır. İcra Dairesi'nce borçlu tarafından yatırılan miktardan kesilen harç nedeniyle alacaklı, alacağının tamamına kavuşmadığı takdirde borçlunun malvarlığı üzerinde takibi devam ettirerek alacağın eksiksiz tahsil etme olanağına her zaman sahiptir. Alacaklı, icra takibinin herhangi bir safhasında borçlu aleyhine yürüttüğü takibi sürdürmekten vazgeçerse ve hatta bunu bir beyan olarak icra tutanağına yazdırmak isterse İcra Müdürü, feragat beyanını zapta geçirmeden önce borçlu ödemede bulunmadığı takdirde feragat harcını alacaklıdan tahsil etmek durumundadır. Yasa'nın 32 ve 127. maddeleri bu konuda hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde açık hükümler içermektedir.

Diğer taraftan, Harçlar Kanunu'nun 128. maddesinde de gerekli harçları tamamen almadan işlem yapan memurların harcın ödenmesinden mükellefler ile müteselsilen sorumluluğu öngörülmüştür.

Harçlar Yasası'nın 37. maddesinde düzenlenen ve harçların Vergi Dairesi'nce tahsilini öngören kural ise, İcra Dairesi'nce başkaca hiçbir işlem yapılmasını gerektirmeyen ve Yasa'nın öngördüğü süreler içinde harç ödemesi yapılmayan konulara münhasırdır. Kısaca harç tahsil müzekkeresi yazılmak suretiyle icra tahsil harcının Vergi Dairesi'nce tahsili öngörülen takip dosyası infaz edilmek suretiyle icra müdürü tarafından işleminden kaldırılan işlemlerle ilgilidir.

Konusu para alacağı olan icra takiplerinde takip konusu alacağın, borçlu tarafından taksitler halinde ödenmesi durumunda alacaklıya her bir ödeme yapılırken icra tahsil harcının alınması gerekmektedir. Zira, harcın tahsilinin alacağın tamamının ödenmesinden sonraya bırakılması gibi bir kabul şekli, Harçlar Yasası'nın hem sözüne ve hem de özüne aykırı olup, kabulü olanaklı değildir.

Eş söyleyişle, icra müdürünün alacağın borçlu tarafından bölüm bölüm icra kasasına yatırılması veya başka nedenlerle (satış paraları veya İİK'nın 89. maddesi uyarınca alacaklılar ve üçüncü şahıslar elinde haczedilen mallarla ilgili paralar) kasaya alınan paralar olup olmadıklarına bakmaksızın, kasaya giren paradan alacaklıya yaptığı her ödeme sırasında yasa gereği tahsili gereken harç miktarını tahsil etmesi gerekir.

Eldeki olayda da olduğu gibi, borçlunun iflas masası olması durumunda da 492 sayılı Harçlar Kanunu'na ekli (1) sayılı Tarifenin İflas Harçları Başlıklı II. Bölümü'nün 2. fıkrasının (a) bendi gereğince iflasta paylaşılan para üzerinden %3.6 harç kesilmesi zorunludur. Bu harcın sorumlusu İİK'nın 15. maddesi gereği borçlu yani iflas masasıdır. İflasta dağıtım sırasında alacaklıya ödenen para üzerinden kesilen harç açıklanan ilkeler çerçevesinde alacaklıdan değil iflas idaresinden alınmaktadır.

Somut olayda; İflas İdaresi'nin, açıklanan ilkeler çerçevesinde alacaklıya yapılan ödeme sırasında tahsili gereken harç miktarını muvakkat dağıtım raporu doğrultusunda tahsil etmesinde- harcın yükümlüsünün harçtan muafiyeti bulunmayan borçlu olması da gözetilerek- bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Bu nedenledir ki, mahkemece şikayetin reddine dair kararda direnilmiş olması usul ve yasaya uygun olup, kararın açıklanan nedenlerle onanması gerekir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 16.03.2005

E. 2005/9-191

K. 2005/144

* Alacak davası

* Hüküm sonucu kısmı

* Atıf suretiyle hüküm

kurulamaması

(1086 sayılı HUMK m. 388, 389;

1412 sayılı CMUK m. 261, 268)

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Mahkeme kararlarında nelerin yazılacağı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388. maddesinde belirtilmiştir. Hüküm sonucu kısmında gerekçeye ait her hangi bir söz tekrar edilmeksizin isteklerin her biri hakkında verilen hükümle taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların mümkünse sıra numarası altında birer birer açık şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir.

Aynı kural HUMK'un 389. maddesinde de tekrarlanmıştır. Keza HUMK'un 381. maddesi (kararın tefhimi en az 388. maddede belirtilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçilerek okunması suretiyle olur). Bu biçim yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Aksi hal, yeni tereddüt ve ihtilaflar yaratır. Hatta giderek denebilir ki, dava içinden davalar doğar, Hükümün hedefine ulaşılmasını engeller, Kamu düzeni ve barışı oluşturulamaz. Ayrıca bozma kararı ile ilk hüküm hayatiyetini yitirdiğinden ona atıf suretiyle hüküm tesisinin yukarıda açıklanan kurallara uygun düşmeyeceği de aşikardır.

Öte yandan Yargıtay'ın yerleşmiş görüşü de bu yöndedir (Hukuk Genel Kurulu'nun 19.6.1991 gün 323/391 sayılı ve 10.9.1991 gün 281-415 sayılı ve 25.9.1991 gün 355-440 sayılı kararları).

Ceza Genel Kurulu'nca da CMUK'un benzer hükümleri taşıyan 261 ve 268. maddelerinin uygulanmasında bozulan kararın geçerliliğini ve yerine getirilme yeteneğini yitirdiğinden "önceki hükümde direnilmesine" denilmekle yetinilerek ve atıf suretiyle hüküm kurulamayacağı kabul edilmiştir (Ceza Genel Kurulu'nun 2.2.1976 gün 22-25 sayılı kararı).

Somut olayda da aslolan kısa kararda, hüküm fıkrası oluşturulmamış; yalnızca "G. D.: Davacının davasınının 28.10.2003 tarihli bilirkişi raporunda gösterilen miktarlara ve Yargıtay'ın yanlış hesaplama nedeniyle bozma kararı sonrası alınan ek bilirkişi raporunda belirlenen miktar ile mahkememizce kabul edilen takdiri indirim

oranları gözetilerek davacının ıslah tarihi de değerlendirilmek suretiyle temerrüt tarihine göre davanın kısmen kabulüne Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin çok yüksek oranda indirim yapılması yönündeki bozma gerekçesine uyulmayarak önceki takdiri indirimlerin usul ve yasaya uygun olduğunun kabulüyle Yargıtay'ın kısmi bozmasına uyulmayarak önceki kararda direnilerek, yukarıda belirtildiği gibi % fazlalıkların ücretlere göre davacının %60 davalının %40 oranında kusurlu olduğu yönünde yapılan değerlendirmelerle önceki karar gibi karar verilmesine" denilmekle yetinilmiştir.

O itibarla mahkemece HUMK'un 388. maddesinin açık hükmü gözetilmeksizin yazılı biçimde karar verilmesi doğru değildir. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 16.03.2003

E. 2005/21-131

K. 2005/140

* Menfi tespit

* İstirdat

* Temyiz sınırı

(4447 sayılı K. m. 38 ile değişik 1479 sayılı K. Ek m. 20; 5219 sayılı K. ile

değişik 1086 sayılı HUMK m. 427/2, 472/3, 472/4, Ek m.3; 1711 sayılı K. Geçici m.; 2494 sayılı K. Geçici m.; 3156 sayılı K. Geçici m.; 4146 sayılı K. Geçici m.)

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, menfi tespit ve istirdat istemine ilişkindir.

A. Davacı İsteminin Özeti: Davacı vekili, müvekkilinin 1990 yılında emekli olmakla birlikte halen fiili çalışmasını sürdürdüğünü, Kuruma bunun aksine bir bildirimde bulunmadığını, tahakkuk ettirilen gecikme cezalarının alınmaması gerektiğini, bu cezaların emekli maaşından kesilmesine ilişkin kurum işleminin yerinde olmadığını, bu miktarlardan borçlu olmadığını ve tahsil olunanların istirdadını talep ve dava etmiş; dava değerini açıkça 400.000.000 TL göstererek harcını da bu miktar üzerinden yatırmıştır.

B. Davalı Cevabının Özeti: Davalı vekili, kurumun yapmış olduğu işlemlerin yasal olup herhangi bir hata veya hukuksal yanılğı söz konusu olmadığını, Yasa'nın amir hükmünün uygulandığını, davanın reddini savunmuştur.

C. Yerel Mahkeme Kararının Özeti: Yerel Mahkeme, "4447 sayılı Yasa'nın 38. maddesiyle 1479 sayılı Yasa'ya eklenen Ek 20. maddesi hükümleri doğrultusunda maddenin yürürlüğe girdiği 01.10.1999 tarihinden başlayarak SGDP ve cezasının davacının maaşından kesilmesine dahil kurum işleminde yasaya aykırı bir yön bulunmadığı" Gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

D. Temyiz Evresi ve Direnme: Davacı vekilince, temyiz edilen karar, Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkeme "Davacının davalı kuruma çalışmadığını değil çalışmaya devam ettiğini bildirmesi ve bu çalışma sebebiyle de Sosyal Güvenlik Destek Primi ödemesi gerekmektedir. Emekli maaşından sosyal güvenlik destek primi ve cezası kesilmesine dair kurum işleminde yasaya aykırı bir yön yoktur" gerekçesiyle önceki kararında direnmiş; direnme kararını davacı vekili temyiz etmiştir. Temyizinde; "mahkeme kararları ve bozma ilamının talepleri ile ilgili bulunmadığını, dava ettikleri hususun gecikme cezasına yönelik olduğunu" dile getirmiştir.

E. Ön Sorun: Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşme sırasında, işin esasına geçilmeden önce, davanın müddeabibi itibarıyla direnme kararının temyizinin mümkün olup olmadığı, ön sorun olarak incelenmiştir.

Öncelikle belirtilmelidir ki; Yerel Mahkeme'nin önceki hükmü ile bozma ve direnme kararlarının içerik ve kapsamlarına göre Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacının açıkça davasına konu ettiği ve dava dilekçesinde değerini 400.000.000 TL olarak gösterip sınırlandırdığı, Sosyal Güvenlik Destek Priminin zamanında ödenmemesinden kaynaklanıp kurumca kısaca "SGDP-ceza" olarak adlandırılan Kanun'da ise "gecikme zammı" olarak yer alan ve davacının maaşından kesilen miktarın alınmasının yasal olup olmadığı ve ödenenlerin istirdadının gerekip gerekmediği, noktasında toplanmakta olup; direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlığın ilişkin bulunduğu tutar, 400.000.000 TL'den ibarettir.

Bilindiği gibi, 14.7.2004 tarih ve 5219 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" 21.7.2004 gün ve 25529 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış; 15. maddesindeki hüküm gereğince, 2. maddesinin (B) fıkrası, 3. maddesinin (C) fıkrası, 7, 9, 10, 11, 12. maddeleri ile 13. maddesinin (B) fıkrası 1.1.2005 tarihinde, diğer maddeleri ise yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanun'un, 2. maddesinin yayım tarihinde yürürlüğe giren (A) fıkrasının (c) bendi ile; 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında yer alan ve Ek 3. maddesine göre "kırk milyon TL" olarak uygulanması öngörülen parasal sınır "bir milyar TL"; beşinci fıkrasında yer alan ve Ek 3. maddesine göre "sekiz yüz milyon TL", olarak uygulanması öngörülen duruşma sınırı "on milyar TL";

"altı yüz milyon TL" olarak uygulanması öngörülen karar düzeltme sınırı da "altı milyar TL" olarak değiştirilmiştir.

Kısaca, anılan Kanun, 21.7.2004 tarihinden itibaren temyiz (kesinlik) sınırını 1.000.000.000 TL, (1.000 YTL), karar düzeltme sınırını da 6.000.000.000 TL (6.000 YTL) olarak belirlemiştir.

Eldeki dava 31.03.2003 günü açılmış, Yerel Mahkeme'nin 19.11.2003 günlü önceki hükmü Özel Daire'ce 29.04.2004 günü bozulmuştur. Direnme kararı ise 14.10.2004 günü verilmiştir.

Görüldüğü üzere; gerek dava, gerek önceki karar ve gerekse bozma tarihlerinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427/2. maddesinin 5219 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki; direnme tarihinde ise söz konusu değişiklikle oluşan yeni hükmü yürürlüktedir.

Dolayısıyla, direnme kararının temyizinin mümkün olup olmadığı konusunda yapılacak değerlendirme; bu tarihlerden hangisinde yürürlükte bulunan yasa hükmünün esas alınacağı yönünde yapılacak saptamaya bağlı olarak, farklı sonuçlara götürecektir.

Önemle vurgulanmalıdır ki; 5219 sayılı Kanun, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda daha önce değişiklik yapan çok sayıdaki kanunlardan farklı olarak, içerdiği düzenlemelerin derdest davalar yönünden ne şekilde uygulanacağı yönünde açık bir uygulama hükmü taşımamaktadır. Sadece, Geçici 1. maddesinde "*Bu Kanun'la artırılan parasal sınırlar nedeniyle mahkemelerde görevsizlik kararı verilemez.*" şeklinde, salt göreve ilişkin bir düzenleme yer almaktadır.

Bu noktada, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nu aynı yönlerde değiştiren önceki kanunlardaki düzenlemeler ve özellikle bunların uygulamaya yönelik hükümleri hakkında kısa bir açıklama yapılmasında yarar görülmüştür:

8.5.1973 gün ve 1711 sayılı Kanun'un Geçici Maddesi'nde; değişikliklerin sayılan istisnalar dışında -ki, temyiz ve karar düzeltme sınırına ilişkin düzenlemeler istisnalar arasında değildir- kural olarak, Kanun'un yürürlük tarihinden sonra açılacak davalarda uygulanacağı belirtilmiş; böylece, yürürlük tarihinden önce açılmış olan davalarda temyiz ve karar düzeltme istemleri yönünden gözetilecek sınırın, dava tarihinde yürürlükte bulunan kanun hükmüne tabi olması benimsenmiştir.

16.7.1981 gün ve 2494 sayılı Kanun'un Geçici Maddesi'nde ise, temyiz ve karar düzeltme sınırlarına ilişkin değişikliklerin, Kanun'un yürürlüğe

girmesinden sonra verilecek nihai kararlara yönelikteyiz ve karar düzeltme istemleri hakkında uygulanacağı belirtilmiş; dolayısıyla, dava hangi tarihte açılmış olursa olsun, temyiz ve karar düzeltme sınırlarının saptanmasında, hakkında bu yollara başvuru hükümün verildiği tarihteki yasal durumun esas alınacağı kabul edilmiştir.

Yine, 26.2.1985 gün ve 3156 sayılı Kanun'un Geçici Maddesi; getirdiği değişikliklerin Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan davalarda da uygulanacağı yönündedir.

20.6.1996 gün ve 4146 sayılı Kanun'un geçici maddesi ise, değiştirilen hükümlerin, Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağı kuralını taşımaktadır.

G r ld ği üzere, temyiz ve karar düzeltme sınırında değişiklikler içeren daha önceki kanun metinlerinde, değişikliklerin ne şekilde uygulanacağı yönünde açık hükümler bulunmakla birlikte, bu hükümler arasında bir paralellik yoktur.

Bu açıklamaların ortaya koyduğu sonuç şudur: Kanun koyucu, özellikle enflasyondan kaynaklanan nedenlerle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki temyiz ve karar düzeltme sınırlarına ilişkin hükümleri daha önce de bir çok defa değiştirmiş, ancak, bu değişikliklerle getirilen yeni sınırların derdest davalara etkisini düzenlerken, aynı ilkeleri benimsememiştir.

Dolayısıyla, içerdiği düzenlemelerin derdest davalar yönünden ne şekilde uygulanacağı yönünde açık bir uygulama hükümü taşımayan 5219 sayılı Kanun'la ilgili değerlendirme yapılırken, benzer nitelikteki değişiklere ilişkin olarak yukarıda sayılan önceki kanunlarda yer alan düzenlemelerin, somut olay bakımından yorumlama ve sonuca varmada yardımcı nitelikte bir ölçüt olarak alınmasına olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan durum karşısında, bu y n n, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun genel yapısı, ruhu ve  ng rd ği yargılama ilkeleri çerçevesinde, 5219 sayılı Kanun'un gerekçesi de dikkate alınarak, yargısal içtihatlarla açıklığa kavuşturulması gerektiği Hukuk Genel Kurulu'ndaki  n sorunla ilgili görüşme sırasında ittifakla benimsenmiş; görüşme bu çerçevede yapılmıştır.

Hukuk Genel Kurulu'nda  n sorun bakımından yapılan görüşme sırasında dile getirilen düşünceler, şoyledir:

Azınlıkta kalan bir kısım üyeler, her davanın açıldığı tarihteki hukuksal duruma tabi olması gerektiği; zira, bir davanın davacısının, davayı açarken, temyiz ve karar düzeltme aşamaları da dahil olmak üzere, açtığı davanın o

tarihteki hukuksal duruma göre çözüme kavuşturulacağı inancıyla hareket edeceği, usul hukukuna ilişkin kanun değişikliklerinin kamu düzenine ilişkin olmaları nedeniyle geçmişe etkili (derdest davalar yönünden de uygulanması gerekli) olacaklarına dair, öğretisi ve uygulamadaki görüşün, temyiz ve karar düzeltme sınırlarına yönelik değişiklikler bakımından uygulama yerinin bulunamayacağı yönünde görüş bildirmişlerdir.

Buna karşılık, çoğunluğun benimsediği görüş şu şekilde oluşmuştur:

Bir davada tarafların temyiz yoluna başvurabilmeleri için, öncelikle o davanın usul hukuku kuralları çerçevesinde temyizi olanaklı bulunan bir kararın sonuçlandırılmış olması gerekeceği çok açıktır. Eş söyleyişle, henüz temyizi olanaklı bir nihai karara bağlanmamış olan bir davada, tarafların temyiz hakkının varlığından söz edilemez. Temyiz hakkı, gerekçesi veya sonucu itibarıyla bir taraf veya taraflar aleyhine sonuçlar doğuran ve usul hukuku kurallarının temyizine olanak tanıdığı bir kararın verildiği tarihte doğar. Davanın daha önceki aşamalarında böyle bir hak doğmuş olamayacağına göre; bir mahkeme kararının temyiz edilip edilemeyeceği belirlenirken, temyiz hakkının doğduğu (kararın verildiği) tarihteki hukuksal durum esas alınmalı; karar tarihinde yürürlükte bulunan kanun hükmü temyiz sınırı yönünden hangi düzenlemeyi içeriyor ise, ona bağlı kalınmalıdır. Buradaki "karar" teriminin, yerel mahkemenin Özel Daire bozmasına karşı verdiği direnme kararını da kapsadığında duraksamaya yer yoktur.

Öte yandan, 5219 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesi'nde yer alan "... Kararların kesinlik sınırının çok düşük olması, davaların gereksiz yere uzamasına ve Yargıtay'ın iş yükünün artmasına neden olmaktadır." şeklindeki ifade de, kanun koyucunun, günümüzün ekonomik koşullarını ve paranın satın alma gücünü gözetenerek, miktar ve değeri belirli bir sınırın altında kalan uyuşmazlıklar hakkında yerel mahkemelerce verilen hükümleri Yargıtay denetiminin dışında tutmayı amaçladığını göstermektedir. Anılan Kanun yorumlanırken, kanun koyucunun bu amacı da gözden uzak tutulmamalıdır.

Sonuç olarak, direnme kararları da dahil olmak üzere, yerel mahkemelerce kurulan hükümlerin temyizinin ve temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay Daireleri ya da Hukuk Genel Kurulu'nca verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna gidilmesinin mümkün olup olmadığı belirlenirken; temyiz ya da karar düzeltme istemi hangi karara yönelik ise, o kararın tarihinde yürürlükte bulunan Kanun hükmü esas alınmalıdır.

Somut olayda, temyiz istemi yerel mahkemenin 14.10.2004 günlü direnme kararına yöneliktir. Söz konusu tarihte, 5219 sayılı Kanun'un temyiz sınırını bir milyar TL olarak değiştiren hükmü yürürlükte bulunduğuna ve eldeki

davanın müddeabbihi bu sınırın altında olduğuna göre, direnme kararı kesin olup, temyizi mümkün değildir.

Hal böyle olunca, davacı vekilinin temyiz dilekçesinin reddi gerekir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 02.03.2005

E. 2005/10-79

K. 2005/138

* **Ödeme emrinin iptali**

* **Kamu alacağı**

(6183 sayılı K. m. 58; 3917 sayılı K. ile değişik 506 sayılı K. m. 80/6)

Taraflar arasındaki “ödeme emrinin iptali” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 11. İş Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 9.10.2003 gün ve 2002/166-2003/1435 sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin 1.3.2004 gün ve 2003/10084-2004/1410 sayılı ilamı ile;

“... *Dava hukuki nitelikçe, eksik işçilik bildirimine dayalı olarak Kurumca tahakkuk ettirilen ek prim ile kayıt geçersizliği ile 1999 yılı 7. aynaya ait aylık sigorta prim bildirgesiyle yine aynı yıl 2. dönemine ait ek prim bordrosunun verilmediğinden bahisle tahakkuk ettirilen idari para cezasının 6183 sayılı Kanun kapsamında işveren tahsiline yönelik ödeme emirlerinin iptali istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağı aynı Kanun’un 58. maddesidir.*

Davalı Kurum süresinde yetkisizlik itirazında bulunmuştur.

Bu bağlam da, davada çözümlenmesi gereken hukuksal sorun, Kurum alacaklarının takip ve tahsilinde hangi iş mahkemesinin yetkili olduğuna ilişkin bulunmaktadır.

506 sayılı Kanun’un 3917 sayılı Kanun’la değişik 80/6 maddesi ‘Kurum alacaklarının tahsilinde 6183 sayılı Kanun’un uygulanmasından doğacak uyumsuzlukların çözümlenmesinde; alacaklı sigorta müdürlüğünün bulunduğu yer iş mahkemesi yetkilidir’ hükmünü içermektedir.

Anılan maddeyle getirilen yetkiye ilişkin hüküm buyurucu ve özel nitelikte bir hüküm olup, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na nazaran uygulama önceliğine sahiptir. 01.12.1993 tarih ve 3917 sayılı Kanunla Kurum alacakları kamu alacağı düzeyine getirildiğinden sözü edilen yetki kuralı kamu düzeni ile ilgilidir.

Somut olayda; 6183 sayılı Kanun’a tabi takibin konusu, idari para cezası ve prim borçlarına ilişkin olduğundan, bu borç Kurum alacakları kapsamındadır ve alacaklı sigorta müdürlüğü Sivas Sigorta Müdürlüğü’dür. Ne ki, dava; alacaklı sigorta müdür-

lüğünün bulunduğu Sivas İş Mahkemesi'nde değil, yetkisiz Ankara İş Mahkemesi'nde açılmıştır.

Hal böyle olunca da, mahkemece, Ankara İş Mahkemesi'nin yetkisizliğinden bahisle dava dilekçesinin yetki yönünden reddine karar verilmesi gerekirken aksinin kabulü ile işin esasına girilerek yazılı biçimde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, taraf vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır ..."

Gereğesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 02.03.2005

E. 2005/9-39

K. 2005/136

* Kıdem tazminatı

* Hizmet sözleşmesinin feshi

(4046 sayılı K. m. 22)

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı; davalıya ait işyerinde hizmet akdi ile çalışmaktayken, bu işyerinin özelleştirilmesi sonucunda bir kuruma kamu personeli statüsünde atandığını, bu atamanın, hizmet sözleşmesinin feshi sonucunu doğurduğunu belirterek, kıdem tazminatının hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı; özelleştirme kapsamında bulunan KİT'lerde sözleşmeli ya da kapsam dışı personel statüsünde çalışanların, kurumları ile olan ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde idari yargı yerinin görevli olacağı nedenle, davanın görev yönünden reddine karar verilmesini savunmuştur.

Dava; özelleştirilmesine karar verilen davalı işletmede kapsam dışı personel olarak çalışan davacının, 4046 sayılı Kanun'un 22. maddesi uyarınca başka bir kuruma atanması sonucu önceki hizmet sözleşmesinin feshedilmiş sayılacağı savına dayalı kıdem tazminatı istemine ilişkindir.

Mahkemece; bir kimsenin girdiği özel hukuk ilişkisinden, diğer tarafın tek yanlı iradesi ile çıkartılıp, kamu hukuku statüsüne sokulmasının mümkün olmadığı, statü değişikliği nedeniyle, davacının, İş Kanunu'na tabi, hizmet akdi ile geçirdiği süreye uygun kıdem tazminatına hak kazanacağı gerekçeyle davanın kabulüne dair verilen karar, Özel Daire'ce yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuştur.

Bozma sonrasında; mahkemece, A. L. İşletmesi'nin özelleştirilmesi hakkındaki belgeler Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'ndan istenerek, gönderilen (Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı, İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi ile A. L. İşletmesi Devir Protokolü) belgeler ve ana dosya niteliğindeki dosyada 9. Hukuk Dairesi'nce esasa ilişkin olarak verilen ikinci bozma kararı incelenmiştir.

Bozma öncesi var olmayan bir kısım belgelerin dosyada yer aldığı, Yerel mahkemece bozma kararından esinlenerek, bu kapsamda yapılan araştırma ve inceleme sonucunda görevsizlik kararı verilmesi yönündeki bozma kararına direnildiğinin belirtildiği, ayrıca, ana dosya niteliğindeki dosyada, Hukuk Genel Kurulu'nun, yerel mahkemenin verdiği kararın, direnme kararı niteliğinde bulunmayıp, yeni hüküm oluşturduğu belirtilerek (temyiz itirazlarının incelenmesi amacıyla dosyanın Dairesi'ne gönderilmesi kararı) sonrasında Yüksek Daire'ce uyuşmazlığın esasına girerek verilen ikinci bozma kararı kapsamında yeni bir inceleme daha yapılarak, bu kez istemin reddine karar verilmiş olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, usul ve yasaya uygun bir direnme kararı mevcut olmayıp bozma çerçevesinde yapılan araştırma sonucu oluşturulan yeni bir hükmün varlığının kabulü gerekecektir.

Belirtilen nedenlerle, yeni hükmeye yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Dairesi'ne gönderilmelidir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 02.03.2005

E. 2005/1-116

K. 2005/135

* El atmanın önlenmesi

* Yıkım

* Ecrimisil

* Görevli mahkeme

(2886 sayılı K. m. 9, 13, 75; 6183 sayılı K.; 4709 sayılı K. ile değişik Anayasa m. 13, 36)

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, el atmanın önlenmesi, yıkım ve ecrimisil istemine ilişkindir.

A. Davacı İsteminin Özeti: Davacı Hazine, 2385 Ada, 2 Parsel sayılı, J. G. K.'ye tahsisli taşınmaza davalının kaçak konut inşa etmek suretiyle el attığını ileri sürerek, el atmanın önlenmesi, yıkım ve ecrimisile kararı verilmesini talep etmiştir.

B. Davalının Cevabının Özeti: Davalı, tapu kaydının beyanlar hanesinde dava konusu taşınmazın kendisine ait olduğuna dair şerh bulunduğunu, bu nedenle davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C. Yerel Mahkeme Kararının Özeti: Mahkeme "*Batmanın önlenmesi ve yıkım isteklerinin kabulüne, ecrimisil istemine ilişkin davada ise, 2886 sayılı Yasa'nın 75. maddesi uyarınca işin idari yargıyı ilgilendirdiğinden söz edilerek mahkemenin görevsizliğine*" karar vermiştir.

D. Temyiz Evresi, Bozma ve Direnme: Hüküm davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Daire'ce yukarıda açıklanan nedenle bozulmuş, yerel mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

E. Maddi Olay: Davacıya ait binanın bulunduğu dava konusu 2385 Ada, 2 Parsel sayılı taşınmaz Hazine adına tapuda kayıtlı olup, J. hizmet binası yapılmak üzere tahsis edilmiştir.

F. Gerekçe: Bilindiği gibi, gerek öğretide ve gerekse yargısal uygulamalarda ifade edildiği üzere ecrimisil, diğer bir deyişle işgal tazminatı, hak sahibinin kötü niyetli zilyetten isteyebileceği bir tazminat olup, 08.03.1950 tarih 22/4 sayılı İnançları Birleştirme Kararı'nda "... fuzuli işgalin kiraya benzetilemeyeceği; ... haksız bir eylem sayılması gerektiği ... bir zarar meydana gelirse bunun tazmin ettirileceği, ... Medeni Kanun'un (eski) 908. maddesi anlamında zilyedin

faydalanmasından doğan bir istem olduğu ...” vurgulanmıştır. Ecrimisil, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira geliri karşılığı zarardır.

a. Haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklindeki olumlu zarar,

b. Kullanmadan doğan olumlu zarar,

c. Malik ya da zilyedin yoksun kaldığı fayda (olumsuz zarar) ecrimisilin kapsamını belirler. Haksız işgal, haksız eylem niteliğindedir.

Yargıtay’ın ilgili tüm Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu, kararlarında özetlenen bu ilkeleri esas almışlardır. Bu durumda ecrimisilin tahsili için genel mahkemelerde genel hükümlere göre dava açılabileceğinde kuşku bulunmamaktadır.

