

# AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



## www.adınızsoyadınız.av.tr

Bilgi için [www.barobirlik.org.tr/avtr](http://www.barobirlik.org.tr/avtr)  
Sorularınız için [avtr@barobirlik.org.tr](mailto: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](http://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](http://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 kurullar **Avukatlık Kanunu, Reklam Yasağı Yönetmeliği ve Meslek Kurallarına** tabiidir. Avukatın mevzuata aykırı edimi halinde ilgili kurullar uygulanacaktır.



**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ**

**TURK CEZA KANUNU REFORMU**

*Üçüncü Kitap*

**YENİ CEZA KANUNU  
VE  
CEZA MUHAKEMELERİ KANUNU**

**PANEL**

1 NİSAN 2005  
ÇANAKKALE

**ÇIKTI !..**

**TÜRKİYE  
BAROLAR BİRLİĞİ  
DERGİSİ**

**ISSN: 1304-2408**

YIL: 18

SAYI: 61

KASIM - ARALIK 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](http://www.barobirlik.org.tr)

[admin@barobirlik.org.tr](mailto:admin@barobirlik.org.tr)

[yayin@barobirlik.org.tr](mailto: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](http://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

30.10.2005

# 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 Günüşur (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
	23	Başkandan
Ali EM	27	Küreselleşen Dünyada Öğretim ve Eğitimin Önemi ve Bu Kapsamda Hukuk Öğretimi ve Eğitimi
Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU	35	Başbakanlık'a Sunulan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Genel Değerlendirme
Doç. Dr. Mehmet BAHTİYAR	47	Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi
Levent GÖNENÇ Ersoy KONTACI	107	Yaşayan Anayasa 2003 ve 2004 Yılları Anayasa Gelişmeleri
Ahmet İYİMAYA	241	Siyasal Parti Tüzüklerinin Yargısal Denetimi "Türk Pozitif Hukuku Yönünden Siyasal Parti Tüzüklerinin Yargısal Denetimi"
Doç. Dr. Mehmet DEMİR	292	Türk Medeni Kanunu'na Göre Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı ve Denkleştirme Alacağı
Tamer SOYSAL	304	İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları
Ömer KESKİNSOY	340	Yeni Ceza Kanunu'nun Müteselsil Suçla Alakalı Hükümlerinin Değerlendirilmesi
Av. Ş. Cankat TAŞKIN	352	5236 Sayılı Kabahatler Yasası'nın Anayasa'ya ve Hukuka Aykırılık Açısından İncelenmesi
Serdal BAYTAR	359	Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılınması
Hasan DURSUN	374	Adli Birimlerde Görülen Yolsuzluklar ve Alınması Gereken Karşı Önlemler
Yargıtay Kararları	423	
Disiplin Kurulu Kararları	480	
Ekler	515	
Kitaplar - Dergiler	523	

# GELECEK SAYILARIMIZDA

Yayımlanacak Yazılardan Bazıları

**Talih UYAR**

İstihkak Davalarında Yargılama Usulü

**R. Murat DÖNMEZ**

Limited Şirketlerde Hisse Hacizi

**Av. Serdal BAYTAR**

Kitle Haberleşme Araçlarının Yayınlarına Karşı Cevap ve Düzeltme Hakkı

**Cüneyd ALTIPARMAK**

Adil Yargılanma Hakkının Esasları

**Dr. Ö. Faruk GÜNEY**

Üst Düzey Yöneticilerinin Yetiştirilmesi ile İlgili Anayasa Maddesinin İlginç Serüveni

**A. Emrah AKYAZAN**

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

**A. Emrah AKYAZAN**

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun Bankalara El Koyma ve Denetleme Yetkisi

**Halil YILMAZ**

Hayvan Haklarına Bakış

**Ahmet TAŞKIN**

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Beslenmenin Rolü

**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

**R. Murat DÖNMEZ**

Ödeme Emrinin Tebliği

**Cemil ÇELİK**

Çocuğun Bir Aile Yanına veya Kuruma Yerleştirilmesi

**Mehmet ALTINDAĞ**

Serbest Meslek Erbabına Yapılan Ödemelerde Katma Değer Vergisi Tevkifatı

**Serkan AĞAR**

Adil Yargılanma Hakkı Perspektifinden 4811 sayılı Vergi Barışı Yasası

**İsmail ERCAN**

Kamu Yönetimi Yasa Tasarısının Hukuksal Boyutu

**Ö. Umut EKER**

Bilişim Suçları

**Alper KARAKURT**

Rekabet Hukukunda Muafiet Rejimi:

Potansiyel Etki Analizinin Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Sistematiğindeki Yeri



# editör'den...

Yargı Yılı açılış töreni bu yıl iki aşamalı yapıldı. 2005-2006 Yargı Yılı, her yıl olduğu gibi önce Yargıtay Konferans Salonu'nda Yargıtay ve Türkiye Barolar Birliği başkanları tarafından yapılan geleneksel konuşmalarla açıldı. İkinci aşamada ülke genelinde yüksek bir katılımıla "*Hedef; Eksiksiz Demokrasi, Gerçek Hukuk Devleti, Bağımsız Yargı ve Bağımsız Savunma*" sloganı ile Anıtkabir'i ziyaretle başlayan bir tören yapıldı. Anıtkabir ziyaretine ve kapalı salon toplantısına katılanların sayısı beş bine kadar tahmin edildi basında.

Amaçları arasında "*bağımsız savunma*" bulunan bir etkinlikte, bildiride bir tek defa "*avukat*" kelimesi geçtiğinden bahisle eleştiriler yöneltilmiş bulunsa da avukatların her şeyden önce kendi sorunları, etkinlikleri ve güçleri konusunda şüphe duyanlara bir ihtar niteliği taşıyan ziyaret, geçiş ve kapalı salon toplantısı gereken etkiyi sağladı. Toplantıdan önce ve sonra Türkiye Barolar Birliği'ne bu yolda çeşitli kaynaklardan ulaşan bilgiler, kaygılar ve öneriler amacın sağlandığını göstermektedir. Avukatların hukuk yolundaki savaşmalarının bu etkinlikle başladığı anlaşılmaktadır. Eleştirilerin ve görüşlerin ışığında daha görkemli toplantılar yapılabileceği anlaşılmıştır.

Türkiye Barolar Birliği, bu yıl ilk defa İstanbul TÜYAP Kitap Fuarı'na katıldı.

Yayın Komisyonu olarak, bize üç yıla yaklaşık bir sürede ürettiklerimizi topluca sergilemek, Türk kültür ve hukuk adamlarına sunmak imkanını veren TBB Başkanı ve Yönetim Kurulu'na teşekkürlerimizi sunuyoruz. Ayrıca Fuar'ın son üç günü düzenlenen "*Adil Yargılanma Hakkı*", "*İfade Özgürlüğü*" ve "*Türkiye ve Avrupa Birliği*" konulu etkinliklere katılan Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Av. Turgut Kazan ve Prof. Dr. Süheyl Batum'a teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Elimizde bulunan ve basılmakta olan kitaplarla gelecek yıl daha zengin bir üretimle Türkiye Barolar Birliği standının daha çok hukukçu ve aydın tarafından ilgi ile gezileceğini ummaktayız.

Türkiye Barolar Birliği'nin eski dönemden bu yana yayımladığı "*Yaşayan Anayasa*" makalelerinin üçüncüsü bu sayımızda yayımlanmaktadır. Yrd. Doç. Dr. Levent Gönenç, Dr. Ozan Ergül ile Araştırma Görevlisi Ersoy Kuntacı'nın değişerek hazırladığı bu seri aşağı yukarı Anayasa konusunun özgün bir özeti olarak ilgi görmektedir. Gelecek yıllarda da yazarlarımızın bizi gelenek haline gelen yazıları yayımlamaktan mahrum etmeyeceklerine inanıyorum.

Türkiye Barolar Birliği, barolarımızla birlikte TCK ve CMK konusunda oldukça başarılı ve faydalı bir dizi program yapmış ve aranan kitaplar yayımlamıştı. İleriki günlerde bunların devam edebileceğini düşünmekteyiz. Şimdi gündemde Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu tasarıları bulunmaktadır. Bu sayımızda Ticaret Kanunu Tasarısı ile ilgili olarak Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu ile Doç. Dr. Mehmet Bahtiyar'ın birer makaleleri yayımlanmaktadır. Ayrıca, Moroğlu'nun "*Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirmesi*" başlıklı bir kitabı da TBB yayınları arasında çıkacaktır. Saygılarımla.

**Teoman ERGÜL**

**15 EKİM 2005 GÜNÜ ANKARA'DA TOPLANAN  
BARO BAŞKANLARININ  
VAN CUMHURİYET BAŞSAVCISI KEMAL KAÇAN'IN  
AVUKATLARA YÖNELİK BEYANLARI KARŞISINDAKİ  
ORTAK BİLDİRİSİ**

Van Cumhuriyet Başsavcısı Kemal Kaçan, önce bir stajyer avukata ardından da 29.9.2005 tarihinde konuyu görüşmek üzere makamına gelen Van Barosu Başkanı ve Yönetim Kurulu üyelerine; *"Avukatlara hiç güvenmiyorum. Elimden gelse tüm avukatları aramadan geçirtirim, zaten buradaki avukatların yarısı PKK'lıdır. Doğrudur, bu sözleri söyledim. Zaten öylesiniz. Van Barosu avukatlarının çoğu PKK'lıdır. Burada bulunduğum sürece ve gittikten sonra da bu görüşüm devam edecektir. Zaten avukatlar hakkında bilgi topluyorum, ileride görüşürüz. Ben bu görüşlerimi diğer savcı ve hakimlere de aktardım. Baro'nun yemeğine de bu nedenle katılmadık. Bundan sonraki hiç bir etkinliğinize de katılmama kararı aldık"* şeklinde ağır hakaret ve suçlamada bulunmuştur.

Cumhuriyet Başsavcılığı soyut suçlamada bulunma, hakaret etme makamı değildir.

*"Tam bağımsız"* olması için tüm çabamızı ortaya koyduğumuz *"yargı"*nın savunma unsuru, elli üç bin avukat olarak, uğradığımız bu saldırıyı nefretle kınıyoruz.

Son olarak 2005/2006 Adli Yıl Açılış Bildirimizde belirttiğimiz gibi, yargı bağımsızlığına, gerçek hukuk devletine ve eksiksiz demokrasiye inancımızla bu doğrultuda çabalarımızı sürdürürken bir de *"savunmayı savunmak"* zorunda kalmanın sıkıntısını, her düzeydeki insanımızın bilincinde *"savunma"* kavramının oluşmamasının güçlüklerini yaşıyoruz.

Van Cumhuriyet Başsavcısı Kemal Kaçan'ın bu son davranışı da yaşadığımız sıkıntının ne kadar vahim boyutlarda olduğunu en açık şekilde ortaya koymaktadır. Birlikte yargı erkini oluşturduğumuza inandığımız yargıç ve savcılarımızın kimileri hala *"savunma"*yı, bu mesleğin önemini ve yargılamaya katkısını anlamazlıktan gelmekte direnmektedir.

TBB Yönetim Kurulu ve baro başkanları olarak Ankara'dan bu saldırıyı kınadığımızı haykırıyoruz. Meslektaşlarımıza yapılan saldırı ile ilgili idari, hukuki ve cezai girişimlerin takipçisi olacağız.

Ayrıca, 21 Ekim 2005 Cuma günü Van Barosu'na hep birlikte yapacağımız ziyarette üzüntü ve kaygılarımızı bir kez daha kamuoyuna açıklayacak ve meslektaşlarımıza desteğimizi göstereceğiz.

**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ  
VE  
BARO BAŞKANLARI**

## TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'NİN ADLİ YIL AÇILIŞ TÖRENLERİ GÖRKEMLİ OLDU

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, 2 Temmuz 2005 tarihli Baro Başkanları Toplantısı'nda oluşan görüşe uygun olarak, 2005-2006 Adli Yılı Yargıtay'daki törenden sonra Anıtkabir ziyareti ve kapalı salon toplantısı ile sürdürmeye karar vermişti.

Bu kararın gereği baro başkanlarından bir kurulun çalışmaları sonucu,

çildi. Burada tüm baro başkanlarının imzalamış oldukları "*Hedef; Eksiksiz Demokrasi, Gerçek Hukuk Devleti, Bağımsız Yargı ve Bağımsız Savunma*" başlıklı bildiriye TBB Başkanı okudu.

Törenden sonra Anadolu ve Trakya'dan Ankara'ya gelen avukatlar yeni yıla yeni bir heyecanla başlamak üzere döndüler.

Toplantının CD'si baro başkanlıklarına gönderildiği gibi TBB internet sitesinde de yayımlanmaktadır.



Avukatlar Anıtkabir'de

çeşitli illerden gelen beş bine yakın meslektaşımız ile birlikte önce Anıtkabir ziyaret edildi.

Daha sonra meslektaşlarımızla birlikte Anatolia Kültür Merkezi'ne ge-

## ADLİ YIL KAVGALI BAşLADI

2005-2006 Yargı Yılı, her yıl 6 Eylül'de olduğu gibi bu yılda, Yargıtay Konferans Salonu'nda düzenlenen bir toplantı ile başladı. Törene Cum-

hurbaşkanı, Başbakan ve bakanlar katıldılar.

Törende Yargıtay Başkanı ile TBB Başkanı birer konuşma yaptılar.

Yargıtay Başkanı Osman Aslan, yaptığı kırk iki sayfalık konuşmada, Anayasa Mahkemesi'ni eleştirerek ceza usulü ve ceza hukuku öğrenimi ve eğitimi görmeyen kişilerin ceza yargılaması yapmasının insan haklarına aykırı olduğunu, Yüce Divan görevi ile partilerin kapatılmasına ilişkin görevin Yargıtay'a verilmesini istedi.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin çalışma temposunu ağır bir dille eleştirerek "bireysel başvuru hakkı"nın tanınması konusundaki isteklerine karşı çıktı.

Yargıtay Başkanı'ndan sonra söz alan TBB Başkanı bu konulardaki görüşlerini şu şekilde açıkladı: "Anayasa Mahkemesi, Mahkeme'nin yeniden yapılandırılması ve görevleri ile ilgili olarak, biri geçici olmak üzere 8 maddelik değişiklik önerisi hazırlamıştır. Bu metinle Anayasa'nın 104, 146, 147, 148, 149, 152 ve 153. maddelerinde değişiklikler önerilmektedir. Öneriler arasında, Anayasa Mahkemesi'nin genel kurul ve iki daire halinde çalışmak üzere on yedi üyeden oluşması, üyelerin beş tanesinin Yargıtay, dört tanesinin Danıştay, ayrı ayrı birer tanesinin de Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemeleri genel kurullarında en az üç yıl üyelik görevinde bulunmuş ve elli yaşını doldurmuş üyeleri arasından seçilmesi, dört üyenin ise Yüksek Öğretim Kurumu ve Türkiye Barolar Birliği genel kurullarının önereceği adaylar arasından birer üye

ve Sayıştay'ın önereceği adaylar arasından iki üye olmak üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, iki üyenin de Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi, Anayasa Mahkemesi üyelerinin altmış yedi yaşında emekli olması, mahkemenin Yüce Divan görevini sürdürmesi, Anayasa'ya aykırılık iddialarının reddi kararlarından sonra mahkemeye yeniden başvurma süresinin on yıldan beş yıla indirilmesi, açılacak davalarda koşulları uygun olduğu takdirde yürürlüğün durdurulmasına karar verilebilmesi ve en önemlisi herkesin Anayasa Mahkemesi'ne kişisel başvuru hakkının olabildiği bulunmaktadır.

Türkiye Barolar Birliği, 9-13 Ocak 2001 günlerinde 'Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı' düzenlemiş hemen arkasından, tartışmaların sonucunda elde edilen bilgilerin ışığı altında, bilim adamları, yargıçlar ve avukatlardan bir komisyon oluşturularak, kendilerinden '...İnsan haklarına dayalı, hak ve adalet kavramlarını yaşama geçirmiş, yasa devletinin dar kalıplarından arınmış, kuvvetler ayrılığı kavramında anlamını bulan, çoğulcu demokrasinin gerçekleştiği, hukuk devletinin tüm kurum ve kurullarıyla uygulandığı bir anayasal düzenin kurulmasını ön görecek...' nitelikte bir Anayasa Taslağı hazırlamaları rica edilmiştir. Bu Komisyon'un yapmış olduğu uzun ve özverili bir çalışma sonunda ortaya çıkan 'Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi' kitabı 12 Eylül 2001 günlü basın toplantısıyla kamuoyuna sunulmuştur. Öneri çok küçük bazı eleştiriler dışında, büyük ilgi ve destek görmüştür.

Türkiye Barolar Birliği'nin Anayasa önerisinde, Anayasa Mahkemesi'nin

yirmi bir üyeden oluşması, üyelerin üçünün Yargıtay, üçünün Danıştay, ikisinin Sayıştay, birinin Askeri Yargıtay, birinin Türkiye Barolar Birliği, birinin Yüksek Öğretim Kurumu genel kurullarından, birinin Anayasa Mahkemesi, ikisinin Cumhurbaşkanı, yedi üyenin de Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilmesi öngörülmüştür.

Yine Anayasa Mahkemesi'nin Büyük Kurul, iki daire ve iki kuruldan oluşması, kurulların Yüce Divan Kurulu ve Siyasi Partiler Kurulu olarak özel ve ihtisas kurulları şeklinde iş bölümü yapması vurgulanmıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi üyelerinin altmış yedi yaşında emekli olmaları benimsenmiştir.

(...) Hepsinden önemlisi Anayasa Mahkemesi'ne 'Bireysel Başvuru Hakkı' tanınmalı mıdır?

Yargılamaların sürdüğü bir süreçte Yüce Divan göreviyle ilgili tartışmaların yapılmasının uygun olmadığına inanıyorum.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Anayasa Mahkemesi'ne üye seçmesi konusuna gelince; yargının siyasallaşması kuşkusuz ve tehlikesi yanında, konuya bir de 'Anayasa Hukuku' perspektifinden bakmak gerektiği kanısındayız.

Anayasa Mahkemesi karar verirken yargının ve yargılamanın çok önemli unsuru, koşulu olan şekil ve biçim kurallarına sıkı sıkıya bağlı olmayan yorum ve değerlendirmeler yapabilmektedir. Anayasa Mahkemesi yargıçları, kararlarının gerekçelerinde 'anayasal siyaset' yapabilmelerine haklarına ve özgürlüğüne sahiptirler.

Anayasa yargısının kabul edildiği ülkelerin hemen, hemen tümünde Anayasa Mahkemeleri, çerçevesi Anayasa olan siyaset alanının temel aktörleri arasında yer almaktadır. Bu yönüyle Anayasa Mahkemesi kararlarının hukuki yönü yanında, siyasi yönü de bulunmaktadır.

Önerilen yeni oluşum tarzı, Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa modeline uygun bir yapılanmasını öngörmektedir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesi konusunda Avrupa'da başlıca iki model uygulanmaktadır. Bütün üyelerinin yasama meclisince seçilmesi, Almanya, Macaristan, Polonya, Portekiz, Slovakya'da olduğu gibi ya da seçim yetkisinin yasama ve yargı arasında paylaşılmış olması, Avusturya, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, İtalya, Romanya'da olduğu gibi. Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamının veya bir kısmının yasama meclisi tarafından seçilmesi Avrupa'da yaygın bir şekilde uygulanmaktadır.

Üyelerinin tümünün halk tarafından seçildiği Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, Anayasa Mahkemesi'ne üye seçmesi Anayasa Mahkemesi'nin demokratik meşruiyetine güç katacaktır.

Ancak, TBMM'nin oluşumu halk iradesini ne kadar doğru yansıtılabirirse TBMM'nin Anayasa Mahkemesi'ne üye seçmesi de o kadar sorunsuz ve sağlıklı olabilecektir. Genel seçimlerde kullanılan oyların yarıya yakınının parlamentoda temsil edilemediği, yüzde otuz oranında alınan oyla, sağlanan mutlak çoğunlukların TBMM'nin üye belirleme faaliyetlerine de olumsuz yansıtacağı ve bunun sonucu olarak üyeleri belirlenen kurum-

ların da bundan olumsuz etkileneceği görülebilecektir. Kaldı ki, TBMM'nin Anayasa Mahkemesi'ne üye belirlenmesi yetkisi ile ilgili sorunlar bununla da bitmeyebilir. Temelinde seçim sisteminin neden olduğu 'artık temsil'in derinleştirilebileceği bir kriz yanında, halkın iradesinin parlamentoya birebir yansımada durumunda da demokrasinin temelinde yatan 'uzlaşma kültürü' yönünden yaşadığımız eksiklik de sorunun başka bir boyutunu oluşturabilir. Bu nedenle parlamento tarafından Anayasa Mahkemesi'ne üye seçimi işini temelinde uzlaşma temelli bir biçimde gerçekleştirebilmek için Anayasa ve TBMM İç Tüzüğü'nde de bazı düzenlemeler gerektiği söylenebilir.

*Bireysel başvuru hakkına gelince; bu konuda çok farklı düşünceler olmasına karşın, sınırları iyi tespit edildiği taktirde lehe düşünceler ağırlık kazanmaktadır. Ülkemizde özellikle Avrupa Birliği'ne üyelik süreciyle birlikte temel hak ve özgürlüklerin etkin güvencelere kavuşturulması fikri kuvvet kazanmıştır. Bu alanda mevcut koruma mekanizmalarının yetersiz kaldığı düşüncesi, ülkemizin de batıdaki deneyimleri dikkate almasını gerekli kılmıştır. Bu gelişmeler üzerine, Anayasa Mahkemesi ve Türkiye Barolar Birliği belirtilen gerekçelerle, temel haklar konusunda etkin bir koruma sağlamak için Almanya, Avusturya ve İspanya örneklerinde olduğu gibi, Anayasa Mahkemesi'ne 'Bireysel Başvuru' hakkının tanınmasını uygun bulmuştur. Böyle bir önerinin hayata geçirilmesi, 7 Mayıs 2004'te yapılan Anayasa değişikliği de dikkate alındığında, ülkemizde temel haklar alanında Avrupa stan-*

*dartlarının yakalanmasında önemli bir aşama olacaktır. Bu durumda, insan haklarına ilişkin bir antlaşmayla bir kanun hükmü çatıştığında Anayasa Mahkemesi'nin birincisine göre uyumsuzluğu çözmesi ve kamu otoritelerinin herhangi bir işlemi nedeniyle anayasal haklarında ihlal olduğunu iddia eden herkesin Anayasa Mahkemesi'ne başvuru hakkının olması, kuşkusuz Türk yargı sisteminde radikal bir değişikliği ifade etmektedir. Tüm bunlara karşın Anayasa'da tanımlanan yüksek yargı organları arasındaki görev-yetki bakımından eşit ve mesafeli ilişkiler yönünden bu yeni açılımın tartışılması, kapsam ve sınırlarının çok net olarak belirlenmesini gerektirmektedir"*

(Türkiye Barolar Birliği Başkanı'nın konuşmasının tam metni [www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr) sitesinde aynen yayımlandığı için buraya alınmamıştır.)

Toplantıdan sonra basına demeç veren Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Haşim Kılıç, Yargıtay Başkanı'nın Anayasa Mahkemesi'ne yönelik sözlerini "Anayasa Mahkemesi'ne yapılmış bir saldırı" olarak niteleyerek şunları söyledi: "Herkesin olduğu gibi sayın başkanın da düşüncelerini açıklama ve ifade etme özgürlüğü vardır. Ben bu konuyu bu çerçevede değerlendiriyorum. Ancak öncelikle Baro Başkanı'nın (TBB Başkanı demek isteniyor) sorumlu konuşmasından dolayı kendisine teşekkür ediyorum."

Anayasa Mahkemesi Başkanı Tülay Tuğcu ise, bu konudaki soruya "Doğal bir şey. Zamanı gelince yanıtlayacağız. Şimdi söyleyecek bir şey yok," yanıtını verdi.

## **PROF. DR. RONA AYBAY AİHM'NİN AKİL ADAMI SEÇİLDİ**

İstanbul Bilgi Üniversitesi öğretim görevlisi ve TBB'nin çıkarmakta olduğu yabancı dildeki Digesta Turcica'nın baş editörü, hukuk adamı Prof. Dr. Rona Aybay, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin yeniden yapılandırılması için çalışacak on bir kişiden oluşan "Akil Adamlar Komitesi"ne seçildi.

Prof. Dr. Rona Aybay'ı kutlar, çalışmalarında etkili ve başarılı olacağına güvenimizi sunarız.

## **DOKUZUNCU BARO BAŞKANLARI TOPLANTISI YAPILDI**

Barolar tarafından CMK kapsamında müdafî ve vekil görevlendirilmesinden kaynaklanan sorunların giderilmesi çalışmaları konusunu görüşmek üzere 15 Ekim 2005 tarihinde Ankara'da baro başkanları toplantıya çağrıldı.

Çağrının ekinde TBB Genel Sekreteri Güneş Gürseler'in hazırlamış olduğu "Bedava Ceza Avukatlığı" başlıklı bir çalışmada gönderildi.

Baro başkanları toplantısı sonunda yayımlanan ortak bildiriye Van C. Başsavcısı'nın avukatlara yönelik sözleri, mesleğimize bir saldırı niteliğinde görülerek bir bildiri ile eleştirildi. Bildiri 9. sayfamızda yayımlanmaktadır.

Alınan karar sonucunda TBB Başkanı ve istekli baro başkanları 21 Ekim 2005 tarihinde Van'a giderek bir basın toplantısı yaptılar. TBB Başkanı'nın okuduğu basın bildirisi aşağıya alınmıştır.

"Van Cumhuriyet Başsavcısı Kemal Kaçan'ın, bir stajyer avukata '... Avukatlara hiç güvenmiyorum, elimden gelse tamamını aramadan geçireceğim, zaten Van'daki avukatların çoğu PKK'lıdır,' şeklinde ifadelerde bulunması ve stajyer avukatın konuyu baroya intikal ettirmesi üzerine, Baro Başkanı Yönetim Kurulu'yla birlikte 29.09.2005 günü Başsavcı'yı randevu olarak ziyaret etmiştir. Stajyer avukatın anlattıklarını Başsavcı'ya aktaran ve 'Sanırım bir yanlış anlaşılma olmuştur', diyen Baro Başkanı ve Yönetim Kurulu'na sert bir ifadeyle yanıt veren Başsavcı, '... Doğrudur, bu sözleri ben söyledim' dedikten sonra devamlı 'Avukatlara hiç güvenmiyorum, elimden gelse tüm avukatları aramadan geçirtirim, zaten buradaki avukatların yarısı PKK'lıdır. Doğrudur, bu sözleri söyledim. Zaten öylesiniz. Van Barosu avukatlarının çoğu PKK'lıdır. Burada bulunduğum sürece ve gittikten sonra da bu görüşüm devam edecektir. Zaten avukatlar hakkında bilgi topluyorum, ileride görüşürüz. Ben bu görüşlerimi diğer savcı ve hakimlere de aktardım. Baro'nun yemeğine de bu nedenle katılmadık. Bundan sonraki hiçbir etkinliğimize de katılmama kararı aldık,' şeklinde ağır hakaret ve haksız suçlamalarda bulunmuştur.

Asla bir hukuk adamının ifade si olamayacak bu sözlerle, insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğüne inanan, barıştan yana duruşlar sergileyen ve bölgenin çok zor koşullarında Van'da görev yapan 73 meslektaşımızın yasa dışı PKK örgüt üyesi olarak gösterilmesi onları derinden yaralamıştır. Bu meslektaşlarımız uğradıkları ağır ve

*haksız suçlama karşısında gerekli yasal girişimler yanında, konuyu ayrı ayrı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na intikal ettirmişlerdir.*

*15 Ekim 2005 günü Ankara'da Baro Başkanları Toplantısı'na katılan Van Barosu Başkanımız gelişmelerle ilgili olarak, baro başkanlarına bilgi vermiştir. Mesleğimize ve meslektaşlarımıza karşı yapılan bu ağır ve açık saldırıyı öğrenen baro başkanları, Van C. Başsavcısı'nın şiddetle kınanmasına oybirliğiyle karar vermişlerdir.*

*Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu ve aşağıda imzaları bulunan baro başkanları olarak, mesleğimize ve meslektaşlarımıza karşı yapılan bu ağır ve açık saldırıyı kınamak yanında, Van Barosu ve onun değerli üyelerine destek vermek amacıyla burada bulunmaktayız.*

*Ülkemizin bulunduğu coğrafyada yaşanan hukuk dışı kimi uygulamalar ve dayatmalar yanında, AB-Türkiye ilişkileri bağlamında çok önemli ve hassas bir süreçten geçmektedir. Bu çok kritik ve hassas süreçte en sade yurttaşından, en sorumlu kişisine kadar herkese çok önemli görevler ve sorumluluklar düşmektedir. Belirtilen nedenlerle, başta kamu görevlileri olmak üzere herkesin sorumluluk bilinciyle hareket etmesi gerektiği bir dönemde, Van Cumhuriyet Başsavcısı başlattığı bir soruşturma başta olmak üzere, sergilediği bu özensiz ve hukuk dışı davranışları ile ülke gündemini işgal etmektedir.*

*Cumhuriyet Başsavcılığı soyut suçlamada bulunma, hakaret etme, karalama makamı değildir. Ancak yapacakları yasal soruşturma so-*

*nunda düzenleyecekleri iddianame ile düşüncelerini söyleyebilirler. Sayın Başsavcı'nın 10.10.2005 günlü yazılı açıklamasında vurguladığı gibi, Cumhuriyet Savcıları birer 'kamu avukatı'dır. Kamu adına yargılamanın yanlarının hukukunu koruma görev ve sorumlulukları vardır.*

*Kaldı ki suçladığı ve itham ettiği kişiler yargılama diyalektiği içinde bağımsız savunmanın temsilcileri olan avukatlardır.*

*Başsavcı'nın, Avukatlık Yasası'nın 1. maddesinde '... Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder ...' hükmü yanında, 57. maddede '... avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hakimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler uygulanır ...' ifadelerinin anlamını özümsemediği anlaşılmaktadır.*

*'Tam bağımsız' olması için tüm çabamızı ortaya koyduğumuz 'yargı'nın savunma unsuru olarak elli üç bin avukat adına, uğradığımız bu saldırıyı nefretle kınıyoruz.*

*Son olarak 2005/2006 Adli Yılı Açılış Bildirimizde belirttiğimiz gibi, yargı bağımsızlığına, gerçek hukuk devletine ve eksiksiz demokrasiye inancımızla bu doğrultuda çabalarımızı sürdürürken bir de 'savunmayı savunmak' zorunda kalmanın sıkıntısını, her düzeydeki insanımızın bilincinde 'savunma' kavramının oluşmamasının güçlüklerini yaşıyoruz. Van Cumhuriyet Başsavcısı Kemal Kaçan'ın bu son davranışı yaşadığımız sıkıntının ne kadar vahim boyutlarda olduğunu açık şekilde ortaya koymaktadır. Birlikte yargı erkini oluşturduğumuza inandığımız yargıç ve savcılarımızın*



*kimileri hala 'savunma'yi, bu mesleğin önemini ve yargılamaya katkısını anlamazlıktan gelmekte direnmektedirler. Savunmanın hiç kimsenin güvenine, özellikle duruşma salonunda eşit koşullarda bulunması gerekli savcıların güvenine ihtiyacı yoktur. Pek çok durumlarda bizim de başkalarına güvenimiz bulunmamaktadır, ama bunları hukuk çerçevesi içerisinde gidermeğe çalışmaktayız.*

*Sorumlu ve yetkili bir hukukçunun genelleme yaparak meslektaşlarımızın terör örgütü ile organik bağ içinde olduğu beyanında bulunması insafsızlıktır.*

*Avukatlar ve barolar olarak teröre çok kurban verdik. Muammer Aksoy'dan Uğur Mumcu'ya ve Ali Günday'a kadar birçok meslektaşımızı ve otuz bin vatandaşımızı, asker ve güvenlik görevlimizi kaybettik. Her acı olay karşısında nefretimizi bildirdik, terör belası ile mücadele için önerilerimizi ve katkılarımızı koyduk. Bugün de, ülkemizin içine itilmeye çalışıldığı her türlü terörü lanetliyoruz. Hiçbir gerekçe, şiddeti haklı gösteremez. Her türlü kışkırtmadan uzak, hukuk güvencesi ve sağduyu içinde terörle mücadele etmeliyiz. Temel sorunlar ancak eksiksiz demokrasiyi yaygınlaştırarak ve içselleştirilerek çözümlenebilir.*

*TBB Yönetim Kurulu ve baro başkanları olarak Van'dan bu saldırıyı kınadığımızı haykırıyoruz. Meslektaşlarımıza yapılan saldırı ile ilgili idari, hukuki ve cezai girişimlerin takipçisi olacağız."*

*Basın toplantısı Dergimizin basıncıya girdiği günlerde yapıldığı için ayrıntılı bilgiler gelecek sayımızda verilebilecektir.*

Dokuzuncu Baro Başkanları toplantısındaki konuşmalar ve yukarıda sözü edilen çalışma ile katılanlar yakında yayımlanacaktır.

### **TBB BAŞKANI CCBE TOPLANTISI'NA KATILMAK ÜZERE BRÜKSEL'E GİTTİ**

Avrupa Barolar Konseyi'nin 13 Ekim 2005 tarihinde Brüksel'de yaptıkları Başkanlar Toplantısı'nda Türkiye Barolar Birliği'ni Başkan Av. Özdemir Özok temsil etmiştir. Konsey temsilcisi Av. Belkıs Baysal da toplantılara katılmıştır. Bir günlük toplantıda Konseyin gelecekteki yapısına ve statüsüne yönelik görüşmeler yapılmış ve kararlar alınmıştır.

Türkiye Barolar Birliği olarak Avrupa Birliği'ne giriş sürecinin ivme kazandığı bu günlerde Avrupa Birliği'nin hukuki danışmanı olarak görülebilecek Konsey ile olan ilişkilerimizin daha da sıklaştırılması gerektiği ve bu yönde çalışmalarımızın yoğunlaşacağı belirtilmiştir.

### **TBB HEYETİ İNGİLTERE-GALLER BAROLARININ DÜZENLEDİĞİ TOPLANTIYA KATILDI**

Türkiye Barolar Birliği, 1-3 Ekim 2005 tarihleri arasında Londra'da gerçekleştirilen İngiltere ve Galler Adli Yıl açılış törenlerine resmi olarak davet edilmiş olup TBB Başkanı Av. Özdemir Özok, Genel Sekreter Av. İ. Güneş Gürseler ve Uluslararası İlişkiler Birimi'nden Av. Filiz Conway bu törenlerde yer almışlardır. Törenler öncesinde 29 Eylül-1 Kasım 2005 tarihleri arasında "Uluslararası

*Haftasonu*" başlığı altında Avrupa'nın genç avukatları bir araya gelmişlerdir. Haftasonu programı kapsamında 30 Eylül 2005 Cuma günü tüm gün süren Avrupa Birliği Hukuku konulu bir seminer gerçekleştirilmiştir.

1 Ekim 2005 Pazar günü İngiltere ve Galler Barosu öncülüğünde İnsan Hakları Yuvarlak Masa Toplantısı yapılmış ve bu toplantıda dünyanın farklı bölgelerinden pek çok baro temsilcisi yer almıştır. Türkiye Barolar Birliği olarak Avrupa Birliği sürecinde yoğun ilişkilerin yaşandığı bugünlerde tüm barolar ve meslektaşlarımızla olan ilişkilerimizi geliştirme isteğini taşıdığımız ve de birlikte ortak işlerde faydalı sonuçlara ulaşma isteğimiz ortaya konulmuştur.

Adli yıl açılışı ana seramonilerinde de Türkiye Barolar Birliği heyeti yerini almış ve gerek İngiltere ve Galler hakim ve savcılarını gerekse yine farklı ülke baroları ile ilişkiler geliştirilmeye çalışılmıştır.

### **AVUKATLIK SINAVI ÇALIŞMALARI HIZLA İLERLİYOR**

Avukatlık Kanunu'nun 4667 ve 4765 sayılı Yasalar ile staj ve sınav konusunda getirdiği düzenleme gereği 2005 hukuk fakültesi mezunlarının büyük bir çoğunluğu sınava tabi olmaları gerekmektedir.

Sınava girecek staj yapan hukukçuların mağdur olmamaları için TBB Başkan yardımcısı Ünsal Toker başkanlığında hazırlıklar özenle sürdürülmektedir. Öncelikle ÖSYM ile temas kurularak soruların tespiti ve sınav yöntemi hakkında görüş birliği sağlanmaya

çalışılmıştır. Sonra barolarımızdan staj yapan hukukçuların fakülteye kayıt tarihlerinin tespiti istenilmiştir. Ayrıca bir duyuru ile staj eğitim merkezi bulunan barolar tespit edilmiş ve 10 Mayıs 2001 tarihinden sonra hukuk fakültelelerine kaydolmuş ve avukatlık sınavına girmek zorunda olan stajyer avukat sayısı barolardan istenilmiştir.

### **ANKARA BAROSU'NUN DÜZENLEYECEĞİ "2006 HUKUK KURULTAYI" HAZIRLIKLARI SÜRÜYOR**

Ankara Barosu, 3-7 Ocak 2006 tarihleri arasında, 4. Hukuk Kurultay'ını düzenleyecek. Uluslararası Hukuk Kurultayı'nın ana başlıkları "*Hukuk ve Felsefe*", "*Feminizm ve Hukuk*" ve "*Uluslararası Hukukta Yeni Gelişmeler*" olarak belirlendi.

Yerli ve yabancı seçkin hukuk, bilim ve felsefe adamlarının katılacakları kurultay, Ankara Bilkent Otel'de yapılacak Kurultay'da Türkçe ve İngilizce eşzamanlı olarak tercüme edilecek.

Kurultay çalışmaları sürdürülmekte olduğundan program hakkında kesin bilgi vermek mümkün olmamakla birlikte, hukukçuların 2006 yılını, geçmiş yıllarda olduğu gibi, yine güzel bir hukuk şenliği ile karşılayacakları anlaşılmaktadır.

### **ÖLÜM CEZASININ HER KOŞULDA KALDIRILMASINA DAİR PROTOKOL ONAYLANDI**

Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanarak 3 Mayıs 2002 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye tarafından 9 Ocak 2004 tarihinde Strazburg'da

imzalanan “İnsan Haklarının ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesine Ek Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair 13 Nolu Protokol” 6.10.2005 tarih ve 5409 sayılı Yasa ile kabul edilmiştir. (RG, 12 Ekim 2005)

### **TBB YAYINLARI İSTANBUL 24. TÜYAP KİTAP FUARI'NDA BAYRAK GÖSTERDİ!**

Türkiye Barolar Birliği, Beylikdüzü'nde düzenlenen 24. İstanbul Kitap Fuarı'na ilk defa katıldı. Dördüncü salonun 124 numaralı standında TBB Dergisi, Digesta Turcica yanında çok sayıda kitabımız fuar ziyaretçilerinin bilgisine sunuldu. Açılış törenine TBB Genel Sekreteri Güneş Gürseler de katıldı.

Ayrıca Fuar'ın son üç günü “Adil Yargılanma Hakkı”, “İfade Özgürlüğü” ile “Türkiye ve AB” konulu üç etkinlik düzenlendi.

“Adil Yargılanma Hakkı” konulu konuşmayı Özdemir Özok, CCBE toplantısına katılmak zorunda kaldığı için Prof. Dr. Köksal Bayraktar yaptı. İkinci toplantının konuşmacısı İstanbul Barosu önceki başkanlarından Av. Turgut Kazan, üçüncü toplantının konuşmacısı Bahçeşehir Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Süheyl Batum yaptılar.

Gelecek yıllarda daha zengin bir yayın katalogu ve etkinlikler ile fuara katılmayı planlamaktayız.

### **MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKÇULARI TOPLANTISI ANKARA'DA YAPILDI**

Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları dördüncü “geleneksel” toplantısı 30 Eylül-1 Ekim günlerinde Ankara'da, TBB'nin de katkılarıyla Hakimevi'nde yapıldı.



24. TÜYAP Kitap Fuarı'nda TBB standı

Toplantının gündemi “Çekişmesiz Yargı” ve “İİK’da Yapılan İcra Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi” olarak tespit edilmişti.

Toplantıda sunulan tebliğleri ve bu alandaki otuzu aşkın çalışmayı yakında yayımlamayı planlamış bulunmaktayız.

### **BEŞ YILDA KIRK BEŞ HAKİM VE SAVCIYA İHRAÇ**

Adalet Bakanı Cemil Çiçek, bir milletvekilinin soru önergesini yanıtlarken, Hakim ve Savcılar Yüksek

Kurulu’nca 1 Ocak 2000-3 Haziran 2005 tarihleri arasında verilen disiplin cezaları hakkında bilgi verdi.

Buna göre, yıllara göre hakim ve savcılara verilen disiplin cezaları şöyle:

2000 yılında 27 uyarma, 13 aylıktan kesme, 28 kınama, 7 kademe ilerlemesini durdurma, 3 derece yükselmesini durdurma, 22 yer değiştirme, 6 meslekten çıkarma.

2001 yılında 62 uyarma, 12 aylıktan kesme, 41 kınama, 16 kademe ilerlemesini durdurma, 2 derece yük-

## **HEP AYNI TERANE!**

### **Biz Yakalıyoruz Onlar Bırakıyor**

#### **Saygı ÖZTÜRK, (Hürriyet)**

Emniyet Müdürü, “Hizb-ut Tahrir’ciler neden yakalanmadı” eleştirileri için, “Genelge var, basın açıklamalarında, büyük suç yoksa müdahale etmiyoruz.” dedi.

Başbakan Yardımcısı Şahin’in “Hizb-ut Tahrir eylem yaparken sivil polisler neredeydi?” açıklamasına İstanbul Emniyet Müdürü Cerrah tepki gösterdi. Cerrah, “Daha önce benzer eylemler yaptılar. Yakalayıp teslim ettik, aynı gün serbest bırakıldılar” dedi.

İstanbul Emniyet Müdürü Celalettin Cerrah, Başbakan Yardımcısı Mehmet Ali Şahin’in dün Hürriyet’te yayınlanan, polisin geçen cuma İstanbul Fatih Camii önündeki şeriatçı Hizb-ut Tahrir gösterisine seyirci kalması ve Atatürk’e hakaret eden liderlerini izleyip yakalamamasına ilişkin eleştirilerine sert yanıt verdi. Cerrah Hürriyet’e, “Eylemciler daha önce de benzer gösteriler yaptı. Yakalayıp teslim ettik. Aynı gün serbest bırakıldılar” dedi. Cerrah, eleştirileri şöyle yanıtladı:

“Orada bildiri okuyan Yılmaz Çelik ile ilgili olarak Ankara’da birkaç kez işlem yapılmış. Ayrıca bu kişiler yine aynı camilerde mayıs ve haziran aylarında bildiri dağıtmışlar, biz de bunları toplamışız. Mayıs ayında bu kişileri yakalayıp adliyeye gönderdiğimizde, üzerlerinde aynı bildiriler, aynı

metinler vardı. Bu kişiler, dağıttıkları bildirilerden dolayı tutuklanmamış, ifadeleri alındıktan sonra serbest bırakılmış.

Fatih Camii'ndeki olaydan sonra yedi kişi yakaladık. Bunlardan beşi serbest bırakıldı, iki kişi ise tutuklandı. Bildiriyi okuyan Yılmaz Çelik, kısa sürede yakalayabileceğimiz bir adam. Yakın zamanda alacağız. Çelik'in okuduğu bildirinin aynısı bir dergide yayımlandı. Suçsa o dergidekiler de suç. Ankara'da bürosu olduğunu söylüyor. Demek ki orada yazılanlar için suç unsuru bulunamamış.

Gösteriye polisin, yasalardaki değişikliği protesto için müdahale etmediği yolunda değerlendirmeler oluyor. Öyle bir şey olamaz. Biz, çıkarılan yasalardan bize görev verilen ve uygulanması istenenleri aynen uygularız. Biz polis olarak hep eleştirilen bir teşkilatız. Kıymetimiz zor anlaşılıyor.

Son günlerde örneğin; PKK'ya dönük iki büyük operasyon yaptık. Güneydoğu'dan gelen on üç kilo C-4 patlayıcı ele geçirdik. Sultanahmet'te, havaalanında bazı yerlere bomba koyan kişiyi yakaladık. Ama bunlar es geçildi. Taltif edilmesi gereken İstanbul Emniyet Müdürlüğü, bir olay karşısında acımasızca eleştiriliyor. Ama biz görevimize devam ediyoruz. Hiç önemli değil.

Basın açıklamalarında, eğer büyük bir suç teşkil etmiyorsa müdahale etmiyoruz. Bu konuda İçişleri Bakanlığı tarafından geçen yıl yayımlanan bir genelge var. O genelgede, basın açıklaması yapacakların seslerini etrafındakilere duyurabilmek için ses düzeni kurulabileceği de belirtiliyor. Açıklamayı caminin bahçesinde yaptılar. Caminin bahçesindeki kişilere müdahale ettiğimiz zaman, bizim müdahalemiz üzerine cemaatten de bize yönelik saldırılar olabilirdi. Orada polisin görevi olayları büyütmek değil, olayı yatıştırmak. Genelde bu tür olaylarda olay biter, daha sonra biz toplama yoluna gideriz”

selmesini durdurma, 10 yer değiştirme, 15 meslekten çıkarma.

2002 yılında 71 uyarma, 27 aylıktan kesme, 55 kınama, 10 kademe ilerlemesini durdurma, 5 derece yükselmesini durdurma, 22 değiştirme, 5 meslekten çıkarma.

2003 yılında 42 uyarma, 16 aylıktan kesme, 39 kınama, 11 kademe ilerlemesini durdurma, 4 derece yük-

selmesini durdurma, 10 yer değiştirme, 12 meslekten çıkarma.

2004 yılında 47 uyarma, 9 aylıktan kesme, 44 kınama, 7 kademe ilerlemesini durdurma, 18 yer değiştirme, 6 meslekten çıkarma.

3 Haziran 2005 tarihine kadar ise 15 uyarma, 16 kınama, 5 kademe ilerlemesini durdurma, 3 derece yükselmesini durdurma, 3 yer değiştirme ve 1 meslekten çıkarma.

## **EMNİYET GENEL MÜDÜRLÜĞÜ'NÜN SEMİNERLERİNE KATKI SAĞLANDI**

Emniyet Genel Müdürlüğü Asayiş Daire Başkanlığı'nca AB Twinning Projesi kapsamında düzenlenen "İfade Alma Tekniklerinin ve İfade Alma Odalarının Geliştirilmesi" ve "Ceza Yargılamasında İşbirliğini Geliştirme" konulu seminerlere TBB ve barolarımız katkı da bulunmaktadır.

Yabancı uzmanlarında katılacağı seminerler 11-12 ve 13-14 Ekim 2005 tarihlerinde Ankara'da, 17-18 Ekim'de Trabzon'da, 9-10 Kasım'da İstanbul, 14-15 Kasım 2005'de Bursa ve Diyarbakır'da, 8-9 Kasım'da İzmir'de, 10-11 Kasım'da Antalya'da, 17-18 Kasım'da Van'da yapabilecekleri şekilde planlanmıştır.

## **ANKARA BAROSU "YURTTAŞLIK HAKLARI KURULU"**

Ankara Barosu Yönetim Kurulu tarafından, kamuoyunu ilgilendiren konulardaki hukuka aykırı işlem ve uygulamaların iptali için yargıya başvurmak üzere "Yurttaşlık Hakları Kurulu" oluşturulmasına karar verildi.

Amacı yurttaşların genelini ilgilendiren hak ihlallerini tespit ederek, bu ihlallerin müzakere veya dava yoluyla giderilmesi için çalışma yapmak olan Kurul, Av. Kemal Vuraldoğan, Av. Berna Çelik, Av. Haydar Özgür Yılmaz, Av. Özge Köksal, Av. Simay Tokmar ve Av. Çiğdem Şimşek'ten oluşmaktadır. "Yurttaşlık Hakları Kurulu"nda çalışmak isteyen avukatlar Ankara Barosu kalemine başvurarak bilgi alabilirler.

## **YENİ BARO BAŞKANLARI**

Boşalan ve yeni kurulan barolarla görev süresi biten bazı barolarımızda seçimler yapıldı.

Noterliğe atanması nedeniyle boşalan İğdır Baro Başkanlığı'na Mustafa Buluş, yeni baro kurulmuş olan Muş'ta Baro Başkanlığı'na Sait Sever seçildiler.

Olağan genel kurullarını yapan Mardin Barosu'nda başkanlığa Mahmut Güven, Bilecik Barosu Başkanlığı'na Halime Aynur, Kırıkkale Barosu Başkanlığı'na Ethem Demirbaş ve yeni yönetim ve denetim kurulları seçilmişlerdir.

Yeni baro başkanlarımıza ve kurullara seçilen meslektaşlarımıza çalışmalarında başarılar dileriz.

Haberler: O. G.

# ZOR ve ÇETİN YOLCULUK

Av. Özdemir ÖZOK\*

Yıllardır üzerinde çeşitli görüşler ileri sürülen, hakkında ciltlerle kitap yazılan, kimilerine göre Türkiye'nin tek kurtuluş yolu, kimilerine göre, Lozan'la yaşam bulan Türkiye Cumhuriyeti'ni sonlandıracak bir macera olarak değerlendirilen Avrupa Birliği ilişkilerinde 3 Ekim 2005 günü yeni bir döneme girilmiştir.

Girilen bu yol çetin engellerle dolu, zorlukları olan bir yoldur. Bizler Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş felsefesindeki "*çağdaş uygarlık*" hedefine ulaşmamızı kolaylaştıracak bu yolculuğa uç düşüncelerle yaklaşmıyor, siyasal, sosyal, ekonomik ve mali yönleri yanında, Avrupa Birliği - Türkiye ilişkilerinin tarihsel süreç içinde gelişimini objektif bir biçimde değerlendirmeye ve ulusumuz için yararlı olan yanlarını tespit etmeye ve yanlışlıklardan korunmaya çalışıyoruz.

1919'ların karanlık ortamında, Anadolu topraklarından bir güneş gibi parlayarak doğan genç Türkiye Cumhuriyeti, çağının çağdaşı olma iddiasıyla uluslararası arenaya çıkmış ve kuruluşundan itibaren hep çağdaş değerlere yönelmiştir. Hiç çekinmeden söyleyebiliriz ki, bugün vardığımız aşama o günlerin birikiminden güç ve cesaret almıştır.

Ancak, kimilerinin içine sindiremediği, savunmaktan çekindiği ve hatta rahatsız olduğu bazı kavram ve kazanımlar, zaman içinde bilinçli bir biçimde yıpratılmış ya da içleri boşaltılmıştır. Böylece başlangıçta akıl almaz bir hızla gerçekleştirilen devrimlerin hızı kesilmiş ve bir çok konuda başlangıç noktasından gerilere düşülmüştür. Kuruluş felsefesine bağlılık yanında, devrim ateşi ve değişim heyecanı aynı sıcaklıkta

---

\* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

sürdürülebilse, Cumhuriyet'in kazanımları korunarak bilinçli nesiller yetiştirilebilse, eğitiminden, adaletine, sosyal güvenliğinden insan haklarına, sanatından kültürüne, sporundan sağlığına, biliminden teknolojisine, kısaca toplum ve devlet yapısı devrimlere uygun bir biçimde gerekli değişimi gerçekleştirebilse idi bu gün kapısında bekletildiğimiz Avrupa Birliği bize aynı direnci gösteremez, belki de biz Birliğe girmek için kimi koşullar ileri sürebilecek konumda bulunurduk.

Ama üzülerken ifade etmek gerekiyor ki, popülist ve öngörüsüz, günübirlik politikalar sonucu ülkemiz bırakınız Avrupa Birliği standartlarını, bir çok konuda üçüncü dünya ülkelerinin gerisine düşürülmüştür. Yıllar içinde toplumsal dokuya zarar veren ve devrimlerin yerleşmesine direnc gösteren ağalık, şeyhlik gibi feodal yapılar yanında, cemaatlar, tarikatlar, cemiyetler ve ocaklar gibi kimi dinsel yapılar varlıklarını giderek etkinleşen bir biçimde sürdürebilmişler; bütün bunlardan daha tehlikeli olarak etnik ayrılıkçı eylemler ulusal bütünlüğümüzü tehdit etmeye başlamıştır. Bu gün Avrupa Birliği ilişkilerini biçimlendiren siyasal düşüncenin ve yine konunun çığırtağını yapan bir çok kesimin, kısa süre önce konuyla ilgili görüş ve düşünceleri anımsandığında, Avrupa Birliği - Türkiye ilişkilerinin hangi nedenlerle bu denli savunulduğu ve nasıl sonlanacağı konularında ciddi kaygılar taşımaktayız.

Ancak gelinen bu aşamadan sonra, kimi kaygı ve endişeler yanında, Avrupa Birliği'ne girip girmeme hesaplarını bir yana bırakarak, hedefimiz olan "çağdaş uygarlık seviyesine" ulaşmak bağlamında, halkımızın esenliği ve ülkemizin kalkınması yönünde, ulusal çıkarlarımız adına gelişim ve değişimden yana duruşlar sergileyerek bu süreci en yararlı biçimde değerlendirmek gerekmektedir.

Avrupa Birliği-Türkiye ilişkilerinin yol haritasını oluşturan 3 Ekim 2005 günlü "Müzakere Çerçeve Belgesi" dikkatlice incelendiğinde sonucu önceden kestirilemeyen bir sürece girildiği anlaşılmaktadır. Müzakere çerçeve belgesi, "Müzakerelerin Kuralları", "Özü" ve "Prosedürü" olmak üzere üç bölümden oluşmaktadır. "Müzakerelerin Kuralları"yla ilgili bölümde; Türkiye'den beklentiler yanında, müzakerelerin ilerlemesi ve askıya alınmasına ilişkin koşullara, "Müzakerelerin Özü" adlı ikinci bölümde Türkiye'nin Avrupa Birliği müktesebatına ilişkin sorumluluklarına, "Müzakerelerin Prosedürü" adlı üçüncü bölümde de Avrupa Birliği'nin müzakereler süresinde atabileceği adımlara yer verilmektedir. Bu üç bölümde genel esasları çizilen ve ilkeleri konulan Avrupa Birliği'ne



## başkandan

üyelik müzakerelerinde otuz beş bölümde görüşmeler sürdürülecektir. Bunlar; malların serbest dolaşımı, iş gücünün serbest dolaşımı, yerleşme hakkı ve hizmet sağlama özgürlüğü, sermayenin serbest dolaşımı, kamu ihaleleri, şirketler hukuku, fikri haklar hukuku, rekabet politikası, mali hizmetler, bilgi toplumu ve medya, tarım ve kırsal kesim kalkınması, gıda güvenliği hayvan ve bitki sağlığı politikası, balıkçılık, ulaştırma politikası, enerji, vergilendirme, ekonomi ve para politikası, istatistik, sosyal politika ve istihdam, şirketler ve sanayi politikası, Avrupa üzerinden giden ulaştırma ağları, bölgesel politika, hukuki ve temel haklar, adalet özgürlük ve güvenlik, bilim ve araştırma, eğitim ve kültür, çevre, tüketim ve sağlık koruması, gümrük birliği, dış ilişkiler, dış güvenlik ve savunma, mali kontrol, mali ve bütçe koşulları, kurumlar ve diğer konular olarak sıralanmıştır. Kuşkusuz bu konuların müzakereler sırasında taranması çalışmalarını Hükümet yürütecektir. Ancak çalışmaların tümünün Hükümet'e bırakılmasının da doğru olmadığına, yurttaslardan başlayarak, tüm kurum ve kuruluşlarında kendine düşen sorumluluğu üstlenerek uyum ve entegrasyon konusu başta olmak üzere, her alanda gerekli destek ve katkıyı vermeleri, uyarılarda bulunmaları gerektiğine inanmaktayız.

Bu bağlamda geçmişten günümüze, demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü, hukuk devleti ve bağımsız yargı gibi kurum ve kavramları savunan, bu kavramların yaşama geçmesi için duraksamadan mücadele veren barolarımız ve Türkiye Barolar Birliği'ni bu dönemde büyük sorumlulukların beklediğinin bilincindeyiz.

Yazının başında belirttiğim iki uç görüşte olduğu gibi *"karşıt düşüncelerin bir anlamda Avrupa Birliği üzerinden hesaplaşması"* sonucuna varacak aşırılıklardan kaçınılarak bu süreci halkımız, toplumumuz ve ülkemiz için en verimli bir şekilde değerlendirmek gerektiğine inanıyorum. Baroların ve Türkiye Barolar Birliği'nin konunun politik ve ekonomik yanından çok hukuki yanı üzerinde titizlikle durarak, özellikle yargı bağımsızlığı, savunmanın bağımsızlığı ve sağlıklı işleyen bir adalet sisteminin batı standartlarına uygun bir biçimde yaşama geçmesi için çaba göstermesi gerektiğine inanmaktayız. Seri, düzenli ve iyi işleyen bir yargı sistemi, Avrupa Birliği'nin anayasası niteliğinde olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen *"adil yargılanma"* hakkının özünü oluşturmaktadır. Bu nedenle, adalet sistemimizin standartlarını Avrupa Birliği ölçülerine çıkarma uğraşları yanında,

hukuk devleti ve tam bağımsız yargı konularındaki hedeflerimizden de sapmamak gerekmektedir.

Türkiye Barolar Birliği olarak yıllardır gözlemci üye statüsüyle katıldığımız CCBE “Avrupa Birliği Üyesi Devletler Barolar Birliği”nin 13 Ekim 2005 günlü yönetim kurulu toplantısına, 3 Ekim 2005 günlü gelişmelerin bir sonucu olarak, birlik başkanından mutlaka katılmamızı isteyen telefon çağrısı aldım. Bu çağrının önemli bir gelişme olduğuna inanmaktayım.

Varılan noktada, abartısız ve ön yargısız değerlendirmelerle, demokrasi, insan hakları, hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı standartlarımızı Avrupa Birliği düzeyine çıkarmanın yol ve yöntemlerini geliştirmenin gerekliliği dolayısıyla, koşullarımı zorlayarak CCBE'nin 13 Ekim 2005 günlü yönetim kurulu toplantısına katılarak Avrupa Birliği - Türkiye ilişkileri yanında, demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü, hukuk devleti konuları hakkındaki görüş ve düşüncelerimizi aktarmayı görev bildim. Özellikle demokrasinin iyileştirilmesi, insan haklarının yaşama geçirilmesi, hukuk devleti ilkelerinin ödünsüz uygulanması konularında, ortak proje ve çalışmalar yapmak önerisinde bulunacağım. Böylece nasıl sonuçlanırsa sonuçlansın, yani müzakereler sonunda tam üyelik, olur ya da olmaz. Onu bugünden tahmin etmek mümkün değil, kaldı ki en az on yıl süreceği öngörülen bir süreç sonunda, bu kadar hızlı değişen ve gelişen dünya koşulları karşısında Avrupa Birliği'nin geleceğini kestirmekte pek mümkün olmamaktadır. Bu gerçek karşısında, kimi ciddi endişeler taşıdığımız müzakere sürecini, sürekli ağıt yakarak değil, ulusal çıkarlarımıza uygun nasıl değerlendiririz konusunu düşünmenin ve gündeme getirmenin yararları yanında, yeni ve kalıcı projeler üretmenin daha uygun olacağına inanmaktayız. Gelecek günler Türkiye Barolar Birliği'nin bu konularda nasıl bir çalışma yöntemi geliştirdiğini, hangi projelere imza attığını açıklıkla gösterecektir. Ortak aklın öncülüğünde, ulusal bilincin güvencesinde geliştirilecek düşünce ve projelerin ülkemizin geleceği, halkımızın esenliği ve toplumumuzun mutluluğuna katkı sunmasını diliyorum.

# **KÜRESELLEŞEN DÜNYADA ÖĞRETİM VE EĞİTİMİN ÖNEMİ VE BU KAPSAMDA HUKUK ÖĞRETİMİ VE EĞİTİMİ**

Ali EM\*

Kişinin hayatının başlangıcından sona ermesine kadar yaşam sürecinde öğrenmek ve eğitilmek ihtiyacı vardır. Çağın gereklerine göre, çağcıl yaşamak ve devam ettirmek için çağın gereği bilgi edinmek, edinilen bilgi ve birikimleri uygulamak ve yaşam biçimi haline getirmek gerekir. Aksine bir yaşam biçimi, bireylerin var olduğu toplumların dünyadaki medeniyet yarışından kopması ve rekabet edebilme faaliyetlerinden yoksun kalması sonucunu doğuracağı tartışılmazdır. Muhtelif öğretim ve eğitim kurumlarında görev aldığım dönemlerde gözlemlediğim ve edindiğim bilgiler ışığında küreselleşmenin dünyada meydana getirdiği değişimin ve gelişimin sonucu bireylerin öğretim ve eğitiminin nasıl olması gerektiği, kişileri alanlarında başarılı ve verimli kılmak için hangi öğretim ve eğitim sisteminin uygulanmasının ve bu sistemin parçası olan hukuk öğretim ve eğitiminin önem ve özellikleri konunun uzmanlarının alanlarına girilmeden genel olarak gözlem, eleştiri, değerlendirme ve önerileri belirtmede bu alanda yapılacak çalışmalara katkı sağlayacağını düşünmekteyim.

## **KÜRESELLEŞME (YENİ DÜNYA DÜZENİ, GLOBALLEŞME)**

Küreselleşme, uluslararasılaşma sürecinin geldiği aşamayı belirtmek için kullanılan bir sözcüktür. Sayın Ergin Yıldızoğlu küreselleşmeyi tanımlamak için iktisaden üç olguya işaret etmektedir. Bunlar, sermayenin dolaşımının olağanüstü hızlanması, sermayeler arasındaki ilişkinin ve bağımlılığın artması, sermayenin etki alanının genişlemesi (Ergin Yıl-

---

\* Yargıtay 18. Hukuk Dairesi üyesi.

dızoğlu, *Globalleşme ve Kriz*, Alan Yayıncılık 1996, s. 14). Küreselleşme bir anlamda yeni dünya düzeni demektir. Bu düzende özel teşebbüs, serbest ticaret, azami kar, mal, para, sınırsız insan hakları, özgürlük gibi değerlerin yer aldığı görülür. Küreselleşmeyi, ortaya çıkartan teknolojik devrim ve toplumsal iş bölümüdür. 1940'lı yıllarda ABD'nin Savunma Bakanlığı'nda lambalı bilgisayarla başlayan teknolojik gelişim, 1980'li yıllarda kişisel bilgisayara geçişle beraber insanlık hayatında devrim yaratacak değişiklikler getirmiş, bugün insanlığın ulaştığı değişim, kol gücünden bilgisayar sistemine geçişle en yüksek noktaya ulaşmıştır. Bu değişim ve gelişim beraberinde yeni sorunlar ortaya çıkarmıştır. Bunlardan en önemlisi "işsizlik" sorunudur. Artık emek-kol gücü yerini, vasıflı emekle yönlendirilen bilgisayar-internet sistemine bırakmıştır. Bu nedenledir ki bugün yeni dünya düzenini belirleyici-yönlendirici konulardan en önemlileri zihinsel emek-kol emeği, nitelikli emek-niteliksiz emek, işsizlik, boş zamanın üreticisini çalışmaya yönlendirilmesi gibi konu ve sorunların aşılması için yeni dünya düzeninde ülkemizin yerini alabilmesi ve ülkeler arası yarıştan kopmaması için ulus olarak bu yarışa katılmak ve var olduğumuzu göstermek durumundayız. Bu nedenledir ki bireyden başlayarak ülke düzeyinde yeni dünya düzenine uygun bilimsel ve teknolojik bilgiye ulaşma yollarını bulmaya ve uygulamaya mecburuz. Bu genel açıklamalardan hareketle, bugün ülkemizde uygulanan öğretim ve eğitim programlarının, küreleşmenin gerektirdiği bilgi ve birikimlere ulaşmada yeterli olup olmadığı ve yetişecek insan gücünün buna hazır yetiştirilip yetiştirilmediğinin genel bir değerlendirilmesi yapılacaktır.

## GENEL OLARAK ÖĞRETİM VE EĞİTİMİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Öğretim, belli bir amaca göre, belli bilgileri edinme ve verme işidir. Bugün ülkemizde öğretim ve eğitim faaliyetlerinin yürütücüsü öncelikle Milli Eğitim Bakanlığı, Yüksek Öğretim Kurumu ve çeşitli kurum ve kuruluşlardır. Bu çalışmada, kurum ve kuruluşların görev alanlarının ayrıntılarına girilmeyecektir. Ancak, ülkemizde her dalda verilen öğrenim faaliyetleri çağın gereklerine göre yeterli olduğu söylenemez. Küreselleşmenin gereği olan bilgi ve birikimin edinilebilmesi ve ulaşılabilmesi için öğretim konuları yeniden çağın ihtiyaçları doğrultusunda düzenlenmeli, kurumsal anlamda ilköğretimden itibaren

yüksek öğretim kurumları da dahil olmak üzere öğretim programları çağın gelişim ve değişimine göre yeniden yapılmalıdır. Bunun nedenleri ileride açıklanacaktır.

Eğitim, bireyi alanında yetiştirmek ve geliştirmektir. Bireylerin toplum yaşayışlarında yerlerini alabilmeleri için, bilgi, beceri elde etmelerine, kişiliklerini geliştirmelerine yardım etmektir. Bu anlamda belli bir alanda öğrenim yapmak, başarıya ulaşmada her zaman yeterli olmaz. Edinilen bilgilerin çağın gelişim ve değişimine göre yenilenmesi ve eksikliklerin giderilmesi gerekir. Örneğin; kişi tıp fakültesini bitirmiş doktor olmuş, uzmanlık eğitimini almış artık ben doktor oldum, uzman oldum alanımda her türlü bilgiyi öğrendim yeter deme hakkı yoktur. Sürekli yeni bilgileri takiple ve edinmekle bilgilerini yenilemek durumundadır. Bu durum yalnız bu meslek mensupları için değil, hakim, savcı, avukat, noter, mimar, mühendis ve öğretmen gibi veya başka meslek mensupları yönünden de bu bir zorunluluktur. Onun içindir ki kamu hizmetlerinde çalışanlar zaman zaman meslek içi eğitime ve kurslara tabi tutulmaktadır. Kamu sektöründe meslek içi eğitim verildiği gibi diğer meslek mensupları içinde meslek içi eğitime her zaman ihtiyaç vardır. Örneğin; esnafa, tacire, cıfçıye vb. meslek mensuplarına odaları ve meslek teşekküllerince meslek içi eğitimin verilmesinde alanlarındaki yeni bilgilerin kazandırılması bakımından fayda sağlayacaktır. Aksi takdirde yeni mesleki ve teknik bilgilerin edinilmesi olanaklı olmayacaktır.

Çağın değişim ve gelişiminin gerektirdiği bilgiyi edinmek ve ulaşmak için belli bir öğrenim yapmak, belli bir eğitim almak değişen dünya düzeninde her zaman yeterli olmayabilir. Alınan ve edinilen bilgilerin yapılan eğitimin değişen ve gelişen uygarlıklarının ortaya çıkarttığı yeni bilgileri edinilmesini zorunlu kılmaktadır. Bireysel anlamda bu böyle olduğu gibi ülkesel anlamda da bu böyledir. Örneğin; bilgi çağının gereği olan bilgisayar sistemini ve onun bağlantısı olan interneti bilmemek bilgiye ulaşmayı ve yeni bilgiler edinmeyi engeller. Uluslararası anlamda internet kullanımı ancak yabancı dil bilmekle olanaklıdır. Bu anlamda yabancı dili etkin biçimde okuma, yazma ve konuşma donanımına sahip olmayı gerektirir. Bu nitelikler de ancak öğretimle ve eğitimle kazanılır.

Bütün bu açıklamalar çerçevesinde bugün ülkemizdeki öğretim ve eğitim düzeyine bakıldığında, ilköğretim ve ortaöğretimde yaratıcı ve

üretici olmayan “ezberci” bir öğretim ve eğitime dayalı öğretim sisteminin uygulandığı ve bunun sonucunda derinlemesine bilgi edinilmesinden uzak, test ağırlıklı bir sistemle üniversite kapılarının zorlandığı, bu zorluğu aşarak üniversiteye giren ve bitirenlerin meslek edinmekte zorlandıkları görülmekte ve yaşanmaktadır. Test tekniği ile yetişen nesilden yaratıcı ve üretici olması beklenemez. Ülke ve uluslararası sorunları algılama-yorumlama-çözümleme ve sonuç çıkarma yerine, sorunlardan kaçma, çözümsüz bırakma veya sorumluluk üstlenme gibi hallerde çekingen davrandıkları görülür. Bu şekilde yetişmiş olanların zamanla kendisiyle çatışan sosyal yaşama uyum gösteremeyen, yaratıcılık ve üreticilik sergilemeyen kişi durumuna düştükleri görülmektedir. Bütün bunların aşılması için öğretim ve eğitim programlarının hazırlanmasında ve uygulanmasında ilköğretim ve ortaöğretimde ders programları yeniden yapılmalı ve düşünce üretecek derslerin verilmesi, yetişecek neslin algılama, düşünme ve yaratıcı olma yeteneklerini geliştirecektir.<sup>1</sup> Üniversitelerimizde, çağa uygun ders ve uygulama programlarını yapmak durumundadır. Aksi takdirde küreselleşen dünyada yarışan değil yarıştan kopan duruma düşüleceği kaçınılmazdır. Prof. Dr. İbrahim Ortaç “Çukurova Üniversitesi Ziraat Fakültesi 5 Temmuz 2005 tarihli Cumhuriyet Gazetesi'nin 2. sayfasında Bir Diploma Savaşı ve Diplomalı İşsizler” başlıklı yazısında nasıl bir mezun istiyoruz bölümünde özetle üniversite mezununun;

- Kendi konusunun tarih bilincini kavrayan,
- Uzmanı olduğu alanın teorik temellerini özümsemiş ve alanının gerektirdiği becerileri kazanmış olan,
- İyi meslek ahlakına sahip olan ve proje üretebilme yeteneğini edinmiş bulunan,
- Sorunları tanıyabilme,analitik düşünebilme ve çözebilme becerisini kazanmış olan,
- En az bir yabancı dil bilen ve öğrenme arzusu yüksek ve sürekli olan,
- Bilgisayar kullanma yeteneğine sahip olan,

<sup>1</sup> Prof. Dr. İbrahim Ortaç, “Bir Diploma Savaşı ve Diplomalı İşsizler”, 5.7.2005 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.

- Bilgiye nasıl ulaşılacağını biliyor olan,
- Çevresi ile iyi ilişki ve iletişim kuracak niteliklere sahip bulunan,
- Girişimci olan ve kariyerini her ortamda sergileyen,
- İyi yazan ve konuşan, ikna edici olan,
- Yeni fikirlere açık, ileri görüşlü, benciliği aşabilecek nitelikte bulunan,
- Çevre bilinci sorumluluğu olan,
- Evrensel kültür anlayışına sahip bulunan,

gibi nitelikleri kazanmış olarak yetiştirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Sayın Prof. Dr. Ortaç'ın üniversite mezununda bulunmasını belirttiği vasıf ve değerlendirmelerine aynen katıldığımı ifade etmekle birlikte, üniversitelerce yapılacak ders programlarında bu ilkelerin dikkatten uzak tutulmaması düşüncesinde olduğumu belirtmek isterim.

Bu genel açıklamalardan sonra, hukuk öğretimi ve eğitimi nasıl olmalıdır? Sorusuna cevap verebilmek için hukuk öğretim ve eğitiminin temel özelliklerinin ortaya konulmasında fayda görülmektedir.