Eldeki davada Hazine’nin davacı olması nedeniyle, olayın 01.01.1984 tarihinde yürürlüğe giren 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 75. maddesi açısından irdelenmesine gelince;

Anılan maddede, *“Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan malların gerçek ve tüzel kişilerce işgali üzerine fuzuli şağilden bu Kanun’un 9. maddesinde ki yerlerden (Ticaret Odası, Sanayi Odası, Borsa veya Bilirkişilerden) sorulmak suretiyle 13. maddede gösterilen komisyonca (ilgili idare memurunun başkanlığında en az bir uzman veya maliye memuru) takdir ve tespit edilerek ecrim isil isteneceği, ecrimisil talep edilebilmesi için Hazine’nin işgalden dolayı bir zarara uğramış olmasının gerekmediği ve fuzuli şağilin kusurunun aranmayacağı, ecrimisilin fuzuli şağil tarafından rızaen ödenmemesi halinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunacağı, işgal edilen taşınmazın, idarenin talebi üzerine bulunduğu yer mülkiye amirince en geç 15 gün içinde tahliye ettirilerek idareye teslim edileceği”* hükmü öngörülmüştür.

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 20.02.1989 tarih 2/1 sayılı ilke kararında da *“2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 75. maddesi uyarınca, fuzuli şağilden istenecek ecrimisilin belirlenmesi ve istenmesi üzerine açılacak davaların çözüm yerinin, ecrimisilin belirlenmesi ve işgalciden istenilmesi işlemlerinin idari niteliği nedeniyle idari yargı yeri olduğu”* açıklanmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’ndaki görüşmeler sırasında olayın dava açısından incelenmesinde; davacı Hazine’nin dava açamayacağı, dava açmakta hukuki yararı bulunmadığı ileri sürülmüş, çoğunluk aşağıdaki gerekçeyle bu görüşe katılmamıştır.

Gerçekten de; 2886 sayılı Kanun'un 75. maddesine göre Hazine'ce ecrimisil ihbarnamesinin düzenlenip tebliği işleminden sonra, ihbarnamenin iptali, ecrimisil gerekip gerekmediği veya fazla talep edildiği iddiasına dayalı işlem ve davaların idari nitelikte bulunduğu, çözüm yerinin idari yargı olduğu kuşkusuzdur.

Uyuşmazlık, Hazine tarafından 2886 sayılı Kanun'un 75. maddesine göre ecrimisil tespit edilmeksizin ecrimisil ihbarnamesi gönderme yolu tercih edilmeden doğrudan doğruya genel hükümlere göre genel mahkemelerde Hazine tarafından fuzuli şağile karşı dava açılıp açılmayacağı, anılan maddenin Hazine'nin seçimlik hakkını ortadan kaldırıp kaldırmadığı noktasındadır.

Bilindiği gibi, dava hakkı Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Anayasamızın 13.10.2001 gün 4709 sayılı Kanun ile değişik 36. maddesinde "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçmama?

Yine Anayasa'nın 13.10.2001 gün 4709 sayılı Kanun ile değişik 13. maddesinde "*Temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*" hükümleri bulunmaktadır.

Konu bir temel hakkın kullanılması ile ilgilidir. 2886 sayılı Kanun'un 75. ve diğer maddelerinde ecrimisil ihbarnamesinin tebliğinden önce veya 2886 sayılı Kanun'un hiç uygulanmadığı hallerde genel mahkemelerde ecrimisil davasının açılmayacağı konusunda kanun ile konulmuş sınırlayıcı bir hüküm bulunmadığından, TC Anayasası'nın 36 ve 13. madde hükümleri de gözetildiğinde somut olayın özelliği itibarıyla davacı Hazine'nin dava hakkının bulunduğu kabulü zorunludur.

Ecrimisil istemi iki şekilde düzenlenmiştir.

1. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesi ile ecrimisil alacağı için hazineye özel bir tespit, tahsil ve tahliye imkanı tanınmış olup, hazine isterse 75. madde uyarınca tespit ettiği ecrimisili ihtarname veya ihbarname ile fuzuli şağile tebliğ edip, rızaen ödenmemesi halinde 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsil edebilir, taşınmazın bulunduğu yer mülkiye amirince fuzuli şağili tahliye ettirebilir. Ancak bu durumda, ortada idari bir işlem söz konusu olduğundan, idari işlemin iptali talebi idari yargıda görülür.

2. Hazine dilerse seçimlik hakkını kullanarak 2886 sayılı Kanun'un 75. maddesinde sözü edilen komisyonu oluşturmadan ihbarname veya ihtarname düzenlemeden ve bunu şağıle tebliğ etmeden yani idari bir işlem yapmadan doğrudan doğruya genel mahkemede, genel hükümlere göre el atmanın önlenmesi, yıkım ve ecrimisil istemine ilişkin dava açabilir.

Somut olayda olduğu gibi Hazine seçimlik hakkını dava yolu ile kullanmış ise hakim gerekli araştırma ve soruşturmayı yaparak sonucuna göre karar vermek zorundadır. Mülkiyet uyuşmazlıklarına ilişkin davalarda genel mahkemelerce verilen el atmanın önlenmesi, yıkım ve ecrimisil kararları icra dairelerince infaz edilerek tahsil yoluna gidilecektir.

Hazine'nin ecrimisil alacağı bir kamu alacağı ise de, bu alacak kamu ilişkisinden (hukukundan) değil haksız eylemden kaynaklanan haksız işgal tazminatıdır. Nitekim, 6183 sayılı Kanun'un 1. maddesinde kanun koyucu aynı düşünceyi benimsemek suretiyle "*Devlet, vilayet hususi idareleri ve belediyelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğan alacaklarının bu kanun kapsamında olmadığını* " açıkça belirtmiştir.

Öte yandan, 2886 sayılı Kanun'un 75. maddesi ile getirilen bu imkanın bir zorunluluk olarak yorumlanması doğru değildir. Hazine'nin ecrimisil isteyebilmesi için genel mahkemeye dava açma zorunda olmaması, bu konuda idari işlem düzenleme ve böylece sorunun idari yargıda çözümlenmesi zorunluluğu olarak düşünülmemelidir.

Somut olayda, sadece ecrimisil isteği yer almamış onun yanında, el atmanın önlenmesi ve yıkım isteğiyle birlikte haksız eylemden kaynaklanan bir tazminat istenmiştir. Hazine seçimlilik hakkını kullanarak doğrudan doğruya genel mahkemeye dava açmıştır. Esasen, Hazine'yi bu olanaktan alıkoyan bir yasal hüküm de bulunmamaktadır. Yasa koyucu başka türlü düşünseydi, 2886 sayılı Kanun'un 75. maddesinde, ecrimisilin genel yargı yolu ile takip ve dava edilemeyeceğini de düzenlerdi.

Diğer taraftan, haksız eylemden kaynaklanan bir alacağın dava edilmesinde hukuksal yararın varlığı tartışılmaz bir gerçektir. Özellikle, el atmanın önlenmesi ve yıkım ya da başka bir dava ile ecrimisil istenmesi halinde, ecrimisille ilgili davayı idari yargıya göndermek; genel mahkemedeki davaları bekletici sorun saymak, ecrimisilin tahsilinin uzunca bir süre sürüncemede kalması sonucunu doğurur. Hazine'nin hukuksal yararı ecrimisilin diğer isteklerle birlikte sonuca bağlanmasındadır.

Nitekim, Hukuk Genel Kurulu da 2886 sayılı Kanun'un 01.01.1984 yılında yürürlüğe girmesinden sonra intikal eden işlerde, ecrimisil taleplerinin ihbar-

name ya da ihtarname şartına bağlı olmadığını, Hazine'nin beş yıllık süreye ilişkin olarak ecrimisil isteyebileceğini karara bağlamış, görev hususuna değinmemiştir (HGK 02.04.1986 tarih 1985/3-150 E, 1986/347 K ve HGK 15.11.1985 tarih 1984/3-154 E, 1985/913 K).

Kaldı ki, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi idarenin işlem ve eylemlerine karşı açılan davaları idari yargı kapsamına almıştır. İdarenin şahıslar aleyhine açtığı davalar ise bu kapsama girmemektedir.

Eldeki davada idari anlamda alınmış bir karar yapılmış idari bir işlem ya da eylem bulunmadığı gibi, komisyon da oluşturulmamıştır. Mahkemece, bu husus gözetilmeksizin ecrimisil isteminde idari yargının görevli olduğundan söz edilerek, görevsizlik kararı verilmiş olması yerinde görülmemiş olup, bu husus Hukuk Genel Kurulu'nun 25.02.2004 tarih 2004/1-120 E, 96 K., 02.06.2004 tarih 2004/1-294 Esas, 2004/320 K., 13.10.2004 tarih 2004/1-534 E. 549 K. sayılı kararlarında da aynen benimsenerek ecrimisil isteminde de adli yargının görevli olduğu açıkça vurgulanmıştır.

Tüm bu nedenlerle Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen, ecrimisil isteği yönünden de gerekli araştırma soruşturma yapılarak hasil olacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğine değinen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, mahkemece önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 02.03.2005

E. 2005/4-101

K. 2005/133

* Manevi tazminat

* Kusur

* Müştereken ve müteselsilen sorumluluk

(818 sayılı BK m. 51)

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, hatalı tedaviden doğan maddi ve manevi zararın tazmini istemine ilişkindir

A. Davacının İsteminin Özeti: Davacılar vekili, davacıların kızları olan T. N. D'nin yüksek ateş, ishal ve kusma şikayetleri üzerine davalı SSK Hastanesi'ne

götürüldüğünü, davalılardan Dr. S. İ. tarafından muayene edilip hastaneye yatırılmadan, etkili ve yeterli ilaçlar verilmeksizin eve gönderildiğini, durumu kötüleşince yine davalı kuruma ait başka bir hastaneye götürüldüğünü, burada Dr. F. Ö. tarafından muayene edilip yeni bir ilaç tedavisi ile yine eve gönderildiğini, aynı gün hastanın vefat ettiğini, davalı kurumun doktorlar ile birlikte bu durumdan sorumlu olduğunu ileri sürerek maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Davalıların Cevabının Özeti: Davalılar vekilleri davanın reddini savunmuşlardır.

C. Yerel Mahkeme Kararının Özeti: Yerel mahkeme, maddi tazminat davasının feragat nedeniyle reddine, manevi tazminat davasının ise dosya kapsamı ve davanın mahiyeti gerekçesiyle, SSK yönünden kısmen kabulüne, diğer davalılar yönünden reddine karar vermiştir.

D. Temyiz Evresi Bozma ve Direnme: Hüküm, davalı SSK vekilinin temyizi üzerine Özel Daire’ce yukarıda açıklanan gerekçe ile bozulmuş; yerel mahkemece *“Davalılar Dr. F. Ö. ve Dr. B. S. İ. haklarında verilen red kararının davacı tarafça temyiz edilmemesi karşısında bu davalılar lehine usulü kazanılmış hak doğduğu, davalı kurumun diğer davalılar aleyhine rücu davası açmasına engel bir durum bulunmadığı”* gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir.

E. Maddi Olay: Mahkemece alınan Adli Tıp Kurumu Başkanlığı S. İhtisas Kurulu raporuna göre, davalı Dr. B. S. İ’nin hastaya uygun tanı ve tedavi uygulamadığı için 4/8 oranında kusurlu olduğu, diğer 4/8 kusurun ise hastanenin işleyişine bağlı bulunduğu, Dr. F. Ö’nün de bebeği ölümünden 1,5 saat öncesinde görmesine, (otopside de ağır dehidratasyon bulguları saptanan) ve *“bari bir hafta daha bekletseydiniz”* demesine rağmen hastayı yatırarak tedavi etmeyip evine gönderdiği için 4/8 oranında kusurlu olduğu, geri kalan 4/8 kusurun ise hizmet işleyişindeki faktörlere bağlı olduğu sonucuna varılmıştır.

F. Gerekçe: Davalı doktorların kusurlu olduğu, davalıların tamamının müştereken ve müteselsilen sorumlu bulunduğu tüm dosya kapsamından anlaşılmakta olup yerel mahkeme ile Özel Daire arasında bu konuda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Uyuşmazlık, davacıların davalı doktorlar aleyhine açılan davanın reddine dair verilen kararı temyiz etmemesiyle usulü kazanılmış hakkın doğup doğmadığı noktasındadır.

Somut olayda Borçlar Kanunu 51. madde anlamında müteselsil sorumluluk söz konusudur. Davalıların tamamı manevi zararın doğmasından müteselsilen sorumlu olup davacılar, davalıların tamamına veya bir kısmı aleyhine dava

açabilir. Davacılar seçimlik haklarını kullanarak davalıların tamamı aleyhine manevi zararın tazmini için dava açmış iseler de mahkemece sadece kurum aleyhine hüküm kurulmuştur. Davacılar tarafından davalı doktorlar için verilen red kararı temyiz edilmemiş olmakla birlikte, bu durum davalı doktorlar lehine kazanılmış hak sonucunu doğurmaz, çünkü davalı doktorlar hakkında verilen red kararı dolaylı olarak davalı kurumu etkileyecektir. Şöyle ki, görülmekte olan davada diğer davalılar da taraf olarak bulduklarına göre yargılama sonucunda verilen karar ileride açılma ihtimali bulunan rücu davasında güçlü delil olarak dikkate alınabilir. Davalı kurum, diğer davalıların sorumlu olduğu gerekçesiyle temyiz talebinde bulunmuş olduğuna göre davalı doktorlar yönünden usulü kazanılmış haktan söz edilemez.

Bu nedenle Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 02.03.2005

E. 2005/18-59

K. 2005/130

* **Ödenmeyen ortak onarı ve aidat giderleri**

* **Kat malikleri kurulu**

kararlarının bağlayıcılığı

(634 sayılı Kat Malikleri K. m. 20, 32, 37)

Taraflar arasındaki "alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 22.03.2004 gün ve 2003/870 E. 2004/352 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 24.06.2004 gün ve 2004/4735-5341 sayılı ilamı ile;

"... Dava, ödenmeyen ortak onarım ve aidat giderlerinin tahsili istemine ilişkin olup, kat malikleri kurulunun 29.1.2002 tarih ile 7.6.2002 tarihli kararları ile Kat Mülkiyeti Yasası'nın 20. maddesine dayalı olarak açılmıştır.

Davalı vekili savunmasında, Yönetim Planı'nın 42. maddesinde her türlü giderlerden muaf tutulan dava konusu dükkanlar için gider istenemeyeceğini ve yapılan harcamaların lüks masraflar olduğunu ileri sürerek davanın reddini istemiştir.

Yönetime ait defter, kayıt ve belgelerin incelenmesi sonucu düzenlenen bilirkişi raporunda, salt onarım giderleriyle ilgili olarak dava konusu iki bağımsız bölümün paylarına düşen toplam 523.529.412 TL'nin ödenmediğinin tespit edildiği, işletme

projesi olmadığından aidat borcunun hesaplanmadığı bildirilmiştir.

Mahkemece, dava konusu edilen 19 ve 23 nolu dükkan nitelikli bağımsız bölümlerin dosyada mevcut Yönetim Planı'nın 42. maddesinin 3 numaralı bendi hükmüne göre ortak giderlere katılmamaları gerektiği, buna aykırı olan kat malikleri kurulu kararının yok hükmünde olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Oysa Yargıtay'ın kararlılık kazanmış uygulamalarında Kat Mülkiyeti Yasası'nın özel ve mutlak nisap öngördüğü hususlara ilişkin kararlar dışındaki, aidatların belirlenmesi gibi mutad yönetim işlerine ilişkin kat malikleri kurulu kararlarının iptal edilmedikçe Yasa'nın 32. maddesinin ikinci fıkrasının buyurucu hükmü gereği olarak bütün kat maliklerini bağlayacağı kabul edilmektedir. Adi çoğunlukla alınabilen kararların, yönetim planı hükümleriyle çelişkili olması durumunda bunun iptalini, karara olumlu oylarıyla katılmayan maliklerden herbirisinin mahkemeden istemesi mümkündür. Nitekim somut olayda davaya dayanak yapılan kat malikleri kurulu kararlarının iptali istemiyle bir dava da açılmış olup, kararın yasaya ve yönetim planına uygunluğu o davada değerlendirilip tespit edilecektir. Müstakil bir davaya konu edilmiş hususun eldeki davada ayrıca irdelenmesi olası değildir. İptal istemiyle açılan davanın sonucuna göre bir hak doğarsa bunun geri istenebileceği de kuşkusuzdur. Öte yandan, Kat Mülkiyeti Yasası'nın 37. maddesine göre işletme projesinin kat malikleri kurulu kararıyla belirlenmiş olması halinde yöneticinin ayrıca bir işletme projesi hazırlamasına gerek olmayıp bu husustaki kat malikleri kurulu kararının doğrudan uygulanmaya konulması yeterlidir.

Açıklanan nedenlerle davaya dayanak yapılan kat malikleri kurulu kararı esas alınmak suretiyle aidatlara ilişkin istem yönünden de defter ve kayıtlar üzerinde inceleme ve değerlendirme yapan ek bilirkişi raporu alınıp önceki raporla birlikte değerlendirmek suretiyle davalının ödenmeyen boya, onarım ve aidat borçlarının ve buna bağlı gecikme tazminatının tespit edilip ulaşılacak bu miktarın tahsiline karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçelerle davanın reddi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz ..."

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 02.03.2005

E. 2005/9-85

K. 2005/127

* İş aktinin haksız olarak feshi

* İşçi alacağı

(5219 sayılı K. ile değişik 1086 sayılı HUMK m. 427/2, 472/3, 472/4, Ek m. 3; 1711 sayılı K. Geçici m.; 2494 sayılı K. Geçici m.; 3156 sayılı K. Geçici m.; 4146 sayılı K. Geçici m.)

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

A. Dava Konusu: Dava iş aktinin haksız ve önelsiz olarak feshedildiği iddiası ile açılmış işçilik hakları ile ilgili alacak istemine ilişkindir.

B. Davacının İsteminin Özeti: Davacı, davalıya ait cam fabrikasında çıtacı olarak çalıştığını, sigortalılığının Kuruma geç bildirildiğini, hiçbir iş güvenliği tedbiri alınmadan müvekkilinin amele gibi çalıştırıldığını, bu işten anlamadığını söyleyince de "*işine gelirse çalış, yoksa defol git*" denilmek suretiyle haksız olarak iş aktinin feshedildiğini belirterek başlangıçta ihbar ve kıdem tazminatı ile ücret, ücretli izin ve fazla mesai ücreti ile ilgili kısmi talepte bulunmuş ve fazlaya ait haklarını saklı tutmuştur. Ancak daha sonra verdiği ıslah dilekçesi ile istek miktarlarını bilirkişi tarafından saptanan miktarlara yükselterek davasını tam dava haline dönüştürmüş, fazlaya dair haklarını da saklı tutmamıştır.

C. Davalının Cevabının Özeti: Davalı vekili, iş aktinin haksız olarak davacı işçi tarafından feshedildiğini ileri sürerek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

D. Yerel Mahkeme Kararının Özeti: Mahkeme iş aktinin işçi tarafından haksız olarak feshedildiği kanaati ile, ihbar ve kıdem tazminatı ile fazla mesai ücreti bakımından davanın reddine, diğer istek kalemleri bakımından davanın kabulüne karar vermiştir.

E. Temyiz Evresi, Bozma ve Direnme: Hükümün davacı vekilince temyizi üzerine Özel Daire, iş akdinin işçi tarafından feshedildiği görüşü ile kıdem tazminatına da hükmedilmesi gerektiği gerekçesi ile kararı bozmuş, mahkeme önceki kararında direnmiş, direnme kararı davacı işçi tarafından kıdem ve ihbar tazminatı yönünden temyiz edilmiştir.

F. Uyuşmazlık: İşçinin iş akdini fesihle haklı olup olmadığı, dolayısıyla kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır.

G. Ön Sorun: Her ne kadar uyuşmazlık iş aktinin işçi tarafından feshinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmakta ise de; mahkemenin direnme kararının tarihi ve kapsamı ile temyiz dilekçesinin kapsamı itibarı ile kararın temyiz edilebilirlik, diğer bir söyleyişle kesinlik sınırı altında kalıp kalmadığı ön sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlığın ilişkin olduğu tutar 899.415.005 TL'dir.

Bilindiği gibi, 14.07.2004 tarih ve 5219 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" 21.07.2004 gün ve 25529 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış; 15. maddesindeki hüküm gereğince, 2. maddesinin (B) fıkrası, 3. maddesinin (C) fıkrası, 7, 9, 10, 11, 12. maddeleri ile 13. maddesinin (B) fıkrası 1.1.2005 tarihinde, diğer maddeleri ise yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanun'un, 2. maddesinin yayım tarihinde yürürlüğe giren (A) fıkrasının (c) bendi ile; 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkralarında yer alan ve Ek 3. maddesine göre "kırk milyon TL" olarak uygulanması öngörülen parasal sınır "bir milyar TL"; 5. fıkrasında yer alan ve Ek 3. maddesine göre "sekiz yüz milyon TL" olarak uygulanması öngörülen duruşma sınırı "on milyar TL"; "altı yüz milyon TL" olarak uygulanması öngörülen karar düzeltme sınırı da "altı milyar TL" olarak değiştirilmiştir.

Kısaca, anılan Kanun, 21.07.2004 tarihinden itibaren temyiz (kesinlik) sınırını 1.000.000.000 TL (1.000 YTL), karar düzeltme sınırını da 6.000.000.000 TL (6.000 YTL) olarak belirlemiştir.

Görülmekte olan dava 11.07.2002 günü açılmış, yerel mahkemenin 17.12.2003 günlü Önceki hükmü Özel Daire'ce 01.07.2004 günü bozulmuştur. Direnme kararı ise 08.11.2004 günü verilmiştir.

Görüldüğü üzere; gerek dava, gerek önceki karar ve gerekse bozma tarihlerinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427/2. maddesinin 5219 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki direnme tarihinde ise söz konusu değişiklikle oluşan yeni hükmü yürürlüktedir.

Dolayısıyla, somut olayda direnme kararının temyizinin mümkün olup olmadığı konusundaki yapılacak değerlendirme; temyiz sınırı konusunda bu tarihlerden hangisinde yürürlükte bulunan yasa hükmünün esas alınacağı yönünde yapılacak saptamaya bağlı olarak, farklı sonuçlara götürecektir.

Önemle vurgulanmalıdır ki; 5219 sayılı Kanun, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda daha önce değişiklik yapan çok sayıdaki kanunlardan farklı olarak, içerdiği düzenlemelerin derdest davalar yönünden ne şekilde uygulanacağı yönünde açık bir uygulama hükmü taşımamaktadır. Sadece, Geçici 1. maddesinde *"Bu Kanun'la artırılan parasal sınırlar nedeniyle mahkemelerce görevsizlik kararı verilemez."* şeklinde, salt göreve ilişkin bir düzenleme yer almaktadır.

Bu noktada, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nu aynı yönlerde değiştiren önceki Kanunlardaki düzenlemeler ve özellikle bunların uygulamaya yönelik hükümleri hakkında kısa bir açıklama yapılmasında yarar görülmüştür:

08.05.1973 gün ve 1711 sayılı Kanun'un Geçici Maddesi'nde; değişikliklerin sayılan istisnalar dışında -ki, temyiz ve karar düzeltme sınırına ilişkin düzenlemeler istisnalar arasında değildir- kural olarak, Kanun'un yürürlük tarihinden sonra açılacak davalarda uygulanacağı belirtilmiş; böylece, yürürlük tarihinden önce açılmış olan davalarda temyiz ve karar düzeltme istemleri yönünden gözetilecek sınırın, dava tarihinde yürürlükte bulunan Kanun hükmüne tabi olması benimsenmiştir.

16.07.1981 gün ve 2494 sayılı Kanun'un Geçici Maddesi'nde ise, temyiz ve karar düzeltme sınırlarına ilişkin değişikliklerin, Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra verilecek nihai kararlara yönelik temyiz ve karar düzeltme istemleri hakkında uygulanacağı belirtilmiş; dolayısıyla, dava hangi tarihte açılmış olursa olsun, temyiz ve karar düzeltme sınırlarının saptanmasında, hakkında bu yollara başvuru hükmün verildiği tarihteki yasal durumun esas alınacağı kabul edilmiştir.

Yine, 26.02.1985 gün ve 3156 sayılı Kanun'un Geçici Maddesi; getirdiği değişikliklerin Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan davalarda da uygulanacağı yönündedir.

20.06.1996 gün ve 4146 sayılı Kanun'un geçici maddesi ise, değiştirilen hükümlerin, Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağı kuralını taşımaktadır.

Görüldüğü üzere, temyiz ve karar düzeltme sınırında değişiklikler içeren daha önceki Kanun metinlerinde, değişikliklerin ne şekilde uygulanacağı yönünde açık hükümler bulunmakla birlikte, bu hükümler arasında bir paralellik yoktur.

Bu açıklamaların ortaya koyduğu sonuç şudur: Kanun koyucu, özellikle enflasyondan kaynaklanan nedenlerle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki temyiz ve karar düzeltme sınırlarına ilişkin hükümleri daha önce de bir çok defa değiştirmiş, ancak, bu değişikliklerle getirilen yeni sınırların derdest davalara etkisini düzenlerken, aynı ilkeleri benimsememiştir.

Dolayısıyla, içerdiği düzenlemelerin derdest davalar yönünden ne şekilde uygulanacağı yönünde açık bir uygulama hükmü taşımayan 5219 sayılı Kanun'la ilgili değerlendirme yapılırken, benzer nitelikteki değişikliklere ilişkin olarak yukarıda sayılan önceki kanunlarda yer alan düzenlemelerin, somut olay bakımından yorumlama ve sonuca varmada yardımcı nitelikte bir ölçüt olarak alınmasına olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan durum karşısında, bu yönün, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun genel yapısı, ruhu ve öngördüğü yargılama ilkeleri çerçevesinde, 5219 sayılı Kanun'un gerekçesi de dikkate alınarak, yargısal içtihatlarla açıklığa kavuşturulması gerektiği Hukuk Genel Kurulu'ndaki ön sorunla ilgili görüşme sırasında ittifakla benimsenmiş; görüşme bu çerçevede yapılmıştır.

Hukuk Genel Kurulu'nda ön sorun bakımından yapılan görüşme sırasında dile getirilen düşünceler, şöyledir:

Azınlıkta kalan bir kısım üyeler, her davanın açıldığı tarihteki hukuksal duruma tabi olması gerektiği; zira, bir davanın davacısının, davayı açarken, temyiz ve karar düzeltme aşamaları da dahil olmak üzere, açtığı davanın o tarihteki hukuksal duruma göre çözüme kavuşturulacağı inancıyla hareket edeceği, usul hukukuna ilişkin kanun değişikliklerinin kamu düzenine ilişkin olmaları nedeniyle geçmişe etkili (derdest davalar yönünden de uygulanması gerekli) olacaklarına dair, öğreti ve uygulamadaki görüşün, temyiz ve karar düzeltme sınırlarına yönelik değişiklikler bakımından uygulama yerinin bulunamayacağı yönünde görüş bildirmişlerdir.

Buna karşılık, çoğunluğun benimsediği görüş şu şekilde oluşmuştur:

Bir davada tarafların temyiz yoluna başvurabilmeleri için, öncelikle o davanın usul hukuku kuralları çerçevesinde temyizi olanaklı bulunan bir kararla sonuçlandırılmış olması gerekeceği çok açıktır. Eş söyleyişle, henüz temyizi olanaklı bir nihai karara bağlanmamış olan bir davada, tarafların temyiz hakkının varlığından söz edilemez. Temyiz hakkı, gerekçesi veya sonucu itibarıyla o hakka sahip tarafın/ tarafların aleyhine sonuçlar doğuran ve usul hukuku kurallarının temyizine olanak tanıdığı bir kararın verildiği tarihte doğar. Davanın daha önceki aşamalarında böyle bir hak doğmuş olamayacağına göre; bir mahkeme kararının temyiz edilip edilemeyeceği belirlenirken, temyiz hakkının doğduğu (kararın verildiği) tarihteki hukuksal durum esas alınmalı;

karar tarihinde yürürlükte bulunan kanun hükmü temyiz sınırı yönünden hangi düzenlemeyi içeriyor ise, ona bağlı kalınmalıdır. Buradaki “karar” teriminin, yerel mahkemenin Özel Daire bozmasına karşı verdiği direnme kararını da kapsayacağına duraksamaya yer yoktur.

Öte yandan, 5219 sayılı Kanun’un Genel Gerekçesinde yer alan “... Kararların kesinlik sınırının çok düşük olması, davaların gereksiz yere uzamasına ve Yargıtay’ın iş yükünün artmasına neden olmaktadır.” şeklindeki ifade de, kanun koyucunun, günümüzün ekonomik koşullarını ve paranın satın alma gücünü gözleterek, miktar ve değeri belirli bir sınırın altında kalan uyuşmazlıklar hakkında yerel mahkemelerce verilen hükümleri Yargıtay denetiminin dışında tutmayı amaçladığını göstermektedir. Anılan kanun yorumlanırken, kanun koyucunun bu amacı da gözden uzak tutulmamalıdır.

Sonuç olarak, direnme kararları da dahil olmak üzere, yerel mahkemelerce kurulan hükümlerin temyizinin ve temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay Daireleri ya da Hukuk Genel Kurulu’nca verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna gidilmesinin mümkün olup olmadığı belirlenirken; temyiz ya da karar düzeltme istemi hangi karara yönelik ise, o kararın tarihinde yürürlükte bulunan kanun hükmü esas alınmalıdır.