## HUKUK ÖĞRETİMİ VE EĞİTİMİ

Hukuk fakültelerinde verilen öğretim ve eğitimin çağın gereği bilgi ve donanım yönünden yeterli olduğu söylenemez. Bunun nedenleri arasında kalabalık sınıfların bulunması, derslerde uygulanan klasik yöntemin, öğrencinin yetişmesinde ve edindiği bilgileri uygulamaya aktarmasında yeterince etkin olmaması, sınav sisteminin bilgi birikimini ölçmek için yeterli bulunmaması (daha çok teste yönelik yapılması), teorik olarak verilen bilginin uygulamaya konulmasının yeterli olmaması sonucu, teori ile uygulamanın birbirinden bağlantısız çalışması gibi haller sayılabilir. Bugün ülkemiz hukuk fakültelerinde hukuk öğretim ve eğitimi üç aşamalı olarak yapılmaktadır. Lisans düzeyinde verilen öğretimde daha çok klasik yöntem uygulanmaktadır. Bu sistemde, öğretim üye ve görevlisi alanındaki bilgileri aktaran, öğrenci ise dinleyen alıcı durumundadır. Lisans üstü (master-yüksek lisans) lisans öğrenimini bitiren öğrencinin alanlarındaki konuların biri üzerinde incele-

me, öğretim ve yayın yapması ve edinilen bilgi ve birikimleri etkin ve verimli olarak değerlendirmesidir. Doktora aşamasında ise alanındaki veya alan dışındaki bir konunun bilimsel bir çalışma ile derinlemesine araştırılması, yorumlanması ve sonuçlara ulaşılması için yapılan bilimsel kariyer çalışmalarıdır.<sup>2</sup>

Hukuk öğretimi kişide temel değer olan insan sevgisi ve insana verilen değer algılama şuurunu yaratmaktır. Hukuk öğretiminin ve eğitiminin temel amacı, mantıksal düşünce, olaylar karşısında tutarlı olarak akıl yürütme yeteneğini kazandırma ve olguları değerlendirme, yorumlama ve sonuca ulaştırma beceri ve yeteneklerini geliştirmeyi sağlamaktır. Hukukçunun disiplinli düşünmesi ve tutarlı akıl yürütmesi sonucu yaşamsal alandaki en karmaşık uyumsuzluklar değerlendirilir-yorumlanır-ayrıştırılır veya birleştirir ve bunlardan çözümler üretilir. Hukuk öğretiminde esas olan, iyi bir hukuk eğitiminin yaptırılması ve hukuk kültürünün verilmesidir. Hukuktaki temel değerlerin başında adalet ve hakkaniyet ilkesi gelmektedir. Hukukçu, adalet ve hakkaniyete ulaşmada sorgular ve eleştirir. Hukuk eğitimi zor bir eğitimidir. Zorluğu ortaöğretimde alt yapısı olmayan öğrenim konularının verilmemesinden veya olmamasından gelmektedir. Öğrenciler hukuk fakültelerine başladıkları zaman bazı kavram ve sözcükleri öğrenmede ve özümsemede zorlandıkları bilinir ve görülür.<sup>3</sup> Bu çerçevede hukuk fakültesi öğrencilerinin bilgi edinici, beceri ve yeteneklerini geliştirici öğretim programlarının yapılması ve düzenleyici önlemlerin bir an önce alınması gereklidir. Bu önlem ve önerilerin bazıları şöyle sıralanabilir;

- Her şeyden önce hukuk fakültelerinde uygulanan klasik sistemden ayrılarak öğrencilerin daha çok katılımını sağlayan soru ve yanıt biçiminde ders işleme veya verme yöntemi benimsenmeli,
- Derslerde uygulamaya daha geniş yer vermeli, olanaklar el verdiği ölçüde kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapılarak yürütülmeli,
- Öğrencinin hukuki düşünme,yorum yapabilme ve olguları değerlendirebilme yeteneği geliştirici yöntemler uygulanmalı,

<sup>2</sup> Prof. Dr. Ramazan Arslan-Yrd. Doç. Dr. Sema Taşpınar, "Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye'de ve Avrupa'da Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Yetiştirilmesi ve Türkiye'nin Bu Gelişmelerden Etkilenmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004 S. 1.

<sup>3</sup> Prof. Dr. Rona Serozan, *Hukuk Öğreniminin Önemi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi.



- Avrupa Birliği'ne katılım ve uyum aşamasında bulunan ülkemiz hukuk düzeninin birlik hukuk ile uyumunu sağlayacak ortak ders programlarına fakültelerde yer verilmeli,

- Hukuk fakültelerinde metodoloji, tüketici hukuku, rekabet hukuku, elektronik ve teknoloji hukuku, çevre hukuku, iletişim ve İnternet hukuku ve ekonomik ağırlıklı derslere programlarında mutlaka yer verilmeli,

- Hukuk fakültesi öğrencilerinin mutlaka bir yabancı dil öğrenmesini sağlayıcı olanaklar yaratılmalıdır.

Aksi takdirde çağın gereği olan bilgi, birikim ve teknolojiyi hukukçuların öğrenmeleri ve kazanmaları olanaklı olmayacaktır. Diğer yandan, hukuk fakültelerinden mezun olup da hayata atılmış olanların söz konusu eksikliklerinin giderilmesi ve iç hukukla uluslararası hukukun birbiriyle uyumunun ve gelişiminin sağlanması için kanun tasarısı taslak çalışmalarında bulunmaktan onur duyduğum Türkiye Adalet Akademisi Kanunu ile bu eksikliklerin giderilmesi ve hukuksal anlamda duyulan ihtiyaçların karşılanması amaçlanmıştır.

Türkiye Adalet Akademisi 23-7-2003 tarihli ve 4954 sayılı Kanun'la kurulmuştur. Akademilerin kuruluş amacı; adli, idari ve askeri yargı hakim ve savcılar ve noterler ile adalet hizmetlerine yardımcı personelin ve istemleri halinde avukatların meslek öncesi ve içi eğitim ve gelişmelerine ilişkin çalışmaların yapılmasını ve yürütülmesini sağlamaktır. Kanun'un 5. maddesinde Akademi'nin görevleri; eğitim, danışma ve yardım, inceleme, araştırma ve yayın, dokümantasyon, meslek öncesi eğitim ve staj ve diğer görevler olmak üzere altı bent halinde kenar başlıklarıyla sayılmıştır. Akademi'nin sayılan bu görevlerini eksiksiz yerine getirmesi durumunda hizmet verdiği meslek mensuplarının çağın gelişimine paralel olarak bilgi ve beceri kazanmalarını sağlayacak ve yaşayan hukukun gerekleri olan yeniliklere ulaşmada yol gösterecektir. Akademi'den yararlanacak olanlara;

- Hukuki kaynaklara ulaşabilme, faydalanabilme yöntem ve esaslarını,

- Temel hukuk kavramlarını edinebilme, yerinde kullanabilme ve genel hukuk ilkelerini uygulayabilme yollarını,

- Yüksek öğrenimde edindikleri bilgileri uygulamaya aktarmalarını, hukuki uyuşmazlıkları yorumlamalarını ve çözüm üretmelerinin yöntemlerini,

- Mesleki konular dışında kalan genel kültür bilgilerinin verilmesini,

- Mukayeseli hukuk çalışması yaptırılması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla, kaynak yasaların alındığı ülkelerin yüksek mahkeme kararlarının tartışılması ve sonuçlarının değerlendirilmesini,

- Mesleğin etiğine sahiplenme ve geliştirmeye yönelik bilgilerin verilmesini,

- Çalışma disiplini alışkanlığının kazandırılması ve yeteneklerini geliştirici faaliyetlerde bulundurulmasını,

- Hukuki uyuşmazlıkları çözmede, inandırıcılığı, güvenilirliği ve bağımsızlığı esas alan bir yaklaşımla çözüm tekniği bilgisi kazanmalarını, sağlayıcı eğitim programları yapılması ve uygulanması gereklidir.

Toplumunu meydana getiren bireylere çağın gereği olan öğretim ve eğitim, zamanında ve yeterli olarak verildiği takdirde, küreselleşmenin gerektirdiği sorunların aşılabacağı ve yarışan ülkeler arasında ülke olarak yerimizi almamızın daha kolay olacağına inanıyorum.

# BAŞBAKANLIK'A SUNULAN TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI'NA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME

Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU\*

TC Adalet Bakanlığı'nca 1999 yılında oluşturulan "*Türk Ticaret Kanunu Komisyonu*" tarafından hazırlanan "*Türk Ticaret Kanunu Tasarısı*" 2005 yılı Mart ayı başında kamuoyuna sunulmuş, değerlendirme ve öneriler için 24 Mayıs 2005 tarihine kadar süre verilmişti. Bu kısa süre içinde Tasarı'nın ancak "*Başlangıç*" hükümleri ile "*Ticari İşletme*" ve "*Ticaret Şirketleri*"ne ilişkin iki "*Kitap*"ını ve "*Son Hükümleri*"ni inceleyerek değerlendirme ve önerilerimi İstanbul Barosu tarafından yayımlanan kitabımda<sup>1</sup> ve konuşmacı olarak katıldığım beş bilimsel toplantıda ilgili kamuoyuna sunmuştum.

Daha sonra, Komisyon'ca gözden geçirilerek son şeklini alan Tasarı kısa bir süre önce Adalet Bakanlığı tarafından Başbakanlığa sunulmuş bulunmaktadır.

Komisyon Tasarı'ya son şeklini verirken, yapılan eleştiri ve önerilerin pek azını benimsemiş ve önemli hukuki ve ekonomik sonuçları olacak birçok hatalı düzenlemede ısrar etmiştir. Gerçekten, Tasarı'ya tarafımdan yöneltilen ve birçok hukukçu ile Tasarı'yı değerlendiren sivil toplum kuruluşları tarafından da kısmen veya tamamen benimsenen yüzlerce eleştirinin sadece otuz bir tanesi tamamen veya kısmen benimsenmiştir.<sup>2</sup> Bu durum karşısında, Tasarı'daki önemli aksaklıkların bir kere daha ilgili kamuoyuna sunulması kaçınılmaz olmuştur.

\* İÜ Hukuk Fakültesi emekli öğretim üyesi.

<sup>1</sup> Bkz., Moroğlu, Erdoğan, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı-Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul Barosu Yayını, 1. Baskı Mayıs 2005, 2. Baskı Haziran 2005 İstanbul.

<sup>2</sup> Tasarı'nın 24/III, 64/V, 82/VII, 135, 136, 165, 169, 184, 186, 187, 210/III, 213, 333, 353/V, 392, 429, 430 ve 1505 (yeni 1524) ve 1509 (yeni 1531) maddelerine ilişkin

## 1. Dil ve İfade

Tasarı'nın genel gerekçesinde "... arı ve güzel Türkçe için özen gösterilmiştir." denilmesine karşın, kullanılan dil ve ifade yetersizdir. Her ne kadar, yapılan yoğun eleştiriler üzerine, Başbakanlığa sunulan son Tasarı'da bazı düzeltmeler yapılmışsa da, bunlar yeterli değildir. Örneğin; halâ "*muamele*" yerine doğru olarak "*işlem*" denilirken "*eylem*" yerine "*fiil*" (m. 1 ve 3), tutunmuş ve mevzuata girmiş öztürkçe "*ana sözleşme*" terimi yerine, "*esas mukavele*" teriminin yarısı öztürkçeleştirilerek "*esas sözleşme*" (m. 333 vd., 339 vd., 340 vd., 452 vd.), "*azınlık veya azınlık pay sahipleri*" yerine "*azlık*" (m. 411), "*açığa vurmak*" yerine "*ifşa etmek*" (m. 55/I-b4), "*uyuşmazlık*" yerine "*ihtilâf*" (m. 105/II), "*yeter sayı*" yerine "*nisap*" (m. 421), "*pay sahipliğinden çıkarma*" yerine "*ıskat*" (m. 483), "*özgülenme*" yerine "*tahsis*" (m 73/II), "*ileri sürebilirler*" yerine "*dermeyan edebilirler*" (m. 688/II) ve "*dönüşme*" veya "*tür değiştirme*" yerine "*tahvil*" (m. 650) sözcüklerine yer verilmekte; aynı anlama gelen sözcük veya terimlerin Osmanlıcası ile öztürkçesi birlikte kullanılmaktadır.<sup>3</sup>

Yine, "*haksız ve hukuka aykırı*" (m. 54), "*icap ve tekliflerinin*" (m. 62/I), "*öneri, icap*" (m. 281/I), gibi, aynı anlama gelen veya "*dolandırıcılık, nitelikli dolandırıcılık*" (m. 363/II) ve "*kusur ve kasıt*" (m. 1407) gibi, biri diğerini içeren sözcüklere birlikte, arka arkaya yer verilmektedir.

Ayrıca, "... değerlendirme ihtiyatla yapılmalıdır" (m. 78/d), "... uzman bir bağımsız denetleme kuruluşu" (m. 157/II), "*şirketin özüne ilişkin üretim araçları*" (m. 223), "*nakdi paylar*" (m. 346), "... genel kurul kararlarında hüküm bulunmalıdır" (m. 347), "... pay taahhütlerinin devri" (m. 352), "*dürüst resim ilkesi*" (m. 515) gibi yanlış, yetersiz veya kanun yazım üslubuna uymayan ifadeler yer almaktadır.

## 2. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'yla Uyum

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı hazırlanırken Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nı hazırlayan komisyon ile işbirliği yapılmamış olduğu, her iki

---

önerilerim tamamen ve 4/I, 8/II, 134/II, 157, 180, 340, 363/II, 407/II, 412, 421, 576/I-d ve 580/I maddelerine ilişkin önerilerim de kısmen benimsenmiştir. Bu konuda. Moroğlu, *a.g.e.*, ilgili maddelere bkz.

<sup>3</sup> Bu konuda geniş açıklamalar için bkz., Bahtiyar, Mehmet, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ve İfadeleri Yönünden Değerlendirilmesi, *Legal Hukuk Dergisi*, Y. 3, S. 31 (Temmuz 2005), s. 2457 vd.

Tasarı'da kullanılan terim ve kavramlarda bir uyumun sağlanamamış olmasından (örneğin; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda "temerrüt", "genel işlem şartları" ve "tevdi eden" denilirken; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda "direnim", "genel işlem koşulları" ve "saklatan" denilmesinden) ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda yer alması gereken hükümlerin (örneğin; Tasarı'nın 207-208., 552-559 ve 625-646. maddeleri hükümlerinin) Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda yer alması gereken hükümlerin de Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda (örneğin; Tasarı'nın 10 ve 23. maddelerinde) yer almış olmasından açıkça anlaşılmaktadır.

### 3. İlgili Özel Kanunlarla Uyum

Tasarı'da, başta Sermaye Piyasası Kanunu olmak üzere, ilgili özel kanunlarla gerekli uyum ve bağlantının sağlanamamış olması da önemli bir eksikliklerdir.

a. Bir kere, Sermaye Piyasası Kurulu'nun özerk bir idare olarak düzenleme ve denetim yetkilerine ilişkin hükümlerin Sermaye Piyasası Kanunu'nda ve bu kanundaki halka açık ortaklıklar ile menkul kıymetlere ilişkin özel hukuk hükümlerinin Türk Ticaret Kanunu'nda yer alması gereğinin gözden kaçırılması önemli bir hatadır. Buna göre, Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer alan kayıtlı sermaye, başlangıç sermayesi ve çıkarılmış sermaye tanımlarına (m. 3/d, e, f), nâma yazılı pay senedi sahiplerinin genel kurul toplantılarına davetine (m. 11/IV), kayıtlı sermaye ve buna ilişkin artırım merasimine (m. 12), payların ve pay senetlerinin bedellerinin ödenmesi ile pay senetlerinin çıkarılabilmesi koşullarına (m. 7), tahvillere ve diğer borçlanma senetlerine (m. 13, 13/A ve 14), oydan yoksun paylara (m. 14/A), temettütün ve ödemesiz (bedelsiz) payların dağıtımını esaslarına (m. 15) ilişkin hükümlerin Tasarı'da; ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun denetim ve düzenleme yetkilerini içeren (örneğin; 552 ve 1507. maddeler gibi) Tasarı hükümlerinin de Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer alması gerekirdi.<sup>4</sup>

Ayrıca, Sermaye Piyasası Kanunu ile Tasarı arasındaki uyum ve bağlantının gerektiği gibi sağlanamaması sonucunda çelişkili düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin; Sermaye Piyasası Kurulu, Sermaye Piyasası

<sup>4</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz., Moroğlu, Erdoğan, *Sermaye Piyasası Kanunu 15. Yıl Sempozyumu*, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını No. 119, Ankara 1998, s. 15-21.

Kanunu'nun 22/b maddesinde "... Kamu yararının gerektirdiği hallerde sermaye piyasası araçlarının halka arz ve satışını geçici olarak durdurmak" konusunda; ve 46/ A maddesinde "Kayıt yükümlülüğü yerine getirilmeksizin yapılmış ihraç, halka arz ve satış işlemleriyle, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması için gerekli her türlü tedbiri almaya; kayıt yükümlülüğüne uyulmaksızın yapılan halka arz ve satış sonucu satılan kısmın karşılığı ve satışı yapılacak senetler için her türlü teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz istemeye, tedbir ve haciz tarihinden itibaren altı ay içinde dava açmaya ... yetkili" kılınmış olduğu halde, Tasarı'nın 552. maddesinde, Sermaye Piyasası Kurulu'ndan izin alınmaksızın halktan para toplanması veya buna teşebbüs edilmesi halinde, Kurul'un para toplanmasını veya buna teşebbüsü önlemek için Ankara Ticaret Mahkemesi'nden ihtiyati tedbir kararı alması öngörülmüştür. Bu konuda doğru ve amaca uygun olan düzenleme, kuşkusuz izinsiz para toplanması veya buna teşebbüs edilmesi halinde, Sermaye Piyasası Kurulu'nun özerk bir idare olarak, kamu erkini kullanmak suretiyle söz konusu eylemleri önlemek bakımından doğrudan yetkili kılınmasıdır. Bu yetki Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22/b ve 46/a maddeleri hükümleriyle Sermaye Piyasası Kurulu'na verilmiş olmasına göre, anılan 552. madde hükmünün Tasarı'dan çıkarılması gerekmektedir.

b. Yine, Tasarı'nın 333. maddesinde "Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca yayımlanacak tebliğle faaliyet alanları belirlenip ilân edilecek anonim şirketler Bakanlığın izni ile kurulur. Bu şirketlerin ana sözleşme değişiklikleri de aynı Bakanlığın iznine bağlıdır ..." denildikten sonra "... bunun dışında konumu ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin korumu ve esas sözleşme değişiklikleri herhangi bir makamın iznine bağlanamaz" denilmesi de Sermaye Piyasası Kanunu'nun 12/I. maddesinin kayıtlı sermaye sistemine geçiş için "izin alınmasını" öngören hükmüyle çelişmektedir.

c. Tasarı'da diğer ilgili kanunlarla da gerekli uyum sağlanamamıştır. Örneğin; Tasarı'nın 4/6 maddesi hükmü Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun değişik 76. maddesi hükmüyle; 210/No 3. maddesi hükmü 2576 sayılı Kanun'un 5. maddesi hükmüyle; 65. maddesinin 1. fıkrası ve 70. maddesi hükümleri 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 215. maddesinin 1 ve 2. fıkraları hükümleriyle; 74. maddesi hükmü yine Vergi Usul Kanunu'nun 326. maddesi hükmüyle uyumsuzdur.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Bu konuda Moroğlu, a.g.e.'in ilgili maddelerinde yapılan açıklamalara bkz.

#### 4. Sistematik

Tasarı'nın sistematigi de bozuktur. Bu bozukluk hem yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nun bir kısım hükümlerinin olduğu gibi Tasarı'ya aktarılmasından ve hem de yeni düzenlemelerde sistematik konusundaki gerekli özenin gösterilmemiş olmasından kaynaklanmıştır. Örneğin; Tasarı'nın Birinci Kitap'ının başlığı "*Ticari İşletme*" olduğu ve ilk 11. maddesinde doğru olarak ticari işletme tanımına yer verildiği halde; devamında ticari işletmenin kuruluşu, teşkilâtı, devri, kiralanması, rehnedilmesi (özel kanunlarıyla da bağlantı kurularak) düzenlenecek yerde, 12. ve devamı olan maddelerde ticari işletmenin kişi unsurunu oluşturan "*tacir*"e atlanmıştır; ticari işletmeyle ilgili diğer düzenlemeler eksik olarak tacire ve ticaret unvanına ilişkin hükümler arasına serpiştirilmiştir. Ayrıca, yeni bir kanun hazırlanmasından yararlanılarak, "*tacir*"i takiben, ticari işletmenin diğer önemli kişi unsurlarını oluşturan ticari mümessil ile ticari vekilin düzenlenmesi gerekirken, bunlara hiç yer verilmemiştir. Ticari belgeler olan fatura ve teyit mektubu, ticari defter ve belgelerin düzenlendiği Kısım'da yer alacaklarına, bunlara (Türk Ticaret Kanunu'nda olduğu gibi) "*Tacir olmanın hükümleri*" arasında yer verilmiştir.

Yine, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin ibraları, "*sorumlulukları*" ile doğrudan bağlantılı bir kurum olduğu halde, (açık ibra'ya ilişkin kısmı eksik olarak) bulunması gereken yerde (yâni sorumluluğun düzenlendiği On birinci Bölüm 558. maddede), örtülü ibra'ya ilişkin kısmı ise "*genel kurul*" hükümleri arasında (m. 424) düzenlenmiş bulunmaktadır.

Anonim ortaklıkların denetimine ilişkin hükümlerin sistematigi de bozuktur. Öncelikle, denetimden ne anlaşılması gerektiği, kimin tarafından yapılacağı, denetçilerin atanmaları, görev ve yetkileri ile hakları düzenlenip, ondan sonra denetçiliğin sona ermesinin düzenlenmesi gerekirken, ilkin "*denetçinin seçimi ve görevinin sona ermesi*" hükümlerine yer verilmiştir.

Tasarı'nın anonim ortaklık genel kurul kararlarının iptal edilebilirliğini ve butlanını düzenleyen 445 ilâ 451. maddelerinin sistematigi de bozuktur. İptal edilebilirliğe ilişkin hükümlerin bütünlüğü bozularak araya butlan hükmünün konulması ve iptal ve butlan davalarına ilişkin hükümlere "*Çeşitli Hükümler*" başlığı altında yer verilmesi hatalı olmuştur. Doğru olan, "*genel kurul kararlarının geçersizliği (veya Hükümsüzlüğü)*" üst başlığı altında ilkin tam olarak iptal edilebilirliğini; daha sonra da

iki fıkralı bir maddede butlanın düzenlenmesidir. Butlanı düzenleyen maddenin 1. fıkrasında butlan nedenleri; 2. fıkrasında da, davanın açıldığı ilânı, dava nedeniyle şirketin uğrayabileceği zararlar için teminat gösterilmesi, dava konusu kararların icrasının ertelenmesi konularında iptal davasına ilişkin hükümlere yapılan yollama yer almalıdır.

Sistematik konusunda vurgulanması gereken diğer bir hata da, önceki veya sonraki bir maddenin fıkrası olması gereken bir çok hükmün ayrı maddeler halinde düzenlemiş bulunmasıdır. Buna ilişkin örneklere ve diğer sistem hatalarına ileride maddelerle ilgili değerlendirmeler kapsamında değinilmiştir.

Nihayet, Tasarı'da tek fıkradan oluşan maddelerin metinlerinin baş tarafına da (1) rakamının konulması gereksiz bir uygulama ve şekil hatasıdır.

## 5. Tasarı'nın İçeriği

Tasarı'nın 2005 Mart ayında kamuoyuna açıklanan ilk şekline ilişkin değerlendirmemde, incelediğim "Başlangıç" bölümü, "Ticari İşletme" ve "Ticaret Şirketleri" Kitapları ile "Son Hükümler" bölümüne ait yaklaşık altı yüz elli beş maddeden en az iki yüz ellisinin kısmen veya tamamen düzeltilmesi ve çoğunluğu önemli hukuki sorunlar çıkaracak olan, bazıları Anayasa'ya da aykırı on beşten fazla maddenin veya münferit hükmün (örneğin; 64/No. 5, 210/III, 333/C. 4, 5, 335, 340, 351, 421, 434/I, 552, 579, 585, 1509 ve 1511. maddeler hükümlerinin) Tasarı'dan çıkarılıp atılması gerektiğini belirtmişim.<sup>6</sup> Her ne kadar, Başbakanlığa sunulan son Tasarı'da Anayasa'ya aykırı olduğunu belirttiğim 64/No. 5, 210/III ve buna bağlı olarak üç yüz otuz üç cümle dört hükümlerine yer verilmemiş,<sup>7</sup> kısmen veya tamamen düzeltilmesini veya tamamlanmasını önerdiğim hükümlerden aşağı yukarı yirmi dokuz adedi önerilerim doğrultusunda tamamen veya kısmen düzeltilmiş veya tamamlanmış ise de, iki yüzü aşkın maddeye ilişkin eleştiri ve önerilerim güncelliğini

<sup>6</sup> Moroğlu, Erdoğan, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler*, 1 ve 2. Baskı. Bkz., ilgili maddeler.

<sup>7</sup> Tasarı'dan çıkarılan 64/No. 5 hükmüyle Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu'nun kural koyma yetkisi ve dolayısıyla uluslararası Finansal Raporlama Standartları Kanunu'nun ticari defterlere ilişkin hükümlerinin önüne geçiriliyor ve kanun hükümlerinin, anılan kuralların izin verdikleri ölçüde uygulanabilecekleri, standartlarla kanun hükümlerinin değiştirilebilmesi kabul ediliyordu. Ben, bu düzenlemenin hukukun



korumaktadır. Bunlardan bazılarını önemine binaen burada özel olarak vurgulamak isterim.

a. Öncelikle üzerinde durmak istediğim hükümler, Tasarı'da yer almaları için haklı ve tutarlı bir neden bulunmayan, adetâ yenilik yapma özentisiyle getirilmiş olanlardır.

Tasarı'nın anonim ortaklıklara ilişkin 335. ve limitet ortaklıklara ilişkin 585. maddeleriyle bu ortaklıkların "kurulmaları" ile "tüzel kişilik kazanmaları" birbirinden ayırmakta ve Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nce benimsenmiş olan Vorgesellschaft (ön şirket) veya Gründungsgesellschaft (kuruluş şirketi) sistemi hukukumuza getirilmek istenmektedir. Geçerli bir gerekçeye dayanmayan bu düzenleme hukukumuz bakımından bütünüyle gereksizdir. Ayrıca, Borçlar Kanunu'nun 520. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 625. maddesinin 2. fıkrasında tekrarlanan "Bir şirket Ticaret Kanunu'nda tarif edilen şirketlerin mümeyyiz vasıflarını haiz değil ise, bu bab ahkâmına tâbi âdi şirket sayılır" hükmüyle bağdaşmadığı gibi; Tasarı'nın kurucuların işlemlerinin ve masraflarının tüzel kişi şirkete devrini düzenleyen 355. maddesinin 2 ve 3. fıkraları hükümleriyle de çelişmektedir. Çünkü, 335. maddede benimsenen ön şirket-kuruluş şirketi sisteminde, ön şirketle tüzel kişilik kazanan şirket arasında bir ayniyet olduğundan, Tasarı'nın 355. maddesinin 2 ve 3. fıkrasında öngörüldüğü gibi bir devir söz konusu olmamalıdır.

Tasarı'nın anonim ortaklıklara ilişkin 340. maddesinde, sözleşmeler hukukunun temeli olan "sözleşme özgürlüğü" Borçlar Kanunu'nun 19/20. maddeleri ile Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinde öngörülen sınırlamaların çok ötesinde olarak, ayrıca sınırlanmaktadır. Bu hükme göre, ana sözleşmede yapılacak olan ihtiyari düzenlemelerin geçerliliği, sadece emredici hükümlere, ahlâka ve âdaba, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık ile değil, ayrıca "Kanun'da açıkça cevaz verilmiş olma" koşulu ile de sınırlanmaktadır. Bu sınırlama ile anonim ortaklığa çelik

---

normlar hiyerarşisine, Anayasa'nın kuvvetler ayrılığı ilkesine ilişkin hükümlerine ve özellikle "Kanunları koymak, değiştirmek ve kaldırmak TBMM'ne aittir" diyen 87. maddesi hükmüne açıkça aykırı olduğunu belirtmiştim.

İlk Tasarı'nın 210. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "... Bu iptal davasının usulünü, süreleri de belirleyerek bir yönetmelikle düzenlemeye Danıştay yetkilidir" hükmünü ise, yönetmelikle idari muhakeme usulü ve dava süresi düzenlemesini öngörmesi nedeniyle Anayasa'nın 142. maddesinin "Mahkemelerin ... işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir" diyen hükmüne aykırı bulmuştum.

korse girdirilmekte ve anonim ortaklıklar hukukunun gelişmesi yolu önemli ölçüde kapatılmaktadır. Aynı durum, Tasarı'nın 579. maddesinin paralel hükmü nedeniyle limitet ortaklıklar için de söz konusudur,<sup>8</sup> Belirtilen sakıncaları yanında tutarlı bir gerekçesi de bulunmayan bu hükmün Tasarı'dan çıkarılması gerekir.

Ayrıca, Tasarı'nın 421. maddesi hükmüyle Türk Ticaret Kanunu'nun artık oturmuş olan ve ufak düzeltmelerle Tasarı'ya alınması gereken 388. maddesinin ana sözleşme değişikliklerine ilişkin nisapları gösteren hükmünün, tutarlı bir gerekçe gösterilmeden, on yıl ara ile ikinci defa değiştirilmesi de hatalı olmuştur. Her ne kadar ilk Tasarı'daki hatalı ve çelişkili hüküm eleştirim üzerine<sup>9</sup> son Tasarı'da önemli ölçüde düzeltilmişse de, bu düzeltme yeterli değildir.

Gerek 340 ve 579. maddeler hükümleri ve gerekse ana sözleşme değişikliğine ilişkin nisapları belirleyen 421. madde hükmü yurdumuzda mevcut 90.000 anonim şirketin ana sözleşmeleri ve bu ana sözleşmelerde düzenlenen ortaklık ilişkileriyle ortaklar arası çıkar dengeleri bakımından büyük bir tehlike oluşturmaktadır. Bu tehlikeyi "*Geçici Hükümler*" ve "*Uygulama Kanunu*" ile gidermek de mümkün değildir.

Tasarı'nın 434. maddesinde, yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nun her paya en az bir oy hakkı tanıyan sistemi değiştirilerek bunun yerine pay sahiplerinin oy haklarını paylarının toplamı itibari değeriyle orantılı olarak kullanmaları sistemi getirilmektedir. "*Farklı itibari değerli payların aynı oy hakkına sahip olmalarının zoraki bir imtiyaza yol açtığı*" şeklinde, doğruluğu çok tartışmalı bir gerekçeye dayandırılan bu düzenleme ile de, halen mevcut olan anonim ortaklıkların ana sözleşmelerinin oy hakkına ilişkin hükümleri ve ortaklar arasında mevcut olan çıkar dengeleri altüst olacaktır.

b. Tasarı'nın vurgulamak istediğim önemli yetersizliklerinden biri de, yapılan yeni düzenlemelerin eksik bırakılmış olmasıdır. Bu konuda verilebilecek ilk örnek, Tasarı'nın 338. maddesinin tek kişilik anonim ve limitet ortaklığa cevaz veren düzenlemedir. Anonim ortaklığın en az beş kurucuyla ve limitet ortaklığın en az iki ortakla kurulması zo-

<sup>8</sup> İlk Tasarı'nın 340. maddesinin "... Bu Kanun ile diğer bir kanundaki düzenleme çelişirse bu Kanun'un hükümleri üstün tutulur" diyen hükmü, tarafımdan "özel hüküm genel hükmü sınırlar" ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş ve Tasarı'dan çıkarılmıştır.

<sup>9</sup> Bkz., Moroğlu, a.g.e., 2. Baskı, s. 134-135.

runluluğunun amaca hizmet etmediği, yapay kurucular veya ortaklar alınmasına yol açtığı doğrudur. Ancak, bu kabulün zorunlu sonucu olan düzenlemelerin tam olarak yapılmamış olması önemli bir eksikliklerdir. Örneğin; tek kişilik anonim ortaklıkta genel kurulların nasıl toplanacağı ve nasıl karar alacağı; kararların iptalinin ve geçersizliğinin nasıl ileri sürüleceği; tek kişilik şirketin tek kişi ortağı ve onun sahibi olduğu diğer şirketlerle, kan ve kayın hısımlarıyla ve onların şirketleriyle ilişkileri; tek kişi ortaklığında yönetim kurulu üyelerinin azli ve ibraları ve en önemlisi tek kişi ortağın şirket borçlarından sorumluluğunun şahsi ve sınırsız hale gelmesi gereken durumlar hakkında Tasarı'da bir düzenleme yoktur. Ayrıca, tek ortaklı şirket düzenlemesinin, sınırlı sorumluluk imkânından yararlanmak isteyen tek kişilik firmaların anonim ortaklığa dönüşmelerini teşvik edeceği göz önünde tutularak, bu eğilimi bir ölçüde kırmak üzere, anonim ortaklıkların asgari esas sermayelerinin 500.000 TL olarak belirlenmesi ve tek kişi ortağın şirketin borç ve yükümlülükleri nedeniyle üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun, hiç olmazsa özel durumlarda, genişlemesi veya sınırsız hale gelmesi gibi düzenlemelere yer verilmesi gerekirdi.

İdare ve temsil organının tek bir kişiden oluşabilmesini öngören düzenleme de yetersizdir. Bir kere, tek kişilik organdan "kurul" diye söz edilmesi hatadır. Ayrıca, tek kişilik yönetimin gereklerine uygun ve yeterli bir düzenleme de yapılmamıştır. Örneğin; 359. maddede "Anonim şirketin ... bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur" denildikten sonra, 370. maddede, idare ve temsil organının bir kişiden oluşabileceği unutulmuş " ... temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir" denilmesi eksik bir düzenlemedir.

Tasarı'nın 499. maddesinde, anonim ortaklığın pay defterine kaydı gerekenler arasında pay üzerinde rehin hakkına sahip olanların sayılmaması da önemli bir eksikliklerdir. Paylar üzerindeki rehin hakkının ve bu hakkın rüçhan hakkı kullanılarak elde edilecek yeni payları da kapsadığına ilişkin sözleşme şartının ilgili şirkete karşı etkin bir şekilde ileri sürülememesi uygulamada önemli sorunlara yol açmaktadır. Bu nedenle, maddenin rehin hakkı sahiplerini de kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Tasarı'nın yöneticilerle denetçilerin ibralarını düzenleyen 424 ve 558. maddelerinde (yürürlükteki TTK'nın 380. maddesinde olduğu gibi) sadece örtülü (dolaylı) ibraya yer verilip, açık (doğrudan) ibranın

düzenlenmemesi de önemli bir eksikliktir. Gerçekten, ibra, bilânço, kâr ve zarar hesabının onaylanması suretiyle örtülü olarak verilebileceği gibi, bununla ilgili olmaksızın, bağımsız ve açık bir ibra kararıyla da verilebilir. Uygulamada ibra genellikle bu şekilde verilmektedir. İşte asıl hukuken geri alınamayacak olan ibra bu ibradır. Tasarı'nın 558. maddesinde "*ibra kararının geri alınamayacağı*" belirtilip, asıl ilgili olduğu açık (doğrudan) ibranın düzenlenmemesi önemli bir eksikliktir.

İsviçre hukuku örnek alınarak anonim ortaklıklar hukukumuzda getirilmek istenen ve Tasarı'nın 531. maddesinde yer alan haklı nedenlerle fesih davası da, özellikle, dava hakkının sınırlarının iyi belirtilmemesi ve dava için bir zamanaşımı süresinin belirlenmemiş olması bakımlarından eksik ve yetersizdir.

Tasarı'daki eksik düzenlemeye diğer bir örnek, Merkezi Kayıt Kuruluşu'nun, 496. maddedeki yan düzenleme dışında, âdeta görmezden gelinmiş olmasıdır. Özellikle, anonim ortaklık genel kuruluna katılabilecek pay sahipleri ile temsilcilerinin belirlenmesinde ve pay devrinde, anonim ortaklık paylarının tapu kütüğü konumunda bulunan ve kurumun işlevine yer verilmemiş olması önemli bir eksikliktir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 341. maddesi hükmüyle azınlık pay sahiplerine tanınmış olan sorumlu yönetici ve denetçilerin onları seçen ve yönlendiren egemen pay sahipleri tarafından ibra edilmelerini önleme imkanının, Tasarı'nın 559. maddesinde, sadece "*kuruluş ve sermaye artırımından doğan sorumluluk ile sınırlı*" hâle getirilmesi, azınlık ve çoğunluk pay sahipleri arasında mevcut olan hukuki dengenin egemen pay sahipleri lehine bozulması bakımından çok sakıncalı olmuştur. Böylece, münferit ve azınlık pay sahiplerinin, dolaylı zararlar nedeniyle tazminat davası açabilme hakları da önemli ölçüde kâğıt üstünde kalacaktır. Öte yandan, yöneticiler, denetçiler ve tasfiye memurları aleyhine şirket tüzel kişiliği adına açılacak tazminat davalarının genel kurulun aynı yönde vereceği bir karara bağlı olması gereğinin Tasarı'da ihmal edilmiş bulunması da önemli bir eksikliktir.

Keza, Tasarı'nın 1524. (eski 1505.) maddesinde, her sermaye şirketinin bir web sitesi oluşturması ve sitenin belirli bir bölümünü şirketin kanunen yapması gereken ilânlarına tahsis etmesi zorunlu tutulmuş olmasına karşın, ilân gereğini düzenleyen birçok maddede (örneğin;

154, 171/IV, 414/I, 448/I, 453, 532 ve 545. maddelerde) web sitesinde ilân yapılması gereğine yer verilmemiş olması önemli bir eksikliktir.

c. Tasarı'nın içerik bakımından aksayan diğer bir yanı da, yapılan düzenlemeler arasında gerekli olan uyumun sağlanamamış olmasıdır.

Örneğin; 344. maddede, nakit sermaye taahhütlerinin başlangıçta  $\frac{1}{4}$ 'ünün ödenmesi yeterli bulunduktan sonra, 435. maddede nakit sermaye borcunun tamamını ödememiş olan pay sahiplerinin oy hakkını kullanmaktan yoksun bırakılmaları uyumsuz ve suistimale açık bir düzenlemedir. Oydan yoksunluğun, bakiye sermaye borcunun (yönetim kurulunun istemine rağmen) ödenmemesi hali için öngörülmesi daha tutarlı bir düzenleme olurdu.

Yine, Tasarı'nın 359. maddesinde "*anonim şirketin bir veya birden fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur*" denildikten sonra, 370. maddede, yönetimin tek kişiden oluşması hâli gözden kaçırılarak, kategorik bir şekilde "*Temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir*" denilmesi uyumsuz bir düzenlemedir.

d. Tasarı'nın 452. maddesinde, uygulamada çok yanlış yorumlara yol açan "*müktesep hak*" düzenlemesinde ısrar edilmesi ve ayrıca "*vazgeçilmez haklar*" diye bir hak kategorisi ihdas edilmesi de hatalı olmuştur.

Kaynağı olan İsviçre'de bile elli beş yıllık bir uygulamadan sonra kanundan çıkarılmış olan müktesep hak kavramının Tasarı'da muhafaza edilmesi, bugüne kadarki yanlış yorum ve uygulamaların (özellikle yapay mutlak müktesep hak - Nisbi müktesep hak ayırımının) devam etmesinden başka bir sonuç vermeyecektir. İşin dikkate değer yanı, İsviçre kanun koyucusunun ve uygulayıcısının yanlıştan dönmeyi bilmelerine karşılık, onların Türkiye'deki takipçilerinin yanlışta ısrar etmeleridir.

"*Vazgeçilmez haklar*"ın ne olduğu Tasarı'nın gerekçesinde açıklanmamış ve sadece "*müktesep hakların bir türü olduğu*" belirtilmiştir. Ancak bu nitelendirme bizatihi "*vazgeçilmez hak*" nitelendirmesiyle bağdaşmamaktadır. Çünkü, müktesep hakkın temel özelliği, sahibinin rızasıyla "*vazgeçilebilir*" olmasıdır.

e. Ticaret ortaklıklarında ve bu arada anonim ortaklıkta işletme konusu ile sınırlı ehliyet ilkesi (ultra vires) terkedildikten sonra, Tasarı'nın 371. maddesinin 2. fıkrasında işletme konusuyla sınırlı temsil yetkisinin öngörülmesi çelişkili bir tutumdur. Aynı durum tasfiye memurlarının temsil yetkileriyle ilgili olarak Tasarı'nın 539. maddesinin 2. fıkrası hükmü bakımından da söz konusudur.

f. Tasarı'nın Türk Ticaret Kanunu'nun herhangi bir hükmünü kaldıran, değiştiren, uygulanmaz konuma getiren veya istisna eden diğer kanunlara ve kanun değişikliklerine ilişkin tasarıların "*Adalet Bakanlığı'nın onayı alınarak Bakanlar Kurulu'na getirilebilmesini*" öngören 1533. (eski 1511.) maddesi hükmü de hukuken hatalı ve gereksizdir. Bir kere, bakanlıklardan birinin Bakanlar Kurulu'na kanun tasarı taslağı sunabilmesinin diğer bir Bakanlığın "*onayına*" bağlı tutulmasının hukuken geçerliliği en azından tartışmalıdır. Kaldı ki, uygulamada Bakanlar Kurulu'na sunulacak olan tasarı taslakları için uygulamada ilgili bakanlıkların (ve genellikle Adalet Bakanlığı'nın) görüşleri alınmaktadır.<sup>10</sup>

Tasarı'da yukarıda belirtilenlerden başka daha birçok madde yanlış, eksik, çelişkili veya çıkarılıp atılması gereken hükümleri içermektedir.<sup>11</sup>

Sonuç olarak, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın en azından "*Ticari İşletme*" ve "*Ticaret Şirketleri*" Kitapları ile "*Son Hükümler*" bölümünün TBMM'ye sunulmasında acele edilmemesi, Adalet Komisyonu'nda veya oluşturacağı alt komisyonda düzeltilebileceği iyimserliğine kapılmaması ve Tasarı'nın herhalde oluşturulacak yeni bir komisyonda gözden geçirilerek düzeltilmesi zorunludur.

<sup>10</sup> Tasarı'nın ilk metninin 1509. maddesinde "Bu Kanun'da yer alan bütün tanımlar ve kanuni terimler, aynı kavramlar için diğer kanunlar farklı tanımlar ve terimler kullanmış olsalar da, o kanunlar için de geçerli tanımlar ve terimlerdir" hükmüne yer verilmişti. Bu hükmü, Türk Ticaret Kanunu'nun aynı şekilde özel hukuk alanını düzenleyen Türk Medeni Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu'na göre daha özel bir kanun olduğu; hal böyle iken, Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan bütün tanımlar ile kanuni kavram ve terimlerin, farklı da olsalar, tüm kanunlar için geçerli olduğunun hükme bağlanmasının hukuk tekniği bakımından hatalı ve ayrıca sakıncalı olduğu nedenleriyle eleştirmiştim. Hüküm son tasarıdan (yeni 1531. maddeden) çıkarılmıştır.

<sup>11</sup> Bu hükümlerle ilgili açıklamalar için İstanbul Barosu tarafından yayımlanan *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı-Değerlendirmeler ve Öneriler*, (1. Baskı Mayıs 2005, 2. Baskı Haziran 2005) adlı kitabıma bakabilirler.

# TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI'NIN DİLİ İLE BAZI HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Mehmet BAHTİYAR\*

## I. GİRİŞ

Son yıllarda, birçok temel kanunun tümünden değiştirilmesi eğiliminin ağırlık kazandığı görülmektedir. Buna gerekçe olarak, değişen ve gelişen gereksinimleri karşılamak yanında, özellikle, Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak gösterilmektedir.<sup>1</sup> Nitekim yeni Türk Medeni Kanunu'ndan sonra, yeni Türk Ceza Kanunu da yürürlüğe girmiş; Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu tasarıları da Adalet Bakanlığı'nca yayınlanarak, Mart ayı başında kamuoyuna sunulmuştur.

TTK Tasarısı, akademisyen, uygulamacı ve diğer uzmanlardan oluşan geniş bir komisyon tarafından hazırlanmıştır. Hazırlık çalışmaları beş yıl süren ve altı kitaptan oluşan Tasarı'nın, gerekçesi ile birlikte, yazılması için büyük bir emek ve zaman harcandığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, yabancı ülkelerde temel kanunların yapılması süreci ile karşılaştığımızda, Tasarı'nın tartışılması için ayrılan sürenin son derece yetersiz olduğu, üstelik Tasarı'nın, başta hukuk fakültelerindeki uzmanlar gelmek üzere, ilgili kişi ve kurumlara, çok geç ve eksik sayıda gönderildiği görülmektedir.

Tasarı'da, özellikle ticari işletme, ortaklıklar ve sigorta hükümleri başta gelmek üzere, önemli değişiklikler yapıldığı görülmektedir. Deği-

\* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku öğretim üyesi.

<sup>1</sup> TTK Tasarısı'nın önsözü, sunuşu ve genel gerekçesinde de aynı hususlar ifade edilmiştir. Bkz., TC Adalet Bakanlığı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara 2005, s. I-III ve s. 334 vd.

şiklik ve yeniliklerin esasına ilişkin olarak birçok eleştiri, değerlendirme ve önerilerde bulunulması mümkün ve hatta kaçınılmazdır.<sup>2</sup>

Kısa bir tartışma süresine rağmen sonra gelen yoğun eleştiriler üzerine Tasarı'da bazı değişiklik ve düzeltmeler yapıldığı ve TBMM görüşmelerinin başlamasından önce, metne, elimize ulaşan şeklinin<sup>3</sup> verildiğini öğrenmiş bulunmaktayız. Aşağıda, tasarının bu son metni üzerinden dili ve ifadeleri ile, ticari işletme, şirketler ve kıymetli evraka ilişkin bazı hükümleri hakkında değerlendirmeler yapılacak ve önerilerde bulunulacaktır.

## II. TASARI'NIN DİL VE İFADE YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Genel Olarak Hukuk Dili ve Yenileştirilmesi

Hukukun kendine özgü bir dili bulunmakta ve bir çok kurum ve kavramı ifade edebilmek için, uzun yıllardır yerleşmiş bazı sözcükler kullanıla gelmektedir. Bununla birlikte, genelde Türkçe'mizin, özelde ise hukuk dilinin yenileştirilmesi ve arılaştırılması yönünde büyük çabalar harcanmış, başta Prof. Dr. H. Veldet Velidedeoğlu gelmek üzere usta bazı hukukçular, bu konuda çeşitli öneriler ve denemelerde bulunmuşlar, dilimize ve hukuka büyük katkılar sağlamışlardır.

Dilde yenilik, arılık ve duruluk sağlamak, kuşkusuz bir gereksinimdir. Ne var ki, bu konuda aşırı katı tutum sergilemek, ağır ve ağdalı bir eski dil kullanmak ya da anlaşılabilir ölçüde yeni bir dil yaratmaya

<sup>2</sup> Nitekim, Tasarı'nın ticari işletme ve şirketler kısmının ayrıntılı bir eleştirisi ve karşı öneriler için bkz., Moroğlu, Erdoğan, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2005.

<sup>3</sup> Bakanlıkça yayımlanan Tasarı 1514 maddeden oluşmakta iken, Tasarı'nın hükümete teslimi öncesinde yapılan bazı değişiklik ve düzeltmelerden sonra 1536 maddeden oluşan ve bu değerlendirmede esas alınan metin ortaya çıkmıştır. Bakanlıkça yayımlanan Tasarı'nın dili ve ifadeleri konusundaki görüş ve değerlendirmelerimizin önemli bir bölümünü yazılı bir metin olarak TTK Tasarısı Komisyonu'na, Türkiye Barolar Birliği'ni temsilen görev aldığımız komisyon üyesi sıfatıyla sözlü olarak sunmuş; daha sonra, Tasarı Komisyonu Başkanlığı'na yazılı olarak da iletmiştik. Ayrıca, bu görüşlerimiz yayımlanmış bulunmaktadır. Bkz., Bahtiyar, Mehmet, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili ve İfadeleri Yönünden Değerlendirilmesi", *Legal Hukuk Dergisi*, 2005, S. 31, s. 2457 vd. Burada ise, öneri ve değerlendirmelerimize paralel olarak, Tasarı'nın ilk metninde yapılan değişikliklere de işaret etmeye çalışacağız. Bu çalışmada, Bakanlıkça bastırılan ve dağıtılan ilk metninde yapılan değişiklikler sonrası ortaya çıkan metni, "son metin" biçiminde nitelendireceğiz.



çalışmak yerinde değildir. Anlaşılabilir ve genelde benimsenebilir düzeyde orta bir yol izlemenin, dilimizin gelişmesine ve zenginleşmesine büyük katkılar sağlayabileceğine inanıyoruz.

TTK Tasarısı'nın gerekçesinde, *"Gerek kanunda, gerek gerekçede arı ve güzel Türkçe için özen gösterilmiştir. Teknik hukuk terimlerinin arılaştırılmasında Türk Medeni Kanunu esas alınmış, ayrıca uygulamada tutunmuş ve kavrama uygun anlam kazanmış terimlere de Kanun'da yer verilmiştir. Ancak, yadırganabilecek yeni terimler tercih edilmemiştir. Diğer yeni kanunlarla bu konuda uyum sağlanmaya dikkat edilmiştir. Terimde tekdüze kullanım ilkesi benimsenmiştir ..."*<sup>4</sup> denilmiş ise de, tasarı incelendiğinde; kullanılan dil, kavram ve sözcüklerde kararsızlıklar bulunduğu; bazen aynı konuda farklı sözcükler, bazen de aynı anlama gelen birden çok sözcüğün birlikte kullanıldığı görülmektedir. Ayrıca yazım yanlışları ve tekrarlara rastlanması da, Tasarı metninin kaleme alınmasında yeterli dikkat ve özenin gösterilmediği izlenimi yaratmaktadır.

Aşağıda Tasarı'da kullanılan dil ve ifadeler konusundaki bu genel gözlemlerimizi, somut örnekler vererek açıklamaya çalışacağız.

## B. Tasarıdaki Eski-Yeni Sözcük Seçimleri

Tasarı'da, yeni ve anlaşılır şekilde Türkçe karşılığı bulunan bazı sözcükler yerine eski sözcükler seçildiğine rastlanmaktadır. Örneğin:

- "kendiliğinden" yerine "resen" (m. 27, m. 83, f. 1),
- "açığa vurmak" yerine "ifşa etmek" (m. 55, f. 1, bent, b/3),
- "yargılamayı gerektiren" yerine "muhakemeye muhtaç", "zorunluluğuna" yerine "mecburiyetine" ve "hazırlayıcı" yerine "ihzari"<sup>5</sup> (m. 83, f. 2),
- "uyuşmazlık" yerine "ihtilaf" (m. 105),
- "hakkı saklı kalmak" veya "hakkı devam etmek" yerine "hakkına halel gelmemek" (m. 129),
- "süreleri" yerine "mehilleri" (m. 657),

<sup>4</sup> Tasarı, s. 402.

<sup>5</sup> Bu hükümdeki eski sözcüklerin yenileştirilmesi gerektiği konusunda bkz., Moroğlu, s. 41. Ayrıca "ihzari" karşılığı için bkz., Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 1982, s. 215.

• “*sahip*” ya da “*taşıyan*” yerine hep “*haiz*” (m. 2, f. 3; m. 113, f. 3, m. 125; m. 659, f. 1; m. 727, f. 1 gibi birçok hükümde) kullanılmıştır,

• tasarı metninde “*özgü*” sözcüğünün “*mahsus*” yerine (m. 2), kullanılmasını yerinde, fakat yukarıdaki sözcük seçimleri ile çelişkili buluyoruz. Tasarı, m. 73, f. 2 “*tahsis*”, buna karşılık m. 2, f. 2 ve 35, f. 4 gibi birçok hükümde “*özgü*” denilmesi yanında, m. 481’deki “*ikincil yükümler*” ile m. 1424’deki “*bağıtlanmak*” da eski-yeni sözcük seçimlerindeki kararsızlığın birer göstergesidir. M. 783, f. 1’deki “*emrine tahsis edilmiş*” yerine de “*emrine ayrılmış*” veya “*emrine özgülenmiş*” denilebilir,

• ayrıca TTK’daki “*Esas Mukavele*” yerine, Tasarı’da, yarısı yenilenmiş, diğer yarısı olduğu gibi bırakılmış “*Esas Sözleşme*” nin kullanılmasını (m. 333 vd., 339 vd., ) da yerinde bulmuyoruz.<sup>6</sup> Çünkü “*Anas sözleşme*” kavramı hem uygulamada yerleşmiş, hem mevzuatımıza girmiştir (bkz., KoopK. 2-6 vd). Üstelik, eskiden kullanılan “*Teşkilat-ı Esasiye Kanunu*” yerine nasıl ki “*Anayasa*” diyorsak, burada da “*Esas Mukavele*” yerine “*Anasözleşme*” diyebiliriz. Buradaki “*Ana*” sözcüğü, “*temel olan, oluşturan, kuran, kurumsallaştıran*” anlamındadır.<sup>7</sup> Böylece, kurallar kademelenmesinde (normlar hiyerarşisinde) en üstte yer alan Anayasa’nın kendi adı ve dili ile de uyum sağlanmış olur,

• m. 411’de “*azlık*” denilmiş ve mevcut kanunun 366. maddesinde de aynı sözcük kullanılmış ise de, bunun yerine, anlamı ve sözlüklerde yeri olan “*azınlık*” kavramı kullanılmalıdır.<sup>8</sup> Kavramın, kamu hukukunda özel ve siyasi bir anlamı olduğu düşünülebilir ise de, Ticaret Hukuku’nda yalnız değil, “*azınlık pay sahipleri*” veya “*azınlık ortaklar*” biçiminde ifade edildiği, hatta yalnız kullanılsa dahi özel hukuk alanında kavrama farklı bir anlam yüklenmiş olacağı için, kamu hukukundaki azınlık kavramı ile karıştırılma olasılığı yoktur.

• m. 421’deki “*nisap*” sözcüğü yerine de “*oran*” veya “*yetersayı*”<sup>9</sup>,

• m. 483’ün kenar başlığındaki “*ıskat*” yerine “*pay sahipliğinden çıkarma*”,<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Nitekim bkz., Moroğlu, s. 12 ve 121.

<sup>7</sup> Bu konuda bkz., Bahtiyar, Mehmet, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, İstanbul 2001, s. 6-7.

<sup>8</sup> Öneri için bkz., Moroğlu, s. 12.

<sup>9</sup> Bkz., Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, s. 367.

<sup>10</sup> Nitekim bkz., Moroğlu, s. 148.

• m. 482, f. 2, 486, f. 1 ve diğer hükümlerdeki “iştirak taahhüdü” yerine “katılma taahhüdü”,

• m. 680’deki “kusur isnadı” yerine, m. 812’deki gibi, “kusur yüklenmesi”,

• m. 688, f. 2’deki “dermeyan edebilirler” yerine, m. 689, f. 2’deki gibi, “ileri sürebilirler”,

• m. 730’un kenar başlığındaki “müracaat” yerine, maddenin metnine ve m. 725’in kenar başlığı ile m. 769 ve 810’a uygun ve Türkçe olan “başvuru” denilmelidir,

• m. 754’ün kenar başlığındaki, yürürlükteki kanunun 666. maddesinden aktarılan “Atıfet süreleri” yerine “süre uzatımları”,

• m. 755, f. 1’deki “kişi nezdinde” yerine “kişi yanında”,

• m. 801’deki “cirosu kabil” yerine “ciro edilebilir” ya da “cirosu mümkün”,

• m. 803, b. 6’daki “zikredilen” yerine “belirtilen”,

• m. 808’deki “sabit bulunduğu” yerine “saptandığı”,

• m. 825, f. 2’deki “caizdir” yerine “geçerlidir” denilebilir,

• buna karşılık, Tasarı’nın ilk metninde “belirlenir” yerine “tayin olunur” (m. 8, f. 1), “disipline ilişkin” yerine “inzibati” (m. 14), “kimlik” yerine “hüviyet” (m. 29), “açıklık” veya “kamuya açıklık” yerine “aleniyet” (m. 35), “sağlanması amacıyla” yerine “temini maksadıyla” (m. 74, f. 1), “dayanılarak” yerine “istinaden” (m. 82, f. 4), “yetkili olmak” yerine “mezun olmak” (m. 110), “belirti” yerine “emare” (m. 111), “devrolunan” ya da “katılan” yerine “iltihak eden” (m. 136), “öğrenme tarihi” yerine “ittıla tarihi” (m. 206), “olağan” ya da “alışıl gelmiş” yerine “mutad” (m. 223), “uğraşan” yerine “meşgul” (m. 230, f. 1), “hükümler” veya “kurallar” yerine “kaideler” (m. 317), “türü” yerine “nev’i” (m. 339, f. 1/j) denilmesini yerinde bulmadığımızı ifade etmiştik.<sup>11</sup>

Tasarı’nın bugünkü metninde, bu önerilerimizi karşılayan bazı değişiklikler yapılmış; ayrıca yalnızca m. 11, f. 3’te “tahsis olunan” yerine “özümlenen” kullanılmıştır.

<sup>11</sup> Bkz., yukarıda, dpn. 3’te yollama yaptığımız makalemiz, s. 2458 vd.

Yürürlükteki m. 125'in kenar başlığı olan "Önleyici Tedbirler" yerine Tasarı'nın 111. maddesinde başlık olarak "Önleyici Önlemler" denmesini de oldukça ilginç bulmuş ve sanki "önleyici olmayan önlem" de varmış izlenimi yaratan bu ibare yerine yalnızca "Önlemler" veya "Önlem Yükümlülüğü" ya da "Önlemler Alma Yükümlülüğü" denilmesini önermiştik. Bu ibarenin son metinde düzeltilerek, yerine "Önlemler" denilmesini yerinde bulmakla birlikte, aynı kenar başlık, m. 757'de hala varlığını sürdürmektedir. Buna karşılık, m. 61'in kenar başlığı "İhtiyati Tedbirler" olup, m. 128, f. 8'de "İhtiyati tedbir" ve m. 775'te de "tedbirleri" sözcükleri yer almıştır.

### C. Aynı Anlamda veya Biri Diğerini Kapsayan Anamlarda Farklı Sözcüklerin Birlikte Kullanılması

- m. 54'te yan yana "haksız ve hukuka aykırı",
- m. 62, f. 1/b'de "icap ve tekliflerinin".<sup>12</sup> aynı şekilde m. 281, f. 1'de yan yana "öneri, icap",
- m. 133'ün kenar başlığında "şahsî", metninde "kişisel",
- m. 367'de "teşkilat", m. 375'te "örgüt",
- m. 461'de hem "yeni pay alma hakkı", hem "rüçhan hakkı",
- m. 660'da hem "itfa", hem "ödeme",
- m. 662'de hem "men" hem "ödeme yasağı",
- m. 1401'de "tehlike" yanında "riziko", ayrıca m. 710, f. 2'de "tehlike", m. 712'de ise "risk" sözcükleri kullanılmıştır.

Buna karşılık, Tasarı'nın ilk metnine yönelik bazı önerilerimiz<sup>13</sup> doğrultusunda kısmi düzeltmeler yapıldığını görmekteyiz:

- Tasarı, m. 29'da hem "hüviyet" hem "kimlik" yerine yalnızca "kimlik",

<sup>12</sup> Her iki sözcüğün de "öneri" anlamına geldiği ve birlikte kullanılmasının hatalı olduğu konusundaki haklı eleştiri için bkz., Moroğlu, s. 36.

<sup>13</sup> Bkz., yukarıda, dpn. 3'te yollama yaptığımız makalemiz, s. 2460 vd.

- m. 129'un kenar başlığında "gecikme faizi", metninde "temerrüt faizi" çelişkisi yerine başlıkta da "temerrüt faizi" denilmesi yerindedir.

- Tasarı'nın ilk metninde, ikinci kitabın başlığında "Ticaret Şirketleri" ve izleyen maddelerde "Şirket" sözcüğü kullanılmış iken, Birleşme, bölünme ve tür değiştirmeyi düzenleyen Tasarı'nın 134- 194. maddelerinde, "ortaklık" sözcüğü yer almakta idi. Üstelik, Tasarı m. 135'te "ortaklık"ın "ticaret şirketlerini" ifade edeceği özellikle belirtilerek, bu hükümlere adeta "kanun içerisinde kanun" niteliği verilmişti. Aynı şekilde, Tasarı, m. 211 vd.'da "kolektif şirket" denildiği halde, m. 226'da ve 227'de "ortaklık" sözcüğü yer almıştı. Bu ikilemin son metinde giderildiği görülmekte ise de, Tasarı'nın 135. maddesindeki "ortak" ve "pay sahibi" kavramları için aynı yöndeki eleştirimiz geçerlidir,

- Kolektif şirkete ilişkin m. 243 vd. hükümlerinin yer aldığı bölümün başlığı "Şirketin Sona Ermesi ve Ortakların Ayrılması" iken, m. 243'deki üst kenar başlığında "İnfisah" sözcüğü yer almış ve infisah nedenleri altında, fesih (dağılma) nedenleri de sayılmıştı. Son metinde üst kenar başlık olarak "Sona Erme" denilmesi yerinde olmuştur,

- m. 248'in kenar başlığında "Şirket müddetinin ..." , madde metninde ise "şirket süresinin" denilmişti. Son metindeki "Şirket Süresi" ifadesi dilde arılaştırma yönünden olumludur,

- m. 299'un kenar başlığında "Muvakkat ödemeler"den, madde metninde ise "geçici olarak para dağıtılması"ndan söz edilmişti. Son metinde kenar başlık "Geçici ödemeler" olarak düzeltilmiştir,

- m. 363, f. 2'de, hangi suçlardan mahkumiyetin yönetim kurulu üyeliği sıfatını sona erdireceği sayılırken, "... dolandırıcılık, nitelikli dolandırıcılık" denmiş ise de, nitelikli dolandırıcılığın ayrıca belirtilmesini gereksiz bulmuştuk. Bu sayım hükmünün metinden çıkarıldığı görülmektedir,

- İlk metinde m. 1407'de yan yana "kusur ve kast" sözcüklerinin kullanılması doğru değil iken, son metinde m. 1429'da yalnızca "kusur" sözcüğü yer almıştır.

#### D. Yazım, Yer ve Yollama Yanlılıkları ile Tekrarlar

- m. 27’de “*resen*”, m. 83’te “*re’sen*” yazılmıştır,
- m. 31, f. 3’te yer alan “*Her iki halde 27, ila 30. madde hükümleri geçerlidir*” cümlesinde, “*ila*” değil, “*27-30. ...*” yazılması daha uygun olacaktır. Üstelik “*ila*” kalsa bile, bu sözcüğün önünde virgül kullanılmaması gerektiğini belirtmiş, m. 778’de çok sayıda “*ila*” sözcüğünün de virgülsüz yazıldığını belirtmiştik. Son metinde virgül işareti yer almamıştır,
- m. 39 vd.’da hep “*Unvan*” şeklinde bir yazılışa rastlanmakta ise de, uygulamada ve bazı sözlüklerde, “*ünvan*” biçiminde yazılmaktadır,<sup>14</sup>
- m. 43, f. 2’de “*kooperatif şirket*” denilmiş ise de, uygulamada ve Kooperatifler Kanunu’nda yalnızca “*kooperatif*” sözcüğü yer almaktadır; “*şirket*” sözcüğünün eklenmesi gereksizdir,<sup>15</sup>
- m. 55’in son cümlesinde “*Önceden yazılmış genel işlem şartları*” denilmiş olup, bu hükmün İsviçre hukukundan çevrildiği görülmektedir. Genel işlem şartlarının tipik özelliklerinden birisi de “*önceden yazılmış bulunmaları*” olduğuna göre,<sup>16</sup> Tasarı’da yalnızca “*genel işlem şartları*” denmesi yeterli olup, bilineni tekrara gerek yoktur. Şayet İsviçre kanun koyucusu “*önceden yazılmış*” olmaya özel bir anlam yüklüyor ise, madde gerekçesinde bunun da ayrıca açıklanması gerekirdi,
- m. 55, f. 1, bent, a/10’da “*Yıllık oranlar üzerinde*” ifadesindeki son sözcük, herhalde “*üzerinden*” olmalıydı,
- m. 114, f. 4 hükmünün yeri bu madde değildir; hüküm, m. 113, f. 3 olmalı ve mevcut f. 3 ise f. 4 olmalıdır,
- m. 146, f. 1/f’de, 140. maddeye yapılan yollama da hatalı olup, 141. madde olarak düzeltilmelidir.
- m. 226, f. 3, oybirliği ve oyçokluğunu tanımlamakta ise de, bu hüküm, bilineni tekrar niteliğinde ve gereksizdir,<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Bkz., Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, s. 481.

<sup>15</sup> Nitekim bkz., Moroğlu, s. 45.

<sup>16</sup> Nitekim bkz., *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı*, m. 20; ayrıca, Zevkliler, Aydın-Aydoğdu, Murat, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara 2004, s. 159; Havutçu, Ayşe, *Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, İzmir 2003, s. 74 vd.; Bahtiyar, Mehmet, “Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması” *Yargıtay Dergisi*, 1996, S. 1-2, s. 76 vd.

<sup>17</sup> Bu haklı saptama için bkz., Moroğlu, s. 68.

- m. 227’de iki adet 3. fıkra mevcut olup, ikincisinin f. 4 olması gerekir,

- m. 349, f. 1’deki “ayîn”, herhalde “ayın” olmalıdır,

- m. 353, f. 1’deki “... yönetim kurulu üyelerinin, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın, ilgili alacaklının ve pay sahibinin talebi üzerine ... ticaret mahkemesince şirketin feshine karar verilir” ifadesindeki “ve” bağlacının herhalde “veya” yazılması gerekir. Aksi takdirde sayılanların fesih davasını ayrı ayrı açamayacakları gibi bir anlam çıkarılabilir,

- m. 476, f. 1’deki “kuruluş” ile f. 3’te “yeni kuruluş” birbirine karışmaktadır,

- m. 515’te de “anonim şirketlerin finansal tabloları ... şirketin malvarlığını, borç ve yükümlülüklerini, öz kaynaklarını ve faaliyet sonuçlarını tam, anlaşılabilir, karşılaştırılabilir, gereksinimlere ve işletmenin niteliğine uygun bir şekilde; şeffaf ve güvenilir olarak; gerçeği dürüst, aynen ve aslına sadık surette yansıtacak tarzda (dürüst resim ilkesi) çıkarılır.” hükmündeki tekrarların ve benzer sıfatların çokluğunun rahatsız edici ve aşırı olduğu göze çarpmaktadır,

- m. 667’nin kenar başlığında “usül” yazılmış iken, m. 657, f. 2’de “usul” m. 668’in kenar başlığında ise “usûl” yazılmıştır. Oysa yazımlarda birlik sağlanmalıdır. Doğrusu “usul”dür.<sup>18</sup>

- m. 766, f. 1’deki “ehliyet” sözcüğünden sonra virgül kullanılmalıdır.

- m. 778’de birçok kere rastlanan “ilâ” sözcükleri yerine, yollama yapılan madde numaraları arasında – (tire) işareti kullanılabilir. Mevcut kanunda da bu işaret kullanılmıştır.

- m. 836’daki “umumi” sözcüğünün son harfi yanlışlıkla büyük harfle yazılmıştır.

Buna karşılık, Tasarı’nın ilk metnine yönelik bazı önerilerimiz<sup>19</sup> doğrultusunda son metinde kısmi düzeltmeler yapıldığını görmekteyiz;

- m. 42’nin kenar başlığına uygun biçimde metninde de “kolektif” yerine “kollektif” yazılmıştır,

<sup>18</sup> Bkz., Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, s. 493; *Türk Dil Kurumu Okul Sözlüğü*, s. 786-787.

<sup>19</sup> Bkz., yukarıda, dpn. 3’te yollama yaptığımız makalemiz, s. 2460 vd.

• m. 82, f. 4'te "*Kayıtlar, 67. maddenin 4. fıkrasının birinci cümlesine istinaden bilgisayarlı ortama alınıyor ise*" denmişti. Oysa 67. maddenin 4. fıkrası yoktu; yollamanın 65. maddenin 4. fıkrasına yapılması gerekirken yanlışlık yapılmıştı. Bu yollama hatası son metinde düzeltilmiştir,

• m. 148, f. 1'de "*... bu konuda uzman olan bir bağımsız denetleme kuruluşuna denetlettirmeleri şarttır*" ifadesindeki "*bu konuda uzman olan*" sözcükleri, bağımsız denetleme yapacak kuruluşların zaten uzman olmaları zorunluluğu karşısında gereksizdi. Son metinde "*... uzman olan bir işlem denetçisine*" denilmiş ise de, aynı eleştiri yöneltilebilir,

• m. 333'te "*... belirlenip ve*" ifadesi kullanılmış ise de, "*verip, yapıp, belirlenip, olup*" gibi sözcüklerden sonra "*ve*" bağlacının kullanılmasının, dilbilgisi yönünden yerinde olmadığını vurgulamıştık. Son metinde bu bağlaç yerine virgül yazılmıştır,

• m. 480, f. 4'deki "*İkincil yükümler hakkında, esas sözleşmede, sözleşme cezası da öngörülebilir*" hükmü, m. 481, f. 2'de de aynen tekrarlanmıştı. Son metinde, m. 480'deki cümle çıkarılmış bulunmaktadır,

• m. 1505, f. 2/a'da "*Bakanlar Kurulu Tüzüğü*"nden söz edilmiş ise de, Anayasa, m. 115 uyarınca tüzük çıkarma yetkisi zaten Bakanlar Kurulu'nda olduğuna göre, "*Tüzük*" denilmesi yeterli olup, ilk iki sözcük, bilineni tekrardan öte bir anlam taşımamakta idi.<sup>20</sup> Bu hata son metinde (m. 1527, f. 2/a hükmünde), yalnızca "*Tüzük*" biçiminde yazılarak düzeltilmiştir.