Somut olayda, temyiz istemi yerel mahkemenin 13.10.2004 günlü direnme kararına yöneliktir. Söz konusu tarihte, 5219 sayılı Kanun’un temyiz sınırını bir milyar TL olarak değiştiren hükmü yürürlükte bulunduğu ve eldeki davanın müddeabbihi bu sınırın altında olduğuna göre, direnme kararı kesin olup, temyizi mümkün değildir.

Hal böyle olunca, davalı vekilinin temyiz dilekçesinin reddi gerekir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 02.03.2005

E. 2005/11-81

K. 2005/118

* Trafik kazası

* Kasko poliçesi

* Sigortalı araç sürücüsünün
alkollü olması

(2918 sayılı KTK m. 48; Karayolları
Trafik Yönetmeliği m. 97/b, 110,
111/d)

Taraflar arasındaki “tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kadıköy Asliye S. Ticaret Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 26.03.2002 gün ve 2001/189-2002/259 sayılı kararın incelenmesi

Davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 23.01.2003 gün ve 2002/8011-2003/588 sayılı ilamı ile ;

“... Davacı vekili, müvekkiline ve davalı sigorta şirketine kasko poliçesi ile sigortalı bulunan aracın 31.12.2000 tarihinde meydana gelen trafik kazası neticesinde hasarlandığını, davalının sigortalı araç sürücüsünün alkollü olması nedeniyle tazminat ödemediğini, sürücüsünün kaza sırasında %45 promil alkollü olduğu, KTK ve Yönetmeliği'ne göre %50 promilin üzerindeki alkollü durumların suç sayıldığı, ayrıca kazanın münhasıran alkolün etkisiyle meydana gelmiş olmasının hasarı teminat dışı bıraktığını, bu derecedeki alkol miktarının kazanın sebebi olamayacağını iddia ederek hasar tamir masrafları olan 1.893.846.276 TL'nin davalıdan olay tarihinden itibaren reeskont faiziyle tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacıya ait aracın müvekkil şirkete kasko poliçesi ile sigortalı olduğunu, müvekkil şirketin sürücüsünün alkolün etkisi altında olması nedeniyle kaza yaptığını dolayısıyla hasara sebebiyet verdiği gerekçesiyle tazminat ödemeyi uygun bulmadığını, bu durumun açıklığa kavuşturulması için nöroloji uzmanı bir doktor ile trafik uzmanı bilirkişilerden oluşacak bilirkişi heyetince inceleme yaptırılmasını, ayrıca davacı vekilinin reeskont oranında temerrüt faizi talebinin de yerinde olmadığını, faiz talebinin ancak yasal faiz olabileceğini ileri sürerek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan deliller ve benimsenen 5.7.2001 tarihli bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, sürücüsünün %45 promil oranında alkollü olmasının 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu 48 ve Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97/b ve 111/d ile Poliçe Genel Şartları'nın 5/5 madde hükmüne göre %50 promil alkol seviyesinin altında bulunan ve teminat dışı kalan zararlardan sayılmaması gerekçesiyle, 1.798.524.479 TL'nin 31.12.2000 tarihinden itibaren reeskont faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, fazlaya dair talebin reddine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava, davalı şirkete kasko poliçesi ile sigortalı araçta meydana gelen hasarın tazmini istemine ilişkindir.

Kasko Sigorta Genel Şartları'nın A. 5-5 maddesinin dayanağını teşkil eden Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesine göre, alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç kullanması yasaklanmıştır. Sözü edilen yasaklamayı düzenleyen KTK'nun 48. maddesinin ilk fıkrasında (alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli araç sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayollarında araç kullanmaları yasaklanmış) olup, aynı maddenin ikinci fıkrasındaki yönetmelik düzenlenmesine olanak tanıyan hükümde yasaklama yetkisi Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 110. maddesinde, yukarıda anılan yasa hükmünün tekrarlanmasını müteakip, uyuşturucu veya keyif verici maddeler ile alkollü içkilerin

oranlarını ne şekilde saptanacağı belirlendikten sonra, yasadaki yer alan güvenli araç sürme yeteneğini kaybetme hükmü dikkate alınmadan, mücerret 0.50 promil üstünde alınan alkol miktarına göre araç kullanma yasağı getirilmesi, yasal dayanağı bulunmadığından geçersizdir. Geçersiz yönetmelik hükümlerinin yasaya aykırı bir şekilde polise genel şart olarak kabulü mümkün değildir. Bu itibarla, yasa hükmü uyarınca kandaki promil oranı dikkate alınmaksızın olayın sürücününün alkolün etkisi nedeniyle güvenli sürüş yeteneğini kaybetmesi sonucu meydana gelip gelmediğinin saptanması önem kazanmaktadır. Zira, alkolün etkisi kişilerin bünyesine göre değişik sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Nitekim, dava konusu olayda da, aralarında nöroloji uzmanı bir hekimin de bulunduğu bilirkişi kurulunca verilen 09.11.2001 günlü ek raporda davaya konu olayın sürücününün alkolün etkisinde kalması sonucu meydana geldiği belirtilmiştir. Bu durumda davanın reddine karar verilmesi gerekirken, alkol seviyesinin yönetmelikte belirlenen 0.50 promilin altında kaldığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesi yerinde görülmemiş ve davalı sigortacı vekilinin temyiz isteminin kabulü ile hükmün bozulması gerekmiştir...”

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

Karşı Oy

Dava, kasko sigorta tazminatına ilişkin olup, sigortalı aracın 31.12.2000 günü %45 promil alkollü olan sürücüsününün tam kusuru ile meydana gelen kazada hasarlandığı hususu tartışmasızdır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, Kasko Sigorta Poliçesi Genel Şartları'nın 5.5. hükmü karşısında, meydana gelen hasarın teminat dışında kalıp kalmadığı hususunda toplanmaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki, kasko sigorta poliçesi iki taraflı ve “sözleşme serbestisi” ilkeleri kapsamında düzenlenen bir akit türü olup, sözleşmeye bağ-

lılık (ahde vefa) ilkesi gereğince her iki tarafın sözleşme hükümlerine bağlılığı esastır. Kamu düzenine ve emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla rekabet ortamında ticari kazanç amacıyla hareket eden sigorta şirketlerinin tahsil edeceği aynı prim ile daha geniş sigorta teminatı vermelerinde her hangi bir engel yoktur. Alkolün etkisi her kişiye göre değişmekle birlikte genelde %30-50 oranındaki promilin farkedilebilir mizaç değişikliğine sebebiyet vermekle birlikte güvenli bir sürüşü engelleyecek değişikliğe sebep olmadığı kabul görmektedir. Nitekim, dosyaya sunulan uzman bilirkişi raporunda da bu husus kabul edilmiştir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinde, uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü "içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş olanların kara yolunda araç sürmeleri yasaktır" denildikten sonra psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesinin yapılmasına dair esas ve usullerin yönetmelikte gösterileceği belirtilmiştir. Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin "Uyuşturucu ve Keyif Verici Maddeler ile Alkollü İçkilerin Etkisiyle Araç Sürme Yasağı" başlığını taşıyan 97. maddesinde ise, bu yasaklama %50 promil ile sınırlandırılmıştır. Sigorta poliçesini düzenleyen ve hizmeti satın alan karşısında daha güçlü durumda olan sigorta şirketi ise, Sözleşme'nin 5.5. maddesinde; "taşıtın, uyuşturucu maddeler veya Karayolları Trafik Kanunu uyarınca yasaklanan miktardan fazla içki almış kişiler tarafından kullanılması sırasında meydana gelen zararları" teminat dışında kalan zararlar olarak düzenlemiştir. Sözleşme'nin bu haliyle Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97. maddesine ve dolayısıyla %50 promil oranına atıfta bulunduğu açık ve belirgindir. Aksi halde sözleşmenin ilgili maddesinde, "sürücüsü alkol almış kişilerin kullanılması sırasında meydana gelen zararlar" ifadesi kullanılması gerekirdi. Öte yandan, davalı sigorta şirketi anılan yönetmeliğin hiçbir zaman geçersiz olduğunu ilgili hükümlerinin dikkate alınamayacağını da ileri sürmemiştir. Bu durumda, sigortalı aracı kullanan sürücünün %50 promil alkollü olması durumunda zararın teminat dışında kalacağını, sözleşme hükmü altına alan davalı sigorta şirketinin sürücüdeki alkol oranı %50 promil altında ise, bu halde doğan zarar ve risklere sigorta teminatı verdiğinin kabulü zorunlu olup, somut olayda sürücüdeki promil oranı %45 olduğuna göre zararı sigorta kapsamında kabul eden yerel mahkeme kararının onanması gerekir. Bu nedenlerle sayın çoğunluk kararına katılmıyorum.

Harun Kara
13. Hukuk Dairesi Üyesi

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 23.02.2005

E. 2005/9-55

K. 2005/117

* Kıdem tazminatı

* Görev

* İş akdinin tek taraflı feshi

(4046 sayılı K. m. 22)

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı; davalıya ait işyerinde hizmet akdi ile çalışmaktayken, bu işyerinin özelleştirilmesi sonucunda bir kuruma kamu personeli statüsünde atandığını, bu atamanın, hizmet sözleşmesinin feshi sonucunu doğurduğunu belirterek, kıdem tazminatının hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı; özelleştirme kapsamında bulunan KIT'lerde sözleşmeli ya da kapsam dışı personel statüsünde çalışanların, kurumları ile olan ilişkilerinden doğan uyumsuzlukların çözümünde idari yargı yerinin görevli olacağı nedenle, davanın görev yönünden reddine karar verilmesini savunmuştur.

Dava; özelleştirilmesine karar verilen davalı işletmede kapsam dışı personel olarak çalışan davacının, 4046 sayılı Kanun'un 22. maddesi uyarınca başka bir kuruma atanması sonucu önceki hizmet sözleşmesinin feshedilmiş sayılacağı savına dayalı kıdem tazminatı istemine ilişkindir.

Mahkemece; bir kimsenin girdiği özel hukuk ilişkisinden, diğer tarafın tek yanlı iradesi ile çıkartılıp, kamu hukuku statüsüne sokulmasının mümkün olmadığı, statü değişikliği nedeniyle, davacının, İş Kanunu'na tabi, hizmet akdi ile geçirdiği süreye uygun kıdem tazminatına hak kazanacağı gerekçeyle davanın kabulüne dair verilen karar, Özel Daire'ce yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuştur.

Bozma sonrasında; mahkemece, A. L. İşletmesinin özelleştirilmesi hakkındaki belgeler Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'ndan istenerek, gönderilen (Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı, İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi ile A. L. İşletmesi Devir Protokolü) bu belgeler incelenmiştir.

Bozma öncesi var olmayan bir kısım belgelerin dosyada yer aldığı ve bozma kararından esinlenerek bu kapsamda yapılan araştırma ve inceleme sonucunda direnme kararı verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, usul ve yasaya uygun bir direnme kararı mevcut olmayıp bozma çerçevesinde yapılan araştırma sonucu oluşturulan yeni bir hükmün varlığının kabulü gerekecektir.

Belirtilen nedenlerle, yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Dairesi'ne gönderilmelidir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 16.02.2005

E. 2005/14-6

K. 2005/73

* Tapu iptali ve tescili

* Kat karşılığı inşaat sözleşmesi

* Kişisel hak

* Muvazaa

(818 sayılı BK m. 81, 162 vd)

Taraflar arasındaki “Kişisel Hakka ve Muvazaa iddiasına dayalı tapu iptali ve tescil olmadığı takdirde tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Nevşehir 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce tapu iptali ve tescil isteğinin reddine tazminat isteğinin kabulüne dair verilen 4.2.2003 gün ve 2001/373 E, 2003/41 K. sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili ile davalılar S. B. Konut Yapı Kooperatif temsilcisi tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi’nin 23.9.2003 gün ve 2003/4643 E, 6272 K. sayılı ilamı ile;

“... Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılan bağımsız bölümün, ondan temlik alınması nedeniyle kişisel hakka ve muvazaa iddiasına dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.

Kural olarak, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek, yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmekle yükümlüdür.

Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edim borcu ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir.

İşte böyle bir sözleşme imzalayan yüklenici, inşaat sözleşmesinden doğan edimlerini yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kişisel hak kazanır ve sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunun adına nakledilmesini arsa sahibinden isteyebileceği gibi, Borçlar Kanunu’nun 162 ve devamı maddeleri uyarınca, bu kişisel hakkını arsa sahibinin rıza ve onayını almaya gerek olmaksızın yazılı olmak koşuluyla üçüncü kişilere de devir ve temlik edebilir. Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de bu hakkını, yüklenicinin halefi olarak arsa sahibine karşı ileri sürme olanağına sahiptir.

Ancak gerek yüklenici gerekse ondan kişisel hakkını yazılı olarak temellük eden halefi üçüncü kişinin, bu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi için, yukarıda değinildiği üzere, yüklenicinin sözleşmenin kendisine yüklediği edimini tam olarak yerine getirmiş olması zorunludur.

Yükleniciden temellük edilen kişisel hakkın, dava yoluyla arsa sahibine karşı ileri sürülmesi halinde mahkemece yapılacak iş; kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin edim borcunu tam olarak yerine getirip getirmediğini araştırmaktır.

Bina sözleşmeye uygun olarak tamamlanmışsa tescil kararı verilmelidir.

Ancak; eksik bırakılan bir iş varsa, ve bu eksiklikte pek az ve arsa sahibi tarafından katlanılacak boyutta ise davacıya, yüklenicinin halefi olarak bu eksikliği tamamlama olanağı tanınmalı veya saptanacak bedelinin tamamının para ile karşılanması halinde kişisel hakkın doğduğu kabul edilmeli ve tescil hükmü kurulmalıdır.

Bu ilkeler ışığında somut olaya bakıldığında;

Davacılar, arsa maliki ile yüklenici S. B. arasında düzenlenen eser sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılan 14 (11) numaralı bağımsız bölümü 25.07.1998 tarihli satış protokolü ile aldıklarını, bedelini ödediklerini taşınmazın kat karşılığı inşaat sözleşmesinin düzenlenmesinden sonra yüklenici ve arsa maliklerinin oluşturduğu kooperatife devredildiğini binanın tamamlanmasından sonra ise halindeki kooperatif yetkililerince 14 numaralı bağımsız bölümün F. E'ye iki yüz elli milyon TL'ye satıldığını, arsa maliki ve eser sözleşmesinin tarafı olan F. E'nin bu bağımsız bölümün kendilerine ait olduğunu bildiğini ileri sürerek tapu kaydının iptali ile paylı olarak adlarına tescilini, tescil isteği kabul edilmediği takdirde ödemiş oldukları 57.237 DM'nin dövize uygulanacak yasal faizi ile birlikte davalılardan alınması isteğinde bulunmuşlardır.

Davalı yüklenici, üyelerini arsa maliklerinin oluşturduğu konut yapı kooperatifinin sadece daha geniş konut alanı için ruhsat alınması amacıyla kurulduğunu, tüm işlemlerin önceki tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi hükümlerine göre yürütüldüğünü bu sözleşme uyarınca kendisine düşen 14 (11) numaralı bağımsız bölümü davacılar satın bedelini aldığını, ancak kooperatifi temsile yetkili olan Ö. ve A. R'nin bu daireyi F. E'ye sattıklarını belirterek, dava konusu dairenin davacılar adına tescil edilmesi gerektiğini söylemiştir. Davalı F. kat karşılığı inşaat sözleşme ile kendisine düşen 7 (13) numaralı dairenin bir başka kişiye satılmış olması sebebiyle dava konusu 14 numaralı bağımsız bölümün verildiğini, eksik bırakılan işleri tamamladığını, davacılar ile yüklenici arasındaki sözleşmeden haberdar olmadığını, yüklenicinin inşaatı %80 seviyesinde bıraktığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, tapu iptali ve tescil isteğinin reddine tazminat isteğinin kabulüne karar verilmiş, hüküm davacılar ile yüklenici S. B. tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu bağımsız bölümün bulunduğu 5 parsel numaralı taşınmaz malikleri ile yüklenici S. B. arasında 23.03.1998 tarihinde noterde kat karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu taşınmaz daha sonra 15.06.1998'de kurulan ve üyelerini sadece arsa maliklerinin oluşturduğu başkanlığını yüklenici S. B'nin yürüttüğü S. S. B. Konut Yapı Kooperatifi'ne 26.11.1998'de tapudan devredilmiştir.

Davacılar, eser sözleşmesinde yükleniciye kalan 11 (14) numaralı daireyi 25.07.1998'de yazılı sözleşme ile yükleniciden satın almışlardır. Eser sözleşmesinde davalı F. E'ye kalan bağımsız bölüm ise 7 (11) numaralı bağımsız bölümdür.

28.02.2001 tarihinde kurulan kat irtifakından sonra arsa maliki F'ye bırakılan 7 (11) numaralı bağımsız bölüm üçüncü kişiye satılmış olup buna karşılık olmak üzere 14 numaralı bağımsız bölüm de F. E'ye 04.07.2001'de satılmıştır.

Mahkemeye, yerinde yapılan keşif ve dosyaya sunulan bilirkişi raporu ile inşaatın %98.62 seviyesinde tamamlandığı, eksik işler bedelinin ise 720.000.000 TL olduğu saptanmıştır. Dinlenen davalı tanıkları, eser sözleşmesi ile F. E'ye bırakılan 7 (11) numaralı dairenin 3. kişiye satılmış olması sebebiyle 14 numaralı bağımsız bölümün ödenen sembolik bedel karşılığında F'ye satıldığını belirtmişlerdir.

Her ne kadar mahkemeye yüklenici S. B'nin eser sözleşmesini imzaladıktan sonra bir başka deyişle inşaatı tamamlamadan önce kooperatif başkanı seçilmiş olması sebebiyle yüklenici sıfatının sona erdiği, bu nedenle davacıların tescil isteğinin kabul edilemeyeceği gerekçeleri ile tescil isteğinin reddine karar verilmiş ise de; dosyaya sunulan kanıtlar ile arsa maliki ile yüklenici S. B. arasında düzenlenen eser sözleşmesi gereğince dava konusu 11 (14) numaralı bağımsız bölümün yükleniciye bırakıldığı ve aynı sözleşmenin 6. maddesi ile de kooperatif kurulması halinde yüklenicinin yine S. B. olacağı kararlaştırılmıştır.

Kooperatifin arsa maliklerinden başka üyesi bulunmadığı gibi, konut alanının geniş tutulmasının temini amacıyla kooperatifin kurulduğu belirtilen nedenle kooperatif başkanı olan S. B'nin yüklenici sıfatının devam ettiği sabittir.

Dosyaya sunulan kanıtlar ile de F. E'ye satışı yapılan 14 numaralı bağımsız bölümün eser sözleşmesi ile yükleniciye bırakılan yer olduğu tapuda yapılan satışın gerçek bir satış olmadığı anlaşıldığından davacıların tescil isteğinin dinlenme olanağı vardır.

Dosyaya sunulan bilirkişi raporu ile eksik bırakılan işler ve eksik işler bedeli de saptanmış olduğundan bu eksikliklerin giderilmesi veya bedelinin mahkeme vezasine depo edilmesi için Borçlar Kanunu'nun 81. maddesi uyarınca davacılar önöl verilerek sonuca göre bir karar verilmesi gerekir.

Tüm bu hususlar gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir ...”

Gereğiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 16.02.2005

E. 2005/6-40

K. 2005/54

* Ortaklığın giderilmesi

* Paylı ve elbirliği mülkiyet hükümlerine tabi mallar

* Taraf teşkili

(1086 sayılı HUMK m. 569/2)

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava bir adet taşınmazın paylaşılmasına ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulü ile taşınmazdaki ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verilmiş; davalının temyizi üzerine Özel Daire'ce taraf teşkili noktasından hüküm bozulmuştur.

Bozma ilamında da açıkça işaret edildiği üzere; paylaşma davaları paylı ve elbirliği mülkiyet hükümlerine tabi mallarda paydaşlar ya da ortaklar arasındaki hukuki ilişkiyi sona erdiren, birlikte mülkiyetten ferdi mülkiyete geçmeyi sağlayan, iki taraflı ve taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalar

olup; bu özelliği ve HMUK 569/2. maddesi gereğince tüm paydaşların ya da ortakların davada taraf olmaları zorunludur.

Somut olayda; paydaşların tümü davada taraf olarak yer almış; dairece bozmaya konu edilen paydaş Z. H. mirasçısı N. H. mahkeme kararı ile tashihli olan D. H. ismiyle davada taraf olarak yer almıştır.

Şu durumda yerel mahkemenin taraf teşkilinin tamam olduğuna ilişkin direnmesi yerindedir. Ne var ki, işin esasına yönelik diğer temyiz itirazları incelenmediğinden dosyanın Özel Dairesi'ne gönderilmesi gerekir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 09.02.2005

E. 2005/4-13

K. 2005/37

* Manevi tazminat

* Haksız şikayet

* Hak arama özgürlüğü

* Kişilik değerleri

(Anayasa m. 12, 17, 36; 4721 sayılı
TMK m. 24. 25; 818 sayılı BK m. 49;
1086 sayılı HUMK m. 440 vd.)

Taraflar arasındaki “*manevi tazminat*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Üsküdar 4. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 28.5.2003 gün ve 2002/36-2003/454 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 8.7.2004 gün ve 4464-9090 sayılı ilamı ile,

“... Davacı, davalı tarafından haksız olarak şikayet edildiğini bu yüzden kişilik haklarının zarar gördüğünü iddia etmek suretiyle manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Şikayet hakkı, diğer bir deyimle hak arama özgürlüğü; Anayasa’nın Hakların Korunması ile ilgili hükümler başlığı altında ve 36. maddesinde; herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu şekli ile yer almıştır. Bu düzenleniş biçimi itibarıyla kişinin hak arama özgürlüğünün güvence altına alındığı görülmektedir. İşte bundan dolayıdır ki kişi, gerek yargı mercileri önünde ve gerekse yetkili kurum ve kuruluşlara başvurmak suretiyle kendisine zarar veren kişilere karşı, haklarının korunmasını, bunun sonucu olarak zarar veren hakkında yasal işlem yapılmasını ve bu bağlamda cezalandırılmasını isteme hak ve yetkisine sahiptir.

Anayasa’nın güvence altına aldığı hak arama özgürlüğünün yanında, yine Ana-

yasa'nın Temel Haklar ve Hürriyetlerin niteliği başlığını taşıyan 12. maddesinde de herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirtildikten başka, 17. maddesinde de, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip bulunduğu da düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Medeni Kanun'un 24. maddesinde, kişilik haklarına yapılan saldırının unsurları belirtilmiş ve hukuka aykırılığı açıklanmıştır. 25. maddesinde ise, kişilik haklarına karşı yapılan saldırının dava yolu ile korunacağı belirtilmiş, BK'nın 49. maddesinde de saldırının yaptırımı düzenleme altına alınmıştır.

Görüldüğü üzere, Anayasa'da ve yasalarda kişinin hak arama özgürlüğü ile kişilik değerleri güvence altına alınmıştır.

İşte bu noktada, hak arama özgürlüğü ile kişilik hakları karşı karşıya gelmiş olabilir. Sorun bu değerlerden hangisine üstünlük tanınacağı noktasında toplanmaktadır. Bir taraftan kişinin hak arama özgürlüğü güvence altına alınmışken, diğer taraftan kişilik hakları da anayasal ve yasal güvence altına alınmıştır. Buna karşın kişi, hakkını ararken, karşı yanın kişilik değerlerine saldırıda bulunabilir. Onu hukuka aykırı bir eylemle suçlayabilir.

Hukukun, karşı karşıya gelen bu iki değeri aynı konuda ve zamanda koruma altına aldığı düşünülemez. Aksi halde, hukukun kendisi kendi kuralları ile çatışmış olur. Aslında konu biraz yakından incelendiğinde her iki değer aynı anda birbirine karşı korunmadığı, çatışma durumunda somut olaydaki özelliğe göre birinin diğerine üstün tutulduğu görülecektir.

Şu durumda uyumsuzluğun çözümünde, hak arama özgürlüğünün, tüm özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız olmadığı, diğer bir anlatımla kişi, istediği biçim ve koşulda ve salt başkasını zararlandırmak için bu hakkı kullanamayacağı, aksi halde bu hakkı kötüye kullanmış sayılacağı kabul edilerek, Anayasa ve yasaların öngördüğü güvenceden yararlanamayacaktır.

Bu hakkın hukuken korunabilmesi ve yerinde kullanıldığının kabul edilebilmesi için, şikayet edilenin cezalandırılmasını veya sorumlu tutulmasını gerektirecek yeterli kanıtların olması zorunlu değildir. Şikayeti haklı gösterecek bazı emare ve olguların zayıf ve dolaylı da olsa varlığı yeterlidir. Bu olgu veya emareye dayanılarak, başkalarının da böyle bir olay karşısında, davalı gibi hareket etmesinin uygun görüleceği diğer bir anlatımla orta düzeydeki kişinin de somut olaydaki gibi davranacağı ve bu çerçevenin içinde kalan şikayet hakkının yerinde kullanıldığı kabul edilmelidir. Aksi halde şikayetin hak arama özgürlüğü sınırları aşılarak kullanıldığı ve şikayet edilenin kişilik değerlerine saldırı oluşturduğu sonucuna varılmalıdır.

Somut olaya gelince; 17/7/2001 günü saat (sabah) 09:30 sularında davalı, her gün ki gibi tarafların birlikte üyesi oldukları Ö. Kooperatifi'ne ait sitedeki evinden

çıkarak site dışındaki bakkaldan gazetesini almış; arabasına bineceği sırada üç kişinin saldırına uğramış; bu kişiler tarafından tekme tokat dayak atılmıştır. 7 gün iş ve güçten kaldığına ilişkin tabip raporu vardır.

Davalı, kendisini döven kişilerle birlikte onları bu dayak olayına 'azmettirdiklerini zannettiği' davacının da içinde bulunduğu kişilerin isimlerini polis karakolunda dövenlerden şikayetçi olurken bildirmiştir.

Aşağıda sıralanacak maddi olgu ve emareler karşısında, davalının davacı ile arkadaşları için; azmettirdiklerini zannetmesinde haksızlık yoktur. Çünkü;

1. a. Dövuilen davalı ile dövenler arasında tanışıklık ve herhangi bir alıp-verme olayının olmadığı iki taraf da söylemektedir. Bu kişileri davalı hiç tanımamaktadır.

b. Dövenlerin bakkala girip çıkarken çarpışma ve ondan sonra dövme şeklindeki savunmaları doğru değildir. Zira dövüp kaçarken bindikleri arabanın davalı tarafından alınan plaka numarası ile site güvenlik görevlileri tanıklar Y. G. ve M. Y'nin site önünde uzun beklemesi nedeniyle kuşkulandıkları arabanın plaka numarası aynıdır. Güvenlik görevlileri saat 07:30'da plaka tespitini yaptıklarına ve dövme olayı ise saat 09:30'da gerçekleştiğine göre, davalıyı döven kişiler iki saat kadar davalının siteden ayrılmasını beklemişlerdir. Yani dövme olayı planlıdır; davalı beklenip izlenmiştir.

c. Davalının beyanına göre de onun site sorunlarıyla ilgilenmemesi uyarısını yapmışlardır.

2. Davalı, daha önce kooperatifin yönetim kurulu üyesi olup siteyi oluşturan kişilerdendir. Davacı ve arkadaşları ise önceki yönetim kurulunu suçlayıp kooperatif yönetimini değiştiren, daha sonra da ceza ve hukuk davalarına davacı ile karşılıklı ya da dolaylı muhatap olanlardır. Genel kurul toplantı tutanaklarından ve faaliyet raporlarından inşaatların ruhsatsız olduğu bilindiği halde davalı ve arkadaşlarının cezalandırılması için uğraşmışlardır. Davacının kooperatif avukatı olan eşi N.H'nin de tanıklığında açıkladığı gibi özellikle davacı ile davalı arasında genel kurul toplantılarında hakarete varacak derecede sataşmalar, zıtlaşmalar olmuş; taraflar hatta gruplar arasında husumet doğmuştur.

3. Davalıya dayak atan kişilerin karakolda tespit edilen hüviyetlerinden anlaşıldığı üzere A. Stüdyo Güvenlik görevlileridir.

Tanık A. E'nin açıklamalarına göre ise; davacıyla birlikte olayı 'azmettirdikleri zannedilen' kişilerden S. E. ve A. ile ilgili şirkette çalışmakta, en azından sitede böyle bilinmektedir.

Somut olayda ortaya çıkan maddi olgular ve emareler böyle olunca, davalının davacıyı haksız şikayet ettiği kabulü mümkün değildir. Kaldı ki, dairemizin uzun

yıllar içinde yerleşik ilkesi, ‘... şikayeti haklı gösterecek emare ve olguların zayıf ve dolaylı da olsa varlığı yeterlidir ...’

O halde bunca olgu ve bulgular karşısında ve dairemizin yerleşik içtihatları doğrultusunda olaya bakıldığında; davalının davacı ile arkadaşlarının kendisini dövenleri azmettirdiklerini zannetmesinde olaylara uygun düşen mantıksal bir bağlantı ve Anayasa’dan kaynaklanan hak arama özgürlüğü vardır. Hak arama özgürlüğü ile kişilik haklarının karşı karşıya geldiği bu durumda, hukuken davalının hak arama özgürlüğünün üstün tutulması, korunması gerekir; davalının ve toplumun yararı bundadır.