### E. Amacı İfade Edemeyen ve İçeriği Belirsiz Sözcükler

• İkametgah yerine "*yerleşim yeri*"nin kullanıldığı Türk Medeni Kanunu ile uyum sağlama düşüncesinden olsa gerek, TTK Tasarısı, m. 674'te "*Yerleşim yerli poliçe*"den söz edilmiştir. Oysa bu uzun ve kullanımı zor ifade yerine mevcut kanundaki gibi, hem uygulamada yerleşmiş, hem kullanımı kolay olan "*ikametgahlı poliçe*" denilebilirdi. Aynı şekilde, m. 697 düzeltililebilir,

• m. 650'nin kenar başlığı "*Tahvil*" ise de, bu sözcük hem eski, hem bir kıymetli evrak türü olan, anonim ortaklıkların çıkardığı borç senedi

<sup>20</sup> Bu haklı eleştiri için bkz., Moroğlu, s. 193.



niteliğindeki tahvili çağrıştırdığı için,<sup>21</sup> bunun yerine “*Kıymetli Evrakin Türünün Değiştirilmesi*” veya kısaca “*Tür Değiştirme*” denilmesi yerinde olacaktır,

- m. 52, f. 1’deki “*ticaret hayatında geçerli olan dürüst uygulamalar*”, m. 54, f. 1’deki “*dürüst ve bozulmamış rekabet*”, m. 54, f. 2’deki “*tedarik edenler*”, m. 128, f. 2’deki “*güvenilir bir kişi*”,<sup>22</sup> m. 209’deki “... topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hallerde”, m. 223, f. 1’deki “*şirketin özüne ilişkin üretim araçları*”,<sup>23</sup> m. 296, f. 1’deki “*saygın banka*”, m. 398, f. 1’deki “*dürüst resim ilkesi*”, “*gerçeği dürüstçe belirtme*”, m. 452, f. 1’deki “*müktesep ve vazgeçilmez haklar*”,<sup>24</sup> m. 456, f. 1’deki “*nispeten ihmal edilebilir tutarlar*” ve m. 855, f. 5’teki “*pervasızca bir davranış*” gibi bazı ifadeler de, anlamı tam belirlenemeyen, yoruma açık veya çeviri kokan anlatımlara örnek verilebilir,

- m. 553’ün kenar başlığı ve metnindeki “*yönetim kurulu üyelerinin ...*” yanında yer alan “*yöneticilerin*” sözcüğü de tereddüt doğurabilecek niteliktedir. Şayet kastedilen “*müdürler*” ise, bu sözcük kullanılmalıdır. Tek yöneticisi olacak şirketler göz önüne alınarak yöneticilerden söz edilmiş ise, bu durumda da m. 359, f. 1’deki “*bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu*” ifadesi ile, Tasarının kendi içerisinde çelişki oluşmaktadır. “*Tek kişilik kurul*”dan söz etmenin anlamsızlığı da ayrı bir husustur,

- m. 625, f. 1/a’da müdürlerin görevleri ve yetkileri sayılırken kullanılan “*şirketin üst düzeyde yönetimi ve yöneltimi*” ifadesindeki “*yöneltimi*” sözcüğünün anlamı açıklanmayı gerektirmekte idi. Son metinde bu defa da, “*yönetilmesi ve yönetimi*” biçiminde ve aynı anlamdaki iki sözcük kullanılmış olup hatalıdır,

- m. 696, f. 2’deki “*kabulü yapan*” yerine “*kabul eden*” daha düzgün bir ifadedir,

- m. 790’ın kenar başlığındaki “*görevi*” yerine, hükmün anlamına ve m. 684-685’e uygun biçimde “*işlevi*” denilmelidir,

<sup>21</sup> Bu saptama, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü’nce 2005 Yılı, 13-14 Mayıs günlerinde Ankara’da düzenlenen “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı” konulu konferansta Prof. Dr. H. Sami Türk tarafından da dile getirilmiştir.

<sup>22</sup> Nitekim bkz., Moroğlu, s. 47-48.

<sup>23</sup> Eleştiri için bkz., Moroğlu, s. 68.

<sup>24</sup> Bu kavramların eleştirisi için bkz., Moroğlu, s. 134.

• m. 791'in kenar başlığı *"Hamiline yazılı çek üzerine yapılan ciro"* yerine kısa ve anlaşılır şekilde, *"Hamiline yazılı çekin ciro su"* olmalıdır,

Buna karşılık, Tasarı'nın ilk metnine yönelik bazı önerileri ve eleştiriler doğrultusunda son metinde kısmi düzeltmeler yapıldığını görmekteyiz;

• m. 429 vd.'daki *"Tevdi temsilcisi"* ifadesi, amacına uygun olmayıp, bunun yerine, *"saklatan temsilcisi"* veya *"tevdi eden temsilcisi"* önerilmişti.<sup>25</sup> Son metinde *"Tevdi eden temsilcisi"* ifadesinin benimsendiği görülmektedir,

• m. 353, f. 5'teki *"tatmin edici tiraja sahip gazeteler"* biçimindeki belirsiz ifade yerine, son metinde, Moroğlu'nun önerdiği gibi,<sup>26</sup> *"... tirajı elli binin üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan"* denilmiştir,

### III. TİCARİ İŞLETME VE ŞİRKETLERE İLİŞKİN BAZI HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Genel Olarak

Tasarı'nın, Ticari İşletme ve Şirketler kitaplarına yönelik toplu değerlendirme, eleştiri ve öneriler, Prof. Dr. Erdoğan M. Moroğlu tarafından ayrıntılı biçimde yapılmış ve bir kitapta<sup>27</sup> toplanmış olup, bu görüş ve değerlendirmelere biz de katılmaktayız. Bununla birlikte, bazı konulardaki ek gerekçelerimiz ile birkaç maddeye ilişkin kişisel değerlendirmelerimizi de, özet biçimde ve tekrardan kaçınmaya çalışarak sunmanın yararlı olabileceğini umuyoruz.

Öncelikle belirtmeliyiz ki, ticari mümessil ve ticari vekilin BK'da değil de, tacir yardımcıları olarak TTK Tasarısı'nda düzenlenmesi yönündeki öneriye<sup>28</sup> biz de katılıyoruz. Tasarı'yı hazırlayan komisyonun başkanı, bu öneriye karşı çıkarken, söz konusu kişilerin tacir yardımcısı sayılamayacaklarını, çünkü ancak işletme dışındaki yerlerde faaliyet

<sup>25</sup> "Saklatan temsilcisi" önerisi için bkz., Moroğlu, s. 128-129. Sayın M. Moroğlu, Türkiye Barolar Birliği'ni temsilen komisyon ile yapılan görüşmede sözlü olarak da "Tevdi eden temsilcisi"ni önermişti.

<sup>26</sup> Bkz., M Moroğlu, s. 91.

<sup>27</sup> Bkz., Yukarıda dph. 2'de anılan eser.

<sup>28</sup> Bkz., Moroğlu, s. 23.

yürütenlerin tacir yardımcısı niteliğinde ve bu kişilerle tacir arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesinin bir türü olduğunu dile getirmiştir.<sup>29</sup> Oysa bilindiği üzere, ticari mümessil, ticari vekil ve seyyar tüccar memuru, tacir yardımcıları arasında ve bağlı tacir yardımcıları grubunda yer almaktadır. Üstelik, ticari mümessilin mutlaka işletmenin olduğu yerde ve işletme içerisinde faaliyet göstermesi gibi bir zorunluluk yoktur.<sup>30</sup> Esasen böyle bir zorunluluk, temsilin öngörülüş amacı ile de bağdaşmazdı.

Diğer yandan, yalnızca vekaletin özel bir görünümü olduğu gerekçesiyle anılan tacir yardımcılarının BK' da bırakılmış olması da pek haklı gözükmemektedir. Çünkü, bilindiği ve Tasarı, m. 102, f. 2' de öngörüldüğü üzere, acentelikte de, temsil ilişkisi gündeme gelmekte ve belirli bir aşamada vekalet hükümlerine başvurulmaktadır. O halde aynı mantıkla, acenteliğin de BK' da düzenlenmesi savunulabilirdi.

## B. İlgili Maddelere Göre Değerlendirme ve Öneriler

### Tacir

#### I. Gerçek kişiler

##### 1. Genel olarak

**Madde 12 . 1.** Bir ticarî işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir.

2. Bir ticarî işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilân araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilân etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır.

3. Bir ticarî işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adî bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur.

<sup>29</sup> Tekinalp, bu ifadeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nce 2005 Yılı 13-14 Mayıs günlerinde Ankara'da düzenlenen "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı" konulu konferansta dile getirmiştir.

<sup>30</sup> Ticari temsilcinin yetki kapsamının belirlenmesinde, işletme konusuna dahil olması şartıyla, işlemin yapıldığı coğrafi alanın hiçbir önemi olmadığı konusunda bkz., Kırca, İsmail, *Ticari Mümessillik*, Ankara 1996, s. 154.

## Değerlendirme ve Öneri

Maddenin 2. fıkrası, yürürlükteki m. 14, f. 2 gibi, tacir sayılma yönünden, “*ticari işletmenin tescili ve durumun ilan edilmiş olması*” şartlarını birlikte aramaktadır. Oysa Domaniç tarafından haklı olarak belirtildiği üzere bu ifade biçimi hatalıdır. Çünkü, bu fıkranın “*veya*”dan önceki kısmı uyarınca, bir işletmenin varlığı ve çalıştırılması gerekmez, işletmeyi kurup açtığını özel ilanlarla halka duyuran kişi tacir sayıldığına göre, fıkranın ikinci kısmında belirtilen ve resmi olması gereken ilan da tacir sayılmayı öncelikle gerektirmelidir. Fakat resmi ilan, *Sicil Gazetesi* ile yapıldığından, bu ilan için de tescil ön şart olduğundan, tescil, ilanı da sağlayacak ve bir sorun doğmayacaktır. Ne var ki, bu ifadeye göre, yalnızca tescilin yapılması, resmi ilan yapılmadıkça, tacir sayılmaya yol açmamaktadır. İlanı kurucu işlev yükleyen bu hüküm hatalıdır.<sup>31</sup> Bu açıdan, 2. fıkradaki “... *kaydettirerek durumu ilân etmiş olan*” yerine “*kaydettiren*” demekle yetinilebilir.

## IV. Hükümleri

### 1. Tescil ve İlânın Üçüncü Kişilere Etkisi

**Madde 36. 1.** Ticaret sicili kayıtları nerede bulunurlarsa bulunsunlar, üçüncü kişiler hakkında, tescilin *Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’*nde edildiği; ilânın tamamı aynı nüshada yayımlanmamış ise, son kısmının yayımlandığı günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğurur. Bu günler, tescilin ilânı tarihinden itibaren işlemeye başlayacak olan sürelerle de başlangıç olur.

2. Bir hususun tescil ile beraber derhal üçüncü kişiler hakkında sonuç doğuracağına veya sürelerin derhal işleyeceğine ilişkin özel hükümler saklıdır.

3. Üçüncü kişilerin, kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmez.

4. Tescili zorunlu olduğu halde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilânı zorunlu iken ilân olunmamış olan bir husus, ancak bunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği takdirde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.

<sup>31</sup> Eleştiri için bkz., Donaniç, Hayri, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul 1988, s. 157-158.

## Değerlendirme ve Öneri

Maddenin 4. fıkrası, yürürlükteki m. 39, f. 2'yi aktararak, tescil ve ilanı gerekirken yalnızca tescil ettirilmiş hususlara, sicil bölgesi içi-dışı ayrımı da yapmaksızın hiçbir etki tanımamıştır. Oysa bu konuda, İmregün'ün, yalnızca tescil ettirilen bir hususun, sicil bölgesi içerisindeki üçüncü kişilere karşı etkili olması biçimindeki önerisi<sup>32</sup> değerlendirilebilirdi.

## Ticaret Unvanı ve İşletme Adı

### A. Ticaret Unvanı

#### I. Kullanma zorunluluğu

##### 1. Genel olarak

**Madde 39.** 1. Her tacir, ticarî işletmesine ilişkin işlemleri ticaret unvanıyla yapmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır.

2. Tescil olunan ticaret unvanının, ticarî işletmenin giriş cephesinin herkes tarafından kolayca görülebilecek bir yerine, okunaklı bir şekilde yazılır. Ayrıca tacirin kullandığı işletmeyle ilgili belgelerinde, sicil numarası, ticaret unvanı, merkezi, tacir sermaye şirketi ise sermaye miktarı, web sitesi adresi ve numarası da gösterilir.

## Değerlendirme ve Öneri

Hükmün 2. fıkrasında öngörülen, sermaye miktarının belgelerde gösterilmesi zorunluluğu, ortaklık sermayelerinin sık sık değişmesi nedeniyle işlevsel değildir. Web sitesi numarası da teknik sayılabilecek bir bilgi niteliğinde ve ortaklık belgelerinde gösterilmesi gereksizdir; çünkü web sitesi adresinin gösterilmesi ile aynı amaç zaten gerçekleştirilmektedir. Ayrıca, 2. fıkranın şubeleri de kapsadığını gösteren bir cümle eklenmelidir.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> İmregün, Oğuz, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, İstanbul 1989, s. 80.

<sup>33</sup> Öneri için bkz., Moroğlu, s. 33-34.

## Şubeler

**Madde 48.** 1. Her şube, kendi merkezinin ticaret unvanını şube olduğunu belirterek kullanmak zorundadır. Bu unvana şube ile ilgili ekler yapılabilir.

2. 41 ve 45. maddeler şubenin ticaret unvanı hakkında da uygulanır.

3. Merkezi yabancı ülkede bulunan bir işletmenin Türkiye'deki şubesinin ticaret unvanında, merkezin ve şubenin bulunduğu yerlerin ve şube olduğunun gösterilmesi şarttır.

## Değerlendirme ve Öneri

Hükmün ilk fıkrası uyarınca her şube, merkezinin unvanını, şube olduğunu da belirterek kullanmak zorunda olduğundan, merkezin unvanının oluşturulmasında da m. 41 ve 45 zaten uygulanacağından, maddenin 2. fıkrasındaki yollama gereksiz olup, bu fıkra maddeden çıkarılmalıdır.

## Defterlerin Tümüyle İncelenmesi

**Madde 85.** 1. Malvarlığı hukukuna ilişkin olan, özellikle de mirasa, mal ortaklığına ve şirket tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklarda, mahkeme, ticari defterlerin teslimine ve bütün içeriklerinin incelenmesine karar verebilir.

## Değerlendirme ve Öneri

Ticari defterler, tacirin sırlarını da içerebildiği ve defterlerin her tarafının incelenmesi, tacir yönünden ağır ve sakıncalı olacağı için,<sup>34</sup> yürürlükteki Kanun, teslim hallerini, "miras, şirket ve iflas" uyuşmazlıkları ile sınırlamıştı. Oysa Tasarı'nın bu hükmü, "malvarlığına ilişkin olan, özellikle de ..." biçimindeki ifadesiyle teslim hallerini bu üç hal ile sınırlı olmaktan çıkartmış ve malvarlığına ilişkin diğer uyuşmazlıklarda da defterlerin teslimine karar verilebileceğini düzenlemiştir ki, bu durumun sakıncalı olacağı kanısındayız. Ayrıca, Tasarı'da örnek niteliğindeki üç hal sayılırken mal ortaklığı denilmesi de amacı ifade edememekte ve

<sup>34</sup> Nitekim bkz., İmregün, s. 149.

belirsizliğe yol açmaktadır.<sup>35</sup> Bu nedenlerle mevcut kanun hükmünün muhafaza edilmesi yerinde olacaktır.

## Ticaret Şirketleri

### B. Uygulanacak kanun hükümleri

**Madde 126.** 1. Her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak şartıyla, Medenî Kanun'un tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu Kısımda hüküm bulunmayan hususlarda Borçlar Kanunu'nun adi şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır.

### Değerlendirme ve Öneri

Uygulanacak hükümleri gösteren bu hükmün başına “*Emredici hükümlere aykırı olmayan sözleşme hükümleri ile*” ibaresi eklenebilir. Böylece, en başta uygulanacak hükümler ile bunların sırası da gösterilmiş olur.<sup>36</sup>

### C. Geçerli Tür Değişiklikleri

**Madde 181. a.** Bir sermaye şirketi;

1. başka türde bir sermaye şirketine;
2. bir kooperatife;

**b.** Bir kolektif şirket;

1. bir sermaye şirketine;
2. bir kooperatife;
3. bir komandit şirkete;

**c.** Bir komandit şirket;

1. bir sermaye şirketine;

<sup>35</sup> “Mal ortaklığı” ibaresinin müşterek mülkiyeti çağrıştırdığı yönündeki haklı eleştirisi için bkz., Moroğlu, s. 41.

<sup>36</sup> Nitekim bkz., Poroy (Tekinalp-Çamoğlu), *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, İstanbul 2000, N. 17.

2. bir kooperatife;
3. bir kolektif şirkete;
- d. Bir kooperatif bir sermaye şirketine dönüşebilir.

### Değerlendirme ve Öneri

Bu maddede, sermaye şirketlerinin şahıs şirketlerine dönüşmesinin engellendiği görülmekte ise de, bu sınırlamanın haklı bir nedeni olduğu kanısında değiliz. Üstelik uygulamada, bir anonim veya limitet şirketin kolektif şirkete dönüştürülmesi gereksinimi pekala duyulabilir.

### III. Noksanlıklar

**Madde 214.** 1. Sözleşmesi kanunî şekilde yapılmamış veya sözleşmeye konması zorunlu olan kayıtlardan biri veya bazıları eksik yahut geçersiz olan bir kolektif şirket, adi şirket hükmünde olup hakkında 216. madde hükmü saklı kalmak şartıyla Borçlar Kanunu'nun adi şirketlere ilişkin maddeler uygulanır.

2. 12. madde hükmü saklıdır.

### D. Tescil

#### I. Yükümlülük

**Madde 215.** 1. Kolektif şirketi kuranlar şirket sözleşmesinin noterlikçe onaylı bir suretini onay tarihinden itibaren on beş gün içinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline vererek şirketin tescilini istemek zorundadırlar. Suret, sicil müdürlüğüne saklanır ve 213. madde gereğince sözleşmeye konması zorunlu olan kayıtlar ile kanunun emir eylediği diğer hususlar tescil ve ilân olunur.

#### II. Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesi

**Madde 216.** 1. Tescil yükümlülüğü yerine getirilmeksizin şirket adına işlere başlanmışsa ortaklar giriştikleri işlerden dolayı üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumludur.



2. Bir kolektif şirket sözleşmesi yapılmaksızın, şirketin türünü gösterir bir kaydı içermese bile ortak bir unvan altında üçüncü kişilerle işlem yapılması veya onlara karşı haksız bir fiil işlenmesi halinde de aynı hüküm geçerlidir.

### Değerlendirme ve Öneri

Tasarının bu üç maddesi, kanunun 156-158. maddelerinin tekrarıdır. Kolektif ortaklık kuruluşundaki sorumluluk ilişkileri açısından karışık gözüken ve tasarıdaki 12. maddeye, 216. maddeye ve BK'daki adi şirket hükümlerine yaptığı yollamalar nedeniyle de açıklanmayı gerektiren<sup>37</sup> bu sorumluluk sisteminin, tek maddede ve daha açık bir şekilde yazılması düşünülebilirdi. Ayrıca, Tasarı, m. 216, f. 2 hükmü, kanundaki m. 158. f. 2'ye denk gelmekte olup, öğretide haklı olarak çok eleştirilen, gereksiz ve yararsız bulunan bu hükmün çıkartılması önerisi<sup>38</sup> de dikkate alınmalıydı.

### Şirketin ve Ortakların Üçüncü Kişilerle İlişkileri

#### A. Tüzel kişiliğin kazanılması

**Madde 232.** 1. Kolektif şirket ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır. Aksine sözleşme üçüncü kişilere karşı geçersizdir.

### Değerlendirme ve Öneri

Tasarı'nın 125, 215 ve 216. maddeleri karşısında yukarıdaki hüküm gereksiz bir tekrardır. Üstelik hükmün ikinci cümlesinin de amacı belirsiz olup açıklanmaya muhtaçtır.

#### B. Temsil

##### I. Kapsam

**Madde 233.** 1. Şirketi temsile yetkili olan kimse, şirketin işletme konusuna giren her türlü işi ve hukukî işlemleri şirket adına yapmak

<sup>37</sup> TTK 156-158 hükümlerinin getirdiği sorumluluk sisteminin açıklanması için bkz., Çamoğlu (Poroy-Tekinalp), N. 216 vd.

<sup>38</sup> Bkz., Domaniç, Hayri, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. I, İstanbul 1988, s. 571 vd.; İmregün, Oğuz, *Kolektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar*, İstanbul 1989, s. 18 vd.

ve şirketin unvanını kullanmak yetkisini haizdir. Bu yetkiyi sınırlayan her şart, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.

2. Ancak şirket sözleşmesinin tescil ve ilânı gerekli hükümlerine göre şirketin bağlanabilmesi için birlikte imza şart kılınmışsa, bu şart, üçüncü kişilere karşı da geçerlidir.

### Değerlendirme ve Öneri

Bu maddenin ilk fıkrası, tasarıya alınmamış olan “*Ultra Vires*” ilkesini çağrıştırmaktadır. Ayrıca, şirketi temsilen yapılacak işlemlerde şirketin unvanını kullanmak bir yetki olduğu kadar, aynı zamanda yükümlülüktür. Tasarı'nın 39 ve 40. maddeleri de bu yükümlülüğü doğrulamaktadır.

### IV. En Az Sermaye

**Madde 332.** 1. Tamamı esas sözleşmede taahhüt edilmiş bulunan sermayeyi ifade eden esas sermaye elli bin Türk Lirası'ndan ve yönetim kuruluna tanınmış yetki tavanını gösteren kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş bulunan halka açık olmayan anonim şirketlerde başlangıç sermayesi yüz bin Türk Lirası'ndan aşağı olamaz. Bu en az tutarlar Bakanlar Kurulu'nca tüketici fiyatları endeksine göre artırılabilir.

2. Bu kanun anlamında, kayıtlı sermayeli anonim şirketlerde başlangıç sermayesi kuruluşta ve sisteme ilk geçildiğinde sahip olunması zorunlu olan sermayedir; çıkarılmış sermaye ise, çıkarılmış payların tümünün itibarî değerlerinin toplamını temsil eder.

3. Halka açık olmayan anonim şirketler gerekli şartları yitirdiklerinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'ndan izin alarak kayıtlı sermaye sisteminden çıkabilecekleri gibi, bu sisteme alınırken aranan nitelikleri yitirdikleri takdirde istemleri bulunmasa bile aynı Bakanlık tarafından sistemden çıkartılırlar.

4. 28/7/1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 12. maddesi hükmü saklıdır.

## Değerlendirme ve Öneriler

• Maddenin ilk fıkrasında sözü edilen kayıtlı sermaye sisteminin niteliği ve yararının daha iyi anlaşılabilmesini için, “yönetim kuruluna tanınmış yetki” yerine “yönetim kuruluna anasözleşme ile tanınacak sermaye artırımına karar verme yetkisinin” denilmesinde yarar görüyoruz.

• Ayrıca 3. fıkrada kayıtlı sermaye sisteminden çıkmak için de Bakanlık’tan izin alınması gereğinin öngörülmesi, bu sistemin isteğe bağlı (ihtiyari) niteliği<sup>39</sup> ile bağdaşmamaktadır. Liberalleşme eğilimlerinin giderek daha da güçlendiği ve formalitelerin azaltıldığı bir dünyada bu tür kısıtlamalar hem amaca elverişsiz, hem yararsızdır.

• Kaldı ki, Tasarı’nın 333. maddesi uyarınca ve işletme konusuna göre bazı şirketler, kuruluş ve anasözleşme değişikliği iznine bağlı değildir. Tasarı’da, kuruluş sırasında veya sonradan kayıtlı sermaye sistemine geçmek için de Bakanlık izni öngörülmemiş iken, sistemden çıkmanın izne bağlanması, Tasarı’nın kendisi içerisinde de çelişki oluşturmaktadır.

• Nihayet, SPK’nın 12. hükmünü saklı tutan 4. fıkranın da bir yararı bulunmamaktadır. Çünkü halka açık şirketlerin, TTK’ya göre özel kanun niteliğinde olan SerPK’ya tabi olduğu açıktır (SerPK 2 ve 3). Zaten Tasarı, m. 460, f. 7’de, halka açık şirketlere ilişkin SerPK hükümleri saklı tutulduğuna göre, yukarıdaki 4. fıkra, tamamen gereksizdir.

## Kuruluş

### I. Kurucu işlem

**Madde 335.** 1. Şirket, kurucuların kanuna uygun olarak düzenlenen, imzalarının noterce onaylandığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamaları ve sermayenin tamamını şartsız taahhüt etmeleriyle kurulur.

2. 355. maddenin 1. fıkrası hükmü saklıdır.

<sup>39</sup> Bu sistemin ihtiyari niteliği konusunda bkz., Aytaç, Zühtü, *Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri*, Ankara 1988, s. 155; Bahtiyar, Mehmet, *Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı*, İstanbul 1996, s. 89.

## Değerlendirme ve Öneri

• Bu hüküm, şirketin kuruluş anı ile tüzel kişilik kazanma anını birbirinden ayırmış ve Alman hukukundaki ön şirket modelini benimsemiştir. Tasarı'nın madde gerekçesinde bu tercihin nedeni yeterince açıklanmamış; hatta belirsizliği daha da artıracak biçimde “... Ön-anonim şirket, tüzel kişiliği haiz anonim şirketten farklıdır ... Ön-anonim şirket ile anonim şirketin ayrışması sadece Tasarı'nın 12. maddesi bakımından değil, organların oluşumu ve yetkilerini kullanma anlarının belirlenmesi başta olmak üzere birçok diğer hüküm yönünden de önemlidir. Hakim görüş uyarınca, ön-anonim şirket bir adi şirket veya dernek olmayıp; bir elbirliği mülkiyeti (şirketi) oluşturur ... Şirketin tescili ile ön-şirket tasfiyesiz infisah eder ... Türk hukukunda ön-anonim şirketin niteliği ile hukuki durumu öğretide ve mahkeme kararlarında açıklığa kavuşacaktır” denilmiştir.<sup>40</sup>

Türk hukuk öğretisi ve uygulamasına göre, ticaret şirketlerinin kuruluşu aşamasında, tüzel kişilik oluşana kadar geçecek süre içerisinde kurucular arasındaki ilişki, adi ortaklık ilişkisi olarak kabul edilmiştir.<sup>41</sup> Bu görüş ve uygulama, BK 520, f. 2 hükmü ile de tam bir uyum içerisinde idi. Oysa Tasarı, yeterli gerekçesini de belirtmeksizin, bu konuda önemli bir sistem değişikliğine gitmiştir. Tasarı gerekçesinde doyurucu bir bilgi bulunmamakla birlikte, komisyon başkanı, bu husustaki eleştiriyi yanıtlarken, gerekçe olarak, anasözleşme hükümlerinin tescilden önce de uygulanmasını sağlamak amacıyla ön şirket sistemini benimsediklerini açıklamıştır.<sup>42</sup>

Uygulamada rastlanma olasılığı çok zayıf olmakla birlikte, sırf teorik de olsa belirtmek gerekir ki; şayet anasözleşmedeki bazı hükümler tescilden önce uygulanabilir nitelikte ve tarafların böyle bir arzuları var ise bu hususun kararlaştırılması mümkün olabilir. Kuruluş sırasında ifası gereken bazı yükümlülüklerin anasözleşmede öngörülmesi, örneğin bir

<sup>40</sup> Bkz., Tasarı, s. 487.

<sup>41</sup> Ayrıntılı bilgi, görüş ve kararlar için bkz., Bahtiyar, Mehmet, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, İstanbul 2001, s. 32 vd. Bununla birlikte, söz konusu adi ortaklığın ne zamandan itibaren başlayacağı konusunda öğretide ve uygulamada bir belirsizlik mevcut olup, kural olarak bu ortaklığın ana sözleşmenin imzalanması ve onaylanmasından itibaren başlaması gerekir. Bkz., Aynı eserimiz, s. 33 vd. ve orada yollama yaptığımız yerli ve yabancı yazarlar.

<sup>42</sup> Tekinalp, bu görüşünü, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nce 2005 Yılı 13-14 Mayıs günlerinde Ankara'da düzenlenen “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı” konulu konferansta dile getirmiştir.

yer kiralanması, bir malın satın alınması, kuruluş hazırlıkları ve tanıtım için toplantılar ve kampanyalar düzenlenmesi, izin, ruhsatname veya marka tescil başvurusunda bulunulması gibi.

Bu açıdan, kurulacak anonim ortaklık anasözleşmesinin iki amaca hizmet ettiği gözden kaçırılmamalıdır. Anasözleşme, yalnızca kurulacak ortaklığın anayasası olmayıp, özellikle anonim ortaklığın ortaya çıkabilmesi için kendisinden ayrı kalınamayacak bir temel de oluşturmaktadır. Bu temel, kurucuların birbirleriyle ve üçüncü kişilerle olan hukuki ilişkileri için büyük bir öneme sahiptir. Adi ortaklıkta iç ilişkileri düzenleyen Borçlar Kanunu hükümleri çok büyük oranda yedek nitelikte olduğu, yani iç ilişkilerde irade özgürlüğü ilkesi geçerli olduğuna göre, bu aşamada uygulanması mümkün olan anasözleşme hükümleri, aynen bir adi ortaklık sözleşmesi hükümleri gibi uygulanabilir.<sup>43</sup>

Örneğin, kurulacak ortaklığın anasözleşmesine, kurucuların ortaklık esas sermayesinin belirli bir kısmını taahhüt ettikleri ve taahhütlerini de kısmen nakdi sermaye olarak ödeyeceklerine ilişkin bir hüküm konulmuştur. Tescil öncesi ilişkinin adi ortaklık olarak nitelenmesi, bu adi ortaklığa ayrıca bir sermaye tahsisi de gerektirmediğine göre, söz konusu hüküm ile, aynı zamanda ön ortaklığın ortakları sıfatıyla kurucuların yükümlülükleri de belirlenmiş ve sınırlanmış olmaktadır.<sup>44</sup>

• Alman hukukundaki ön ortaklık sisteminin, kendi içerisinde tutarlı bir mantığı ve karşıladığı bir gereksinim vardır. Gerçekten, Alman

<sup>43</sup> Bu yöndeki yerinde değerlendirme için bkz., Hirsch, E. Ernst, *Ticaret Hukuku Dersleri*, İstanbul 1946, s. 259; Ansay, Tuğrul, *Anonim Şirketler Hukuku*, Ankara 1982, s. 79-80. Ayrıca, mevcut sistemde ana sözleşmenin ortaklar arasındaki ilişkide tescilden önce uygulanabileceği konusunda, Barlas, Nami, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, İstanbul 1998, s. 113-114.

<sup>44</sup> Karş., Hirsch, s. 259'da örneği verdikten sonra, bu durumda "... Borçlar Kanunu'nun 521. maddesinin tatbikine yer kalmamıştır. Eğer şirket mukavelesinde böyle bir hüküm olmasaydı; müessirlerin sermaye koymak hususundaki mükellefiyetleri, ön şirketin şerikleri sıfatı ile Borçlar Kanunu'nun 521. maddesine göre tayin edilmek lazım gelecekti" denilmektedir. Bu ifade tarzı, ana sözleşmede sermayeye ilişkin hüküm bulunmaması durumunda ön ortaklığa ayrı bir sermaye tahsisi gerekebileceği gibi anlaşılabilir ki, yazarın bunu amaçladığı kanısında değiliz. Zaten TTK 279 uyarınca ana sözleşmede her bir ortağın taahhüt edeceği sermayenin niteliği ve miktarının gösterilmesi zorunludur. Ayrıca, taraf iradeleri, anonim ortaklık kurulana dek bir adi ortaklık oluşturmaya yönelmiş değildir. Adi ortaklık, tarafların tescil öncesi ilişkilerine BK 520/II uyarınca bağlanan kanuni bir sonuçtur. Bu istisnai hükümden hareketle, taraf iradelerinden aksi açıkça anlaşılmadığı sürece, ön ortaklığa ayrıca sermaye tahsisi gerektiğini sonucuna varılamaz.

hukukunda bir anonim şirket kuruluşu ve tüzel kişilik kazanmasının oldukça uzun sürdüğü, hatta aylar geçmesini gerektirdiği, bu aradaki sürede de ön ortaklık modeli sayesinde, gelecekteki şirket adına, ama henüz tüzel kişilik kazanmadığı için onun yerine doğrudan ön ortaklık aracılığıyla hak edinmenin ve borç altına girmenin mümkün kılındığı anlaşılmaktadır.<sup>45</sup> Oysa Türk hukukunda kuruluş birkaç haftada tamamlanabilmekte ve kuruluş sırasındaki işlemlerden dolayı kurucular ve işlem yapanlar sorumlu tutulabilmektedirler (TTK 301).

- Madde gerekçesinde, ön-şirketin adi şirket olmayıp, elbirliği mülkiyeti (şirketi) oluşturduğunun belirtilmesi de sonuca etkili değildir. Çünkü adi şirkette de ortaklar arasında kural olarak elbirliği mülkiyeti hükümleri geçerlidir (BK 534).<sup>46</sup>

Bu nedenlerle, Tasarı ile getirilmek istenen, pratik bir gereksinime ve haklı bir gerekçeye dayanmayan bu sistem değişikliğini yerinde bulamıyor; mevcut sisteme devam edilmesinde yarar ve hatta zorunluluk görüyoruz.

## 2. Emredici Hükümler

**Madde 340.** 1. Esas sözleşme, bu Kanun'un anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, kanunda buna açıkça cevaz verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.

## Değerlendirme ve Öneri

- Hükmün tamamına yönelik eleştirilere katılmanın yanında, özellikle ilk cümlesinin getirdiği gereksiz kısıtlamaya karşı ek bazı gerekçeler de öne sürülebilir. Öncelikle belirtmeliyiz ki, anılan kısıtlama, anasözleşmenin hukuki niteliği konusundaki yerli ve yabancı doktrine ve uygulamaya hiç uygun düşmemektedir. Çünkü anasözleşmenin, bir

<sup>45</sup> Ön ortaklık, taşınmaz maliki olabilmekte, onun adına banka hesabı açılabilen ve ona karşı dava açılabilir. Bkz., Hoffmann-Becking, Michael, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht*, Bd. 4: Aktiengesellschaft, München 1988, s. 15 vd. Nitekim bu husus, Prof. Dr. Hasan Pulaşlı tarafından, Yeditepe Üniversitesi'nde 2005 Yılı Mayıs ayında düzenlenen ve TTK Tasarısı'nın tartışıldığı toplantıda açık ve somut örneklerle ifade edilmiştir.

<sup>46</sup> Ayrıca bkz., Poroy, (Tekinalp-Çamoğlu), N. 82.

yönüyle şirket anayasası, diğer bir yönüyle de borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde yerli ve yabancı öğretide olduğu genellikle kabul edilmekte<sup>47</sup> ve ortaklar, Kanun'un öngördüğü hususlar dışında da anasözleşmelere birçok hüküm koyabilmekte, kanuni düzenlemelerden, tamamen veya kısmen sapabilmektedirler.

Anasözleşmeden sapılabilmesi için, buna açıkça cevaz verilmesi şartı, kazüistik kanun yapma yöntemini akla getirmekte ve kanunu hazırlayanların, her olasılığı düşünmüş ve ona göre kanundan sapma iznini vermiş olmalarını gerektirmektedir. Oysa bu fiilen mümkün olmadığı gibi, anasözleşmenin irade özgürlüğüne tabi olan kısmını da ortadan kaldırmaktadır. Üstelik, her ortaklık, emredici hükümler dışında, kendi anayasasını yapabileceği gibi bir özgürlükten yoksun bırakılamaz. Böyle bir kısıtlama, liberalleşme eğilimlerine de ters düşer ve dayatma anlamına gelir.

Madde gerekçesinde, bu hükmün, *“normatif sistemin zorunlu bir parçası”* olduğu belirtilmekte ve Alman hukukundan alındığı vurgulanmakta ise de, gerekçede de değinildiği üzere, bu kısıtlamanın Alman hukukunda bile bir çok karşıtı bulunmaktadır. Kanun'da emredici nitelik taşımayan birçok hüküm bulunsa bile, bu hükümlerden sapılabilmesi için de açık bir sapma izni öngörülmesini normatif sisteme geçiş ile açıklamak mümkün değildir. Çünkü normatif sistem, irade özgürlüğünün ortadan kaldırılmasını değil, tam tersine, kuruluşun kolaylaştırılmasını, denetim ve tescil makamlarının yetkilerinin mümkün olabildiğince kısıtlanmasını gerektirir.

Daha da ilginç olanı, gerekçesinde, maddenin sözüne aykırı biçimde *“Hükümdeki ‘kanunda açıkça cevaz verilmişse’ ibaresi, maddenin lafzından sapabilme imkanının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetilen bir yorumla ‘sapabilme’nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır. Kanun’un somut olay hakkında sustuğu hallerde kanuni boşluğun doldurulmasına ilişkin metodoloji kuralları uygulanır”* denilmiş olmasıdır. Aktardığımız gerekçe, sapabilmenin kanunda açıkça izin verilmesine bağlı olduğunu öngören madde metnine tamamen aykırı olup, anasözleşmeden, Kanun'da açıkça izin verilmeyen sapmalar da yapılabileceğini göstermektedir. Ayrıca

<sup>47</sup> Bkz., Bahtiyar, *Anasözleşme*, s. 15-32.

bu gerekçe, hükmün davaları azaltacağı yönündeki kendi dayanağını da ortadan kaldırmaktadır. Çünkü sapabilmenin haklı olup olmadığı yoruma ve tartışmaya açık olup, birçok uyuşmazlığa peşinen davetiye çıkarmaktadır.

Üstelik Tasarı, konusu yönünden bazı anonim şirketlerin kuruluş ve anasözleşme değişikliklerini izne bağlayan mevcut sistemi benimsemiş; izne tabi şirketlerde de bakanlık incelemesinin yalnızca emredici hükümlere uygunluk ile sınırlı olduğunu açık hükme bağlayarak (m. 333), bakanlığın takdir yetkisi olup olmadığı konusunda önceden beri yapılan tartışmaları sona erdirmiştir. Şu durumda Tasarı'nın normatif sistemi benimsediği zaten açık olup, bu sisteme geçiş adına anonim şirketlere ilişkin tüm hükümlere emredicilik kazandırılması yerinde olmamıştır. Anasözleşmelere ihtiyari hükümler konulması veya yedek nitelikli kanun hükümlerinden sapılabilmesi olanağı veren mevcut sistemin yanında, izne tabi şirketlerde bakanlık incelemesinin yalnızca emredici hükümlere uygunluk ile sınırlı olacağını öngören hükmün (m. 333) muhafaza edilmesi, normatif sisteme engel oluşturmayacaktır.

## VI. Aynî Sermaye

### 1. Aynî Sermaye Konulabilecek Malvarlığı Unsurları

**Madde 342.** 1. Üzerlerinde sınırlı aynî bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden takdir edilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dahil, malvarlığı unsurları aynî sermaye olarak konulabilir. Hizmet edimleri, şahsî emek, ticarî itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz.

2. 128. madde hükmü saklıdır.

### Değerlendirme ve Öneri

- Madde gerekçesinde, vadesi gelmemiş alacakların sermaye konulmasının niçin engellendiği sorusunun doyurucu bir yanıtı verilmemiştir. Vadesi gelmiş alacak para ise, zaten tahsil edilip, nakit sermaye olarak konulabileceğine göre bu sınırlama anlamsızdır. Ayrıca bu sınırlama, m. 343, f. 2, 482, 483, 127 ve 130 ile de bağdaşmamaktadır.



## Yönetim Kurulu

### A. Genel olarak

#### I. Atama ve seçim

##### 1. Üyelerin sayısı ve nitelikleri

**Madde 359.** 1. Anonim şirketin, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş, bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur. Temsile yetkili en az bir üyenin yerleşme yerinin Türkiye’de bulunması ve Türk vatandaşı olması şarttır.

2. Bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilân olunur; ayrıca şirketin web sitesinde tescil ve ilân keyfiyeti yayımlanır. Tüzel kişi adına sadece bu tescil edilmiş kişi toplantılara katılıp oy kullanabilir.

3. Yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmaları şarttır. Yönetim kurulu üyelerinin en az yarısıyla tüzel kişi adına tescil ve ilân edilen kişilerin ve tek kişilik yönetim kurulunda üyenin yüksek öğrenim görmüş olmaları gereklidir.

4. Üyeliği sona erdiren sebepler seçilmeye de engeldir.

### Değerlendirme ve Öneri

- Maddede tek kişilik kuruldan söz eden f. 1 anlamsızdır. Bu durumda yöneticiden veya yönetim organından söz etmek daha doğrudur.

- Maddeye yöneltilebilecek diğer eleştirilere,<sup>48</sup> 3. fıkrada öngörülen yüksek öğrenim şartının gereksizliği de eklenebilir. Bu zorlama, ülkemizin gerçekleriyle pek bağdaşmayıp, özellikle aile tipi anonim şirketlerde, ortaklar arasında yüksek öğrenim görmüş olanlar yok ise, dışarıdan bu şartı taşıyan yöneticiler aramaya yöneltecek niteliktedir. Yüksek öğrenim görmenin, daima iyi yönetici olma veya ticarete de başarı sağlamanın ölçüsü sayılamayacağı açık ve ülkemizin birçok ünlü iş adamı ile kanıtlanmış bir olgudur. Bu şartın, tek kişiden oluşan yönetim kurulu (!) için aranıp aranmadığı maddeden anlaşılmadığı gibi,

<sup>48</sup> Bkz., Moroğlu, s. 94-95.

aranması durumunda da yukarıda değindiğimiz sakınca doğacaktır. Bu zorlamadan vazgeçilmesi gerektiği görüşündeyiz.

## II. Üyeliğin Boşalması

**Madde 363.** 1. 334. madde hükmü saklı kalmak üzere, herhangi bir sebeple bir üyelik boşalırsa, yönetim kurulu, kanunî şartları haiz birini, geçici olarak yönetim kurulu üyeliğine seçip ilk genel kurulun onayına sunar. Bu suretle seçilen üye, onaya sunulduğu genel kurul toplantısına kadar görev yapar ve onaylanması halinde selefinin süresini tamamlar.

2. Yönetim kurulu üyelerinden birinin iflâsına karar verilir veya ehliyeti kısıtlanır ya da bir üye üyelik için gerekli kanunî şartları yahut esas sözleşmede öngörülen nitelikleri yitirirse, bu kişinin üyeliği, herhangi bir işleme gerek olmaksızın, kendiliğinden sona erer.

## Değerlendirme ve Öneri

- Maddede tek yöneticisi (Tasarı değişikliğiyle tek kişilik yönetim kurulu) bulunan şirketlerde, o tek kişinin görevinin herhangi bir nedenle sona ermesi (örneğin; ölüm, istifa, hapse mahkumiyet gibi) durumunda ne olacağının yanıtı yoktur. Bu nedenle, görevin sona ermesinden itibaren genel kurulun toplanmasına kadar geçecek sürede görev yapmak üzere yedek üye seçimi yapılması zorunluluğu öngörülmelidir.

## VI. Şirketle İşlem Yapma, Şirkete Borçlanma Yasağı

**Madde 395.** 1. Yönetim kurulu üyesi, genel kuruldan izin olmadan şirketle kendisi veya başkası adına herhangi bir işlem yapamaz; aksi halde, şirket yapılan işlemin batıl olduğunu ileri sürebilir. Diğer taraf böyle bir iddiada bulunamaz.

2. Yönetim kurulu üyesi, onun 393. maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine iştirak ettikleri sermaye şirketleri, şirkete nakden veya aynen borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve güvence veremez, sorumluluk yüklenemez, borçlarını devralamaz. Aksi halde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri,

şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler.

3. Bankalar Kanunu hükümleri saklıdır.

### Değerlendirme ve Öneri

• İşlem yapma ve borçlanma yasağı getiren bu hükme, “*ticari amaçla*” sözcüklerinin eklenmesi ve böylece, bir üyenin, kişisel gereksinimleri için kendi şirketi ile işlem yapabilmesi gerekir. Aksi takdirde, örneğin lastik üreten bir şirketin yöneticisi, kendi özel arabası için bile şirketi ile sözleşme yapamayacak ve borçlanamayacaktır.<sup>49</sup>

### Genel Kurul

#### A. Genel olarak

**Madde 407. 1.** Pay sahipleri şirket işlerine ilişkin haklarını genel kurulda kullanırlar. Kanunî istisnalar saklıdır.

2. Murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantısında hazır bulunmaları şarttır. Diğer yönetim kurulu üyeleri genel kurul toplantısına katılabilirler. Denetçi ve kendilerini ilgilendiren konularda işlem denetçileri genel kurulda hazır bulunurlar. Üyeler ve denetçiler görüş bildirebilirler.

3. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın çıkaracağı tebliğde belirtilen şirketlerin genel kurullarında Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın temsilcisi bulunur. Diğer şirketlerde komiserlik görevini yerine getirecek olanlar ve bunların nitelikleri Adalet Bakanlığı ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın birlikte çıkaracakları bir yönetmelikle belirlenir. Komiserlerin toplantıya katılma giderleri ve ücretleri ilgili şirket tarafından karşılanır. Şirket genel kurul toplantıları ile bu toplantıda bulunacak komiserlerin görev ve yetkileri ile ücret tarifeleri Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.

<sup>49</sup> Bu örnek ve haklı öneri, Prof. Dr. Sabih Arkan tarafından, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü'nce Mayıs 2005'te düzenlenen “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı” konulu konferansta dile getirilmişti.

## Değerlendirme ve Öneri

• 3. fıkrada yapılan, Bakanlık tebliğinde belirtilen ortaklık genel kurulları için Bakanlık temsilcisi, diğer şirketlerin genel kurulları için komiser ayırımının haklı bir mantığı olmadığı gibi, gerekçede de do-yurucu bir açıklama yoktur. Üstelik gerekçe ile madde metni arasında kullanılan kavramlar yönünden farklılık göze çarpmaktadır; çünkü gerekçede, maddedeki Bakanlık temsilcisi yerine, Bakanlık komiseri kavramı kullanılmıştır.

## 2. Kayıtlı Sermaye Sisteminde

**Madde 460.** 1. Halka açık olmayan bir anonim şirkette, ilk veya de-ğiştirilmiş esas sözleşme ile, esas sözleşmede belirlenen kayıtlı sermaye tavanına kadar, sermayeyi artırma yetkisi, yönetim kuruluna tanıdığı takdirde, bu kurul, sermaye artırımını, bu kanundaki hükümlere göre ve esas sözleşmede öngörülen yetki sınırları içinde gerçekleştirebilir.

2. Sermayenin artırılabilmesi için, yönetim kurulu, esas sözleşmenin sermayeye ilişkin hükümlerinin, 333. madde uyarınca gerekli olması halinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'ndan izni alınmış şekillerini, artırıma dair kararını, imtiyazlı paylara ve rüçhan hakkı sınırlamalarına ve prime ilişkin kayıtları ve bunun yürütülmesi hakkında belirlediği kuralları, esas sözleşmede öngörüldüğü şekilde ilân eder. Yönetim kurulu, bu kararında; artırılan sermayenin tutarını, çıkarılacak yeni payların itibârî değerlerini, sayılarını, cinslerini, primli ve imtiyazlı olup olmadıklarını, yeni pay alma hakkının sınırlandırılıp sınırlandırılmadığını, kullanılma şartları ile süresini belirtir ve bu hususlarla kamuyu aydınlatma ilkesi yönünden gerekli olan diğer konularda bilgi verir.

3. Çıkarılacak yeni payların taahhüdü, ödenmesi gereken asgarî nakdî tutar, aynî sermaye konulması ve diğer konular hakkında 459. madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

4. Yönetim kurulunun, imtiyazlı veya itibârî değerinin üzerinde pay çıkarabilmesi ve pay sahiplerinin yeni pay alma haklarını sınırlandırabilmesi için esas sözleşmeyle yetkilendirilmiş olması şarttır.

5. Yönetim kurulu kararları aleyhine, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri, 445. maddede öngörülen sebeplerin varlığı halinde kararın

ilân tarihinden itibaren bir ay içinde iptal davası açabilirler. Bu davaya 448 ilâ 451. madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

6. Sermaye artırımının yukarıdaki hükümlere uygun olarak gerçekleştirilmesinden sonra, çıkarılmış sermayeyi gösteren esas sözleşmenin sermaye maddesinin yeni şekli, yönetim kurulunca tescil ettirilir.

7. Sermaye Piyasası Kanunu'nun halka açık anonim şirketlere ilişkin hükümleri saklıdır.

### Değerlendirme ve Öneri

• Kayıtlı sermaye sistemine geçiş ve sistemden çıkma bir anasözleşme değişikliği gerektirdiği halde, bu sistem içerisinde yapılacak sermaye artırımları, bir anasözleşme değişikliği gerektirmemektedir. Olsa olsa, şirketin çıkarılmış sermayesi anasözleşmede gösterildiği için, yönetim kurulunun aldığı artırım kararları sonucunda ulaşılan yeni rakamlar uyarınca anasözleşmenin ilgili hükmünün düzeltilmesi gündeme gelebilir. Nitekim İsviçre Hukukunda OR. Art. 651a ile TTK Tasarısı, m. 460, f. 6, bu türden bir düzeltmeyi öngörmektedir.<sup>50</sup> Ancak burada, gerçek bir anasözleşme değişikliğinden değil, belki anasözleşmenin uyarlanmasından veya düzeltilmesinden söz etmek daha doğru olur.

Oysa Tasarı'da, bu maddenin de içerisinde yer aldığı ikinci ayırımın başlığı "*Özel Değişiklikler*" olup, öncelikle sistematik açısından yanılğı yaratmakta; maddenin gerekçesinde de, yönetim kurulunun anasözleşmeyi değiştirmesinden söz edilmektedir. Ayrıca, maddenin 2. fıkrasında, bu sistemden beklenen yararı oldukça azaltacak biçimde, Tasarı'nın 333. maddesine yollama da yapılarak, "*gerekli olması halinde*" bakanlık izninden söz edilmekte ve gerçekten, kayıtlı sermaye sistemindeki sermaye artırımlarının da anasözleşme değişikliğine bağlandığı görülmektedir. Bu durum, normatif sisteme geçiş, liberalleşme ve formaliteleri azaltma gibi genel amaçlara ters düşmektedir.

Öte yandan, Tasarı'nın 332. maddesinde, kayıtlı sermaye sistemine geçiş için bakanlık izninin şart koşulmamış olması da, sistem içerisinde yapılacak artırımlarda izinden söz edilmesi ile çelişki oluşturmaktadır.

Önerimiz, bakanlık izninden söz eden hükmün kaldırılması, "*... hükümlerinin, 333. madde uyarınca gerekli olması halinde Sanayi ve Ticaret*

<sup>50</sup> Bkz., Bahtiyar, *Kayıtlı Sermaye Sistemi*, s. 42, 81, dnpn. 131.

*Bakanlığı'ndan izni alınmış şekillerini" ifadesi yerine yalnızca, "hükümlerini" yazılmasıdır.*

## Pay Bedelini İfa Borcu ve İfa Etmemenin Sonuçları

### A. İlke

**Madde 480.** 1. Kanun'da öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibarî değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez.

2. Kayıtlı sermaye sistemini kabul eden anonim şirketlerde esas sözleşme ile yönetim kuruluna primli pay çıkarma yetkisi tanınabilir.

3. Pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler; tasfiye payına ilişkin hakları saklıdır.

4. Payların devirlerinin şirketin onayına bağlı olduğu hallerde, esas sözleşme pay sahiplerine sermaye taahhüdünden doğan borçtan başka, belli zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan edimleri yerine getirmek borcu da yüklenebilir. Bu ikincil yükümlerin nitelik ve kapsamı pay senetlerinin veya ilmühaberlerin arkasına yazılabilir.

### Değerlendirme ve Öneri

- Hükümün 2. fıkrası, *"Yönetim kurulunun, imtiyazlı veya itibarî değerinin üzerinde pay çıkarabilmesi ve pay sahiplerinin yeni pay alma haklarını sınırlandırabilmesi için esas sözleşmeyle yetkilendirilmiş olması şarttır"* diyen m. 460, f. 4 karşısında gereksiz bir tekrar olup hükümden çıkarılabilir.

## II. Pay Senedi Bastırılması

**Madde 486.** 1. Şirketin ve sermaye artırımının tescilinden önce çıkarılan paylar geçersizdir; ancak, iştirak taahhüdünden doğan yükümler varlıklarını sürdürür.

2. Yönetim kurulu, kuruluşun veya sermaye artırımının tescili ve hâmiline olanlarda pay bedelinin tamamının ödenmesi tarihinden itibaren üç ay içinde pay senetlerini bastırıp pay sahiplerine dağıtır. Yönetim kurulunun hâmiline yazılı pay senetlerini bastırmaya ilişkin

kararı tescil ve ilân edilir. Pay senedi bastırılıncaya kadar ilmühaber çıkarılabilir. İlmühaberlere kıyas yoluyla nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümler uygulanır.

3. Azlık istemde bulunursa nama yazılı pay senedi bastırılıp tüm nama yazılı pay senedi sahiplerine dağıtılır.

4. Tescilden önce pay senedi çıkaran kimse, bundan doğan zararlardan sorumludur.

### Değerlendirme ve Öneri

- Halka kapalı anonim ortaklıklarda da pay senedi bastırılması zorunluluğu getiren bu madde, senet bastırma ve dağıtma maliyet/zahmeti nedeniyle eleştirilebilir. Bunun yerine, mevcut sistem korunabilir ya da payın bir belgeye bağlanması zorunlu görülüyorsa, daha az masraf ve uğraş gerektiren ilmühaber çıkarılması düzenlenebilir. Tasarı'nın 1524. maddesinde öngörülen, sermaye şirketlerinin birer web sitesi oluşturma zorunluluğunun da benzer bir zahmet ve özellikle küçük şirketler için gereksiz bir masrafa yol açacağını, burada belirtmekte yarar görüyoruz.

## IV. KIYMETLİ EVRAKA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Genel Değerlendirme

Tasarı'nın kıymetli evrak kitabının gerekçesinde, "... AB üyesi devletler dahil, Avrupa'da kambiyo senetleri hukukunda anılmaya değer bir değişiklik olmadığı gibi, herhangi bir reform konusu da ortaya çıkmamıştır ..." <sup>51</sup> ve bu kitaptaki değişiklikler konusunda da, "Bazı çeviri yanlışlıkları düzeltilmiş, çelişkiler ortadan kaldırılmıştır" denilmiştir. <sup>52</sup> Buradan da anlaşıldığı üzere, kıymetli evrak hükümlerinde bir değişiklik yapılmamış, yalnızca dil ve ifadeler konusunda bazı müdahalelerde bulunulmuştur.

Türk hukukunu etkileyen yabancı hukuklarda bir değişiklik yapılmamış olması, kıymetli evrak hükümlerinde bir değişikliğe gerek bulunmadığı sonucuna yol açmış ise de, kanımızca, bazı düzeltme, ek-

<sup>51</sup> Bkz., *Tasarı*, s. 357.

<sup>52</sup> Bkz., *Tasarı*, s. 380

meler ve değişiklikler yapılabilirdi. Çünkü, mevcut kanundaki birtakım aksaklıkların tasarıya da yansımış olduğu, uygulamada sorun yaratan bazı konulara çözüm getirilmediği ve özellikle, dil, ifade ve yazımlarda yanlışlıklar ve yenileştirmelerde de çelişkiler bulunduğu görülmektedir. Oysa, yeni bir kanun yapılırken yalnızca dış dinamiklerin dikkate alınmaması, mevcut kanundaki eksiklik ve aksaklıkların giderilmesi ve uygulamanın gereksinimlerine de bakılması gerekirdi.

## B. İlgili Maddelere Göre Değerlendirme ve Öneriler

Tasarı'nın kıymetli evraka ilişkin hükümleri konusundaki değerlendirme ve önerilerimizi de ilgili maddeler altında belirtebiliriz:

### Senetten Doğan Borç

**Madde 646.** 1. Kıymetli evrakın borçlusunu, ancak senedin teslimi karşılığında ödeme ile yükümlüdür.

2. Hile veya ağır kusuru bulunmadıkça borçlu, vade geldiğinde, senedin niteliğine göre alacaklı olduğu anlaşılan kişiye ödemedeki bulunmakla borcundan kurtulur.

### Değerlendirme ve Öneri

- Tasarı, m. 646, f. 1'deki "*senedin teslimi karşılığında*" ifadesi, senet zilyetliğinin, teslim dışındaki yollarla (kısa elden teslim, hükmen teslim, zilyetliğin havalesi gibi) devrini kapsam dışı bırakan bir anlam içermektedir. Oysa zilyetliğin bu tür yollarla devrinin mümkün olduğu, m. 647, f. 1 ve 648, f. 2'den anlaşılmaktadır. Bu nedenle m. 646, f. 1'de "*senet zilyetliğinin devri karşılığında*" denilmelidir. Buna paralel olarak, m. 649, f. 1'de de "*ciro ve teslimi ...*" yerine "*ciro ve zilyetliğinin devri*" ifadesi kullanılmalıdır. Ayrıca, m. 838, f. 1'deki "*teslim*" yerine de "*zilyetliğin geçirilmesi*" denilmelidir.

### Tahvil

**Madde 650.** 1. Nama veya emre yazılı senet, ancak kendisine hak verdiği ve borç yüklediği tüm kişilerin onayıyla hâmile yazılı senet haline getirilebilir. Bu onayın bizzat senet üzerine yazılması gerekir.



2. Hâmile yazılı senetlerin nama veya emre yazılı senet haline getirilmesi hususunda da aynı kural geçerlidir. Bu son halde hak veya borç sahibi kişilerden birinin onayı bulunmazsa bu değişiklik, ancak değişikliği yapan alacaklı ile onun haklarına doğrudan doğruya halef olan kişi arasında hüküm ifade eder.

### Değerlendirme ve Öneri

• m. 650'nin kenar başlığındaki "Tahvil" sözcüğü, Anonim ortaklıkların çıkardığı tahvili çağrıştırdığı için, onun yerine, maddenin içeriğine de uygun olarak "Tür Değiştirme" denilmelidir. Ayrıca maddeye, nama veya emre senetler arasında tür değiştirmeye yönelik olarak, şu şekilde bir üç bir fıkra eklenmesini öneriyoruz:

3. Nama veya emre yazılı bir senedin, bu iki tür arasında dönüştürülmesinde de yukarıdaki fıkralar uygulanır.

### Hükümleri

**Madde 652.** 1. İptal kararı üzerine hak sahibi hakkını senetsiz olarak da ileri sürebilir veya yeni bir senet düzenlenmesini isteyebilir.

2. Bunun dışında iptal usulü ve hükümleri hakkında, kıymetli evrakın çeşitli türlerine ilişkin özel hükümler uygulanır.

### Özel Hükümler

**Madde 653.** 1. Çeşitli kıymetli evraka ilişkin özel hükümler saklıdır.

### Değerlendirme ve Öneri

• m. 652, f. 2 iptal usulü ve hükümleri hakkında kıymetli evrakın çeşitli türlerine ilişkin özel hükümlerin uygulanacağını öngördüğünden, m. 653 bir tekrardan ibaret olup, bu hükme gerek yoktur.

### Eksik Nama Yazılı Senetler

**Madde 656.** 1. Nama yazılı senet içinde, senet bedelini her hâmiline ödemek hakkını saklı tutmuş olan borçlu, alacaklı sıfatının ispat edil-

mesini aramamış olsa da, hâmile iyi niyetle yapacağı ödeme sonucunda borcundan kurtulmuş olur. Şu kadar ki, hâmile ödemede bulunmakla yükümlü değildir. 785. maddenin 2. fıkrası hükmü saklıdır.

### Değerlendirme ve Öneri

• m. 656 *“eksik nama yazılı senetler”*i düzenlemekte, fakat son cümlesinde *“785. maddenin 2. fıkrası hükmü ... saklıdır”* denilmektedir. Oysa saklı tutulan hüküm, *“belirli bir kişi lehine”* veya hamiline *“kelimesinin veya buna benzer diğer bir ibarenin eklenmesiyle çekilen çek, hamiline yazılı bir çek sayılır”* demekle, farklı bir olasılığı düzenlemektedir. Bu nedenle m. 656, f. 1’deki son cümleye ihtiyaç dahi yoktur; cümlenin maddeden çıkarılması durumunda da aynı sonuç zaten geçerli olacaktır.

### Hâmile Yazılı Senetler

#### A. Tanımı

**Madde 658.** 1. Senedin metninden veya şeklinden, hâmile kim ise o kişinin hak sahibi sayılacağı anlaşılan her kıymetli evrak, hâmile (hâmiline) yazılı senet sayılır.

2. Mahkeme kararıyla ödemeden men edilen borçlunun ödemesi geçerli olmaz.

### Hâmile Yazılı Faiz Kuponları

**Madde 660.** 1. Borçlu hâmile yazılı faiz kuponlarından doğan alacağa karşı ana paranın itfa edildiği definde bulunamaz.

2. Ana paranın ödenmesi halinde, borçlu, ilerde muaccel olup da asıl senetle birlikte kendisine teslim edilmeyen faiz kuponlarının tutarını, bu kuponlar hakkında geçerli olan zamanaşımı süresi geçinceye kadar alıkoymak hakkını haizdir; meğerki, teslim edilmeyen kuponların iptaline karar verilmiş veya tutarı karşılığında güvence gösterilmiş olsun.

## İptal kararı

### I. Genel olarak

#### 1. Yetki

**Madde 661.** 1. Pay senetleri, tahviller, intifa senetleri (münferit kuponlar hariç olmak üzere), kupon belgeleri, esas kupon belgelerinin yenilenmesine yarayan kuponlar (talonlar) gibi hâmile yazılı senetlerin iptaline hak sahibinin talebi üzerine mahkemece karar verilir.

2. Yetkili mahkeme, borçlunun yerleşim yeri mahkemesi veya pay senetleri hakkında anonim şirket merkezinin bulunduğu yerin mahkemesidir.

3. Dilekçe sahibinin senedin zilyedi bulunduğu ve onu zayi ettiği yolundaki iddialarının mahkemece inandırıcı bulunması gerekir.

4. Bir senet kupon tablosu veya talon içeriyorsa ve hamil yalnız kupon tablosunu veya talonunu yitirmişse, talebin haklı olduğunun ispatı için senedin esas bölümünün ibrazı yeterlidir.

#### 2. Ödeme Yasağı

**Madde 662.** 1. Dilekçe sahibinin talebi üzerine mahkeme senedin borçlusunu; aksine hareket ettiği takdirde iki defa ödemek zorunda kalacağını ihtar ederek bedelini ödemekten men eder.

2. Bir kupon belgesinin iptaline karar vermek gerektiği takdirde vadeleri dava sırasında dolan münferit kuponlar hakkında faiz kuponlarının iptaline ilişkin hükümler uygulanır.

### Değerlendirme ve Öneriler

- m. 658, f. 2'nin yeri bu madde değildir. Bu fıkra hükmü, m. 662, f. 1'e yazılmalıdır. Çünkü borçlunun ödemesinin mahkeme kararıyla yasaklanması, m. 662'de düzenlenmiştir. Ayrıca bu fıkradaki "ödemeden men edilen" yerine Türkçe karşılık olarak, "ödemesi yasaklanan" veya "ödeme yapması yasaklanan" denilmelidir. m. 662, f. 1'deki "ödemekten men eder" yerine "ödemesini yasaklar" denilebilir.

- m. 660, f. 1'deki "ana paranın itfa edildiği" yerine "ana para borcunun sona erdirildiği" ifadesi kullanılmalıdır.

- m. 660 f. 2'deki "... alıkoymak hakkını haizdir" yerine "alıkoymak hakkına sahiptir" ya da kısaca "alıkoymak" denilmelidir.
- m. 661, f. 4'deki "... ibrazı yeterlidir" ifadesindeki "ibrazı" yerine, "sunulması" veya "gösterilmesi" sözcüğü kullanılabilir.

### 3. İlân ile Çağrı, Başvuru Süresi

**Madde 663.** 1. Mahkeme, dilekçe sahibinin, senedin zilyedi bulunmuş ve onu zâyi etmiş olduğuna dair yaptığı açıklamanın doğruluğunu inandırıcı görürse, belli olmayan hâmili ilân yoluyla senedi belirli bir süre içinde ibraz etmeye çağırır ve aksi takdirde senedin iptaline karar verileceğini ihtar eder. Sürenin en az altı ay olarak belirlenmesi gerekir; bu süre ilk ilân gününden itibaren işlemeye başlar.

### 4. İlân Şekli

**Madde 664.** 1. Senedi ibraz hususundaki ilânın 35. maddede yazılı gazetede üç defa yapılması gerekir.

2. Mahkeme gerek gördüğü takdirde ayrıca uygun göreceği diğer şekillerde de ilânlar yapılmasına karar verebilir.

### Değerlendirme ve Öneriler

• m. 663'teki "ibraz etmeye" yerine "sunmaya" sözcüğü kullanılmalıdır. Ayrıca bu maddedeki altı aylık sunma süresinin oldukça uzun olduğu, ticari yaşamın gerekleri ve hukuk güvenliği nedenleriyle, üç ay gibi daha kısa bir süre öngörülmesinin uygun olacağı görüşündeyiz.

• m. 664, f. 1'de (diğer bir çok hükümde olduğu gibi) ilânın yapılacağı gazete için m. 35'e yollama yapmak yerine, doğrudan Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nin adı yazılabilir.

### 5. Hükümleri

#### a. Senedin İbrazi Halinde

**Madde 665.** 1. İptali istenen senet ibraz edilirse, mahkeme, dilekçe sahibine senedin geri verilmesi davası açması için bir süre belirler.

2. Dilekçe sahibi bu süre içinde dava açmazsa, mahkeme, senedi geri verir ve ödeme yasağını kaldırır.

### **b. Senedin İbraz Edilmemesi Halinde**

**Madde 666.** 1. Senet belirlenen süre içinde ibraz edilmezse, mahkeme, senedin iptaline karar verir veya gerekli görürse başka önlemler de alabilir.

2. Hâmile yazılı bir senedin iptali hakkındaki karar, derhal 35. maddede yazılı gazete ile ve mahkeme gerek görürse başka araçlarla da ilân edilir.

3. İptal kararı üzerine dilekçe sahibi, gideri kendisine ait olmak üzere yeni bir senet düzenlenmesini veya muaccel borcun ifasını istemek hakkını haizdir.

## **II. Kuponlarda Usul**

**Madde 667.** 1. Münferit kuponların zıyaı halinde hak sahibinin talebi üzerine, mahkeme, bedelin vâdesinde ve eğer vâde zaten dolmuşsa derhal mahkemeye yatırılmasına karar verir.

2. Üç yıl geçtikten sonra hiçbir hak sahibi başvurmaz ve vâdenin dolmasından itibaren üç yıl geçmiş olursa, mahkeme kararıyla bedel dilekçe sahibine verilir.

## **III. Banknotlarda ve Buna Benzer Kağıtlarda Usul**

**Madde 668.** 1. Banknot ve büyük miktarda çıkarılıp görüldüğünde ödenmesi gereken ve para yerine ödeme aracı olarak kullanılan ve belirli bedelleri yazılı olan diğer hâmile yazılı senetlerin iptaline karar verilemez.

2. Devlet tarafından çıkarılmış olan tahvillere ilişkin özel hükümler saklıdır.

### **D. İpotekli Borç Senedi ve İrat Senedi**

**Madde 669.** 1. Hâmile yazılı olan ipotekli borç senediyle irat senedine ilişkin özel hükümler saklıdır.

## Değerlendirme ve Öneriler

• m. 665, f. 1’deki “*ibraz edilirse*” yerine “*mahkemeye sunulursa*” m. 666, f. 1’deki “*ibraz edilmezse*” yerine “*mahkemeye sunulmazsa*” denilebilir.

• m. 666, f. 1’deki “*veya*”nın “*ve*” olması gerekir. Fıkra 3’teki “*istemek hakkını haizdir*” yerine “*isteyebilir*” sözcüğü kullanılmalıdır.

• m. 667’nin kenar başlığında “*usül*” yazılmış iken, m. 657, f. 2’de “*usul*” m. 668’in kenar başlığında ise “*usûl*” yazılmıştır. Oysa yazımlarda birlik sağlanmalıdır. Doğrusu “*usul*”dür.<sup>53</sup>

• m. 668, f. 2 ve 669’da bazı hükümler saklı tutulmuş ise de, m. 652, f. 2’deki saklı tutma hükmü ve ayrıca m. 653 yanında bu hükümlere de gerek duyulmayabilirdi.

## Poliçenin Düzenlenmesi ve Şekli

### A. Şekil

#### I. Unsurları

##### 1. Genel olarak

#### Madde 671.

##### 1. Poliçe;

a. senet metninde “*poliçe*” kelimesini ve eğer senet Türkçe’den başka bir dille yazılmışsa, o dilde poliçe karşılığı olarak kullanılan kelimeyi,

b. belirli bir bedelin ödenmesi hususunda kayıtsız ve şartsız havaleyi,

c. ödeyecek olan kişinin (muhatabın) ad ve soyadını,

d. vadeyi,

e. ödeme yerini,

f. kime veya kimin emrine ödenecek ise onun ad ve soyadını,

g. düzenlenme tarihini, yerini ve

h. düzenleyenin imzasını

içerir.

<sup>53</sup> Bkz., Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, s. 493; *Türk Dil Kurumu Okul Sözlüğü*, s. 786-787.

## 2. Unsurların Bulunmaması

**Madde 672.** 1. 671. maddede yazılı unsurlardan birini içermeyen senet aşağıdaki fıkralarda yazılı haller dışında poliçe sayılmaz.

2. Vadesi gösterilmeyen poliçenin görüldüğünde ödenmesi şart edilmiş sayılır.

3. Ayrıca belirtilmiş olmadıkça muhatabın soyadı yanında gösterilen yer, ödeme yeri ve aynı zamanda da muhatabın yerleşim yeri sayılır.

4. Düzenlenme yeri gösterilmeyen poliçe, düzenleyenin soyadı yanında gösterilen yerde düzenlenmiş sayılır.

## Değerlendirme ve Öneriler

- m. 671’de poliçe unsurları arasında “düzenlenme tarihi” ile “düzenleyenin imzası”ndan söz edilmiştir. Oysa mevcut kanun, m. 583’te “keşide tarihi” ile “keşidecinin imzası” öngörülmüştür. Bilindiği üzere keşide etmek fiili, poliçe ve çek gibi üçlü ilişkilerde özel bir anlama sahiptir.<sup>54</sup> Bu nedenle “düzenleyen” kambiyo senetlerinden yalnızca bonoda kullanılabilir; çekte ve poliçede ise “keşideci” kullanılmaya devam edilmelidir. m. 671’e ilişkin bu söylediklerimiz, çeki ilişkin m. 780 açısından da geçerlidir.

- Buna bağlı olarak, diğer birçok maddenin de düzeltilmesi gerekmektedir. Örneğin; Madde 693, f. 1’deki “düzenlenme gününden” yerine “keşide gününden”; m. 701, f. 4’deki “düzenleyici” yerine “keşideci”, m. 704, f. 1, m. 706, f. 1 ve 2 ve m. 707, f. 1’de “düzenlenme” yerine “keşide”, m. 795, f. 2, “düzenlenme” yerine “keşide”, m. 796, f. 1’deki “düzenlendiği” yerine “keşide edildiği”, m. 796, f. 2’deki “düzenlenen” yerine “keşide edilen” kullanılabilir. Ayrıca, m. 681, f. 3; m. 687, f. 1; m. 692, f. 2, 3 ve 4; m. 693, f. 2; m. 697 f. 1; m. 698, f. 2, m. 701, f. 3; m. 704, f. 1; m. 713; m. 722, f. 1; m. 724, f. 1 gibi birçok hükümde bu ve benzer sözcükler vardır.

- m. 671’de muhatap ile lehdarın ad ve soyadlarının poliçede belirtilmesi öngörülmüş ise de, tüzel kişiler de muhatap ve lehdar olabileceğine göre herhalde “adı, soyadı veya ünvanı” denilmesi doğru olacaktır.

- m. 672, f. 4’te, mevcut Kanun’un 693. maddesi tekrar edilmiş ise de, mevcut aksaklığın tasarıda da devam ettirildiği görülmektedir. Çün-

kü belirtilen hükümde “düzenleme yeri gösterilmeyen poliçe, düzenleyenin soyadı yanında gösterilen yerde düzenlenmiş sayılır” denmesine rağmen, poliçe unsurlarını sayan m. 671’de düzenleyenin yalnızca imzası yer almakta; adı-soyadı bulunmamaktadır. O halde hükmün “keşidecinin imzası yanında” şeklinde düzeltilmesi zorunludur.

## II. Yetkisiz İmza

**Madde 678.** 1. Temsile yetkili olmadığı halde bir kişinin temsilcisi sıfatıyla bir poliçeye imzasını koyan kişi, o poliçeden dolayı bizzat sorumludur; bu poliçeyi ödediği takdirde, temsil olunduğu kabul edilen kişinin sahip bulunabileceği hakları haiz olur. Yetkisini aşan temsilci için de hüküm böyledir.

## Değerlendirme ve Öneri

- Hükümün son cümlesinde, mevcut Kanun’un 590. maddesinde olduğu gibi, yetkisini aşan temsilci açısından öngörülen sorumluluğun miktarı ve niteliği konusunda tartışmalara yol açabilecek niteliktedir. Çünkü TTK 590 uyarınca yetkisini aşarak kambiyo senedi düzenleyen temsilcinin, yetkisini aştığı kısım kadar mı, yoksa tüm senet bedeli kadar mı sorumlu olacağı veya yetki sınırına kadar temsil edilenin ve temsilcinin birlikte (müteselsilen) sorumlu sayılıp sayılamayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Tasarı’ya, bu tartışmaları sonlandırmak açısından, “Bu durumda temsilci, yalnızca yetkisini aşan miktar için sorumludur” biçiminde bir ekleme yapılarak, sorumluluğa açıklık getirilebilirdi.<sup>55</sup>

## IV. Açık Poliçe

**Madde 680.** 1. Dolaşıma çıkarılırken tamamen doldurulmamış bulunan bir poliçe, aradaki anlaşmalara aykırı bir şekilde doldurulursa, bu anlaşmalara uyulmadığı iddiası, hâmile karşı ileri sürülemez; meğerki, hâmil poliçeyi kötü niyetle iktisap etmiş veya iktisap sırasında kendisine ağır bir kusur isnadı mümkün bulunmuş olsun.

<sup>54</sup> Bkz., İmregün, *Kıymetli Evrak*, s. 108, dph. 4 ve orada anılan Poroy ve Tekil.

<sup>55</sup> Nitekim bu öneri ve sorun hakkındaki tartışmalar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Arıcı, Fatih, *Kambiyo Senetlerinde Temsilcinin Yetkisini Aşarak Kambiyo Taahhüdünde Bulunmasından Doğan Sorumluluk*, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 10 vd.



### Değerlendirme ve Öneri

• m. 680'deki "kusur isnadı" yerine "kusur yüklenmesi" denilebilir. Çünkü hem Türkçe'dir; hem Tasarı'nın 812. maddesinde de "kusur yüklenmesi" kullanılmış bulunduğundan, ifadelerde birlik sağlanmış ve çelişki önlenmiş olur.

### 3. Vadeden Sonraki Ciro

**Madde 690.** 1. Vadenin geçmesinden sonra yapılan ciro, vadeden önce yapılan bir cironun hükümlerini doğurur; şu kadar ki; ödenmeme protestosundan veya bu protestonun düzenlenmesi için öngörölmüş sürenin geçmesinden sonra yapılan ciro, sadece alacağın devri hükümlerini doğurur.

2. Aksi sabit oluncaya kadar tarihsiz bir ciro protestonun düzenlenmesi için öngörölen sürenin geçmesinden önce yapılmış sayılır.

### Kabul ve Aval

#### A. Kabule Arz

##### I. Kural

**Madde 691.** 1. Poliçe vadeye kadar hâmil veya poliçeyi elinde tutan herkes tarafından muhatabın yerleşim yerinde onun kabulüne arz olunabilir.

##### II. Kabule Arz Şartı ve Yasağı

**Madde 692.** 1. Düzenleyen, bir süre belirleyerek veya belirlemeden poliçenin kabule arz edilmesini şart koşabilir.

2. Düzenleyen, üçüncü bir kişinin yerleşim yerinde veya muhatabın yerleşim yerinden başka bir yerde ya da göröldükten belirli bir süre sonra ödenmesi gereken poliçeler hariç olmak üzere, poliçenin kabule arzını menettiğini poliçeye yazabilir.

3. Düzenleyen, poliçenin belirli bir tarihten önce kabule arz edilmesini de şart koşabilir.

4. Düzenleyen, poliçenin kabule arzını menetmiş olmadıkça, bir süre koyarak veya koymayarak, her ciranta poliçenin kabule arzını şart koşabilir.

### III. Görüldükten Belirli Bir Süre Sonra Ödenmesi Gereken Poliçelerde

**Madde 693.** 1. Görüldükten belirli bir süre sonra ödenmesi şart kılınan poliçelerin, düzenlenme gününden itibaren bir yıl içinde kabule arz edilmesi gerekir.

2. Düzenleyen bu süreyi kısaltabileceği gibi, daha uzun bir süre de şart koşabilir.

3. Cirantalar kabule arz sürelerini kısaltabilirler.

### IV. Bir Daha Kabule Arz

**Madde 694.** 1. Muhatap, poliçenin, kendisine arz edildiği günü izleyen günde bir daha ibrazını isteyebilir. İlgililer, bu talebin yerine getirilmediğini, ancak bu istem protestoya yazılmışsa ileri sürebilirler.

2. Hâmil, kabule arz edilen poliçeyi muhatabın elinde bırakmakla yükümlü değildir.

### Değerlendirme ve Öneriler

- m. 690, f. 1'in ilk metnindeki "*alelade temlikin*" yerine "*alacağın devri*" denilmesi yerinde olmuştur,

- m. 690 f. 1'deki "*ödenmeme protestosu*", m. 714 vd. ve 730'a uygun olarak "*ödememe protestosu*" şeklinde yazılmalıdır,

- m. 691 ve 692'nin kenar başlığındaki "*kabule arz*" yerine "*kabule sunma*" olabilir. Madde içeriği de buna göre yazılabilir. Aynı şekilde, m. 691, f. 1'deki "*arz olunabilir*" yerine "*sunulabilir*" sözcüğü, m. 694, f. 1'deki "*arz edildiği*" yerine "*sunulduğu*", "*bir daha ibrazını*" yerine, "*bir daha getirilmesini*" ve f. 3'te de "*kabule sunulan*" kullanılabilir,

- m. 694, f. 1'deki "*talebin*" sözcüğü yerine de Tasarı'nın genelinde ve bu maddede olduğu gibi, "*istemin*" yazılmalıdır,

## V. Vadeden Önce ve Vadesinde Ödeme

**Madde 710.** 1. Poliçenin hâmilî, vadeden önce ödemeyi kabule yükümlü değildir.

2. Vadeden önce ödeyen muhatap, bundan doğacak tehlike kendisine ait olmak üzere hareket etmiş olur.

3. Hile veya ağır bir kusuru bulunmadıkça poliçeyi vadesinde ödeyen kişi borcundan kurtulur. Ödeyen kişi, cirolar arasında düzenli bir teselsülün bulunup bulunmadığını incelemekle yükümlü ise de, cirantaların imzalarının geçerliliğini araştırmak zorunda değildir.

## Değerlendirme ve Öneriler

• m. 710, f. 2' deki "... tehlike kendisine ait olmak üzere hareket etmiş olur" yerine "tehlikeyi üstlenmiş olur" daha kısa ve anlaşılır bir ifadedir.

• m. 710, f. 3' ün zıt anlamından, poliçeyi ödeyen kişinin, sanki "keşidecinin imzasının geçerliliğini araştırmak zorunda olduğu" anlamı çıkmaktadır. Bu nedenle, "cirantaların imzalarının" yerine "senetteki imzaların" denilebilir.

## Kabul Etmeme ve Ödememe Hallerinde Başvurma Hakları

### A. Başvurma Hakkı

#### I. Genel Olarak

**Madde 713.** 1. Hâmil, vadede poliçe ödenmemişse, cirantalara, düzenleyene ve poliçe dolayısıyla taahhüt altına girmiş olan diğer kişilere karşı başvurabilir.

2. Hâmil;

a. kabulden tamamen veya kısmen kaçınılmış,

b. poliçeyi kabul etmiş olsun olmasın, muhatap iflâs etmiş veya bir ilâmla kanıtlanmamış olsa dahi, sadece ödemelerini tatil etmiş veya aleyhindeki herhangi bir icra takibi semeresiz kalmış veya c) kabul için arz edilmesi men edilen bir poliçenin düzenleyeni iflâs etmiş; olursa vadenin gelmesinden önce de aynı başvurma hakkını haizdir.

## II. Protesto

### 1. Süreler ve Şartları

**Madde 714.** 1. Kabul etmemenin veya ödememenin, kabul etme veya ödememe protestosu denilen resmî bir belge ile belirlenmesi zorunludur.

2. Kabul etmeme protestosunun, kabule arz için belirli olan süre içinde çekilmesi gerekir. Şayet 694. maddenin 1. fıkrasında gösterilen halde poliçenin ilk arzı vâdenin son gününde olmuşsa, protesto o günün ertesi günü de çekilebilir.

3. Belirli bir günde veya düzenlenme gününden ya da görüldükten belirli bir süre sonra ödenmesi şartını içeren bir poliçeden dolayı çekilecek ödememe protestosunun, ödeme gününü izleyen iki iş günü içinde çekilmesi zorunludur. Görüldüğünde ödenmesi şart olan bir poliçeden dolayı çekilecek ödememe protestosu yukarıdaki fıkrada kabul etmeme protestosu için gösterilen süreler içinde çekilir.

4. Kabul etmeme protestosu çekilmiş olması halinde ödeme için poliçeyi ibraz etmeye gerek olmadığı gibi, ödememe protestosu çekmeye de ihtiyaç yoktur.

5. Poliçeyi kabul etmiş olsun olmasın, muhatap ödemelerini tatil etmiş veya aleyhindeki herhangi bir icra takibi semeresiz kalmış ise, hâmil başvurma haklarını ancak poliçenin ödenmesi için muhataba ibrazından ve protestonun çekilmesinden sonra kullanabilir.

6. Poliçeyi kabul etmiş olsun olmasın, muhatap veya kabul için arz edilmesi men edilen bir poliçenin düzenleyeni iflâs etmişse iflâs ilâmının ibrazı, başvurma hakkının kullanılması için yeterlidir.

### 2. Şekli

#### a. Noterlikçe Düzenlenmesi

**Madde 715.** 1. Protestonun aşağıdaki maddede bildirilen şekil ve surette noterlikçe düzenlenmesi gerekir.

**b. İçindekiler****Madde 716. 1. Protesto;**

a. protestoyu çeken ve kendisine protesto çekilen kişilerin ad ve soyadlarını veya ticaret unvanlarını;

b. kendisine protesto çekilen kişinin, poliçeden doğan taahhüdünü yerine getirmeye davet edildiği halde, taahhüdünü yerine getirmemiş, kendisi bulunamamış veya ticaret yerinin ya da konutunun belirlenmemiş olduğuna ilişkin bir şerhi;

c. sözü geçen davetin yapıldığı veya davet teşebbüsünün sonuçsuz kaldığı yer ve güne ait bir şerhi ve

d. protestoyu düzenleyen noterin imzasını içerir.

2. Kısmî ödeme, protestoda belirtilir.

3. Kabul için kendisine bir poliçe ibraz edilmiş olan muhatap, poliçenin ertesi günü tekrar ibrazını istemiş ise bu durum da protestoya yazılır.

**Değerlendirme ve Öneriler**

- m. 713 ve m. 714, f. 6 daki “*menedilen*” yerine “*yasaklanan*”,
- m. 714, f. 2’de “*kabule arz için belirli olan*” yerine “*kabule sunma için öngörülen*”,<sup>56</sup>
- m. 715’teki “*aşağıdaki maddede bildirilen şekil ve surette*” yerine, “*aşağıdaki maddeye göre*” denilmelidir.
- m. 716, f. 1, c’deki “*davet teşebbüsünün*” yerine “*davet girişiminin*” denilebilir.

<sup>56</sup> Nitekim Tasarı, m. 763 ve 764’te de “*ibraz*” yerine “*sunma*” sözcüğü seçilmiştir.

## B. Sebepsiz zenginleşme

**Madde 732. 1.** Zamanaşımı sebebiyle veya poliçeden doğan hakların korunması için gerekli olan işlemlerin yapılmasının ihmal edilmiş olması dolayısıyla, düzenleyen veya kabul eden poliçeden doğan yükümlülükleri düşmüş bile olsa, bunlar poliçenin hamiline karşı onun zararına zenginleşmiş olabilecekleri kadar borçlu kalırlar.

2. Sebepsiz zenginleşmeden doğan talep, muhataba, yerleşim yerli bir poliçeyi ödeyecek olan kimseye ve düzenleyen poliçeyi başka bir kişi veya ticarî işletme hesabına çekmiş olduğu takdirde o kişiye veya ticarî işletmeye karşı da ileri sürülebilir.

3. Poliçeden doğan borcu düşmüş olan cirantaya karşı böyle bir talep ileri sürülemez.

4. Zamanaşımı süresi, zenginleşmenin olduğu tarihten itibaren bir yıldır; ispat yükü, sebepsiz zenginleşmediğini iddia edene aittir.

## Değerlendirme ve Öneriler

- m. 732, f. 1'deki "yapılmasının ihmal edilmiş" yerine kısaca "yapılmamış" denilebilir.

- m. 732, f. 2'ye "veya ticari işletme hesabına" ile "veya ticari işletmeye" eklenmiş ise de, ancak kişiler hak ve fiil ehliyetine sahip olduğu ve yapılan eklemenin hukuki bir yararı bulunmadığı gibi, gerekçede de herhangi bir açıklama yapılmamıştır.

- Ayrıca, m. 732, f. 4'te sebepsiz zenginleşme davası konusunda bir yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Tasarı gerekçesinde "... eski metinde ve kaynakta bulunmayan özel bir zamanaşımı süresi hükme eklenmiştir. Bu süre, Yargıtay'ın yerleşik kararlarıyla kabul edilmiştir" denilmektedir. Gerçekten Yargıtay'ın birçok kararında, mevcut kanunun 644. maddesinin uygulanmasında bir yıllık zamanaşımı süresinden söz edilmiş ve bazı kararlarda da buna gerekçe olarak, TTK 644'teki davanın, BK 66'ün sebepsiz zenginleşmeye ilişkin bir yıllık süreye bağlı olduğu belirtilmiştir.<sup>57</sup> Oysa, TTK 644'teki davanın, BK'daki sebepsiz zenginleşme davası

<sup>57</sup> Örneğin; bkz., 11. HD. 23.6.1998, 1997/4774 (karar için bkz., Moroğlu-Kendigelen, *Notlu-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat*, İstanbul 2004, s. 584.

ile ismi dışında benzerliği olup olmadığı tartışmalı olup, doktrinde, on yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiği de savunulmuştur.<sup>58</sup> Bu açıdan gerekçe doyurucu olmadığı gibi, şayet kambyo senetlerindeki sebepsiz zenginleşme, BK'daki ile aynı nitelikte görülse dahi, tasarıda öngörülen süre, BK Tasarısı ile de uyumlu değildir. Çünkü BK Tasarısı'nın 87. maddesindeki zamanaşımı süresi, hak sahibinin, geri isteme hakkı bulunduğunu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her halde, zenginleşmeden başlayarak on yıl olarak düzenlenmiştir.

## II. Kesilme

### 1. Sebepleri

**Madde 750.** 1. Zamanaşımı; dava açılması, takip talebinde bulunulması, davanın ihbar edilmesi veya alacağın iflâs masasına bildirilmesiyle kesilir.

### 2. Hükümleri

**Madde 751.** 1. Zamanaşımını kesen işlem, kimin hakkında meydana gelmişse ancak ona karşı hüküm ifade eder.

2. Zamanaşımı kesilince, süresi aynı olan yeni bir zamanaşımı işlemeye başlar.

## Değerlendirme ve Öneri

• m. 751, f. 2, "*zamanaşımı kesilince süresi aynı olan yeni bir zamanaşımı işlemeye başlar*" hükmünü içermekte ise de, bu hüküm, BK 135, f. 1'in tekrarı niteliğinde ve gereksiz bir hükümdür.

## D. Poliçeye İlişkin İşlemlerin Yapılacağı Yer

**Madde 755.** 1. Poliçeyi kabul veya ödeme için ibraz etmek, protesto çekmek, poliçenin bir nüshasının verilmesini istemek gibi belirli bir kişi nezdinde yapılacak olan bütün işlemlerin, bu kişinin ticaret yerinde ve böyle bir yeri yoksa konutunda yapılması gereklidir.

<sup>58</sup> Nitekim bkz., Yukarıda belirtilen Yargıtay kararının karşı oy gerekçesi ve orada yollama yapılan yazarlar.

2. Ticaret yeri veya konutun bulunduğu yer dikkatle araştırılır.

3. Şu kadar ki; kolluktan veya yerel posta yönetiminden edinilen bilgilerden bir sonuç çıkmadığı takdirde başka araştırmalar yapmaya gerek yoktur.

### E. İmzalar

**Madde 756.** 1. Poliçe üzerindeki beyanların el yazısı ile imza edilmesi gerekir.

2. El ile atılan imza yerine, mekanik herhangi bir araç veya el ile yapılan veya onaylanmış bir işaret veya kamusal belgeleme kullanılamaz.

3. Körlerin el yazısı ile imzalarının yöntemine göre onaylanmaları gerekir.

### Değerlendirme ve Öneriler

- m. 755, f. 3 hükmünün ayrı bir fıkrada yer almasına gerek olmayıp, bu hüküm, f. 2'ye eklenmelidir.

- m. 756, f. 3'teki, böyle bir rahatsızlığı olan kişilerce bazen incitici bulunabilen "*körlerin*" sözcüğü yerine, Z veya "*Görme Özürlülerin*" ya da "*Görme Engellilerin*" ifadesi tercih edilebilir.

### F. İptal

#### I. Önleyici Önlemler

**Madde 757.** 1. İradesi dışında poliçe elinden çıkan kişi, ödeme yerindeki mahkemeden, muhatabın poliçeyi ödemekten men edilmesini isteyebilir.

2. Mahkeme, ödemeyi men eden kararda muhataba, vâdenin gelmesi üzerine poliçe bedelini tevdi etmeye izin verir ve tevdi yerini gösterir.

#### II. Poliçeyi Eline Geçiren Kişinin Bilinmesi

**Madde 758.** 1. Poliçeyi eline geçiren kişi bilindiği takdirde, mahkeme, dilekçe sahibine geri alma davası açması için uygun bir süre verir.



2. Dilekçe sahibi, verilen süre içinde davayı, açmazsa, mahkeme, muhatap hakkındaki ödeme yasağını kaldırır.

### Değerlendirme ve Öneri

- m. 757'nin kenar başlığının, m. 111'deki gibi düzeltilmesi gerekir.
- m. 757, f. 1'de "ödemekten men edilmesini" yerine "ödemesinin yasaklanmasını", f. 2'deki "men eden" yerine de "yasaklayan" denilebilir. Böylece m. 758, f. 2'deki "ödeme yasağı" ifadesi ile de uyum sağlanmış olur.

### a. Süreler

**Madde 761.** 1. Poliçeyi getirme süresi en az üç ay ve en çok bir yıldır.

1. Vâdesi gelmiş poliçelerde zamanaşımı, üç ayın geçmesinden önce gerçekleşirse, mahkeme üç aylık süre ile bağlı değildir.

3. Süre, vâdesi gelen poliçeler hakkında birinci ilân gününden, vâdesi gelmeyen poliçeler hakkında vâdenin gelmesinden itibaren işler.

### c. İlân

**Madde 762.** 1. Poliçenin getirilmesine ilişkin ilân, 35 inci maddede yazılı gazete ile üç defa yapılır.

2. Özellik gösteren olaylarda, mahkeme, uygun göreceği daha başka ilân önlemlerine de başvurabilir.

### Değerlendirme ve Öneriler

• m. 761, f. 1'deki "en az üç ay ve en çok bir yıldır" şeklindeki süre oldukça uzun olup, ticari yaşamın hız ve hukuki güvenlik gereksinimi nedeniyle "en çok altı aydır" şeklinde kısaltılmalıdır.

• m. 762'deki "35. maddede yazılı gazete" yerine açıkça "Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi" denilebilir.

• m. 762, f. 2'deki "başka ilan önlemlerine de başvurabilir" yerine daha düzgün bir ifade ile, "başka yollarla ilan yapılmasına da karar verebilir" denmelidir.

#### 4. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Haklar

**Madde 773.** 1. Muhatap, yerleşim yerli poliçeyi ödeyecek olan üçüncü kişi ve düzenleyenin, poliçeyi hesabına çektiği kişi veya ticarî işletme aleyhine sebepsiz zenginleşmeden doğan istemler, bu kişilerin yerleşim yerlerinin bulunduğu ülkenin hukukuna göre belirlenir.

#### Değerlendirme ve Öneri

• m. 773'teki "*veya ticari işletme*" sözcükleri çıkarılmalı, "*kişilerin*" yerine de "*kişinin*", "*işyerleri*" yerine de "*işyerinin*" yazılmalıdır.

#### Bono veya Emre Yazılı Senet

##### A. Unsurlar

**Madde 776.** 1. Bono veya emre yazılı senet;

a. senet metninde (bono) veya (emre yazılı senet) kelimesini ve senet Türkçe'den başka bir dille yazılmışsa, o dilde bono karşılığı olarak kullanılan kelimeyi;

b. kayıtsız ve şartsız belirli bir bedeli ödemek vaadini;

c. vâdeyi;

d. ödeme yerini;

e. kime ve kimin emrine ödenecek ise onun adını;

f. senedin düzenlendiği gün ve yeri;

g. senedi düzenleyenin imzasını;

içerir.

##### B. Unsurların Bulunmaması

**Madde 777.** 1. Aşağıdaki fıkralarda yazılı haller saklı kalmak üzere, 776. maddede gösterilen unsurlardan birini içermeyen bir senet bono sayılmaz.

2. Vâdesi gösterilmemiş olan bono, görüldüğünde ödenmesi şart olan bir bono sayılır.

3. Açıklık bulunmadığı takdirde senedin düzenlendiği yer, ödeme yeri ve aynı zamanda düzenleyenin yerleşim yeri sayılır.

4. Düzenlendiği yer gösterilmeyen bir bono, düzenleyenin adının yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır.

### Değerlendirme ve Öneriler

- m. 776, f. 1/e'deki "*kime ve kimin emrine ödenecek ise onun adını*" yerine "*kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adı-soyadını ya da unvanını*" denilmelidir. Çünkü lehdar tüzel kişi de olabilir.

- m. 777, f. 1, b. 4'teki "*düzenleyenin adının yanında*" yerine, "*düzenleyenin imzasının yanında*" olmalıdır. Çünkü m. 776, f. 1/9 uyarınca bonoda, düzenleyenin adı-soyadı veya unvanı değil, imzası zorunlu unsurdur.

### Çeklerin Düzenlenmesi ve Şekli

#### A. Şekli

#### I. Unsurlar

#### Madde 780. 1. Çek;

a. senet metninde "*çek*" kelimesini ve eğer senet Türkçe'den başka bir dille yazılmış ise o dilde "*çek*" karşılığı olarak kullanılan kelimeyi;

b. kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havaleyi;

c. ödeyecek kişinin, "*muhatabın*" ticaret unvanını;

d. ödeme yerini;

e. düzenlenme gününü ve yerini;

f. çeki çeken kişinin (düzenleyenin) imzasını;

içerir.

## II. Unsurların Bulunmaması

**Madde 781.** 1. 780. maddede gösterilen unsurlardan birini içermeyen bir senet, aşağıdaki fıkralarda yazılı haller dışında çek sayılmaz.

2. Çekte açıklık yoksa, muhatabın unvanı yanında gösterilen yer, ödeme yeri sayılır. Muhatabın unvanı yanında birden fazla yer gösterildiği takdirde, çek, ilk gösterilen yerde ödenir. Böyle bir açıklık ve başka bir kayıt da yoksa, çek muhatabın merkezinin bulunduğu yerde ödenir.

3. Düzenlenme yeri gösterilmemiş olan çek, düzenleyenin adı yanında yazılı olan yerde çekilmiş sayılır.

## Değerlendirme ve Öneriler

• Yukarıda, poliçeye ilişkin m. 671’de açıkladığımız üzere, poliçe ve çekte düzenleyen değil, özel bir anlam içeren “keşideci” sözcüğünün kullanılması doğru olacaktır. Bu nedenle, m. 780, f. 1, 799, f. 3, m. 802, f. 2 ve 3 ve m. 812’deki “düzenleyen” yerine keşideci, m. 780, f. 1’deki “düzenlenme” yerine “keşide” denilmelidir. m. 796, f. 1’deki “düzenlendiği” yerine “keşide edildiği” f. 2’deki “düzenlenen” yerine “keşide edilen” m. 797, f. 1’deki ve m. 802’deki “düzenlenme” yerine “keşide” ve m. 814’teki “düzenleyene” yerine “keşideciye” kullanılmalıdır.

• Ayrıca, m. 780, 3167 sayılı Kanun ile uyumlu hale getirilmelidir. Bilindiği üzere, 4814 sayılı Kanun, 3167 sayılı Kanun’da birtakım değişiklikler yapmış ve “Keşidecinin vergi kimlik numarası”nı çekin zorunlu unsurları arasına sokmuştur (ÇekK 3/I).

Esasen, Moroğlu’nun haklı olarak vurguladığı<sup>59</sup> üzere, vergi kimlik numarasının zorunlu unsurlardan birisi sayılması yerinde olmamıştır. Çünkü, TTK’da kambiyo senetleri ve bu arada çek için öngörülen geçerlilik şartları, doğrudan doğruya bu senetlerin dolaşım güvenliğini sağlama amacına yöneliktir. Oysa vergi kimlik numarası, Vergi Usul Kanunu’nun 241. maddesinde düzenlenen şartlar gibi,<sup>60</sup> doğrudan kayıt

<sup>59</sup> Moroğlu, Erdoğan, 3167 sayılı Çek Kanunu’nda 4814 sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 543.

<sup>60</sup> Bkz., Moroğlu, Erdoğan, Bono ve Poliçelerde Yeni Şekil Koşullarının Hukuki Anlamı, Makaleler, İstanbul 2001, s. 181 vd.

dışı ekonomiyi azaltmaya ve vergi kaybını önlemeye yöneliktir; dolayısıyla çekin işlevi ve niteliğine uygun değildir. Vergi kimlik numarasının işlevini görebilmesi için, bunun çekin üzerine yazılması zorunluluğunun getirilmesi yeterli olup, geçerlilik şartı sayılmasına gerek yoktur. Aksi takdirde çekin geçersizliği olasılığı artacak ve çekin dolaşım güvenliği zedelenebilecektir.

Bununla birlikte, kanun koyucunun iradesi, vergi kimlik numarasını mutlaka çekin zorunlu unsuru saymak yönünde olsa bile, bunun yolu da, vergi kimlik numarasının, TTK Tasarısı'nın 780. maddesindeki zorunlu unsurlar arasına eklenmesi ve 3167 sayılı Kanun'un 3. maddesinin de, tekrarı önlemek için, Tasarı ile uyumlu şekilde yeniden kaleme alınmasıdır. Çünkü, çekin unsurları açısından temel kanun TTK olup, çekle ödemelerin düzenlenmesi ve çek hamillerinin korunması amacıyla çıkarılmış bir kanun hükmü ile, çekin zorunlu unsurlarına ekleme yapılması, kanun yapma tekniği yönünden doğru değildir.

#### IV. Faiz Şartı

**Madde 786.** 1. Çekte öngörülen herhangi bir faiz şartı, yazılmamış sayılır.

#### Değerlendirme ve Öneri

• m. 786'da, mevcut kanundaki gibi, "*herhangi bir faiz şartı, yazılmamış sayılır*" hükmü yer almakta ise de, bu hüküm, çek üzerine temerrüt faizinin de yazılamayacağı gibi anlaşılmaya uygundur. Oysa çek üzerine yazılması yasaklanan yalnızca kapital (anapara) faizi olup, temerrüt faizi yazılabilir.<sup>61</sup> Bu nedenle maddede "*herhangi bir faiz*" yerine "*ana para faizi*" denilmelidir.

#### V. Adresli ve Yerleşme Yerli Çek

**Madde 787.** 1. Çek, muhatabın yerleşim yerinde veya başka bir yerde üçüncü bir kişi nezdinde ödenmek üzere çekilebilir. Ancak, bu üçüncü kişinin bir banka olması şarttır.

<sup>61</sup> Nitekim bkz., Reisoğlu, Seza, *Türk Hukuku ve Bankacılık Uygulamasında Çek*, Ankara 1998, s. 56; Domaniç, Hayri, *TTK Şerhi*, s. 590; Öztan, Fırat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara 1997, s. 1079.

## Değerlendirme ve Öneri

• m. 787'nin kenar başlığında "yerleşme yerli çek" ifadesi yer almış iken, m. 674'te "yerleşim yerli poliçe" denilmiştir. Aradaki yazılış farkı bir yana, "ikametgahlı" denmesinin daha uygun olacağı kanısındayız.

## III. Ödeme İçin İbraz

### 1. Genel Olarak

**Madde 796.** 1. Bir çek, düzenlendiği yerde ödenecekse on gün; düzenlendiği yerden başka bir yerde ödenecekse bir ay içinde muhataba ibraz edilmelidir. İbraz süreleri, çekin düzenlendiğinin ertesi günü başlar.

2. Ödeneceği ülkeden başka bir ülkede düzenlenen çek, düzenlenme yeri ile ödeme yeri aynı kıtada ise bir ay ve ayrı kıtalarda ise üç ay içinde muhataba ibraz edilmelidir.

3. Bu bakımdan, bir Avrupa ülkesinde çekilip de Akdeniz'de sahili bulunan bir ülkede ödenecek olan ve buna karşılık Akdeniz'de sahili olan bir ülkede çekilip bir Avrupa ülkesinde ödenmesi gereken çekler aynı kıtada çekilmiş ve ödenmesi şart kılınmış sayılır.

4. Yukarıda yazılı süreler, çekte düzenlenme günü olarak gösterilen tarihten itibaren işler.

## Değerlendirme ve Öneri

• m. 796'da ödeme için sunma (ibraz) süreleri düzenlenmiş olup, on gün, bir ay ve üç aylık sürelerden hangisinin uygulanacağı, öncelikle, ödeme ve keşide yerlerinin belirlenmesine bağlıdır. Ancak mevcut Kanun'da olduğu gibi, Tasarı'da da yer kavramı açıklanmayı gerektirir niteliktedir.

Doktrin ve uygulama, bu önemli konuda birlik içerisinde değildir; "yer"den, il veya ilçe ya da büyükşehir belediyesi bulunan yerlerde büyükşehir sınırlarının anlaşılması gerektiği gibi değişik görüş ve uygulamalara rastlanabilmektedir.

Konunun Yargıtay tarafından bir içtihadı birleştirme kararı ile çözülmesi mümkün olduğu gibi, hukuk ve ticari yaşam güvenliği açısından, m. 796'ya bir hüküm eklenerek de sorun kesin olarak çözümlenebilir. Örneğin; Narbay, de lege ferenda, keşide ve ödeme yerlerinin aynı ülkede olması durumunda tek bir ibraz süresi kabul edilmesini önermiştir.<sup>62</sup> Ya da, "yer" den kastın, uygulamada genellikle benimsendiği üzere, il sınırları olduğu düzenlenebilir.

• Ayrıca, Tasarı'nın ilk metninde bulunmamakta iken, son metinde, ibraz sürelerinin başlangıcı konusunda f. 1'e eklenen cümle yerinde olup, tartışmaları sona erdirecektir. Fakat, eklenin cümle, f. 4 ile çelişkili izlenimi doğurabilmektedir. Bu cümlenin f. 4 yerine ve "Yukarıda yazılı süreler, çekte düzenlenme günü olarak gösterilen tarihin ertesi gününden itibaren işler" yazılması, bu sorunu çözecektir.

## Çekten Cayma

### 1. Genel Olarak

**Madde 799.** 1. Çekten cayma, ancak ibraz süresi geçtikten sonra hüküm ifade eder.

2. Çekten cayılmamışsa, muhatap, ibraz süresinin geçmesinden sonra da çeki ödeyebilir.

### Değerlendirme ve Öneri

• Tasarı'nın ilk metninde f. 3'te, TTK 711, f. 3'teki gibi, "Düzenleyen çekin kendisinin veya üçüncü bir kişinin elinden iradesi dışında çıkmış olduğu iddiasında ise muhatapın çeki ödemesini önleyebilir" hükmü mevcut idi. Son metinde bu fıkranın çıkarıldığı görülmektedir.

• Çekte ödeme yasağı kurumu, uygulamada en çok kötüye kullanılan kurumlardan birisi olmuştur. Gerçekten, uygulamadan edindiğimiz bilgilere göre, çeki düzenleyip rızası ile elden çıkarmasına rağmen bazı keşideciler, sırf hamilin bedeli tahsil edememesi için ya da çekin karşılığı bulunmadığı için, bankaya ödeme yasağı talimatı verebilmektedirler.

<sup>62</sup> Bkz., Narbay, Şafak, *Çekte İbraz Sürelerinin Belirlenmesinde Ölçü Alınan "Yer" Kavramına "De Lege Lata" ve "De Lege Ferenda" Çözüm Önerileri, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, İstanbul 2003, s. 793 vd., özellikle s. 817 vd.

Oysa ödeme yasağı, çekin, rıza dışı elden çıktığı gerekçesine dayanması gereken ve ihtiyati tedbir benzeri nitelik taşıyan bir kurumdur. Hükümde, ödeme yasağı talimatı verdikten sonra keşidecinin yapması gereken işlemler konusunda bir düzenleme yapılmamış olduğundan, sorun, öğretilerde tartışmalara yol açmıştır.<sup>63</sup>

Ne var ki, bu kurum, ticari yaşamda bir gereksinimi karşılamakta olup, değindiğimiz kötüye kullanımı önlemenin yolu, bu kurumu tümünden Tasarı'dan çıkartmak değildir. Çekin rıza dışı elden çıkıp çıkmadığını kontrol edebilmek ve kötüye kullanımları önlemek için, ödemeyi yasaklayan keşideciye veya çeki rıza dışı elden çıkaran hamile, on günlük süre içerisinde çekin iptali veya şayet kimde olduğu biliniyorsa geri alma davası açma ve bu dava kapsamında mahkemeden bir ödeme yasağı kararı alması yükümlülüğü getirilmeli, aksi takdirde, on günlük süre geçtikten sonra ödeme yasağı talimatının geçersiz kalacağı öngörülmelidir (m. 799, f. 4 olarak).<sup>64</sup>

Bu açıdan, maddenin üst başlığının “Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı” olarak düzeltilmesi ve maddenin 3. fıkrasının şu biçimde yazılması yönünde öğretilerde Narbay tarafından yapılan öneriyi<sup>65</sup> yerinde buluyoruz:

3. Keşideci çekin kendisinin veya üçüncü bir kişinin elinden iradesi dışında çıkmış olduğu iddiasında ise muhatapın çeki ödemesini önleyebilir. Muhatap kendisine yöneltilmiş olan ödeme yasağı konulması istemi karşısında çek bedelini meşru hâmil lehine derhal bloke bir hesaba alır. Keşideci ya da çeki rızası dışında elinden çıkardığı iddiasında olan üçüncü kişi, muhataba ödeme yasağı konulduktan sonra en geç on gün içerisinde mahkemeye başvurarak çekin ödenmesinin durdurulması ve çekin kimin elinde olduğu bilinmiyorsa iptal; çekin kimin elinde bulunduğu bilindiği durumda ise istirdat isteminde bulunmak zorundadır. Aksi halde çek bedeli muhatap tarafından, çeki ibraz süresi içinde ödenmek üzere ibraz etmiş olan meşru hâmile ödenir. Hukuka uygun olmayan ödeme yasağı konulmasının sonuçlarına keşideci katlanmak durumundadır.

<sup>63</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., Narbay, Şafak, *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı*, s. 96-103; Kendigelen, Abuzer, *Makalelerim-Çekten Cayma*, s. 110.

<sup>64</sup> Nitekim bkz., Kendigelen, Abuzer, *Çek Hukuku*, İstanbul 2004, s. 220-224.

<sup>65</sup> Yazar bu önerisini, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nce 2005 Yılı Mayıs ayında düzenlenen “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı” Konferansında sunduğu tebliğinde dile getirmiştir. Toplantıda sunulan tebliğler ve yapılan tartışmalar henüz yayınlanmamış olmasına rağmen, ricamız üzerine, önerisini yazılı olarak bize ulaştırmıştır.



## II. Sürelerin Hesabı

**Madde 817.** 1. Kanunu'nun bu kısmında gösterilen süreler hesap edilirken bunların başladığı gün sayılmaz.

### Değerlendirme ve Öneri

• Tasarı'nın ilk metninde, m. 817, f. 1 ile m. 796, f. 4 arasındaki, özellikle çekin sunma (ibraz) süresinin hesaplanmasında başlangıç anı konusunda çelişki vardı.<sup>66</sup> Son metinde, m. 796, f. 1'e bir cümle eklenerek, ibraz süresinin başlangıç anı konusundaki tereddüt giderilmiş ise de, m. 796 konusundaki açıklamalarda değindiğimiz üzere, eklinin cümlelerin, f. 4 yerine ve yeniden yazılması yerinde olacaktır. Ayrıca, bu değişiklikten sonra, m. 817'ye f. 2 eklenerek "796. maddenin 4. fıkrası hükmü saklıdır" şeklinde bir düzenleme yapılabilir.

### F. Uygulanacak Hükümler

**Madde 818.** 1. Poliçeye ait aşağıdaki hükümler çek hakkında da uygulanır;

...

h. Bir makbuz istemek hakkına ve kısmen ödemeye dair 709. madde,

### Değerlendirme ve Öneri

• m. 818, f. 1/h hükmü uyarınca, poliçeye ilişkin "bir makbuz istemek hakkına ve kısmen ödemeye dair 709. madde", çek hakkında da uygulanacaktır. Oysa 3167 sayılı Kanun m. 4, f. 3'te, kısmi ödeme halinde çekin değil, çek fotokopisinin onaylanarak hamile verilmesi ve bu fotokopi ile hamil tarafından hukuki ve cezai sorumluluk yollarına başvurulabilmesi öngörülmüştür. Bu iki kanun arasında uyum açısından, herhalde poliçeye ilişkin m. 709'un çekte uygulanmaması gerekir.

<sup>66</sup> Bkz., Teoman, Ömer, *Çekte İbraz Süresinin Hesaplanmasında Keşide Gününün Önemi*, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 426 vd.

## V. SONUÇ

Yukarıda yalnızca bir kısmına örnek verebildiğimiz birçok aksaklık ve çelişki, TTK Tasarısı'nın, dili ve ifadesi yönünden başarılı sayılamayacağını göstermektedir. Oysa temel kanunlar, bir ülkenin yaşayan ve yaşatılması gereken dili açısından örnek oluşturacak metinler niteliğinde olmalıdır.

Stendhal'in, Fransız Medeni Kanunu için dile getirdiği duygularını,<sup>67</sup> TTK dahil, tüm temel kanunlarımız için hissetmeyi ve söyleyebilmeyi istemek, her hukukçumuzun ve aydınımızın doğal hakkıdır.

İçerdiği hükümler açısından incelediğimiz kadarıyla, Tasarı'da birçok yenilik ve değişiklik yapılmış ise de, bazı hükümler arasında çelişkiler bulunduğu, yerleşmiş uygulama ile öğretinin yeterince dikkate alınmadığı, gerekli olmadığı veya gerekçesi yeterince ortaya konulmadığı halde birçok önemli değişikliğe gidildiği, üstelik bu değişiklikler yapılırken, ortaya çıkması olası sakıncaları gözetilen birtakım karşı önlemlere yer verilmediği ve bazı hükümler ile gerekçeleri arasında da uyumsuzluklar bulunduğu görülmektedir.

Beklentimiz, TTK Tasarısı'nın TCK gibi aceleye getirilmemesi, ilgili meslek kesimleri ile uzmanlar tarafından yeterince tartışılmasının sağlanması, özüne ve sözüne ilişkin olarak tasarıya yöneltilen eleştirilerin geçiştirilmemesi ve ülkemize yakışan bir kanunun yürürlüğe sokulmasıdır.

---

<sup>67</sup> Stendhal'e sormuşlar "Nasıl bu kadar güzel yazabiliyorsunuz?". Yanıtlamış: "Her sabah kalktığımda Fransız Medeni Kanunu'nu okuyorum". Aktaran, Ekici, Erhan, *TCK'nın Dili, Güncel Hukuk*, Mayıs 2005, s. 27.

# YAŞAYAN ANAYASA 2003 VE 2004 YILLARI ANAYASA GELİŞMELERİ

Levent GÖNENÇ\*  
Ersoy KONTACI\*

## Giriş

Hukuk kuralları yaşar. Hukuk kurallarının asıl serüveni yürürlüğe girdikten sonra başlar. Ortaya çıkan her yeni hukukî sorun, o sorunla ilgili hukuk kuralının yeniden gündeme gelmesine, tartışılmasına neden olur. Bir hukuk kuralının her yorumlanması, her uygulanışı onun nefes alıp vermesidir. Hatta, bir hukuk kuralı yürürlükten kalksa dahi, o kural yaşarken ortaya çıkan birikim daha sonraki uygulamalara ışık tutar. Anayasa kuralları da böyledir. Anayasalar da yaşayan metinlerdir, hatta, kendilerine özgü özellikleri dolayısıyla, diğer hukuk metinlerine göre en uzun yaşayan veya yaşama şansına sahip olan metinlerdir. İnsanlar deneyimlerinden ders alarak hata yapmaktan kurtulur. Aynı şekilde, hukuk kurallarının uygulanması sırasında ortaya çıkan sorunların değerlendirilmesi de, o kuralların doğru anlaşılmasına katkıda bulunur. Öyleyse, Anayasa'nın günlüğünü tutmak, o anayasanın doğru uygulanması için büyük önem taşır. Nihayetinde, bir anayasanın dökümü o anayasayı değiştirmek veya muhafaza etmek isteyenler için de bir "performans testi" olarak ayrı önem taşır. Biz, düzenli olarak sürdürmeye çalıştığımız "Yaşayan Anayasa" serisinde, 1982 Anayasası'nın "yaşamını", özellikle günlük gazete arşivleri ve internet kaynaklarından faydalanaarak belgelemeyi amaçlıyoruz.

\* Gönenç, Levent, Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa hukuku anabilim dalı; Kontacı, Ersoy, Araş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa hukuku anabilim dalı. Bu çalışmanın "Anayasa" ve "Seçimler ve Siyasi Partiler" bölümleri Gönenç, Levent, "Yasama", "Yürütme" ve "Yargı" bölümleri Ersoy Kontacı tarafından kaleme alınmıştır. "Yaşayan Anayasa" konsepti çerçevesinde, çalışmalarımızı başından beri birlikte yürüttüğümüz Dr. Ozan Ergül'e yardım ve desteği için teşekkür ederiz.

Bu çalışma çerçevesinde, esas olarak hukukî tartışmalara yer verdik. Ancak, bir anayasanın yaşamı siyasî ortamdan ayrı düşünülemez için, gerekli olduğu ölçüde anayasa gelişmelerinin siyasî arka planını da aktarmaya çalıştık.

Siyasi olayların ve hukukî tartışmaların dökümünü yaparken belli bir sistematik içinde kalmaya özen gösterdik. Bu bağlamda, öncelikle Anayasa'nın kendisine ilişkin gelişmeler üzerinde durduk. Ardından, Anayasa'da düzenlenen devlet organlarına, yani yasama, yürütme ve yargı organlarına ilişkin gelişmeleri inceledik. Yargı organıyla ilgili açıklamalarımızda, Anayasa Mahkemesi'nin karar ve faaliyetlerine vurgu yaptık. Anayasal sistemin önemli bir unsurunu oluşturan seçim ve siyasî partiler konusunu ayrı bir başlık altında ele aldık. Çalışmamızı 2003 ve 2004 yılında yaşanan Anayasa gelişmelerinin genel bir değerlendirmesiyle noktalandık. Anayasa hukukunun ilgi alanı içine girse de, çalışmanın kapsamını çok genişleteceğini düşünerek ve bu konuda uzmanlık düzeyinde pek çok çalışmanın düzenli olarak yapılmakta olduğunu göz önüne alarak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin gelişmeleri çalışmanın dışında bıraktık. Son olarak, araştırmacılara yardımcı olacağı umuduyla, çalışmanın sonuna 2003 ve 2004 yılları içinde yayımlanan Anayasa Mahkemesi kararlarının bir listesini ekledik.

Burada temel amacımız Anayasa'yla ilgili olayların bir dökümünü yapmaktır. Bu yüzden, hukuk ve siyaset bilimini ilgilendiren önemli bazı sorunların kapsamlı bir analizine girişmedik. Sadece o sorunlara dikkat çekerek anayasal tartışmalara zemin hazırlamaya çalıştık. Fikrimizce, söz konusu sorunların pek çoğu tek başına bir makale, hatta kitaba konu olabilecek niteliktedir. Bu çalışma ileride yapılacak başka çalışmalara esin kaynağı olabildiği ölçüde amacını gerçekleştirmiş olacaktır.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> "Yaşayan Anayasa" aynı konsept çerçevesinde gelişen olayların incelenmesi fikrine dayandığı için 2001 ve 2002 Anayasa Gelişmelerini ele aldığımız çalışmalarımızda kullandığımız giriş bu çalışmamıza da aynen aktarıyoruz. Gönenç, Levent- Ergül, Ozan, "Yaşayan Anayasa-2001 Yılı Anayasa Gelişmeleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 2002/1, Y. 15, s. 13-84; Gönenç, Levent-Ergül, Ozan-Kontacı, Ersoy, "Yaşayan Anayasa-2002 Yılı Anayasa Gelişmeleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 48, Y. 15 (Eylül/Ekim 2003), s. 117-181.

## Anayasa

2003 yılı, somut anayasal gelişmeler açısından, kendisinden önceki 2001 ve 2002 yıllarına nazaran oldukça verimsiz geçen bir yıl oldu. Gerçekten, 2001 yılında 1982 Anayasası döneminde yapılan en kapsamlı anayasa değişikliklerine şahit olunurken, 2002 yılı ise, Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) Lideri Recep Tayyip Erdoğan'ın milletvekili seçilebilmesi amacıyla Anayasa'nın 76 ve 78. maddelerinde yapılan değişikliklerle noktalanmıştı. Buna karşılık 2003 yılı, pek çok konunun anayasal tartışma gündemine dahil olduğu, ancak bu tartışmaların hiçbirinde somut bir neticeye varılamadığı bir yıl olarak noktalandı.

2003 yılının Anayasa gündemi, iki temel konu etrafında yaşanan tartışmalarla açıldı. Bu konulardan birincisi, 2002 yılının "son saatlerinde" *Resmî Gazete'*de yayımlanarak yürürlüğe giren ve Anayasa'nın 76 ve 78. maddelerini değiştirerek Erdoğan'ın milletvekili seçilebilmesine olanak sağlayan değişiklik paketi idi. Parlamento'da yer alan siyasî partiler arasındaki genel bir uzlaşmaya dayanan bu paket, yeni yılda da Meclis dışı muhalefetten ve yüksek yargı organlarından gelen kapsamlı eleştirilere konu olmaya devam etti.<sup>2</sup> Ancak, söz konusu değişikliklerin ülke gündemini belirleyen medya gruplarının büyük bir kısmı tarafından da "siyaseten doğal" karşılanması, konuyla ilgili tartışmaların kısa bir süre sonra gündemden çıkmasına neden oldu.

Yılın hemen başlarında tartışılan bir diğer konu ise, ağırlıklı olarak AKP İstanbul Milletvekili Prof. Dr. Burhan Kuzu tarafından gündeme getirilen "başkanlık sistemi" önerisiydi. Söz konusu öneri, Kuzu tarafından, esas olarak Meclis'in yasama faaliyetlerinin büyük ölçüde Hükümet'in kontrolünde olduğu, parlamenter denetim mekanizmalarının iyi işlemediği ve başkanlık sisteminde kamusal yetkilerin daha akılcı biçimde paylaşıldığı gerekçeleriyle savunuluyordu. Yılın ilerleyen zamanlarında ise, tartışmaya bizzat Başbakan Erdoğan da dahil oldu. Mayıs ayı başlarında katıldığı bir televizyon programında "siyasette arzusunun" başkanlık veya yarı-başkanlık sistemi olduğunu açıklayan Erdoğan, Başbakan Yardımcısı Mehmet Ali Şahin başta olmak üzere pek

<sup>2</sup> Örneğin; Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya, *Cumhuriyet Gazetesi'*ne yaptığı açıklamada; AKP Genel Başkanı Erdoğan'ın milletvekili olabilmesi için yapılan Anayasa değişikliğini eleştirerek "Kişiyi özgü yasalar, hukukun genel ilkelerine aykırıdır." diyordu (*Cumhuriyet*, 2 Ocak 2003).

çok AKP'li milletvekilinden de destek aldı.<sup>3</sup> Cumhuriyet Halk Partisi (CHP), muhalefetteki diğer partiler ve kamuoyunun geniş kesimleri ise, bir "macera arayışı" olarak niteledikleri bu öneriye, söz konusu düzenlemenin, AKP iktidarı tarafından, Cumhurbaşkanı ile aralarında yaşanan krizleri çözmenin bir aracı olarak getirildiğini vurgulayarak karşı çıktılar. Yılın ilerleyen zamanlarında ise başkanlık sistemi tartışmaları, gündemdeki diğer maddelerinin ağırlığı altında etkisini kısmen yitirdi. Ancak daha sonra yaşanan gelişmeler de gösterecekti ki; konu, aslında AKP'nin gündeminden hiçbir zaman tamamen çıkmamıştı.

2003 yılına damgasını vuran asıl anayasal tartışmalar ise, "2B" olarak sınıflandırılan orman arazilerinin satışına ilişkin Anayasa değişikliği teklifiyle gündeme geldi. AKP iktidarı, "... orman sınırları dışına çıkarılmış olan ve fülen de artık orman olmayan bu yerlerin yeni bir yaklaşım ve anlayışla değerlendirilmesi ..." ve "... ülke ekonomisine ve orman köylülerinin kalkındırılmalarına kaynak sağlanmasını ve kronikleşmiş bu sorunun çözülmesini sağlayacak bir anayasal düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu ..." gerekçeleriyle, söz konusu alanların satışa çıkarılmasını ve malî darboğazdan geçmekte olan ülke ekonomisine kaynak yaratılmasını amaçlıyordu.<sup>4</sup>

Teklif metninde, yukarıda anılan hedeflere ulaşılması için Anayasa'nın iki maddesinin değiştirilmesi öngörülüyordu. Buna göre, öncelikle Anayasa'nın 169. maddesinin 2. fıkrası;

*"Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre; Devletçe yönetilir, işletilir ve işlettirilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz."*

şeklinde değiştiriliyordu. İkinci olarak ise, Anayasa'nın 170. maddesinin madde başlığı; "Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin Değerlendirilmesi ve Orman Köylüsünün Desteklenmesi" olarak düzenleniyor ve madde, son iki fıkrası hariç tümüyle değiştirilerek;

*"Devlet, ormanlar içinde veya bitişiğindeki köyler halkının kalkındırılması, ormanların ve bütünlüğünün korunması bakımından; ormanların gözetilmesi ve işletilmesinde devletle bu halkın işbirliğini sağlayıcı tedbirleri alır."*

<sup>3</sup> *Hürriyet*, 24 Nisan 2003.

<sup>4</sup> 4841 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun" teklifinin gerekçesi için bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Resmî İnternet Sitesi: <<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0101.pdf>>

*Bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında yarar görülmeyen yerlerin tespiti ve orman sınırları dışına çıkartılması; orman içindeki köyler halkının kısmen veya tamamen bu yerlere yerleştirilmesi için devlet eliyle anulan yerlerin ihya edilerek bu halkın yararlanmasına tahsisi kanunla düzenlenir.*

*31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tamamen kaybetmiş ve orman sınırları dışına çıkartılmış yerlerin devri, tahsisi, terki, kiraya verilmesi, üzerinde sınırlı aynı hak tesisi, satışı ve satış gelirlerinden orman köylülerinin kalkındırmalarının desteklenmesi amacıyla ayrılacak payın belirlenmesi kanunla düzenlenir. Orman köyleri sınırları içinde kalan yerlerin satışında, kullanıcısı orman köylüsüne öncelik tanınır."*

şeklinde yeniden kaleme alınıyordu.

İşin ilginç yanı, söz konusu teklifin ilk maddesiyle birlikte, orman arazilerinin satışı konusuyla tamamen ilgisiz bir düzenlemenin de pakete eklenmiş olmasıydı. Gerçekten, teklifin ilk maddesi; Anayasa'nın 76. maddesinin 1. fıkrasında bir değişiklik yapılmasını ve milletvekili seçilme yaşınının 30' dan 25' e indirilmesi öngörüyordu. Dahası, teklifin son maddesiyle birlikte, iki maddelik bu teklifin Cumhurbaşkanı tarafından halkoylamasına sunulması halinde, değiştirilen hükümlerin "tümüyle oylanacağı" da karara bağlanmış bulunmaktaydı.

Bilindiği gibi, 1982 Anayasası'nın 175. maddesinin 7. fıkrası;

*"Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, bu Kanun'un halkoylamasına sunulması halinde, Anayasa'nın değiştirilen hükümlerinden hangilerinin birlikte, hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar."*

hükmünü içermekte ve Meclis'e yukarıdaki gibi bir düzenleme yapma yetkisi vermekteydi. Ne var ki, konuluş amacı itibariyle gündemdeki bir Anayasa değişikliği teklifi içinde yer alan ve birbirleriyle yakından ilgili bulunan maddelerden birinin veya bir kaçının Cumhurbaşkanı'nca halkoylama sunulması ve reddedilmesi, buna karşılık diğerlerinin doğrudan doğruya kabul edilmesi halinde ortaya çıkabilecek hukukî boşlukları ve sorunları engelleme amacı taşıyan bu düzenleme, AKP iktidarı tarafından, birbiriyle tamamen ilgisiz iki maddeyi birbirine ekleme aracı olarak kullanılıyor; Hükümet'in bu "kurnazlığı" ise, beklendiği gibi, muhalefet ve kamuoyunun sert eleştirilerine hedef oluyordu.<sup>5</sup>

Bütün bu tartışmalar arasında Meclis'e sunulan teklif, Meclis Anayasa Komisyonu'nda, teklif metninde kullanılan dil üzerinde yapılan bazı ufak değişikliklerden sonra olduğu gibi benimsenerek,<sup>6</sup> Genel Kurul'un 4 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edildi ve 4841 sayılı Yasa halini aldı. Ne var ki, söz konusu teklifin kabul edildiği oturumda yapılan oylama, yukarıda değinilen tüm bu tartışmalara ek olarak, AKP iktidarı açısından başlangıçta hiç düşünülmeyen başka bazı sorunların da doğmasına yol açtı. Gerçekten de teklif, Meclis Genel Kurulu'nda yapılan son oylamada, tam 366 kabul oyuyla kabul edildi.<sup>7</sup> Bu ise, AK Parti iktidarının hiç de arzulamadığı bir durumun ortaya çıkması anlamına geliyordu. Zira Anayasa'nın 175. maddesi uyarınca, üç yüz altmış beş kabul oyundan daha az bir oyla kabul edilen bir anayasa değişikliği

<sup>5</sup> Örneğin; CHP Genel Başkanı Deniz Baykal, partisinin 8 Nisan 2003 tarihli Meclis grup toplantısında yaptığı konuşmada, bu iki konunun bir arada düzenlenmesini şu sözlerle eleştiriyordu: "Değerli arkadaşlarım, biz de biliyoruz, gençler de biliyor, o yirmi beş yaşında seçilme hakkını vereceğiniz gençler de biliyorlar, onlar da bu ülkenin ormanlarının satılmasını istemiyorlar. Ve kendilerinin bu amaçla kullanılmak istenmesini, üzüntüyle gözlemliyorlar. O iş ayrı, bu iş ayrı; önümüzde seçimlere kadar daha çok zaman var, o zaman içinde getirin yirmi beş yaş tek başına, burada birlikte oyalalım, getirin, hemen, yarın getirin, yarın oyalalım. Eğer maksadınız, yirmi beş yaşındaki gençlerin seçilmesine olanak vermekse, niçin onları sıkıntıya sokuyorsunuz, niçin yokuşa sürüyorsunuz, niçin onları ormana gönderiyorsunuz? (...) Değerli arkadaşlarım, bu Anayasa değişikliği, demin söylediğim amaçla bir araya getirildi. Bizim oyumuzu daha kolay alırız, CHP'nin oyunu böylece daha kolay alırız, hele bir de bu Anayasa değişikliği paketinin altına, bu Anayasa değişikliği referanduma birlikte sunulur diye bir madde koyarsak, böylece, Cumhurbaşkanı da, bu ikisini birlikte onaylamak durumunda kalır, halkoyuna, referanduma konu giderse, vatandaş da, bunu böyle oylamak zorunda kalır, gençler, yirmi beş yaşında seçilme hakkını elde etmek için her halde ormanları da bırakırlar, oy verirler, o sayede biz, bu konuyu da çözeriz diye bir plan yapıldı". (Konuşmanın tam metni için bkz., "Belgenet" Internet Sitesi: <[http://www.belgenet.com/2003/baykal\\_080403.html](http://www.belgenet.com/2003/baykal_080403.html)>).

<sup>6</sup> Anayasa Komisyonu, kendisine verilen redaksiyon yetkisi çerçevesinde, teklifin çerçeve 3. maddesinin 3. fıkrasında geçen "aynî hak" ibaresini "aynî hak"; "kalkındırmalarının" ifadesini "kalkındırılmalarının" ve son fıkrasında geçen "orman içinde" ibaresini de "orman içinden" şeklinde düzeltmiştir. (Komisyon Raporu'nun tam metni için bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Resmî Internet Sitesi: <<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss106m.htm>>)

<sup>7</sup> Söz konusu teklifin oylamasında karşılaşılan bir diğer ilginç durum da; milletvekili seçilme yaşını yirmi beşe indiren maddenin, değişiklik teklifinin ilk tur oylamasında üç yüz on sekiz oy alarak, gerekli kabul yeter sayısının altında kalmasıydı. Buna karşılık, teklifin orman arazilerini ilgilendiren bölümü ise, üç yüz kırk beş kabul oyuyla daha ilk turda gereken barajı aşyordu. Bu manzara ise, AKP'li vekillerin, milletvekili seçilme yaşının yirmi beşe indirilmesi konusunda ne kadar ciddi olduklarının tartışılmasına ve yirmi beş yaş önerisinin, orman arazileri hakkındaki değişikliğin "üzerini örtmek" amacıyla getirildiği yorumlarının güç kazanmasına neden oldu.



teklifinin yürürlüğe girebilmesi için, mutlaka halkoylamasına sunulması gerekmektedir. Böylece AKP iktidarı, Erdoğan'a milletvekilliği yolunu açan değişikliklerinin ardından, bir kez daha "halkoylaması kabusu"yla karşı karşıya geldi. Üstelik bu sefer teklifin halkoylamasına sunulması ihtimali, değinilen ilk durumdaki tartışmaların aksine, bizzat Anayasa'dan kaynaklanan bir zorunluluk niteliğindedir.<sup>8</sup> AKP'nin, bu zor durumdan çıkış için geriye kalan tek umudu ise, olağan zamanlarda çokça eleştirdikleri Cumhurbaşkanı'nun veto yetkisinin devreye girmesi ve Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in, önüne gelen yasayı bir kez daha görüşülmek üzere Meclis'e geri göndermesiydi. Sonuçta, AKP açısından korkulan olmadı ve 18 Nisan 2003 tarihinde Sezer, Anayasa değişikliği teklifini halkoylamasına götürmek yerine, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanlığı'na geri göndermeye karar verdiğini açıkladı.

Cumhurbaşkanı Sezer, veto gerekçesinde, öncelikle geçmişte benzer yönde yapılan uygulamalara değiniyor ve 1990'lı yıllardan beri aynı doğrultuda çıkarılan yasaların, anılan amaca hizmet etmekten ziyade çıkar çevrelerinin yararına sonuçlar doğurduğunu, kaçak yapılaşmaya neden olduğunu ve yasa dışı kazançlara yol açtığını belirtiyordu. Sezer, ayrıca, bu yasa ile, suç işleyerek ormandan yer elde etmiş kişi ya da kurumların ödüllendirileceğini ve ormana zarar vermeyen, yasalara ve Anayasa'ya saygılı yurttaşların devlete, hukuka ve yasalara güveninin de sarsılacağını vurguluyordu.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Aslında AKP'nin, bu "kabus"tan sıyrılmak için elinden gelen tüm çabayı gösterdiğini de belirtmek gerekir. Gerçekten, Anayasa değişikliği teklifinin maddeleri üzerinde yapılan her iki tur oylamada da referandum zorunluluğunu aşmak için gereken üç yüz altmış sekiz oya ulaşamaması, AKP'yi farklı önlemler almaya itti. Nitekim, 4 Nisan 2003 tarihinde AKP Genel Başkan Yardımcısı Dengir Mir Mehmet Fırat, "Anayasa değişikliği teklifini askıya alınacağını, teklifin tümü üzerindeki oylamanın ileri bir tarihte yapılacağını" açıkladı (Radikal, 4 Nisan 2003). Bunun üzerine AKP, Meclis Genel Kurulu'nda teklifin tümü üzerinde yapılacak oylamadan hemen önce, söz konusu öneriyi komisyona geri çekmek istedi. Oturumu yöneten CHP'li Meclis Başkanvekili Yılmaz Ateş'in bu istemi reddetmesi üzerine, Meclis toplantısını engellemek için, başkanlık divanında görevli AKP'li katip üye Enver Yılmaz'ın divanı "terk etmesinden" yumruklara kadar uzanan farklı "yöntemler" denendi. Ancak, yaşanan tüm tartışmalara rağmen Genel Kurul, teklifin tümü üzerindeki oylamaya geçti ve yukarıda da değinildiği üzere, teklif, üç yüz altmış altı kabul oyu alarak kabul edildi.

<sup>9</sup> Cumhurbaşkanı'nın geri gönderme gerekçesinin tam metni için bkz., Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı'nın Resmî İnternet Sitesi: <[http://www.cankaya.gov.tr/tr\\_html/ACIKLAMALAR/18.04.2003-2138.html](http://www.cankaya.gov.tr/tr_html/ACIKLAMALAR/18.04.2003-2138.html)>

Bu vetoyla birlikte AKP'nin "orman" planları büyük bir yara aldıysa da, konu, parti kurmaylarının gündeminden hiçbir zaman tam olarak çıkmadı. Gerçekten, temmuz ayına gelindiğinde ülke gündemi bir kez daha aynı konu etrafında şekillenmeye başladı. AKP Hükümeti, söz konusu değişikliğin hem kronik hale gelmiş olan orman sorununun çözümü, hem de ülke ekonomisine sağlanacak katkı açısından hayati bir önem taşıdığını ısrarla vurgularken, Orman Bakanı Osman Pepe başta olmak üzere partinin tüm ileri gelenleri de, konunun yakında tekrar gündeme geleceği mesajını veriyorlardı.

Tüm bu tartışmalar ekseninde Meclis'e sevk edilen ve aynı konuyu düzenleyen bir Anayasa değişikliği paketi, Doğru Yol Partili (DYP) ve bazı bağımsız milletvekillerinin de desteğiyle, 29 Temmuz tarihinde yapılan son oylamada üç yüz altmış sekiz oy alarak kabul edildi ve 4960 sayılı Yasa halini aldı. Böylece, bir önceki oylamada üç yüz altmış yedi oyluk zorunlu halkoylaması sınırının bir oyla altında kalan teklif, bu sefer söz konusu sınırı bir oyla aşmış oluyordu.<sup>10</sup> 1 Ağustos tarihinde Cumhurbaşkanlığı'na gönderilen Yasa, Cumhurbaşkanı'nca daha önce veto edilen ilk Yasa'nın neredeyse aynısıydı. Yasa'nın ilk maddesinde milletvekili seçme yaşının otuzdan yirmi beşe indirilmesi öngörülüyor, Anayasa'nın 169. maddesinin değiştirilmesinden ise vazgeçiliyordu. Buna karşın, Anayasa'nın 170. maddesi ise yine değişiklik kapsamındaydı. 170. maddede yapılan değişiklik açısından görülebilen tek fark şuydu: Cumhurbaşkanı'nca daha önce veto edilen 4841 sayılı Yasa ile "31.12.1981 gününden önce bilim ve fen yönünden orman niteliğini tümüyle yitirmiş ve orman sınırları dışına çıkarılmış yerlerin devri, tahsisi, terki, kiraya verilmesi, üzerinde sınırlı aynı hak tesisi ve satışı"nın yasayla düzenleneceği belirtilmişti. 4960 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikte ise, söz konusu yerlerin sadece "satışı"na ilişkin yetki korunuyor ve bu yerlerin "idaresi"nin de yasayla düzenleneceği hükme bağlanıyordu.

Ne var ki, orman arazilerinin satışıyla ilgili değişiklik projesi, Anayasa'nın 170. maddesinin değiştirilmesiyle de bitmiyordu. AKP Hükümeti, söz konusu Anayasa değişikliği teklifinin kabul edilmesinden

<sup>10</sup> Ancak, anayasa değişikliği teklifinin bu oylamasının da hayli "olaylı" geçtiğini vurgulamak gerekir. Gerçekten, teklifin milletvekili seçilme yaşının yirmi beşe düşürülmesini öngören 1. maddesinin ikinci tur oylaması sırasında AKP İstanbul Milletvekili Zeynep Karahan Uslu'nun on beş dakika ara ile iki kez oy kullandığının tespit edilmesi, büyük tartışmalar yaşanmasına sebep oldu. Ancak olay, AKP'li yetkililer tarafından bir "dalgalılık" olarak nitelendirildi ve konu böylece kapatıldı.

iki gün sonra, Meclis Genel Kurulu'na bu sefer de "*Orman Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*"nı sundu. Toplam on sekiz maddelik Tasarı, özetle; orman sınırları içinde veya bitişiğindeki tapulu, orman sınırları dışında ise her türlü tasarruf belgeleri ile özel mülkiyette bulunan ve muhitin hususiyetlerine göre yetmiş veya yetiştirilecek olan kızılgaçlıklar ile aşılı kestaneliklerin, fıstık çamlıkları ve palamut meşelikleri dahil olmak üzere her nevi meyveli ağaç ve ağaççıkların orman sayılamayacağı ve kızılgaçlıklar ve aşılı kestaneliklerin sahiplerinin, yapacak ve yakacak gereksinimleri ile pazar satışları için olan kesimlerini "*orman yönetimine haber vermeden*" ve "*keşif, damga ve nakliye işlemlerine bağlı olmadan yapabilecekleri*" hükümlerini içeriyordu.

Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer, 15 Temmuz 2003 tarihinde, hem Anayasa'nın değiştirilmesini öngören 4960 sayılı Yasa'yı, hem de Orman Yasası'nın değiştirilmesini öngören 4965 sayılı Yasa'yı (1 ve 16. maddeleri yönünden) bir kez daha görüşülmek üzere TBMM Başkanlığı'na geri gönderdi. Sezer, Anayasa değişikliği paketini geri gönderme gerekçesinde, 4960 sayılı Yasa ile, daha önceden veto ettiği 4841 sayılı Yasa arasındaki benzerliklere dikkat çekerek; "*... 4841 sayılı Yasa'nın Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce bir kez daha görüşülmesi için geri gönderilmesine ilişkin kimi gerekçelerin geçerliliğini koruduğu görülmektedir.*" diyordu. Sonuçta Sezer, 4841 sayılı Yasa'yı veto ederken kullandığı cümlelerin aynen muhafaza edildiği bir gerekçeyle, önüne gelen paketi bir kez daha veto etti.<sup>11</sup> Sezer, 4965 sayılı Yasa'nın yukarıda anılan hükümlerini de TBMM Başkanlığı'na geri gönderirken, Anayasa'nın 44 ve 169. maddeleri başta olmak üzere, genel kamu yararı amacına aykırılık olduğuna işaret etti.<sup>12</sup> Sezer'in bu tavrının kamuoyundan da büyük destek görmesi, söz konusu Anayasa değişikliği önerisinin AKP Hükümeti'nin gündeminden çıkmasına neden oldu. Yasa değişikliği konusunda ise Hükümet, şansını bir kez daha denedi. Gerçekten, yılın son günlerinde yeniden tartışmaya açılan tasarı, 5 Kasım 2003 tarihinde aynen kabul edilerek 4999 sayılı Yasa adı altında Cumhurbaşkanı'na gönderildi. Sezer, bu durumda bir kez daha geri gönderme yetkisine sahip olmadığı Yasa'yı 17 Kasım'da yayımlanmak üzere Başbakanlık'a gönderirken, Yasa'nın (ilk metindeki 1 ve 16.

<sup>11</sup> Cumhurbaşkanı'nın geri gönderme gerekçesinin tam metni için bkz., Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı'nın Resmî İnternet Sitesi: <[http://www.cankaya.gov.tr/tr\\_html/ACIKLAMALAR/15.08.2003-2381.html](http://www.cankaya.gov.tr/tr_html/ACIKLAMALAR/15.08.2003-2381.html)>

<sup>12</sup> Cumhurbaşkanı'nın geri gönderme gerekçesinin tam metni için bkz., Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı'nın Resmî İnternet Sitesi: <[http://www.cankaya.gov.tr/tr\\_html/ACIKLAMALAR/15.08.2003-2382.html](http://www.cankaya.gov.tr/tr_html/ACIKLAMALAR/15.08.2003-2382.html)>

maddelere tekabül eden) 1 ve 13. maddelerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurdu. Anayasa Mahkemesi, 17 Mart 2004 tarihinde, Sezer'in yaptığı bu başvuru üzerine açılan davayı sonuçlandırdı ve Yasa'nın 1 ve 13. maddelerini iptal ederek yürürlüklerini durdurdu.<sup>13</sup>

2003 yılının Anayasa gündemine ilişkin olarak belirtilmesi gereken son bir husus da, gündemden hiçbir zaman düşmeyen "dokunulmazlık" tartışmaları oldu. CHP, yıl boyunca dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin olarak Meclis'te bekletilen ve bir türlü işleme konulmayan taleplerin gündeme alınmasını ve konuyla ilgili olarak gerekli Anayasa değişikliklerinin yapılmasını savunurken, AKP Hükümeti, çeşitli gerekçelerle bu konuda ayak diremeyi sürdürdü. Konuyla ilgili en çarpıcı örnek ise, çeşitli milletvekilleri hakkında Meclis'e iletilen dokunulmazlığın kaldırılması taleplerinin görüşüleceği Komisyon olan Anayasa-Adalet Karma Komisyonu'nun, seçimlerin üzerinden neredeyse bir yıl geçmesine rağmen toplantıya çağrılmamasıydı. En sonunda CHP, ilgili Komisyon'u 10 Kasım 2003 tarihinde olağanüstü toplantıya çağırırken, söz konusu uygulamayı da "*fahiş ölçülerde bir içtüzük ihlali*" olarak nitelendirdi. İlk toplantısını 12 Kasım 2003 tarihinde yapan Anayasa-Adalet Karma Komisyonu, AKP'li milletvekillerinin oylarıyla, milletvekili dokunulmazlığına ilişkin dosyaların görüşülmesini, TBMM Dokunulmazlıkları Araştırma Komisyonu'nun çalışmaları tamamlanıncaya kadar erteleme kararı aldı. AKP İstanbul Milletvekili Burhan Kuzu ise, bu uygulamayı, "*diğer komisyonadaki arkadaşlara saygısızlık olacağı*" gerekçesiyle savundu.<sup>14</sup>

2004 yılının anayasa gündemi de, büyük ölçüde bir önceki yıldan devrolan tartışmalarla şekillendi. Bu anlamda, yılın başlarından itibaren gündemde olan temel konu, yine başkanlık sistemi tartışmalarıydı. Yılın ilk günlerinden itibaren başta Burhan Kuzu olmak üzere pek çok AKP'li milletvekili tarafından gündeme getirilen öneri, gerek muhalefetten,<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Bu noktada, CHP'nin de 4999 sayılı Yasa'nın 1 ve 13. maddeleri hakkında Anayasa Mahkemesi'ne başvurduğunu belirtmekte fayda vardır. Zira Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin de, 17 Mart tarihli açıklamasında, söz konusu iki davanın birleştirilerek karara bağlandığını ifade etmiştir (*Hürriyet*, 17 Mart 2004).