Öte yandan, davalının şikayette kuşkusunu dile getirirken ve haklı iken karakolda davacının karşılaştığı olumsuz bir muamele varsa, davalının eylemiyle illiyetlendirmek de mümkün olamaz. Şayet öyle bir iddia varsa muhatabı davalı değildir; bu dava kapsamına da girmez.

Dairemizin kökleşmiş içtihatları ve olayın özellikleri gözetildiğinde, davanın reddi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırıdır. Ne var ki, ilk incelemede gözden kaçan maddi ve hukuksal olgular sonucu yerel mahkeme kararı onanmıştır.

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerin yeniden incelenip değerlendirilmesiyle ulaşılan sonuca göre; davalının karar düzeltme istemi HUMK’un 440. vd. maddeleri uyarınca kabul edilmeli, dava reddedilmek üzere yerel mahkeme kararı bozulmalıdır ...” gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu’nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre,Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 23.03.2005

E. 2005/4-197

K. 2005/189

* Manevi tazminat

* Yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı

* Görünen gerçeğe uygunluk

(4721 sayılı TMK m. 24; 818 sayılı BK m. 49; 775 sayılı Gecekondu K. m. 25, 27)

Taraflar arasındaki “*manevi tazminat*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 23. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 21.03.2000 gün ve 1998/379 E, 2000/126 K. sayılı kararın incelenmesi davalılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 2.11.2000 gün ve 2000/6124- E. 9601 K. sayılı ilamı ile;

“... *Dava, yayın yoluyla kişilik haklarına saldırıdan doğan manevi tazminat isteğine ilişkindir.*

Davacı, davalı şirketin sahibi olduğu S. Gazetesi’nin 20 Nisan 1998 günlü sayısında ‘İşte S. Beyliği’ başlıklı yazıda; ‘... ANAP’lı S. Marmara Ereğlisini özel çiftliği haline getirmiş’, ‘E. S’siz iş yok ilçelerdeki neredeyse tüm tabelalar S’li, her tarafı kapattı’, ‘hepsi de arazi mafyası ile bağlantılı’, ‘ünlü baba F. Ö’ye Hazine arazilerini peşkeş çekmekle suçlanan ANAP milletvekili E. S. Hazine ve belediye arazilerinin bir bölümünün F. Ö’ye, diğerlerini ise arazi mafyasına devrettiği vd’ ifadelerinin gerçeği yansıtmadığını bu nedenle de, kişilik haklarına saldırı teşkil ettiğini ileri sürerek manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Mahkemeye istem kısmen kabul edilmiş, karar bir kısım davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Kişilik haklarına saldırının, koşul ve kapsamı Medeni Kanun’un 24. maddesinde belirtilmiş. Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinde ise saldırının varlığı halindeki yaptırımı düzenleme altına almıştır. Her iki maddenin temel ögesi hukuka aykırılıktır. Eylemin, hukuka aykırılığın varlığı için öz ve biçime ilişkin koşulların irdelenmesi gerekmektedir. Öze ilişkin koşullar gerçeklik, güncellik ve kamu yararadır. Kamu yararı ögesi toplumsal ilgi olarak da tanımlanabilir. Yayın hakkının sınırlarının en önemlisi ‘gerçeklik’ ögesidir. Haber gerçeğe uygun olmalıdır. Gerçeklik verilen habere yada anlatılmak istenen amaca ve hedefe konu olan içeriği, yayın sırasında olayla ilgili durumuna uygunluk anlamına gelmektedir. Biçime ilişkin koşul ise anlatımla ve sergilenişteki ölçülülüktür. Bu koşulların varlığı halinde haberin hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılmalıdır.

Dosyada bulunan 11.8.1993 günlü tapu senedine göre, 3278 m2 arsanın 'tamamı eşit olarak E. S. ile F. Ö. adına kayıtlı olup T. O. Türkiye Anonim Şirketi lehine 20 yıllığına intifa hakkı tesisinden tescil edilmiştir'. Yine Marmara Ereğlisi Y. Tatil Sitesi Plan değişikliği ile ilgili 25.11.1997 günlü raporda 'Antik Perinthos Kenti'nin Batı Limanı'nda bulunan bu alandaki borunun üzeri koruma amaçlı imar planında yeşil alan olarak bırakılmasına rağmen Yüceler Sitesi tarafından dozerle harfiyat yapıp bütün bu alandaki kültür dolgusu denize doldurulup yüzme amacıyla denize sürüklendiği ...' '1994 yılında meydana gelen bu olaydan sonra 1995 yılında havuz inşaatına kaçak olarak devam edildiği ... olaya göz yuman belediye başkanı hakkında il idare kurulu kararıyla yasal işlem yapıldığı' anlatılmıştır.

Ayrıca yine Marmara Ereğlisi Belediye Başkanlığı'nın 25.11.1998 günlü mahkemeye sunulan yazıda, davacının Belediye Başkanlığı yaptığı dönemde 775 sayılı Gecekondu Kanunu'nun 27 ve 25. maddesi ile ilgili uygulamasına ilişkin Yönetmeliğin 5. maddesi uyarınca tahsis şartları belirtilmesine rağmen yasaya aykırı olan bazı arsaların hak etmeyen kişilere verildiği tespit edildiği; dağıtımı yapılan bu arsaların gerçek ihtiyaç sahipleri olan fakir vatandaşlara tahsis edileceğinden Belediye Encümeni tarafından iptal edildiği ifade edilmiştir.

Şu durumda haber somut gerçeğe tam olarak örtüşmese de görünen gerçeğe uygundur.

Davacının politikacı olduğu dikkate alındığında yukarıya aktarılan ve dosya içindeki olgular itibarıyla yapılan eleştirinin şiddetli olmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Davanın bu nedenle reddi gerekir.

Mahkemece anılan yönler üzerinde durulmaksızın davanın kısmen kabul edilmiş bulunması bozmayı gerektirmiştir ..."

Gereğesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 13.05.2005
E. 2005/92
K. 2005/179

* Özen borcu
* Avukatlık mesleğine güven
(Av. K. m. 158)

Şikayetli avukatın davacı vekili olarak İstanbul 7. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde takip ettiği 2001/28 Esas sayılı itirazın iptali davası sonunda verilen kısmen müvekkilleri aleyhindeki 07.06.2002 tarihli karar nedeniyle, temyiz süresini geçirmiş olmasından dolayı 10.10.2001 tarihinde Tekirdağ Saymanlığı'na yatırdığı temyiz harcına ilişkin makbuzdaki tarihi tahrif ederek 05.08.2001 haline dönüştürdüğü ayrıca Tekirdağ Asliye Hukuk Mahkemesi'ne sunduğu temyiz dilekçesinin hakim havalesinin ay ve güne ilişkin bölümleri karalayarak, kararı 23.10.2002 tarihinde temyiz edilmiş gibi göstermeye çalıştığı iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli hakkındaki iddia adli yargıya intikal etmiş, Eyüp 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nde yapılan yargılama sonunda, şikayetli hakkında iddia olunan eylemin mevcudiyetini kabulle, tahrifatta iğfal kabiliyeti bulunmadığından, cezalandırmak için yasal unsurun oluşmaması nedeniyle beraatına karar verilmiş ve bu karar kesinleşmiştir.

Şikayetlinin eylemi avukatlık mesleğinin kendisine yüklediği özen, doğruluk ve onur içinde görev yapma ilkesini ihlal ederek, avukatlık mesleğini, toplumda duyulması gereken güveni sarsmış olduğu anlaşılmıştır.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin özel ağırlığı gözetilerek yapılan değerlendirmede Avukatlık Yasası'nın 158. maddesindeki ilkelere aykırılık ve hukuksal isabetsizlik bulunmadığından kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Tekirdağ Barosu Disiplin Kurulu'nun 250.00 YTL para cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 13.05.2005
E. 2005/95
K. 2005/182

* **Özen ve dikkat borcu**
* **Mesleğe güven**
(Av. K. m. 158, TBB Meslek
Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukat hakkında, aleyhine icra takibi yaptığı şikayetçiye tüm borcunu ödediği halde bir ihtar mektubu göndermesiyle açılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetlinin, Kadıköy 7. İcra Müdürlüğü'nün 2003/4078 sayılı dosyası ile yaptığı takipten dolayı dosya borcu ödendiği halde, şikayetçi borçluya bir muhtıra göndererek üç gün içinde borcun ödenmesini istediği, ödenmediği takdirde yasal prosedüre devam edilip haciz işlemi yapılacağını ve adreste bulunmadığı takdirde *"kapının çilingir marifetiyle açılarak işlem yapılacağını"* bildirdiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmıştır.

Avukatın üstlendiği işlemin ve dosya miktarının fazla olması, mesleğin özen ve dikkatle yapılmasınının mazereti olarak ileri sürülemez. TBB Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerine göre mesleki çalışmanın kamunun mesleğe güvenini sağlayacak biçimde yapılması ve meslek itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınılması zorunludur. Kovuşturma konusu olayda gereken özenin gösterilmediği ve daha da ileri gidilerek *"kapısının çilingir marifetiyle açılacağı"* sözleriyle şikayetçiye haksız şekilde baskı uygulandığı açıktır.

Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve aleyhe itiraz olmadığından kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun *"uyarma"* cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 13.05.2005
E. 2005/99
K. 2005/186

* **Menfaati zıt tarafları temsil**
(Av. K. m. 38; TBB Meslek
Kuralları m. 35, 36)

Şikayetli avukatların, önce, iki şikayetçinin de aralarında olduğu üç sanığın vekili olarak, hazırlık tahkikatı ve sorgu aşamasında vekaletlerini üstlendik-

leri, sonra şikayetçilerin kamu davasının üçüncü sanığına baskı yaparak suçu üstlenmesini istediklerini gördüklerinden sonradan sanıklar arasında çıkan bu menfaat çatışması sebebiyle şikayetçi sanıkların vekaletinden çekilerek, bir sanık hakkında kamu davasının yargılamasına devam ettikleri, böylece şikayetli avukatların bu eylemlerinin Avukatlık Yasası'nın 38. maddesinin (b) ve (f) fıkraları ile TBB Meslek Kuralları'nın 35 ve 36. maddelerine aykırılık meydana geldiği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmemiş ve her üç şikayetli avukat hakkında "disiplin cezası tayinine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Şikayetli avukatlar hakkında disiplin kovuşturması, yukarıda da bildirildiği gibi Avukatlık Yasası'nın 38. maddesinin (b) ve (f) fıkraları ile TBB Meslek Kuralları'nın 35 ve 36. maddelerinin ihlal edildiği iddiası ile başlatılmıştır.

Avukatlık Yasası'nın 38/b maddesi; "Aynı işte menfaati zıt olan bir tarafa avukatlık etmiş ve mütalaa vermiş" olması durumunda avukatın işi ret etmesi zorunluluğunu getirmiştir.

TBB Meslek Kuralları'nın 35. maddesi ise; "Avukat aynı davada birinin savunması öbürünün savunmasına zarar verebilecek durumda olan iki kişinin birden vekaletini kabul edemez".

TBB Meslek Kuralları'nın 36. maddesi de "Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat yararı çatışan öbür tarafın vekaletini alamaz, hiçbir hukuki yardımda bulunamaz" şeklindedir.

Gerek Avukatlık Yasası'nın 38/b maddesi gerek TBB Meslek Kuralları'nın 35 ve 36. maddeleri vekaletin alınması ve işin kabulü aşamasında avukatın menfaati zıt olan tarafa avukatlık yapamayacağını işin reddi zorunluluğunu kabul etmektedir.

Dosyanın incelenmesinde, disiplin kovuşturmasına konu olay sebebiyle açılmış bulunan kamu davasının sadece mahkeme tutanakları bulunduğu, hazırlık soruşturması ile ilgili sanıklara ait ifadelerin ise dosya içinde bulunmadığı görülmüştür.

Kovuşturma konusu olayın Avukatlık Yasası'nın 38/b maddesi ve TBB Meslek Kuralları'nın 35 ve 36. maddelerine göre sağlıklı olarak değerlendirilebilmesi için hazırlık soruşturmasına ait -özellikle- sanık ifadelerinin de incelenmesi gerekmektedir.

Bu sebeple, dosyamız içine, kamu davasına ait tüm hazırlık soruşturma evrakının celbi ve dosya içindeki diğer belgelerle birlikte değerlendirmek suretiyle karar verilmesi gerekirken eksik inceleme sonucu karar verilmesi hukuka uygun görülmemiş, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak; yukarıda belirtilen noksanlıkların tamamlanması ve oluşacak duruma göre bir karar verilmesi için, Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun üç şikayetli avukat hakkında "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının bozulmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 13.05.2005

E. 2005/107

K. 2005/193

* Avukatın işi red zorunluluğu

* Mesleğin itibarı

* Mesleğe güven

(Av. K. m. 38/d, 136/2; TBB

Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukat hakkında, kendisi tarafından düzenlenen şikayetçi İ. G. ile H. T'nin taraf olduğu 28.01.2002 tarihli "Devir ve Temlik Sözleşmesi"nin hükümsüzlüğünü ileri sürerek dava açtığı ve bu sebeple Avukatlık Yasası'nın 38/d maddesine aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli Sözleşme'de yazılı hususların Borçlar Yasası hükümleri gereği tarafların serbest iradesini yansıttığını, Sözleşme'ye taraflar ne istemişse onu yazdığını, Devir ve Temlik Sözleşmesi'nin 28.01.2002 tarihinde düzenlenmiş olup, 30.01.2002 tarihinde şikayetçiden vekaletname aldığını ve 27.12.2002 tarihide azledildiğini, sözleşme tarihinde vekil müvekkil ilişkisi bulunmadığı gibi, TBB Disiplin Kurulu'nun 05.07.1997 tarih ve 55/71 sayılı kararından da görüldüğü üzere vekil sıfatı ile Sözleşme'yi imzalamış olmanın şart ve bu sebeple kendisinin Sözleşme'yi hazurun sıfatı ile imzalamış olduğundan eylemin Avukatlık Yasası'nın 38/d maddesine aykırı bulunmadığını bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

İncelenen dosya kapsamından 28.01.2002 tarihli Devir ve Temlik Sözleşmesi'nin şikayetli tarafından hazurun sıfatı ile imzalandığı, Sözleşme'den kaynaklanan ihtilaflar nedeniyle Edirne 2. İcra Müdürlüğü'nün 2003/878 esas sayılı dosyasında borca itiraz edildiği ve Edirne 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/185 esasında kayıtlı itirazın iptali davasının derdest, icra takibi ve davada şikayetlinin Sözleşme taraflarından H. T'nin vekili olduğu, Edirne Barosu Disiplin Kurulu'nun 22.07.2002 tarih ve 2002/3 Esas 2002/6 Karar sayılı kınama cezası verilmesine ilişkin kararının kesinleşmediği anlaşılmıştır.

Avukatlık Yasası'nın 38/d maddesi uyarınca avukat, "Kendisinin düzenlediği bir senet veya sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmek durumu ortaya çıkmışsa" işi reddetmek zorunluluğundadır. Bu sebeple avukatın sözleşmede vekil sıfatı ile

taraf olması şart olmayıp, sözleşmenin kendisi tarafından düzenlenmiş olması yeterlidir. Avukat mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorunda olduğu gibi, mesleki çalışmasında kamunun inancını ve mesleğe güvenini sarsacak davranışlardan özenle kaçınmak zorundadır. Eylemin Avukatlık Yasası 38/d, TBB Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerine aykırı olduğu sebebiyle disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirmede isabetsizlik görülmemiştir.

Ancak, icra takibine itiraz tarihi olan 20.02.2003 tarihi itibarıyla şikayetlinin sicilinde Avukatlık Yasası'nın 136/2. maddesi uyarınca tekerrüre esas kesinleşmiş disiplin cezası bulunmadığından, Baro Disiplin Kurulu'nca henüz kesinleşmiş olmayan kınama cezası esas alınarak para cezası tayin edilmesi uygun görülmemiş, para cezasının kınama cezasına çevrilmek suretiyle kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, Edirne Barosu Disiplin Kurulu'nun 250.000.00 TL para cezası verilmesine ilişkin kararının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına ve şikayetli avukatın "kınama" cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 13.05.2005
E. 2005108
K. 2005/194

* Özen borcu
* Mesleğe güven
(Av K. m. 34; TBB Meslek
Kuralları m. 3)

Şikayetli avukat hakkında şikayetçinin sahibi bulunduğu şirketlerin alacaklarının tahsili için vekaletname verildiği, yapılan icra takipleri sonucunda tahsil edilen paraların ödenmediği, bilgi verilmediği, gönderilen ihtarnameye cevap verilmediği, azilnameye rağmen borçlulardan tahsilata devam edildiği iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda eylem sabit görülerek, Baro Disiplin Kurulu'nca "kınama" cezası verilmiştir.

Dosya içerisindeki belge ve bilgilere göre, şikayetli avukatın, şikayetçinin temsil ettiği şirketlerin vekaletini aldığı, şirketin alacakları için icra takibi yapıldığı, bu icra takiplerinden dolayı yapılan tahsilat hakkında müvekkiline bilgi ve rapor vermediği, ödeme yapıldığına dair ibraname ibraz etmediği, şikayetçi tarafından keşide olunan ihtarnameye de cevap verilmediği tahsilat için de hesap ve rapor vermediği anlaşılmıştır.

Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla yükümlüdürler.

Ayrıca müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkil ile ilgili bir hesap var ise uygun şekilde yazı ile bildirilir.

Şikayetli avukatın eylemi 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi ile TBB Meslek Kuralları'nın 3. maddesine aykırı olup disiplin suçunu oluşturduğundan Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, şikayetlinin sicil durumu da nazara alınarak Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun "kınama" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 14.05.2005
E. 2005/154
K. 2005/196

* **Tedbiren işten yasaklama kararı**
(Av K. m. 5/a, 136/1, 153, 156/2)

Şikayetli hakkında, çıkar amaçlı suç örgütü üyesi olmak, örgüte yardım etmek, TCK 232, 278. maddelerine aykırılık iddiasıyla Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2004/178 esasında kayıtlı kamu davası açılması ve yargılamanın devam etmesi nedeniyle Avukatlık Yasası'nın 153. maddesi uyarınca tedbir mahiyetinde işten yasaklama kararı verilmiştir.

İncelenen dosya kapsamından şikayetli avukatın Avukatlık Yasası'nın 5/A ve 136/1. maddeleri hükümlerine göre meslekten çıkarma cezasını gerektirebilecek mahiyette bir işten dolayı yargılanmakta olduğu ve karar verilmeden önce Baro Disiplin Kurulu'nca çağrılıp dinlendiği, savunmasının alındığı anlaşılmıştır.

Bu durumda Yasa'nın 153. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleştiği ve devam eden kamu davasında avukata atılı suçların niteliği itibarıyla Baro Disiplin Kurulu'nca takdir hakkının isabetli bir şekilde kullanıldığı görüldüğünden, verilen kararda hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Bu nedenle itirazın reddi ile kararın onanması gerekmiştir.

Tedbir mahiyetinde işten yasaklamaya ilişkin dosyanın itiraz üzerine Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'na gönderilmesinden sonra şikayetli avukat 10.05.2005 tarihli dilekçe ile müracaat ederek hakkında Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2004/178 esasta kayıtlı davada beraat ettiğini ve bu nedenle tedbiren işten yasaklama kararının ivedilikle kaldırılması gerektiğini bildirmiştir.

Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin dilekçe ekinde sunulan 10.05.2005 tarihli duruşma tutanağının incelenmesinde şikayetlinin üzerine atılı 4422 sayılı Yasa'ya muhalefet suçunun unsurları oluşmadığı yönünden beraatına, CMUK'un 1, 7, 263 ve 394/a maddeleri gereğince mahkemenin görevsizliğine ve şikayetli avukat hakkında TCK'nın 232/1. maddesinin iki kez uygulanması ve TCK'nın 232/2, 278, 31, 33, 40 maddeleri gereğince cezalandırılması için dosyanın görevli ve yetkili Ankara Asliye Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verildiği anlaşılmıştır.

Bu durum karşısında işten yasaklama kararının verilmesine esas olan hal ve şartların bulunmadığı veya sonradan ortadan kalktığı yolundaki itiraz ve talebin Avukatlık Yasası'nın 156/2. maddesi uyarınca Baro Disiplin Kurulu'nca incelenmesi ve değerlendirilmesi gerektiğinden Kurulumuzun bu aşamada görevli bulunmadığı açıktır.

Sonuç olarak, kararın verilmesine esas olan hal ve şartların sonradan kalkıp kalkmadığı hususu Baro Disiplin Kurulu'nca ayrıca değerlendirilmek üzere itirazın reddi ile, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun avukat hakkında "tedbir mahiyetinde işten yasaklanmasına" ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 29.04.2005

E. 2005/65

K. 2005/155

*** Avukatın kılık ve kıyafeti**

(Av K. m. 49; TBB Meslek

Kuralları m. 20)

Şikayetli avukatın 25.08.2003 günü Ankara 15. İcra Müdürlüğü'nde icra işlemleri yaparken türbanlı olarak görüldüğü baro müdürü ve müdür yardımcısının düzenlediği tutanakla tespit edilmiş ve suç duyurusunda bulunulmuş olduğundan açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 49 ve TBB Meslek Kuralları'nın 20. maddesine göre, avukatların mahkemelere Türkiye Barolar Birliği'nin belirteceği resmi kılıkla çıkmaları, mesleğe yaraşır bir kılık ve kıyafetle başları açık olarak mahkemelerde görev yapmaları zorunludur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay 8. Dairesi'nin bu konuda verdikleri kararlar da içerik olarak, Avukatlık Yasası ve Türkiye Barolar Birliği'nin Meslek Kuralları'nı doğrulamaktadır.

Bu nedenle, şikayetlinin eylemi söz konusu düzenlemelere aykırı olduğundan, savunmasına itibar edilmemiş ve Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan

değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmediğinden ve aleyhe itiraz da olmadığından kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 29.04.2005
E. 2005/67
K. 2005/157

* **Avukatın vekaletnamelerini saklama yükümlülüğü**
(Av K. m. 36)

Şikayetli avukatın bir icra takibi dolayısıyla İcra Müdürlüğü'ne borçlular vekili sıfatıyla verdiği itiraz dilekçesine ekli vekaletnamelerden biri üzerinde tahrifat yaparak kullandığı iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli 17.07.2003 günlü savunmasında Ş. ailesinin yakın dostları olduğunu, E. Ş'nin İstanbul'da olduğu için itiraz süresi içinde vekaletini temin edemediklerini itirazın son günü, M. K. Ş. kendisinin yokluğunda vekalet klasöründen rasgele bir vekalet akıp üzerinde değişiklikler yaparak E'nin vekaleti olarak kendisine getirdiğini, olayda kendisinin bir dahilinin olmadığını savunmuştur.

Şikayetçinin Cumhuriyet Savcılığı'na vaki şikayeti üzerine, Bakanlık izin vermiş, soruşturma açılmış, Karabük Ağır Ceza Mahkemesi'nde 2004/123 Esas sayılı "evrakta sahtecilikten" kamu davası açılmış ve yapılan yargılama sonunda 2004/131 Karar sayılı kararla, suçun manevi unsuru oluşmadığından şikayetlinin beraatına karar verilmiş karar 01.10.2004 tarihinde kesinleşmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 56. maddesine göre avukatlar, usulüne uygun olarak düzenlenen ve avukata verilmiş olan vekaletnameleri dosyasında saklar. Avukat bu vekaletnamenin örneğini çıkarıp aslına uygunluğunun imzası ile onayarak gerekli olan yerlerde kullanır. Bu örnekler tüm yargı mercilerinde ve resmi dairelerde resmi örnek hükmündedir.

Olayda şikayetli bu özeni göstermemiş henüz vekili olmadığı bir şahsın icra takibine itiraz hak ve süresi geçmesin diye bir başka şahsın avukatın özenle yapması gereken, resmi örnek çıkarma görevinin sahte olarak düzenlemesine katılmıştır. Bu nedenle şikayetlinin savunmalarına ve onu doğrulayan tanık ifadelerine itibar etmek mümkün değildir.

Ceza Mahkemesi'nin beraat kararının gerekçesine göre de bu kararın disiplin kovuşturmasını etkileyecek nitelikte bulunmadığı anlaşılmıştır.

Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Karabük Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyar-
ma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 29.04.2005
E. 2005/69
K. 2005/159

*** Avukatın kendine iş sağlama
niteliğindeki davranıştan
kaçınma yükümlülüğü**
*** Reklam yasağı**

Şikayet olunan avukatlar hakkında S. S. K. Konut Yapı Kooperatifi'nin yüz kırk altı üyesine gönderdikleri mektupla Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2003/ 853 Esas sayılı dosyası da emsal gösterilmek suretiyle, V. Bankası Mersin Şubesi'nce fahiş olarak talep edilen ipotek bedelleri hakkında dava açılacağı, bunun için vekaletname tanzimi ile harç, tebligat giderleri, bilirkişi ücreti ve vekalet ücreti vs. masrafları karşılamak üzere şimdilik 200.000.000 TL'nin avukatın Mersin İ. Bankası Merkez Şubesi'ndeki 1731356 no.lu hesaba yatırılması gerektiği, bu konuya ilgisiz kalındığı takdirde ilerde tafisi güç mağduriyetlere neden olunabileceğinin bildirilmesi nedeniyle re'sen açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülerek disiplin cezası tayan edilmiştir.

Şikayetlilerden Av. M. K. kendisinin de aynı kooperatifte üye olduğunu, V. Bank tarafından fahiş ipotek bedeli istenmesi üzerine Mersin Ticaret Mahkemesi'nin 2003/853 esasta kayıtlı davayı açtığını ve şikayetlilerden Av. M. G. ile birlikte takip ettiklerini, yazı örneğinin bürolarına başvuran ortakların istekleri doğrultusunda hazırlanmış olup, kendileri tarafından hiçbir üyeye gönderilmediğini, amacın para kazanmak olmayıp üyelerin fahiş ipotek bedelleri karşısındaki sıkıntılarını hukuki çözüm bulmak olduğunu, esasen fotokopi örneği gönderilen yazı ile soruşturma açılmayacağını, imzalarının aslını taşıyan her nevi yazının arkasında olup, imzanın aslı olmak kaydı ile sorumluluk kabul ettiklerini bildirmiş, suçsuz olduklarını savunmuşlardır.

Dosyada örneği mevcut sayın A. B'ye gönderilen mektup fotokopisi içeriği incelendiğinde; Her ne kadar yazı örneğinin fotokopi olması nedeniyle imzalar inkar edilmekte ise de, mektuptaki bilgilerden, şikayetliler tarafından hazırlandığı ve imzalandığı görülmektedir. Mektupta emsal gösterilen, an-

cak henüz bitmediği anlaşılan dosya numarası, dökümlü yargı giderleri ve avukatlara ait adres, telefon, banka hesap numarası gibi detaylı şahsi bilgiler olduğu gibi, dava açılmadığı takdirde ağır surette zarara uğranacağına da bildirildiği görülmektedir.

Şikayetlinin de aynı kooperatifte üye olması, avukatın kendine iş sağlama niteliğindeki davranıştan kaçınması yükümlülüğünün ihlaline neden olamaz. Sebebi ne olursa olsun avukatlar kendisine iş elde etmek için reklam sayılabilecek her tür teşebbüs ve harekette bulunmaktan yasaktır. Bu sebeple Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuka aykırılık görülmemiş, kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, itirazların reddi ile, şikayetli avukatlar hakkında kınama cezası verilmesine ilişkin Mersin Barosu Disiplin Kurulu kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 29.04.2005

E. 2005/72

K. 2005/162

* Vekalet ücreti

(4667 sayılı K. ile değişik

Av. K. m. 164/son)

Şikayetli avukatlardan Z. Ö. olay tarihinde TC Z. Bankası Genel Müdürlüğü'nün hukuk müşaviri, diğer şikayetli Av. P. Ç. ise aynı bankanın avukatıdır.

Şikayetli avukatların birlikte imzalayıp, banka şubelerine gönderdikleri 21.03.2002 tarihli yazıda; "... şubenizin ve bağlı şubelerinizin yeni avukatlık sözleşmelerinin imzalanarak yürürlüğe girdiği tarihlerden sonra tahsil edilen icra ve dava dosyalarında karşı taraf aleyhine hükmolunan icra ve dava vekalet ücretlerinin yarısının avukatın muvafakati alınmak suretiyle şimdilik ve makul bir süre geçici hesaplarda tutulması mümkün görülmektedir" şeklindeki yazılarının 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 4667 sayılı Yasa ile değişik 164/son maddesine aykırı olduğu iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca şikayetli avukatlar hakkında "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Şikayetli avukatlar savunmalarında "Avukatlık sözleşmesi koşullarının bankanın yönetim kurulunca belirlendiğini, avukatların kendi rızası ile sözleşmeleri imzaladığını, banka yönetim kurulunun sözleşmede değişiklik yaparak, karşı taraftan tahsil edilen ve yasaca avukata ödenmesi gereken ücretin %75'inin avukata, kalan %25'inin de diğer kadrolu avukatlara ödenmek üzere belirlendiğini, konunun idarenin tüzel kişiliğini ilgilendirdiği ve kendileri karar organı olmadıklarından dolayı disiplin

suçu işlemediklerini” savunmuşlardır.