<sup>14</sup> *Cumhuriyet*, 12 Kasım 2003.

<sup>15</sup> Örneğin; DYP Genel Başkanı Mehmet Ağar, TBMM'de yaptığı basın toplantısında, AKP'nin bu tutumunu; "Tek parti dayatmasının 1946'larda kaldığını zannediyorduk ama şimdi tam bir tek parti dayatması ile karşı karşıyayız." sözleriyle eleştiriyordu. Açıklamanın tam metni için bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Resmî İnternet Sitesi: <[http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/web\\_basin\\_aciklamalari.aciklama?p1=15403](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/web_basin_aciklamalari.aciklama?p1=15403)>

gerek yargı ve sivil toplum kuruluşlarından,<sup>16</sup> gerekse AKP içinden<sup>17</sup> gelen ciddi itirazlarla karşılaştı. Bu itirazların şiddetlenmesi üzerine Başbakan Erdoğan, başkanlık sistemi önerisinin Anayasa Komisyonu Başkanı Burhan Kuzu'nun önceki tarihli bilimsel çalışmalara dayandığını ve *"ne hükümetin, ne de partinin gündeminde başkanlık sisteminin olmadığını"* söyledi. Bu açıklamadan bir hafta sonra ise, bu sefer Meclis Başkanı Bülent Arınc, katıldığı bir televizyon programında, başkanlık sistemi yerine mevcut parlamenter sistemin iyileştirilerek devam edilmesinden yana olduğunu açıkladı.

Bütün bu açıklamalara rağmen başkanlık sistemi tartışmaları, 2004 yılının son aylarında bir kez daha olanca ağırlığıyla Türkiye gündemine oturdu. Bu dönemde Türkiye'nin Avrupa Birliği (AB) ile müzakere sürecinde ihtiyaç duyacağı söylenen istikrarlı bir yönetim yapısına yapılan vurgular, özellikle Ekim ayında açıklanan AB Komisyonu İlerleme Raporu ile birlikte iyice şiddetlendi. Raporu, %10'luk seçim barajının indirilmesi yönünde yapılan eleştiriler, Türkiye'nin siyasal parçalanmışlığı karşısında yönetimde istikrar amacına nasıl ulaşılabileceğinin meselesinin tartışılmasına neden oldu. Bu çerçevede özellikle Adalet Bakanı Cemil Çiçek, %10'luk barajın düşürülmesi talebinin uygulanması halinde ülkenin siyasî bir kaosa sürüklenmemesi için, ya belli sayıda *"Türkiye Milletvekili"* seçilmesini, ya da başkanlık sistemine geçilmesi önerisini gündeme getirdi. Ne var ki, %10'luk seçim barajının değiştirilmemesi yönünde karar alınmasıyla birlikte, başkanlık sistemi tartışmalarının bu bölümü de kapanmış oldu.<sup>18</sup>

2004 yılının, başkanlık sistemi tartışmaları dışındaki anayasal gündemi ise, kuşkusuz *"2004 değişiklikleri"* olarak bilinen Anayasa değişik-

<sup>16</sup> Örneğin; Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok, temsil ettiği örgüt tarafından düzenlenen "Demokrasi ve Yargı" konulu sempozyumun açılış konuşmasında "çok partili bir sistemde başkanlık sisteminin demokrasinin çökmesine neden olabileceğini" belirtiyordu. Konuşmanın tam metni için bkz., Türkiye Barolar Birliği'nin Resmî İnternet Sitesi: <[http://www.barobirlik.org.tr/tbb/baskan/konusmalar/050104\\_demokrasi\\_ve\\_yargi.aspx](http://www.barobirlik.org.tr/tbb/baskan/konusmalar/050104_demokrasi_ve_yargi.aspx)>

<sup>17</sup> Örneğin; AKP Ankara Milletvekili Ersönmez Yarbay, Türkiye'de yargı gücünün etkisizliğine dikkat çekerek, Türkiye'de yeterli altyapının mevcut olmaması nedeniyle, başkanlık sisteminin ya padişahlık sistemine, ya darbeyle gelen diktatörlüğe dönüşeceğini ileri sürüyordu (Sabah, 5 Ocak 2004).

<sup>18</sup> Türkiye'de başkanlık sistemine geçişin hukukî ve siyasî maliyeti konusunda bkz., Gönenç, Levent, "Türkiye'de Hükümet Sistemi Değişikliği Tartışmaları, Olanaklar ve Olasılıklar Üzerine bir Çalışma Notu", Başkanlık Sistemi (içinde), Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, s. 1- 12.

liği paketiyle şekillendi. Yıl ortasında gerçekleştirilen bu değişikliğin sinyalleri, aslında daha yılın ilk günlerinden beri gelmekteydi. Gerçekten, örneğin; Ocak ayında Türk Sanayici ve İşadamları Derneği'nin (TÜ-SİAD) 34. Genel Kurul toplantısına katılan Adalet Bakanı Cemil Çiçek; 1982 Anayasası'nın AB müktesebatına uygun olmadığını, çıkardıkları yasaların önemli bir kısmının Anayasa'ya aykırılık gerekçesiyle iptal edildiğini ve Türkiye'nin, uzlaşma içinde 1982 Anayasası'nı kapsamlı bir şekilde değiştirmesi gerektiğini vurguladı. Sonuçta, uzunca bir hazırlık döneminin ardından kapsamı netleşen ve TBMM'ye sunulan değişiklik paketi, 7 Mayıs 2004 tarihli Meclis Genel Kurul oturumunda kabul edildi ve 22 Mayıs tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girdi.<sup>19</sup> Paket, esas olarak, Türkiye'nin AB'ye uyum sürecinde başlattığı reformların devamı niteliğindedir. Bu sebeple, Anayasa değişikliği tartışmaları söz konusu olduğunda genel olarak görülen havanın aksine, bu değişikliklerin öncesindeki siyasal ortam, iktidar ve muhalefetin var olduğu geniş uzlaşmanın etkisiyle şekillendi. Bunun sonucu olarak da söz konusu paket, TBMM Genel Kurulu'nda, halkoylamasına gidilmesini gerektirmeyen büyük bir çoğunlukla kabul edildi.

Pakette yer alan değişiklikler, esas olarak iki kategori içinde incelenebilir.<sup>20</sup> Birinci kategorideki değişiklikler, daha önce yapılan Anayasa değişikliklerinin devamı niteliğindedir. Bu bağlamda, ölüm cezasına (m. 5/2, m. 17/4, m. 38/9-10, m. 87), Devlet Güvenlik Mahkemeleri'ne (DGM) (m. 143), basın özgürlüğüne (m. 30) ve kadın-erkek eşitliğine (m. 10) ilişkin değişiklikler, daha önce ilgili alanlarda başlatılan reformların genişletilmesini veya tamamlanmasını ifade ediyordu. İkinci kategorideki değişiklikler ise, Türk anayasal sistemi için tamamen yeni bir takım kurumların oluşturulmasına veya mevcut kurumlarda radikal yenilikler yapılmasına yönelik düzenlemeler niteliğindedir. Uluslararası Ceza Divanı'na taraf olunması (m. 38/11), Yüksek Öğretim Kurulu'ndan (YÖK) asker üyenin çıkarılması (m. 131), Silahlı Kuvvetler'in harcamalarının sayıştay denetimine tabi kılınması (m. 160) ve milletlerarası insan hakları sözleşmelerine yasalar karşısında üstünlük tanınması (m. 90) bu kategori içinde değerlendirilebilecek olan değişikliklerdir. Bu kapsamda,

<sup>19</sup> Bkz., 5170 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun", *RG*, 22.05.2005, S. 25469.

<sup>20</sup> Bu bölümdeki açıklama ve değerlendirmeler, büyük ölçüde *Güncel Hukuk Dergisi*'nde yayımlanan "2004 Anayasa Değişiklikleri" başlıklı makalemize dayanmaktadır. (Gönenç, Levent) [S. 7 (Temmuz 2004), s. 44-48].

anılan bu paketle birlikte gerçekleştirilen değişikliklere daha yakından bakmak için, yukarıda ortaya konulan bu ikili ayırmadan faydalanmak mümkündür.

## 1. Daha Önceki Anayasa Değişikliklerinin Devamı Niteliğindeki Değişiklikler

### a. Ölüm Cezasının Kaldırılması

7 Mayıs 2004 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen 10 maddelik Anayasa değişikliği paketinin toplam dört maddesi, ölüm cezasının Anayasa'dan tamamen çıkarılmasına ilişkindi. Hatırlanacağı üzere, 2001 Anayasa değişiklikleriyle,<sup>21</sup> Anayasa'nın "*Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar*" başlıklı 38. maddesi değiştirilmiş ve maddeye "*Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez.*" şeklinde bir fıkra eklenmişti. Ölüm cezasının verilebileceği halleri sınırlayan bu değişiklik, kamuoyunda genel olarak olumlu karşılanmış, ancak milletlerarası insan hakları standartlarına aykırı olan bu cezanın anayasal düzeyde muhafaza edilmesi de eleştirilere konu olmuştu.<sup>22</sup> İşte, 2004 yılında kabul edilen bu son paketle birlikte, söz konusu fıkra tamamen yürürlükten kaldırıldı ve maddenin 10. fıkrası, ölüm cezası ile genel müsadere cezasını Türk hukuk sisteminden tamamen çıkaracak biçimde yeniden kaleme alındı. Zaten, ölüm cezasının savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanları dışında tamamen kaldırılmasını öngören "*Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Sözleşmesi'ne Ek 6 Numaralı Protokol*" de 2003 yılında yürürlüğe girmişti. Ölüm cezasının istisnasız ve tamamen kaldırılmasını öngören, "*Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Sözleşmesi'ne Ek 13 Numaralı Protokol*" ise Türkiye tarafından 9 Ocak 2004 tarihinde imzalanmış, ancak bu çalışmanın kaleme alındığı tarih itibariyle henüz yürürlüğe girmemiştir.

Bu konuda ayrıca, 2004 değişiklikleri çerçevesinde ölüm cezasının Türk hukuk sisteminden tamamen çıkarılması sonucunu doğuran bu düzenlemeye ek olarak, Anayasa'nın ölüm cezasına atıf yapan diğer hükümlerinin de ele alındığının ve Anayasa'nın 15, 17 ve 87. maddelerinin, 38. maddede yapılan değişikliklerle uyumlu hale getirildiğinin de belirtilmesi gerekir.

<sup>21</sup> 2001 Anayasa değişiklikleri için genel olarak bkz., Gönenç-Ergül, *a.g.e.*, s. 13-84.

## b. DGM'ler

DGM'ler 1961 Anayasası'nda 1973 yılında yapılan bir değişiklikle Türk hukuk sistemine girmiş ve varlıklarını 1982 Anayasası döneminde de sürdürmüşlerdir. Ne var ki, bu mahkemelerin liberal-demokratik bir hukuk sisteminde yeri olup olmadığı konusu, bütün bu dönem boyunca sürekli tartışılmış ve bu mahkemelerin kuruluşu ile görev ve yetkilerinin, özellikle Anayasa'da yer alan "*tabii hakim*" ilkesiyle çeliştiği ileri sürülmüştü. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM), bu mahkemelerin kompozisyonunda yer alan asker üye dolayısıyla Sözleşme'nin adil yargılanma hakkına ilişkin hükmünün ihlal edildiği yolundaki kararları ise, tartışmayı bir başka boyuta taşımış ve özellikle PKK terör örgütü lideri Abdullah Öcalan'ın AİHM'ye açtığı davayla bağlantılı olarak, bu hususta artık bir Anayasa değişikliğinin zamanının geldiği konusunda bir fikir birliği oluşmuştu.<sup>23</sup>

AİHM, 18 Haziran 1999 tarihinde, o güne kadarki tartışmaların odağında yer alan asker üyenin DGM'lerin kompozisyonunda çıkarılmasına yönelik olarak yapılan Anayasa değişikliğine rağmen, Türkiye'nin Sözleşme'nin adil yargılanmaya ilişkin 6. maddesini ihlal ettiğine karar verdi.<sup>24</sup> Öte yandan, AB'ye uyum sürecinde Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen ilerleme raporlarında da DGM'lerin kaldırılması gerektiğine işaret ediliyordu.<sup>25</sup> İşte, bütün bu görüş ve eleştirileri de dikkate alan Hükümet ve Meclis, en sonunda 2004 yılında kabul edilen bu paket kapsamında, Anayasa'nın DGM'leri düzenleyen 143. maddesini tamamen yürürlükten kaldırdı.

<sup>22</sup> AB normları çerçevesinde idam cezasının tümüyle kaldırılması gerektiği yolunda bir görüş için bkz., Kaboğlu, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı), İmge Kitabevi, Ankara, 2002, s. 276-278.

<sup>23</sup> Bu konuda bkz., AİHM'nin, 9 Haziran 1998 İncal v. Turkey ve 28 Ekim 1998 tarihli Çıraklar v. Turkey kararları. Ayrıca bkz., Başbuğ, Aydın, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Karşısında Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Durumu", *Yeni Türkiye, Cumhuriyet Özel Sayısı-V*, Y. 4, S. 23-24, s. 3962-3969.

<sup>24</sup> Bkz., AİHM'nin 12 Mart 2003 tarihli Öcalan v. Turkey kararı.

<sup>25</sup> En son 2003 yılı İlerleme Raporu'nda şu ifadeler yer almıştı: "Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin görev, yetki ve işleyişlerinin, savunma hakkı başta olmak üzere, temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında Avrupa standartlarına yaklaştırılması gerekliliği devam etmektedir." Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecine İlişkin 2003 Yılı İlerleme Raporu, Devlet Planlama Teşkilatı, Avrupa Birliği ile İlişkiler Genel Müdürlüğü (<<http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/uyelik/ilerle03.pdf>>)



### c. İfade ve Basın Özgürlüğü

Türkiye, AB'ye uyum sürecinde ifade ve basın özgürlüğü konusunda da yeterli adımları atmadığı gerekçesiyle eleştirilmekteydi. Özellikle milletlerarası insan hakları kuruluşları ve sivil toplum örgütlerinin hazırladıkları raporlarda, ifade ve basın özgürlüğünü çağdaş liberal-demokratik rejimlerde olduğundan daha fazla sınırlayan yasal ve anayasal düzenlemeler, Türkiye'nin eksikleri arasında sayılmaktaydı. 2001 Anayasa değişiklikleri ve buna paralel olarak çıkarılan uyum yasaları, ifade ve basın özgürlüğü konusunda önemli düzenlemeler içermekteydi. Ancak diğer bazı konularda olduğu gibi, ifade ve basın özgürlüğü konusundaki düzenlemeler de beklentilerin altında kalmıştı. İşte, bu kapsamda gerçekleştirilen 2004 değişiklikleriyle birlikte, Anayasa'nın "*Basın Araçlarının Korunması*" başlıklı 30. maddesi yeniden kaleme alındı. Buna göre; devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, Cumhuriyetin temel ilkeleri ve millî güvenlik aleyhine işlenmiş bir suçtan mahkûm olma durumunda, yasaya uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentilerinin "*suç aleti*" oldukları gerekçesiyle zapt ve müsadere edilebileceğini ve işletilmekten alıkonulabileceğini öngören hüküm madde metninden çıkarıldı. Anayasa'da temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak daha önce yapılmış olan değişikliklerle de uyumlu olan bu değişiklik, ifade ve basın özgürlüğü açısından olumlu bir adım olmakla birlikte – Anayasa'nın, sırasıyla, ifade ve basın özgürlüğünü düzenleyen 26 ve 28. maddelerindeki ölçsüz sınırlama sebeplerinin muhafaza edilmesi sebebiyle – bu alandaki korumayı güçlendirme açısından nispeten cılız kaldı.

### d. Kadın - Erkek Eşitliği

2004 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliklerinin büyük bir siyasal uzlaşma ortamı içinde kabul edildiği genel olarak doğru olmakla birlikte, bu saptamanın önemli bir istisnası da mevcuttur: Gerçekten, pakette yer alan en "*masum*" düzenleme olarak nitelendirilebilecek kadın-erkek eşitliği konusu, şaşırtıcı bir biçimde, üzerinde en fazla tartışılan konu oldu.

Bilindiği gibi, 2001 yılında Anayasa'nın 41 ve 66. maddelerinde yapılan değişikliklerle, kadın-erkek eşitliğinin anayasal düzeyde tanınması ve garanti edilmesine yönelik olumlu adımlar atılmıştı. 2004

değişiklik teklifinde ise, aynı konuda bir başka düzenlemeye daha yer veriliyordu. Buna göre; Anayasa'nın "Eşitlik" kenar başlıklı 10. maddesinin son fıkrasına; "Kadın ve erkek eşit haklara sahiptir." şeklinde bir ekleme yapılması planlanıyordu. Mevcut hukukî düzenlemeye yeni bir unsur eklemeyen, sadece 10. maddeden zaten çıkarılabilecek olan anlamı pekiştiren bu düzenleme, özellikle ana muhalefet partisinden gelen eleştirilere konu oldu. Bu çerçevede, Anayasa Komisyonu'nda iktidar ve ana muhalefet partisine mensup Komisyon üyeleri arasında yaşanan tartışmalar, kamuoyunda geniş yankı uyandırdı. Ana muhalefet partisinin, maddeye, kadınlar lehine "pozitif ayrımcılık" yapılmasını öngören bir ibare eklenmesi konusundaki ısrarı, iktidar partisi tarafından dikkate alınmadı. Buna karşın, teklif metninin ilk halinde yer alan ve 10. maddenin mevcut anlamını tekrarlamaktan öteye geçmeyen düzenleme, "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür." şeklinde değiştirildi.

Bu düzenleme açısından şu hususların altını çizmek gerekir: Kuşkusuz bu yeni düzenleme, eskisinden daha kapsamlı ve etkili olmakla birlikte, devlete yapması gerekenler konusunda yol gösteren bir "temenni hükmü" olmaktan öteye geçememektedir. Devletin kadın-erkek eşitliğini sağlamak konusunda ne gibi tedbirler alacağı, bu tedbirlerin kapsamı, bu tedbirler alınmadığı takdirde hangi yollara başvurulacağı soruları halen cevapsız durumdadır. Burada akla gelebilecek bir başka konu ise, devletin alacağı bu tedbirlerin "sosyal ve ekonomik haklar" kapsamında olması durumunda, Anayasa'nın bu hakların sınırını tespit eden 65. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bu ve benzeri sorular, söz konusu düzenlemenin yöneldiği amaca ulaşmak konusunda yeterli araçları sağlayamadığı eleştirisini güçlendirmektedir.

## 2. Yeni Kurumlar Oluşturulmasına veya Mevcut Kurumlarda Radikal Yenilikler Yapılmasına Yönelik Değişiklikler

### a. Uluslararası Ceza Divanı

Bilindiği gibi, Uluslararası Ceza Divanı Statüsü, AB müktesebatının bir parçasını oluşturmaktadır. Bu sebeple Türkiye de, AB'ye uyum sürecinde bu konuda gerekli düzenlemeleri yapmak yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Bu bağlamda, 2004 değişiklikleri kapsamında, Anayasa'nın 38. maddesinin 11. fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir:

*“Uluslararası Ceza Divanı’na taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.”* Ancak, burada asıl ilginç olan; Türkiye’nin bu değişikliği, henüz Uluslararası Ceza Divanı Statüsü’nü imzalamadan önce gerçekleştirmiş olmasıdır. Anayasa koyucu, henüz söz konusu Statü imzalanmadan Anayasa’da Uluslararası Ceza Divanı’na taraf olmanın gerektirdiği yükümlülüklerle atıf yapmakla, bir anlamda siyasî iradeyi, bu Statü’yü ileride iç hukukun bir parçası haline getirme konusunda bağlamış olmaktadır.

## b. YÖK

Pek çoklarına göre, 1982 Anayasası *“askerlerin anayasası”* dır. Gerçekten, Anayasa’da yer alan iki kategori düzenleme, bu değerlendirmeyi haklı çıkaracak niteliktedir. Birinci kategoride; Anayasa’nın, 12 Eylül askeri müdahalesinin üst düzey kadrolarının ve bu dönemde yapılan yasaların normal siyasete dönüldükten sonra da sistem içinde varlıklarını sürdürmelerine imkan verecek düzenlemeler bulunmaktadır. Anayasa’ya ilişkin halkoylaması ile cumhurbaşkanlığı seçimlerinin birleştirilerek askeri müdahaleyi gerçekleştiren kadronun lideri Kenan Evren’in Cumhurbaşkanı seçilmesine kapı açılması, bu kadro içinde yer alan diğer üst düzey komutanların Cumhurbaşkanlığı Konseyi adıyla sivil yapı içinde görev almaları, 12 Eylül döneminde yapılan hukukî düzenlemelerin Anayasa’nın Geçici 15. maddesiyle koruma altına alınması, hep bu kategori içinde sayılabilecek düzenlemelerdir. Kenan Evren’in ve Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyelerinin görev süresinin sona ermesiyle birlikte, 12 Eylül’ün üst düzey kadrosu Türk siyasî hayatından çekilmiştir. Ne var ki, Geçici 15. madde, adının aksine geçici olmamış ve 2001 yılında Anayasa’da bu konuda değişiklik yapıncaya kadar 12 Eylül hukukunun güvencesi olarak yürürlükte kalmıştır. Söz konusu madde, değiştirilmiş biçimiyle halen Anayasa’da yer almakta ve 12 Eylül kadrolarının yargılanmasını imkansız kılmaktadır.

1982 Anayasası’nın, uzun vadede silahlı kuvvetlerin sistem içindeki konumunu güçlendiren mekanizmalar ise, ikinci kategoride yer almaktadır. Milli Güvenlik Kurulu’nun (MGK) sivil otorite karşısındaki ağırlığını arttıran, DGM ve YÖK’te askeri üye bulunmasını öngören hükümler, hep bu çerçevede düşünülebilecek düzenlemelerdir. Özellikle bu son kategoride yer alan düzenlemeler, AB’ye uyum sürecinde yayımlanan ilerleme raporlarında da sık sık eleştiri konusu yapılmıştır. TBMM,

daha önce, DGM ve MGK'ya ilişkin Anayasa değişiklikleriyle, silahlı kuvvetlerin idare içindeki etkisini azaltmaya yönelik önemli adımlar atmıştır. İşte 2004 değişikliğiyle YÖK'ten asker üyenin çıkarılması da, bu konuda eksik kalan halkayı tamamlar niteliktedir.

### c. Silahlı Kuvvetlerin Harcamalarına Sayıştay Denetimi

2004 değişiklikleri içinde silahlı kuvvetleri ilgilendiren bir başka husus da, silahlı kuvvetlerin harcamalarının Sayıştay denetimine tabi tutulmasıdır. 1982 Anayasası döneminde, Anayasa'nın 160. maddesi ve buna paralel olarak, 3162 sayılı Yasa'yla Sayıştay Yasası'nın 30. maddesinde 1985 yılında yapılan değişiklikle silahlı kuvvetlerin Sayıştay denetiminin dışına çıkarılması, içeride ve dışarıda üzerinde en çok tartışılan konulardan biri olmuş;<sup>26</sup> özellikle, silahlı kuvvetlere tahsis edilen kaynakların kullanımının denetlenmesi meselesi, AB'ye uyum sürecinde Türkiye açısından sıkıntı yaratmıştı. Son Anayasa değişiklikleri çerçevesinde 160. maddenin son fıkrasının yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte, Sayıştay'ın silahlı kuvvetleri de denetlemesinin yolu açılmış oldu. Silahlı kuvvetlerin de bir kamu kurumu olduğu ve kendine özgü nitelikleri olsa da sonuçta bir kamu hizmeti yerine getirdiği göz önüne alındığında, harcamalarının denetim dışı tutulmasının herhangi bir şekilde açıklanması mümkün değildir. Son Anayasa değişikliği, liberal-demokratik sistemler açısından büyük önem taşıyan “*şeffaflık*” ve “*hesap verebilirlik*” ilkelerini malî açıdan silahlı kuvvetler için de geçerli kılarak, asker-sivil ilişkileri alanında önemli bir eksiği gidermiş bulunmaktadır.

### d. Milletlerarası Antlaşmaların Statüsü

2004 değişiklikleri arasında en radikal ve kuşkusuz en çok sorun yaratabilecek olan düzenleme, 90. maddede yapılan değişikliktir.<sup>27</sup> Bu

<sup>26</sup> Bu konuda bkz., Erdem, Fazıl Hüsnü, “Türkiye'nin AB'ye Tam Üyelik Sürecinde Sivil-Asker İlişkilerinin Genel Görünümü,” *Liberal Düşünce*, Y. 8, S. 32 (Güz 2003), s. 283-301; ayrıca bkz., Bayramoğlu, Ali, “Asker ve Siyaset,” *Birikim*, S. 160-161 (Ağustos-Eylül 2002), s. 41.

<sup>27</sup> Bu bölümdeki açıklama ve değerlendirmeler, büyük ölçüde “Yaşayan Anayasa” Internet Sitesinde yayımlanan “1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar” başlıklı makalemize dayanmaktadır. (Levent Gönenc) (<<http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/analiz/90.madde.htm>>)

paketle birlikte 1982 Anayasası'nın milletlerarası andlaşmalara ilişkin 90. maddesinin son fıkrasına eklenen cümleye göre:

*"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."*

Bu düzenlemeye ilişkin tartışmalara geçmeden önce, benzer bir düzenlemenin 2001 Anayasa değişikliği paketinde de yer aldığına, ancak TBMM'nin bu düzenlemeyi benimsemediğine işaret etmek gerekmektedir. Türkiye'nin AB'ye uyum sürecinde Anayasa'nın egemenliğe ilişkin 6. maddesiyle birlikte tartışılan 90. madde, orijinal haliyle, AB normlarının, Birliğin öngördüğü biçimde Türkiye'de uygulanmasını imkansız kılmaktaydı. Özellikle Birliğe üye ve aday ülkelerin anayasalarında milletlerarası hukuka öncelik tanıyan düzenlemelerin bir biri ardına kabul etmesi karşısında,<sup>28</sup> Türkiye'nin de bu yolda bir düzenlemeyi geciktirmeden hayata geçirmesi gerekiyordu. Bu şekilde bir düzenleme, teknik anlamda, AB üyeliğinin ön şartlarından biri olarak ortaya konuyordu.

2004 değişikliğiyle getirilen yeni düzenleme, bu ihtiyacı bir ölçüde karşılamakta; ancak sorunu tam olarak çözmek için yetersiz kalmaktadır. En başta, yapılan yeni düzenleme, sadece insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar açısından bir üstünlük kaydı içermektedir. Bir başka deyişle, bir milletlerarası andlaşma sadece insan haklarına ilişkin hükümler içermesi şartıyla hiyerarşik olarak kanunların üzerinde yer alacaktır. Oysa AB müktesebatı içinde, insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmaların yanında Birliğin kuruluş ve işleyişine yönelik pek çok milletlerarası andlaşma da bulunmaktadır. İleride Türkiye'nin olası üyeliğinde, bu normların iç hukukta doğrudan ve üstün bir biçimde uygulanabilmesi için yeni bir anayasa değişikliğine ihtiyaç duyulacaktır. Dolayısıyla bu değişiklik, AB hukukunun Türk hukukuna kolaylıkla aktarılması için bir kapı açmaktan çok, özellikle Türkiye'nin adaylık sürecinde başını çok ağrıtan insan hakları konusunda yeni açılımlar yaratmaya yöneliktir. Bu hükmün, özellikle bugüne kadar milletlerarası

<sup>28</sup> Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Polonya, Macaristan, Slovenya ve Baltık ülkelerinde bu bağlamda yapılan anayasa değişiklikleri için bkz., Albi, Anneli, "Constitutions of Central and Eastern Europe and EU Membership," *World Congress of International Association of Constitutional Law*, 2004, (<[www.iaclworldcongres.org](http://www.iaclworldcongres.org)>)

insan hakları normlarını doğrudan uygulamakta ürkek davranan Türk yargıçlarını bu konuda teşvik edeceği, daha doğru bir ifadeyle zorlayacağı söylenebilir. Öte yandan bu değişiklik, vatandaşlara tanınan temel hak ve özgürlükleri “*bu Anayasa*” (Başlangıç Bölümü, 6. paragraf) ile sınırlayan 1982 Anayasası’nın kapalı sistemini, sürekli gelişip değişen milletlerarası insan hakları normlarının dinamik yapısına açmak konusunda da önemli bir işlev görebilir.

Bu olumlu katkılarına rağmen 90. maddede yapılan değişiklik, uygulamada sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Birincisi; yeni fıkrada, “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar*”dan söz edilmektedir. Bilindiği gibi, milletlerarası andlaşmaların yürürlüğe girme usulü 1982 Anayasası’nın 90. maddesinde düzenlenmiştir. 90. maddeye göre, milletlerarası andlaşmaların yürürlüğe girebilmesi için TBMM tarafından bir yasayla uygun bulunması gerekir. Anayasası’nın öngördüğü temel kural bu olmakla birlikte, aynı fıkrada bu kuralın istisnalarına da yer verilmiştir. Buna göre, belli konularda, süresi bir yılı aşmayan andlaşmalarla uygulama andlaşmalarının (m. 90/II-III) bir yasayla uygun bulunmalarına gerek olmadan, yani TBMM’nin onayından geçmeden yürürlüğe girmeleri mümkündür. Bu durumda, 90. maddedeki yeni düzenlemeye göre; TBMM’nin onayı, yani TBMM iradesinin katılımı olmaksızın yürürlüğe giren bazı milletlerarası andlaşmaların, TBMM’nin iradesinin ürünü olan yasalar karşısında üstünlük kazanması söz konusu olabilecektir. Böyle bir uygulamanın en başta “*yasama yetkisinin devredilemezliği*” ilkesiyle çeliştiği söylenebilir. Anayasa’nın 7. maddesine göre: “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi’nindir. Bu yetki devredilemez.*” Buna göre, yasama organının iradesini yansıtan yasaları, sadece yürütme organının bir işlemiyle yürürlüğe girebilecek bir milletlerarası andlaşmayla geçersiz kılmak, yasama organının asli ve genel düzenleme yetkisine tecavüz etmek anlamına gelecektir. Öte yandan, yürütme organının yasama organından geçiremeyeceğini düşündüğü düzenlemeleri, bu yolla yasama organının denetiminden/iradesinden kaçırmaya çalışması da mümkündür. Ayrıca, yeni fıkrada sadece “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” milletlerarası andlaşmalara üstünlük tanınmaktadır. Hangi andlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma sayılacağı<sup>29</sup> konusunda da bir açıklık yoktur. Kuşkusuz

<sup>29</sup> Örneğin; bir milletlerarası andlaşmanın “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma” sayılabilmesi için, kaç maddesinin temel hak ve özgürlükler alanını düzenlemesi gerektiği gibi.

bu belirsizlik, uygulamada önemli sorunların ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Aynı şekilde, milletlerarası andlaşmalarla yasalar arasında uyumsuzluk olup olmadığını kimin tespit edeceği sorusu da cevapsız kalmaktadır. Özellikle alt derece mahkemelerinin veya yüksek mahkemelerin farklı dairelerinin bu konuda farklı değerlendirmeler yapması durumunda sorunun nasıl çözüleceği, yeni fıkra hükmünde yer almamaktadır. Kuşkusuz, bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin yetkili kılınması düşünülebilir.<sup>30</sup> Bunun da ötesinde, Türk hukuk sistemine, yasalar açısından ön-denetim kurumunun getirilmesi akılcı bir çözüm olarak önerilebilir. Bu öneriye göre, yasaların yürürlüğe girmeden önce Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilebilmesi, Mahkeme'nin yasaları Anayasa'ya ve milletlerarası andlaşmalara uygunluk açısından denetlemesi, Anayasa'ya ve/ya milletlerarası andlaşmalara aykırı yasaların yürürlüğe girmesinin engellenmesi mümkün olabilecektir.<sup>31</sup>

### Yasama

2003 ve 2004 yılları, yasama organının faaliyetleri açısından Türkiye'nin kaderini değiştiren olaylara ve gelişmelere sahne olan bir dönem olarak tarihe geçti. Buna ek olarak, 2003 ve 2004 yılları boyunca Türkiye'nin AB'ye üyelik hedefi çerçevesinde çıkarılan "uyum yasaları" ile diğer pek çok önemli yasa da, gündeme damgasını vuran diğer gelişmeler oldu. Anılan dönem, aynı zamanda, Meclis içi denetim yolları açısından da kendisinden önceki yıllara nazaran oldukça hareketli geçen bir dönem niteliğini kazandı. Dahası, söz konusu yıllar, milletvekili dokunulmazlığı tartışmalarının da, Adalet ve Kalkınma Partisi iktidarı öncülüğünde "yargıya güven" tartışmalarına dönüştüğü ve bir sistem krizi boyutuna ulaştığı yıllar oldu.

<sup>30</sup> Bu konuda bkz., Prof. Dr. Süheyl Batum, Prof. Dr. Ergun Özbudun, Doç. Dr. Serap Yazıcı ve Av. Cem Sofuoğlu tarafından Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etütler Vakfı (TESEV) için hazırlanan, "Anayasa'nın 90. Maddesi'nin Değiştirilmesine İlişkin Görüş" (<<http://www.tesev.org.tr/90madde.php>>).

<sup>31</sup> Bu konuda ayrıca bkz., Gerek, Şehnaz ve Aydın, Ali Rıza, "Anayasa'nın 90. Madde Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 16, S. 55 (2004), s. 226-238 ve *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması* (Anayasa, m. 90/son), Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005.

## Uyum Yasaları

2003 yılının yasama gündemi, 2002'den yeni yıla devreden 5. Uyum Yasaları Paketi ile açıldı. Ocak ayı içinde ve gittikçe yaklaşmakta olan Irak Savaşı'nın gölgesinde yasalaşan bu paket, daha önce kabul edilen diğer paketlere nazaran oldukça mütevazı düzenlemeler içeriyordu.<sup>32</sup> Ne var ki, yıl ortasında AB gündeminin yeniden ağırlık kazanmasıyla birlikte, yeni bir paket için yapılan çalışmalar da hız kazandı. Gerçekten, Haziran ayına girildiğinde, Türkiye'nin AB ile entegrasyonu sürecinde büyük önem taşıyan gelişmeler bir biri ardına yaşanmaya başlandı. Bu çerçevede, ilk olarak Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer, 17 Haziran tarihinde, "İkiz Sözleşmeler" olarak bilinen, "BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi" ile "Kültürel Haklar Sözleşmesi"ni onayladı. 1976 yılında yürürlüğe giren ve azınlıklara kendi kültürlerinden yararlanma, dillerini serbestçe kullanabilme ve "kendi kaderlerini tayin etme" gibi haklar veren İkiz Sözleşmeler, Türkiye tarafından 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanmıştı. Sözleşmeler'de yer alan bazı hususların Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda öngörülen üniter devlet ilkesini zedeleyeceği yönündeki eleştirilere karşın ise Hükümet, imza aşamasında Sözleşme'ye toplam iki çekince ve altı beyan konulduğunu ve bunların, Sözleşme'nin doğurabileceği muhtemel sakıncaları gidermeye yeterli olacağını ifade ediyordu. Sonuçta Cumhurbaşkanı Sezer, Dışişleri Bakanı Abdullah Gül ile Köşk'te yaptığı görüşmenin ardından, söz konusu Sözleşmeler'i onaylayarak yürürlüğe soktu.<sup>33</sup>

Haziran ayı içinde yaşanan bir diğer önemli gelişme ise, "İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi"ne Ek 6 numaralı Protokol'ün TBMM'ce kabul edilmesiydi. Savaş veya yakın savaş tehlikesi halleri dışında ölüm cezasının tümüyle yasaklanmasını öngören ve 28 Nisan 1983'te Strasbourg'da imzalanarak 1 Mart 1985'te yürürlüğe giren 6 numaralı Protokol, Türkiye tarafından da 15 Ocak 2003 tarihinde imzalanmıştı. Söz konusu Protokol'ün TBMM'de kabul

<sup>32</sup> Beşinci Uyum Yasaları Paketi olarak bilinen düzenlemenin tam metni için bkz., 4793 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", RG, 04.02.2003, S. 25014. Pakette yer alan düzenlemelerin daha ayrıntılı bir incelemesi için bkz., Gönenc-Ergül-Kontacı, a.g.e., s. 131.

<sup>33</sup> 4867 sayılı "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" ile 4868 sayılı "Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" için bkz., RG, 18.06.2003, S. 25142.



edilmesiyle birlikte, 9 Ağustos 2002 tarihinde yürürlüğe giren Üçüncü Uyum Yasaları Paketi (4771 sayılı Yasa) ile kaldırılan ölüm cezasına ilişkin son adım da atılmış oldu.<sup>34</sup>

İşte, tüm bu “Avrupa yoğun” gündemin arasında TBMM’ye sevk edilen 6. Uyum Yasaları Paketi, kendisinden önceki 5. Paket’in aksine, oldukça kapsamlı düzenlemeler içeren bir paket niteliği taşıyordu. Gerçekten paket kapsamında, “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı” çerçevesinde; Türk Ceza Yasası, Vakıflar Yasası, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Yasa, Nüfus Yasası, İdari Yargılama Usulü Yasası, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Yasa, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Yasa, İmar Yasası, Sinema Video ve Müzik Eserleri Yasası, Adli Sicil Yasası ve Terörle Mücadele Yasası’nda bir takım değişiklikler yapılması öngörülüyordu.<sup>35</sup>

Gündeme getirilen tüm bu değişiklik önerilerinin arasında en fazla öne çıkanlar ise; Türk vatandaşlarınca günlük yaşamda geleneksel olarak kullanılan farklı dil ve lehçelerde radyo ve televizyon yayını yapılmasına olanak sağlanması, Terörle Mücadele Yasası’nın ünlü 8. maddesinin kaldırılması ve AİHM tarafından, Sözleşme’nin veya ek protokollerin ihlaline yönelik olarak verilen kararların, bundan böyle idari yargıda da “yargılamanın yenilenmesi” sebebi sayılması olarak sıralanıyordu. Paket’te yer alan bir diğer ilginç düzenleme de, Türkiye’de yapılacak seçimlerde yabancı gözlemcilerin bulunmasına olanak sağlayan “Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı Sözleşmesi” hükmünün kanun haline getirilmesiydi. CHP’nin bu öneriye, Hollanda hariç olmak üzere AB üyesi ülkelerde bile bu düzenlemenin ayrı bir iç hukuk normu haline getirilmediği gerekçesiyle karşı çıkması üzerine, madde, Genel Kurul’da verilen bir önergeyle paketten çıkarıldı. Paket’in Meclis gündemine gelmesinden önce geri adım atılan son bir ilginç husus da, “apartmanlarda mescit açılması” olarak isimlendirilen düzenlemeydi. Söz konusu düzenleme ile, İmar Yasası ve ilgili diğer mevzuatta gerekli değişiklikler yapılarak,

<sup>34</sup> Bkz., 4913 sayılı “11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesine Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Ek 6 No’lu Protokol’ün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun”, RG, 01.07.2003, S. 25155.

<sup>35</sup> Bkz., “Belgenet” İnternet Sitesi: <[http://www.belgenet.com/yasa/ab\\_uyum6-1.html](http://www.belgenet.com/yasa/ab_uyum6-1.html)>

mesken olarak kullanılan yerleşim yerlerinde ibadethane açılmasına olanak sağlanması amaçlanıyordu. Dışişleri Bakanı Abdullah Gül ise, özellikle Alanya'ya yerleşen ve sayıları on bini geçen Almanlar'ın, mevzuat nedeniyle kilise açamadıklarını ve bu sebeple de, kendi buldukları binalarda kilise yapmak yoluna gittiklerini belirterek, son anda paketten çıkarılan düzenlemeyi; *"Bizim yaptığımız düzenleme, bu fiili durumu yasal hale getirmektir. Ancak bu konu yanlış yorumlandı."* sözleriyle savunuyordu.<sup>36</sup>

Ne var ki, bütün bu tartışmaların ardından TBMM'ye sevk edilen ve TBMM'nin 19 Temmuz tarihli birleşiminde büyük çoğunlukla kabul edilen paket, Cumhurbaşkanı Sezer tarafından, 30 Haziran tarihinde, 19 ve 21. maddelerinin bir kez daha görüşülmesi için TBMM Başkanlığı'na geri gönderildi. Geri gönderilen Paket'in veto edilen 19. maddesi, Terörle Mücadele Yasası'nın 8. maddesini yürürlükten kaldırırken; 21. maddesi de, anılan maddeye göre açılmış olan ve halihazırda görülmekte olan davaların ne şekilde sonuçlandırılacağını düzenliyordu. Sezer, geri gönderme gerekçesinde, Türk Ceza Yasası'nın (TCY) Devlet'in ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne yönelik örgütlenme ve propaganda eylemlerini cezalandıran 141, 142 ve 163. maddelerinin yürürlükten kaldırılmasıyla doğan hukuksal boşluğu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası'nın 7 ve 8. maddeleriyle doldurulduğunu ve bu maddenin kaldırılmasıyla doğacak boşluğu doldurmak amacıyla, TCY'nin (kaldırılan maddeden daha ağır bir ceza öngören) 311 ve 312. maddelerinin uygulanmasının da yeterli olmayacağını vurguluyordu. Sezer, bu maddenin tümüyle kaldırılmak yerine *"daraltılarak uluslararası hukuka uygun hale getirilmesinin"* daha doğru olacağını savunuyordu.<sup>37</sup>

Bu vetoya karşın Hükümet, muhalefetin de desteğini alarak, söz konusu maddeleri TBMM'nin 10 Temmuz 2003 tarihli birleşiminde bir kez daha görüşerek kabul etti ve 4928 sayılı *"Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"*, 19 Temmuz tarihli *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girdi.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Cumhuriyet, 3 Haziran 2003.

<sup>37</sup> Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in geri gönderilme gerekçesinin tam metni için bkz., Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı'nın Resmî İnternet Sitesi: <[http://www.cankaya.gov.tr/tr\\_html/ACIKLAMALAR/30.06.2003-2298.html](http://www.cankaya.gov.tr/tr_html/ACIKLAMALAR/30.06.2003-2298.html)>

<sup>38</sup> RG, 19:07. 2003, S. 25173.

Oldukça tartışma yaratan bu paket, AB'ye uyum kapsamında çıkarılan son paket de olmadı. Gerçekten, daha 6. Uyum Yasaları Paketi'nin görüşülmekte olduğu günlerde, Hükümet çevrelerinden 7. bir paketin daha hazırlanmakta olduğu yönünde sinyaller geliyordu.<sup>39</sup> Üstelik, bu pakette, MGK ve Genelkurmay Başkanlığı'nın sistem içindeki rolünün azaltılması ile, askeri harcamaların Sayıştay denetimine açılması gibi "hassas" konuların da yer alacağından söz ediliyordu.<sup>40</sup> Bu tartışmalara bağlı olarak, muhalefetin tavrı ve konuyla ilgili yaklaşımı da daha farklı olacak gibi görünüyordu. Gerçekten, CHP Lideri Deniz Baykal, Radikal'den Murat Yetkin ve Düünden Bugüne Tercüman'dan Mehmet Gündem ile yaptığı röportajda; Türkiye'nin AB ile üyelik müzakerelerine başlamak için gerekli olan hukukî düzenlemelerin tümünü yaptığını ve içeriği belirsiz yeni bir pakete daha ihtiyaç duyulmadığını belirtiyordu.<sup>41</sup> Türkiye'nin mevcut yasal düzenlemelerle Kopenhag kriterlerini karşıladığını dile getiren Baykal, Hükümet'in "AB maskesi" altında kendi sorunlarını çözmeyi amaçladığı yönünde kuşkular olduğuna dikkat çekiyordu.<sup>42</sup>

Bütün bu tartışmaların eşliğinde 23 Temmuz 2003'te TBMM'ye sevk edilen Tasarı; Türk Ceza Yasası, Dernekler Yasası, Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası, Sayıştay Yasası, Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yasası, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası, Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi ile Türk Vatandaşları'na Farklı Dil ve Lehçelerinin Öğrenilmesi Hakkındaki Yasa, Vakıflar Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Terörle Mücadele Yasası, Türk Medeni Yasası ve Askeri Mahkemeleri Kuruluş ve Yargılama Usulleri Yasası'nın çeşitli maddelerinde değişiklikler öngörüyordu.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> *Zaman*, 21 Mayıs 2003.

<sup>40</sup> *Cumhuriyet*, 18 Haziran 2003.

<sup>41</sup> *Radikal*, 24 Haziran 2003; *Düünden Bugüne Tercüman*, 24 Haziran 2003.

<sup>42</sup> Baykal, benzer nitelikteki görüşlerini, daha önce Partisi'nin 10 Haziran 2005 tarihli grup toplantısında da dile getirmişti. Baykal, anılan toplantıda; "AB zirhu altında, AB dokunulmazlığı altında bazı taleplerinizi, "AB talebi" diye geçirmeye çalışmanız uygun düşmüyor. İktidara sürekli olarak 'net olun' diyorum. Daima kaypak, örtülü bir konumdalar. Pakette, daha önce olduğunu açıkladıkları bazı düzenlemelerin olmayacağı anlaşılıyor." şeklinde konuşuyordu (*Cumhuriyet*, 11 Haziran 2003).

<sup>43</sup> Bkz., "Belgenet" İnternet Sitesi: <[http://www.belgenet.com/yasa/ab\\_uyum7-1.html](http://www.belgenet.com/yasa/ab_uyum7-1.html)>

Öngörülen bütün bu değişikliklerin arasında en çok göze çarpan değişiklikler ise; MGK'nin yapısı ve görevleriyle ilgili değişikliklerdi. Bu kapsamda, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri'nin bundan böyle siviller arasından da atanmasına olanak sağlanıyor ve Kurul'un görevleri yeniden tarif ediliyordu. Bu yeni tarif çerçevesinde, mevcut düzenlemede on fıkraya yayılmış bir biçimde ayrıntılı olarak sayılan MGK Genel Sekreterliği'nin görev ve yetkileri, Tasarı'da: "*a) Milli Güvenlik Kurulu'nun sekreterlik hizmetlerini yürütür, b) Milli Güvenlik Kurulu'nca ve kanunlarla verilen görevleri yerine getirir.*" şeklinde iki fıkraya indirgeniyordu. Ayrıca Tasarı ile, MGK'nin her ay yerine iki ayda bir toplanmasının da önü açılıyordu. Bunun dışında, Tasarı ile dernek kurma özgürlüğünün kapsamı önemli ölçüde genişletilirken, TCY'nin 159. maddesinin son fıkrasına eklenen "*Tahkir, tezyif ve sövme kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek amacıyla yapılan düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez.*" hükmüyle de, düşünceyi açıklama hürriyetinin kapsamının genişletilmesi amaçlanıyordu. Bütün bunlara ek olarak, Tasarı ile, TBMM'nin bütçeyi denetleme yetkisi de güçlendiriliyordu. Bu amaçla 832 sayılı Sayıştay Kanunu'na eklenen bir madde ile; TBMM'nin talebi üzerine, Sayıştay'ın denetimine tabi olup olmadığına bakılmaksızın, kamu kaynaklarının kullanımıyla ilgili (Cumhurbaşkanlığı hariç) her alandaki hesap ve işlemlerin incelenebileceği, giderlerin harcamadan önce vizeye tabi tutulabileceği ve denetim sonuçlarının ilgili ihtisas komisyonlarınca değerlendirilmek üzere TBMM Başkanlığı'na sunulacağı hükme bağlanıyordu.

Söz konusu paket kapsamında özellikle MGK Genel Sekreterliği konusunda yapılan düzenlemeler, farklı tepkilere neden oldu. Örneğin; DSP Genel Sekreteri Süleyman Yağız; "*MGK, askerlerle siviller arasında emniyet supabıdır. MGK'nin etkisizleştirilmesi son derece tehlikelidir.*" Derken,<sup>44</sup> Tasarı'nın Meclis Genel Kurulu'ndaki görüşmeleri sırasında CHP İstanbul Milletvekili Algan Hacaloğlu "*Mustafa Kemal Atatürk ve arkadaşları Türkiye Cumhuriyeti'ni bir sivil cumhuriyet olarak planlamışlar, bir sivil cumhuriyet olarak örgütlemişler ve kurmuşlardır.*" dedikten sonra; "*siyaset, iç güvenlik birimlerine de bulaştırılmamalıdır.*" sözleriyle Tasarı'ya destek veriyordu. Buna karşılık, CHP İstanbul Milletvekili Onur Öymen ise, MGK hakkındaki düzenlemelerin "*AB'nin bir telkininden ziyade, Hükümet'in bu konuları askerlerle daha seyrek görüşme ihtiyacından ...*" kaynaklandığını

<sup>44</sup> Cumhuriyet, 30 Ağustos 2003.

vurguluyor ve AKP'nin, görünüşteki amacının dışında varolduğu iddia edilen "diğer amaçlarına" göndermede bulunuyordu.<sup>45</sup>

Sonuçta, bütün bu tartışmaların arasında Tasarı, TBMM'nin 30 Temmuz 2003 tarihli 113. birleşiminde görüşülerek kabul edildi ve 4963 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun", Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından onaylanarak 8 Ağustos 2003 tarihinde yürürlüğe girdi.<sup>46</sup>

### Dokunulmazlıklar ve Meclis içi Denetim Yolları

Dokunulmazlıklar ve Meclis içi denetim yolları meselesi, 2003 ve 2004 yıllarında adından sıkça söz edilen konuların başında yer aldı. Bilindiği gibi, CHP, daha 2002 seçimlerinden itibaren dokunulmazlıklar konusunu sürekli gündemde tutmuş ve Hükümet tarafından tartışmaya açılan her türlü anayasa değişikliği önerisine karşılık, öncelikle dokunulmazlıklar sorununun halledilmesi gerektiğini belirtmişti. Buna karşılık ise Hükümet, genel olarak meseleyi ağırdan alma ve milletvekili dokunulmazlıkları konusunu, bir bütün olarak kamu görevlilerinin sahip olduğu ayrıcalıklar konusu ile iç içe değerlendirme eğiliminde olmuştu. Hükümet'in bu tavrının en net ifadesi ise, bizzat Başbakan Erdoğan tarafından ortaya konulmuş ve 24 Kasım 2002'de CNN Türk'te yayınlanan "Cafe Siyaset" programında Murat Yetkin ve Mete Belovacıklı'nın sorularını yanıtlayan Erdoğan, "milletvekili dokunulmazlıklarının ilk yıl gündemlerinde olmadığını" belirtmişti.<sup>47</sup>

Hükümet'in bu tavrına karşılık CHP'nin ısrarlı muhalefeti, en sonunda 2003 yılının ortalarında meyvesini verdi. Bu dönemde, CHP Ankara Milletvekili Yakup Kepenek ile kırk dört arkadaşı tarafından verilen ve yasama dokunulmazlığı konusunda bir Meclis Araştırması Komisyonu kurulmasını öngören teklif, AKP'li milletvekillerinin de oylarıyla kabul edildi. Ne var ki, AKP'nin verdiği bu "evet" oyunun arkasında büyük çekinceler de yatmaktaydı. Örneğin; AKP Grup Başkanvekili Haluk İpek, önerge üzerine yaptığı konuşmada, Partisi'nin söz konusu önergeye destek vereceğini belirtmekle birlikte:

<sup>45</sup> Anılan konuşmaların tam metni için bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Resmî İnternet Sitesi: <<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil1/bas/b113m.htm>>

<sup>46</sup> RG, 07.08.2003, S. 25192.

<sup>47</sup> Gönenç-Ergül-Kontacı, *a.g.e.*, s. 132, dpn. 14.

*“Dokunulmazlık müessesesiyle oynamaktaki amaç, AKP’nin üç yüz altmış beş kişilik meclis gücünü zayıflatıp ülke problemlerini çözmekten alıkoymaksa, hiç kimse kusura bakmasın, biz bu tuzağa düşmeyiz.”*

demekten de geri kalmıyordu.<sup>48</sup>

2003 yılının sonuna gelindiğinde ise, bir yıldan uzun bir zamandır bir türlü toplanamayan TBMM Anayasa-Adalet Karma Komisyonu, CHP’nin ısrarlı talepleri üzerine nihayet bir araya gelerek altmış üç milletvekili hakkında görüşülmeyi bekleyen toplam yüz yedi dokunulmazlık dosyasını gündemine aldı. Ne var ki, 12 Kasım 2003 tarihinde yapılan toplantıdan, dokunulmazlıkların kaldırılması yönünde bir karar çıkmadı. Gerçekten, Komisyon Başkanı AKP İstanbul Milletvekili Burhan Kuzu ile Komisyon’un AKP’li üyeleri, Haziran ayında kurulmuş bulunan ve çalışmaları halen devam etmekte olan *“Dokunulmazlıkları Araştırma Komisyonu”* nun raporunun beklenmesi gerektiği yönünde bir tavır ortaya koyunca, Anayasa-Adalet Karma Komisyonu, yaşanan tüm sert tartışmalara rağmen milletvekili dokunulmazlıklarının kaldırılması yönünde bir karar alamadan dağıldı.

Bu arada, raporunu açıklaması *“merakla”* beklenen Dokunulmazlıkları Araştırma Komisyonu da, 10 Aralık 2003 tarihinde çalışmalarını tamamladı ve Komisyon’un CHP’li üyelerinin tüm itirazlarına rağmen, Anayasa’nın *“Yasama Dokunulmazlığı”* başlıklı 83. maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmasına gerek olmadığına karar verdi. Böylece, AKP’nin, milletvekili dokunulmazlıkları konusunda bir düzenleme yapmak için *“işaret”* beklediği Araştırma Komisyonu da, Hükümet’in bu konudaki genel tavrına son derece uygun bir tutum benimsemiş oldu.<sup>49</sup> Hükümet’in 2003 yılı boyunca dokunulmazlıklar konusunda sergilediği bu tavır, 2004 yılında da değişmeden devam etti. 2004 yılında çeşitli aralıklarla toplanan Meclis Anayasa-Adalet Karma Komisyonu, CHP’li üyelerin muhalefetine rağmen, dokunulmazlık dosyalarının dönem sonuna ertelenmesine ilişkin kararlar almaya devam etti. Bu ertele-

<sup>48</sup> Anılan konuşmaların tam metni için bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Resmî İnternet Sitesi: <<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil1/bas/b094m.htm>>

<sup>49</sup> “Ankara Milletvekili Yakup Kepenek ve Kırk Dört Arkadaşının Yasama Dokunulmazlığı Konusunda, Anayasa’nın 98. İç Tüzüğü’nün 104 ve 105. Maddeleri Uyarınca Bir Meclis Araştırması Açılmasına İlişkin Önergesi ve (10/70) Esas Numaralı Meclis Araştırması Komisyonu Raporu” için bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Resmî İnternet Sitesi: <[http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/dokunulmazlik\\_son.htm](http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/dokunulmazlik_son.htm)>

me kararlarının, 14 Ocak 2004 tarihinde milletvekili dokunulmazlığına ilişkin konulan çekinceler kaldırıldıktan sonra kabul edilen “Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Yasa” ile aynı döneme denk gelmesi ise, tarihin garip bir cilvesi olarak yorumlandı.

Halihazırda görev yapan milletvekillerinin yargılanması konusunda sergilenen bu olumsuz tavra karşın AKP Hükümeti, önceki dönemde görev yapmış olan Başbakan ve Bakanlar hakkında ise çok farklı bir tutum benimsedi. Gerçekten, 2003 yılının sonlarından başlayarak, 57. Hükümet Dönemi’nde görev yapmış olan pek çok bakan hakkında “Meclis Soruşturması” açılmasının gündeme geldiği görüldü.

Bu sürecin ilk adımı, aslında, 7 Ocak 2003 tarihinde, yolsuzlukların sebeplerinin araştırılması için bir Meclis Araştırma Komisyonu kurulmasıyla başlamıştı. 19 Şubat’ta yaptığı ilk toplantısının ardından çalışmalarını dört ay boyunca sürdüren Komisyon, 19 Haziran 2003 tarihinde araştırmasını tamamlayarak, hazırladığı 1200 sayfalık raporu TBMM Başkanlığı’na sundu. Raporda, yirmi beş ayrı bakan hakkında toplam on altı Soruşturma Komisyonu’na ek olarak, çeşitli konular hakkında toplam on altı yeni Araştırma Komisyonu kurulması isteniyordu.<sup>50</sup> Raporu görüşen AKP Merkez Yürütme Kurulu, hakkında soruşturma açılması istenen bakanlardan bazıları hakkındaki dosyaları hukukî açıdan yetersiz buldu ve toplam altı bakan hakkındaki dosyaları işleme koymaya karar verdi.

Meclis Soruşturması maratonu, 9 Aralık 2003 tarihinde Meclis Genel Kurulu’nda yapılan oylamada, Eski Başbakan Mesut Yılmaz ile, eski bakanlardan Hüsamettin Özkan, Güneş Taner, Cumhur Ersümer, Zeki Çakan ve Recep Önal hakkında verilen soruşturma önergelerinin kabul edilmesi ve ilgili kişiler hakkında Meclis Soruşturması açılmasına karar verilmesiyle başladı. Bu kararın üzerinden yaklaşık bir ay geçtikten sonra ise, CHP’nin verdiği önergeler sonucunda, bu sefer eski bakanlardan Koray Aydın ve Yaşar Topçu hakkında Meclis Soruşturması açılmasına karar verildi.

<sup>50</sup> “Yolsuzlukların Sebepleri, Sosyal ve Ekonomik Boyutlarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu (10/9)” Raporu ve Ekleri için bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Resmî İnternet Sitesi: <[http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/yolsuzluk\\_arastirma /index.htm](http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/yolsuzluk_arastirma/index.htm)>

Bu arada, Komisyonların çalışmaları sırasında ilginç bazı hukukî tartışmalar da yaşandı. Bu tartışmaların en ilginçlerinden biri de; kendisi hakkında kurulmuş bulunan Soruşturma Komisyonu'nda ifade veren eski başbakanlardan Mesut Yılmaz'ın, Avukatı Uğur Alacakaptan aracılığıyla, kendisi hakkında daha önceden aynı konuda kurulmuş olan bir soruşturma komisyonu tarafından hazırlanan ve "Yüce Divan'a sevk gerek yoktur" önerisini içeren raporun Meclis Genel Kurulu'nda kabul edilmesiyle birlikte, kendisi yönünden "suçun mevcut olmadığı konusunda kesinleşmiş bir yasama-yargı kararı"nın meydana geldiğini iddia etmesiydi.

Bütün bu tartışmalar arasında çalışmalarına devam eden Soruşturma Komisyonları, önce eski bakanlardan Hüsametttin Özkan ve Recep Önal (17 Mayıs 2004), daha sonra Eski başbakan Mesut Yılmaz ve yine eski bakanlardan Güneş Taner ile (2 Haziran 2004), Cumhuriyet Ersümer (17 Haziran 2004), Zeki Çakan (17 Haziran 2004), Koray Aydın (16 Temmuz 2004) ve Yaşar Topçu hakkında (19 Ekim 2004) "Yüce Divan'a sevk" kararları aldılar.

Sırasıyla Meclis Genel Kurulu'na gelen bu kararlardan, önce Hüsametttin Özkan ve Recep Önal hakkında, Bakanlıkları sırasında Halkbank'ı zarara uğratarak görevlerini kötüye kullandıkları gerekçesiyle hazırlanan Soruşturma Komisyonu Raporu görüşüldü ve "Yüce Divan'a Sevk" kararı alındı (15 Haziran 2004). Bunu, "Bakanlığı döneminde görevini suiistimal ettiği ve yetkilerini aşır salahiyetlerini amaç dışı kullanarak kanun ve yönetmelik hükümlerine aykırı davranıp devlet alım satımına ve yapımına fesat karıştırarak kamu zararına yol açtığı, ayrıca ihaleye hile karıştırma fiili ile görevi ihmal eylemi işlediği ..." gerekçesiyle eski bakanlardan Cumhuriyet Ersümer ile, "Bakanlığı döneminde görevini suiistimal ettiği ve yetkilerini aşır salahiyetlerini amaç dışı kullanarak kanun ve yönetmelik hükümlerine aykırı davranıp devlet alım satımına ve yapımına fesat karıştırarak kamu zararına yol açtığı ..." gerekçesiyle yine eski bakanlardan Zeki Çakan hakkında verilen "Yüce Divan'a sevk" kararları takip etti (13 Temmuz 2004). Aynı gün yapılan bir diğer oylamada ise, Meclis Genel Kurulu, eski başbakan Mesut Yılmaz ile eski Devlet Bakanı Güneş Taner'i, Türkbank ihalesine fesat karıştırdıkları gerekçesiyle Yüce Divan'a sevk etti.<sup>51</sup>

<sup>51</sup> Bu noktada akıllarda kalan bir diğer ilginç husus da, AKP Hükümeti'nin, önceki hükümetler döneminde görev yapan bakanların yargılanması konusunda sergilediği bu tutumu, kendi bakanları konusunda sergilemekten kaçınmış olmasıydı.



Ne var ki, bu sırada hiç beklenmeyen bir gelişme yaşandı. Anayasa Mahkemesi, Recep Önal ve Hüsamettin Özkan'ın Yüce Divan'a sevkini öngören Meclis kararı ile Mesut Yılmaz ve Güneş Taner'in Yüce Divan'a sevkini öngören Meclis kararını, tüm sanıklar hakkında ayrı ayrı oylama yapılması gerekirken ikişerli gruplar halinde oylama yapıldığı gerekçesiyle TBMM'ye iade etti. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı da eleştirilmekten kurtulamadı. Basında, Anayasa Mahkemesi'nin de bu kararları alırken bazı usul hataları yaptığı yönünde görüşler yer aldı. Bu kapsamda ilk olarak, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na (CMUK) göre yapılan Yüce Divan yargılamalarında, CMUK m. 31 uyarınca Yargıtay Başsavcılığı'nın dosyayla ilgili görüşü alınmadan evrak üzerinden karar verilemeyeceğini, bu yüzden de başsavcılığın görüşünü almaksızın iade kararı verilmesinin hatalı olduğu belirtildi. Bu konuda dile getirilen bir diğer eleştiri de; CMUK'ta "*iddianamenin reddi*" gibi bir kavramın bulunmamasının ışığında, Anayasa Mahkemesi'nin, dosyalardaki eksikliğin giderilmesi için duruşma açarak "*durma*" kararı vermesi gerektiği ve duruşma yapılmadan verilen iade kararlarının hatalı olduğuydu.<sup>52</sup>

Bütün bu tartışmaların ardından Ekim ayına gelindiğinde, Soruşturma Komisyonu dosyalarının Meclis Genel Kurulu'ndan görüşülmesine yeniden başlandı. Ancak, bu arada ilginç bir tartışma daha ortaya çıktı: Hakkında açılan Meclis soruşturması sonucunda Yüce Divan'a sevk edilen, ancak Anayasa Mahkemesi'nin, sevk işleminin usule uygun olmadığı yönündeki kararı sonrasında dosyası TBMM Genel Kurulu'nda yeniden oylanan eski bakanlardan Recep Önal, Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla yeni bir hukukî durumun ortaya çıktığını belirterek, bu oylama öncesinde yeni bir savunma yapmak istediğini bildirdi. Buna karşın TBMM Başkanlığı, Anayasa Mahkemesi'nin iade gerekçesinin son derece açık olduğuna ve bu sebeple, bu aşamadan sonra yeni bir savunma yapılmasının mümkün olmadığına karar verdi.<sup>53</sup> Bu karar

---

Gerçekten, Temmuz ayında Pamukova'da meydana gelen ve otuzdan fazla insanın hayatını kaybettiği "hızlandırılmış tren" kazasıyla ilgili olarak Ulaştırma Bakanı Binali Yıldırım hakkında verilen gensoru önergesini görüşmek üzere olağanüstü toplanan Meclis, 4 Ağustos 2004 tarihinde, söz konusu gensoru önergesinin gündeme alınmasını AKP'li milletvekillerinin oylarıyla reddederken, Meclis içi denetim yollarının işlerliği tartışmasını bir kez daha su yüzüne çıkarmış oldu.

<sup>52</sup> *Milliyet*, 24 Temmuz 2004.

<sup>53</sup> Recep Önal'ın avukatları, aynı konuyu Yüce Divan'daki yargılamanın ilk duruşmasında da dile getirdiler. Ancak Mahkeme heyeti, bu itirazları oybirliğiyle reddetti. *Radikal*, 9 Şubat 2005.

üzerine yeniden görüşülmeye başlanan raporlar sonucunda, haklarında daha önce alınan Yüce Divan'a sevk kararları Anayasa Mahkemesi tarafından TBMM'ye iade edilen eski bakanlardan Hüsamettin Özkan ve Recep Önal ile, eski başbakan Mesut Yılmaz ve eski bakanlardan Güneş Taner, Meclis Genel Kurulu'nda tekrarlanan oylamalarla bir kez daha Yüce Divan'a sevk edildiler (26 ve 27 Ekim 2004).

Bu arada, Yüce Divan'a sevk edilen eski bakanlardan Cumhurbaşkanlığı, Yüce Divan'a sevkine ilişkin TBMM Kararı'nın iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurdu. Ancak Anayasa Mahkemesi, 9 Kasım 2004 tarihinde, TBMM tarafından verilen Yüce Divan'a sevk kararları üzerinde bir denetim yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle, bu başvuruyu oybirliğiyle reddetti.<sup>54</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından iki gün sonra Meclis Genel Kurulu'nda yapılan oylamada ise, Eski Bayındırlık ve İskan Bakanı Korumay Aydın Yüce Divan'a sevk edildi. Ancak Aydın, Meclis kürsüsünden yaptığı savunma sırasında yaşanan tartışmalar ve Meclis Başkanı'nın kendisine karşı takındığı tutum nedeniyle, "savunma hakkının engellenmesi" gerekçesiyle konuşmasını yarıda keserek Genel Kurul salonunu terk etti. Aydın'ın, kendisine verilen süreye rağmen kürsüye dönmemesi üzerine oylamaya geçildi ve Aydın hakkında Yüce Divan'a sevk kararı alındı. Bu gelişme üzerine Aydın, "Anayasa'nın 100. maddesi gereğince on günlük görüşme süresinin son gününde görüşülen rapor hakkındaki sınırsız süreli konuşma hakkının fiilen sınırlandırıldığı ve engellendiği" ve bunun da "eylemli bir içtüzük değişikliği" olduğu, ve ayrıca "savunma hakkının kısıtlandığı" gerekçeleriyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurdu. Ancak Anayasa Mahkemesi, 1 Aralık 2004 tarihinde Aydın'ın bu başvurusunu da reddetti. Sonuçta, 2003 yılının sonlarında başlayan Yüce Divan maratonu, yaşanan tüm bu tartışmaların ve ses getiren kararların ardından, 11 Kasım 2004 tarihinde Eski Bayındırlık ve İskan Bakanı Yaşar Topçu'nun da Yüce Divan'a sevk edilmesiyle birlikte sona erdi.

### Asker Gönderme Tezkereleri

TBBM tarafından sürdürülen yasama faaliyetlerinin büyük bir bölümünün "yasa" adı altında ve yasaların kabulü için öngörülen süreçlerden geçilerek yapılan işlemlerden oluşmasının doğal bir sonucu

<sup>54</sup> Cumhuriyet, 10 Kasım 2004.

olarak, yasama alanında yaşanan tartışmaların büyük çoğunluğu da, çeşitli yasal ve anayasal değişiklikler konusunda ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, 2003 ve 2004 yılları içinde yaşanan en büyük tartışmalardan birisi, bu kurala aykırı bir biçimde, tipik bir “parlamento kararı” örneği olan “yabancı ülkelere asker gönderilmesi” konusunda yaşandı.

Bilindiği gibi Amerika Birleşik Devletleri (ABD), 2002 yılının sonlarından itibaren artık iyice yaklaşılmaya başlayan Irak müdahalesi öncesinde, bu müdahaleyle destek olması amacıyla Türkiye’den ısrarlı taleplerde bulunmaya başlamıştı. Tam da bu dönemlerde kurulan Abdullah Gül Hükümeti de, ABD ile işbirliği konusunda genel olarak olumlu bir tutum izliyordu. Ne var ki, ufukta görünen Irak Savaşı konusunda ABD ile daha yakın bir askeri işbirliği ve ittifak içine girmeyi arzulayan Hükümet’in önünde, aşılması gereken bir “Meclis engeli” vardı. Zira Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 92. maddesi, askeri alanda alınacak bu tip önemli kararları hükümetlerin yetkisine bırakmıyor; aksine, bu konuda doğrudan doğruya TBMM’yi yetkili kılıyordu:

*“Milletlerarası hukukun meşrû saydığı hallerde savaş hali ilanına ve Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında, Türk Silahlı Kuvvetleri’nin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye’de bulunmasına izin verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi’nindir.”*

Konuya Hükümet’in penceresinden bakıldığında, Anayasa’nın 92. maddesinde öngörülen bu iznin alınması, hem siyasî, hem de hukukî açıdan pek de kolay görünmüyordu.

Meselenin siyasî boyutları bir tarafa bırakılırsa, Gül Hükümeti’nin karşı karşıya kaldığı en önemli anayasal sorun, Türkiye’nin Irak’a asker göndermek ve ABD askerlerinin Türkiye’de bulunmasına izin vermek için, Meclis’in verebileceği muhtemel bir izin kararı dışında da bir dayanağa ihtiyaç duyup duymadığıydı. Başka bir ifadeyle, 92. maddenin ilk cümlesinde yer alan “Milletlerarası hukukun meşrû saydığı haller” ibaresi, tartışılan tezkerenin çıkarılması için de gerekli bir şart mıydı? Zira bu noktada sorun, ABD’nin girişmek üzere olduğu Irak müdahalesinin, Birleşmiş Milletler (BM) sistemi çerçevesinde alınan bir kararın desteğinden yoksun olmasından kaynaklanıyordu. Gerçekten ABD, Irak’a yapmaya hazırlandığı müdahaleyi, tek taraflı olarak ilan ettiği “önleyici savaş” doktrinine dayandırıyor; ancak bu doktrin, BM

Antlaşması'nın kurduğu hukuk düzeninin temel prensipleriyle açıkça çelişiyordu.<sup>55</sup> Buna ek olarak, ABD'nin Afganistan'a müdahalesindeki NATO işbirliği yükümlülüğünden farklı olarak, Türkiye'nin Irak'a karşı girişilen savaşta ABD'nin yanında yer almasında dayanak olarak gösterebileceği hiçbir uluslararası antlaşma da mevcut değildi.<sup>56</sup>

Bu soruna ilişkin olarak, ortaya çeşitli görüşler atıldı. Örneğin; Süheyl Batum, 92. maddenin, *"sadece savaş hali ilanını"* milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerle sınırlandırdığını; buna karşılık, *"TSK'nın yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme"* nin, tamamen TBMM'nin takdirine bırakıldığını savunuyordu.<sup>57</sup> Böyle olunca da, tartışılan tezkerenin bir *"savaş ilanı"* değil ama sadece bir *"asker gönderme"* tezkeresi olmasından hareketle; ABD'nin Irak müdahalesini destekleyen bir BM Güvenlik Konseyi kararının varolmayışı, sorun olmaktan çıkarılmış oluyordu. Buna karşılık muhalefet ve kamuoyunun büyük bir kesimi ise, anılan müdahalenin uluslararası hukuka aykırı olduğundan hareketle, böyle bir müdahaleye destek olmak amacıyla Türkiye'nin alacağı her türlü kararın, *"uluslararası meşruiyet"*i şart koşan Anayasa'nın 92. maddesine aykırı olacağını savunuyordu. Bu görüşü en derli toplu biçimde dile getiren CHP Ankara Milletvekili Önder Sav ise, 1 Mart 2003 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda yaptığı konuşmada:

*"Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ülkelere gönderilmesi ve yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulundurulmasına ilişkin tezkerenin temel unsuru, olmazsa olmaz şartı, bu tezkerede, milletlerarası hukukun meşru saydığı hal koşulunun var olup olmadığıdır. Uluslararası hukukun meşruluğunu belirtme yetkisi ne Amerika Birleşik Devletleri'nin ne İngiltere'nin ne de kimilerinin sandığı gibi Türkiye'nin yetkisindedir. Meşruluğu belirleme yetkisi, bizim de üyesi olduğumuz BM Güvenlik Konseyi'ne aittir."*

diyordu.<sup>58</sup> Benzer şekilde, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer de, 20 Mart tarihinde Pakistan'ın Ankara Büyükelçisi Sher Afgan Khan'ı kabu-

<sup>55</sup> Bu konuda daha ayrıntılı bir değerlendirme için bkz., Göztepe, Ece, "Amerika'nın İkinci Irak Müdahalesinin Uluslararası Hukuk ve Türkiye'nin bu Savaşa Katılımının Türk Anayasa Hukuku Açısından bir Değerlendirmesi ya da 'Haklı Savaş'ın Haksızlığı Üzerine", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 59, S. 3, s. 82 - 89.

<sup>56</sup> Göztepe, a.g.e., s. 92.

<sup>57</sup> Batum, Süheyl, "Anayasa Yanlış Yorumlanıyorsa", *Vatan*, 27 Şubat 2003.

<sup>58</sup> Anılan konuşmanın tam metni için bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Resmî İnternet Sitesi: <<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil1/bas/b039m.htm>>

lü sırasında gazetecilerin sorularını yanıtlarken, uluslararası meşruiyet tartışmaları hakkındaki görüşlerinin sorulması üzerine:

*“Görüşlerimde değişiklik yok, bu konuda BM Güvenlik Konseyi’nde Irak ile ilgili başlayan sürecin sona ermesi gerekirdi. O süreç sona ermeden ABD’nin tek taraflı bir davranışını doğru bulmuyorum.”*

açıklamasını yapıyordu.<sup>59</sup>

Hukuk alanında bütün bu tartışmalar sürüp giderken, siyasetin ve uluslararası ilişkilerin kendine özgü çarkları da, olanca hızıyla dönmeye devam ediyordu. Ocak ayının sonlarına gelindiğine Gül Hükümeti, ABD ile varılması beklenen askeri işbirliği antlaşmasına hazırlık amacıyla gerekli gördüğü bazı adımların atılması için düğmeye bastı. Bu kapsamda Hükümet, bir grup ABD’li teknik ve askeri personelin, askeri üs ve tesisler ile limanlarda çalışmalar yapmak amacıyla üç ay süreyle Türkiye’de bulunmalarına izin veren bir Tezkere’yi 5 Şubat 2003 tarihinde Meclis Başkanlığı’na sundu. 6 Şubat’ta yapılan gizli oturumda TBMM Genel Kurulu “Türkiye’deki Askeri Üs ve Tesisler ile Limanlarda Gerekli Yenileşme, Geliştirme, İnşaat ve Tevsi Çalışmaları ile Alt Yapı Faaliyetlerinde Bulunmak Amacıyla, Amerika Birleşik Devletleri’ne Mensup Teknik ve Askeri Personelin Üç Ay Süreyle Türkiye’de Bulunmasına İzin Verilmesi İlişkin 759 sayılı TBMM Kararı’nı 193’e karşı üç yüz sekiz oyla kabul etti.<sup>60</sup>

Ne var ki, bu Tezkere’nin kabulü, Hükümet’in ihtiyaçlarının tümüyle karşılanması anlamına gelmiyordu. Gerçekten, o dönemde henüz milletvekili olmayan Erdoğan, bu Tezkere ile sadece on beş gün zaman kazanıldığını belirtirken, Adalet Bakanı Cemil Çiçek ise, konuya çok daha farklı bir açıdan yaklaşıyor ve “1991’de bir koyup üç alacaktık, ama bir koyamadığımız için bu iş bize 100 milyar dolara patladı. Aynı hataya düşmemeliyiz.” diyordu.<sup>61</sup> Bu arada, iş çevrelerinden de Hükümeti des-

<sup>59</sup> Cumhuriyet, 21 Mart 2003.

<sup>60</sup> RG, 07.02.2003, S. 25017.

<sup>61</sup> Cumhuriyet, 7 Şubat 2003. Bu dönemde AKP içinde “fire verme” korkusu da iyice su yüzüne çıkmaya başlamıştı. 1 Mart’ta yapılacak oylama öncesinde yüze yakın oy kaybedeceği yönünde işaretler alan Hükümet, parti içi denetim mekanizmalarını da harekete geçirdi. Bu kapsamda, Tezkere’nin Meclis’e gelmesi durumunda olumsuz oy kullanacağını belirten AKP İstanbul Milletvekili Göksal Küçükali, kesin olarak ihraç istemiyle tedbirli olarak Grup Disiplin Kurulu’na sevk edildi (Milliyet, 26 Şubat 2003).

tekleyen açıklamalar gelmeye devam ediyordu. TÜSİAD Başkanı Tuncay Özilhan, Türkiye'nin kendi çıkarları için bu savaşın tamamen dışında kalmaması gerektiğini, istemediği gelişmelerle karşılaşmamak ve süren krizin derinleşmesine engel olmak için, asker konuşlandırma ve asker sevk etme kararı alması gerektiğini belirtiyordu.<sup>62</sup> Bununla birlikte Hükümet, en ciddi destek aradığı yerden ise eli boş döndü. Kritik 1 Mart oylamasının hemen öncesinde yapılan MGK toplantısında konuyu gündeme taşıyan Hükümet, Kurul'dan bu konuda milletvekilleri üzerinde etkili olacak bir "tavsiye kararı" çıkmasını umuyordu. Ancak MGK'nin asker üyeleri, bu konudaki yetkinin Meclis'e ait olduğunu belirterek, Hükümet'in beklediği gibi bir açıklama yapmaktan kaçındılar. Bütün bu tartışmaların sonunda Hükümet, en sonunda Türkiye'yi doğrudan doğruya savaşın içine sokacak ikinci tezkereyi de Meclis Başkanlığı'na sundu. Anılan Tezkere:

*"Kapsamı, sınırı ve zamanı Hükümet'çe belirlenecek şekilde,*

*1. Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ülkelere gönderilmesine ve bu kuvvetlerin gerektiğinde belirlenecek esaslar dairesinde kullanılmasına,*

*2. Uluslararası meşruiyet kuralları çerçevesinde en fazla 62.000 askeri personelin ve hava unsurları olarak iki elli beş uçak ve altmış beş helikopteri aşmamak kaydıyla yabancı silahlı kuvvetler unsurlarının Hükümet'in tespit edeceği mücavir bölgelerde geçici olarak konuşlandırılmak üzere altı ay süreyle Türkiye'de bulunmasına; bu amaçla Türkiye'ye gelecek yabancı kara kuvvetlerinden destek unsurları dışındaki muharip unsurların geçici olarak konuşlandırıldıkları bölgelerden Türkiye dışına intikallerinin en kısa sürede tamamlanması ve yabancı hava ve deniz kuvvetleri ile özel kuvvetler unsurlarının muhtemel bir harekatta kullanılmalarını sağlayacak şekilde konuşlanmaları ve yabancı silahlı kuvvetlere mensup hava unsurlarının Türk hava sahasını üst uçuş amacıyla kullanmaları için gerekli düzenlemelerin yapılmasına; bu yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'ye gelişiyle ilgili hazırlıkların yürütülmesine, Türkiye ülkesinde tabi olacakları statü ve Türk Silahlı Kuvvetleri'yle işbirliği esas ve usullerine ilişkin düzenlemelerin Hükümet'in belirleyeceği esaslar çerçevesinde yapılmasına ..."*

izin verilmesi talebini içeriyordu.<sup>63</sup>

<sup>62</sup> Sabah, 28 Şubat 2003.

<sup>63</sup> Tezkere metni için bkz., "Belgenet" Internet Sitesi: <[http://www.belgenet.com/yasa/izin\\_250203.html](http://www.belgenet.com/yasa/izin_250203.html)>

Söz konusu Tezkere, büyük tartışmalar arasında geldiği TBMM Genel Kurulu'nda 1 Mart 2003 tarihinde yapılan oylama sonucunda, oylamaya katılan beş yüz otuz üç milletvekilinden iki yüz ellisinin ret oyuna karşılık, iki yüz altmış dört milletvekilinin kabul oyunu aldı. Oylamada on dokuz milletvekili de çekimser oy kullandı. Bu hesaba göre AKP, oylamada doksandan fazla fire vermiş oluyordu.

Oylamanın asıl sürprizi ise, AKP'nin verdiği bu fireler değildi: Alınan bu sonuçlar üzerine CHP, Anayasa'nın "TBMM Toplantı ve Karar Yeter Sayısı" başlıklı 96. maddesinde yer alan; "Anayasa'da başkaca bir hüküm yoksa, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biriyle toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla karar verir ..." hükmüne dayanarak, Tezkere'nin kabul edilmemiş olduğunu iddia etti. Gerçekten, anılan hükmün ışığında; toplantıya katılan milletvekillerinin sayısı dikkate alındığında, Tezkere'nin en az iki yüz altmış sekiz kabul oyu almış olması gerekiyordu. Tartışmalar üzerine TBMM Başkanı Bülent Arınç, danışmanlarıyla konuyu değerlendirmek üzere birleşime yirmi dakika ara verdi. Bu arada AKP ve CHP Grup Başkanvekilleri ve TBMM Başkanlık Divanı üyeleriyle bir araya gelen Arınç, sonuçta, Anayasa'nın 96. maddesi ışığında, oylamaya sunulan Hükümet Tezkeresi'nin Anayasa'nın öngördüğü salt çoğunluğa ulaşılamadığını ve kabul edilmediğini açıkladı.

Aslında bu oylamayla birlikte ortaya çıkan temel anayasal sorun; Meclis Genel Kurulu'nda yapılan oylamalarda kullanılan "çekimser oyların" nasıl değerlendirileceği sorunuydu. Gerçekten, eğer anılan oturumda kullanılan on dokuz çekimser oy kabul oylarına eklenirse, aslında Tezkere, Anayasa'nın öngördüğü sayıya ulaşmış oluyordu. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi, daha önce de benzer konularda verdiği üç kararında, çekimser oyların kabul oylarına eklenmesine karşı çıkmış ve bu tür oyların, sonucun hesaplanmasına dahil edilmemesi gerektiğini belirtmişti.<sup>64</sup> Buradan yola çıkan Meclis Başkanlık Divanı da, oylamanın sonucunu "Tezkere'nin kabul edilmediği" olarak açıkladı ve Cumhuriyet tarihinin en kritik kararlarından biri, Anayasa'nın içine saklanmış bir usul kuralının etkisiyle belirlendi.

<sup>64</sup> Gerçekten Anayasa Mahkemesi, yakın zamanda vermiş olduğu üç kararda [Anayol Hükümeti'nin güvenoyu alması hakkındaki E. 1996/19, K. 1996/13 sayılı karar (RG, 06.06.1996, S. 22658), "Çekiç Güç"ün görev süresinin uzatılması hakkındaki E. 1996/21, K. 1996/15 sayılı karar (RG, 19.06.1996, S. 22671) ve OHAL uygulamasının uzatılması hakkındaki E. 1996/20, K. 1996/14 sayılı kararlar (RG, 19.06.1996, S. 22671)], çekimser oyların çoğunluk oylarına eklenmesini; "yeni bir İhtizük kuralı oluşturulması" ve bunun da "Anayasa'nın 96. maddesine aykırı" olması gerekçesiyle iptal etti.

Tezkere oylaması sonrasındaki Türkiye gündemi de, çalkantılarla doluydu. İlk şoku atlatan Hükümet, konuyu tekrar Meclis gündemine taşımaya hazırlanırken, Genelkurmay Başkanı Orgeneral Hilmi Özkök'ün Tezkere'nin bir kez daha Meclis'e gönderilmesinin yerinde olacağına ilişkin açıklamaları da, hükümeti cesaretlendiren bir etken oldu.<sup>65</sup> Buna karşılık CHP Genel Başkanı Deniz Baykal ise, hükümetin aynı Tezkere'yi tekrar Meclis'e getirme düşüncesine; *"Meclis yap boz tahtası değil."* sözleriyle karşı çıkıyordu.<sup>66</sup> Benzer şekilde, Şubat ayı sonlarında; *"Hükümet'e sesleniyorum: Sizden tezkere değil, 2003 bütçesini bekliyoruz."* uyarısını yapan Meclis Başkanı Bülent Arınç da; *"siyaseten doğru olan şey, bu tezkerenin tekrar aynı şekilde Meclis'e gelmemesidir."* değerlendirmesini yapıyordu.<sup>67</sup>

Bütün bu çalkantıların arasında Erdoğan, Siirt İli'nde yapılan yenileme seçiminde milletvekili seçildi ve 58. Hükümet'in Başbakan'ı Abdullah Gül'ün istifasının ardından 59. Hükümeti kurarak, başbakanlık koltuğuna oturdu. Yeni Hükümet'in kuruluşundan dokuz gün sonra ise, 19 Mart tarihinde, reddedilen Tezkere'ye göre daha dar kapsamlı üçüncü bir Tezkere Meclis Başkanlığı'na sunuldu. 20 Mart tarihinde yapılan oylamada, *"Türk Silahlı Kuvvetleri'nin Kuzey Irak'a Gönderilmesine; Bu Kuvvetlerin Gerektiğinde Belirlenecek Esaslar Dairesinde Kullanılmasına ve Muhtemel Bir Askeri Harekat Çerçevesinde Yabancı Silahlı Kuvvetlere Mensup Hava Unsurlarının Türk Hava Sahasını Türk Makamları Tarafından Belirlenecek Esaslara ve Kurallara Göre Kullanmaları için Gerekli Düzenlemelerin Yapılmasına, Anayasa'nın 92. Maddesi Uyarınca Altı Ay Süreyle İzin Verilmesine Dair 763 sayılı TBMM Kararı"*, 202 ret oyuna karşılık 332 kabul oyuyla kabul edildi.<sup>68</sup> Bu Tezkere ve 7 Ekim 2003 tarihinde kabul edilen 4. Tezkere ise, daha ziyade, kapsamlarının belirsizliği nedeniyle eleştirilere konu oldu. Gerçekten, her iki Tezkere'de de *"kuvvetlerin gerektiğinde belirlenecek esaslar çerçevesinde kullanımı"* ve *"kapsamı, sınırı ve zamanı hükümet tarafından belirlenecek şekilde"* gibi ifadeler yer alıyordu. Bu ifadelerin varlığı ise, Meclis'in, kendi yetkilerini Anayasa'ya aykırı bir biçimde devretmesi şeklinde yorumlandı.

Sonuçta, Kasım ayına gelindiğinde hükümet, ABD ile yürütülen karşılıklı görüşmeler neticesinde, Irak'a asker göndermekten vazgeçil-

<sup>65</sup> *Hürriyet*, 5 Şubat 2003.

<sup>66</sup> *Cumhuriyet*, 5 Mart 2003.

<sup>67</sup> *Sabah*, 4 Mart 2003.

<sup>68</sup> RG, 21.03.2003, S. 25055.



diğini ve Meclis'ten alınan yetkinin kullanılmayacağını açıkladı. Böylece, "Asker gönderme tezkereleri" konusu, sebep olduğu onca Anayasal sorunun ardından, iddia edildiği gibi Türkiye'nin lehine hiçbir olumlu kazanım elde edilmeksizin kapanmış oldu.

### Tartışılan Yasalar

2003 ve 2004 yıllarında Meclis gündemine gelen pek çok yasa tasarısı, basında ve kamuoyunda ilgiyle izlendi ve geniş tartışmalara konu oldu. Bunlar arasında, çalışmanın diğer bölümlerinde de ele alınan uyum yasaları ve orman arazilerinin satışı gibi konularda yaşanan tartışmalar, kuşkusuz ki önemli bir yer tutuyordu. Ne var ki, değinilen bütün bu tartışmalara ek olarak, anılan bu iki yıllık zaman zarfında ortaya atılan diğer pek çok tasarı da, kamuoyunun gündemini uzun süre meşgul etti.

Bununla birlikte, kanımızca belli bir dönemin "yasama günlüğü"nü takip ederken üzerinde en fazla durulması gereken yasalar, hemen her hükümet döneminde karşılaşılabilecek olan ve daha ziyade teknik meseleleri konu alan yasalar değil; fakat söz konusu dönemde iktidarda olan siyasî partinin tercih ve önceliklerini yansıtan girişimler olmalıdır. İşte bu çerçeveden hareketle, geçtiğimiz iki yıl boyunca Türkiye'nin bu alanda yaşadığı çatışmaları en iyi karakterize eden yasama faaliyetlerinin, daha ziyade AKP Hükümeti'nin İslamî referanslarına göndermede bulunan ve Hükümet ile bürokrasiyi ve toplumun çeşitli kesimlerini karşı karşıya getiren taslaklar ekseninde belirginleştiğini düşünmekteyiz.

Dolayısıyla, bu başlık altında, yukarıda değindiğimiz çatışma eksenini en iyi biçimde yansıttığını düşündüğümüz YÖK Yasası'nın değiştirilmesi konusunda yaşanan tartışmalara değinecek ve bir "prototip" olan bu tartışmanın, 2003 ve 2004 yıllarının "yasama günlüğü"nü oluşturan tartışmaları çözümlmek için referans noktası olarak alınabileceğini savunacağız.

YÖK, ilk defa 4 Kasım 1981 tarihinde kabul edilen 2547 sayılı Yükseköğretim Yasası'nın 6. vd. maddeleriyle hukuk hayatına girmiş, yaklaşık bir yıl sonra yapılan halkoylamasıyla kabul edilen Anayasa'nın 131. maddesiyle de anayasal konuma ve güvenceye kavuşturulmuştur. Kurul, o tarihten günümüze uzanan süreçte, çeşitli kesimler tarafından sıklıkla eleştirilen organların başında gelmiş ve aşırı merkeziyetçi yapısı

ile akademik hayata olan olumsuz etkileri üzerinde durulmuştur. 1982 Anayasası'nın öngördüğü sistemin "kilit" aktörlerinden biri olarak da değerlendirilebilecek olan Kurul, yirmi yıldan uzun bir zaman boyunca neredeyse tüm siyasî partilerin değişiklik gündeminde yer almış olmasına karşın, varlığını ve temel yapısını günümüze kadar değiştirmeden sürdürmeyi başarmıştır.

Kurul, özellikle 1990'ların ikinci yarısından itibaren, Türkiye'de etkisi giderek artan İslamî akımlar ve bunların üniversitelere olan yansımaları karşısında kararlılıkla mücadele etmiş ve üniversitelerin çağdaş kimliğinden kopmaması için büyük çaba harcamıştır. Ne var ki, bütün bu süreç boyunca Kurul, özellikle türban konusu ve imam hatip liseleri meselesi başta olmak üzere İslamî çevreler tarafından simge haline getirilen pek çok konudaki tutumuyla büyük tepki çekmiş ve kendisine karşı geleneksel olarak eleştirel bir tavır alan kesimlere ek olarak, muhafazakar sağın da hedef tahtası olmuştur. İşte bütün bu sürecin ardından, 2002 yılının Kasım ayında AKP'nin iktidara gelmesiyle birlikte ise YÖK, kendisi hakkında yürütülen tartışmaların bambaşka bir boyuta taşındığı yeni bir sürece girmiştir.

AK Parti iktidarı döneminde YÖK hakkında yürütülen tartışmalar, daha 2003 yılının hemen başlarında, Erkan Mumcu'nun Millî Eğitim Bakanlığı döneminde başladı. Hükümet çevreleri, öncelikli gündem maddelerinden biri olarak ilan ettikleri bu konuda yürüttükleri çalışmalarının temel çerçevesini; YÖK'ün işlevlerinin yeniden düzenlenmesi ve Kurul'un, bir planlama, eşgüdüm ve akreditasyon birimi olarak yeniden yapılandırılması olarak belirledi. Bu kapsamda, YÖK'ün Üniversite Rektörleri'nin atanmasına ilişkin yetkileri başta olmak üzere pek çok yetkisinin sınırlandırılması veya kaldırılması öngörülüyordu. Bu amaçla Millî Eğitim Bakanlığı, kendi internet sitesi başta olmak üzere pek çok yerde konuya ilişkin duyurular yaparak, ilgililerin görüş ve önerilerini toplamaya başladı. Ne var ki, Millî Eğitim Bakanlığı'nın bu tutumu da, üniversite çevrelerinde büyük eleştirilere konu oldu. Örneğin; dönemin YÖK Başkanı Kemal Gürüz başkanlığında İstanbul'da toplanan "Türk Üniversiteleri Rektörler Komitesi", 5 Şubat 2003 tarihinde yetmiş yedi üniversite rektörünün katılımıyla yayımladığı bildirimde; özellikle konunun internet ortamında bir "sohbet odası" havasında toplanan görüşler eşliğinde tartışılıyor olmasını eleştiriliyor ve:

"... soruna indirgemeci bir tavırla yaklaş(ıl)ması; rastgele alınan yirmi bin mesajla on beş milyonluk bir sistemi temsil etmeye niyetlen(il)mesi endişe vericidir." açıklamasını yapıyordu.<sup>69</sup>

Bütün bu eleştirilere karşın, Millî Eğitim Bakanı Erkan Mumcu, 18 Şubat tarihinde düzenlediği basın toplantısında, hazırlanan taslağı kamuoyuna açıkladı ve "Yükseköğretim Eşgüdüm Kurulu" (YEK) adı altında yeni bir örgütlenme modelini getirmeyi amaçladıklarını belirtti. Bu yeni modelde, YÖK'ün elinde bulunan; üniversiteleri düzenlemek, yönetmek, denetlemek ve akademik faaliyetleri yönlendirmek yetkileri Üniversitelerarası Kurul'a devrediliyor ve geriye kalan sınırlı yetkilerin de YEK tarafından kullanılması öngörülüyordu.<sup>70</sup>

Bu arada Gül Hükümeti'nin istifası ve Erdoğan Hükümeti'nin kurulmasıyla birlikte, Milli Eğitim Bakanı Erkan Mumcu Kültür Bakanlığı'na kaydırılırken, Kültür Bakanı Hüseyin Çelik de Millî Eğitim Bakanlığı'na getirildi. Bu değişikliğin, YÖK tartışmalarıyla hedef haline gelen Erkan Mumcu'yu gözlerden uzak tutmak ve "yeni bir yüzle" konuyu unutturmak amacıyla yapıldığını düşünenler, kısa bir süre sonra ciddi bir biçimde yanıldıklarını anladılar. Zira Erdoğan Hükümeti'nin kurulmasıyla birlikte konuyla ilgili tartışmalar, çok daha ileri boyutlara taşınacaktı.

Gerçekten, Nisan ayına gelindiğinde Hükümet, yaklaşmakta olan Öğrenci Seçme Sınavı (ÖSS) öncesinde, yükseköğretime geçiş sistemi konusundaki çalışmalarına hız verdi. Haziran ayının başlarında ise AKP'nin birinci önceliğinin ÖSS'de meslek lisesi mezunlarına uygulanan farklı katsayıları değiştirmek ve imam hatip liselerinin önünü açmak olduğu iyice su yüzüne çıktı. Bu gelişmelere karşı en sert tepkiyi gösteren YÖK Başkanı Kemal Gürüz:

<sup>69</sup> *Cumhuriyet*, 6 Şubat 2003.

<sup>70</sup> *Sabah*, 19 Şubat 2003. Hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu Taslak, kamuoyunda farklı tepkilere yol açtı. Örneğin; ODTÜ, Gazi, Hacettepe, İnönü, On Dokuz Mayıs, Trakya, Atatürk, Erciyes, Kocaeli ve Dokuz Eylül Üniversiteleri'nin Rektörleri, Mart ayı başlarında Cumhurbaşkanı Sezer ve MGK Genel Sekreteri Orgeneral Kılınc'ı ziyaret ederek konuyla ilgili tepkilerini dile getirirken; AKP çizgisine aykırı görüşleriyle bilinen Prof. Dr. Toktamış Ateş ise, *Cumhuriyet Gazetesi*'ndeki köşe yazısında, basına açıklanan taslakla ilgili çeşitli eleştirilerini dile getirdikten sonra; "... YEK'i getiren ve üniversitelerdeki alt birimlerin tüzelkişiliğini canlandıran ve üniversite hocasına itibarını geri verecek gibi görünen bu taslağın, mevcut yasadan çok daha iyi olduğunu düşünüyorum." diyordu (Toktamış Ateş, "YÖK (YEK) Taslağı...", *Cumhuriyet*, 15 Mart 2003).

*“Cumhuriyeti’nin en temel vasfı laikliktir. Türkiye’de iki kuldarda eğitim sistemi olamaz. Hepsi laik Türk Devleti ve Milleti’ne, Batı’ya dönük sistemler olacaktır.”*

derken, Hükümet’in Meclis’te üç yüz altmış beş milletvekiline sahip olduğuna işaret ederek, sözlerini şöyle noktalyordu:

*“Hiç lamı cimi yok. Buyursunlar ne yapacaklarsa yapsınlar; demokrasi bu ... Ama sonuçlarına hep beraber katlanırsınız. Memleketin sanayîsi de katlanır, ticareti de katlanır, toplumu da katlanır.”*

Gürüz’ün bu açıklamalarına karşı yanıt ise bizzat Millî Eğitim Bakanı Hüseyin Çelik’ten geldi. Çelik:

*“Anlaşıyor ki sayın Gürüz, bizim nezaketimizi ve sahip olduğumuz terbiyeyi zaaf olarak telakki etmiş olmalı ki, bu konuda sınır tanımıyor.”* diyordu.<sup>71</sup>

Taraflar arasında yaşanan tüm bu sert tartışmalar devam ederken, bir yandan da Millî Eğitim Bakanı Hüseyin Çelik, konuyu düzenleyen yeni bir taslağı kamuoyuna açıkladı. Ne var ki, 19 Ağustos tarihinde Prof. Dr. Ayhan Alkış başkanlığında Ankara’da toplanan Üniversitelerarası Kurul’da, yetmiş yedi devlet ve vakıf üniversitesinin katılımıyla hazırlanan ortak bildiriye, Çelik tarafından hazırlanan “Yükseköğretim Yasa Taslağı”nı “kabul edilemez” ve “üstünde çalışılmaz” olarak nitelendirildi. Ancak, bu açıklamaya karşın Hükümet’in, ilginç bir biçimde, konuyla ilgili çalışmalarını YÖK’ten ziyade Üniversitelerarası Kurul’u muhatap alarak sürdürmeyi amaçladığı gözleniyordu. Başlangıçta Üniversitelerarası Kurul’un da iyi niyetle karşıladığı bu girişim,<sup>72</sup> Ekim ayında Hükümet’in imam hatip liseleriyle ilgili tek maddelik bir yasa tasarısını Meclis’e sevk etmesiyle birlikte koptu.

Hükümet’in bu kararıyla birlikte, YÖK tartışmaları nihayet Meclis çatısı altına da taşınmış oldu. Anılan tek maddelik tasarı, TÜSİAD’tan<sup>73</sup>

<sup>71</sup> *Cumhuriyet*, 21 Haziran 2003.

<sup>72</sup> Örneğin, bkz., Kurul Başkanı Prof. Dr. Ayhan Alkış’ın *Radikal Gazetesi*’nde yer alan açıklamaları: *Radikal*, 29 Ağustos 2003.

<sup>73</sup> “Hükümet’in, YÖK Yasa Tasarısı’nı, kamuoyundan gelen istekler doğrultusunda, Üniversitelerarası Kurul ile bir diyalog içinde ele alma yoluna gitmesi memnuniyet verici olmuştur. Yükseköğretime girişte esas alınacak hususları düzenleyen kanun tasarılarının da aceleye getirilmemesi ve eğitim-öğretim kurumları, sivil toplum kuruluşları, öğrenciler ve ilgili tüm kesimlerce kamuoyunda tartışılmasına fırsat

Genelkurmay Başkanlığı'na,<sup>74</sup> üniversite rektörlerinden Cumhurbaşkanına kadar pek çok kesimden gelen eleştirilerle karşılaştı. Bütün bu eleştiriler üzerine Hükümet, en sonunda 16 Ekim tarihinde geri adım atmaya karar verdi ve Tasarı, 16 Ekim tarihinde toplanan Millî Eğitim Komisyonu'nda "*Alt Komisyon'a havale edilerek*" uyumaya terk edildi.

Ne var ki YÖK tartışmaları, 2004 yılının ortalarına gelindiğinde, bir kez daha ülkenin bir numaralı gündem maddesi haline geldi. 3 Mayıs 2004 tarihinde yapılan Bakanlar Kurulu toplantısı sonrasında gazetecilere bir açıklama yapan Adalet Bakanı ve Hükümet Sözcüsü Cemil Çiçek, geniş kapsamlı bir YÖK Tasarısı'nın daha sonra hazırlanacağını, ancak 8-10 maddelik bir tasarinın acil olarak Meclis'e sevk edileceğini söyledi.<sup>75</sup>

Gerçekten, bu açıklamanın ardından hemen Meclis'e sevk edilen Tasarı, 5 Mayıs'ta, sert tartışmaların arasında Meclis Millî Eğitim Komisyonu'nda kabul edildi. AK Parti'li milletvekillerinin bu konudaki tutumu, Komisyon'un CHP'li üyelerinin Komisyon toplantısını terk etmesine kadar varan tepkilerle karşılaştı. Sonuçta Tasarı, Komisyon'da ufak bazı değişikliklerin ardından kabul edildi ve Genel Kurul'a gönderildi.

Ancak bu arada, çeşitli kesimlerden sert açıklamalar gelmeye devam ediyordu. Tasarı'nın Komisyon'da kabulünün ardından bir gün sonra, önce Genelkurmay Başkanlığı'ndan konuya ilişkin sert açıklaması geldi.<sup>76</sup> Diğer yandan CHP Lideri Baykal, Tasarı'ya ilişkin eleştirileri-

---

verilerek toplumsal uzlaşma kanallarının açık tutulması gerekir." Açıklamanın tam metni için bkz., Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği'nin Resmî İnternet Sayfası: <<http://www.tusiad.org/haberler/basin/duyuruno379.pdf>>

<sup>74</sup> "Türkiye için hayati önemi haiz millî eğitim sistemimize ilişkin gelişmelerin, Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından da dikkatle ve yakinen izlenmesi de doğaldır. (...) Türk Silahlı Kuvvetleri; Anayasa'nın 42. maddesinde de açıkça ifade edildiği gibi, Türkiye'de 'eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre devletin gözetim ve denetimi altında yapılır.' temel ilkesini yürekten benimsemektedir." Genelkurmay Başkanlığı'nın 14 Eylül 2003 tarih ve BA-19/03 sayılı basın açıklamasının tam metni için bkz., Genelkurmay Başkanlığı'nın Resmî İnternet Sayfası: <<http://www.tsk.mil.tr/bashalk/basac/2003/a19.htm.htm>>

<sup>75</sup> *Milliyet*, 4 Mayıs 2004.

<sup>76</sup> "1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nun 32. maddesi ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu'nun 4. maddesi ile tesis edilen sistemin dışına çıkacak uygulamaların, söz konusu maddelerin amaçladığı "öğrenim birliği" ve "laik eğitim ilkelerini" zedeleyeceği açıktır. (...) Hatırlanacağı gibi, 2003 Ekim ayı içerisinde, meslek liselerine ilişkin bir Kanun Tasarısı Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmuş, ancak kamuoyunda oluşan tepkiler üzerine gündemden düşürülmüşken, yaklaşık altı ay

nin dozunu gittikçe yükseltiyordu: 4 Mayıs tarihinde partisinin grup toplantısında konuşan Baykal:

*“Değerli arkadaşlarım, önce siyasette samimiyet esastır. Lütfen, herkes açık konuşsun, kimse karnına konuşmasın. Olay, meslek liseleri olayı mıdır, yoksa başka bir olay mıdır; yani, her olay önemlidir, biz hepsini anlamaya, dinlemeye hazırız, hepsinin de sorunlarına çare bulmayı da düşünüyoruz; ama, kimse kimseyi aldatmasın, kimse meslek lisesi kavramının arkasından kendi arka bahçe kavgasını götürmeye kalkmasın.”* diyordu.<sup>77</sup>

Bu arada 9 Mayıs'ta CNN TÜRK'te yayınlanan “Kafe Siyaset” programına konuk olan YÖK Başkanı Prof. Dr. Erdoğan Teziç de; “Amacın imam hatip liseleri olduğu belli ... Bu konu seçim kampanyaları sırasında dile getirildi, yapılmak istenen değişiklik meslek liseleri boyutuna taşındı.” diyordu.<sup>78</sup> YÖK Başkanı, Genelkurmay Başkanlığı'nın Yasa Tasarısı'na gösterdiği sert tepkiyi de yadırgamadığını ve bu tepkinin laiklik açısından haklı olduğunu vurguluyordu.<sup>79</sup>

Sonuçta, 12 Mayıs 2004 Meclis Genel Kurulu'nda görüşülmeye başlanan Tasarı, CHP'nin sert muhalefetine rağmen, on sekiz saatlik bir yasama maratonunun ardından kabul edildi. Tasarı'nın görüşmeleri sırasında CHP'li milletvekilleri, Genel Kurul Salonu'nu terk ederek son oylamaya katılmadılar. Tasarı'nın tümü üzerinde yapılan oylamada ise metin, iki yüz elli dört oyla kabul edilerek, 5171 sayılı “Yükseköğretim Kanunu ve Yüksek Öğretim Personel Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” halini aldı.

Ne var ki, Yasa'nın Meclis'te kabul edilmesi, toplumda yaşanan çalkantıları sona erdirmedi. 14 Mayıs tarihinde Ege bölgesinde bulunan sekiz üniversiteden 2000'in üzerinde öğretim üyesi İzmir'de bir araya gelerek, YÖK Yasası'ndaki değişiklikleri “sessiz yürüyüş” ile protesto

---

sonra, ne değişmiştir ki, aynı kapsamda bir kanun tasarısı, birçok kurum ve kesimin karşı çıkmasına rağmen yeniden gündeme getirilmiştir. Bu tavrı görmezden gelmek mümkün değildir. (...) Türk Silahlı Kuvvetleri'nin Cumhuriyet'in demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti nitelikleriyle ilgili düşünceleri ve tavrı dün ne ise bugün de aynıdır ve yarın da aynı olacaktır. Hiç kimsenin Türk Silahlı Kuvvetleri'nin bu düşünce ve tavrı üzerinde şüphe ve yanlışta içinde olması düşünülemez.” Genelkurmay Başkanlığı'nın 6 Mayıs 2004 tarih ve BA-07/04 sayılı basın açıklamasının tam metni için bkz., Genelkurmay Başkanlığı'nın Resmî İnternet Sayfası: <<http://www.tsk.mil.tr/bashalk/basac/2004/a07.htm>>

<sup>77</sup> Anılan konuşmanın tam metni için bkz., “Belgenet” İnternet Sitesi: <[http://www.belgenet.com/2004/baykal\\_040504.html](http://www.belgenet.com/2004/baykal_040504.html)>

ettiler. Aynı gün düzenlenen bir başka eylem ise, Ankara'da Ankara Üniversitesi'nin öncülüğünde gerçekleşti. Ankara Üniversitesi Rektörlüğü'nden Anıtkabir'e uzanan protesto yürüyüşünde, dört binden fazla öğretim üyesi bir araya gelerek yeni YÖK Yasası'nın protesto ettiler.

Bu arada Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer, 19 Mayıs Gençlik ve Spor Bayramı vesilesiyle yayınladığı mesajda:

*“Ulusal eğitimin sorunlarının çözümlenmesi ve öğretim sisteminin yeniden yapılandırılması çalışmalarında anayasal ilkeler göz önünde bulundurulmalı, öğretim birliği özenle korunmalıdır. Devletin ilgili kurumlarının laik eğitimin ve öğretim birliği ilkesinin korunması konusunda duyarlılık göstermeleri zorunludur.”*

sözleriyle, YÖK Yasası hakkında veto sinyalleri gönderiyordu.<sup>80</sup> Gerçekten de Sezer, 28 Mayıs 2004 tarihinde, 5171 Yasa'nın toplam dört maddesini bir kez daha görüşülmek üzere TBMM Başkanlığı'na geri gönderdiğini açıkladı. Sezer, veto gerekçesinde:

*“İmam hatip liselerinin genel lise statüsüne yükseltilmesi ya da bu liseleri bitirenlerin genel liseleri bitirenler gibi yüksek öğretim hakkından yararlanması, eğitimin laikleşmesini amaçlayan öğretim birliği ilkesiyle, laiklik ilkesiyle, kısaca Anayasa'nın, Atatürk ve devrimlerini temel alan ruhu ile bağdaşmamaktadır.”* görüşlerine yer veriyordu.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> Bkz., “CNN Türk.Com” Haber Sitesi: <[http://www.cnntrk.com.tr/arama/haber\\_detay.asp?PID=00318&haberID=5556](http://www.cnntrk.com.tr/arama/haber_detay.asp?PID=00318&haberID=5556)>

<sup>79</sup> Bu arada YÖK Genel Kurulu da bir açıklama yayınlayarak, Meclis'te kabul edilen metni şu sözlerle eleştiriyordu: “Hukuki boyutu ile incelendiğinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan Kanun Tasarısı'nın, dar kapsamlı düzenlenmiş olması, saklı siyasi amacını çok açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu siyasi amaca ulaşmak için de, Hükümet, Yükseköğretim Kurulu'nun mevcut kompozisyonunu tasfiye etmek suretiyle, kendi niyet ve hedeflerine engel olarak gördüğü bir yapıyı ortadan kaldırmayı planlamaktadır. (...) Öte yandan, hangi ortaöğretim programlarından mezun olanların, yükseköğretimin hangi programlarına, hangi ölçütler kullanılarak girebileceği, Anayasa'nın 131. maddesinde Yükseköğretim Kurulu'na münhasır bir yetki olarak tanınmıştır. Kaldı ki, yükseköğretime öğrenci seçiminin esaslarını belirlemek, yükseköğretim sisteminin özerkliğinin bir gereğidir. Ayrıca, “idare tekniğine ve ihtisasa” ilişkin hususların belirlenmesi, öteden beri idarenin düzenleme alanı içinde kabul edildiği gibi, bu husus yargı kararlarıyla da açıklıkla ortaya konmuştur. Bu bakımdan, tasarıda katsayıların yasama organı tarafından düzenlenmiş olması, bu maddeyi “konu unsuru” açısından sakatlamakta ve dolayısıyla, bu da Anayasaya aykırılık sorununu gündeme getirmektedir.” Açıklamanın tam metni için bkz., Yükseköğretim Kurulu'nun Resmî İnternet Sitesi: <[http://www.yok.gov.tr/duyuru/kamuoyu\\_aciklama.htm](http://www.yok.gov.tr/duyuru/kamuoyu_aciklama.htm)>

Cumhurbaşkanı'nın bu vetosunun ardından, gözler tekrar Hükümet'e çevrildi. 31 Mayıs tarihinde toplanan Bakanlar Kurulu ve AKP Merkez Yürütme Kurulu öncesinde, Hükümet'in içinde de, bundan sonra izlenmesi gereken tavır hakkında görüş ayrılıkları olduğu konuşuluyordu. Gelen haberlere göre, Abdullah Gül, Abdüllatif Şener, Cemil Çiçek ve Murat Başesgioğlu, artık bu konuda daha fazla ısrarcı olunmaması gerektiğini düşünüyorlardı.<sup>82</sup>

Sonuçta, AKP iktidarı, konuyla ilgili gelişmelerin değerlendirdiği Bakanlar Kurulu ve Parti Merkez Yürütme Kurulu toplantıları sonrasında, YÖK Yasası hakkındaki girişimlerini askıya alma kararı aldı. Ne var ki Başkan Erdoğan'ın bu kararı içine sindiremediği, Partisi'nin 1 Haziran tarihli grup toplantısında yaptığı konuşmadan anlaşılıyordu. Erdoğan, konuşmasında YÖK Yasası'nın Cumhurbaşkanı'nca geri gönderilmesiyle ilgili sert açıklamalar yapıyor ve *"Kimse millet iradesinin üzerine çıkmaya çalışmasın"* derken, *"Azınlığın çoğunluğa tahakküm etmesi görülmüş müdür?"* sorusuyla da, azınlık - çoğunluk konusundaki bildik görüşlerini tekrarlıyordu.<sup>83</sup>

<sup>80</sup> Açıklamanın tam metni için bkz., Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı'nın Resmî İnternet Sitesi: <[http://www.cankaya.gov.tr/tr\\_html/ACIKLAMALAR/18.05.2004-2719.html](http://www.cankaya.gov.tr/tr_html/ACIKLAMALAR/18.05.2004-2719.html)>

<sup>81</sup> Cumhurbaşkanı'nın geri gönderme gerekçesinin tam metni için bkz., Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı'nın Resmî İnternet Sitesi: <[http://www.cankaya.gov.tr/tr\\_html/ACIKLAMALAR/28.05.2004-2729.html](http://www.cankaya.gov.tr/tr_html/ACIKLAMALAR/28.05.2004-2729.html)>

<sup>82</sup> Bkz., "CNN Türk.Com" Haber Sitesi: <[http://www.cnnturk.com.tr/arama/haber\\_detay.asp?PID=00318&haberID=9630](http://www.cnnturk.com.tr/arama/haber_detay.asp?PID=00318&haberID=9630)>

<sup>83</sup> Bkz., "CNN Türk.Com" Haber Sitesi: <[http://www.cnnturk.com.tr/arama/haber\\_detay.asp?PID=00318&haberID=10002](http://www.cnnturk.com.tr/arama/haber_detay.asp?PID=00318&haberID=10002)> Erdoğan, benzer nitelikteki açıklamalarını, partisinin 11 Mayıs tarihli grup toplantısında da dile getirmiş ve: "Toplumsal mutabakat, kurum ve kuruluşlar arası mutabakat değildir. Toplumsal mutabakat, vekaleti veren milletin mutabakatıdır." dedikten sonra, "Yükseköğretime ilişkin Yasa Tasarısı, diğer bütün yasa tasarıları gibi aynı demokratik ve hukukî süreçler izlenerek Meclis kararıyla şekillenecek bir tasarıdır. Türkiye'de demokratik sistem nasıl işleyecek. Yükseköğretime ilişkin kanun tasarısı da anayasal düzen ve parlamenter süreçler içinde neticelendirilecek. Türkiye Büyük Millet Meclisi, demokratik bir yasama meclisidir. Milli irade, bu yüce Meclis'in çatısı altında tecessüm etmektedir. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin iradesi, milletin iradesidir." demişti (Konuşmanın tam metni için bkz., "Belgenet" İnternet Sitesi: <[http://www.belgenet.com/2004/erdogan\\_110504.html](http://www.belgenet.com/2004/erdogan_110504.html)>) Aynı gün Meclis'te yapılan bir başka grup toplantısında ise, çok daha farklı sesler yükseliyordu. Gerçekten, CHP Lideri Deniz Baykal parti grubunda yaptığı konuşmada; "Türkiye'de anayasal düzenimiz bir denge anlayışını yansıtmaktadır, kurumların karşılıklı dengesine dayalı bir anayasal sistemimiz vardır.



## Yürütme

Toplumsal yaşamın ortaya çıkardığı sorunlarla günlük ve bire bir düzeyde yüzleşme ve bunlara çözüm bulma sorumluluğunu üzerinde taşıyan yürütme, 2003 ve 2004 yıllarında da ilginç tartışmalara sahne oldu. Bilindiği gibi, 2002 yılı boyunca yürütme alanında yaşanan temel sorunlar, daha ziyade, siyasi iktidarın bir koalisyon hükümeti olan 57. Hükümet dönemindeki parçalanmışlığından ve hükümet içi güç dengelerinin sürekli değişkenliğinden kaynaklanmıştı.<sup>84</sup> 2003 ve 2004 yıllarında ise yürütme alanında yaşanan temel sorunlar, daha ziyade, "merkez" değerleri temsil eden Cumhurbaşkanı ve asker-sivil bürokrasinin bir bölümü ile, genel olarak "çevre" değerlerin taşıyıcısı olarak görülen AK Parti Hükümeti arasındaki iktidar mücadelesi biçiminde ortaya çıktı.<sup>85</sup> Anayasal sistemimizin, yürütme organının farklı kanatları arasında öngördüğü güç ve yetki paylaşımından kaynaklanan sorunlar da, kısmen bu gerilime eklenerek, yürütme alanında yaşanan tartışmaların ikinci boyutunu oluşturdu.

Bu kapsamda, öncelikle yürütmenin ilk kanadı olan Bakanlar Kurulu'nun 2003 ve 2004 yıllarındaki seyrine bakıldığında, oldukça hareketli bir manzara ile karşılaşıldığını söylemek mümkündür. Gerçekten de 2003 yılı, pek de alışık olunmayan bir biçimde, yıl içinde iki ayrı hükümetin kurulmasına ve dört ayrı bakanlığın birleştirilerek iki bakanlık haline getirilmesine sahne oldu. Bütün bunlara ek olarak, yılın devamında da, bazı bakanların kabinedeki yerlerinin değiştirilmesine, diğer bazılarının ise tümüyle kabine dışında kalmasına şahit olundu.

---

Hükümet'in, bu sistem içinde, Milli Eğitim Bakanlığı eliyle Anayasa'da kendine özgü statüsü olan üniversitelerin yetkilerine el uzatması, demokrasi anlayışının gereğidir diye kabul edilemez, böyle bir anlayış ilkel bir demokrasi yaklaşımını yansıtır" dedikten sonra, AKP'nin çeşitli anayasal organlarla girdiği çatışmayı da; Bu, bizim siyasi hayatımızda çok yaşadığımız bir süreçtir; yani, tartışmalar hep böyle başlar, hakimlerle tartışılır, üniversite hocalarıyla tartışılır, gençlerle tartışılır, medya ile tartışılır ve ondan sonra da giderler. Değerli arkadaşlarım, bu süreç işlemeye başlamış gözüküyor" sözleriyle değerlendiriyordu (Konuşmanın tam metni için bkz., "Belgenet" İnternet Sitesi: <[http://www.belgenet.com/2004/baykal\\_110504.html](http://www.belgenet.com/2004/baykal_110504.html)>)

<sup>84</sup> Gönenc-Ergül-Kontacı, *a.g.e.*, s. 133-138.

<sup>85</sup> Bu çalışmada kullanıldığı anlamıyla "merkez"; Cumhuriyet'in kuruluşundan beri devletin temelinde yer alan pozitivist bir bilim ve toplum anlayışı ile, bu anlayışın siyasi alana yansımaları olan ve daha ziyade siyasi seçkinlerin öncülüğünde savunulan laiklik, üniter devlet yapısı ve genel olarak Cumhuriyet rejimini ifade etmektedir. Buna karşılık, "çevre" terimi; daha ziyade Anadolu taşrasının kültürünü yansıtan, alt-orta sınıfların geleneksel değerlerini ön plana alan ve dinsel-milliyetçi yönü ağır basan muhafazakar bir yaşam tarzına denk düşmektedir.

2002 yılının Kasım ayında yapılan seçimlerin ardından Parlamento'ya birinci parti olarak giren AKP, Türkiye'deki anayasal geleneklere uygun olarak, hükümeti kurma hakkını da elde etmiş oldu. Buna karşın AKP Lideri Recep Tayyip Erdoğan'ın milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olmaması, Başbakan'ın kim olacağı sorusunu gündeme getirdi. AKP çevreleri, bu soruna çözüm bulabilmek amacıyla çeşitli arayışlar içine girdiler. Bu kapsamda dile getirilen önerilerin en önemlisi; Anayasa'nın, Başbakan'ın Cumhurbaşkanı tarafından TBMM üyeleri arasından atanacağını belirten 109. maddesinin değiştirilmesi ve Başbakan'ın TBMM dışından da atanabilmesine olanak sağlanmasıydı. Böylece, Başbakan'ın istifa etmesi ve ardından da Cumhurbaşkanı Sezer'in Erdoğan'ı Başbakan olarak ataması beklenecekti. Ancak bu öneri, kamuoyunda ve hatta parti içinde bile destek görmedi.<sup>86</sup> Ana Muhalefet Partisi CHP de böyle bir çözüme karşı çıkıyordu. CHP Lideri Deniz Baykal, dışarıdan başbakan atanması yolunun parlamenter demokrasiyi zedeleyeceğini ve parlamenter rejimlerde ancak dışarıdan "bakan" atamasının – o da çok sınırlı olmak kaydıyla – hoş karşılanabileceğini düşünüyordu.<sup>87</sup>

Sonuçta, Cumhurbaşkanı ile yürütülen karşılıklı görüşmelerin ardından, Kayseri Milletvekili Abdullah Gül'ün Hükümet'i kurmakla görevlendirilmesi konusunda, AKP yöneticileri ile Cumhurbaşkanı arasında bir tür "centilmenler antlaşması"na varıldı. Bütün bu sürecin sonunda ise, Sezer'in 16 Kasım 2002 tarihinde hükümeti kurmakla görevlendirdiği Abdullah Gül, 18 Kasım'da Bakanlar Kurulu listesini Cumhurbaşkanı'na sunarak, gereken onayı aldı. Böylece Türkiye Cumhuriyeti'nin 58. Hükümeti, AKP Kayseri Milletvekili Abdullah Gül'ün Başbakanlığı'nda kurulmuş oldu. 26 Kasım 2002 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda yapılan oylamada ise Gül Hükümeti, 516 milletvekilinin katıldığı oylamada yüz yetmiş ret oyuna karşı üç yüz kırk altı kabul oyu ile güvenoyu aldı.<sup>88</sup> Ne var ki, AKP Kayseri Milletvekili Abdullah Gül'ün hükümeti kurmakla görevlendirilmesi, çok partili siyasî hayata geçişten sonraki Türk Parlamento tarihi açısından pek de alışık olunmayan bir duruma işaret ediyordu. Gerçekten, hükümeti kurma görevinin Abdullah Gül'e verilmesiyle birlikte, iktidardaki partinin genel başkanı (Erdoğan) ile partinin Başbakan adayı, Türk demokrasi tarihinde ikinci kez birbirinden ayrılmış oluyordu.<sup>89</sup>

<sup>86</sup> Bkz., aşağıda "Seçimler ve Siyasî Partiler" Bölümü.

<sup>87</sup> *Hürriyet*, 9 Kasım 2002.

<sup>88</sup> Oylama sonuçları için bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Resmî Internet Sitesi: <<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil1/ozet/005.htm>>

Yaklaşık dört ay görevde kalan 58. Hükümet'in istifası ile 59. Hükümet'in kurulması arasında geçen zaman ise, Türk Parlamento tarihinde rekor sayılabilecek bir süreye işaret ediyordu. Gerçekten, 11 Mart 2003 tarihinde saatler 15.00'i gösterdiğinde Recep Tayyip Erdoğan, AKP Siirt Milletvekili sıfatıyla TBMM Genel Kurulu'nda yemin ediyor; saat 16.00'ya geldiğinde ise 58. Hükümet'in Başbakan'ı Abdullah Gül, Cumhurbaşkanı'na istifasını sunuyordu. Bu istifanın üzerinden yaklaşık bir saat geçtikten sonra ise Cumhurbaşkanı Sezer, makamında bu sefer Erdoğan'ı kabul ediyor ve kendisine hükümeti kurma görevini veriyordu. Böylece, 14 Mart 2003 tarihinde Bakanlar Kurulu listesinin Cumhurbaşkanı'na sunulması ve Cumhurbaşkanı'nın, kendisine sunulan listeyi aynı gün onaylamasıyla birlikte, Türkiye Cumhuriyeti'nin 59. Hükümeti kurulmuş oldu.

Türkiye Cumhuriyeti'nin 59. Hükümeti'nin kuruluş aşamasında, Bakanlar Kurulu'nun yapısında da önemli değişiklikler meydana geldi. Bu kapsamda, Erdoğan Kabinesi'ndeki bakanlık sayısı yirmi beşten yirmi üçe indirilirken, 58. Hükümet'te Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı olarak görev yapan Ertuğrul Yalçınbayır, Dışişleri Bakanı Yaşar Yakış ve Çevre Bakanı İmdat Sütlüoğlu kabine dışında kaldı. Ayrıca, daha önce dış ticaretten sorumlu Devlet Bakanı olan Kürşat Tüzmen Çevre Bakanlığı'na, Milli Eğitim Bakanı Erkan Mumcu Kültür Bakanlığı'na ve Kültür Bakanı Hüseyin Çelik de Milli Eğitim Bakanlığı'na kaydırıldı. 23 Mart tarihinde yapılan oylamada ise Erdoğan Hükümeti, TBMM Genel Kurulu'nda 512 milletvekilinin katıldığı oylamada yüz altmış iki ret oyuna karşılık üç yüz elli kabul oyu ile güvenoyu aldı.<sup>90</sup> Oylamada AKP, yirmi bir fire verdi.

Bakanlar Kurulu'nun yapısı üzerinde yapılan değişiklikler, 59. Hükümet'in kuruluşundan sonra da devam etti. Bu çerçevede, ilk olarak

<sup>89</sup> Ülkedeki demokratik rejimin kesintiye uğradığı olağanüstü dönemler bir yana bırakılırsa, 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde benzer bir durum yaşandığı ilk ve tek olay, 20 Şubat 1965'te kurulan ve yaklaşık dokuz ay görevde kalan Ürgüplü Hükümeti zamanında gerçekleşmiştir. 9. İnönü Hükümeti'nin 1965 yılındaki istifasının ardından, Parlamento'da bir hükmet kurabilecek çoğunluğa sahip tek parti olan Adalet Partisi'nin Genel Başkanı Süleyman Demirel o sırada milletvekili olmadığı için, Cumhurbaşkanı Cemal Gürsel, Hükümeti kurma görevini Senatör Suat Hayri Ürgüplü'ye vermişti. Süleyman Demirel ise, kurulan Hükümete TBMM dışından Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı olarak atanmıştı. Bkz., Türker Sanal: Türkiye'nin Hükümetleri, Sim Matbaacılık, Ankara 1997, s. 147.

<sup>90</sup> Oylama sonuçları için bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Resmî İnternet Sitesi <<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil1/ozet/053.htm>>

16 Nisan 2003 tarih ve 4848 sayılı Yasa ile, Kültür Bakanlığı ile Turizm Bakanlığı birleştirilerek “Kültür ve Turizm Bakanlığı” adı altında yeni bir bakanlık oluşturuldu.<sup>91</sup> Hükümet’in, kültürü yalnızca bir turizm malzemesinden ibaret gördüğü eleştirileriyle karşılaşan bu değişikliğin ardından; Turizm Bakanı Erkan Mumcu Kültür ve Turizm Bakanlığı’na, Kültür Bakanı Güldal Akşit te, kadından sorumlu Devlet Bakanlığı’na getirildi. Yıl içinde gerçekleştirilen ikinci değişiklik ise, Çevre Bakanlığı ile Orman Bakanlığı’nın birleştirilmesi oldu. Söz konusu iki bakanlığın 1 Mayıs 2003 tarih ve 4856 sayılı Yasa ile birleştirilerek “Çevre ve Orman Bakanlığı” adını almasının ardından, Orman Bakanı Osman Pepe Çevre ve Orman Bakanlığı’na, Çevre Bakanı Kürşat Tüzmen de Devlet Bakanlığı’na getirildi.<sup>92</sup>

Çok kısa bir süre görevde kalan 58. Hükümet bir yana bırakılırsa, 59. Hükümet döneminde Bakanlar Kurulu ile yürütmenin diğer kanadını oluşturan Cumhurbaşkanı arasında kurulan ilişkileri “sürekli bir gerilim ilişkisi” olarak tanımlamak mümkündür. Gerçekten, 2003 ve 2004 yıllarında, 1980’ler sonrası Türk siyasetinin kadim tartışma konusu olan Cumhurbaşkanı’nın yetkileri sorunu yine sıklıkla gündeme taşınırken; önceki yıllardan farklı olarak, yürütmenin her iki kanadı arasında yaşanan bu sürtüşmeler, çoğu zaman teknik bir yetki sorunu olmanın ötesine geçmiş ve temel anayasal değerler üzerinde yaşanan “sıcak çatışmalar” halini almıştır.

Bu bağlamda, 2003-2004 yılları arasında yürütme organı içinde yaşanan krizleri; Hükümet ile Cumhurbaşkanı arasında yaşanan yetki çatışmaları, Hükümet ile Cumhurbaşkanı arasında yaşanan değer çatışmaları, ve son olarak da, Hükümet ile “diğer sistem aktörleri” arasında yaşanan değer çatışmaları kategorileri içinde incelemek mümkündür.

### 1. Hükümet ile Cumhurbaşkanı Arasındaki “Yetki” Çatışmaları

Gerek 57. Hükümet, gerekse 2003 yılının hemen başında iktidara gelen 58. Hükümet döneminde, Hükümet-Cumhurbaşkanı ilişkileri çerçevesinde 1980’ler sonrası Türk siyasetinin vazgeçilmez tartışma konusu olan Cumhurbaşkanı’nın yetkileri konusu, yine gündemdeki

<sup>91</sup> RG, 29.04.2003, S. 25093.

<sup>92</sup> RG, 08.05.2003, S. 25102.

yerini korudu. Bu kapsamda, dönem boyunca öne çıkan iki başlık ise; Cumhurbaşkanı'nın atama yetkileri ile veto yetkisiydi.

Cumhurbaşkanı'nın atama yetkileri kapsamında öncelikle belirtilmesi gereken husus, bu kavramla yalnızca, Anayasa'ya göre Cumhurbaşkanı'nın doğrudan doğruya yaptığı atamaların kastedilmediğidir. Cumhurbaşkanı'nın bu doğrultudaki yetkilerinin de, kapsamı açısından zaman zaman eleştirildiği bilinmekle birlikte, bu çalışmanın konusunu oluşturan asıl tartışmalar; "üçlü kararname" olarak bilinen ve ilgili Bakan, Başbakan ve Cumhurbaşkanı'nca imzalanarak gerçekleştirilen atamalar üzerinde yaşandı. Bu noktada Cumhurbaşkanı'nın temel hassasiyeti ise, özellikle devletin üst kadrolarına yapılan partizanca atamaların önlenmesi yönünde oldu.

Cumhurbaşkanı ile hükümet arasında yaşanan atama krizlerinin en önemlilerinden biri, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu (TRT) Genel Müdürlüğü'ne aday gösterilen İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür ve Sosyal İşler Daire Başkanı Şenol Demiröz'ün atama kararnamesinin, Cumhurbaşkanı Sezer tarafından tam üç kez geri çevrilmesiydi. Bilindiği gibi, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Yasası'nın 05.12.1990 tarih ve 3687 sayılı Yasa'yla değişik 13. maddesinin 1. fıkrasına göre; TRT Genel Müdürü, Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulu'nca önerilen üç aday arasından, Bakanlar Kurulu kararı ile atanmaktaydı. 13 Nisan 1994 tarih ve 3984 sayılı Yasa ile birlikte ise, daha önceden Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulu tarafından kullanılan bu yetkinin, bundan böyle Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) tarafından kullanılacağı karara bağlandı. Ancak daha sonra, 3984 sayılı Yasa'nın, RTÜK'ün oluşumunu düzenleyen 6. maddesi, 15 Mayıs 2002 tarihinde, 4756 sayılı Yasa ile değiştirildi ve daha önce tamamı TBMM tarafından seçilen RTÜK üyelerinin, bundan böyle TBMM ve Bakanlar Kurulu tarafından (beş ve dört üye) seçilmesi hükmü getirildi. Aynı Yasa'nın geçici 1. maddesine göre ise, o tarihten sonra atanacak olan ilk TRT Genel Müdürü'nün, yeni seçim yöntemine göre oluşturulacak yeni Kurul tarafından seçilmesi öngörüldü.

Yasa'nın bu açık düzenlemesine rağmen, dönemin TRT Genel Müdürü Yücel Yener'in istifa etmesi üzerine RTÜK, 28 Ağustos 2003 tarihinde, TRT Genel Müdürlüğü için Bakanlar Kurulu'na sunulacak üç ismi belirlemek amacıyla bir seçim süreci başlattı. Bu sürecin sonunda, Bakanlar Kurulu'nun, kendisine sunulan üç isim (Sacettin Gürbüz, Şenol

Demiröz ve Mustafa Ruhi Şirin) arasından Şenol Demiröz'ü seçip Cumhurbaşkanı'na sunmasının ardından ise Sezer, 11 Haziran 2003 tarihinde, söz konusu kararnameyi Bakanlar Kurulu'na iade etti. Sezer, bu kararına gerekçe olarak, 4756 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesine göre, TRT'nin "yeni" Genel Müdür adaylarının, ancak, "yeni" Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nca seçilmesinin olanaklı olduğunu gösteriyordu.<sup>93</sup>

Sezer'in bu kararının ardından Hükümet, söz konusu Yasa hükmünü değiştirebilmek için harekete geçti. Bu çerçevede, 22 Temmuz tarihinde kabul edilen 4951 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 4756 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesi değiştirildi ve halen görevde bulunan RTÜK üyelerinin, TRT Genel Müdürü adaylarını seçmesine olanak sağlandı.<sup>94</sup> Ancak, bütün bunlar yaşanırken, bir yandan da adaylardan TRT Haber Dairesi Başkanı Aydoğan Kılınç, aday belirleme sürecine ilişkin olarak Ankara 12. İdare Mahkemesi'nde bir iptal davası açtı. Bunun üzerine Sezer, yeni Yasa ışığında tekrarlanan seçim sürecinin ardından Bakanlar Kurulu'nca kendisine sunulan ve yine Şenol Demiröz'ün TRT Genel Müdürlüğü'ne atanmasını öngören kararnameyi dava sonuçlanıncaya kadar beklemeye aldı. 8 Ekim 2003 tarihinde Mahkeme'nin RTÜK'ün TRT Genel Müdür adaylarının belirleme kararının yürütmesini durdurması üzerine, Cumhurbaşkanı Sezer, önüne gelen kararnameyi ikinci kez Hükümet'e iade etti. Ne var ki, Ankara Bölge İdare Mahkemesi de, davalı RTÜK'ün başvurusu üzerine, Ankara 12. İdare Mahkemesi'nin vermiş olduğu yürütmenin durdurulması kararını kaldırdı. Bunun ardından hemen harekete geçen Hükümet, Demiröz'ün TRT Genel Müdürlüğü'ne atanması için yeni bir kararname daha hazırlayarak Cumhurbaşkanlığı'na sundu. Ancak Sezer, bu sefer de 8 Aralık tarihinde Ankara 12. İdare Mahkemesi'nin söz konusu işlemleri iptal etmesi üzerine, kararnameyi üçüncü kez geri gönderdi.

Bütün bu "gönderme-geri gönderme" serüveninin ardından en baştan başlayan seçim sürecinin sonunda, Şenol Demiröz'ün ismi, Bakanlar Kurulu'nca, bir kez daha kendisine sunulan adaylar arasından seçilerek Cumhurbaşkanlığı'na sunuldu. Nihayetinde Sezer, 2004 yılının ilk günlerinde söz konusu atama kararnamesini imzaladı ve Şenol Demiröz,

<sup>93</sup> Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in; "TRT Kurumu Genel Müdürlüğü'ne yapılan atamaya ilişkin Bakanlar Kurulu karar taslağının geri gönderilme gerekçesi"nin tam metni için bkz., Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı'nın Resmî İnternet Sitesi: <[http://www.cankaya.gov.tr/tr\\_html/ACIKLAMALAR/11.06.2003-2263.html](http://www.cankaya.gov.tr/tr_html/ACIKLAMALAR/11.06.2003-2263.html)>

<sup>94</sup> RG, 29.07.2003, S. 25183.

yaklaşık on aylık bir tartışmanın ardından TRT Genel Müdürlüğü'ne atanmış oldu.<sup>95</sup>

AKP Hükümeti'nin atamalar konusunda sergilediği ve hukuk devleti anlayışı ile bağdaştırılması oldukça güç olan tavrın en çarpıcı örneği ise, Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) Başkanlığı'na yapılan atama oldu.

Görev süresi 30 Mayıs 2003'te sona erecek olan dönemin TÜBİTAK Başkanı Prof. Dr. Namık Kemal Pak, TÜBİTAK Bilim Kurulu tarafından, görev süresinin dolmasına bir gün kala yeniden Kurul Başkanlığı'na seçildi. TÜBİTAK Yasası'na göre; Bilim Kurulu tarafından seçilen Başkan'ın, kurumun bağlı olduğu Başbakanlık tarafından, onaylanmak üzere Cumhurbaşkanlığı'na gönderilmesi gerekiyordu. Ancak, Başbakan Recep Tayyip Erdoğan, Prof. Dr. Namık Kemal Pak'ın yeniden Başkan seçilmesine ilişkin bu kararı Cumhurbaşkanlığı'na göndermek yerine, "beklemeye aldı". Bu arada, TÜBİTAK Bilim Kurulu'nun halihazırda görev yapan altı üyesinin daha görev süresi, 21 Eylül 2003 tarihinde sona erdi. Bunun üzerine TÜBİTAK Bilim Kurulu, Bilim Kurulu Başkanı'nun seçiminde izlediği yöntemle paralel olarak, görev süreleri dolan altı Bilim Kurulu üyesinin yerine, görev sürelerinin dolmasına bir gün kala seçim yaptı. Ancak, Bilim Kurulu'nun altı üyesinin seçimine ilişkin bu karar da, Başbakan Erdoğan tarafından işleme konulmayarak "beklemeye alındı".

Bu arada Hükümet, bir yandan da TÜBİTAK Yasası'nı değiştirmek üzere harekete geçti. Yasa, Başbakan'a "bir defaya mahsus olmak üzere" TÜBİTAK'taki boş üyeliklere atama yapma hakkı verilmesini öngörüyordu.<sup>96</sup> Meclis Genel Kurulu'nda yaşanan büyük tartışmaların ardından kabul edilen Yasa, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından bir kez daha görüşülmek üzere TBMM Başkanlığı'na geri gönderildi.<sup>97</sup>

<sup>95</sup> RG, 09.01.2004, S. 25431.

<sup>96</sup> 5001 sayılı "Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun" için bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Resmî İnternet Sitesi: <[http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar\\_sd.durumu?kanun\\_no=5001](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.durumu?kanun_no=5001)>

<sup>97</sup> Cumhurbaşkanı'nun geri gönderme gerekçesinin tam metni için bkz., Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı'nın Resmî İnternet Sitesi: <[http://www.cankaya.gov.tr/tr\\_html/ACIKLAMALAR/21.11.2003-2487.html](http://www.cankaya.gov.tr/tr_html/ACIKLAMALAR/21.11.2003-2487.html)>

Hükümet'in ısrarı üzerine 12 Aralık 2003 tarihinde aynen kabul edilen Yasa, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından yayımlanarak yürürlüğe girdi.<sup>98</sup>

Yasa'nın *Resmi Gazete'*de yayımlanmasının hemen ardından, CHP, ilgili Yasa'nın iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurdu. Ancak, Başbakan Erdoğan'ın da temposunu düşürmeye hiç niyeti yoktu. Gerçekten Erdoğan, eşine az rastlanır bir biçimde, Yasa'nın *Resmi Gazete'*de yayımlanmasının üzerinden henüz "saatler" geçmişken, boşalan altı Bilim Kurulu üyeliğine yeni atamalar yaptı.

Yeni üyelerinin katılımı ile 11 Ocak 2004 tarihinde ilk toplantısını yapan TÜBİTAK Bilim Kurulu, ilk icraat olarak, bir süreden beri Prof. Dr. Namık Kemal Pak'a vekaleten Kurum'un başkanlığını yürüten Prof. Dr. Tuğrul Tankut'un görevine son vererek, Başkan vekilliğine Prof. Dr. Nüket Yetiş'i atadı. Bunun hemen ardındansa Hükümet, derhal bir kararname hazırlayarak, Prof. Dr. Nüket Yetiş'in TÜBİTAK Başkanlığı'na atanması için Cumhurbaşkanlığı'na sundu. Bu arada Anayasa Mahkemesi de, 29 Ocak 2004 tarihinde CHP'nin yaptığı başvuruyla ilgili ilk kararını verdi ve dava konusu Yasa'nın yürürlüğünü durdurdu. Bu kararın ardından Cumhurbaşkanı Sezer, Prof. Yetiş'in TÜBİTAK Başkanlığı'na atanmasına ilişkin kararnameyi Başbakanlık'a iade etti.

O tarihten bu yana, ortaya çıkan koşullarda bir değişme olmadığı için aynı konuda Cumhurbaşkanı'nun önüne yeni bir kararname daha gönderme imkanı bulamayan Hükümet, bu konudaki tavrını ise "*Cumhurbaşkanı'nın iradesini görmezden gelme*" olarak belirledi. Gerçekten, 2004 yılının Ocak ayından, bu makalenin kaleme alındığı tarihe kadarki süre boyunca Prof. Dr. Nüket Yetiş'in TÜBİTAK Başkanlığı koltuğunda oturmaya devam etmesi, hiçbir geçerli hukukî dayanağı olmayan ve hukuk devleti anlayışı ile de açıkça çelişen bir diğer uygulama olarak akıllarda kaldı.<sup>99</sup>

<sup>98</sup> 5016 sayılı "Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun" için bkz., RG, 22.12.2003, S. 25345 - Mükerrer.

<sup>99</sup> Kapsadığı tarihler itibariyle bu makalenin konusu olmamakla birlikte, Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin, 3 Mayıs 2005 tarihinde, Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın Prof. Dr. Namık Kemal Pak'ın yeniden kurul başkanlığına seçilmesine ilişkin TÜBİTAK Bilim Kurulu'nun kararını Cumhurbaşkanı'na göndermeyerek, bu makama Prof. Dr. Nüket Yetiş'i öneren işlemini hukuka aykırı bularak yürütmesini durdur-



Yukarıda değinilen bütün bu krizlere ek olarak, 2003 ve 2004 yılları boyunca, Hükümet ile Cumhurbaşkanı arasında pek çok “*veto krizi*”nin de yaşandığı görüldü. Kapsamı nedeniyle bu yazıda ayrıntılarıyla ele alınması mümkün olmayan bu vetolar, “*Mali Milat*” Yasası’ndan Vergi Barışı Yasası’na, fakir öğrencilerin özel okullarda okutulması hakkındaki yasadan uyum yasalarındaki bazı hükümlere kadar uzanan geniş bir çerçeveyi kapsıyordu. Bu dönemde Cumhurbaşkanı’nın vetoları incelendiğinde dikkati çeken ilginç bir nokta da, veto gerekçelerinde, Anayasa’da yer alan Cumhuriyet’in temel niteliklerine yapılan göndermelerin önemli bir ağırlık taşımasıydı.