Şikayetin konusu, şikayetli avukatların 21.03.2002 tarihli yazılarının Avukatlık Yasası'nın 164/son maddesine aykırı olup, olmadığı hususundadır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 4667 sayılı Yasa ile değiştirilen 164/son maddesi; *“Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haciz edilemez”* şeklindedir.

Değişiklikten önceki 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 164/son maddesi ise; *“... avukatla iş sahibi arasında aksine sözleşme bulunmadıkça tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir”* şeklindeydi. Yani Avukat ve iş sahibi, karşı taraf aleyhine hükmolunacak vekalet ücretinin kime ait olacağını, kendi iradeleri ile tanzim ettikleri sözleşmede kararlaştırabiliyorlardı. Yeni düzenleme ile avukat ve iş sahibinin bu konuda sözleşme yapma yetkisi kaldırılmış ve karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin avukata ait olacağı kuralı getirilmiştir.

Ayrıca 4667 sayılı Yasa ile değiştirilen 164/son maddesine, avukat adına hükmolunan ücretin doğrudan avukata ödenmesini teminat altına almak için, bu ücretin iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilmesini ortadan kaldıracak ve üçüncü kişilerin bu ücrete el atmasını önlemek içinde ücretin haciz edilemeyeceğine dair yeni bir düzenleme getirilmiştir. Böylece 4667 sayılı Yasa ile getirilen düzeleme emredici nitelikte olup, karşı tarafa yüklenecek ücretin tamamı veya bir bölümünün iş sahibine bırakılmasına dair yapılacak sözleşmeler Yasa'ya aykırı olmakla geçersiz olacaktır.

Şikayetli avukatların, yazılarındaki *“karşı tarafa yüklenecek ücretin yarısının makul bir süre geçici bir hesapta tutulması”*na ilişkin görüş ve kabulleri Avukatlık Yasası'nın 164/son maddesine aykırıdır.

Şikayetli avukatlar, yazının Banka Yönetim Kurulu'nun kararı doğrultusunda yazıldığını ve Şikayet konusu olayın banka tüzel kişiliği ile ilgili olduğunu savunmuşlar ve bu savunma Baro Disiplin Kurulu'nca da kabul edilmiş ise de, yazı incelendiğinde *“... vekalet ücretlerinin yarısının avukatın muvafakati alınmak suretiyle şimdilik ve makul süre geçici hesaplarda tutulması mümkün görüldüğü ...”* denilmek suretiyle şikayetli avukatların kendi kişisel görüş ve kanaatlerini bildirmiş oldukları anlaşılmaktadır.

Yazıda, karşı tarafa yüklenen vekalet ücretinin yarısının avukatın muvafakati alınmak suretiyle kesilmesi bildirilmiştir. Ancak, yazı içeriğini kabul etmeyen avukatla sözleşmenin yenilenmeyeceği, ilişkisinin kesileceği de açıktır. Dosya içindeki Av. D. G. 13.02.2004 tarihli dilekçesinde, şikayetli avukatların

"avukatın muvafakati alınmak suretiyle vekalet ücretinin yarısının kesilmesini mümkün gören" yazılarına göre sözleşme yapmadığı için, sözleşmesinin yenilenmediği ve on bir yıllık hizmetine son verildiğini bildirmiştir. Böylece, şikayete konu yazıda ki "... avukatın muvafakatinin alınması" kaydının sözde kaldığı ve kalacağı anlaşılmaktadır.

Şikayetli avukatların, Avukatlık Yasası'nın 164/son maddesinin emredici hükmüne rağmen, şikayete konu yazı ile yasaya aykırı sözleşme yapılmasını mümkün görerek, bu konuda şubelere talimat vermelerinden ibaret eylemleri Avukatlık Yasası ve TBB Meslek Kuralları'na açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Baro Disiplin Kurulu'nun eylemin disiplin suçu oluşturmadığı yolundaki değerlendirmesi yerinde bulunmamış ve "ceza verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararın kaldırılması ile ceza tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazının kabulü ile Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının "kaldırılmasına", yeneden incelemeyi gerektiren bir durum olmadığından, şikayetli avukatların eylemin niteliği nazara alınarak ayrı ayrı "kınama cezası ile cezalandırılmalarına" oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 29.04.2005
E. 2005/76
K. 2005/166

* Reklam yasağı
(Av K. m. 55/1; TBB Reklam Yasağı
Yön. m. 6)

Şikayetli avukatın kartvizitinde ve Ankara 5. İdare Mahkemesi'nde açtığı bir davayla ilgili dilekçede "emekli hakim" sıfatı kullanması nedeniyle başlatılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetlinin kovuşturma konusu eylemi işlediği disiplin dosyasındaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Eylem Avukatlık Yasası'nın "Reklam Yasağı"nı düzenleyen 55/1. maddesi hükmüne ve TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 6. maddesine açıkça aykırıdır. Kaldı ki "avukatlık" başka bir onurlu sıfatla desteklenmeyi gerektirmeyecek kadar onurlu bir meslektir.

Bu nedenle eylem disiplin suçu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve davranış "kınama" cezasını gerektirmekle birlikte aleyhe itiraz olmadığından kararın onanması uygun bulunmuştur.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Kayseri Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 08.04.2005
E. 2005/20
K. 2005/109

* Hak arama özgürlüğü
* Savunma sınırı
* Meslektaş küçük düşürücü davranış
* Mesleğin itibarı
(Av K. m. 158/2; TBB Meslek Kuralları m. 26, 27)

Şikayetli avukat hakkında Karapınar Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2001/121 D. İş sayılı dosyasının 08.06.2001 günü yapılan duruşması sırasında davalılar vekili sıfatıyla şikayetçi avukata yönelik olarak, "... ölü yakınlarını arayarak vekaletname vermelerini istediğini, Asliye Hukuk Mahkemesi'ne baskı yaparak, sürekli reddi hakim talepleri ile yıldırıldığını ve davadan çekilmeye zorladığını ... Karapınar Adliyesi'nde namuslu insanlar var, bunlar tutanak imzalarlar ..." sözleri nedeniyle açılan disiplin kovuşturması sonucu, ceza tayinine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli sözlerinin hakaret içermediğini, dava dosyası ile ilgili izahatta bulunduğu, sözlerinin savunmanın tümü nazara alındığında hak aramaya yönelik olup, savunma sınırları kapsamında olduğunu savunmuştur.

Baro Disiplin Kurulu, kullanılan sözlerin savunmanın tümü ile birlikte değerlendirilmesi halinde hak arama hukuku ve özgürlüğü kapsamında ve savunma sınırlarında kaldığı ve karşı tarafı rencide amacı taşımadığı yönündeki hukuksal değerlendirme ile ceza tayinine yer olmadığına karar vermiştir.

Anayasa'mızın 36. maddesindeki, "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" hükmü ve eski TCK'nın 486, yeni TCK'nın 128. maddesindeki, "Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde ceza verilemez" hükmü ile, iddia ve savunma dokunulmazlığı anayasal ve yasal teminat altına alınmıştır. Her hakta olduğu gibi iddia ve savunma dokunulmazlığı da sınırsız olmayıp, madde devamında, "Ancak, bunun için, isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakialara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerektiği" bildirilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.10.1998 tarih, E. 1998/225, K. 1998/316 sayılı kararında "... Görülyüyor ki, Anayasa'nın kabul ettiği esasa göre, iddia ve savunma hakkının kullanılması ancak meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle olmalıdır. İddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını hiçbir endişeye kapılmadan serbestçe yapmaları gerekir. Ancak bu serbesti, dava konusu olayın aydınlığa kavuşması, bir başka anlatımla hakkın meydana çıkarılmasına vesile olması amacıyla hizmet etmelidir. Böyle olduğu takdirde Anayasa'nın öngördüğü meşru vasıta ve yollara başvurulmuş olur. Ancak o dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında yarar bulunmayan, diğer bir deyişle davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkının meydana çıkarılmasında hiçbir olumlu etkisi olmayan, hakareti oluşturan yazı ve sözlerin kullanılmasında meşruiyet vardır denilemez. Bu gibi durumlarda iddia ve savunma sınırı aşılmış ve dolayısıyla haysiyetler korunmamış olur ..." denilmektedir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 02.05.1975 tarih, E.1974/1160, K. 1975/5782 sayılı kararında da, "Avukat, müvekkillerinin çıkarlarını hasmının zararlarını gözetmeden, sert bir biçimde savunmak zorundadır. Çünkü meslek ödevi bunu gerektirir. Ancak karşılık avukatın, temsil ettiği tarafın çıkarlarını korumasının gerektirdiği ölçüyü ve objektif tartışma sınırını aşan, yersiz ve icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef tutan, O'nu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik saldırılar hukuka aykırıdır ve avukatın sorumluluğunu gerektirir. Başka bir deyişle karşı tarafın kişisel ilişkilerini rencide edebilecek savunması, davanın amacı haklı gösterdiği, savunma gerçekten esasa yararlı ve etkili olduğu, hatta zaruri bulunduğu takdirde hukuka aykırılıktan söz edilmesi olanaksızdır ..." görüşü bildirilmiştir.

Duruşmada kullanılan sözlerin, savunmaya gerçekten yararlı, etkili ve hatta zaruri olmadığı, hakkın meydana çıkarılmasında hiçbir olumlu etkisinin bulunmadığı, salt mesleki faaliyetlerinden dolayı ve sübjektif inançla karşı tarafın kişiliğini hedef alan, bu sebeple O'nu küçük düşürmeye, dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik saldırı niteliğinde olduğu tartışmasızdır.

Şikayetli avukatın savunmada kullandığı sözler, yargılamanın hukuksal yönü ile ilgili; "hakkın ortaya çıkarılmasına yararlı, etkili ve hatta zaruri açıklama", "objektiflik, gerçek ve somut vakıalara dayanma", "uyuşmazlıkla bağlantılılık" ve "hukuki açıklama" esaslarına uygun açıklama olarak kabul edilemeyeceği, bu sebeple savunma sınırları içinde olduğu düşünölemeyeceğinden, eylem disiplin suçu oluşturmaktadır.

TBB Meslek Kuralları'nın 27. maddesi uyarınca "... Hiçbir avukat, herhangi bir meslektaşını özellikle hasım vekili meslektaşını hakkında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini ve düşüncelerini açıkça belirtmez." Mesleki faaliyetlerinden dolayı meslek kurallarına aykırı davranan avukat hakkındaki şikayet mercii mahkemeler olmayıp, baro yetkili organlarıdır.

Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabet görülmemiş, TBB Meslek Kuralları'nın 26 ve 27. maddeleri uyarınca eylem disiplin suçu oluşturduğundan, Avukatlık Yasası'nın 158/2. maddesindeki " ... avukatlık onuru, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarını ve itibarını korumak, mesleğin amaç ve gereklerine ve adalete uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak ..." ilkeleri göz önünde tutularak ceza tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazının kabulü ile, yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun, "disiplin cezası tayinine yer olmadığına" ilişkin kararının kaldırılmasına ve şikayetli avukatın, "uyarma" cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 07.04.2005

E. 2005/25

K. 2005/112

* Mesleğin onurunu zedeleyen
tutum ve davranışlardan kaçınma

* Hakaret

* Tehdit

(Av K. m. 34; TBB Meslek
Kuralları m. 4)

Şikayetli avukat hakkında "Vekalet ücreti karşılığında şikayetçiden aldığı her biri 600.000.000. TL'si meblağlı iki adet bono bedelini şikayetçinin ödediği ve şikayetli avukatça şikayetçiden hiçbir alacağı kalmadığına dair 12.02.2002 günlü protokolün arkasını yazıp, imzaladığı halde, şikayetçinin isteğine rağmen 06.05.2002 günlü bonoyu iade ettiği, ancak bedelsiz kalan diğer bonoyu vermediği, bu konu nedeniyle çıkan tartışma sırasında Şikayetçinin üzerine yürüyerek, şikayetçiye vurmaya kalktığı 'Bana Kürt T. derler, seni haritadan silerim' dediği ve bürosundan kovduğu" iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmeyle şikayetli hakkında "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Şikayetli hakkında Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2002/385 esasında başlatılan "tehdit" suçundan dolayı açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonunda, eylem TCK'nın 191/son maddesi gereğince adiyen tehdit niteliğinde kabul edilerek ön ödemede bulunulmasına karar verilmiş, şikayetli kabul ve ödeme yaptıktan sonra mahkemece kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetlinin masrafları bizzat kendisinin karşılaması koşulu ile iş ve vekalet kabul etmesi, vekalet ücretinde mutabakat

sağlandıktan sonra bunun ticari senetlere bağlanması, bu konuya ilişkin olarak çıkan tartışmalarda mesleğin onurunu zedeleyen tutum ve davranışlardan kaçınmak yerine bürosunda karşılıklı hakaretler, tehditlere varan eylemleri tahrik nedeni ile bile olsa ifa etmesi Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi ile TBB Meslek Kuralları'nın 4. maddesine açık şekilde aykırılık teşkil eder niteliktedir.

Dinlenen tanıkların çelişkili beyanları, şikayetlinin savunmaları ve mahkemenin tehdit eylemine ilişkin kesinleşmiş kararı karşısında Baro Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına dair kararında hukuki isabet görülmemiş ve *"disiplin cezası verilmesine yer olmadığına"* ilişkin kararın kaldırılarak, ceza tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nca verilen *"disiplin cezası verilmesine yer olmadığına"* ilişkin kararının kaldırılmasına, şikayetli avukatın *"Kınama"* cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 07.04.2005
E. 2005/31
K. 2005/117

* İşini reddi zorunluluğu
(Av K. m. 38/C)

Şikayetli avukat hakkında *"Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı olarak görev yaptığı dönemde bizzat hazırlık soruşturmasına katıldığı ve Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nde açılan kamu davasında, sanık vekili olarak vekalet alıp, duruşmalara girdiği, ayrıca Sulh Hukuk Mahkemesi'ndeki tazminat davasında aynı şahsın vekili sıfatıyla kendisini temsil ettirdiği nedeniyle"* başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 38/C maddesine göre *"Evvence hakim, hakem, Cumhuriyet Savcısı ... olarak görev yapmış"* olanların kendilerine gelen iş teklifini reddetme zorunluluğu bulunmaktadır.

Şikayetlinin bu yasal düzenleme ve zorunluluğa riayet etmediği, Diyarbakır 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2001/126 Esas, 2002/156 Karar sayılı kararı ile sabit olmuştur. Eylem aynı zamanda disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik bulunmamış, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Diyarbakır Barosu Disiplin Kurulu'nun *"kınama"* cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 07.04.2005
E. 2005/34
K. 2005/120

* **Menfaati çatışan kişileri temsil**
(Av K. m. 38/b; TBB Meslek
Kuralları m. 36)

Şikayetlinin alacaklı vekili olarak yaptığı icra takibinde haciz ettirip yediemine bıraktığı iş makinesini daha sonra borçlunun vekaletini alarak yedieminden teslim aldığı, bu şekilde ayrı icra takibinde hem alacaktan hem de borçlunun vekaletini üstlenerek menfaati çatışan kimseleri temsil ettiği iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Dosyada bulunan bilgi ve belgelerden şikayetlinin Ankara 26. İcra Müdürlüğü'nün 2003/1837 sayılı dosyası ile müvekkili İ. B. lehine ve borçlu gözüken İ. O. aleyhine Ankara 8. Asliye Ticaret Mahkemesi'nden aldığı ihtiyati haciz kararını 08.05.2003 tarihinde uygulamaya koyduğu, 09.05.2003 tarihinde iş makinesinin haczettirerek yediemin olarak F. U'ya teslim ettirdiği, ancak aynı gün yediemin değiştirilerek iş makinesinin bu kez borçlu İ. O'ya yediemin sıfatıyla teslim ettirildiği, yapılan hacze rağmen süresinde icra takibine girililmeyerek dosyanın işlemde kaldırılmasına sebep olduğu, iş makinesinin borçlu tarafından Ankara dışına çıkartılmak istenmesi üzerine savcılığın iş makinesine el koyduğu, daha sonra da şikayetli avukatın borçlunun vekaletini ibraz ederek iş makinesini savcılıktan teslim aldığı, böylece aynı işlemde hem alacaklının, hem de borçlunun vekili olarak hareket ettiği görülmüştür.

Avukat aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa teklifi reddetmek zorunluluğundadır (Av. K. m. 38/b).

Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat yararı çatışan kimseleri temsil etmemek kuralı ile bağlıdır (TBB M. K. m. 36).

Bu nedenlerle şikayetlinin Avukatlık Yasası ile TBB Meslek Kuralları'na aykırı bulunan eylemi disiplin suçu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirme isabetli bulunmuş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "kıtnama" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 07.04.2005

E. 2005/38

K. 2005/124

*** Disiplin kovuşturmasının
zamanaşımı nedeniyle
ortadan kaldırılması**
(Av K. m. 159/2, 159/3)

Şikayetli avukat hakkında "Alacaklılar vekili olarak Ankara 5. İcra Müdürlüğü'nün icra takip dosyaları için şikayetçi Ö. Turizm AŞ'nin Manavgat İlçesi'ndeki gayri menkulleri üzerine haciz uygulamak suretiyle icra takibi yürüttüğü, aynı şirket hakkında yapılan ve İ. C. A. G. Bank tarafından başlatılan icra takibi dolayısıyla, borçlu şirketin maliki olduğu tatil köyünün Manavgat İcra Müdürlüğü'ndeki satış işlemleri sırasında, tapu kaydındaki takyitler sebebiyle, gönderilen tebliğ evrakını Ankara'da yaptığı takipler nedeniyle kabul ettiği halde, Ö. Turizm AŞ tarafından kendisine önceden verilen 30.04.1986 tarih ve 9698 yevmiye no.lu vekaletnameyi, müşteki şirketin bilgi ve talimatı dışında kullanarak, borçlu müşteki şirketin vekili sıfatıyla İstanbul 6. İcra Müdürlüğü'nde yürütülen 1997/20387 sayılı takipten dolayı hazırlanan mükellefiyetler listesine itiraz etmek için İstanbul 3. İcra Tetkik Mercii Hakimliği'ne 19.07.2000 tarihli dilekçeyi vererek 2000/1014 esas sayılı davayı açtığı" iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat hakkında İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2002/387 Esas, 2003/484 karar no.su ile açılan kamu davasında, Avukatlık görevini kötüye kullanmak suçundan dolayı, mahkumiyetine yeter derecede kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden, şikayetli avukatın beraatına karar verilmiş, karar temyiz olunmadığından 20.01.2004 tarihinde kesinleşmiştir.

İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kesinleşen 2002/387 Esas ve 2003/484 Karar sayılı kararı ile şikayetlinin beraatına karar verilmiş ve eylemin aynı zamanda suç olmadığı belirlenmiştir. Mahkeme'nin beraat kararında suç tarihi 19.07.2000 olarak gösterilmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 159. maddesinin 2. fıkrasına göre, disiplin cezasını gerektiren eylemlerin işlenmesinden itibaren dört buçuk yıl geçmiş ise disiplin cezası verilemez.

Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise "disiplin cezasını gerektiren eylem aynı zamanda bir suç teşkil ediyor ve bu suç için kanun daha uzun bir zamanaşımı süresi koymuş bulunuyorsa, birinci ve ikinci fıkradaki süreler yerine bu zamanaşımı süresi uygulanır" hükmü mevcuttur.

Kovuşturma konusu olayda verilen "beraat" kararı nedeniyle eylemin suç teşkil ettiği kabul edilemeyeceğinden, Avukatlık Yasası'nın 159. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanamayacağı ve kovuşturmanın ikinci fıkradaki dört buçuk yıllık zamanaşımına tabi olduğu açıktır.

Bu nedenle İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2002/387 Esas ve 2003/484 tarihli kesinleşen beraat kararında eylem tarihi 19.07.2000 günü olarak belirtildiğinden ve dört buçuk yıllık zamanaşımının 20.01.2005 tarihinde dolmuş bulunduğu anlaşılmış olduğundan disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukat hakkında Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun 2004/46 esas sayılı dosyası ile yürütülen "disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına", oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 07.04.2005

E. 2005/39

K. 2005/125

* Özen borcu

* Mesleğe güven

* Avukatın mevzuattaki
değişiklikleri takip etme
gerekliği

(Av K. m. 34, 134, 158)

Şikayetli avukat hakkında, "Ankara 7. İcra Müdürlüğü'nün 2002/4140 Esas sayılı dosyası ile icra takibi başlattığı, icra takibine konu alacak için %80 faiz talep ettiği, aslında icra takip tarihi itibarıyla yasal faiz oranının %64 olduğu, haksız kazanç talep edildiği" iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonunda eylem sabit görülerek uyarma cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatın Ankara 17. İcra Müdürlüğü'nün 2002/4140 sayılı dosyası ile 15.07.2002 tarihinde ilci adet çek bedeli olan 30.000.000.000. TL'nin tahsili için, icra takibi başlattığı, bu takip dolayısıyla 4.491.700.000. TL faiz talep ettiği, borçlu şirketin yaptığı itiraz üzerine, faiz yönünden itiraz kabul edilerek faizin %80'den %72'ye düşürüldüğü ve yeniden hesaplama ile icra işlemlerine devam edildiği anlaşılmıştır.

Avukatlar yükledikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak zorundadır.

Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile Meslek Kuralları'na uymayan eylem ve davranışta bulunanlarla mesleki çalışmada görevini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında yasada yazılı disiplin cezaları uygulanır.

Şikayetli avukat savunmasında kasıtlı davranmadığını bildirmiş ise de, bir avukatın yasa ve yönetmelikler ile değişen durumları ve yargı kararlarını

takip etmesi ve ona göre uygulama yapması gerekir. Avukatlık kamu hizmetidir. Avukat kamunun mesleğe güveninin sarsılmamasına özen göstermek zorundadır.

Şikayetli avukat, şikayetçi aleyhine başlattığı icra takibinde, yasal sınırların üzerinde faiz talep ettiği için eylemi Avukatlık Yasası'nın 34 ve 134. maddelerine aykırıdır.

Eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiş ise de, eylemin niteliği yönünden "kınama" cezası tayini daha uygun olduğundan Avukatlık Yasası'nın 158. maddesindeki ilkeler de gözetilerek kararın kınama cezasına çevrilmek suretiyle düzeltilerek onaması gerekmektedir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının "kınama" cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukatın "kınama cezası ile cezalandırılmasına", oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 07.04.2005
E. 2005/55
K. 2005/141

* Avukatın bağımsızlığı
* Hakkın ortaya çıkarılmasında
etkili ve zaruri açıklama
(TBB Meslek Kuralları m. 5)

Şikayetli avukat hakkında İzmir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi Hakimliği'ne sunduğu 30.07.2003 tarihli dilekçede kullandığı "... Sayın Mahkeme'nizce tarafımıza hatırlatılan yemin teklif etme hakkı da; davalı şirket yetkililerinin ahde vefa ilkesine aykırı davranmaları, başka bir dine mensup olmaları ve günümüzde insanların kolaylıkla gerçeklere aykırı bir şekilde yemin edebilmeleri sebebiyle kullanılmamıştır ... ilahi ve hukuki adaletin tecellisi ile senetlerin verilmiş sebebinin ta'lil eden ve artık geriye dönemeyen davalı, gerçeklere aykırı beyanlarda bulunmaya ve müvekkillere zarar vermeye devam etmektedir" sözlerinden dolayı açılan disiplin kovuşturması sonucu, disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli, Hukuk Yargılama Usulü Yasası'nda, "kesin delil" olarak yer alan yemin delilinin, öğretilerde de sıkça vurgulandığı üzere "zayıf niteliğini" vurgulamak istediğini, bilindiği üzere insanlar, kişiler ya da hukuksal ifade ile sürelerin; etten kemikten oluşan, sosyal, kültürel, dini ve psikolojik faktörlere bağlı olarak yaşamlarını sürdüren varlıklar olduğunu, Osmanlı İmparatorluğu döneminden, yani geçmişten gelen dinsel eğilimler nedeniyle usul yasamızda kesin delil olarak yer alan yemin delilinin günümüz toplumlarının geldiği aş-

ma ve süjelerin yukarda belirtilen ve kişiden kişiye değişen özellikleri sebebi ile hala kesin delil olarak yer almasının çağın gerçekleri ile bağdaşmadığını, Ceza Yargılaması'nda yemin delilinin "Namus ve Vicdan" üzerine kurulu ve laik iken, Hukuk Usulü Yargılaması'nda "Allah ve Namus" üzerine kurulu ve laik olmadığını, bilindiği üzere semavi dinlerde Allah inancının farklı olduğunu, dilekçedeki sözleri yazması için müvekkillerinden talimat aldığını, bu sebeple yemin teklif etme halinde tarafların kendi çıkarları için bazı değerleri geri plana atabildiklerini vurgulamak, gerçeklere aykırı yemin edebilecekleri hususunu belirtmek amacıyla yazdığını, sözlerinin dilekçenin tümü nazara alındığında savunma sınırları kapsamında olduğunu savunmuştur.

Baro Disiplin Kurulu çoğunluk görüşü ile kullanılan sözlerin dilekçenin tümü ile birlikte değerlendirilmesi halinde savunma sınırları kapsamında kalması ve karşı tarafı rencide amacı taşımadığı yönündeki hukuksal değerlendirme ile ceza tayinine yer olmadığına karar vermiştir.

Anayasa' mızın 36. maddesine göre "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir", Eski TCK'nın 486, yeni TCK'nın 128. maddesi de "Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde ceza verilemez" hükmünü içermektedir. Bu evrensel kuralların kabulü ile iddia ve savunma dokunulmazlığı anayasal ve yasal teminat altına alınmıştır. Her hakta olduğu gibi iddia ve savunma dokunulmazlığı da sınırsız olmayıp, madde devamında, "Ancak, bunun için, isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerektiği" bildirilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.10.1998 tarih, E. 1998/225, K. 1998/316 sayılı kararında "... Görülüyor ki, Anayasa'nın kabul ettiği esasa göre, iddia ve savunma hakkının kullanılması ancak meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle olmalıdır. İddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını hiçbir endişeye kapılmadan serbestçe yapmaları gerekir. Ancak bu serbesti, dava konusu olayın aydınlığa kavuşması, bir başka anlatımla hakkın meydana çıkarılmasına vesile olması amacıyla hizmet etmelidir. Böyle olduğu takdirde Anayasa'nın öngördüğü meşru vasıta ve yollara başvurulmuş olur. Ancak o dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında yarar bulunmayan, diğer bir deyişle davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkarılmasında hiçbir olumlu etkisi olmayan, hakareti oluşturan yazı ve sözlerin kullanılmasında meşruiyet vardır denilemez. Bu gibi durumlarda iddia ve savunma sınırı aşılmış ve dolayısıyla haysiyetler korunmamış olur ...", Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 02.05.1975 tarih, E.1974/1160, K. 1975/5782 sayılı kararında

da, "Avukat, müvekkillerinin çıkarlarını hasmının zararlarını gözetmeden, sert bir biçimde savunmak zorundadır. Çünkü meslek ödevi bunu gerektirir. Ancak avukatın, temsil ettiği tarafın çıkarlarını korumasının gerektirdiği ölçüyü ve objektif tartışma sınırını aşan, yersiz ve icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef tutan, O'nu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik saldırılar hukuka aykırıdır ve avukatın sorumluluğunu gerektirir. Başka bir deyişle karşı tarafın kişisel ilişkilerini rencide edebilecek savunmasını, davanın amacı haklı gösterdiği, savunma gerçekten esasa yararlı ve etkili olduğu, hatta zaruri bulunduğu takdirde hukuka aykırılıktan söz edilmesi olanaksızdır..." denilmektedir.

Hukuk Yargılama Usulü Yasası'nın 337 ila 362. maddeleri arasında yemin delili düzenlenmiş, 339. maddede "Size sorulan sorular hakkında gerçeğe uygun yanıt vereceğinize ve hiçbir şey saklamayacağınıza Allah'ınız ve namusunuz üzerine ant içer misiniz" ve o kimse de "Allah'ım ve namusum üzerine ant içerim" der. Sözleri ile düzenlenmiş olup, metinden de açıkça görüldüğü üzere, hiçbir semavi dine atif yapılmamış, din ve inanç farkı gözetilmemiştir.

Dilekçede kullanılan özellikle, "... davalı şirket yetkililerinin başka bir dine mensup olmaları ..." sözlerinin, Hukuk Yargılama Usulü Yasası'nda yer alan yemin delilinin zayıf niteliğini açıklar sosyolojik ve hukuksal gerekçe olmadığı, savunmaya gerçekten yararlı, etkili ve hatta zaruri olmadığı gibi, hakkın meydana çıkarılmasında hiçbir olumlu etkisinin bulunmadığı, salt farklı dinlerinden ötürü ve sübjektif inançla karşı tarafın kişiliğini hedef alan, bu sebeple O'nu küçük düşürmeye, dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik saldırı olduğu tartışmasıdır.

Anayasa'mızın 10. maddesine göre, "herkes, dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." davalı şirket yetkililerinin "başka bir dine mensup olmaları nedeniyle gerçeklere aykırı bir şekilde yemin edebilecekleri" inancıyla yemin teklif edilmemiş olduğunun bildirilmesi, objektif tartışma sınırları içinde olmayan, iddia ve savunmanın hukuki yönü ile ilgisiz, esasa yararlı, etkili ve hatta zaruri olmayan, somut vakıalara dayanmayan açıklamadır.

Muhatabın ırkı, dini, dili, rengi ne olursa olsun eleştiri veya iddia, başkalarını bu özelliklerinden dolayı rencide edecek, küçük düşürecek nitelik taşımalıdır. İddia ve eleştiriler daima uygar, bilimsel ölçüler içinde kalmak, örnek teşkil edecek incelik ve zarafet düzeyinde olmak zorundadır.

Şikayetli avukatın dilekçesinde kullandığı sözler, yargılamanın hukuksal yönü ile ilgili; "hakkın ortaya çıkarılmasına yararlı, etkili ve hatta zaruri açıklama", "objektiflik, gerçek ve somut vakıalara dayanma", "uyuşmazlıkla bağlantılılık" ve "hukuki açıklama" esaslarına uygun açıklama olarak kabul edilemeyeceğinden

ve savunma sınırları içinde olduğu düşünölemeyeceğinden, eylem disiplin suçu oluşturmaktadır.

Müvekkilin talimatı olsa dahi, avukat, "Avukatın Bağımsızlığı" ilkesi gereği hukukla ilgisiz açıklamalardan özenle kaçınmak zorundadır.

Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabet görülmemiş, TBB Meslek Kuralları'nın 5. maddesi uyarınca eylem disiplin suçu oluşturduğundan, ceza tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, Şikayetçilerin itirazının kabulü ile, yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun, "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının kaldırılmasına ve şikayetli avukatın, "kınama cezası ile cezalandırılmasına", oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 07.04.2005
E. 2005/57
K. 2005/143

*** Mesleğin itibarı**
(Av. K. m. 158)

Şikayetli avukat hakkında "Park yerindeki sıranın kimde olduğu tartışmasında, ruhsatlı tabancası ile, yaralama olayına karıştığı" iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonunda eylem sabit görülerek kınama cezası verilmiştir.

Şikayetli hakkında İzmir 13. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2000/221 Esas, 2002/484 Karar sayılı dosyası ile açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonunda, şikayetlinin tabanca ile yaralama suçundan dolayı, iki ay altı gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, verilen cezanın paraya çevrilip ertelenmesine karar verildiği ve kararın 27.10.2003 tarihinde kesinleştiği anlaşılmıştır.

İzmir 13. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2000/221 Esas sayılı kararının incelenmesinde, müştekinin kucağında çocuğunu taşıyan şikayetli avukata saldırdığı, küfür ettiği, sırtına vurduğu, bunun üzerine de şikayetlinin taşıdığı ruhsatlı tabanca ile ateş ettiği ve müştekiyi yaraladığı, bu nedenle şikayetli avukat hakkında ağır haksız tahrikle ilgili olan TCK'nın 51/2. maddesinin uygulandığı görölmüştür.

Avukatlık onuruna ve gelenekler ile Meslek Kuralları'na uymayan eylem ve davranışta bulunanlar hakkında yasada yazılı disiplin cezaları uygulanır.

Avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Avukat özel yaşantısında da buna özen göstermekle yükümlüdür.

Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin niteliği yönünden yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmakla birlikte, olayın özelliği, şikayetli avukatın kişiliğinin ve ailesinin düşürüldüğü konum ve ceza mahkemesinin uyguladığı ağır haksız tahrik hükümleri nazara alındığında, Avukatlık Yasası'nın 158. maddesindeki "TBB Disiplin Kurulu ve Barolar Disiplin Kurulları gösterilen delilleri, soruşturma ve duruşmadan edinecekleri kanıya göre serbestçe takdir ederler" ilkesi de nazara alınarak eylemle verilen disiplin cezası arasındaki dengenin sağlanması için İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nca verilen kınama cezasının uyarma cezasına çevrilmesi gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun "kına-ma" cezası verilmesine ilişkin kararının "uyarma" cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına ve şikayetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 07.04.2005
E. 2005/100
K. 2005/148

* **Tedbiren işten yasaklama kararı**
(Av. K. m. 153)

Şikayet olunan avukat hakkında Diyarbakır Barosu Yönetim Kurulu tarafından re'sen açılan disiplin soruşturmasında, iddiaların sübuta ermesi halinde meslekten çıkarılmayı gerektirir suçlar olması nedeniyle tedbiren işten yasaklama kararı talep edilmiş, Disiplin Kurulu'nun 15.02.2005 tarih ve 2005/2 Esas, 2005/1 Karar sayılı kararı ile, Avukatlık Yasası'nın 153. maddesi uyarınca tedbiren işten yasaklama kararı verilmiştir.

İncelenen dosya kapsamından, şikayet olunan avukat hakkında iddia edilen suçlarla ilgili olarak herhangi bir iddianame tanzim edilmediği anlaşılmaktadır. Avukatlık Yasası'nın 153. maddesi uyarınca tedbiren işten yasaklama kararı verilebilmesi için, ceza kovuşturması yapılması gerekmektedir. Cumhuriyet Savcılığı'nın iddialarla ilgili olarak yaptığı hazırlık işlemleri ceza soruşturması niteliğinde olup, kovuşturma iddianamenin tanzimi ile başlar.

Yasa'nın açık ve emredici hükmü karşısında, şikayetli hakkında ceza kovuşturması yapıldığına ilişkin dosyada herhangi bir iddianame bulunmadığından, itirazın kabulü ile tedbiren işten yasaklama kararının kaldırılması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukat hakkındaki Diyarbakır Barosu Disiplin Kurulu'nun 15.02.2005 tarih ve 2005/2 Esas 2005/1 Karar sayılı "tedbiren işten yasaklama" kararının kaldırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

İKİ KİTAP VE ERMENİ SORUNU

90. YILINDA ERMENİ TRAJEDİSİ 1915'TE NE OLDU?

Sefa Kaplan, Hürriyet Yayınları,
Mayıs 2005

Önsöz, Giriş, Tarihçe ve İki Ülke-
de Yapılan İlk Anket'ten sonra önem-
li tarih ve siyaset bilimi ve düşünce
adamları ile yapılan söyleşiler yine
önemli tarih ve düşün adamlarından
okuma parçalarının yer aldığı kitap
Türk aydını tarafından uzun yıllar
bilinç altına itilmiş bir sorunu gün
ışığına çıkarma çabasının güzel
bir örneği olarak okuyucuya sunul-
muştur.



ARŞİV BELGELERİYLE ERMENİ FAALİYETLERİ 1914-1918 CİLT 1-2

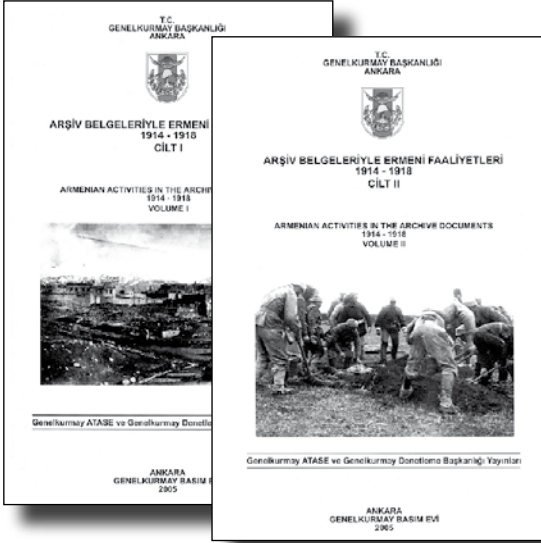
TC GENELKURMAY BAŞKANLIĞI, 2005

Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Denetleme (ATASE ve Dent.)
Başkanlığı arşivinde bulunan ve pek çok odak tarafından gizli bulunmasından
yakınılan belgelerin bir bölümünü iki cilt halinde kamuoyuna duyurmaktadır.
Sunuş yazısında, *“tarihe tanıklık eden bu belgelerde, neden tehcir tedbirini-
nin alınmak zorunda kalındığı, uygulamada gözetilen hassasiyetler, planlı
Ermeni askeri ve sivil örgütlenmelerin isyan ve ihanetleri, bölgede yapılan
katliamlar”* sergilenmiştir.

* * *

Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Birliği'ne girme konusunda aşırı istek ve
gayret içine girdikçe, içtenliğinin karşılığını önüne yeni ve çözülmesi ger-
çekten güç engeller çıkarılmak suretiyle görmektedir.

“Ermeni sorunu” bunlardan biri ve en önemlisi olmak özelliğini taşımak-
tadır. Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana Türkiye için bir *“Ermeni”* sorunu
yoktur ve olmamıştır. Kimilerine göre, Türkiye bu konuda hiç kafa yorma-



miştir. ("Taner Akçam", 1915'te Ne Oldu?, s. 38) Selim Deringil, "milletin bilinen nedenlerden dolayı bu olaydan uzak durduğu düşüncesini" ileri sürüyor. (a.g.e. s. 68) Hırant Dink, bunun devletin şiddetli resmi dayatması ile olduğunu iddia ediyor. (a.g.e. s. 78)

Genellikle bu olayların ciddi bir trajedi olduğu düşüncesinde birleşiliyor.

Mustafa Kemal Paşa ile Genelkurmay'ın bu işe karışmak istemediği ve hatta kınadıkları düşüncesinde olanlar (s. 63) ile olanlardan övünç duyanlar ve utananlar bulunduğunu (s. 64) söyleyenler de bulunmakta (Halil Berktaş, a.g.e.).

1914 yılının Ekim ayında Ruslar Osmanlı İmparatorluğu'na hücum ediyor. Kasım ayında Horasan'a kadar ilerliyorlar. Birinci Dünya Savaşı'ndaki bu ilk yenilginin ardından, Osmanlı vatandaşı Ermeniler Ruslara silahlı yardımda bulunuyorlar. Bunun üzerine Alman Genelkurmayı'nın ısrarlı önerileriyle (İlber Ortaylı, a.g.e. s.135) tehcir (zorunlu göç) kararı alınıyor. "Bir kısım idareci, sürgün edilenlere karşı sorumsuz ve genelde beceriksizce davrandı; birçok yerde ise intikamcı unsurlar yağma ve katletme olaylarına giriştiler. Ulaşımındaki imkansızlıklar da üste binince, istenmeyen olaylar zinciri karşılıklı acılar, Mütareke döneminde de (1918-1919) sürecek karşılıklı çatışmalar, boğazlaşmalarla devam etti." (Ortaylı, a.g.e. s. 135) Bu değerlendirmeye Murat Belge de katılıyor: "... dağınık sözlerden ve anlatımdan kendi hesabıma sistemli bir genosid manzarası çıkaramıyorum. Ama bir grup adamın sistemli ve soğukkanlı bir cinayet işlediğine hiçbir şüphe yok." (a.g.e. s.158).

Kazım Karabekir komutasındaki Türk birlikleri 1920 tarihinde "Evlîye-i selase" diye adlandırılan üç vilayeti Kars, Ardahan ve Artvin'i Ermeni işgalinden kurtarmış ve Erivan Antlaşması'yla doğu sınırlarımızda kalıcı bir barış sağlanmıştır. O günden bu yana Ermenistan ile aramızda en ufak bir sınır çatışması, toprak ihtilafı olmamıştır.

Ancak, Birinci Dünya Savaşı öncesinde "bağımsızlık" sağlanacağı vaadi ile Yunanlar ve Bulgarlar gibi Osmanlı Devleti'ne isyan ettirilen

Ermeniler, * Mütareke döneminde işgal kuvvetlerinin gücünden yararlanarak Maraş'ta, Antep'te, Urfa'da, Çukurova'da Türklere yaptıkları zulüm ve işkenceden korktukları için, kurtuluş ile birlikte yurt dışına kaçmışlardır. Bunların daha önce yurt dışına çıkanlarla oluşturdukları "*diaspora*", ihanetinin bedelini ödediğini unutarak, emperyal güçlerden ihanetlerinin Türk halkının sırtından ödüllendirilmesini istemektedirler.

Özellikle Fransa, yıllarca birlikte yaşadıkları Türklere karşı tahrik ettikleri ve yerlerinden yurtlarından kaçmalarına neden oldukları bu insanların torunlarını, gerçek dışı "*soykırım*" iddiaları ile Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı kışkırtmaktadır. Böylece Anadolu'da yaptıkları mezalimi unutturabilecekleri yanlışısına düşmektedirler. Oysa bu tahrikleri ile bize unuttuğumuz olayları hatırlatmaktadır.

Ermeni sorunu ile ilgili küçük bir not daha düşmek istiyorum. Birinci Dünya Savaşı sonunda Amerikan Başkanı Wilson, Türkiye'deki Ermenilerin tehlikede olduğu, Türklerin İzmir'in işgalinin acısının onlardan çıkaracağı iddialarını tahkik ve Amerikan politikasını tespit etmek üzere Amerikalı General James G. Harbord başkanlığında bir heyeti Anadolu'ya gönderdi. General Harbord, Ermenilere yapıldığı iddia edilen mezalimi tahkik, Ermenistan devleti kurulması koşullarını oluşturmak ve kurulacak bu devletin mandasını Amerikanın kabul etme ortamını hazırlamak üzere görevlendirilmişti. General Harbord 22 Eylül 1919 tarihinde Sivas'ta Mustafa Kemal Paşa ve daha sonra, Erzurum'da Kazım Karabekir Paşa ile görüşür. Ermenilerin bölgede yaptıkları tahribatı, toplu katliamlara ait izleri yerinde görür ve raporunda gerçeğin Avrupa'ya, Amerika'ya kaçan Ermenilerin ve işbirlikçilerinin anlattığı gibi olmadığı sonucuna varıldığını belirtti ve ABD Ermenistan'ın mandateri olma projesinden vazgeçer.

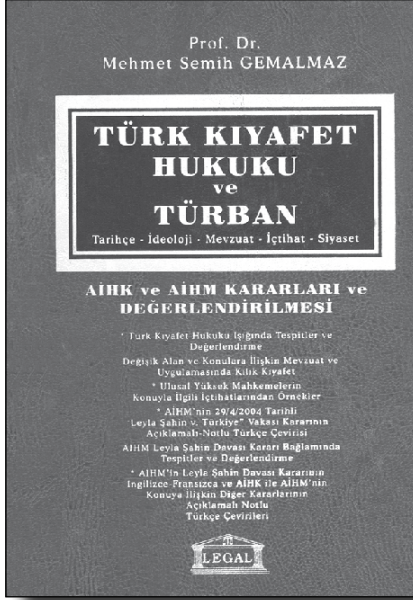
Yaşandığı günlerde uydurma olduğu anlaşılan "*soykırım*" şamatasının şimdi Türkiye önüne "*gerçek*" olarak sürülmesini anlamak mümkün değildir.

Teoman ERGÜL

* "Ermeni soykırımı yoktur," diyenlerin ceza tehdidi altında bulunduğu İsviçre, Zürih Üniversitesi Tarih bölümünden Hans-Lukas Kieser, "Türk Ulusal Tarihçiliğinin Gölgesinde Ermeni Tehciri" adlı makalesinde (*Tarih ve Toplum Yeni Yaklaşımlar*, S. 1, s. 241 vd. Erol Özbek çevirisi), bu tür yani "Avrupa devletleri azınlıkları koruma bahanesi altında, ayrımsız ve değişmez bir şekilde Osmanlı Devleti'ni bölme ve paylaşma politikaları izlemiş ve bu amaçla Hıristiyan tebaayı sistematik bir şekilde devlete karşı kışkırtmışlardır" düşüncesini ve Balkanların ve Anadolu'nun biri birine paralel iki alan olarak görülmesini "bilimsellikten uzak görüyor. Ona göre, Ermeniler Osmanlı İmparatorluğu'nda Türk ve Müslümanlara ne yaptılarsa, 1878 Ayastefanos Antlaşması'ndan sonra toplanan Berlin Kongresi'nde imzalanan, Berlin Antlaşması'nın 61. maddesine göre kendilerine söz verilenleri almak için yapmışlardır; yaptıkları isyan, kıyım ve yıkım da haklıdır. Bu bilimsel (!) değerlendirmeler için çok şey söylenebilir. Ancak, Ayestefanos Antlaşması'ndan sonra İngiliz Büyükelçisi Layard'ın Ermenilerle ilgili 16. maddenin Balkanlar'daki bölünmeyi Anadolu'da gerçekleştirmek için atılmış ilk adım saymak gerektiğini" anımsatmakla yetiniyoruz.

TÜRK KIYAFET HUKUKU VE TÜRBAN

Prof. Dr. Semih Gemalmaz, Legal
Yayıncılık, Nisan 2005, İstanbul



Türkiye’de genel olarak “tesettür”, özel olarak da “türban” sorunu yazarın “Sunuş” yazısında belirttiği gibi son yıllarda “verimli bir siyasal malzeme” olması dolayısıyla gündemin değişmez maddesindeki yerini korumaktadır.

Ulusal yargı yerleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin konu ile ilgili kararları bağlamında türbandan başlayan inceleme tümüyle kılık kıyafet hukuku araştırmasına dönüşmüş, yazar bin beş yüz sayfalık kitabında konuyu tartışacaklara sağlam argümanlar sunmuştur.

İCRA VE İFLAS KANUNU ŞERHİ (İİK. 68-81)

Talih Uyar, 4. Cilt, Sekiz misli genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2005

Daha önceki sayılarımızda başlangıç ciltlerini tanıttığımız şerhin 4. cildi çıkmış bulunmakta. On cilt olarak tasarlanan kitap, uzun yıllardan beri sürdürdüğü hukukçularımızın vazgeçilmezliği niteliğini korumaya devam edecek gibi görünmektedir.

DERGİLER

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yetmiş dokuzuncu cildini, bir bakıma yetmiş dokuzuncu yaşını idrak eden *İstanbul Barosu Dergisi*, 2005 yılından itibaren iki ayda bir yayınlanma kararı almış bulunmaktadır. Bildirildiğine göre, dergi ait olduğu ayların ikincisinde çıkacaktır. Özellikle Yargıtay kararları ile öne çıkan *Dergi* uzun yıllar hukuk literatürümüzde koruyacağı yerini yeni kadro ve geleneksel içeriği ile sürdüreceğe benzemektedir.

Bütün baro dergilerine olduğu gibi *İstanbul Barosu Dergisi*’ne yayın hayatında başarılar dileriz.

ANKARA BAROSU DERGİSİ

Hukuk yayın hayatının demirbaşlarından *Ankara Barosu Dergisi* geleneksel çizgisinde üç ayda bir yayın hayatına devam etmektedir.

Elimizde bulunan 2005 yılının ilk sayısında Avukat Talih Uyar, Avukat Gülay Arıkan ve Avukat Recep Adıgüzel’in makaleleri ilgi çekiyor.

kitaplar...dergiler...

Ayrıca "Dünyaya Açılan Pencere" bölümünde Avukat Ahmet İyimaya ve Avukat Rudolf Tschani ile Anreas Röthell'in yazıları, Avukat Kemal Vuraldoğan ile Avukat Bülent Nuri Kurdoğlu'nun karar incelemeleri ve TBB Disiplin Kurulu, AİHM kararı ile Yargıtay kararları bulunmaktadır.

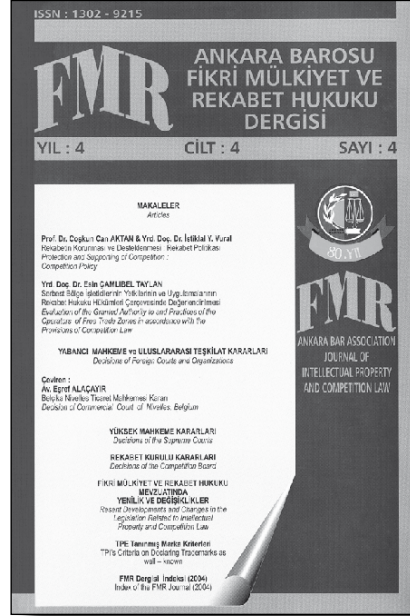
BURSA BAROSU DERGİSİ

Geçtiğimiz sayılarda tabloid boy olarak yayımlanmaya başladığı ilk sayısını haber yaptığımız *Bursa Barosu Dergisi* niteliğini ve yayını sürdürüyor. Bursa Barosu Başkanı Asude Şenol'un "hukuka, insan hak ve özgürlüklerine, demokrasiye, hukukun üstünlüğüne samimiyetle inanan herkes anlamalıdır ki sorunları genel veya özel, esasta veya ayrıntıda ne olursa olsun çözmek için öncelikle hukuka ve kendi güçlerine inanan avukatlar, karşılarındaki engeller büyük veya küçük, az veya çok ne olursa olsun aşacak ve hep dimdik ayakta olacaktır." sözleri ortak dileğimizdir.

ANTALYA BAROSU DERGİSİ

Türkiye Barolar Birliği'nin 28. Olağan Genel Kurulu'na kusursuz ev sahipliği yapan Antalya Barosu'nun güleç yüzlü dergisinin Mayıs sayısı genellikle genel kurul hazırlıkları ile ilgili yazılar, programlar ile ön plana çıkıyor. Yine de bu yoğun tempo arasında TCK, CMK ve meslek konularında ilginizi çekecek yazılara yer vermiş olduğunu görmekteyiz.

FMR (ANKARA BAROSU FİKRİ MÜLKİYET VE REKABET HUKUKU DERGİSİ)



2005 yılının ilk sayısında Ankara Barosu Başkanı Ahsen Vedat Coşar, "şeytanlardan kendimizi korumak için hukuka ve yasalara her ne pahasına olursa olsun ve her koşulda bağlı ve saygılı olalım." diyor. Kendi alanında Türkiye'nin ilk ve tek dergisi olan FMR'nin bu sayısında Hakim Uğur Çolak, Prof. Dr. Ünal Tekinalp ve Dr. Murat Yılmaz'ın makaleleri, yabancı yüksek mahkeme kararları, Yargıtay ve Rekabet Kurulu kararları yayımlanmaktadır.



**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
28. OLAĞAN GENEL KURULU
TUTANAĞI**

21-22 MAYIS 2005
ANTALYA



ÇIKTI!...

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine **Ekler** bölümünde yer verilmektedir. Bütün Dergi için olduğu gibi bu bölüm de ihtiyaçlarınıza ve isteklerinize göre şekillenecektir

YASALAR

RG 16 Nisan 2005/25788

- 5331 Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a Bir Ek Madde Eklenmesine İlişkin Kanun
- 5332 Sendikalar Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun

RG 27 Nisan 2005/25798

- 5335 Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 03 Mayıs 2005/25804

- 5334 Mera Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
- 5337 Emniyet Teşkilatı Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5338 Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5339 2006 Yılı Programının Hazırlanmasına Dair Kanun

RG 05 Mayıs 2005/25806

- 5340 Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5342 Türkiye Cumhuriyeti ile Fas Krallığı Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5343 Türkiye Cumhuriyeti ile Lübnan Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 06 Mayıs 2005/25807

5336 Emniyet Teşkilatı Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 07 Mayıs 2005/25808

5341 Siyasi Partiler Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 16 Mayıs 2005/25817

5345 Gelir İdaresi Başkanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun

RG 18 Mayıs 2005/25819

5346 Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun

5347 Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹

5348 Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun²

5349 Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun³

5350 Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

¹ Tam metni için *ekler* bölümüne bkz.

² Tam metni için *ekler* bölümüne bkz.

³ Tam metni için *ekler* bölümüne bkz.

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 28 Mayıs 2005/25828

5354 Bankalar Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 01 Haziran 2005/25832

5351 Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁴

5352 Adli Sicil Kanunu⁵

5353 Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁶

RG 01 Haziran 2005/25832 Mükerrer

5358 İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁷

RG 04 Haziran 2005/25835

5360 Türkiye Cumhuriyeti Kültür ve Turizm Bakanlığı ile Kosova Geçici Özerk Yönetim Kurumlarını (Kosova Kültür, Gençlik ve Spor Bakanlığı) Temsil Eden Kosova'daki BM Geçici Yönetimi (UNMIK) Arasında Yapılan Kültürel İşbirliği Anlaşması'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 08 Haziran 2005/25839

5359 Askeri Hakimler Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5361 Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 11 Haziran 2005/25842

5355 Mahalli İdare Birlikleri Kanunu

⁴ Tam metni için *ekler* bölümüne bkz.

⁵ Tam metni için *ekler* bölümüne bkz.

⁶ Tam metni için *ekler* bölümüne bkz.

⁷ Tam metni için *ekler* bölümüne bkz.

TÜZÜKLER

RG 05 Mayıs 2005/25806

2005/8741 Tarım Reformu Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Tüzüğünde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tüzük

RG 11 Mayıs 2005/25812

2005/8778 Tiftik İhracatının Murakabesine Dair Nizamnamenin Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Tüzük

2005/8779 Palamut İhracatının Murakabesine Dair Nizamnamenin Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Tüzük

2005/8792 Antepfıstığı İhracatının Denetlenmesine Dair Tüzüğün Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Tüzük

RG 12 Haziran 2005/25843

2005/8913 Bazı Tüzüklerin Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Tüzük

YÖNETMELİKLER

RG 16 Nisan 2005/25788

- Çiftçi Kayıt Sistemi Yönetmeliği
- 1972 Konteynerlerle İlgili Gümrük Sözleşmesi'nin ve Geçici İthal Sözleşmesi'nin Konteynerlerle İlgili Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Nisan 2005/25789

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Sporcu Eğitim Merkezleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Emniyet Teşkilatı Personeli Kimlik Kartları ile Polis Kimlik Kokartları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 18 Nisan 2005/25790

- Fikir ve Sanat Eserlerinin Tespit Edildiği Materyallerin Dolum, Çoğaltım ve Satışını Yapan veya Yayan İşletmelerin Sertifikalandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

RG 19 Nisan 2005/25791

- Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü Hatlarında Diğer Şahıslara Ait Trenlerin İşletilmesine Dair Yönetmelik
- Bitkisel Atık Yağların Kontrolü Yönetmeliği

RG 21 Nisan 2005/25793

- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu Başkanlığı'na Doğrudan Bağlı Enstitülerin Kuruluş ve İşletmesine İlişkin Çerçeve Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcılığı ile Devlet, İçişleri, Bayındırlık ve İskan, Çalışma ve Sosyal Güvenlik, Sanayi ve Ticaret, Enerji ve Tabii Kaynaklar, Çevre ve Orman Bakanlıklarına Ait Bazı Yönetmeliklerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelikler

RG 22 Nisan 2005/25794

- Gazi Üniversitesi Deprem Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 24 Nisan 2005/25795

- Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı (KOSGEB) Destekleri Yönetmeliği
- Cumhuriyet Üniversitesi Radyo-Televizyon Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 25 Nisan 2005/25796

- Halk Oyunları Hakem, Gözlemci ve Saha Komiseri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Milli Eğitim Bakanlığı Taşınmalı İlköğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Patent Enstitüsü Danışma Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Jeofizik Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliği

RG 26 Nisan 2005/25797

2005/8703 Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Daimi Kadrolarına İlk Defa İşçi Olarak Alınacaklar Hakkında Uygulanacak Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Sağlık Yüksek Kurulu Kuruluş ve Çalışma Yönetmeliği
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Gençlik ve Spor Faaliyetlerinin Düzenlenmesine Dair Yönetmelik
- Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Nisan 2005/25798

- Okan Üniversitesi Avrasya Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 28 Nisan 2005/25799

- Hopa Liman Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tuzla Liman Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Cumhuriyet Üniversitesi Kangal Köpeği Araştırma ve Yetiştirme Merkezi Yönetmeliği
- Dumlupınar Üniversitesi Sağlık Hizmetleri Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 29 Nisan 2005/25800

- Gazi Üniversitesi Görme ve Öğrenme Yetersizliği Olan Çocukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 30 Nisan 2005/25801

- İstanbul Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi İşletme İktisadı Enstitüsü İkinci Öğretim İşletme Yöneticiliği Tezsiz Yüksek Lisans Programları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Mayıs 2005/25802

- Motorlu Bir Araçla Çarpışma Öncesinde ve Çarpışma Halinde Yaya- ların ve Diğer Korumasız Karayolu Kullanıcılarının Korunması ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliği (2003/102/AT)

RG 02 Mayıs 2005/25803

- Afyon Kocatepe Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğ- retim ve Sınav Yönetmeliği
- Okan Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Programı Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Mayıs 2005/25804

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Olimpiyat ve Bölgesel Oyunları Hazırlık ve Düzenleme Kurulu Çalışma Yönetmeliği
- Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Mayıs 2005/25805

2005/8625 Kamu Kurum ve Kuruluşları Personel Servis Hizmet Yönetmeli- ği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2005/8714 Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcılığı, Devlet, Maliye, Milli Eğitim, Bayındırlık ve İskan, Çalışma ve Sosyal Güvenlik, Kültür ve Turizm, Çevre ve Orman Bakanlıkları, T.C. Ziraat Bankası A. Ş. ile Türkiye Şeker Fabrikaları A. Ş. Genel Müdürlüklerine Ait Bazı Yönetmeliklerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelikler

RG 05 Mayıs 2005/25806

2005/8718 Yedek Personel Erteleme Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2005/8720 Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2005/8722 Derneklerin İzinle Kurabileceği Tesisler Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- İhracatçı Birlikleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İyi Tarım Uygulamalarına İlişkin Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Bilirkişi Yönetmeliği
- Aracı Kurumların Tedrici Tasfiye Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi İletişim Araştırmaları ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Transplantasyon Merkezi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Öğretim Elemanlarının Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde Görevlendirilme ve Şirket Kurabilmelerine İlişkin Uygulama Yönetmeliği

RG 06 Mayıs 2005/25807

- Maliye Bakanlığı Milli Emlak Kontrolörleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Alım Satım Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Mayıs 2005/25808

- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Arşiv Hizmetleri Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi İlk Yardım Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 08 Mayıs 2005/25809

- Polis Meslek Eğitim Merkezleri Giriş Yönetmeliği
- Polis Meslek Eğitim Merkezleri Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Diyaliz Merkezleri Hakkında Yönetmelik
- Ege Üniversitesi Elektron Mikroskopi, Görüntüleme, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 09 Mayıs 2005/25810

- Uludağ Üniversitesi Öğrenci Kültür-Sanat, Spor ve Bilim Etkinlikleri Yönetmeliği

RG 10 Mayıs 2005/25811

2005/8774 Spor Hizmet ve Faaliyetlerinde Üstün Başarı Gösterenlerin Ödüllendirilmesine Dair Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- İstanbul Bilgi Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Avrupa Birliği Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Göç Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Selçuk Üniversitesi Veteriner Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Mayıs 2005/25812

2005/8785 Sinema ve Müzik Sanatı Destekleme Fonu Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Yönetmelik

2005/8786 Sinema, Video ve Müzik Eserlerinin Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Yönetmelik

- Emekli ve Malullük Aylığı Bağlanmış Olanlarla, Bunların Kanunen Bakmakla Yükümlü Buldukları Aile Fertleri, Dul ve Yetim Aylığı Alanların Muayene ile Tedavileri Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yabancı Para Net Genel Pozisyon/Özkaynak Standart Oranının Bankalarca Konsolide ve Konsolide Olmayan Bazda Hesaplanmasına ve Uygulanmasına İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dokuz Eylül Üniversitesi Yüzey Teknolojileri ve Hasar Analizi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Çift Anadal ve Yan Dal Programları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Jeotermal Enerji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 12 Mayıs 2005/25813

- Doğal Gaz Piyasası Sertifika Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Mayıs 2005/25814

- Devlet Muhasebesi Standartları Kurulu'nun Yapısı ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Sahil Sağlık Denetleme Merkezlerinde Uygulanacak Sağlık İşlemlerine İlişkin Yönetmelik

RG 14 Mayıs 2005/25815

- Başbakanlığa Ait Bazı Yönetmeliklerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelikler

RG 16 Mayıs 2005/25817

- Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı Uzman Yardımcılığı ve Uzmanlığı Sınav, Atama, Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Mayıs 2005/25818

- Sulak Alanların Korunması Yönetmeliği
- Amatör Denizci Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi İmalat Sistemleri Otomasyonu ve Bilgisayar Destekli Tasarım, Üretim, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Selçuk Üniversitesi Mevlana Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Selçuk Üniversitesi Su Ürünleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Selçuk Üniversitesi Konya ve Yöresi Tarih Araştırmaları Merkezi Yönetmeliği
- Selçuk Üniversitesi İleri Teknoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 18 Mayıs 2005/25819

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Zihin Engelli Çocuklar Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Avrupa Birliği Dokümantasyon, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Kocaeli Üniversitesi Sürekli Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Kocaeli Üniversitesi Uzaktan Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 20 Mayıs 2005/25820

- Milli Eğitim Bakanlığı Anadolu İmam-Hatip Liseleri Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Toplum İçin Hareket ve Sağlıklı Yaşam Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Yabancı Dil Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- İzmir Ekonomi Üniversitesi Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim Süresiyle Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

DÜZELTME (Yabancı Para Net Genel Pozisyon/Özkaynak Standart Oranının Bankalarca Konsolide ve Konsolide Olmayan Bazda Hesaplanmasına ve Uygulanmasına İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile İlgili)

RG 21 Mayıs 2005/25821

- Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Belirli Tekstil Ürünleri İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemlerine Dair Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Zirai Karantina Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Turizmi Teşvik Kanunu'nun Cezai Hükümlerinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu BİL Meslek Yüksekokulu Yaz Öğretimi Yönetmeliği

RG 22 Mayıs 2005/25822

- Denizcilik Müsteşarlığı Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Çevre ve Orman Bakanlığı Personelinin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretimi ve Sınav Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Lisans Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Trakya Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Sağlık Yüksekokulları Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Mayıs 2005/25823

- Kozmetik Yönetmeliği
- Ruhsatlandırılmış veya Ruhsatlandırma Başvurusu Yapılmış Beşeri Tıbbi Ürünlerdeki Değişikliklere Dair Yönetmelik

RG 24 Mayıs 2005/25824

- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisans Eğitim-Öğretim Süresi ile Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Mayıs 2005/25825

- Galatasaray Üniversitesi İletişim Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Yüksekokulu Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Mayıs 2005/25826

- Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliği

RG 27 Mayıs 2005/25827

- 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 2167 Sayılı Kanunla Değiştirilen 102. Maddesinde Belirtilen Yol Paraları ile Zaruri Masraf Karşılıklarına İlişkin Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Türk Akreditasyon Kurumu Personel Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Avrupa Araştırmalar Merkezi Yönetmeliği
- Adnan Menderes Üniversitesi Bilim ve Teknoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Adnan Menderes Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Alternatif Enerji Kaynakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Mayıs 2005/25828

- Adnan Menderes Üniversitesi Çağdaş Akdeniz Dilleri ve Kültürleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 29 Mayıs 2005/25829

- Ticari Araçlarda Reklam Bulundurulması Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 30 Mayıs 2005/25830

- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Yaz Öğretimi Yönetmeliği
- Balıkesir Üniversitesi Sürekli Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 31 Mayıs 2005/25831

- Milli Eğitim Bakanlığı Okul-Aile Birliği Yönetmeliği
- Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Toprak Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliği

RG 01 Haziran 2005/25832

- Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre İl Adli Yargı Adalet Komisyonlarının Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik
- Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği
- Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik
- Suç Eşyası Yönetmeliği
- Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik
- Adli Kolluk Yönetmeliği
- Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği

RG 02 Haziran 2005/25833

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Mimarlar Odası Serbest Mimarlık Hizmetlerini Uygulama, Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliği
- Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Öğretim Yönetmeliği
- Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Yaz Öğretimi Yönetmeliği

RG 03 Haziran 2005/25834

- Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hak-

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

kında 3201 Sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Haziran 2005/25835

2005/8864 Memurlara Yapılacak Giyecek Yardımı Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Atılım Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Çevre Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 05 Haziran 2005/25836

- Kırıkkale Üniversitesi Tüketici Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Muğla Üniversitesi Yaşam Boyu Öğrenme Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Muğla Üniversitesi Kadın Çalışmaları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 06 Haziran 2005/25837

- Mustafa Kemal Üniversitesi Önlisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mustafa Kemal Üniversitesi Tıp Fakültesi İngilizce Hazırlık Eğitimi Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Mustafa Kemal Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Uzaktan Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 07 Haziran 2005/25838

- Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Avrupa Birliği Uzman Yardımcılığı ve Uzmanlığı Yarışma ve Yeterlik Sınavları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Danışma Kurulunun Teşkili, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Memurları Sicil Raporu Vermeye Yetkili Amirler Yönetmeliği
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Sicil ve Başarı Değerlemesi Raporu Vermeye Yetkili Amirler Yönetmeliği
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Memurları Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Disiplin Amirleri Yönetmeliği

RG 08 Haziran 2005/25839

2005/8844 Genel Yönetim Muhasebe Yönetmeliği

- Gözlükçülük Ruhsatnamesi Verilmesi İçin Gerçekleştirilecek Kurs ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Haziran 2005/25841

- Emekli ve Malullük Aylığı Bağlanmış Olanlarla, Bunların Kanunen Bakmakla Yükümlü Buldukları Aile Fertleri, Dul ve Yetim Aylığı Alanların Muayene ile Tedavileri Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Organik Tarımın Esasları ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
- İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 11 Haziran 2005/25842

- Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının Yapı Esasları ve Denetimine Dair Yönetmelik
- Koruma, Uygulama ve Denetim Büroları, Proje Büroları ile Eğitim Birimlerinin Kuruluş, İzin, Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik

RG 12 Haziran 2005/25843

- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Uzaktan Algılama Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 13 Haziran 2005/25844

- Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Avrupa Birliği Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Haziran 2005/25845

2005/8831 Yetiştirilmek Amacıyla Yurt Dışına Gönderilecek Devlet Memurları Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türk Silahlı Kuvvetleri Stratejik Hedef Planının Gerçekleştirilmesi Maksudıyla Yapılacak Harcamalar İçin Verilen Avans ve Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Okul Servis Araçları Hizmet Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Otopark Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. Genel Müdürlüğü Görevde Yükselme Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre ve Orman Uzman Yardımcılığı Giriş ve Çevre Orman Uzmanlığı Yeterlik Sınavları ile Atama, Yetiştirilme, Görev, Yetki ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Personeli Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Biyomedikal Kalibrasyon ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Teknolojik Malzemeler Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 15 Haziran 2005/25846

- Bazı Yönetmeliklerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelikler

DÜZELTME (Mustafa Kemal Üniversitesi Önlisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile İlgili)

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'nin

Ekler bölümü, elimizin altında bulunmasını istediğimiz, ancak gözümüzün önünde bulunmasını istemediğimiz önemli bilgileri, metinleri bünyesinde saklayacaktır. Dergi'nin okunmasını zorlaştıracak, ancak kimilerinin ayrıntılarına önem verdiği uzun metinlere, yasalara, tüzük ve yönetmeliklere burada yer verilecektir.

Biz bu bölüme kendi aramızda, eski evlerin vazgeçilmez temiz, düzenli, ancak göz önünde bulunmayan bölümünden esinlenerek Kiler diyoruz.

Büyük ihtiyaçlara cevap verecek bölümün geleceği de sizlerin öneri ve dilekleriyle şekillenecektir.

**TÜRK CEZA KANUNU'NUN
YÜRÜRLÜK VE UYGULAMA
ŞEKLİ HAKKINDA KANUN'DA
DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA
DAİR KANUN**

Kanun No: 5349

Kabul Tarihi: 11.5.2005

Madde 1. 4.11.2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında geçen "*Özel ceza kanunları ile ceza içeren*" ibaresi madde metninden çıkarılmış ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

(3) Ağır para cezasından dönüştürülen adli para cezasının ödenmemesi halinde, 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106. maddesi hükümlerine göre hapis süresinin belirlenmesinde bir gün karşılığı olarak yüz milyon Türk Lirası esas alınır.

Madde 2. Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 6. (1) Kanunlarda öngörülen "*ağır hapis*" cezaları, "*hapis*" cezasına dönüştürülmüştür.

(2) 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenmiş olan suçlarla ilgili olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 13 ve 15. maddelerinin uygulanması zarureti bulunan hallerde;

a. Ağır hapis iken, birinci fıkra uyarınca hapse dönüştürülen cezalar, kanunlarında aksine bir hüküm yoksa alt sınır bir yıl, üst sınır yirmi dört yıl olarak,

b. Hapis cezalarında kanunlarında aksine bir hüküm yoksa alt sınır yedi gün, üst sınır beş yıl olarak uygulanır.

Madde 3. Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Hafif hapis ve hafif para cezalarının idari para cezasına dönüştürülmesi

Madde 7. (1) Kanunlarda, "hafif hapis" veya "hafif para" cezası olarak öngörülen yaptırımlar, idari para cezasına dönüştürülmüştür. İdari para cezasının hesaplanmasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesi hükümleri uygulanır. İlgili Kanun'da "hafif hapis" cezasının üst sınırının belirtilmediği hallerde, idari para cezasının hesaplanmasında esas alınacak gün sayısının üst sınırı, yedi yüz otuzdur.

(2) Kanunlarda, "hafif hapis cezası" ile "hafif para cezası"nın seçimlik olarak veya birlikte öngörüldüğü hallerde, idari para cezası yaptırımının belirlenmesinde "hafif hapis cezası" esas alınır.

(3) Kanunlarda, sadece "hafif para cezası"nın öngörüldüğü ve cezanın alt veya üst sınırının belirtilmediği hallerde, idari para cezası, yüz yirmi milyon Türk Lirası'ndan az, on sekiz milyar Türk Lirası'ndan fazla olamaz.

(4) Bu madde hükmüne göre idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet Savcısı yetkilidir.

Madde 4. Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında geçen "1 Nisan 2005" ibaresi "1 Haziran 2005" olarak değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

(4) Kesin hükümle sonuçlanmış olan davalarda, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla ilgili olarak lehe hükmün belirlenmesi ve uygulan-

ması amacıyla yapılan yargılama bakımından dava zamanlaşımına ilişkin hükümler uygulanmaz.

Madde 5. Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasında geçen "1 Nisan 2005" ibaresi "1 Haziran 2005" olarak değiştirilmiştir.

Madde 6. Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

Geçici Madde 1. (1) Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır.

Madde 7. Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 8. Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

17 Mayıs 2005

CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No: 5353

Kabul Tarihi: 25.5.2005

Madde 1. 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun

ekler

35. maddesinin ikinci fıkrasında geçen "hukuken geçerli mazerete dayanarak" ibaresi madde metninden çıkarılmış ve "bulanamayan" ibaresi "bulunamayan" olarak değiştirilmiştir.

Madde 2. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 75. (1) Bir suçla ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet Savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet Savcısı'nun kararı, yirmi dört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulur. Hakim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

(3) İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.

(4) Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.

(5) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz.

(6) Bu madde gereğince alınacak hakim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

(7) Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır.

Madde 3. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 76. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması

Madde 76. (1) Bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücutundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet Savcısı'nun istemiyle ya da re'sen hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet Savcısı'nun kararı, yirmi dört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulur. Hakim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkraya hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur.

(3) Çocuğun soy bağıнын araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir.

(4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanuni temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması halinde, görüşü de alınır. Kanuni temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hakim tarafından karar verilir. Ancak, bu halde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanuni temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.

(5) Bu madde gereğince verilen hakim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

Madde 4. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 80. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 80. (1) 75, 76 ve 78. madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez.

(2) Bu bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde Cumhuriyet Savcısı'nın huzurunda derhal yok edilir ve bu husus dosyasında

muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir.

Madde 5. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 81. (1) Üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin tespiti için gerekli olması halinde, Cumhuriyet Savcısı'nın emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup tespitini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur.

(2) Kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde söz konusu kayıtlar Cumhuriyet Savcısı'nın huzurunda derhal yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir.

Madde 6. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 85. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 85. (1) Cumhuriyet Savcısı, kendisine yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş olan şüpheliye yer gösterme işlemi yaptırabilir. 250. maddenin birinci fıkrası kapsamına giren suçlar söz konusu olduğunda, adli kolluk amiri de yer gösterme işlemi yaptırmaya yetkilidir.

(2) Soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla, müdafii de yer gösterme işlemi sırasında hazır bulunabilir.

ekler

(3) Yer gösterme işlemi, 169. maddede uygun olarak tutanağa bağlanır.

Madde 7. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(4) Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir.

(5) Birinci fıkraya göre yakalanıp kolluğa teslim edilen veya ikinci fıkra uyarınca görevlilerce yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet Savcısı'na hemen bilgi verilerek, emri doğrultusunda işlem yapılır.

Madde 8. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve fıkraya aşağıdaki cümle eklenmiştir.

Gözetli süresi, yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmi dört saati geçemez.

Yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre on iki saatten fazla olmaz.

Madde 9. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 94. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 94. (1) Hakim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma

evresinde yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hakimi önüne çıkarılır; serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hakim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanır.

Madde 10. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 98. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(1) Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet Savcısı'nun istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir.

Madde 11. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(4) Sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez.

Madde 12. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 103. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi madde metninden çıkarılmıştır.

Madde 13. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 105. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 105. (1) 103 ve 104. maddeler uyarınca yapılan istem üzerine, merciince Cumhuriyet Savcısı, şüpheli, sanık veya müdafinin görüşü alındıktan sonra, üç gün içinde istemin kabulüne, reddine veya adli kontrol uygulanmasına karar verilir. Bu kararlara itiraz edilebilir.

Madde 14. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109. maddesinin üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir.

(4) Şüphelinin, üçüncü fıkranın (a) ve (f) bentlerinde yazılı yükümlülüklerle tabi tutulması bakımından, birinci fıkrada belirtilen süre sınırı dikkate alınmaz.

Madde 15. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 119. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, üçüncü fıkranın ikinci cümlesi ile beşinci fıkrasında geçen "*hakim veya*" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

(1) Hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın, Cumhuriyet Savcısı'na ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığı'na derhal bildirilir.

Madde 16. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 127. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve altıncı fıkrasında geçen "*hakim veya*" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

(1) Hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın, Cumhuriyet Savcısı'na ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, el koyma işlemini gerçekleştirebilir.

(3) Hakim kararı olmaksızın yapılan el koyma işlemi, yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde el koyma kendiliğinden kalkar.

Madde 17. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi aşağıdaki şekilde, ikinci fıkrasında geçen "*Şüphelinin*" ibaresi "*Şüpheli veya sanığın*" olarak değiştirilmiş, üçüncü fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiş, dördüncü fıkrasındaki "*kullanmakta olduğu*" ve "*kullanılan*" ibareleri madde metninden çıkarılmış, altıncı fıkrasında geçen "*hükümleri*" ibaresi "*kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler*" olarak değiştirilmiş, altıncı fıkranın (a) bendine (8) numaralı alt bentten sonra gelmek üzere aşağıdaki (9) numaralı alt bent ve (b) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki (c) bendi eklenmiş ve diğer alt bentler buna göre teselsül ettirilmiştir.

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir.

Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hakim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

9. Fuhuş (madde 227, fıkra 3),

c) Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

Madde 18. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 137. maddesinin dördüncü fıkrasında geçen "*halinde*" ibaresinden sonra gelmek üzere "*soruşturma evresinin bitiminden itibaren*" ibaresi eklenmiştir.

Madde 19. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine (5) numaralı alt bentten sonra gelmek üzere aşağıdaki (6) numaralı alt bent eklenmiş, diğer alt bentler buna göre teselsül ettirilmiş ve maddenin üçüncü fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

6. Fuhuş (madde 227, fıkra 3)

Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hakim bir

haftadan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

Madde 20. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 142. maddesinin yedinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(7) Mahkeme, kararını duruşmalı olarak verir. İstemde bulunan ile Hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kağıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir.

Madde 21. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 143. maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(2) Devlet, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbirleriyle ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu eder.

Madde 22. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 151. maddesinin başlığı "*Müdafî görevini yerine getirmediginde yapılacak işlem ve müdafîlik görevinden yasaklanma*" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye ikinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

(3) 149. maddeye göre seçilen veya 150. maddeye göre görevlendirilen ve Türk Ceza Kanunu'nun 220 ve 314. maddesinde sayılan suçlar ile terör suçlarından tutuklu ve hükümlü olanların müdafîlik veya vekillik görevini üstlenen avukat, hakkında bu fıkroda sayılan suçlar nedeniyle kovuşturma açılması halinde tutuklu veya hükümlünün müdafîlik veya vekilliğini üstlenmekten yasaklanabilir.

(4) Cumhuriyet Savcısı'nun yasaklamaya ilişkin talebi hakkında, müdafî veya vekil hakkında açılan kovuşturmanın yapıldığı mahkeme tarafından gecikmeksizin karar verilir. Bu kararlara karşı itiraz edilebilir. İtiraz sonucunda yasaklama kararının kaldırılması halinde avukat görevini devam ettirir. Müdafîlik görevinden yasaklama kararı, kovuşturma konusu suçla sınırlı olmak üzere, bir yıl süre ile verilebilir. Ancak, kovuşturmanın niteliği itibarıyla bu süreler altı aydan fazla olmamak üzere en fazla iki defa uzatılabilir. Kovuşturma sonunda mahkumiyet dışında bir karar verilmesi halinde, kesinleşmesi beklenmeksizin yasaklama kararı kendiliğinden kalkar.

(5) Görevden yasaklama kararı, tutuklu veya hükümlü ile yeni bir müdafî görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir.

(6) Müdafî veya vekil görevden yasaklanmış bulunduğu sürece başka davalarla ilgili olsa bile müdafîliğini veya vekilliğini üstlendiği kişiyi ceza infaz kurumunda veya tutukevinde ziyaret edemez.

Madde 23. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153. maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(4) Müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir.

Madde 24. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161. maddesinin üçüncü fıkrasına "*Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir.*" şeklinde bir cümle eklenmiş ve maddenin beşinci fıkrasına "*4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Hükümleri*" ibaresinden sonra gelmek üzere "*, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulü*" ibaresi eklenmiştir.

Madde 25. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 164. maddesinin birinci fıkrasında geçen "*3 üncü*" ibaresi "*4 üncü*" olarak değiştirilmiştir.

Madde 26. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 173. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(3) Başkan, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer sulh ceza hakimini görevlendirebilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edenı giderlere mahkum eder ve dosyayı Cumhuriyet Savcısı'na gönderir. Cumhuriyet Savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir.

(4) Başkan istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet Savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir.

Madde 27. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 174. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 174. (1) Mahkeme tarafından, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde soruşturma evresine ilişkin bütün belgeler incelendikten sonra, eksik veya hatalı noktalar belirtmek suretiyle;

a. 170. maddeye aykırı olarak düzenlenen,

b. Suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen,

c. Ön ödemeye veya uzlaşmaya tabi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılabilir işlerde önödeme veya uzlaşma usulü uygulanmaksızın düzenlenen,

İddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığı'na iadesine karar verilir.

(2) Suçun hukuki nitelendirilmesi sebebiyle iddianame iade edilemez.

(3) En geç birinci fıkrada belirtilen süre sonunda iade edilmeyen iddianame kabul edilmiş sayılır.

(4) Cumhuriyet Savcısı, iddianamenin iadesi üzerine, kararda gösterilen eksiklikleri tamamladıktan ve hatalı noktaları düzelttikten sonra, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesini gerektiren bir durumun bulunmaması halinde, yeniden iddianame düzenleyerek dosyayı mahkemeye gönderir. İlk kararda belirtilmeyen sebeplere dayanılarak yeniden iddianamenin iadesi yoluna gidilemez.

(5) İade kararına karşı Cumhuriyet Savcısı itiraz edebilir.

Madde 28. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 193. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

(2) Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkumiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir.

Madde 29. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 206. maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümleler eklenmiş, dördüncü fıkrası madde metninden çıkarılmıştır.

Ancak, sanığın tebligata rağmen mazeretsiz olarak gelmemesi sebebiyle sorgusunun yapılamamış olması, delillerin ortaya konulmasına engel olmaz. Ortaya konulan deliller, sonradan gelen sanığa bildirilir.

Madde 30. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

b. Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi,

Madde 31. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 247. maddesine aşağıdaki ikinci fıkra eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir.

(2) Hakkında, 248. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen suçlardan dolayı kovuşturma başlatılmış olan sanığın, yetkili mahkemece usulüne göre yapılan tebligata uymamasından dolayı verilen zorla getirilme kararı da yerine getirilemez ise, mahkeme;

a. Çağrının bir gazete ile sanığın bilinen konutunun kapısına asılmak suretiyle ilanına karar verir; yapılacak ilanlarda, on beş gün içinde gelmediği takdirde 248. maddede gösterilen tedbirlere hükmedilebileceğini ayrıca açıklar,

b. Bu işlemlerin yerine getirildiğinin bir tutanak ile saptanmasından itibaren on beş gün içinde başvurmeyan sanığın kaçak olduğuna karar verir.

Madde 32. Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 33. Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

31.5.2005

**CEZA MUHAKEMESİ
KANUNU'NUN YÜRÜRLÜK
VE UYGULAMA ŞEKLİ
HAKKINDA KANUN'DA
DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA
DAİR KANUN**

Kanun No: 5347

Kabul Tarihi: 11.5.2005

Madde 1. 23.3.2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasında ve 18. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "1 Nisan 2005" ibareleri "1 Haziran 2005" olarak değiştirilmiştir.

Madde 2. 5320 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasında yer

alan "yazılı suçlar" ibaresinden sonra gelmek üzere "ile ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar" ibaresi eklenmiştir.

Madde 3. 5320 sayılı Kanun'a aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

Geçici Madde 1. Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce ceza mahkemelerinde açılmış bulunan davalardaki şahsi hak talepleri, görevsizlik kararı verilmeyerek bu mahkemelerce sonuçlandırılır.

Madde 4. Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 5. Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

17.5.2005

**CEZA VE GÜVENLİK
TEDBİRLERİNİN İNFAZI
HAKKINDA KANUN'DA
DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA
DAİR KANUN**

Kanun No: 5351

Kabul Tarihi: 25.5.2005

Madde 1. 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 9. maddesinin beşinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(5) Müebbet hapis cezasına hükümlülere, 107. maddede belirtilen koşullu salıverilme süresinin üçte ikisini, süreli hapis cezasına

hükümlülerden toplam cezalarının üçte birini, üçüncü fıkrada belirtilen hükümlülerden geriye kalan toplam cezalarının üçte birini bu kurumlarda geçirerek iyi hal gösterenlerin, tutum ve kişiliklerine uygun diğer ceza infaz kurumlarına gönderilmelerine karar verilebilir.

Madde 2. 5275 sayılı Kanun'un 23. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendine aşağıdaki cümle eklenmiş ve üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi madde metninden çıkarılmıştır.

Ancak, yapılan gözlem ve sınıflandırma sonunda idare ve gözlem kurulunca aynı ceza infaz kurumunda veya o yer Cumhuriyet Başsavcılığı'na bağlı diğer ceza infaz kurumlarında kalması uygun bulunan hükümlülerin dosyaları Bakanlığa gönderilmez ve cezalarının infazına, buldukları veya Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilecekleri bağlı ceza infaz kurumlarında devam olunur.

Madde 3. 5275 sayılı Kanun'un 31. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(1) İyi halli hükümlüler, idare ve gözlem kurulu kararı ile kurum yönetimi tarafından durumlarına uygun kurum içi hizmetlerde çalıştırılabilir. Çocuk hükümlüler, kendi yaşam alanları veya eğitsel amaçlar dışında çalıştırılmazlar.

Madde 4. 5275 sayılı Kanun'un 47. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(1) Uyarma, kınama ve bazı etkilere katılmaktan alıkoyma cezaları

kurumun en üst amiri tarafından verilir ve uygulanır.

Madde 5. 5275 sayılı Kanun'un 59. maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve beşinci fıkranın başına "Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere ve karşılıklılık esasına uygun olmak koşuluyla," ibaresi eklenmiştir.

(4) Avukatların savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve müvekkilleri ile yaptıkları konuşmaların kayıtları incelemeye tabi tutulamaz. Ancak, 5237 sayılı Kanun'un 220. İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü ve Beşinci Bölümlerinde yer alan suçlardan mahkum olan hükümlülerin avukatları ile ilişkisi; konusu suç teşkil eden fiilleri işlediğine, infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürdüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet Başsavcılığı'nın istemi ve infaz hakiminin kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin avukatlarına verdiği veya avukatlarınca bu kişilere verilen belgeler infaz hakimince incelenebilir. İnfaz hakimi belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu karara karşı ilgililer, 4675 sayılı Kanun'a göre itiraz edebilirler.

Madde 6. 5275 sayılı Kanun'un 92. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

(2) 5271 sayılı Kanun'un 250. maddesinin birinci fıkrasında yer alan suçlarla ilgili olarak alınan bilgilerin doğ-

ruleğunun araştırılması bakımından zorunlu görülen hallerde, hükümlü veya tutuklular, rızaları alınmak koşuluyla, ilgili makamın ve Cumhuriyet Başsavcılığı'nın talebi üzerine hakim kararı ile geçici sürelerle ceza infaz kurumundan alınabilirler. Bu süreler, hükümlü veya tutuklu dindikten sonra işin niteliğine göre, her defasında dört günü ve hiçbir surette on beş günü geçmemek üzere hakim tarafından tayin olunur ve hükümlülük ve tutuklulukta geçmiş sayılır. Ceza infaz kurumundan ayrılış ve dönüşlerinde hükümlü veya tutuklunun sağlık durumu doktor raporu ile tespit edilir. Yer gösterme sırasında yapılan işlemlere ilişkin belgelerin bir örneği ilgilinin dosyasında muhafaza edilmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir.

Madde 7. 5275 sayılı Kanun'un 106. maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(4) Çocuklar hakkında hükmedilen; adli para cezası ile hapis cezasından çevrilen adli para cezasının ödenmemesi halinde, bu cezalar hapse çevrilemez. Bu takdirde on birinci fıkra hükmü uygulanır.

Madde 8. 5275 sayılı Kanun'un 107. maddesinin on üçüncü fıkrasının (b) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

b. Yükümlülüklerine aykırı davranması halinde, bu yükümlülüklere uymama tarihi ile hak ederek salıverilme tarihi arasındaki süreyi geçmemek koşuluyla takdir edilecek bir sürenin,

Madde 9. 5275 sayılı Kanun'un 110. maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(2) Kadın veya altmış beş yaşını bitirmiş hükümlülerin mahkum oldukları altı ay veya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine hükmü veren mahkeme veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemece karar verilebilir.

Madde 10. Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 11. Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

31.5.2005

İCRA VE İFLAS KANUN'UNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No: 5358

Kabul Tarihi: 31.5.2005

Madde 1. 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 331. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 331. Haciz yolu ile takip talebinden sonra veya bu talepten önceki iki yıl içinde borçlu; alacaklısını zarara sokmak amacıyla, mallarını veya bunlardan bir kısmını mülkünden çıkararak, telef ederek veya kıymetten düşürerek hakiki surette yahut gizleyerek muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirerek veya

asıl olmayan borçlar ikrar ederek mevcudunu suni surette eksiltirse, aleyhine aciz belgesi aldığını veya alacaklı alacağını alamadığını ispat ettiği takdirde, altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

İflas takibinden veya doğrudan doğruya iflas hallerinde iflas talebinden önce birinci fıkradaki fiilleri işleyen borçlu hakkında da bu fiiller başka bir suç oluştursa dahi bu hükümler uygulanır.