Hükümet, bu sorunu aşmak için farklı yöntemler denedi. Bu denemelerin en ilginçlerinden biri de, geri gönderilen yasalar ve atama kararlarıyla ilgili en sık sorun yaşayan bakanların, Çankaya Köşkü’ne çıkarak Cumhurbaşkanı ile kişisel olarak uzlaşma arayışına girmeleriydi. Bu uygulama, 2003 yılının hemen başlarında Adalet Bakanı Cemil Çiçek, Maliye Bakanı Kemal Unakıtan, Tarım ve Köyişleri Bakanı Sami Güçlü ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı Hilmi Güler tarafından başlatıldıysa da; bu yöntemle Cumhurbaşkanı’nın tavrında esaslı bir değişiklik yapılamayacağına anlaşılmasıyla, bu “*uzlaşmacı*” tavır, yerini kısa sürede “*çatışmacı*” bir tavra bıraktı.

Cumhurbaşkanı ile Hükümet arasında yaşanan gerilimler, yukarıda da değinildiği üzere, yalnızca atama ve veto yetkileri konusunda yaşanan bu tartışmalarla sınırlı kalmadı. Gerçekten, salt anayasal yetki dağılımından kaynaklanan bu problemlere ek olarak, bir de, yürütmenin her iki kanadının temsil ettiği farklı değer ve anlayışlardan kaynaklanan problemler de gündeme geldi.

---

duğunu belirtmekte de fayda vardır. Mahkeme, yürütmeyi durdurma kararının gerekçesinde; “TÜBİTAK Başkanlığı’na atanmaya ilişkin zincirleme işlemin ilk aşamasını oluşturan; Bilim Kurulu’nca Pak’ın seçilmesine ilişkin işlemde 278 sayılı Yasa hükümlerine aykırılık olduğu yönünde bir tespit bulunmadığı gibi, atamanın Başbakan tarafından Cumhurbaşkanı’na teklif edilmemesinin de herhangi bir hukukî gerekçeye dayandırılmadığı anlaşılmaktadır.” görüşlerine yer verdi. Üstelik, Ankara Bölge İdare Mahkemesi de, verilen bu karara karşı yapılan itirazı 9 Haziran 2005 tarihinde reddederek, Ankara 1. İdare Mahkemesi’nin yürütmeyi durdurma kararının haklılığını ortaya koymuş oldu.

## 2. Hükümet ile Cumhurbaşkanı Arasındaki “Değer” Çatışmaları

Hükümet ile Cumhurbaşkanı arasındaki “değer” çatışmalarının 2003 ve 2004 yılları arasında görülen en çarpıcı örneği; 23 Nisan ve 29 Ekim Resepsiyonları’nda yaşanan “türban” krizi oldu. Anılan resepsiyonlar, yürütmenin iki kanadını oluşturan Cumhurbaşkanı ve Hükümeti karşı karşıya getirirken, AKP’nin, sistemdeki “merkez” değerleri temsil eden aktörler ile olan çatışmasını da bir kez daha gözler önüne serdi.

Bu bağlamda yaşanan ilk kriz, 2003 yılında 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı vesilesiyle TBMM Başkanı Bülent Arınç’ın ev sahipliğinde gerçekleştirilecek olan resepsiyon öncesinde ortaya çıktı. Resepsiyonda, Meclis Başkanı Arınç’ın türbanlı olan eşinin de “ev sahibesi” sıfatıyla yer alacak olması, büyük tepkilere neden oldu. Buna ek olarak, Arınç’ın eşiyile birlikte pek çok AKP’li milletvekilinin eşlerinin de davete türbanlı olarak gelecekleri endişesi, konunun, Cumhuriyet’in değerlerine simgesel bir “meydan okuma” olarak değerlendirilmesine yol açtı.

Bu değerlendirmelerden hareketle, 23 Nisan tarihi yaklaşırken, Cumhurbaşkanı’ndan, askerlerden ve Anamuhalefet Partisi’nden gittikçe artan bir biçimde gelmeye başlayan “katılmama” sinyalleri, en sonunda Arınç’ın geri adım atmasına ve türbanlı olan eşinin davete katılmayacağını ve 23 Nisan resepsiyonunda “teamüllere uyulacağını” açıklamasına neden oldu. Aynı şekilde, Başbakan Recep Tayyip Erdoğan da, davete eşsiz olarak katılacağını açıkladı. Buna rağmen, gündüz törenlerine tam kadro olarak katılan Cumhurbaşkanı, Anamuhalefet Partisi ve askerler, akşam yapılan resepsiyonu boykot ettiler. Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin ile Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya da, Meclis Başkanı’nın davetine icabet etmeyenler arasındaydı.

Meclis Başkanı Bülent Arınç, ortaya konulan bu tepkinin kendisine değil, ama hükümete yönelik bir tepki olduğu söyleyerek durumu geçiştirmeye çalışırken; Hükümet çevrelerinin konuya yaklaşımı ise oldukça sert oldu: Başbakan Erdoğan, resepsiyon esnasında bir gazetecinin konuyla ilgili sorularını yanıtlarken; “Ulusal egemenliğin bir bayram olarak kutlandığı bir günde bu bayramı kimsenin bayram olmaktan çıkarmaya hakkı yoktur. Buna katkısı olanları milletimiz hiçbir zaman affetmeyecektir.” yorumunu yaparken; AKP Genel Başkanı Dengir Mir Fırat ise, konuyu; “Bu yapılan TBMM’ye saygısızlıktır. Ben bu durumu 1. Meclis’e tepki olarak görüyorum.” sözleriyle değerlendirdi.<sup>100</sup>

Resepsiyon krizinin ikinci ve daha büyük ayağı ise, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in ev sahipliğinde gerçekleştirilen 29 Ekim Cumhuriyet Bayramı Resepsiyonu sırasında yaşandı. Sezer, kendisinin ev sahipliğinde gerçekleştirilecek olan resepsiyona türbanlı katılım konusundaki tavrını, daha en baştan çok net bir biçimde ortaya koydu. Gerçekten, Sezer'in 20 Ekim'den itibaren göndermeye başladığı davetiyelerin, "eşli" ve "eşsiz" olmak üzere iki türde hazırlandığı görüldü. Sezer, eşi türbanlı olduğu bilinen AKP Milletvekilleri ile bazı yüksek yargı organı temsilcilerine eşsiz davetiye göndermişti.

Hükümet'in bu konudaki tepkisi, ilk başta yine çok sert oldu. Başbakan Erdoğan, "*konuyu milletin vicdanına havale ettiğini ...*" belirtirken, AKP Afyon Milletvekili Mahmut Koçak ise, tepkisini, Cumhuriyet Resepsiyonu'na eşile katılacağını, kapıdan almazlarsa öyle konuşacağını söylemeye kadar vardırdı.<sup>101</sup>

Sonuçta, Başbakan Erdoğan, davetiyede yer alan durumu "*sineye çekerek*", 29 Ekim akşamı verilen resepsiyona yanında eşi olmaksızın katıldı. Kabine üyeleri de, resepsiyona, Milli Savunma Bakanı Vecdi Gönül, Devlet Bakanı Güldal Akşit, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı Murat Başesgioğlu ve Devlet Bakanı Ali Babacan dışında tam kadro ve beraberlerinde eşleri olmaksızın katıldılar. Resepsiyonla ilgili asıl dikkat çekici boyut ise, daha önce Çankaya Köşkü'ndeki benzer toplantılara eşleriyle katılan ve bu sefer de kendilerine eşli davetiye gönderilen Beşir Atalay, Erkan Mumcu ve Kürşat Tüzmen'in, söz konusu resepsiyona yalnız gelmeleriydi. Eşleri türbanlı olduğu için kendilerine eşsiz davetiye gönderilen Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Haşim Kılıç ve Sayıştay Başkanı Mehmet Damar ise, resepsiyona katılmamayı tercih ettiler.

Sezer ise, konuyla ilgili eleştirilere:

*"Bu benim şahsi resepsiyonum değil, devletin resepsiyonudur. Devletin nitelikleri belli. Anayasa'da bunlar aktarılmış. Türkiye Cumhuriyeti laik, demokratik, sosyal hukuk devletidir. Son zamanlarda bu laik niteliklere yönelik tavırlar sergilenmek istenmektedir. Ben bunlara fırsat vermem."* sözleriyle cevap verirken, yaşanan bu krizler, yürütmenin farklı kanatları arasında ortaya çıkan kırılmaların, basit siyasî çekişmeler olmaktan öte, derin ve uzlaşmaz ayrılıklara dayandığının altını bir kez daha çiziyordu.<sup>102</sup>

<sup>100</sup> Radikal, 24 Nisan 2003.

<sup>101</sup> Cumhuriyet, 21 Ekim 2003.

<sup>102</sup> Radikal, 30 Ekim 2003.

### 3. Hükümet ile Diğer Sistem Aktörleri Arasındaki “Değer” Çatışmaları

2003 ve 2004 yıllarından akılda kalan bir diğer çatışma eksenini de, Hükümet ile Cumhurbaşkanı arasında yaşanan değer çatışmalarına ek olarak, Hükümet ile (silahlı kuvvetler ve yargı başta olmak üzere) sistemde yer alan “diğer aktörler” arasında yaşanan değer çatışmaları oldu.

Bu kapsamda, değinilen bu çatışmanın en net biçimde açığa çıktığı tartışma ise; Yüksek Askeri Şura (YAŞ) kararlarına şerh konulması meselesi oldu. Gerçekten, AKP iktidarı, daha göreve geldiği günden itibaren YAŞ kararlarının hukukî statüsü konusundaki muhalefetini çeşitli platformlarda dile getiriyordu. Örneğin AKP Nevşehir Milletvekili ve TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanı Mehmet Elkatmış, 2003 yılının Ocak ayında Nevşehir’de yaptığı bir konuşmada, YAŞ kararlarına yargı yolunun açılmamasını “yargısız infaz” olarak nitelendiriyor ve bunun da en büyük insan hakkı ihlali olduğunu belirtiyordu.<sup>103</sup> Birkaç gün sonra ise, Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Mehmet Ali Şahin, AKP İstanbul İl Başkanlığı’na düzenlenen “Siyaset Akademisi”nin ilk dersinde, YAŞ kararlarının yargı denetimine açılmasının tek başına hükümetin davası olmadığını ve konunun, muhalefetin de desteğiyle, mutabakat içinde TBMM’den geçirilmesi gerektiğini söylüyordu.<sup>104</sup>

Ortaya atılan bütün bu görüşlere rağmen AKP Hükümeti, yıl boyunca bu konuda bir Anayasa değişikliği yapacak siyasi şartları yakalayamadı. Buna karşılık hükümet, bu konudaki tepkisini, o güne kadar pek de alışık olunmayan bir biçimde ortaya koydu.

Hatırlanacağı üzere, 2002 yılının son günlerinde toplanan Yüksek Askeri Şura, Türk Silahlı Kuvvetleri’nde görev yapan bazı personelin Silahlı Kuvvetlerle olan ilişkisinin kesilmesine karar vermişti. Ne var ki, bu toplantıya katılan Başbakan Abdullah Gül ve Savunma bakanı Vecdi Gönül, alınan bu kararları, söz konusu kararların yargı denetimine açılması gerektiği yönünde birer “şerh” koyarak imzalamışlardı. İşte 2003 yılının hemen başında yürütme alanında yaşanan ilk kriz

<sup>103</sup> *Sabah*, 2 Ocak 2003.

<sup>104</sup> “Ayın Tarihi”, TC Başbakanlık Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü’nün Resmî İnternet Sitesi: <<http://www.byegm.gov.tr/YAYINLARIMIZ/AyinTarihi/2003/ocak2003.htm>>

de, Genelkurmay Başkanı Orgeneral Hilmi Özkök'ün konuyla ilgili açıklamalarıyla şekillendi. Orgeneral Özkök, 8 Ocak 2003 tarihinde Gazi Orduevi'nde verdiği resepsiyonda yaptığı açıklamada; Başbakan Abdullah Gül'ün YAŞ kararlarına şerh koymasının "yersiz" ve "irticaya bulaşanları cesaretlendirici nitelikte" olduğunu söyledi.<sup>105</sup>

Bütün bu tartışmalara rağmen, 58. Hükümet'in bu tavrı, Erdoğan başkanlığında kurulan 59. Hükümet döneminde de devam etti. Gerçekten, 2003 yılının ortalarında toplanan Yüksek Askeri Şura sonunda alınan ihraç kararları da, bu sefer Başbakan Recep Tayyip Erdoğan ve Savunma Bakanı Vecdi Gönül tarafından şerh konularak imzalandı. Kamuoyunda AKP'nin İslamî geçmişiyile ilgili çağrışımlar ekseninde değerlendirilen bu tavra karşı en sert tepki ise, yine askerlerden geldi. Örneğin; Genelkurmay İkinci Başkanı Orgeneral Yaşar Büyükanıt, konuyu:

*"YAŞ'ın, kanunun öngördüğü içtüzüğü vardır. İchtüzüğün 24. maddesi, tüm üyelere muhalefet etme şansı verir. İchtüzüğe ilave olarak, 'YAŞ kararları yargı denetimine açık olmadığı için muhalefet ediyorum' diyerek, Anayasa'nın bir hükmünü yok kabul etmemiz mümkün değildir."*

sözleriyle değerlendirerek, Hükümet'e karşı olan tepkisini, "Anayasa'yı görmezden gelme" noktasına kadar ulaştırıyordu.<sup>106</sup>

Konuya Hükümet cephesinden bakıldığında ise, farklı bir değerlendirme biçiminin mevcut olduğu görülüyordu. Gerçekten de Hükümet, bu tavrını, kamuoyunun genellikle algıladığının aksine, irticaya destek vermek şeklinde değil, bir prensip meselesi olarak savunuyordu. Hükümet'in bakış açısına göre sorun, Türk SilahlıKuvvetleri'nde ihraç kararlarının üç farklıyöntemle alınmasından kaynaklanıyordu. Bu yöntemlerden birincisi; ihraç kararının yalnızca Milli Savunma Bakanı'nın imzasıyla alınmasıydı. Söz konusu amaca ulaşmak için kullanılan ikinci yöntem ise; ihraç kararının üçlü kararnameyle (Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Milli Savunma Bakanı'nın imzasıyla) alınmasıydı. Silahlı Kuvvetler'den ihraç için başvuru alan üçüncü yöntem ise; meseleyi doğrudan doğruya Yüksek Askeri Şura'nın önüne getirmektir. Hangi dosyaların Yüksek Askeri Şura'nın önüne getirileceğine, hangilerinin sadece bakan imzasıyla karara bağlanacağına ve hangilerinin bir üçlü

<sup>105</sup> Sabah, 9 Ocak 2003.

<sup>106</sup> Cumhuriyet, 11 Ağustos 2003.

kararname konusu olacağına ise, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Yasası'nın 50 ve 94. maddeleri uyarınca Genelkurmay Başkanın kararı veriyordu. İşte, Hükümet'in dile getirdiği itiraza göre; üçlü kararname veya Bakan imzasıyla yapılan ihraçlarda yargı yolu açık olmakta, ancak YAŞ kararıyla yapılan ihraçlarda yargı yolu kapalı bulunmaktaydı. Bu durumun açık bir eşitsizlik yarattığı değerlendirilmesinden hareket eden Hükümet, örneğin; adı bir suç nedeniyle tek imzayla veya üçlü kararnameyle ihraç edilen bir personelin yargıya başvurma hakkı olduğunu, ancak, örneğin; irticai faaliyete karıştığı iddiasıyla YAŞ kararıyla ihraç edilen bir personelin bu haktan mahrum kaldığını belirtiyordu.<sup>107</sup>

Bütün bu çatışan görüşlere rağmen, sorun, 2004 yılının sonuna kadar da çözülemeden kaldı. Gerçekten, 2003 yılının Ağustos ayında toplanan Yüksek Askeri Şura'nın ardından, aynı yılın Aralık ayında ve 2004 yılının Mayıs ve Aralık aylarında toplanan Yüksek Askeri Şuralar'da da Hükümet'in bu tutumunun ve bu tutuma gösterilen tepkilerin devam ettiği görüldü.

Bu kapsamda, son olarak, Hükümet ile "idare" (yani en genel anlamda bürokrasi) arasındaki ilişkilere baktığımızda da, 2003 ve 2004 yıllarının oldukça çalkantılı geçtiğini söylemek mümkündür. Gerçekten, anılan yıllar boyunca "baskı istifası" kavramı, başta bağımsız kurullar olmak üzere, pek çok kilit noktada görev yapan bürokratin en sık kullandığı kavram oldu. Bu bağlamda, TRT Genel Müdürü Yücel Yener, Diyanet İşleri Başkanı Mehmet Nuri Yılmaz ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) Başkanı Engin Akçakoca başta olmak üzere kamuoyunun yakından tanıdığı pek çok isim, bu istifa dalgasından nasibini alan kişiler arasındaydı. Buna ek olarak, Hükümet'in bir gecede neredeyse "yeni baştan yarattığı" kurumlar da, Türk siyasî yaşamının ayrılmaz bir parçası haline geldi. AKP'nin çeşitli kurumlar üzerinde yürüttüğü bu "operasyon"ların kapsamı ise, Türk Hava Yolları'ndan Türkiye Atom Enerjisi Kurumu'na kadar uzanan bir çeşitlilik gösteriyordu.

Konuya Hükümet'in penceresinden bakıldığında ise, AKP iktidarının, kullandığı bütün sıra dışı yetkilere rağmen, şaşırtıcı biçimde hala "sınırlılıklardan" şikayet ettiği gözlemleniyordu. Gerçekten, Başbakan Erdoğan, her fırsatta "devlette çöreklenmiş, her türlü değişime direnen ve her fırsatta Türkiye'nin büyümesine takoz koyan bir anlayış" olarak nitelediği

<sup>107</sup> Bila, Fikret, "Ordudan İhraç Kararlarına İkinci Şerh", *Milliyet*, 5 Ağustos 2003.

“bürokratik oligarşi”den söz ediyor; bu kesimlerin “ben devletim” deme hakkını kendilerinde gördüklerini ve AKP’nin iktidar olmasına fırsat vermediklerini belirtiyordu.<sup>108</sup>

Başbakan’ın bu açıklamaları ise, muhalefetten ve kamuoyundan gelen sert tepkilerle karşılaşılıyordu. Örneğin; CHP İstanbul Milletvekili Hasan Fehmi Güneş, Başbakan’ın kullandığı “bürokratik oligarşi” sözlerini:

*“Yıkılmak istedikleri gerçek yapıyı söylemeye cesaretleri yok. Dillerinin altındaki ortaya çıkaramıyorlar. Söyleyemedikleri hedef, laik demokratik cumhuriyetin temel değerleriyse, bu temel değerlere bağlı olan herkes ve her kurum muhataptır.”*

sözleriyle değerlendirirken; CHP Grup Başkanvekili Oğuz Oyan ise, 2003-2004 yıllarında yürütme organına hakim olan çatışmanın taraflarını, çok net bir biçimde ortaya koyuyordu:

*“Bürokratik oligarşi var derken Erdoğan’ın kafasının arkasında öncelikle askeri bürokrasinin olduğunu düşünmek lazım, Cumhurbaşkanı’ni kastettiğini düşünmek lazım. Aynı zamanda CHP’yi de kısmen kastediyor.”*<sup>109</sup>

Bu konuda belirtilmesi gereken son bir ilginç nokta da, AKP’nin taraf olduğu bu değerler çatışmasının etkilerinin, Türkiye’nin dış ilişkilerinde de hissedilmiş olduğudur. Bilindiği gibi, Fransa’da 2004 yılının Nisan ayında kabul edilen bir Yasa ile, orta dereceli devlet okullarında türban, kippa ve haç gibi dinî simgelerin kullanımını yasaklanmıştı. Fransa Cumhurbaşkanı Jacques Chirac tarafından da desteklenen bu Yasa, Avrupa kamuoyunun türban konusundaki hassasiyetini yansıtmaya başladığından da önem taşıyordu. Temmuz ayına gelindiğine ise Başbakan Erdoğan ve bazı bakanların katılacağı Fransa ziyareti öncesinde bu durum, ciddi bir sıkıntıya neden oldu. Gerçekten de Hükümet, bir yandan iç politikada türban konusundaki tavrının “özgürlüklerden yana” olduğunu belirtirken; diğer yandan da bu geziyle birlikte, resmî dış politika olarak belirlenen AB üyeliğinin altında yatan değerler sistemiyle karşışarşıya geliyordu. Sonuçta Erdoğan ve bakanlar, bir “son dakika” kararıyla, “türban konusundaki hassasiyetleri dikkate alarak”, resmî programda yer almasına karşın eşlerini geziye götürmekten vazgeçmek zorunda kalıyorlardı.<sup>110</sup>

<sup>108</sup> Zaman, 8 Haziran 2003.

<sup>109</sup> Cumhuriyet, 12 Haziran 2004.

<sup>110</sup> Sabah, 20 Temmuz 2004.

## Yargı

Yargı, hem içinde bulunduğu şartlar ve yaşadığı sorunlar, hem de verdiği çeşitli kararlar neticesinde Türkiye’de geleneksel olarak en sık tartışılan kurumların başında gelmektedir. 2003 ve 2004 yıllarına baktığımızda da, bu geleneğin bozulmadığı ve yargının, gerek kurumsal anlamda yeniden yapılanmasına yönelik sürdürülen çalışmalar, gerekse verdiği kararlar neticesinde sık sık tartışmaların odağında yer aldığı görülmektedir.

Anılan dönemde yargı alanına ilişkin olarak yaşanan en önemli tartışma, “*yargıda yeniden yapılanma*” başlığı altında Anayasa Mahkemesi’nin kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin dile getirilen görüşler etrafında şekillendi. 2003 yılının sonlarında, bizzat Yüksek Mahkeme üyeleri tarafından hazırlandığı bildirilen ve Anayasa Mahkemesi’nin iki daire olarak yeniden yapılanmasından, Mahkeme üyelerinin bir kısmının doğrudan TBMM tarafından seçilmesine kadar pek çok alanda önemli yenilikler öngören bir taslak, bu amaçla Anayasa’da ve Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Yasa’da esaslı bir takım değişikliklerin yapılmasını öngörüyordu. Taslak, hükümet çevrelerinde genel olarak olumlu karşılanıp değişiklik gündemine alınırken; Anamuhalefet partisi CHP başta olmak üzere pek çok siyasi parti ve diğer yüksek yargı organlarının temsilcileri ise, Anayasa Mahkemesi’nin yeniden yapılandırılmasına yönelik bu önerilere şiddetle karşı çıktılar.

Hazırlanan taslağa karşı çıkan muhalefet ve yargı camiası ile Anayasa Mahkemesi arasındaki görüş ayrılığı, ilk olarak, yeni yılın ilk günlerinde Deniz Baykal ile Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin arasında yaşanan bir polemikle ortaya çıktı. Gerçekten, 2004 yılının Ocak ayına girildiğinde konunun hükümet çevrelerinde gittikçe daha sık tartışılır hale gelmesinin ardından, gündemdeki çalışmalarla ilgili olarak Mahkeme Başkanı Bumin’i ziyaret eden Baykal, Bumin’den aradığı desteği bulamadı. Öyle ki; Baykal, Partisi’nin 21 Ocak tarihli grup toplantısında Bumin ile yaptığı görüşmeyi değerlendirirken, Mahkeme Başkanı’nun da Anayasa Mahkemesi’nin yapısı üzerinde yürütülen çalışmalara destek verdiğini öğrendiğinde duyduğu hayretini gizlemediğini ve Bumin’e “*Buna destek vererek bizim muhalefet gücümüzü kırıyorsunuz.*” dediğini aktardı.<sup>111</sup>

<sup>111</sup> *Hürriyet*, 22 Ocak 2004.



Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin ise, Mahkeme üyelerinin bir kısmının TBMM’ce seçilmesini öngören tasarımı “Anayasa Mahkemesi’nin siyasallaştırılması” olarak niteleyen CHP lideri Deniz Baykal’a, yaptığı bir yazılı açıklamayla yanıt verdi. Baykal’a atfedilen “Anayasa Mahkemesi’nin siyasallaştırılması amacıyla yapılan değişikliklere Mahkeme Başkanı olarak kendisinin de destek verdiği” yönündeki haberler üzerine Bumin, tartışılan önerilerin Anayasa değişiklikleri çerçevesinde ele alınmak üzere kendilerince hazırlandığını ve bu önerileri Başbakan Tayyip Erdoğan ile Baykal’a kendisinin ilettiğini belirtti. TBMM Genel Kurulu’nun seçeceği üyeler için sınırlı bir model öngörüldüğünü kaydeden Bumin, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi üyelerinin üçte birine yakınının Senato tarafından seçildiğini, çağdaş ülkelerin tamamına yakınında Anayasa Mahkemesi üyelerinin üçte birinin parlamentolarca belirlendiği tespitini yaparak, açıklamasında şu görüşlere yer verdi:

*“Bu gerçekler karşısında, dörtte birinden daha düşük orandaki Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminin sınırlı olarak TBMM’ye yaptırılması önerisini ‘Anayasa Mahkemesi’nin siyasallaştırılması’ olarak nitelemek yanlıştır. Hiçbir siyasal parti Anayasa Mahkemesi üzerinden siyaset yapmamalıdır. Anayasa Mahkemesi’ni yıpratmaya dönük tüm davranış ve ifadelerden herkesin özenle kaçınması gerekir. Uzun bir siyaset deneyimi olan anamuhalefet partisi genel başkanının, kendisine takdim edildiği tarihten kırk dokuz gün geçtikten sonra konuyu gerçekte ilgisi olmayan bir biçimde parti grubunda gündeme getirmesi esefle karşılanmıştır.”<sup>112</sup>*

CHP lideri Baykal ile Anayasa Mahkemesi Başkanı Bumin arasında yaşanan bu söz düellosu, konuyla ilgili başka tartışmaları da tetikleyen adım oldu. Gerçekten, Nisan ayında katıldığı bir toplantıda konuşan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Nuri Ok; “Yargıda siyasallaşma için Anayasa Mahkemesi’nin pilot alan seçildiği”ni ve bu girişimde başarılı olunması halinde, işin sonuçlarının nereye varacağı kestirilemeyeceğini belirtti. Ok, konuşmasında; Anayasa Mahkemesi’nde açılmak istenen siyasi pencerenin, adli ve idari yargı için de kapı oluşturacağına kimsenin kuşku duymaması gerektiğini savundu.<sup>113</sup>

Bu açıklamaya yanıt ise, bizzat Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Haşim Kılıç’tan geldi. Ok’u sert bir dille eleştiren Kılıç, verdiği cevapla

<sup>112</sup> Sabah, 24 Ocak 2004; Zaman, 24 Ocak 2004.

<sup>113</sup> Hürriyet, 11 Nisan 2004.

Anayasa Mahkemesi'nin sürüp giden tartışmalar hakkındaki tavrını da bir kez daha net bir biçimde ortaya koymuş oluyordu:

*"Olayı çarpıtmak kimseye bir şey kazandırmaz. Bizimle ilgili Anayasa değişikliği önerisi, siyasi irade tarafından yapılmış gibi gösteriliyor. Biz bu öneriyi, asıl ve yedek üyelerimizin katıldığı kurulun ortak görüşüyle oluşturduk. 27-28 Nisan'da sempozyum düzenleyeceğiz. Başsavcımızın açıklamalarında eleştiri sınırlarında görmek isterdim. Bilimsellik dışındaki sözler bizi üzüyor. 1961'den 1982'ye kadar TBMM'den Anayasa Mahkemesi'ne üye seçilebiliyordu. Bu sürede Anayasa Mahkemesi siyasallaşmış mıydı? Anayasa Mahkemesi üzerinde Hükümet'in bir operasyonu varmış gibi gösteriliyor. Çarpık yorumlar kurumlar arası tartışmalara neden olur."*<sup>114</sup>

Kılıç'ın bu açıklamasından kısa bir süre sonra ise, tartışmaya bu sefer Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya da katıldı. Özkaya, görüşlerini: *"Eğer Meclis'ten Anayasa Mahkemesi'ne üye seçilirse, üyeler Meclis koridorunu aşındıracaklar. Belki de 1982 Anayasası'nın en doğru tarafı bu (Anayasa Mahkemesi üyelerinin Meclis tarafından seçilmemesi). Eğer Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri (Anayasa Mahkemesi yargıçlarını) seçerse, yargıçlar Meclis'te dolaşıp 'beni seçin' diye kulis yaparlar. Bu da fevkalade yanlış."* sözleriyle ifade ediyordu.<sup>115</sup>

Sonuçta, bütün bu tartışmaların ardından Hükümet, Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yapılandırılması konusundaki girişimlerini askıya almak zorunda kaldı. Böylece, Anayasa Mahkemesi'nin kendi yapısı hakkında dile getirdiği öneriler, ilginç bir biçimde, yine ağırlıklı olarak yargı çevrelerinden yöneltilen sert eleştiriler neticesinde, herhangi bir sonuca bağlanamadan ülke gündeminden çıkmış oldu.

Yargı alanında kamuoyunu çokça meşgul eden bir başka konu ise, 2003 yılının sonlarında gündeme gelen *"yargıya güven"* tartışması oldu. CHP'nin ısrarlı talepleri sonucunda Aralık ayında çeşitli milletvekilleri hakkındaki dokunulmazlık dosyalarını görüşmek üzere toplanan TBMM Anayasa-Adalet Karma Komisyonu, 2003 yılının Haziran ayında kurulmuş bulunan ve çalışmalarını halen sürdürmekte olan *"Dokunulmazlıkları Araştırma Komisyonu"*nun hazırlayacağı raporun beklenmesi gerektiği gerekçesiyle dokunulmazlıkların kaldırılması yönünde herhangi bir karar alamadan dağılırken; toplantının sonucu

<sup>114</sup> Milliyet, 13 Nisan 2004.

<sup>115</sup> Cumhuriyet, 27 Nisan 2004.

kadar, görüşmeler sırasında sarf edilen bazı sözler de kamuoyunda büyük tartışmalara sebep oldu. Gerçekten, toplantıya katılan AKP'li üyelerden bazıları, erteleme kararı alınması için öne sürdükleri bütün "resmî" gerekçelere ek olarak, bir de açıkça yargıya güvenmediklerini ifade ettiler. Örneğin; kendisi de emekli bir hakim olan AKP Düzce Milletvekili Metin Kaşıkoğlu:

*"Türkiye'de öyle başsavcılar gördük ki, daha sonra kitaplarında bir siyasî partiyle özel olarak nasıl uğraştıklarını yazdılar. Öyle Yargıtay daire başkanları var ki, savunma hakkının kısıtlandığını gördük. Yargıtay Başkanı ve diğer hukukçuların bunu destekleyen açıklamalarını gördük. Böylesine yargı(ya) güvenilmediği bir ortamda dokunulmazlıklar kaldırılmamalı."*

Derken,<sup>116</sup> TBMM Anayasa-Adalet Karma Komisyonu Başkanı Burhan Kuzu da, toplantı sonrasında düzenlediği basın toplantısında, milletvekillerinin, yargılamanın siyasallaşması konusunda kaygıları bulunduğunu ve kendisinin de bunları paylaştığını söylüyordu.<sup>117</sup> Gerek kamuoyunda, gerekse yargı çevrelerinde<sup>118</sup> sert bir biçimde eleştirilen bu açıklamalara karşı verilen en sert yanıtlardan biriye, CHP Grup Başkanvekili Kemal Anadol'dan geldi. Anadol, AKP çevrelerinden konuyla ilgili yapılan açıklamalara cevaben 14 Aralık'ta TBMM'de düzenlediği basın toplantısında:

*"Şimdiye kadar, yargıya inanmadığı yüksek sesle beyan eden iki kişi olmuştur. Birinci ses, adaletten kaçtıktan sonra ABD'ye sığınan Engin Civan'dan çıkmıştır. İkinci sesi ise, Komisyon'un başkanı Hüsrev Kutlu'dan duyarak irkildik."* diyordu.<sup>119</sup>

<sup>116</sup> *Radikal*, 13 Kasım 2003.

<sup>117</sup> Haber için bkz., "NTVMSNBC" haber sitesi: <<http://ntvmsnbc.com/news/243432.asp>>

<sup>118</sup> Örneğin; dönemin Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin; "Bu tartışmalarla devleti oluşturan organların meşruiyeti tartışılır hale gelir. İşte o, devletin sonu demektir. Bu bakımdan ben bu açıklamaları şanssız bir ifade olarak kabul ediyorum." derken (*Radikal*, 12 Aralık 2003); dönemin Ankara Barosu Başkanı Av. Semih Güner de, yaşanan tartışmaları "Dokunulmazlıklar kalksa, konu yargının önüne gelse, en azından iki bakan Sayın Erbakan'ın mahkum olduğu dava nedeniyle belki aynı sonuçlarla karşılaşacaklar, bu kadar basit." sözleriyle değerlendiriyordu. (Semih Güner ile yapılan söyleşinin tam metni için bkz., "Haberanaliz" İnternet Sitesi: <<http://www.haberanaliz.com/soylesi.php?detayid=16>>)

<sup>119</sup> *Radikal*, 15 Aralık 2003. Bu arada, AKP'li bazı bakanlar ve milletvekilleri tarafından "yargıya güven" konusunda dile getirilen bu görüşlerin, bizzat AKP içinde de tepkilere neden olduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten, örneğin; Adalet Bakanı Cemil

Ne var ki, 2003 ve 2004 yıllarındaki “yargıya güven sorunu”, 2003 yılının sonlarında gündeme gelen bu “yargıya güven tartışması”ndan ibaret kalmadı. Geçekten, 2004 yılının ortalarına gelindiğinde, Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya’nın Millî İstihbarat Teşkilatı (MİT) Dış Operasyonlar Daire Başkan Yardımcısı Kaşif Kozinoğlu ile Yargıtay’da görülmekte olan bir dava hakkında görüşmeler yaptığının ortaya çıkması, kamuoyunda yargının güvenilirliği konusunda ciddi endişelerin yaşanmasına sebep oldu.

Anayasa’da, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin bir unsuru olarak sayılan:

*“Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, (...) mahkemelere ve hakimlere (...) tavsiye ve telkinde bulunamaz ...”*

hükmüne rağmen, Yargıtay Başkanı’nın, eskiden MİT adına çeşitli operasyonlara katıldığı iddia edilen bir şahsın yargılaması konusunda halihazırda görevde bulunan bir MİT mensubuyla böyle bir görüşme yapmayı kabul etmiş olması, ciddi eleştirilere konu oldu. İlerleyen günlerde ise, anılan bu “prensip sorunu”na ek olarak, Özkaya ile olayda adı geçen bazı şahıslar arasında hukuk dışı bazı ilişkilerin var olduğu yönünde ortaya atılan iddialar ise, konuyu bambaşka boyutlara taşıdı.

Yaşanan bu gelişmelerin ardından, emekliliğine az bir zaman kala, 27 Ağustos tarihinde “sağlık nedenleriyle” yirmi gün rapor almak zorunda kalan Başkan Özkaya, kendi kurumunun ev sahipliğinde düzenlenen adli yıl açılış toplantısına dahi katılamadı.

Aslında Yargıtay çatısı altında yaşanan bu tartışmalar, yıl ortasında Yargıtay’da ortaya çıkan bir başka skandalın ardından, yargının işleyişi sorununu kamuoyunun gündemine taşıyan ikinci skandal niteliğini taşıyordu. Yıl içinde yaşanan ilk skandalda, “Neşter Operasyonu” çerçevesinde yürütülen soruşturma sonucunda bazı hakimlerin adlarının Yargıtay’da görülmekte olan davaların sonucunu etkilemeye yönelik rüşvet olaylarına karıştığı iddia edilmiş; ancak Yargıtay 1. Başkanlık

---

Çiçek, Ankara Hakimevi’nde düzenlenen bir sempozyumun açılış konuşmasında “Türk yargısına güveniyorum. Herkes Türk yargısına güvenmelidir. Çünkü, hukuk devletinde güvenilebilecek tek ve yegane güç yargıdır.” derken; AKP Bursa Milletvekili Ertuğrul Yalçınbayır da, yargıya güven konusunda dile getirilen görüşleri eleştirerek “O zaman herkes dokunulmazlık zırhına bürünsün, yargıyı da tatile çıkaralım.” açıklamasını yapıyordu (Aksam, 13 Aralık 2003).

Divanı, söz konusu bağlantıların ortaya çıkarılmasında temel delil niteliğinde olan telefon kayıtlarının değerlendirilmesi konusuna tartışmalı bir yorum getirerek, bizzat kendi tasarrufuyla, konunun yargıya intikal etmesinin önüne geçmişti.<sup>120</sup>

Sonuçta, bütün bu olaylar, demokratik bir rejimdeki en güvenilir kurum olması gereken yargı organının itibarının son yıllarda hiç olmadığı ölçüde sarsılmasına neden olurken; 2003 yılının sonlarında başlayan “yargıya güven” tartışmasının da, üzerinde dikkatle durulması gereken bir sorun olduğunun altını çizdi.

### Anayasa Mahkemesi Kararları

Yukarıda değinilen bütün bu tartışmalara ek olarak, 2003 ve 2004 yıllarında Anayasa Mahkemesi'nin verdiği çeşitli kararlar da, ülkenin hukukî ve siyasî yapısı üzerinde önemli etkiler doğurdu.

### Motorlu Taşıtlardan Ek Vergi Alınması

Motorlu taşıtlardan ek vergi alınmasına yönelik iki düzenleme, Anayasa Mahkemesi tarafından ardi ardına iptal edildi. Bu düzenlemelerden ilki olan 23.11.2000 günlü, 4605 sayılı “*Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu, Finansman Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu ile 4306 ve 4481 sayılı Kanunlar'da Değişiklik Yapılması ve Kurumlar Vergisi Kanunu'na Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun*”, aslında AKP Hükümeti döneminde değil, bir önceki DSP-MHP-ANAP Koalisyonu zamanında çıkarılmış bir yasa idi.<sup>121</sup> 4605 sayılı Yasa, pek çok alandaki vergilendirme esaslarına ilişkin yeni düzenlemeler getirmekle birlikte, bunların arasında en çok tartışılanı, kuşkusuz Motorlu Taşıtlar Vergisi Yasası'nda öngörülen değişikliklerdi.

<sup>120</sup> Söz konusu tartışmalar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., Ergül, Ozan, “Yargıdan Telefon Dinlemeye Yeni bir Yorum”, “Yaşayan Anayasa” İnternet Sitesi: <[http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/analiz/telefon\\_dinleme.htm](http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/analiz/telefon_dinleme.htm)>

<sup>121</sup> 4605 sayılı “*Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu, Finansman Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu ile 4306 ve 4481 sayılı Kanunlar'da Değişiklik Yapılması ve Kurumlar Vergisi Kanunu'na Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun*” için bkz., RG, 30.11.2000, S. 24246 – Mükerrer.

Bilindiği gibi 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Yasası'nda, vergi konusuna giren taşıtların her biri için ödenecek vergiler, maktu olarak ve dört tarife üzerinden hesaplanmaktaydı. Her bir tarife, taşıt cinsi itibarıyla, yaş/ağırlık, yaş/kapasite (oturma yeri, istiap hadleri), yaş/motor gücü, yaş/kalkış ağırlığı gibi kriterlere göre belirlenmişti. Aynı Yasa'nın 10. maddesine göre ise, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan vergi miktarları, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Yasası'nın 298. maddesi uyarınca tespit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranlarına göre artırılmaktaydı. Bu arada Bakanlar Kurulu'na da, yeniden değerlendirme oranının % 50'sinden çok ve % 50'sinden az olmamak üzere yeni oranlar veya bu oranlar içinde farklı vergi miktarları tespit etme yetkisi verilmekteydi.

İşte Motorlu Taşıtlar Vergisi Yasası'nın 4605 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile değişik üçüncü fıkranın dava konusu (b) bendi; yukarıdaki sistemden farklı olarak, Bakanlar Kurulu'na vergi miktarlarını üç şekilde artırma yetkisi getirdi. Buna göre; Bakanlar Kurulu, isterse Motorlu Taşıtlar Vergisi Yasası'nda yer alan vergi miktarlarını doğrudan yirmi katına kadar artıracaktır; isterse her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan vergi miktarlarının o yıl için Vergi Usul Yasası hükümlerine göre tespit edilip ilan olunan yeniden değerlendirme oranına göre artırılmasıyla bulunan vergi miktarlarını yirmi katına kadar artıracaktır; isterse de Motorlu Taşıtlar Vergisi Yasası'nın 10. maddesinin 4605 sayılı Yasa ile değişik üçüncü fıkrasının (a) bendi uyarınca, yeniden değerlendirme oranının % 50 fazlasını geçmemek ve % 20'sinden az olmamak üzere saptayacağı yeni oranlar uygulanarak belirlenmiş olan vergi miktarlarını ayrıca yeniden yirmi katına kadar artıracaktır.

Anılan düzenlemeye karşı, dönemin ana muhalefet (Fazilet) partisi tarafından:

*"... getirilen düzenlemenin, vergilerin kanunla konulmasını, değiştirilmesini ve kaldırılmasını ifade eden 'vergilerin kanuniliği' ilkesini, mükelleflerin vergileme dönemi başlamadan hangi matrah üzerinden ne kadar vergi ödeyeceklerini bilmeleri için gerekli olan 'vergilerin açıklığı' ilkesini zedelediği, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olan vergi miktarının kanunla arttırılması yetkisinin Bakanlar Kurulu'nca kullanılmasının ise, hiçbir devlet organının Anayasa'dan aldığı yetkiyi başka bir organa devredemeyeceği ilkesiyle bağdaşmadığı, mükellefin, ödeyeceği vergi borcunun miktarını bilememesinin de keyfiliğe yol açacağı ..."*

gerekçeleriyle açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi; vergi miktarlarının yeniden değerlendirilmesinde her yıl düzenli olarak artmakta olduğunu, bu usulle maktu vergilerin zamanla aşınmasının önlendiğini, ancak, dava konusu düzenleme ile, belirtilen artışın yeterli olmaması veya değişen ekonomik koşullara uygunluğun sağlanması amacıyla Bakanlar Kurulu'na yeniden değerlendirilmesinin % 50'den fazlasını geçmemek ve % 20'sinden az olmamak üzere yeni bir oran belirleme yetkisi verilmesinin ve buna ek olarak da, Bakanlar Kurulu'na bir de bu tutarları yirmi katına kadar artırma yetkisi verilmesinin, yasama yetkisinin devrine yol açan ve vergi adaleti ile bağdaşmayan ölçsüz bir düzenleme olduğunu belirterek, anılan düzenlemeyi iptal etti. Anayasa Mahkemesi ayrıca, iptali istenilen kuralla, vergi miktarının taşıtların teknik özelliklerine, kullandıkları yakıt türlerine ve kullanım amaçlarına göre ayrı ayrı veya topluca yirmi katına kadar arttırılabilmesi için Bakanlar Kurulu'na yetki verilmesinin de, keyfi bir uygulamaya neden olabileceğini ve hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmayacağını belirtti.<sup>122</sup>

Ne var ki Hükümet, önceki dönemden kalan ve kendisine ek gelir imkanı sağlayan bu düzenlemenin yerine yenisini koymakta gecikmedi. Gerçekten, Ocak ayında yürürlüğü durdurulan 4605 sayılı Yasa'nın yerine,<sup>123</sup> Nisan ayında 4837 sayılı "*Ekonomik İstikrarı Sağlamak için Ek Vergiler Alınması Hakkında Kanun*" kabul edildi.<sup>124</sup> Bu yeni Yasa ile, yürürlükteki yasalara göre tarh ve tahakkuk işlemleri tamamlanmış olan emlak ve motorlu taşıtlar vergilerini ödeyen veya ödemeye hazırlanan mükelleflere, aynı konuda bir kez daha vergi ödeme yükümlülüğü getiriliyordu.

Söz konusu düzenlemelere karşı ana muhalefet partisi CHP tarafından açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi; Yasa'nın iptali istenen 1. maddesiyle, 2003 yılı içinde alınan motorlu taşıtlar vergisinin aynı yıl içinde aynı miktarda "*ek vergi*" adı altında ikinci kez alındığına, oysa 197 sayılı Yasa gereğince 2003 yılı için motorlu taşıtlar vergisinin Vergi Usul Yasası'na göre yeniden değerlendirilmesinin uygulanması suretiyle zaten güncelleştirilerek alınmakta olduğuna, vergi yükünün, güncelleştirilen yeni miktar üzerinden 2003 yılında ikinci kez tahakkuk ve tahsil edilmek suretiyle araç sahipleri aleyhine ağırlaştırdığına, buna karşın aynı yükün

<sup>122</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 4605 sayılı Yasa hakkında verdiği iptal kararı için bkz., E. 2001/36, K. 2003/3, RG, 21.11.2003, S. 25296.

<sup>123</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 4605 sayılı Yasa hakkında verdiği yürürlüğü durdurma kararı için bkz., E. 2001/36, K. 2003/1 (Yürürlüğü Durdurma), RG, 23.01.2003, S. 25002.

gelir ve kurumlar vergisi yükümlüleri gibi diğer vergi mükelleflerine yansıtılmadığına ve bu durumun da, vergi yükünün dengeli, adil, ölçülü ve eşit dağılımını engelleyerek Anayasa'nın 73. maddesinde öngörülen vergilendirme ilkelerine aykırılık oluşturduğuna dikkat çekerek, söz konusu düzenlemeyi iptal etti.<sup>125</sup> Yasa'nın 2. maddesi hakkındaki iptal istemini reddeden Anayasa Mahkemesi, ayrıca motorlu taşıt vergilerine ilişkin olarak iptal edilen 1. maddenin yürürlüğünü de durdurdu.<sup>126</sup>

Ne var ki, 4837 sayılı Yasa hakkındaki iptal ve yürürlüğü durdurma kararlarının verildiği tarih temmuz ayının sonlarında sarktığı için, bu kararlarla birlikte tipik bir Anayasa hukuku sorunu da tekrar gündeme taşındı.

Bilindiği gibi, motorlu taşıt vergileri yıllık iki eşit taksit halinde alınmaktadır. Bu sebeple pek çok mükellef, iptal kararının verildiği tarih itibarıyla 4387 sayılı Yasa gereğince kendisine tahakkuk ettirilen ek verginin ilk altı aylık taksitini ödemiş bulunmaktaydı. Bu durumda, Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen "iptal kararlarının geriye yürümeyeceği" kuralı karşısında bu mükelleflerin durumunun ne olacağı tartışma konusu oldu. Nihayetinde sorun, Başbakan Yardımcısı Abdüllatif Şener'in, 7 Ekim tarihinde yapılan Yüksek Planlama Kurulu toplantısı sonrasında "*ek vergiyi ödeyenlerin, bunu daha sonraki borçları için mahsup etme olanağına sahip olacakları*"<sup>127</sup> yönündeki açıklamayla bir ölçüde çözüme kavuşurken; yaşananlar, Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümemesi kuralının, yeterince hızlı çalışmayan bir mahkeme yapısı karşısında ne gibi sonuçlar doğurabileceğinin ilginç bir örneği olarak akıllarda kaldı.

### Erken Emeklilik Yasası

Anayasa Mahkemesi'nin 2003 yılında verdiği bir başka önemli karar ise, AKP iktidarının, kamuda çalışan personelin zorunlu emeklilik yaşını düşürmek suretiyle "*bürokraside kıyım yapmayı*" amaçladığı eleştirilerine

<sup>124</sup> 4837 sayılı "Ekonomik İstikrarı Sağlamak İçin Ek Vergiler Alınması Hakkında Kanun" için bkz., RG, 11.04.2003, S. 25076.

<sup>125</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 4837 sayılı Yasa hakkında verdiği iptal kararı için bkz., E. 2003/48, K. 2003/76, RG, 11.09.2004, S. 25580.

<sup>126</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 4837 sayılı Yasa hakkında verdiği yürürlüğü durdurma kararı için bkz., E. 2003/48, K. 2003/9 (Yürürlüğü Durdurma), RG, 25.07.2003, S. 25179.

<sup>127</sup> *Radikal*, 8 Ekim 2003.



muhatap olmasına neden olan yasa hakkında verdiği iptal kararıydı. Nisan ayı başında kabul edilen 4839 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile, çok küçük bir istisnaî grup dışında, kamuda çalışan tüm personel için zorunlu emeklilik yaş sınırı altmış beşten altmış bire indiriliyor ve bu yaş sınırını doldurmuş bulunanların, bundan böyle açıktan veya naklen atamalarının yapılmayacağı belirtiliyordu. Yasa, ayrıca, yayım tarihinden önce altmış bir yaşını doldurmuş bulunanların Yasa’nın yayımlandığı tarihinden itibaren iki ay süre ile; Yasa’nın yayımını izleyen iki ay içerisinde altmış bir yaşını dolduracakların ise, altmış bir yaşını doldurdukları tarihten itibaren iki ay süre ile görevde kalacaklarını ve daha sonra da emekliye sevk edileceklerini öngörüyordu.<sup>128</sup>

Bu düzenlemeye karşı Meclis’te şiddetli bir muhalefet sürdüren ana muhalefet partisi CHP, beklendiği üzere konuyu Anayasa Mahkemesi’ne taşıdı. CHP, dava dilekçesinde özetle; 4839 sayılı Yasa ile zorunlu emeklilik yaşının aniden ve kademeli bir geçiş düzenlemesi yapılmadan altmış beşten altmış bire indirilmesinin ve bir geçiş dönemi öngörülmeden bu yaş haddinin derhal uygulamaya konulmasının, ayrıca emekli keseneklerinin yükseltilmesinin ve sağlık katkı payı uygulamasının getirilmesinin, hukukî statüleri kanunla oluşturulan ve bu statü kurallarına güvenerek geleceklelerini tasarlayan kamu görevlilerinin kazanılmış haklarını, sosyal güvenlik beklentilerini ve sosyal durumlarını zedelediğini iddia ediyordu. CHP: “Böyle bir durumun sosyal bir hukuk devletinde olması gereken istikrar, hukukî belirlilik ve hukuk güvenliği nitelikleriyle bağdaşmayacağını ...” ileri sürüyor ve her meslek kesiminden ülke yönetiminde görev ve sorumluluk üstlenmiş deneyimli kamu görevlilerinin erken emekli olmaya zorlanmasının, ülkenin içinde bulunduğu iç ve dış koşullar, ülke çıkarları ve kamu hizmetlerinin gerekleri, dolayısıyla kamu yararı ile bağdaştırılmasının da olanaksızlığına vurgu yapıyordu. Dilekçede ayrıca, emeklilik hakları bakımından 6400 ve üstü ek göstergeli görevlerde bulunan ve bu görevlere Bakanlar Kurulu kararı veya müşterek kararname ile atanmış olan kamu görevlileriyle, bu nitelikte olmayan kamu görevlileri arasında yaratılmış olan eşitsizliklerin, kamu yararı ve kanun önünde eşitlik ilkeleri ile bağdaşmadığına da işaret ediliyordu.

<sup>128</sup> 4839 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” için bkz., RG, 17.04.2003, S. 25082.

Anayasa Mahkemesi, 8 Mayıs 2003 tarihinde, anılan Yasa'nın pek çok maddesinin yürürlüğünün durdurulmasına karar verdi.<sup>129</sup> Bunun üzerine AKP Hükümeti, "Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı sonucunda 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nda, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı iştirakçilerinin zorunlu emeklilik yaş haddine ilişkin bir düzenleme kalmadığı ve kamu düzenini ihlal edecek nitelikte bir hukuksal boşluk doğduğu" gerekçesiyle, konuyu 4919 sayılı Yasa ile bir kez daha düzenledi. 4919 sayılı Yasa'da, Anayasa Mahkemesi kararıyla yürürlüğü durdurulan hükümler yeniden ele alınıyor ve "emekliliğe kademeli geçiş" olarak isimlendirilebilecek yeni bir sistem kuruluyordu.<sup>130</sup> Ne var ki CHP, bu yeni Yasa hakkında da, Yasa'nın *Resmî Gazete*'de yayımlanmasından bir gün sonra ikinci bir iptal davası açtı.

Anayasa Mahkemesi; "altmış bir ila altmış beş yaş arasında olup da, devlet bürokrasisinin üst kademelerinde yer alan ve kamu hizmetinin başarı ile sürdürülebilmesi için gerekli bilgi, birikim ve deneyime sahip çok sayıdaki kişinin görevine, hukuk güvenliğini sarsmayacak biçimde makûl ve ölçülü bir geçiş süreci öngörülmezsizin yasa ile son verilmesinin kamu hizmetinin görülmesini olumsuz yönde etkileyeceğini" ve "yeni uygulamaya intibak için basamaklar saptanırken, bir ila altı ay arasında değişen kısa bir geçiş sürecinin benimsenmesinin, kişilerin yarınlarından kaygı duymamaları, bu bağlamda istikrarlı bir çalışma yaşamı sürdürebilmeleri için gerekli olan hukuk güvenliği ilkesini sarsıcı nitelikte olduğunu" belirterek, önüne gelen Yasa'nın iptaline karar verdi.

Sonuçta bu kararlar, Anayasa Mahkemesi'nin "kamu yararı" kavramına olduğu kadar, hukuk devleti prensibinin temel bileşenleri olan "hukukî belirlilik" ve "öngörülebilirlik" kavramlarına bakışının da netleşmesi açısından büyük önem taşıyan iki karar olarak akıllarda kaldı.

<sup>129</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 4839 sayılı Yasa hakkında verdiği yürürlüğü durdurma kararı için bkz., E. 2003/31, K. 2003/3 (Yürürlüğü Durdurma), RG, 10.05.2003, S. 25104. [Bu Yasa hakkında verilen esas kararlar birlikte, Yasa'nın 6. maddesi hakkında verilen yürürlüğü durdurma kararının, iptale ilişkin gerekçeli kararın *Resmî Gazete*'de yayımlandığı güne kadar devamına karar verilmiştir. Anılan karar için bkz., E. 2003/31, K. 2003/12 (Yürürlüğü Durdurma), RG, 01.11.2003, S. 25276.]

<sup>130</sup> 4919 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" için bkz., RG, 15.07.2003, S. 25169

### Siyasî Partiler Yasası'nın (SPY) 105. Maddesi

Anayasa Mahkemesi'nin 2003 yılında verdiği bir diğer önemli karar da, siyasî partiler mevzuatına ilişkindi. Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi, yalnızca kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya uygunluğunu denetlemekle görevli olmayıp, anılan bu "norm denetimi" işlevine ek olarak, Yüce Divan sıfatıyla bazı devlet görevlilerinin yargılanması ve siyasî partiler hakkında açılan kapatma davalarının karara bağlanması görevlerini de yerine getirmektedir. İşte Anayasa Mahkemesi, "norm denetimi" dışında kalan bu görevlerini yerine getirirken, kendisinin de, Anayasa'nın, anayasaya aykırılık iddialarının görülmekte olan davalar sırasında ileri sürülmesine olanak sağlayan 152. maddesinde belirtilen "bir davaya bakmakta olan mahkeme" sıfatını taşıdığını kabul etmektedir. Anayasa'nın anılan maddesine göre:

*"Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanunun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır ..."*

Bu değerlendirmenin sonucu olarak da Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 152. maddesinde düzenlenen "somut norm denetimi" yolunu harekete geçirebilmekte; başka bir deyişle, Yüce Divan yargılamasında veya bir siyasî parti hakkında açılmış olan kapatma veya devlet yardımından yoksun bırakma davasında yaptığı yargılamaya ara vererek, Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğü bir normun "Anayasa Mahkemesi"ne (yani kendisine) gönderilmesine karar verebilmektedir.

İşte Anayasa Mahkemesi, SPY'nin 105. maddesiyle ilgili kararını, Türkiye Sosyalist İşçi Partisi'nin kapatılması istemiyle açılmış olan bir davaya bakarken tespit ettiği bir anayasaya aykırılık sorununu, "siyasî parti kapatma davasına bakan mahkeme sıfatıyla", kendi norm denetimi gündemine taşıyarak vermiştir.

SPY'nin dava konusu 105. maddesi:

*"Kuruldukları tarihten itibaren aralıksız iki dönem Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimlerine katılmayan siyasî partiye, ikinci genel seçimin yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde Cumhuriyet Başsavcılığı'nca kapanma*

*kararı alması için yazılı tebliğatta bulunulur. Bu yazının tebliğinden itibaren üç ay içinde kapanma kararı alınmadığı takdirde, Cumhuriyet Başsavcılığı'nca açılacak dava üzerine Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla o siyasî parti kapatılır ..."*

düzenlemesini getirmekteydi.

Anayasa Mahkemesi, bu hükmü iptal ederken, Anayasa koyucunun, temel hak ve özgürlükler arasında öncelikli bir yere sahip olan "düşünceyi açıklama özgürlüğü" nün örgütlü bir biçimde yaşama geçirilmesinde önemli yere sahip olan siyasî partilere, mümkün olan en geniş anayasal güvenceyi sağlamayı amaçladığını ve bu özgürlüğün sınırlarını da, yine bizzat Anayasa'da göstermek yoluna gittiğini vurgulamıştır. Bir siyasî partinin ne zaman kapatılabileceğini belirten bu sınırlar ise, Anayasa'da; bir siyasî partinin tüzüğünün veya programının 68. maddenin 4. fıkrası hükümlerine aykırı bulunması veya söz konusu partinin, bu fıkra da sayılan eylemlerin işlendiği bir "odak" haline geldiğinin Anayasa Mahkemesi'nce tespit edilmesi ile, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan veya Türk uyruğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddî yardım alınması olarak saptanmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre; siyasî partilerin kapatılma nedenlerinin Anayasa'da tek tek sayılarak belirlenmiş olması, yasa koyucunun, bunlar dışında kalan bir nedenle siyasî partilerin kapatılması sonucunu doğuracak bir düzenleme yapamayacağı anlamına gelmektedir.

İşte bu gerçeklerin ışığında, SPY'nin dava konusu 105. maddesinde öngörülen kapatma sebebinin (aralıksız iki dönem TBMM genel seçimlerine katılmama) anayasal dayanağı bulunmadığına işaret eden Anayasa Mahkemesi, söz konusu düzenlemeyi iptal ederek, çoğulcu demokratik yaşam açısından son derece olumlu katkılar yapabilecek bir karara imza atmıştır.<sup>131</sup>

### **Temel Kanunların Görüşülme Yöntemi Hakkındaki Meclis İhtüzüğü Değişikliği**

Yasama meclisi içtüzükleri, yasama faaliyetlerinin yürütülmesinde ve ülkenin kaderini etkileyecek kararların alınmasında son derece

<sup>131</sup> Anayasa Mahkemesi'nin SPY'nin 105. maddesi hakkında verdiği iptal kararı için bkz., E. 2003/21, K. 2003/13, RG, 22.07.2003, S. 25176.

önemli bir rol oynayan ve demokrasinin temel prensiplerinin, her şeyden önce parlamentoların kendi bünyesinde hayata geçirilmesinin asgari ve vazgeçilmez şartını oluşturan hukuk metinlerdir. Oyle ki, meclis içtüzüklerinin taşıdıkları bu önem, onların, anayasa hukuku literatüründe “sessiz anayasa” olarak adlandırılmalarına yol açmıştır.<sup>132</sup>

Anayasa Mahkememiz de, kuruluşundan bu yana, TBMM’nin iç yapısını ve çalışmalarını düzenleyen TBMM İchtüzüğü’nün Anayasa’ya ve özellikle de Anayasa’da belirtilen demokratik ilkelere uygunluğu konusunda son derece hassas davranmış ve verdiği kararlarla, bu konuya önemli ölçüde katkıda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi’nin bu hassasiyeti, en son, TBMM İchtüzüğü’nün “özel yasama yöntemleri”ni düzenleyen 91. maddesi hakkında verdiği iptal kararında somutlaşmıştır. “Özel yasama yöntemleri” konusu, 1982 Anayasası döneminde ilk olarak 16.05.1996 tarih ve 424 sayılı Meclis kararı ile hukukumuzda girmiş ve bu kararla birlikte bir “temel yasalar” kategorisi oluşturularak, bu kategoriye giren yasaların görüşülmesinde uygulanacak yöntemlerin belirlenmesinde Genel Kurul yetkili kılınmıştır. Yasama Meclisi’nin karşı karşıya bulunduğu ağır iş yükü karşısında daha hızlı ve daha etkin çalışması amacıyla getirilen pek çok düzenlemeden biri olan bu hüküm, 07.02.2001 tarih ve 713 sayılı Meclis kararıyla bir kez daha değiştirilmiş ve “temel yasalar” kategorisinin yanına, bir de “yeniden yapılanma yasaları” kategorisi eklenerek, maddenin uygulama alanı daha da genişletilmişti.

Ne var ki, 713 sayılı Meclis kararının ilgili hükmü, Anayasa Mahkemesi tarafından, “temel yasa” kategorisinin meclis çalışmalarını düzenleyen kurallarda bulunması gereken belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özelliklerini taşımadığı ve yasama yetkisinin amacına uygun biçimde kullanılmasına elverişli olmayan bu normun, hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal edilmişti.<sup>133</sup>

<sup>132</sup> Tunaya, Tarık Zafer, *Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1975, s. 91-93; Özbudun, Ergun, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 222; Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2003, s. 60.

<sup>133</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 713 sayılı Meclis kararı hakkında verdiği iptal kararı için bkz., E. 2001/129, K. 2002/24 sayılı kararı. RG, 11.06.2002, S. 24789.

İşte, dava konusu 10.04.2003 tarih ve 766 sayılı Meclis kararı da, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı neticesinde doğan bu boşluğu doldurmak ve Meclis çalışmalarında halen ihtiyaç duyulan hız ve etkinliği sağlamak amacıyla, İçtüzük'ün 91. maddesini yeniden düzenlenmişti. Söz konusu karar ile yeniden düzenlenen İçtüzük'ün 91. maddesinin son haline göre:

*“Temel kanunların ve İçtüzüğü bütünü ile veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya tekliflerin Genel Kurul'da bölümler halinde görüşülmesine ve her bölümün hangi maddelerden oluşacağına, Hükümet'in, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulu'nun önerisi üzerine Genel Kurul'ca karar verilebileceği gibi, Danışma Kurulu'nda oybirliği sağlanamaması halinde siyasetî parti gruplarının önerisi üzerine Genel Kurul'ca üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun oyu ile de karar verilebilir. Bu takdirde bölümler, maddeler okunmaksızın ayrı ayrı görüşülür ve oylanır. Bölümler üzerinde verilen önergelerin kabulü halinde o bölüm kabul edilen önergeler ile birlikte oylanır.*

*Bölümlerin görüşülmesinde maddelerin görüşülmesine ilişkin hükümler uygulanır.”*

İşte Anayasa Mahkemesi, 29 Nisan 2003 tarihinde verdiği bir kararla, TBMM İçtüzüğü'nün 91. maddesini iptal etti ve yürürlüğünü durdurdu.<sup>134</sup> Mahkeme, kararında; özel görüşme ve oylama usullerinin yaygınlaşmasına neden olabilecek düzenlemelerin milletvekillerinin yasama etkinliklerine gereği gibi katılmalarına engel olacağını ve bu sebeple de demokratik hukuk devleti anlayışı ile bağdaştırılamayacağını; bu tür anayasal sorunlara neden olunmaması için de, özel görüşme ve oylama usullerine ilişkin esasların İçtüzük'te açıkça belirlenmesi gerektiğini vurguluyordu. Mahkeme'ye göre, İçtüzük'ün, yalnızca “temel yasalar”dan bahseden, ancak hangi yasaların “temel yasa” kapsamında değerlendirilebileceğine dair bir düzenleme getirmeyen dava konusu 91. maddesi, bu konuda gerekli açıklığı sağlamaktan uzaktı.

Bu kararın esas önemi -Anayasa Mahkemesi'nin Meclis çalışmaları hakkında daha önce vermiş olduğu kararlarla bir arada değerlendiril-

<sup>134</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 766 sayılı Meclis kararı hakkında verdiği iptal kararı için bkz., E. 2003/30, K. 2003/38, RG, 09.07.2003, S. 25163. Söz konusu düzenleme hakkında verilen yürürlüğü durdurma kararı içinse bkz., E. 2003/30, K. 2003/2 (Yürürlüğü Durdurma), RG, 01.05.2003, S. 25095.

diğinde- Mahkeme'nin, yasama işlevinin tam olarak yerine getirilmiş sayılması için aradığı koşulların neler olduğunu tespit etmemize yardımcı olmasıdır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi'nin yasama işlevinin tam olarak yerine getirilmiş sayılabilmesi için mutlak şekilde varlığını aradığı koşulların:

1. Yasa tasarıları ver teklifleri hakkında milletvekillerinin tatminkar biçimde bilgilendirilmesi ve bunun için yeterli tartışma olanağının sağlanması,
2. Yasa tasarıları ve tekliflerinin tüm maddelerinin görüşülmesi ve,
3. Yasa tasarısı ve teklifler hakkında tatminkar sayıda önerge verme hakkına sahip olunması şeklinde özetlenmesi mümkündür.<sup>135</sup>

### **Asker Gönderme ve Meclis'in Tatile Girmesi Hakkındaki Meclis Kararları**

Meclis çalışmaları konusuyla bağlantılı olarak, Anayasa Mahkemesi'nin 2001 ve 2002 yıllarında vermiş olduğu ve 2003 yılı başlarında *Resmi Gazete'* de yayımlanana iki karara da, bu başlık altında değinmek yerinde olacaktır.

Bilindiği gibi parlamentolar, yasama işlevlerini sürdürürken temel olarak iki tip hukukî araç kullanmaktadırlar. Bunlardan birincisi ve en yaygın olanı, "yasa" yapma yoludur. En genel tanımı ile yasalar; "yasa" adı altında ve yasaların kabulü için geçilmesi gereken yollardan geçerek oluşturulan hukuk normlarıdır. Ne var ki, parlamentoların tüm işlemleri, yasalardan ibaret değildir. Buna ek olarak, parlamentoların "parlamento kararı" şeklinde somutlaşan irade açıklamaları mevcuttur. Parlamento kararının tanımını yapmak oldukça güç olsa da, en kısa biçimiyle; "parlamentoların yasa yapma dışında kalan tüm işlemleri" şeklinde anlaşılabilirler. Parlamento kararlarının en yaygın örnekleri ise; parlamentoların kendi iç yapılarına ve çalışma düzenlerine ilişkin olarak aldıkları kararlardır (içtüzük değişikliği, toplanma ve tatile girme kararları gibi).

<sup>135</sup> Burada yer verilen üçlü çözümlenme ve Anayasa Mahkemesi'nin "özel yasama yöntemleri" konusundaki tutumunun kapsamlı bir değerlendirmesi ve eleştirisi için bkz., Ergül, Ozan, "Anayasa Mahkemesi'nin TBMM İçtüzük Değişikliğini İptal Kararı Işığında Özel Yasama Yöntemine Bir Bakış", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 4 (2002), s. 99-130 ve özellikle s. 114.

Türk Anayasa sistemi açısından parlamento kararlarının en önemli özelliği, kural olarak Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olmamalarıdır. Gerçekten, hukukî yapıları itibariyle tipik birer parlamento kararı olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi'nin denetim kapsamına giren İçtüzük değişikliğine ilişkin kararlar ile, yine Anayasa'da öngörülen bazı istisnai kararlar (milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması ve milletvekilliğinin düşürülmesi kararları gibi) dışında kalan diğer tüm parlamento kararları, Mahkeme'nin denetim yetkisi dışında kalmaktadır.

İşte Mahkeme'nin 2003 yılının hemen başında *Resmî Gazete'* de yayımlanan söz konusu iki kararı da, Anayasa Mahkemesi'nin bu alandaki denetim yetkisinin kapsamına ilişkin tavrının önemli örnekleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Değinen kararlardan ilki; 10.10.2001 günlü ve 722 sayılı "*Anayasa'nın 92 ve 117. maddeleri uyarınca Hükümete İzin Verilmesine Dair Karar*"-dır.<sup>136</sup> Söz konusu parlamento kararına karşı açılan davada, davacı yüz on üç milletvekili; 722 sayılı Parlamento kararının alınmasında yapılan bazı işlemlerin "*eylemli bir içtüzük değişikliği*" niteliğinde olduğunu ileri sürerek, anılan Parlamento kararının iptalini talep etmişlerdi.

<sup>136</sup> TBMM Genel Kurulu'nun iptali istenilen 10.10.2001 günlü, 722 sayılı kararı şöyledir (RG, 12.10.2004, S. 24551):

"Dostumuz ve müttefikimiz Amerika Birleşik Devletleri'ne 11 Eylül günü yöneltilen ve büyük can ve mal kaybına neden olan terörist saldırısı, dünyanın en güçlü devletinin bile terörizm tehdidi altında bulunduğunu göstermiştir.

Yıllardır terörizmin acısını duyan Türkiye Cumhuriyeti Devleti bu tehdidi azımsayan hatta görmezden gelen ülkeleri terörizmin tehlikeleri konusunda öteden beri uyarmakta idi.

Amerika Birleşik Devletleri'nin uğradığı ağır saldırı karşısında, şimdi, birçok ülke, terörizm afeti karşısında uluslararası dayanışmanın gerekliliğini kavramaya başlamıştır.

Bu bağlamda NATO Anlaşması'nın 5. maddesine işlerlik kazandırılmıştır.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nce alınan 1368 ve 1373 sayılı kararlar da dünyada terörizme karşı yaygın bir bilinçlenme sürecinin başladığını göstermiştir.

Terörizm karşısında Türkiye'yi her zaman desteklemiş olan Amerika Birleşik Devletleri'nin çağdışı terörist Taleban yönetimine karşı açtığı savaşta, Türkiye'yi yanında bulması doğaldır.

Amerika Birleşik Devletleri'nin terörizme karşı başlattığı "Sürekli Özgürlük Harekatı"nın başarıya ulaşması tüm insanlığın yararınaadır.

Bu harekatı İslama karşı bir eylem gibi göstermeye kalkışanlar, barış dini olan İslamın yüce değerleriyle çelişmektedirler.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, başlatılan mücadelenin kısa sürede ve yaygınlaşmadan başarıya ulaşması için, kendi olanaklarının elverdiği ölçü ve biçimde, her katkıyı yapmalıdır.



Davacıların iddiası, Anayasa Mahkemesi'nin daha önce verdiği kararlarında da değindiği bir hukuki kategoriye yollama yapmaktaydı. Anayasa Mahkemesi'ne göre; adı "içtüzük değişikliği" olmasa ve içtüzüklerin değiştirilmesi için gereken yöntemler uygulanmasa bile, değer ve etki bakımından birer içtüzük düzenlemesi niteliğinde olan Millet Meclisi kararları, Mahkeme'nin denetim alanına girmektedir.<sup>137</sup> Anayasa yargısı literatüründe "eylemli içtüzük değişikliği" olarak adlandırılan bu süreçler çerçevesinde Anayasa Mahkemesi, İçtüzük'ün bir kuralını değiştirme ya da İçtüzük'e yeni bir kural ekleme etkisi doğuran TBMM uygulamaları ve kararlarını İçtüzük kuralı saymakta ve dolayısıyla, bunları kendi denetim yetkisinin kapsamı içinde değerlendirmektedir.

İşte davacılar da, dava konusu karar ile, TBMM İçtüzüğü'nün 130. maddesinde yer alan ve "Anayasa'nın 92. maddesinin 1. fıkrası gereğince Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına" izin verme yetkisinin TBMM'ye ait olduğunu ve bu kararı uygulamakla görevli makamın da Cumhurbaşkanı olduğunu belirleyen normun, 722 sayılı TBMM kararı ile değiştirildiğini iddia ediyorlardı. Davacılar göre, bu karar ile aynı zamanda, anılan yetkinin belirsiz bir süre için ve bütünüyle Bakanlar Kurulu'na devredilmesi sebebiyle, İçtüzük'ün 130. maddesinde yer alan "belli bir süre için" kısıtlaması da fiilen ortadan kaldırılmış oluyordu.