Konkordato mühleti veya iflasın ertelenmesi talebinden önceki iki yıl içinde ya da konkordato mühleti talebi veya iflasın ertelenmesi süresinden sonra birinci fıkradaki fiilleri işleyen borçlu hakkında da bu hükümler uygulanır.

Taşınmaz rehin kapsamında bulunan eklentinin rehin alacaklısına zarar vermek kastı ile taşınmaz dışına çıkarılması halinde, eklentinin zilyedi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Bu suçlar alacaklının şikayeti üzerine takip olunur.

Madde 2. İcra ve İflas Kanunu'nun 332. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 332. Haciz yolu ile takip talebinden sonra veya bu talepten önceki iki yıl içinde borçlu, adet üzere tecviz edilemeyecek bir iffetle hareket ederek veya haddinden ziyade masraflar yaparak yahut cüretli talih oyunlarına veya basiretsizce spekülasyonlara girişerek yahut işlerinde ağır ihmallerde bulunarak aczine

kendi fiili ile sebebiyet verir yahut vaziyetinin fenalığını bildiği halde o gibi hareketlerle bu fenalığı ağırlaştırırsa, aleyhine aciz belgesi istihsal edildiği veya alacaklı alacağını istifa edemediğini ispat ettiği takdirde, on beş günden altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Konkordato mühleti talebinden önceki iki yıl içinde birinci fıkradaki fiilleri işleyen borçlu hakkında da bu hükümler uygulanır.

Bu suç alacaklının şikayeti üzerine takip olunur. Borçluyu fazla borç altına girmeye veya talih oyunu ile spekülasyonlarda bulunmaya sevk etmiş yahut ağır faiz almak suretiyle zaafından istifade etmiş olan alacaklıların şikayet hakkı yoktur.

Madde 3. İcra ve İflas Kanunu'nun 333. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 333. Her kim iflas bürosu veya idaresinin yahut bir alacaklının veya alacaklılar toplanmasındaki mümessilinin reyini yahut konkordatoya muvafakatini kazanmak için ona hususi bir menfaat temin veya vaat ederse altı aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Menfaat temin eden alacaklı yahut mümessili de aynı ceza ile cezalandırılır.

Suçun iflas bürosu veya idaresi üyesi tarafından işlenmesi halinde, ceza yarı oranında artırılır.

Madde 4. İcra ve İflas Kanununun 333/a maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 333/a. Ticaret şirketlerinde hukukene veya fiilen yönetim yetkisine sahip olanların alacaklıları zarara uğratmak kastıyla ticari işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödemeyerek alacaklıları zarara soktukları takdirde, bu işlem ve eylemlerin başka bir suç oluşturmaması halinde, alacaklının şikayeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Birinci fıkradaki suç taksirle işlendiği takdirde, alacaklının şikayeti üzerine, fail hakkında zararın ağırlığına göre iki bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

Madde 5. İcra ve İflas Kanununun 334. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 334. Konkordato mühleti elde etmek veya konkordato veya sermaye şirketleri ile kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma projesini tasdik ettirmek için hileli tutum ve davranışlarıyla mali durumu hakkında alacaklıları, komiseri, ara dönem denetçisini veya yetkili memuru hataya düşürmek veya konkordato projesine ya da sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması projesine uymamak yoluyla kasten zarara sebebiyet veren borçlu, ilgilinin şikayeti üzerine altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Madde 6. İcra ve İflas Kanununun 336. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 336. Müflisin mallarını elinde bulunduran veya müflise borçlu olan üçüncü şahıslar, iflasın açıldığına dair ilana muttali oldukları tarihten itibaren bir ay içinde makbul bir mazeret olmaksızın o malları iflas idaresi emrine vermezler veya borçlarını bildirmezlerse, doksan güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Madde 7. İcra ve İflas Kanununun 337. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Yükümlülüklerin Yerine Getirilmemesi

Madde 337. Müddeti içinde beyanda bulunmak üzere mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı beyanda bulunmayan borçlu, alacaklının şikayeti üzerine, on gün disiplin hapsi ile cezalandırılır. Alacaklının alacağını karşılayacak miktarda malın haczedilmesi veya borcun ödenmesi halinde, bu ceza düşer.

162, 209 ve 216. maddeler hükümlerine muhalefet edenler hakkında da iflas idaresinin vereceği müzekkere üzerine, aynı ceza verilir. Bu maddelerde belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde, verilen ceza düşer.

Madde 8. İcra ve İflas Kanunu'nun 337/a maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 337/a. 44. maddeye göre mal beyanında bulunmayan veya beyanında mevcudunu eksik gösteren veya aktifinde yer almış malı veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflas sırasında göstermeyen veya

ekler

beyanından sonra bu malları üzerinde tasarruf eden borçlu, bundan zarar gören alacaklının şikayeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Birinci fıkradaki fiillerin işlenmesinden alacaklının zarar görmediğini ispat eden borçluya ceza verilmez.

Borçlunun iflası halinde, birinci fıkradaki durum ayrıca taksiratlı iflas hali sayılır.

Madde 9. İcra ve İflas Kanunu'nun 338. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 338. Bu Kanuna göre istenen beyanı, hakikate aykırı surette yapan kimse, alacaklının şikayeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Hakkında aciz vesikası alınmış borçlu, asgari ücretin üstünde bir geçim sürdürdüğü, aciz vesikası hamili alacaklının alacağının aciz vesikasına bağlanmasından en geç beş sene içinde müracaatı üzerine sabit olursa, asgari ücretin üstünde kalan gelirlerinden icra tetkik mercinin dörtte birden az olmamak üzere tespit edeceği kısmını merci kararının kesinleşmesinden itibaren en geç bir ay içinde ve aciz vesikasındaki borcun ödenmesine kadar her ay icra dairesine yatırmaya mecburdur. Bu mükellefiyeti yerine getirmeyen borçlu hakkında bir yıla kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra borçlu borcun tamamını veya o tarihe kadar icra veznesine yatırmak zorunda olduğu meblağı öderse tahliye edilir; ödemelerini tekrar keserse, hakkında tazyik

hapsine yeniden karar verilir. Ancak, bir borçtan dolayı tazyik hapsinin süresi bir yılı geçemez.

Borçlunun nafaka borçluları dahil üçüncü şahıstan yardım görmesi, asgari ücretin üstünde eline geçen para ve menfaatlerin icra mahkemesi kararı ile belirlenecek kısmını, icra veznesine yatırmak mükellefiyetini ortadan kaldırmaz.

İkinci fıkradaki hükmün tatbikini birden fazla aciz vesikası hamili alacaklı talep etmiş ise, bunlar talep tarihi sırasıyla öncelik hakkını haizdir.

Madde 10. İcra ve İflas Kanunu'nun 339. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 339. Sonradan kazandığı malları veya kazancında ve gelirinde vaki tezayütleri bu Kanun mucibince bildirmeye mecbur olan borçlu makbul bir mazereti olmaksızın yedi gün içinde icra dairesine taahhütlü mektupla veya şifahi surette bildirmezse ve bu mal veya kazancı asıl veya bedel itibarıyla mevcut olduğu takdirde, on gün; mal veya kazancı asıl veya bedel itibarıyla makbul bir sebep olmaksızın elden çıkarmışsa, bir aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır.

Bu cezalara alacaklının şikayeti üzerine karar verilir. Kişi, icra takibine konu olan borcu tamamen ödediği takdirde, bu ceza düşer.

Madde 11. İcra ve İflas Kanunu'nun 340. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 340. 111. madde mucibince veya alacaklının muvafakati ile

icra dairesinde kararlaştırılan borcu ödeme şartını, makbul bir sebep olmaksızın ihlal eden borçlunun, alacaklının şikayeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra borçlu borcun tamamını veya o tarihe kadar icra veznesine yatırmak zorunda olduğu meblağı öderse tahliye edilir; ödemelerini tekrar keserse, hakkında tazyik hapsine yeniden karar verilir. Ancak, bir borçtan dolayı tazyik hapsinin süresi üç ayı geçemez.

Madde 12. İcra ve İflas Kanunu'nun 341. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 341. Çocuk teslimi hakkındaki ilamın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikayeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilamın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişi tahliye edilir.

Madde 13. İcra ve İflas Kanunu'nun 342. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 342. İcra dairesi marifetiyle alacaklıya veya alıcıya teslim edilen bir taşınmaza veya gemiye haklı bir sebep olmaksızın tekrar giren borçlu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesi mucibince umumi hükümler dairesinde cezalandırılır.

Madde 14. İcra ve İflas Kanunu'nun 343. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 343. Yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmaması yahut bir irtifak hakkının tesisi veya kaldırılması hakkındaki ilam hükümlerine makbul mazerete müstenit olmayarak muhalefet eden borçluların, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikayeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilamın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir.

Madde 15. İcra ve İflas Kanunu'nun 344. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 344. Nafakaya ilişkin kararların gereğini yerine getirmeyen borçlunun, alacaklının şikayeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra kararın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir.

Borçlunun, nafakanın kaldırılması veya azaltılması talebiyle dava açmış olması halinde, ileri sürdüğü sebepler göz önünde bulundurularak, tazyik hapsinin uygulanması bu davanın sonuna bırakılabilir.

Madde 16. İcra ve İflas Kanunu'nun 345/a maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 345/a. İdare ve temsil ile görevlendirilmiş kimseler veya tasfiye memurları, 179. maddeye göre şirketin mevcudunun borçlarını karşılamadığını bildirerek şirketin iflasını istemezlerse, alacaklılardan birinin şikayeti üzerine, on günden üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

ekler

Madde 17. İcra ve İflas Kanunu'nun 345/b maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 345/b. Bu Kanun'a göre yapılan ihalelerde kendisine veya başkasına vaat olunan veya sağlanan yarar karşılığında artırmadan çekilen veya artırmaya katılmayan kimseye bir yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir.

Aracılara da aynı ceza verilir.

Madde 18. İcra ve İflas Kanunu'nun 346. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Görev ve Birleştirilme Yasağı:

Madde 346. Bu Kanun hükümlerine göre disiplin veya tazyik hapsine icra mahkemesi karar verir.

İcra mahkemesinin görevine giren bu işler, diğer mahkemelerde görülen ceza davaları ile birleştirilemez.

Bu Bap'ta yer alan suçlarla ilgili davalara, icra mahkemesinde bakılır.

Madde 19. İcra ve İflas Kanunu'nun 347. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 347. Bu Bap'ta yer alan fiillerden dolayı şikayet hakkı, fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl geçmekle düşer.

Madde 20. İcra ve İflas Kanunu'nun 348. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 348. Bu Bap'ta yer alan fiillerden dolayı yetkili icra mahkemesi, icra takibinin yapıldığı yerdeki mahkemedir.

Madde 21. İcra ve İflas Kanunu'nun 353. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

İtiraz

Madde 353. İcra mahkemesinin bu Bap hükümlerine göre verdiği tazyik ve disiplin hapsine ilişkin kararlara karşı, tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde, yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen karar kesindir.

İcra mahkemesinin bu Bap'ta yer alan suçlardan dolayı verdiği hükümlerle ilgili olarak 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kanun yollarına ilişkin hükümleri uygulanır.

Madde 22. İcra ve İflas Kanunu'nun 354. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

İcra mahkemesinin bu Bap hükümlerine göre verdiği tazyik veya disiplin hapsine ilişkin karar, kesinleştiği tarihten itibaren iki yıl geçtikten sonra yerine getirilmez.

Madde 23. İcra ve İflas Kanunu'nun "Konkordato Komiserinin Sorumluluğu:" başlıklı 334/a, "Kendisine Teslim Edilen Malları Vermeyenler Hakkındaki Cezalar:" başlıklı 336/a, "Ceza Kararnamesi:" başlıklı 352/a ile başlıksız 352/b maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

Madde 24. Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 25. Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

1.6.2005

ÇEŞİTLİ KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No: 5348

Kabul Tarihi: 11.5.2005

Madde 1. 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na 26.9.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanun'la eklenen Geçici 1. maddesi Geçici 2. madde olarak aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve geçici maddeler buna göre teselsül ettirilmiştir.

Geçici Madde 2. Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca *Resmi Gazete'* de ilan edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 26.9.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki 427 ila 454. madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

Madde 2. 19.3.1985 tarihli ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 16/b maddesin-

de yer alan "ya da keşide edildiği" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

Madde 3. 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesinde yer alan "resmi belgede sahtecilik (m. 204)" ibaresi, "resmi belgede sahtecilik (m. 204/2)" olarak değiştirilmiştir.

Madde 4. 5235 sayılı Kanun'un 21. maddesinin dördüncü fıkrası madde metninden çıkarılmıştır.

Madde 5. 30.3.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

Ek Madde 1. (1) 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda yer alan vergi mahkemelerinin görevine ilişkin hükümler saklıdır.

Madde 6. Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 7. Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

17.5.2005

ADLİ SİCİL KANUNU

Kanun No: 5352

Kabul Tarihi: 25.5.2005

Amaç ve Kapsam

Madde 1. (1) Bu Kanun, kesinleşmiş ceza ve güvenlik tedbirlerine

ekler

mahkumiyete ilişkin bilgilerin otomatik işleme tabi bir sistem kullanılarak toplanmasına, sınıflandırılmasına, değerlendirilmesine, muhafaza edilmesine ve gerektiğinde en seri ve sağlıklı biçimde ilgililere bildirilmesine dair usul ve esasları belirler.

Adli Sicil Kayıtlarının Tutulması

Madde 2. (1) Hakkında Türk mahkemeleri veya yabancı ülke mahkemeleri tarafından kesinleşmiş ve Türk Hukukuna göre tanınan mahkumiyet kararı bulunan Türk vatandaşları ile Türkiye’de suç işlemiş olan yabancıların kayıtları da dahil tüm adli sicil bilgileri; mahallinde bilgisayar ortamına aktarılmasını takiben, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’ndeki Merkezi Adli Sicilde tutulur.

Merkezi ve Mahalli Adli Sicillerin Görevleri

Madde 3. (1) Merkezi Adli Sicil, adli sicil kayıtlarının güncelleştirilmesi, düzenlenmesi, düzeltilmesi ve mahalli adli sicillere ulaştırılması ile görevlidir.

(2) Mahalli adli sicil, bulunduğu yer ile gerektiğinde diğer yerlere ait adli sicil bilgilerinin bilgisayara girilmesi, bu bilgilerin merkezi adli sicile aktarılması ile merkezi adli sicilden bilgilerin alınıp ilgili şahıs ve kurumlara iletilmesi ile görevlidir.

Adli Sicile Kaydedilecek Bilgiler

Madde 4. (1) Türk mahkemeleri tarafından vatandaş veya yabancı

hakkında verilmiş ve kesinleşmiş mahkumiyet hükümleri adli sicile kaydedilir. Bu bağlamda;

a. Hapis cezaları ile ilgili olarak;

1. Hapis cezasına mahkumiyet kararı,

2. Koşullu salıverilme kararı,

3. Koşullu salıverilmede denetim süresinin uzatılmasına ilişkin karar,

4. Koşullu salıverilme kararının geri alınmasına dair karar,

5. Hapis cezasının infazının tamamlandığı hususu,

b. Hapis cezasının ertelenmesi halinde;

1. Denetim süresi,

2. Denetim süresinin yükümlülükler uygun veya iyi halli olarak geçirilmesi dolayısıyla cezanın infaz edilmiş sayıldığı hususu,

3. Ertelenen hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine ilişkin karar,

c. Adli para cezası ile ilgili olarak;

1. Adli para cezasına ilişkin mahkumiyet hükmü,

2. Adli para cezasının ödenmek suretiyle infaz edildiği hususu,

3. Adli para cezasının tazyik hapsi suretiyle kısmen veya tamamen infaz edildiği hususu,

4. Adli para cezasının tazyik hapsinden sonra kalan kısmının ödenmek suretiyle infaz edildiği hususu,

d. Kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırıma mahkumiyet halinde;

1. Kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırım olarak, adli para cezasına mahkumiyet veya güvenlik tedbiri uygulanması hükmü,

2. Kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırım olarak hükmedilen adli para cezasının veya güvenlik tedbirinin gereklerinin yerine getirilmemesi dolayısıyla hapis cezasının infazına ilişkin karar,

3. Kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırım olarak hükmedilen güvenlik tedbirinin değiştirilmesine ilişkin karar,

e. Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma ile ilgili olarak;

1. Kasten işlenen bir suç nedeniyle hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak yoksun kalınan haklara cezanın ertelenmesi dolayısıyla getirilen istisnaya ilişkin karar,

2. Mahkumiyet hükmüyle bağlantılı olarak verilen, belli bir hak ve yetkinin kullanılmasının veya belli bir meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin karar,

f. Türk vatandaşı hakkında yabancı mahkemeden verilmiş ve kesinleşmiş olan mahkumiyet kararının Türk hukuku bakımından doğurduğu hak yoksunluklarına ilişkin olarak Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine mahkemece verilen karar,

g. Ceza mahkumiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme veya etkin pişmanlık dolayısıyla verilen karar,

h. Ceza zamanaşımının dolduğunun tespitine ilişkin karar,

i. Genel veya özel affa ilişkin kanun; özel affa ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararı,

j. Askeri Ceza Kanun'una göre verilmiş mahkumiyet kararlarındaki ferî cezalar,

adli sicile kaydedilir.

(2) Kanun yararına bozma veya yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen mahkumiyet hükmü ya da eski hükümde değişiklik yapan tüm hüküm ve kararlar açısından da birinci fıkra hükümleri uygulanır.

(3) Kanun gereği olarak gerçek kimliği saklı tutulan kişilerin adli sicil ve arşiv kayıtlarına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

Adli Sicile Kaydedilmeyecek Bilgiler

Madde 5. (1) Türk mahkemeleri tarafından verilmiş olsa bile;

a. Disiplin suçlarına ve sırf askeri suçlara ilişkin mahkumiyet hükümleri,

b. Disiplin veya tazyik hapsine ilişkin kararlar,

c. İdari para cezasına ilişkin kararlar,

adli sicile kaydedilmez.

Diğer Bilgilerin Kaydı

Madde 6. (1) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak mahkeme, hakim, askeri hakim, Cumhuriyet Başsavcılığı veya askeri

ekler

savcılık tarafından istenmesi halinde verilmek üzere kaydedilir.

Adli Sicil Bilgileri Verilebilecek Olanlar

Madde 7. (1) Adli sicil bilgileri, kullanılış amacı belirtilmek suretiyle;

a. İlgili kişiye veya vekaletname-de açıkça belirtilmek koşuluyla ve-kiline,

b. Kamu kurum ve kuruluşlarına, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına,

verilebilir.

(2) Yabancı devletler tarafından is-enilen adli sicil bilgileri müteakibliyet esasına göre verilir.

Adli Sicil Bilgilerini Verebilecek Merciler

Madde 8. (1) Adli sicil bilgileri; mahalli adli sicillerde Cumhuriyet Başsavcılıklarınca, asliye mahkemelerinin bulunmadığı ilçelerde kaymakamlıklarca, merkezi adli sicilde ise Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce verilir.

Adli Sicil Bilgilerinin Silinmesi

Madde 9. (1) Adli sicildeki bilgiler;

a. Cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması,

b. Ceza mahkumiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme veya etkin pişmanlık,

c. Ceza zamanasının dolması,

d. Genel af,

halinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce silinerek, arşiv kaydına alınır.

(2) Adli sicil bilgileri, ilgilinin ölümü üzerine tamamen silinir.

(3) Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce verilmiş olup 4. maddenin birinci fıkrasının (f) bendine göre adli sicile kaydedilen hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumiyet hükümleri, kesinleştiği tarihten itibaren mahkumiyet kararında belirtilen sürenin geçmesiyle, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce adli sicil kayıtlarından çıkartılarak arşiv kaydına alınır. Adli para cezasına mahkumiyet hükümleri ile cezanın ertelenmesine ilişkin hükümler, adli sicil kaydına alınmadan doğrudan arşive kaydedilir.

Arşiv Bilgilerinin İstenmesi

Madde 10. (1) Arşiv bilgileri;

a. Kullanılış amacı belirtilmek suretiyle, kişinin kendisi veya vekaletnamede açıkça belirtilmiş olmak koşuluyla vekili,

b. Bir soruşturma veya kovuşturma kapsamında Cumhuriyet Başsavcılıkları, hakim veya mahkemeler,

c. Yetkili seçim kurulları,

d. Özel kanunlarda gösterilen hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşları,

tarafından istenebilir.

(2) Kanun'da açıkça belirtilmediği takdirde, kişi hakkında alınacak bir karar veya yapılacak bir işlemle

ilgili olarak, bir yakınının adli sicil ve arşiv kayıtları istenemez ve bu bilgiler, kişiyi herhangi bir haktan yoksun bırakmak için dayanak olarak kullanılamaz.

(3) On sekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtları; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet Başsavcılıkları, hakim veya mahkemelerce istenebilir.

Adli Sicil ve Arşiv Bilgilerinin Gizliliği

Madde 11. (1) Adli sicil ve arşiv bilgileri gizlidir. Bu bilgiler, görevli-lerce açıklanamaz ve bu Kanun hükümlerine göre verilen kişi, kurum ve kuruluşlarca verilmiş amacı dışında kullanılamaz.

Adli Sicil ve Arşiv Bilgilerinin Silinmesi

Madde 12. (1) Arşiv bilgileri, ilgilinin ölümü üzerine ve her halde kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yılın geçmesiyle tamamen silinir.

(2) Fiilin kanunla suç olmaktan çıkarılması halinde, bu suçtan mahkumiyete ilişkin adli sicil ve arşiv kayıtları, talep aranmaksızın tamamen silinir.

(3) Kanun yararına bozma veya yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının kesinleşmesi halinde, önceki mahkumiyet kararına ilişkin adli sicil ve arşiv kaydı tamamen silinir.

Adli Sicil ve Arşiv Kayıtlarında Sorgulama Yetkisi Verilmesi

Madde 13. (1) Bir suçla ilişkin soruşturma ve kovuşturma kapsamında adli sicil ve arşiv kayıtlarında;

a. Mahkeme, hakim, askeri hakim, Cumhuriyet Başsavcılığı ve askeri savcılık doğrudan doğruya,

b. Kolluk ve diğer kamu kurum ve kuruluşları Adalet Bakanı'nın onayı ile,

sorgulama yapabilirler.

Komisyon

Madde 14. (1) Adli sicil ve arşiv kayıtlarının silinmesiyle ilgili kararları almak ve kanunla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün teklifi ve Bakan onayı ile üç hakimden oluşan bir komisyon kurulur.

Yönetmelik

Madde 15. (1) Bu Kanun'un uygulama usul ve esasları, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde Adalet Bakanlığı'nca çıkartılacak yönetmelikte belirlenir.

Merkezi ve Mahalli Adli Sicildeki Atamalar

Madde 16. (1) Merkezi ve mahalli adli sicildeki şube müdürü, mühendis, çözümleyici, programcı, istatistik uzmanı, tercüman, şef, bilgisayar işletmeni ile veri hazırlama ve kontrol işletmenleri Adalet Bakanlığı'nca atanırlar; gerektiğinde sözleşmeli olarak da çalıştırılabilirler.

Mali Hükümler

Madde 17. (1) Bu Kanun'un 7. ve 10. maddeleri uyarınca kişiler tarafından yapılacak adli sicil veya arşiv kaydı taleplerinde, üç Yeni Türk Lirası ücret alınır. Bu ücret Adalet Bakanlığı'nın ihtiyaçlarında kullanılmak üzere Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İş Yurtları Kurumu'na gelir kaydedilir.

Yürürlükten Kaldırılan Hükümler

Madde 18. (1) Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla 22.11.1990 tarihli ve 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

Geçici Madde 1. (1) Bu Kanun'da öngörülen adli sicil sistemi ile mevcut kayıtların bu Kanuna uyarlanması bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl içinde tamamlanır.

Geçici Madde 2. (1) Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce toplanmış olsun veya olmasın, suç tarihi itibarıyla bu Kanun'un yürürlük tarihinden önceki kayıtlar hakkında, 3682 sayılı Kanun'a göre süre yönünden silinme koşulu oluşanlar silinir; diğer kayıtlar için bu Kanun hükümlerine göre işlem yapılır. Anayasa'nın 76. maddesi ile özel kanun hükümleri saklıdır.

(2) Birinci fıkra gereğince işlem yapılarak arşive alınan kayıtlar hakkında, 3682 sayılı Kanun'un 8. maddesinde öngörülen sürelerin dolduğu veya ertelenmiş olan hükmün esasen vaki olmamış sayıldığı hallerde bu

tarih esas alınarak, Anayasa'nın 76. maddesi ve özel kanunlarda sayılan suç ve mahkumiyetler dışındaki kayıtlar için ilgilinin, Cumhuriyet Başsavcılığı'nın veya Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün talebi üzerine hükmü veren mahkemece veya talep edenin bulunduğu yer asliye ceza mahkemesince arşiv kaydının silinmesine karar verilir.

Yürürlük

Madde 19. (1) Bu Kanun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 20. (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

31.5.2005

TEBLİĞ

**5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ
KANUNU GEREĞİNCE YAPILACAK
HUKUKİ YARDIMLAR İÇİN
5320 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ
KANUNU'NUN YÜRÜRLÜK VE
UYGULAMA ŞEKLİ HAKKINDA
KANUN'UN 13. MADDESİ
UYARINCA HAZIRLANAN
AVUKATLIK ÜCRET TARİFESİ**

Konu ve Kapsam

Madde 1. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca baro tarafından müdafii, vekil ve uzlaştırmacı olarak tayin edilen avukatların yapacakları hukuki yardımlar için Ekli Ücret Tarifesi uygulanır.

Ücret

Madde 2. Soruşturma ve kovuşturma sırasında yapılacak hukuki yardım için Tarife’de gösterilen ücret ödenir.

Müdafi ve vekil olarak görevlendirilen avukata, CMK Ücret Tarifesi’ne göre makbuz karşılığı ödeme yapılır. Soruşturma ve kovuşturmada ayrı ücret ödenir. Soruşturma veya kovuşturmada birden fazla kişi için, menfaat çatışması olmadığı sürece tek müdafi veya vekil görevlendirilebilir. Müdafi veya vekil olarak görevlendirilen avukata her kişi için ayrı ücret ödenir.

Hukuki Hizmeti Sona Erdiren Haller

Madde 3. Görevsizlik, yetkisizlik, davanın nakli veya başka nedenlerle müdafilik veya vekillik görevi sona ererse, Tarife’de yazılı ücret ödenir. İş sahibinin sonradan bir müdafi veya vekil seçmesi nedeniyle görevi sona eren müdafie veya vekile Tarife’de yazılı ücret ödenir.

Davaların Birleştirilmesi

Madde 4. Davaların birleştirilmesi durumunda tek ücret ödenir.

Menfaat Çatışması

Madde 5. Birden çok kişinin savunmasını üstlenen müdafi veya vekil menfaat çatışması nedeniyle görevinden bütünüyle çekilmek zorunda kalırsa, ücreti ödenir.

Uygulanacak Ücret Tarifesi

Madde 6. Müdafilik, vekillik, uzlaştırıcılık ücretinin takdirinde hukuki yardımın bittiği tarihte yürürlükte olan Tarife esas alınır.

Rücu Hakkı

Madde 7. Yargılama giderleri ile mahkum olan sanıklardan veya suçtan zarar görenlerden, müdafie veya vekile ödenen ücreti ödeyebilecek durumda olanlara Türkiye Barolar Birliği rücu edebilir.

Yürürlükten Kaldırılan Tarife

Madde 8. 04.12.2004 tarihli ve 25660 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanan 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Gereğince Yapılacak Hukuki Yardımlar İçin Avukatlık Ücret Tarifesi yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlük

Madde 9. Bu Tarife 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girer.

CMK AVUKATLIK ÜCRET TARİFESİ

1. Soruşturma aşamasında takip edilen işler için	70,00 YTL (70.000.000.-TL)
2. Sulh ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için	100,00 YTL (100.000.000.-TL)
3. Asliye ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için	120,00 YTL (120.000.000.-TL)
4. Ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için	220,00 YTL (220.000.000.-TL)
5. Çocuk Mahkemelerinde takip edilen davalar için	<i>“Suçun vasfına göre; sulh, asliye, ağır ceza mahkemeleri için CMK Ücret Tarifesi’nde yazılı ücretler ödenir.”</i>
6. Kanun yollarında görülen davaların duruşmaları için	220,00 YTL (220.000.000.-TL)
7. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 235. maddesi gereğince uzlaştırıcı olarak yapılan işler için	200,00 YTL (200.000.000.-TL)



DIGESTA TURCICA

JOURNAL OF THE
UNION OF TURKISH BAR
ASSOCIATIONS

1

Özlemir ÖZOK

Richard HONIG

Georgetta DUCULESCU

Yılmaz ERSOY

Rona AYBAY

Demir TEZCAN

Helmut KURY

Ahmet MUMCU

Günce KOPTAGEL-İLAL

Christian RUMPF

Fıruz Demir YAŞARLI

Oran ERSÜL

ISSN: 1305-1061

ÇIKTI!...