Anayasa Mahkemesi ise, söz konusu başvuruya ilgili kararında:

*"İptali istenilen TBMM kararında, İçtüzük'ün değiştirilmesi yönünde prosedüre uygun bir teklif, istem veya irade bulunmadığı gibi; içeriği de gözetildiğinde kararın, açık veya eylemli bir İçtüzük düzenlemesi veya değişikliği olarak kabulü ile anayasal denetime tabi kılınması mümkün görülmemiştir.*

*Dava konusu kararın, İçtüzük'ün 129 ve 130. maddelerinde öngörülen kuralara aykırılığı nedeniyle, nitelik yönünden TBMM'nin anayasal denetimine*

---

Bu nedenle ve bu bağlamda, Hükümet, Anayasa'nın 92 ve 117. maddeleri uyarınca, gereği, kapsamı, sınırı, zamanı ve süresi Hükümet'çe belirlenmek üzere, terörizme karşı başlatılan sürekli özgürlük hareketi ve devamının icrası kapsamında Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ülkelere gönderilmesi, yabancı silahlı kuvvetler unsurlarının Türkiye'de bulunması ve Hükümet'çe verilecek izin ve belirlenecek esaslar çerçevesinde bu kuvvetlerin kullanılması için Hükümete izin verilmesi, Genel Kurul'un 10/10/2001 tarihli 5. birleşiminde kararlaştırılmıştır."

<sup>137</sup> Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı için bkz., E.1996/21, K.1996/15, RG, 19.06.1996, S. 22671.

*tabi olan kararları ile eşdeğerde olduğunun kabulü halinde, Anayasa'nın 85. maddesinde belirtilenler dışında kalan kimi kararlar da Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanı içine alınmış olur. Oysa Anayasa'nın 85. maddesinde, Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine tabi olan TBMM kararları sayılmış olup, bu tür yorumla bu sayılanlara ilave yapılmasında Anayasa'ya uyarlık yoktur."*

gerekçeleriyle başvuruyu reddetmiştir. Ancak, Mahkeme üyelerinden Haşim Kılıç, Yalçın Acargün, Sacit Adalı ve Ali Hüner, yazdıkları karşı oy gerekçesinde; Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında, yasama metnine verilen ismin anayasal denetimde tek ve yeterli ölçü olmadığı yazılı olduğuna, bu değerlendirmeyi yaparken yasama metninin kapsam ve özünün de göz önüne alınması gerektiğine, ismi "meclis kararı" da olsa, İktüzük değerinde, niteliğinde ve etkisinde olan yasama metinlerinin denetim konusu olması gerektiğine; aksi takdirde İktüzük etkisi doğuran TBMM kararlarının anayasal yargı denetiminden kaçırılması neticesinin doğacağına dikkat çekmiş ve dava konusu 722 sayılı Karar'da geçen "... gereği, kapsamı, sınırı, zamanı ve süresi hükümetçe belirlenmek üzere ..." ifadelerinin, hükümete süresi belirsiz bir yetki ve iznin vererek İktüzük'ün 130. maddesinin "eylemli olarak" değiştirdiğini ve bu sebeple de Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi gerektiğini savunmuşlardır.<sup>138</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin benzer nitelikteki bir başka kararı da, TBMM Genel Kurulu'nun 1.10.2002 günlü ve 746 sayılı "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Tatile Girmesine İlişkin Karar"ının bir İktüzük kuralı koyma niteliğinde olduğu iddiasıyla yüz on üç milletvekili tarafından açılan davada vermiş olduğu karardır.<sup>139</sup>

Davacılar, dava dilekçelerinde; TBMM'nin 1.10.2002 günlü ve 746 sayılı kararının alınmasında "işaretle oylama" yöntemine başvuruldu-

<sup>138</sup> Anılan karar ve karşı oy gerekçesi için bkz., E. 2001/424, K. 2001/354, RG, 04.02.2003, S. 25014.

<sup>139</sup> TBMM Genel Kurulu'nun iptali istenilen 1.10.2002 günlü, 746 sayılı kararı şöyledir (RG, 02.10.2002, S. 24894):

"Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, 3 Kasım 2002 Pazar günü yapılması kararlaştırılan Milletvekili Genel Seçimine ilişkin kesin sonuçların, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 37. ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İktüzüğü'nün 3. maddelerine göre, Yüksek Seçim Kurulu'nca Türkiye radyo ve televizyonlarından ilanını takip eden beşinci günü saat 15.00'de toplanmak üzere tatile girmesine, Genel Kurul'un 1.10.2002 tarihli 1. birleşiminde karar verilmiştir"

ğunu, oylama sonucuna ilişkin sayımların sağlıklı yapılmadığını, kaç üyenin kabul, ret ya da çekimser oy verdiğinin belli olmadığını; kararın Anayasa'nın 96. maddesinde öngörülen salt çoğunluk esasına aykırı olarak alındığını ve böylece bir eylemli içtüzük değişikliği yapılmış olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Anayasa Mahkemesi ise, söz konusu başvuru ile ilgili olarak verdiği kararda:

*"Anayasa'nın 96. maddesinde, Anayasa'da başkaca bir hüküm yoksa, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanacağı ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar vereceği, ancak karar yeter sayısının hiç bir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamayacağı hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın Geçici 6. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1973 tarihli Millet Meclisi İçtüzüğü'nün karar yeter sayısını düzenleyen 146. maddesinin 2. fıkrasında ise işaretle oylamada olumlu oyların olumsuz oylardan fazla olması halinde oya sunulan hususun kabul edilmiş, aksi halde reddedilmiş sayılacağı belirtilmiştir. Ancak, İçtüzüğün bu hükmünün, Anayasa'nın Geçici 6. maddesi uyarınca yeni içtüzük yapılıncaya kadar Anayasa'nın 96. maddesi ile çelişki yaratmayacak biçimde uygulanması gerektiğinde duraksanamaz. Bu bağlamda, işaretle oylama yöntemine göre alınan kararlarda kararı açıklayan oturum başkanının karar yeter sayısı bakımından Anayasa'nın 96. maddesinde öngörülen yeter sayı esasını gözetmekte olduğunun ve aksi saptanmadıkça kararın bu esaslara uygun olarak alındığının kabulü zorunludur.*

*Kaldı ki, İçtüzüğe aykırılığı ileri sürülen her uygulamanın da bir İçtüzük değişikliği olarak kabulü olanaklı değildir."*

diyerek, başvuruyu reddetmiştir.<sup>140</sup>

Bu iki kararın da gösterdiği üzere Anayasa Mahkemesi, TBMM kararlarının denetimi konusunda Anayasa ile çizilen sınırlara olabildiğince bağlı kalmaya çalışmakta ve bu konuda tipik bir "yargısal aktivizm" eğilimine girmekten özenle kaçınmaktadır. Bu durumda, önümüzdeki dönemde de, yasama organının kendisine tanınmış olan parlamento kararı alma yetkisini hukukun öngördüğü sınırların çok ötesinde ve kötüye kullanma eğilimine girmediği sürece, Anayasa Mahkemesi'nin

<sup>140</sup> Anılan karar için bkz., E. 2002/152, K. 2002/94, RG, 29.03.2003, S. 25063.

bu konudaki kontrollü tavrının devam edeceğini söylemek, kanımızca yanlış bir öngörü olmayacaktır.

### 285 Sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

Anayasa Mahkemesi'nin bu başlık altında değinmek istediğimiz son kararı, 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 425 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yeniden düzenlenen 7. maddesinin iptali hakkında açılan davada verdiği karardır.

Dava konusu 7. madde, 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Olağanüstü Hal Bölge Valisi'ne tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmayacağını hükme bağlıyordu. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi'nin, iptal istemiyle önüne getirilen 7. maddeyi Anayasa'ya uygunluk açısından denetlemeden önce çözmesi gereken sorun; 10.07.1987 tarihinde bir *"olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi"* olarak yayımlanan 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin -ve dolayısıyla, davaya konu olan değişik 7. maddenin- Anayasa'ya uygunluk açısından denetlenip denetlenemeyeceği sorunuydu.

Bilindiği gibi; Anayasa'nın 121 ve 122. maddelerinde düzenlenen olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin veya sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararnameler çıkarabilmektedir. Anayasa'nın 148. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde ise *"... olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmaz."* hükmü yer almakta; buna paralel olarak düzenlenen 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 19. maddesinde de *"Olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde Anayasanın 121 ve 122. maddeleri gereğince çıkarılan kanun hükmünde kararnamelere karşı şekil ve esas bakımından iptal davası açılmaz ve mahkemelerde Anayasa'ya aykırılık iddiası ileri sürülemez."* denilmektedir.

Bu pozitif düzenlemelere rağmen Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin denetim rejimi-

minden doğan bu boşluğu zaman içinde büyük ölçüde telafi edecek bir içtihat geliştirmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu konudaki içtihadını oluştururken, önceden beri benimsediği *“bir hukuk metninin niteliğini tayin ederken, bu metne, kendisini yapan organ tarafından verilen isimle bağlı olmama”* görüşünden hareket etmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi, bir olağanüstü hal veya sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesiyle karşılaştığında, öncelikle bu kararnamenin, *“gerçekten de bir olağanüstü hal veya sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesi”* olup olmadığını denetlemektedir. Mahkeme'nin bu denetlemeyi yaparken kullandığı temel ölçüt ise; bu kararnamelerin *“sınırlı ve geçici bir kapsam”*a sahip olup olmadıklarının ortaya çıkarılmasıdır. Daha açık bir ifadeyle; Anayasa Mahkemesi'ne göre olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri, yer (olağanüstü hal veya sıkıyönetimin geçerli olduğu bölge) ve zaman (olağanüstü hal veya sıkıyönetimin geçerli olduğu süre) bakımından sınırlı olup, aynı zamanda bu kararnamelerle normal kanunlarda herhangi bir değişiklik getirilmemesi gerekmektedir. Zira bu takdirde, bir olağanüstü hal veya sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesi, sınırlı ve geçici olma niteliğini kaybetmekte ve tüm ülke çapında ve belirsiz bir süre için uygulanma imkanına sahip olan normal bir kararname haline dönüşmektedir.

İşte Anayasa Mahkemesi, burada incelediğimiz 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 425 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 7. maddesini, yukarıda açıklanan kapsamın dışında kalan bir düzenleme olarak yorumlamıştır. Mahkeme'ye göre:

*“Anayasa'nın 121 ve 122. maddelerine göre çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanı dışında kalabilmesi için, yalnız isimlerinin farklı olması ve düzenlenmelerinin değişik usul ve esaslara bağlı tutulması yetmez, içeriklerinin de olağanüstü hal ve sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularla sınırlı tutulması gerekir. Bu nedenle, içeriğine bakılmaksızın sadece olağanüstü hal veya sıkıyönetimin devamı süresince özel bir usul uygulanarak çıkarıldığı ve buna bağlı olarak isimlendirildiği için bir KHK'nın bu tür düzenleyici işlem olduğu kabul edilemez.*

*Öte yandan, olağanüstü hal ve sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'na Anayasa'nın 121 ve 122. maddeleriyle tanınan KHK çıkarma yetkisi, kuşkusuz, sadece bu kurullarla değil Anayasa'nın konuya ilişkin diğer düzenlemeleriyle de sınırlıdır. Bu sınırların*

*aşılması durumunda söz konusu KHK'ların veya kimi kurallarının Anayasa'da 'Olağanüstü yönetim usulleri' bağlamında öngörülen kanun hükmünde kararname kapsamında değerlendirilemeyeceği, ancak Anayasa'nun 91. maddesine göre olağan KHK'ların hukuksal rejimine bağlı tutulabileceği açıktır."*

İşte bu gerçeklerin ışığında Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın "Yargı yolu" başlıklı 125. maddesinin 1. fıkrasında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunun ve altıncı fıkrasında da, kanunun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde "yürütmenin durdurulması" kararı verilmesini sınırlayabileceğinin belirtilmiş olması karşısında; idari işlemlere karşı "dava açma hakkının" hiçbir halde engellenemeyeceğini, bu nitelikteki bir düzenlemenin, Olağanüstü Hal Bölge Valisi'ne tanınan yetkilerin kullanılmasında ile ilgili idari işlemlere karşı dava açma hakkı ortadan kaldırarak Anayasa'nun olağanüstü yönetim usulleri bağlamında dahi öngörmediği bir yetkiyi kullandığını saptamıştır. Mahkeme'ye göre:

*"Bu durumda, itiraz konusu kuralın olağanüstü halle ilgili bir düzenleme olduğunun kabulü olanaklı bulunmadığından, olağan kanun hükmünde kararname kuralı olarak değerlendirilmesi gerekir."*

Bu yorumla birlikte Anayasa Mahkemesi, olağan bir kanun hükmünde kararname olarak değerlendirdiği dava konusu işlemin her şeyden önce bir "yetki yasası"na ihtiyaç duyduğunu belirlemiş ve işlemi, başkaca bir tartışmaya girmeksizin, salt bir yetki yasasına dayanmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir.<sup>141</sup>

## Seçimler ve Siyasi Partiler

Türkiye 2002 yılının sonlarında, 3 Kasım tarihinde, çok-partili siyasî hayata geçtikten sonra yaşadığı en kritik seçimlerden birini yaşadı. Ağır bir ekonomik ve siyasî krizin ardından yapılan 2002 seçimleri, bir çok açıdan yakın dönem Türk siyasî hayatının dönüm noktalarından biri

<sup>141</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 425 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 7. maddesi hakkında verdiği iptal kararı için bkz., E. 2003/28, K. 2003/42, RG, 16.03.2004, S. 25404. Anılan karara ilişkin başka bir değerlendirme için bkz., Ergül, Ozan, "Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri", "Yaşayan Anayasa" İnternet Sitesi: <[http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/yorum/aym\\_olaganustuhal.htm](http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/yorum/aym_olaganustuhal.htm)>

olarak nitelendirilmeyi hak ediyordu. Birincisi, bu seçimlerle birlikte, uzun zamandan beri ilk kez *“koalisyonlar cenneti”* olarak nitelendirilen Türkiye’de bir parti, tek başına iktidar olmayı başarıyordu. İkincisi, iktidara gelen Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP), MNP-MSP-RP-FP-SP çizgisindeki *“Milli Görüş”* temelli İslamî hareketin yeni bir aşamasını temsil ediyordu. Üçüncüsü, AKP’nin iktidara gelişi aynı zamanda Türk siyasetinde merkez sağda ve merkez solda büyük bir tasfiyenin başlangıcına işaret ediyordu. Siyaset bilimi açısından incelenmeye değer bütün bu özelliklerinin yanında 2002 seçimleri, Anayasa hukuku açısından da ilginç tartışmaları beraberinde getirmişti. Özellikle, seçim sonrasında ortaya çıkan başbakanlık koltuğuna kimin oturacağı meselesi Anayasa hukukçuklarının dahi cevap vermekte zorlandığı çetrefil sorunları içinde barındırıyordu.

### Siirt Seçimleri ve Recep Tayyip Erdoğan Olayı

Bilindiği gibi AKP Genel Başkanı Recep Tayyip Erdoğan, İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanı olduğu sırada, Siirt’te yaptığı bir konuşma nedeniyle, 21 Nisan 1998 tarihinde, Diyarbakır 3 Numaralı Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından on ay hapis ve 716.666-TL ağır para cezasına çarptırılmıştı. Mahkeme Erdoğan’ın, TCY’nin 312. maddesi çerçevesinde *“halkı din ve ırk farkı gözeterek düşmanlığa açıkça tahrik ettiği”*ne karar vermiş, Mahkeme’nin bu kararı Yargıtay 8. Dairesi tarafından 23 Eylül 1998 tarihinde onanmıştı. 21 Nisan 1999-24 Temmuz 1999 tarihleri arasında hapis cezasını çeken Recep Tayyip Erdoğan, Anayasa’nın 76, Milletvekili Seçimi Yasası’nın (MSY) 11 ve SPY’nin 11. maddeleri gereği milletvekili seçilme yeterliliğini kaybetmişti.<sup>142</sup> Dolayısıyla, 2002 seçimlerinde partisinin iktidara gelmesinde çok önemli bir rol oynayan, seçmenlerin önemli bir çoğunluğu tarafından desteklenen Recep Tayyip Erdoğan’ın anayasal ve yasal engeller dolayısıyla başbakanlık koltuğuna oturması mümkün görünmüyordu.

AKP yönetimi bu sorunu aşmak için öncelikle Anayasa’nın 109. maddesinin değiştirilmesi ve Erdoğan’ın milletvekili seçilmeden, dışarıdan başbakan olarak atanması formülü üzerinde durdu; ancak bu öneri kamuoyunda ve Parti içinde yeterince destek görmedi. Özellikle

<sup>142</sup> Bu konuda 2002 seçimleri öncesinde yaşanan gelişmeler için bkz., Gönenç-Ergül, *a.g.e.*, s. 13-84.

partinin etkili isimlerinden Mehmet Ali Şahin, bu değişikliğe karşı çıkan Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer ile sürtüşerek gerginlik yaratılmaması gerektiğini, Sezer'in reddedeceği, referanduma götüreceği bir düzenlemeyi yapmanın siyaseten doğru olmadığını ifade ediyordu.<sup>143</sup> 109. madde değişikliğine ilişkin tartışmalarda Cumhurbaşkanı Sezer'in, bu değişikliğin parlamenter sisteme zarar vereceği görüşünü savunduğu biliniyordu.<sup>144</sup>

109. madde değişikliği üzerinde anlaşma sağlanamaması üzerine, deyim yerindeyse, daha az "riskli" anayasal formüller üzerinde çalışılmasına karar verildi. AKP içinde bu tartışmalar yaşanırken Yüksek Seçim Kurulu (YSK), 03.12.2002 tarih ve 978 sayılı kararıyla Siirt'te yapılan seçimleri iptal ettiğini açıkladı. YSK, kararının gerekçesini 04.12.2002 tarihinde kamuoyuna duyurdu. Kararda; "Nedeni ister görevlilerin ihmali, ister köyde oluşturulan baskıya dayalı olsun, Doğan Köyü'nde 17, 18 ve 19 nolu sandıklarda sandık kurullarının fiili teşekkülü sağlanmamış, seçmenin iradesini sandığa yansıtmasına imkan verilmemiş, kişilerin en tabii hakkı olan seçme hakkı engellenmiş, seçim işlemi tam kanunsuzlukla sakatlanmıştır." ifadesine yer verildi.<sup>145</sup> Bu açıklama sırasında Kurul Başkanı Tufan Algan sorulan sorular üzerine Siirt seçiminin hangi esaslar çerçevesinde yapılacağına ilişkin bilgi verdi. Algan açıklamasında, Siirt'te yapılacak seçimi 3 Kasım 2002 tarihinde yapılan seçimlerin devamı olarak nitelendirdiklerini, bununla bağlantılı olarak yenilenecek seçimde % 10'luk Türkiye barajının uygulanacağını, 3 Kasım 2002 seçimlerindeki aday listelerinin geçerliliğini koruduğunu ve listelerdeki istifa veya başka bir sebeple boşalan adaylıkların yerine yenilerinin eklenebileceğini bildirdi.<sup>146</sup> Kurul'un bu değerlendirmeleri, daha sonra 02.12.2002 tarih ve 989 sayılı ilke kararında da yer aldı. Sonuç olarak YSK'nin bu iki kararı Siirt seçimlerinin ana hukukî çerçevesini de çizmiş oldu. Buna göre: (1) Siirt seçimi, 3 Kasım 2002 milletvekili genel seçimlerinin devamı ve tekrarı niteliğinde bir yenileme seçimidir; (2) Siirt seçimine, 3 Kasım 2002 milletvekili genel seçimlerine katılma yeterliğine sahip olan partiler katılabilir; (3) Geçerliğini koruyan işlemlerin tekrarına gerek yoktur; (4) 3 Kasım 2002 seçimlerine katılan bağımsız adaylar

<sup>143</sup> *Cumhuriyet*, 1 Aralık 2002.

<sup>144</sup> Bu konuda ana muhalefet partisi CHP'nin tutumu için bkz., yukarıda "Yürütme" Bölümü.

<sup>145</sup> RG, 08.12.2002, S. 24957.

<sup>146</sup> *Zaman*, 5 Aralık 2002.



dışında yeni bağımsız aday başvurusu mümkün değildir; (5) Seçmen listeleri güncelleştirilmeden kullanılacaktır; (6) Bu seçimde % 10 ülke barajı uygulanacaktır; (7) Siyasi partilerin aday listelerinde ölüm ve istifa gibi nedenlerle boşluk ortaya çıkması halinde, bu boşluk ilgili siyasi partiler tarafından önseçim dışındaki usullerle doldurulabilir.<sup>147</sup>

Ortaya çıkan bu durum karşısında, AKP yönetimi Recep Tayyip Erdoğan'ı başbakanlığa taşıyacak bir anayasa değişikliği paketi hazırladı. Zaten Siirt seçimlerine ilişkin itiraz AKP tarafından yapılmıştı ve partinin hukukçu kurmayları, iptal kararı çıkma olasılığını göz önüne alarak hazırlıklarını çoktan tamamlamışlardı. YSK kararının açıklanmasının hemen ardından TBMM'ye sunulan Anayasa değişikliği paketi iki aşamalı bir strateji üzerine kurulmuştu. Birincisi, Erdoğan'ın TBMM'ye girebilmesi ve dolayısıyla başbakan olabilmesi için milletvekili seçilme yeterliğini kazanması gerekiyordu. Bunu sağlayabilmek için Erdoğan'a uygulanan siyaset yasağının anayasal dayanağı ortadan kaldırıldı. Bilindiği gibi, 2002 değişikliği öncesinde, *"ideolojik ve anarşik eylemlere katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş"* olma, 1982 Anayasası'nın 76. maddesinde milletvekili seçilme yeterliğinin kaybedilmesine neden olan durumlar arasında sayılıyordu. Bu maddede geçen "ideolojik eylemler" ibaresi, kuşkusuz TCY'nin 312. maddesindeki eylemleri kapsıyordu. *"İdeolojik ve anarşik eylemler"* ibaresinin *"terör eylemleri"* ibaresiyle değiştirilmesiyle birlikte esas olarak ideolojik nitelikli düşünce açıklamalarını cezalandıran TCY'nin 312. maddesinden hüküm giyenlerin milletvekili seçilmelelerinin önündeki engel kaldırılmış oldu. Bir başka ifadeyle, ideolojik eylemlerden dolayı hüküm giyenin milletvekili seçilme yeterliğini ortadan kaldıran nedenler arasından çıkarılması, bu tür eylemlerden hüküm giyenlerin, bu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren milletvekili adayı olabilecekleri anlamına geliyordu. Dolayısıyla, bu değişikliğin yürürlüğe girmesinin ardından, YSK'nın yukarıda anılan kararları çerçevesinde, Siirt seçimlerine esas olacak aday listelerinde istifa veya başka bir sebeple boşalma olması halinde, Recep Tayyip Erdoğan gibi TCY'nin 312. maddesinden hüküm giyen bir kişinin de milletvekili adayı olabilmesi mümkün hale gelmişti.

<sup>147</sup> YSK'nın bu iki kararının geniş bir özeti ve değerlendirmesi için bkz., Kanadoğlu, Sabih, *Alaturka Demokrasi*, Arkadaş Yayınevi, Ankara, 2004, s. 285-305.

Bu planı gerçekleştirmek nispeten kolay görünüyordu. 3 Kasım 2002 seçimlerine katılan AKP Siirt ili milletvekili adayı istifa edecek, Recep Tayyip Erdoğan onun yerine aday olacak ve böylelikle Erdoğan yasama dönemi içinde TBMM'ye girme imkanına kavuşacaktı. Ancak bu planın işlenmesi, Erdoğan'ın seçilme yeterliğini etkileyen anayasal ve yasal engellerin seçim tarihine kadar kaldırılmasına bağlıydı. Özellikle "kişiyeye özel" hukukî düzenlemelere karşı olduğunu her fırsatta vurgulayan Cumhurbaşkanı Sezer'in veto olasılığı AKP kurmaylarını kaygılandırıyor. Bu yüzden anayasa değişikliği paketine her ihtimale karşı bir "B Planı" eklendi. Eğer Erdoğan Siirt seçimlerine kadar seçilme yeterliğine sahip olamazsa bu plan devreye sokulacaktı. Anayasa değişikliği paketine dahil edilen söz konusu bu hükümlerle, bir ilin veya seçim çevresinin TBMM'de üyesinin kalmaması halinde, boşalmayı takip eden doksan günden sonraki ilk Pazar günü ara seçim yapılacağı esası getiriliyordu. Bilindiği gibi Anayasa'nın ara seçimi düzenleyen 78. maddesi, ara seçimin yapılabilmesi için genel seçimlerin üzerinden otuz ay geçmesini şart koşuyordu; oysa henüz genel seçimlerin üzerinden üç ay geçmişti. "Otuz ay geçme" kuralının istisnası TBMM'de boşalan üyeliklerin sayısının üye tam sayısının % 5'ini bulmasıydı.<sup>148</sup> YSK'nın Siirt'te yapılan seçimi iptal etmesiyle birlikte TBMM üyeliklerinde boşalma olmuş; ancak boşalan üyeliklerin sayısı Anayasa'nın öngördüğü rakama ulaşmamıştı. Dolayısıyla, Anayasa'nın 78. maddesinin yürürlükteki haliyle Recep Tayyip Erdoğan'ın yasama dönemi içinde ara seçim yoluyla TBMM'ye girmesi mümkün görünmüyordu. Yapılan yeni düzenleme sayesinde, eğer Erdoğan Siirt trenini kaçırırsa, daha sonraki bir tarihte, AKP'nin "tulum çıkardığı" illerden birinde, tüm milletvekillerinin istifa etmesi ve anayasal bir zorunluluk olarak ara seçime gidilmesi söz konusu olabilecekti.

Erdoğan için, deyim yerindeyse, "ısmarlama" olarak yapılan bu değişiklikler Erdoğan'ın TBMM'ye girebilmesinin önündeki tüm engelleri kaldırmaya yetmiyordu. 1982 Anayasası'nın 67. maddesinde 2001 yılında yapılan değişikliğe göre, seçim kanunlarında yapılacak değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmayacaktı. Dolayısıyla, Recep Tayyip Erdoğan milletvekilliği seçilme yeterliğini kazansa bile, Erdoğan için yapılan düzenlemelerin uygulanabilmesi için bir yıl beklemek gerekecekti. Oysa AKP kadroları-

<sup>148</sup> Ara seçim konusunda bkz., Onar, Erdal-Gönenç, Levent, "1982 Anayasası'na Göre Ara Seçim", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 4 (2002), s. 1-40

nın amacı, bir an önce Genel Başkanları'nı TBMM'ye sokup başbakanlık koltuğuna oturtmaktı. Bu engel de Anayasa değişikliği paketinde yer alan geçici bir madde ile aşıldı. Bu maddeye göre TBMM'nin 22. dönemi içinde yapılacak ilk ara seçimde 67. maddenin yukarıda anılan hükmü uygulanmayacaktı.

Böylesine tartışmalı düzenlemeler içermesine ve Cumhurbaşkanı tarafından da veto edilmesine rağmen yukarıda anılan anayasa değişikliği paketi 31 Aralık 2002 tarihinde *Resmi Gazete*'nin 3. Mükerrer sayısında yayımlanarak yürürlüğe girdi.<sup>149</sup> Anayasa'da yapılan bu değişikliklere paralel olarak TBMM, 2 Ocak 2003 günü 4. Uyum Paketi olarak bilinen bir dizi yasa değişikliğini de kabul etti.<sup>150</sup> Bunlar arasında SPY, MSY ve Adli Sicil Yasası'nda yapılan değişiklikler, Anayasa değişikliğiyle milletvekili olma yolu açılan Recep Tayyip Erdoğan'ın işini daha da kolaylaştırıyordu. *Cumhuriyet Gazetesi*, haberi; "*Kişiyeye Uyumlu Paket Geçti*" başlığıyla veriyordu.<sup>151</sup> TBMM'de 4. Uyum Paketi'nin kabul edildiği gün Recep Tayyip Erdoğan'ın başbakanlık koltuğuna oturmasını garanti altına almaya yönelik bir başka düzenleme daha kabul edildi: 4779 sayılı "*Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*"un 1. maddesinde şu hükme yer verildi:

"Madde 1. 28.8.1999 tarihli ve 4454 sayılı *Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun*'un 2. maddesine aşağıdaki iki fıkra eklenmiştir.

<sup>149</sup> "Madde 1. 7.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 76. maddesinin 2. fıkrasındaki "ideolojik veya anarşik eylemlere" ibaresi "terör eylemlerine" şeklinde değiştirilmiştir.

Madde 2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 78. maddesine 4. fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki 5. fıkra eklenmiştir.

Yukarıda yazılı hallerden ayrı olarak, bir ilin veya seçim çevresinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde üyesinin kalmaması halinde, boşalmayı takip eden doksan gündün sonraki ilk Pazar günü ara seçim yapılır. Bu fıkra gereği yapılacak seçimlerde Anayasa'nın 127. maddesinin 3. fıkrası hükmü uygulanmaz.

Geçici Madde 1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 67. maddesinin son fıkrası, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 22. dönemi içinde yapılacak ilk ara seçimde uygulanmaz.

Madde 3. Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer ve halk oylamasına sunulması halinde tümüyle oylanır." (Kanun No: 4777; Kabul Tarihi: 27.12.2002)

<sup>150</sup> 4779 sayılı "*Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*" için bkz., RG, 11.01.2003, S. 24990.

<sup>151</sup> *Cumhuriyet*, 3 Ocak 2003.

*1. madde kapsamına giren bir suçtan dolayı mahkûmiyet hükmü alıp cezası infaz edilmiş olanlar da, bu Kanun'un yayımı tarihine kadar geçen süreyi 1. madde kapsamına giren kasıtlı bir cürümden dolayı yeniden mahkûm edilmeksizin geçirdikleri takdirde mahkûmiyet vaki olmamış sayılır.*

*Bu madde uyarınca mahkûmiyeti vaki olmamış sayılanların hakları üzerindeki yasaklamalar da kendiliğinden kalkar."*

Söz konusu Yasa'nın TBMM'de görüşülmesi sırasında özellikle muhalefet partisi milletvekilleri, Yasa'nın af yasası niteliği taşıdığı ve bu yüzden Anayasa'nın 87. maddesine uygun olarak 3/5 çoğunlukla kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş beyan etti.<sup>152</sup> Önüne geldiğinde, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer de benzer bir gerekçeyle Yasa'yı TBMM'ye bir kez daha görüşülmek üzere geri gönderdi. Ancak TBMM, Yasa'yı 4809 sayılı Yasa olarak, 6 Şubat 2003 tarihinde aynen kabul etti. Yasa, 10.02.2003 günlü ve 25020 Mükerrer sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girdi. Böylelikle "*Recep Tayyip Erdoğan Operasyonu*" "*B Planı*"na, yani ara seçim formülüne geçmeye gerek kalmadan uygulamaya konuldu.

Siirt seçimlerine ilişkin tartışmalar Recep Tayyip Erdoğan'ın adaylığı ile de sınırlı kalmadı. Bu konuda ortaya çıkan bir başka önemli tartışma, seçim takvimine ilişkindi. YSK, 03.12.2002 tarih ve 978 sayılı kararıyla Siirt'teki yenileme seçimlerinin 9 Şubat 2003 tarihinde yapılacağını açıklamış ve takvim buna göre işlemeye başlamıştı. Ancak AKP yönetimi, özellikle Cumhurbaşkanı'nın veto olasılığı karşısında gerekli yasal prosedürün bu tarihe kadar sonuçlandırılmayacağından endişe duyuyordu. Bu yüzden 4. Uyum Paketi'nin yasalaşma sürecinde, daha önce hükümet tasarısında yer almayan, komisyon çalışmalarında eklenen bir maddeyle MSY'nin 39. maddesinin 3. fıkrası değiştirildi. Buna göre, söz konusu fıkradaki; "*... herhangi bir nedenle bir seçim çevresinde seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde, yenilenme kararının Resmî Gazete'de ilanından sonraki altmışıncı günü takip eden ilk pazar günü seçimlerin yenileneceği tarihtir.*" şeklindeki düzenlemede yer alan altmış günlük süre, doksan güne çıkarıldı.

<sup>152</sup> Bu konuda TBMM'de yaşanan tartışmalar için bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Resmî İnternet Sayfası: <<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil1/bas/b017m.htm>>

TBMM'nin bu düzenlemeyi kabul etmesiyle eş zamanlı olarak YSK'nın yaptığı açıklama da kamuoyunda tartışma yarattı. YSK Başkanı Tufan Algan'a göre, TBMM tarafından Anayasa'nın 78. maddesinde yapılan değişiklik, ara seçimle ilgili bir düzenlemeydi; dolayısıyla burada, Anayasa değişikliğiyle ara seçimin yapılmasına ilişkin sürenin doksana güne çıkarılmasının Siirt seçim takvimine uygulanması mümkün değildi. Algan, MSY'nin 39. maddesinin 3. fıkrasının değiştirilmesi durumunda ise Siirt seçimlerindeki altmış günlük sürenin doksana güne çıkarılacağını beyan ediyordu. YSK Başkanı aynı açıklamasında hava koşulları sebebiyle Siirt seçimlerinin 9 Şubat yerine Mart ya da Nisan ayında yapılmasının da daha uygun olacağını da altını çiziyordu.<sup>153</sup> Algan, açıklamasında şu görüşlere yer verdi: *"Yasa değişirse takvim de değişir. Siirt'te hava şartlarıyla mücadele etmek zor. Şubat ayında yapılan seçim sağlıklı olmaz. Mart sonu veya Nisan daha uygun olur. Yoksa katılım oranı düşer. Biz Yasa'da değişiklik yapılmasına sıcak bakıyoruz."*<sup>154</sup> Algan'ın bu açıklamaları, özellikle muhalefet tarafından eleştiriliyor ve YSK, AKP'ye yol göstermek ve siyasî davranmakla suçlanıyordu. Sonuçta, 4. Uyum Paketi'nin 11.01.2003 tarihinde *Resmî Gazete*'de yayımlanmasıyla birlikte MSY'deki ilgili düzenleme yürürlüğe girmiş ve Siirt seçimleri 9 Mart tarihine ertelenmiş oldu.

Kuşkusuz bu tartışmalarda en çok dikkat çeken husus, Anayasa'nın 67. maddesindeki, seçim kanunlarında yapılacak değişikliklerin, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmayacağı şeklindeki kuralın göz ardı edilmiş olmasıydı. AKP kurmayları, hazırladıkları anayasa değişikliği paketinde 67. maddeyi askıya alan bir düzenlemeye yer vermişlerdi, ancak bu düzenleme, sadece yapılacak olası bir ara seçim için 67. maddedeki hükmün uygulanmamasını öngörüyordu. YSK'ye göre, Siirt seçimi bir ara seçim değil, bir yenileme seçimi olduğundan MSY'nin 39. maddesinde yapılan değişikliğin bu seçimde uygulanması, açıkça Anayasa'nın 67. maddesine aykırılık teşkil ediyordu. Bu husus ne AKP'nin, ne CHP'nin, ne de YSK'nın açıklamalarında yer almıştı. Daha da önemlisi, bu açık Anayasa'ya aykırılığa rağmen, seçimlerin yenilenmesi durumunda seçimlerin altmış gün yerine doksana gün sonra yapılacağını öngören değişiklik, ne iptal ne de itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilebilmişti.<sup>155</sup>

<sup>153</sup> *Cumhuriyet*, 3 Ocak 2003.

<sup>154</sup> *Milliyet*, 3 Ocak 2003.

<sup>155</sup> Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin YSK'yı mahkeme saymaması dolayısıyla seçim yasalarına ilişkin Anayasa'ya aykırılık iddialarının itiraz yoluyla Anayasa Mahke-

Siirt seçiminin tarihi kadar, seçimin niteliği de tartışmalıydı. Bu konuda iki farklı görüş savunuluyordu: Bir görüşe göre, Siirt seçimi 3 Kasım 2002 seçimlerinin devamı niteliğinde bir yenileme seçimi; bir diğer görüşe göre ise, ara seçim niteliğinde bir seçimdi. Siirt seçiminin niteliğinin belirlenmesi iki açıdan önem taşıyordu; ülke barajının uygulanıp uygulanmayacağı ve yeni aday gösterilip gösterilemeyeceği. Eğer Siirt seçimi 3 Kasım 2002 seçimlerinin devamı niteliğinde kabul edilecek olursa, ülke barajının uygulanması ve yeni aday gösterilememesi gerekiyordu. Bu seçimin ara seçim kabul edilmesi durumunda ise, bütün partiler seçimlere katılabilecek ve yeni aday gösterebileceklerdi. Bu noktada YSK'nın verdiği karar, tartışmaları davet edecek çelişkiler içeriyordu. YSK, yukarıda açıklandığı gibi, bu seçimde barajın uygulanacağına ve yeni aday gösterilebileceğine karar vermişti. Bu konuda anayasa hukukçuları şu görüşleri dile getiriyordu: Prof. Dr. Fazıl Sağlam:

*“Anayasa değişikliğinin ardından bu seçimin araseçim olarak yapılması zorunludur. Anayasa’da bir şehirden boşalma olması halinde araseçime gidileceği belirtiliyor. Anayasa’ya uyulmayacak mı? Yeni bir seçim yapılacak olması nedeniyle ülke barajının uygulanmaması ve bütün partilerin seçimlere katılması gerekir. Açık anayasa hükmü var. Sen ona ‘Hayır, bu araseçim değildir, eski seçimin devamıdır’ diyemezsin.”*

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu:

*“YSK, Siirt’te yapılacak seçimlerin yöntemine ilişkin doğru değerlendirme yapmadı. Yapılacak seçimin niteliği, genel seçimin devamı olup olmadığı, yapılacak seçime katılacak adaylar konusunda son derece tutarsız, çelişkili kararlar aldı. Erdoğan’ı Siirt’ten milletvekili yapmayı amaçlayan bir tavır çizdi. Siirt seçiminin bağımsız bir seçim olması gerekirdi. Genel seçimlerdeki barajın uygulanmadığı yeni bir seçim olmalıydı. Seçimin 3 Kasım’ın devamı olduğunu*

---

mesi önüne getirilmesinde hukukî bir imkansızlık olduğuna işaret etmek gerekir. Dolayısıyla Anayasa’ya aykırı seçim yasalarının hukuk hayatından çıkarılabilmesi için geriye bir tek iptal yolu kalmaktadır. Anayasa Mahkemesi’ne göre: “Başta Yüksek Seçim Kurulu olmak üzere seçim kurulları Anayasa’nın yargı bölümünde yer almadıkları gibi yargı organlarının sahip olması gerekli olan ve yukarıda sayılan anayasal niteliklerin tümüne de sahip değildirlen ... Seçimle ilgili uyuşmazlıkları kesin nitelikte olarak çözümlenmiş olmaları, Yüksek Seçim Kurulu’nun tümünün yüksek yargıçlardan bulunması, il ve ilçe seçim kurulu başkanların yargıç olmaları bu kurulların mahkeme olarak nitelendirilmeleri için yeterli değildir.” (E. 1992/12, K. 1992/7, Kt.: 18.02.1992).

*kabul ettik diyelim, o zaman da adayların değişmemesi gerekirdi. MSY'nin 25. maddesi çiğnenmiştir. Yeni aday belirlenmesine olanak tanınmıyor, bunun da Erdoğan'ı amaçladığı ayan beyan ortadadır. Altmış günlük takvimi işletmesi gereken YSK, Anayasa ve yasa değişikliklerini bekler bir hava içine girdi. Bu AKP lehine davrandığı görüntüsü veriyor.”<sup>156</sup>*

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu ise, 7 Ocak 2003 günü yaptığı açıklamayla bu tartışmayı bambaşka bir boyuta taşıdı. Kanadoğlu'na göre, Recep Tayyip Erdoğan Siirt seçimlerinde aday olamazdı. Kanadoğlu'nun ortaya koyduğu görüşler ve temel dayanakları şu şekilde özetlenebilir: YSK Siirt seçiminin 3 Kasım 2002 tarihinde yapılan seçimlerin devamı ve tekrarı niteliğinde olduğuna karar vermişti. Buna göre; a) MSY'nin 16. maddesi gereği, bir kimse aynı seçimde birden fazla seçim çevresinde aday olamaz veya aday gösterilemezdi. Dolayısıyla 3 Kasım seçimlerinde İstanbul'dan aday adayı olan ancak Kanadoğlu'nun itirazı üzerine YSK tarafından adaylığı reddedilen Recep Tayyip Erdoğan'ın Siirt'te yapılacak seçimde aday olması mümkün değildi; b) MSY'nin 25. maddesine göre: *“Aday listelerinin kesinleştiği tarihten oy verme günü saat 17.00'ye kadar ölüm veya istifa nedeniyle aday listelerinde meydana gelecek eksilmeler, listelerin tamamlanmasını gerektirmez. Ancak, aday listelerinde yukarıdaki nedenlerle boşalma olması halinde listedeki adaylar liste sırasına göre kaydırılmak suretiyle boşalan yerler doldurulur.”* Oysa YSK, Siirt seçiminde ölüm veya istifa olması durumunda yeni aday gösterilebileceğini açıklamıştı. YSK'nun bu kararı MSY'nin 25. maddesine aykırıydı; c) Siirt seçiminde yeni aday belirlenebileceği veya bildirilebileceği kabul edilmiş olsa dahi -bu seçim tekrar veya devam niteliğinde olduğu için- bu adayların 3 Kasım seçimlerine katılma yeterliliğine sahip olmaları gerekiyordu. Engel hallerin sonradan kalkması veya Anayasa ve yasalarda yapılan değişikliklerle adaylık yeterliliğinin kazanılmasıyla Siirt seçiminde aday olunması mümkün değildi. Başsavcıya göre, nasıl 1 Ocak 2003 tarihinde otuz yaşını dolduran bir yurttaşın Siirt ilinden aday olabilmesi mümkün değilse, 3 Kasım 2002 tarihinden sonra yapılan ya da yapılacak yasal değişikliklerle seçilme yeterliliğine kavuşan ya da kavuşacak olanların da Siirt ilinde yapılacak seçimde aday olabilmesi mümkün değildi.<sup>157</sup>

Kanadoğlu, 14 Ocak 2003 günü Memet Fadıl Akgündüz'ün adaylığı ile ilgili yaptığı açıklamada da bir önceki açıklamasındaki görüşleri tek-

<sup>156</sup> *Cumhuriyet*, 4 Ocak 2003.

<sup>157</sup> *Radikal*, 8 Ocak 2003.

rarladı. Kanadoğlu, YSK'nın, Siirt seçiminin iptal edilen 3 Kasım 2002 seçiminin yenilenmesi, devamı ve tekrarı olduğuna ilişkin ilke kararı bulunduğunu hatırlatarak, Siirt seçiminde aday olacakların 3 Kasım 2002 tarihinde seçilme yeterliliğine sahip olmaları ve 9 Mart 2003 tarihine kadar da bu yeterliliği korumaları gerektiğine işaret etti.<sup>158</sup>

Kanadoğlu'nun bu açıklamalarına YSK Başkanı Tufan Algan 8 Ocak 2003 günü yaptığı basın toplantısıyla yanıt verdi. Algan, 9 Mart'ta yenilenecek Siirt seçimlerine katılacak partilerin listelerinde ölüm, istifa veya kesinleşmiş mahkûmiyet kararlarıyla seçilme yeterliliklerini kaybedenlerin yerine yeni adaylar belirlenebileceğini söyledi. Algan, ayrıca son yapılan Anayasa ve yasa değişikliklerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna; *"Seçim öncesinin mi, yoksa seçimden sonra ortaya çıkan mevzuatın mı uygulanacağına, seçim takvimine göre, itirazlar yapıldığında karar verilir. Kanunların uygulama sistemi esas alınarak, hukuka uygun yapılandırma oluşturulacaktır."* şeklinde bir cevap verdi.<sup>159</sup> Böylece Recep Tayyip Erdoğan için milletvekilliği ve dolayısıyla başbakanlık yolu açılmış oldu.

Beklenildiği gibi 31 Ocak 2003 günü AKP Siirt ili birinci sıra adayı Mervan Gül adaylıktan çekildi ve Recep Tayyip Erdoğan 6 Şubat 2003 günü resmen aday oldu. Bu aşamada, YSK'nın bir başka aday hakkında verdiği bir karar, Erdoğan'ın adaylığı konusunda vereceği kararın da ipuçlarını ortaya çıkardı. YSK, 1 Şubat 2003 tarihinde verdiği kararla, 3 Kasım 2002 seçimlerinde İşçi Partisi Ankara 2. Bölge birinci sıra adayı Mehmet Bedri Gültekin'in 9 Mart 2003 Siirt seçimlerine ilişkin adaylık başvurusunu kabul etti. Böylelikle YSK ve MSY'nin: *"Bir kimse aynı seçim için birden fazla seçim çevresinde aday olamaz, aday gösterilemez ve seçilemez."* hükmünü içeren 16. maddesini uygulamamış oldu. Bu kararın ardından, 3 Kasım 2002 seçimlerinde İstanbul'dan aday adayı olan Recep Tayyip Erdoğan'ın da Siirt'ten aday olması durumunda YSK'nin bunu reddetmeyeceği şeklinde değerlendirmeler yapıldı.<sup>160</sup>

Recep Tayyip Erdoğan'ın adaylık başvurusunun ardından kamuoyunda Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu'nun Erdoğan'ın adaylığına itiraz edeceği beklentisi dile getirilmeye başlandı. Ancak Kanadoğlu, 17 Şubat 2003 tarihinde yaptığı yazılı açıklamayla daha önce ortaya koyduğu görüşlerini tekrarlamakla yetindi. Açıklamasında, ilgili yasalara atıf ya-

<sup>158</sup> *Zaman*, 15 Ocak 2003.

<sup>159</sup> *Milliyet*, 9 Ocak 2003.

<sup>160</sup> *Cumhuriyet*, 5 Şubat 2003.



pan Başsavcı, YSK'nin adayların durumlarını re'sen inceleyebileceğine dikkat çekti.

Erdoğan'ın adaylığına itiraz, Başsavcı tarafından değil, İşçi Partisi ve üç vatandaş tarafından yapıldı. İtirazları değerlendiren YSK, 20 Şubat 2003 tarihinde bu talepleri oybirliğiyle reddetti.<sup>161</sup> Kurul'dan yapılan açıklamada Anayasa'nın 76. ve MSY'nin 11. maddesinde yapılan değişikliklerin göz önüne alındığının altı çizildi. Böylece Recep Tayyip Erdoğan'ın adaylığı kesinleşmiş oldu.

Siirt seçimine toplam dört siyasî parti; AKP, CHP, İP ve TKP katıldı.<sup>162</sup> Yüz on dokuz bin yüz doksan sekiz kayıtlı seçmenden yetmiş üç bin altı yüz yirmi dördünün oy kullandığı bu seçimlerde AKP, oyların % 84.82'sini alarak bu ilden çıkarılacak olan üç milletvekilliğini de kazandı.<sup>163</sup> Siirt seçimlerinde, katılımın oldukça düşük olduğu gözlemlendi (% 61.77).<sup>164</sup>

Siirt seçimi öncesinde kamuoyunda, AKP'nin Anayasa Mahkemesi'nde görülmekte olan kapatılma davası çerçevesinde, Recep Tayyip Erdoğan'ın AKP Genel Başkanı olup olamayacağı meselesi de tartışıldı. Daha önce Anayasa Mahkemesi, Recep Tayyip Erdoğan'ın AKP kurucular kurulu üyeliğinden ihraç edilmesi gerektiğine karar vermişti.<sup>165</sup>

<sup>161</sup> YSK Erdoğan'ın adaylığına ilişkin kararını açıklamadan önce, şubat ayı başlarında olası bir Irak savaşının Siirt seçimlerini etkileyip etkilemeyeceği tartışıldı. Bu konuda TBMM Başkanı Bülent Arınç ve AKP Genel Başkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın açıklamaları için sırasıyla bkz., *Cumhuriyet*, 5 Şubat 2003; *Zaman*, 12 Şubat 2003.

<sup>162</sup> Özellikle SP yönetimi Siirt seçimlerine katılmama kararlarının gerekçesini açıklarken YSK'yi sert biçimde eleştirdi. Parti yöneticileri seçimlere katılımın YSK'nin çelişkili kararlarını onaylamak anlamına geleceğini ifade ettiler (*Milliyet*, 15 Ocak 2003).

<sup>163</sup> YSK'nın 212 sayılı kararı için bkz., *RG*, 12.03.2003, S. 25045-Mükerrer.

<sup>164</sup> Bölgede güçlü olan DEHAP boykot çağrısında bulundu. Bu çağrının seçime katılımın düşük olmasında katkısı olduğu söylenebilir, ancak buna rağmen bu partinin seçmen üzerinde amaçladığı etkiyi sağlayamadığı iddia edildi: "DEHAP, bütün iddiasına karşın tabanına hakim olamadı. "Tırnak kontrolü" de bir işe yaramadı. Zira seçmenlerin büyük bir kısmı, işaret parmağına vazelin sürerek oy kullanmaya gitmişti. Oy kullandıktan sonra parmaktaki vazelin silindiğinde boyanın da çıkması nedeniyle DEHAP'ın tırnak kontrolünden de geçmek kolay oldu. Kırsal alandaki DEHAP tabanı ise, iktidarın nimetlerinin cazibesine kapıldı. Ancak köydeki seçmene oranla daha politize olan kentli DEHAP'lılar, parti kararına uydular." (İlknur, Miyase, "DEHAP Tabanını Tutamadı," *Cumhuriyet*, 11 Mart 2003).

<sup>165</sup> Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu, 21 Ağustos 2001 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak, AKP kurucu üyesi ve Genel Başkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın milletvekilliğine seçilme yeterliliği bulunmadığı, dolayısıyla bir siyasî partinin kurucu üyesi olamayacağı gerekçesiyle AKP'ye ihtar verilmesini talep etmiş;

Erdoğan 17 Ekim 2002 günü kurucu üyelikten istifa etmiş, ancak genel başkanlıktan ayrılmamıştı. Bunun üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu, 23 Ekim 2002 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nde AKP'nin kapatılması istemiyle dava açmıştı. Başsavcı Kanadoğlu 9 Ocak 2003 günü Anayasa Mahkemesi'ne gönderdiği esas hakkındaki görüşünde, AKP yönetiminin Yüksek Mahkeme tarafından belirlenen süre içinde ihtar kararının gereğini yerine getirmediğine işaret etti. Kanadoğlu, Erdoğan'ın sadece partinin kurucular kurulu üyeliğinden ayrıldığına, genel başkanlığı sürdürdüğüne dikkat çekerek, AKP'nin hukuka karşı hile yaptığını iddia etti. 2001 yılında Anayasa'nın 67. maddesinde yapılan değişiklikle, ihtar kararlarına uymamanın parti kapatma nedenlerinden biri olmaktan çıkarıldığı yönündeki teze katılmadığını açıklayan Kanadoğlu, bu eylemin yaptırımsız kalması durumunda önemli hukukî sakıncaların ortaya çıkacağını bildirdi. Sonuç olarak Kanadoğlu, AKP'nin SPY'nin 104. maddesinin 2. fıkrasına göre kapatılması gerektiği görüşünü savunurken, AKP Genel Başkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın genel başkanlık görev ve yetkilerinin de tedbiren önlenmesine ilişkin talebinin de "ivedilikle" sonuçlandırılmasını istedi.<sup>166</sup>

Kanadoğlu'nun talebinin Anayasa Mahkemesi'ne bildirmesinden çok kısa bir süre sonra, 4. Uyum Paketi Cumhurbaşkanı tarafından onaylandı ve *Resmî Gazete'* de yayımlandı. Bu pakette yer alan üç önemli değişiklik, Başsavcı Kanadoğlu'nun kapatma davasındaki gerekçelerini geçersiz kıldı. Birincisi, SPY'nin 8. maddesi; "*Siyasî partiler, partiye üye olma yeterliğine sahip en az otuz Türk vatandaşı tarafından kurulur.*" şeklinde değiştirilerek kurucu üye olabilmek için "*partiye üye olma*" şartı yeterli sayıldı. İkincisi, SPY'nin, TCY'nin 312. maddesinden mahkûm olanların siyasî parti üyesi olamayacağına ilişkin 11. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinin (5) numaralı alt bendi değiştirilerek; "*Terör eyleminden mahkûm olanlar*"ın siyasî parti üyesi olamayacakları hükmü getirildi. Üçüncüsü -bir önceki değişikliğe paralel olarak- MSY'nin, TCY'nin 312. maddesinden mahkûm olanların milletvekili seçilemeyeceğine dair 11. maddesinin (f) bendinin (3) numaralı alt bendi değiştirilerek; "*Terör eylemlerinden mahkûm olanlar*"ın milletvekili seçilemeyecekleri hükmü getirildi. Buna ek olarak, söz konu-

Anayasa Mahkemesi de ihtar istemini 9 Ocak 2002'de sonuçlandırarak AKP'ye ihtar vermiş ve gerekçeli karar 19 Nisan 2002 tarihinde *Resmî Gazete'*de yayımlanmıştı (Anılan karar için bkz., E. 2001/8, K. 2002/9 (Siyasi Parti-İhtar), RG, 19.04.2002, S. 24731).

<sup>166</sup> *Milliyet*, 10 Ocak 2003.

su yasanın 12. maddesiyle SPY'nin 104. maddesinin 2. fıkrası; "Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümlere aykırılık görürse bu aykırılığın giderilmesi için ilgili siyasî parti hakkında ihtar kararı verir. Bu yazının tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde aykırılık giderilmediği takdirde, Cumhuriyet Başsavcılığı o siyasî partinin devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması için Anayasa Mahkemesi'ne re'sen dava açabilir." şeklinde yeniden kaleme alındı.<sup>167</sup> Bütün bu değişiklikler, kuşkusuz Anayasa Mahkemesi'nin kararını etkileyecek nitelikteydi. Nitekim Mahkeme, 22 Ocak 2003 tarihinde verdiği kararda Kanadoğlu'nun tedbir istemine ilişkin bir karar almaya gerek olmadığına karar verdi. Başkanvekili Haşim Kılıç, yaptığı açıklamada şu noktalara işaret etti:

*"Kurucu üyelikten ayrılması gerektiği konusunda ihtar kararı verildiğine göre ve bu ihtar kararı yerine getirilmiş olmasına rağmen kurucu üyeliğe bağlı olarak genel başkanlıktan da ayrılması gerekirdi. Ancak şu anda ayrılmamış olması, kişinin genel başkan olduğu anlamına gelmiyor. 'Zaten kurucu üyelikten ayrılmış olmakla genel başkanlığı sona ermiştir' şeklinde altı arkadaşımızın görüşü ve beş arkadaşımızın da 'Hayır, yeni yasal düzenlemeler karşısında bu tedbir talebinin reddedilmesi gerekir.' şeklindeki görüşüne karşılık çoğunlukla böyle bir karara varılmıştır."*<sup>168</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin kararının ardından olağanüstü toplanan AKP Kurucular Kurulu Recep Tayyip Erdoğan'ı yeniden genel başkanlığa seçti.

Recep Tayyip Erdoğan'ın AKP Genel Başkanı sıfatını taşıyıp taşımadığı tartışmasından sonra, 3 Kasım 2002 seçimlerinin iptal edilip edilmeyeceği tartışması kamuoyunu meşgul etmeye başladı. Bu seçimlerin iptal edilmesi gerektiğini savunanlar, Recep Tayyip Erdoğan'ın Anayasa Mahkemesi kararına göre seçim tarihinde Genel Başkan olmamasına rağmen seçimlerde kullanılan oy pusulalarında isminin AK Parti Genel Başkanı olarak yer aldığına dikkat çekiyordu. YSK, 25 Ocak 2003 tarihinde açıkladığı kararında, oy pusulalarına parti genel başkan adlarının Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan alınan bilgi doğrultusunda yazıldığı, o günkü hukukî duruma göre Anayasa Mahkemesi'nin herhangi bir tedbir kararı bulunmadığına işaret etti. Sonuç olarak YSK, o günkü hukukî duruma göre seçim iş ve işlemlerinin tamamlanmış

<sup>167</sup> 4778 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" için bkz., RG, 11.01.2003, S. 24990.

<sup>168</sup> Cumhuriyet, 23 Ocak 2003.

olduğunu belirttikten sonra, Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümeyeceğini hatırlattı ve seçimlerin iptali istemini reddetti.<sup>169</sup>

### Mehmet Fadıl Akgündüz Olayı

3 Kasım 2002 seçimlerinden 2003 yılı Anayasa gündemine devreden bir başka önemli tartışma Jetpa Holding A. Ş. Yönetim Kurulu Başkanı Mehmet Fadıl Akgündüz'ün milletvekilliğine ilişkin tartışmaydı. 2002 seçimleri öncesinde, Akgündüz'ün Siirt'ten bağımsız milletvekili adayı olacağı haberleri basında yer almıştı. Kamuoyunda "Jet Fadıl" olarak tanınan Akgündüz yurtdışında bulunmakta ve dolandırıcılık ve kara para aklamak gibi suçlardan "kırmızı bülten"le aranmaktaydı. Hakkında giyabi tutuklama kararı bulunan Akgündüz'ün Türkiye'ye giriş yapması durumunda tutuklanması söz konusu olacaktı. Bu yüzden Akgündüz, milletvekili adaylık başvurusunu şahsen değil özel vekaletname verdiği avukatı aracılığıyla yaptı. Siirt İl Seçim Kurulu, Akgündüz'ün avukatının yaptığı başvuruyu reddetti. Bunun üzerine Akgündüz'ün avukatı YSK'ya başvurdu. YSK'nın itirazı kabul etmesinin ardından Memet Fadıl Akgündüz, memleketi Siirt'ten bağımsız milletvekili adayı oldu.

Bütün bu gelişmeler yaşanırken hukukçular ve Anayasa hukukçuları arasında Akgündüz'ün vekalet kullanarak başvuruda bulunup bulunamayacağı tartışılmaya başlandı. Bu konuda YSK'nın daha önce verdiği iki kararda adayların bizzat başvurmaları gerektiği hükme bağlanıyordu.<sup>170</sup> Bu noktadan hareket eden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu YSK'nın konuyu tekrar incelemesi için başvuruda bulundu. Ancak YSK 26.09.2002 tarih ve 673 sayılı kararıyla Kanadoğlu'nun talebini reddetti. Kurul, bu kararında şu ifadelere yer veriyordu: "*Anayasa ve yasalarda milletekili adaylığı için bizzat başvuru zorunluluğunu öngören bir kural olmadan, Mehmet Fadıl Akgündüz'ün Anayasa'nın 67. maddesinde öngörülen seçme, seçilme ve siyasî faaliyette bulunma haklarının ilke kararı ile kısıtlanmasının olanaklı olmadığı sonucuna varılmıştır.*"<sup>171</sup> Sonuçta, adaylığı önünde herhangi bir engel kalmayan Akgündüz 3 Kasım 2002 seçimlerinde Siirt'ten bağımsız milletvekili seçildi.

<sup>169</sup> *Milliyet*, 26 Ocak 2003.

<sup>170</sup> Bkz., YSK'nın 29.10.1995 tarih ve 338 sayılı kararı ile 24.09.2002 tarih ve 472 sayılı kararı.

<sup>171</sup> Kanadoğlu, *a.g.e.*, s. 316.

Akgündüz milletvekili seçildikten sonra, kişiliği, geçmişi ve milletvekilliği konusundaki tartışmalar devam etti. Basında ve kamuoyunda, Akgündüz'ün yasama dokunulmazlığı zırhından faydalanarak, hakkında yürümekte olan davalardan kurtulmaya çalıştığı iddia edildi. Bu tartışmalar yaşanırken, Bakırköy 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 28 Mart 2002 tarihli kararına ilişkin önemli bir gelişme yaşandı. Mahkeme, Akgündüz'ü Sermaye Piyasası Yasası'na aykırı eyleminden dolayı 2 yıl hapis ve 750.000.000 TL ağır para cezasına mahkum etmişti. Karar, müdahil Sermaye Piyasası Kurulu vekili ve sanık vekili tarafından temyiz edilmiş ve bunun üzerine dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gelmişti. Dosyayı inceleyen Başsavcısı Kanadoğlu, Akgündüz'ün, Anayasa'nın 83. maddesinin 2. fıkrası gereği yasama dokunulmazlığına sahip olduğunu ve dolayısıyla yargılanamayacağını bildirdi. Bu durum karşısında Kanadoğlu, 19.11.2002 tarihli yazısıyla Adalet Bakanlığı'ndan Akgündüz'ün dosyasının Başbakanlık aracılığıyla TBMM'ye sunulmasını ve yasama dokunulmazlığının kaldırılmasını talep etti. Dosya TBMM'ye ulaştı ancak tam bu aşamada YSK Siirt seçimini iptal etti. YSK kararının *Resmî Gazete* yayımlanmasıyla birlikte Akgündüz'ün milletvekilliği sona erdi ve dolayısıyla da dokunulmazlığı kalktı.

YSK kararını ardından Akgündüz hakkındaki gıyabi tutuklama kararı vicahiye çevrildi ve cezaevine kondu. Bu arada Bakırköy 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nde görülmekte olan ve taraflar tarafından temyiz edilen dosya, Yargıtay 7. Ceza Dairesi'ne yollandı. Yargıtay 7. Ceza Dairesi 27.12.2002 tarihli kararıyla Bakırköy 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin kararını onadı.<sup>172</sup> Böylece Akgündüz hakkındaki iki yıl hapis ve 750.000.000 TL ağır para cezası kesinleşmiş oldu. Hakkındaki hapis cezasının kesinleşmesiyle birlikte Mehmet Fadıl Akgündüz, milletvekili seçilme yeterliğini de kaybetti.

Akgündüz, cezaevine konulduktan sonra "*hukuk mücadelesine*" (!) devam etti: Akgündüz önce Siirt seçimlerinin yenilenmesine ilişkin YSK kararına itiraz etti, ancak YSK, bu itirazı, kararlarının kesin olduğu gerekçesiyle reddetti; daha sonra Akgündüz, milletvekilliği tutanaklarının iptaline ilişkin YSK kararının Meclis Genel Kurulu'nda okutulması işleminin yeni bir içtüzük ihdası niteliğinde olduğunu savunarak işlemin iptali ve yürütmenin durdurulması talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurdu; Mahkeme, iptal istemini "*görevsizlik*" gerekçesiyle reddetti.

<sup>172</sup> *Hürriyet*, 31 Aralık 2002.

Bu kez Akgündüz 14 Ocak 2003 tarihinde avukatları aracılığıyla Siirt İl Seçim Kurulu'na bağımsız adaylık başvurusunda bulundu. Bunun üzerine, yukarıda değindiğimiz gibi, aynı gün Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu yazılı bir açıklama yaparak, Siirt seçiminde aday olacakların 3 Kasım 2002 seçimlerinde milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olmaları ve 9 Mart 2003 tarihine kadar bu yeterliliği korumaları gerektiğine işaret etti. Akgündüz'ün adaylık başvurusu 20.01.2003 tarihinde YSK tarafından reddedildi. Böylece Memet Fadıl Akgündüz'ün "*milletvekilliği macerası*" da sona ermiş oldu.

### DEHAP Olayı

3 Kasım 2002 seçimleri öncesinde kamuoyunu meşgul eden konular arasında DEHAP'ın seçime girme yeterliliğinin olup olmadığı ve seçimler sonrasında YSK ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı arasında yaşanan polemik Anayasa hukuku açısından ilginç tespitler içermektedir.

3 Kasım 2002 seçimleri öncesinde, 27 Eylül 2002 tarihinde Milliyet Gazetesinde yayımlanan bir haber, DEHAP'ın Anayasa Mahkemesinde kapatılma istemiyle yargılanmasına kadar gidecek olan hukukî sürecin başlangıcı oldu. Tolga Şardan ve Gökçer Tahincioğlu imzalı söz konusu haberde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu'nun DEHAP'ın kaç ilde örgütlendiğini incelemeye aldığı iddia ediliyordu.<sup>173</sup> Aslında bu haber gerçeği yansıtmıyordu. Daha sonra Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu bu gelişmelere değindiği kitabında, İçişleri Bakanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü'nden DEHAP'ın örgütlenme durumunu sormadığını belirtiyordu. Buna rağmen Başsavcı, haberi yasa gereği suç ihbarı kabul edip hukukî süreci başlattığını da ekliyordu.<sup>174</sup>

YSK 02.08.2002 tarih ve 441 sayılı kararıyla DEHAP'ın 3 Kasım 2002 seçimlerine katılabileceğini ilan etmişti. Ancak YSK'nın bu kararına rağmen, karardan yaklaşık iki ay sonra yayımlanan yukarıdaki gazete haberi, DEHAP'ın seçimlere katılma yeterliliğinin olup olmadığının tartışılması gerektiğini göstermektedir.

<sup>173</sup> Haberde şu ifadeler yer verilmişti: "Yargıtay seçime girerken kapatılması tartışılan HADEP'in, EMEP ve SDP'yle birlikte çatısına girdiği DEHAP'ın örgütlenmesini incelemeye aldı. İlk incelemede partinin seçime girebilmek için aranan kırk bir ilde örgütlenme şartını yerine getiremediği anlaşıldı. İncelemelerin sürdüğü, çıkacak sonuçlara göre Yargıtay'ın Yüksek Seçim Kurulu'na başvurabileceği kaydedildi." (Milliyet, 27 Eylül 2002)

<sup>174</sup> Kanadoğlu, *a.g.e.*, s. 49.

şılmasına neden oldu. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu konuyla ilgili başlattığı inceleme neticesinde Emniyet Genel Müdürlüğü, valilikler ve il seçim kurullarından gelen bilgiler doğrultusunda, DEHAP'ın, Seçimlerin Temel Hükümlerine İlişkin Yasa'nın 14 ve SPY'nin 36. maddelerinde yer alan "seçimden en az altı ay önce illerin en az yarısında örgütlenmiş olma" şartını yerine getirmedeği sonucuna vardı.

Edindiği bu bilgiler çerçevesinde Kanadoğlu, 6 Ekim 2002 tarihinde YSK'ye başvurarak DEHAP'ın durumunun yeniden değerlendirilmesini istedi. YSK, konuyla ilgili olarak, biraz gecikmeli de olsa kamuoyunda büyük tartışma yaratan kararını 15 Ekim 2002 tarihinde verdi. YSK Başkanvekili kararı kamuoyuna açıklarken, seçim sürecinin işlemeye başladığını, seçim iş ve işlemlerinin kesinleşmiş olduğunu, bu partinin seçimlere girmesine ilişkin herhangi bir itiraz olmadığını, dolayısıyla artık bu aşamada söz konusu partinin seçimlere girmesi için bir engelin varlığından söz edilemeyeceğini ifade ediyordu. Başsavcı Kanadoğlu ise, 16 Ekim 2002 tarihinde yaptığı basın açıklamasında, bu durumun, seçim hukukunda "tam kanunsuzluk" olarak nitelendirilen bir durum olduğunu, dolayısıyla ihbar, itiraz, şikayet veya herhangi bir süreye bağlı olmaksızın YSK tarafından res'en incelenmesi gerektiğini bildiriyordu. İlginçtir, bu basın açıklamasında sonra YSK, 17 Ekim 2002 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılığı'na ilettiği gerekçeli kararında, kararının dayandığı gerekçeyi değiştiriyor ve hukuken geçerli somut bilgi ve belgenin bulunmaması dolayısıyla Kanadoğlu'nun talebinin reddedildiğini belirtiyordu.

DEHAP, bütün bu tartışmalar sürerken 3 Kasım 2002 seçimlerine katıldı ve seçmenlerin % 6,23'nün oyunu almayı başardı. Ancak bu oy oranıyla % 10 ülke barajının altında kaldığı için TBMM'ye girme şansını elde edemedi. DEHAP TBMM'ye girememesine rağmen, yeni oluşan TBMM'nin meşruiyeti konusundaki tartışmaların odağında yer aldı.

20 Ocak 2003 tarihinde resmi belgelerde sahtecilik yaptıkları suçlamasıyla DEHAP yöneticileri hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından dava açıldı. 13 Mart 2003 tarihinde ise, Cumhuriyet Başsavcısı Kanadoğlu, söz konusu partinin temelli kapatılması istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurdu. Ayrıca Kanadoğlu, 29 Nisan 2003 tarihli ek iddianameyle; Parti'nin, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne aykırı eylemlerin geldiğini ileri sürerek yeni bir dava daha açtı.<sup>175</sup>

<sup>175</sup> Kanadoğlu, a.g.e., s. 60.

Anayasa Mahkemesi'nde birleştirilen söz konusu bu davalar hakkında, bu çalışmanın kaleme alındığı tarih itibariyle, henüz Mahkeme'den bir karar çıkmadı.

Resmi belgelerde sahtecilik suçlamasıyla Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından açılan dava ise 26 Haziran 2003 tarihinde sonuçlandı. Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesi DEHAP yöneticilerini, resmi belgelerde sahtecilik yaptıkları gerekçesiyle birer yıl on birer ay onar gün ağır hapis cezasıyla cezalandırdı. Yargıtay 6. Ceza Dairesi de, söz konusu kararı 29.09.2003 tarihinde onayladı. Böylece DEHAP yöneticilerinin 3 Kasım 2002 seçimleri öncesinde resmi evrakta sahtecilik yaparak seçimlere katıldıkları kesinleşmiş oldu.

Bu kararın ardından seçimlerin iptali ve oy barajının yeniden hesaplanıp milletvekillerinin tahsis edilmesi konusunda YSK'ye onlarca başvuru yapıldı. YSK 4 Ekim 2003 tarihinde yaptığı toplantıda bu başvuruları değerlendirdi. Ancak bu başvuruları değerlendirmeden önce, Kurul, seçim hukuku açısından ilginç bir meseleyi karara bağladı. Seçimlerin iptali tartışması sürerken, YSK Başkanı Tufan Algan "Seçimler iptal edilirse kaos doğar" şeklinde açıklamalar yapmıştı. Bunun üzerine, YSK'ye yapılan başvurularda, Başkan'ın bu açıklamalarının "ihsas-ı rey" niteliğinde olduğu ve Kurul'dan çekilmesi istemleri yer aldı.<sup>176</sup> Kurul "YSK, mahkeme olmadığı için reddi hakim talebinde bulunulamaz" gerekçesiyle bu istemleri oybirliğiyle reddetti.<sup>177</sup> YSK, 04.10.2003 tarih ve 832 sayılı kararının gerekçesini 24.10.2003 tarihinde açıkladı. Kararda, SPY'ye göre siyasi partilerin kurulmaları ve teşkilatlanmalarına ilişkin belgelerin Yargıtay Başsavcılığı'nca tutulduğu, YSK'nin partilere ilişkin araştırma yapma görevi bulunmadığı, Başsavcılık'ın DEHAP'ın altmış üç ilde örgütlendiğini bildirmesi üzerine, Kurul'un DEHAP'ın da aralarında bulunduğu yirmi üç partinin 3 Kasım 2002 seçimlerine girmeye hak kazandığını karara bağladığı, bu karara karşı süresinde itiraz ve şikayet olmadığı ifade edildi. Kararda şu görüşlere verildi:

*"Anayasa ve seçim yasaları gereğince seçimlerin başlamasından bitimine kadar seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, bu süreç içerisinde seçim iş ve işlemlerine yönelik her türlü şikayet ve itirazları son merci olarak karara bağlamakla görevli ve yetkili kurumumuz, bu görevlerini ifa ederek 22. Dönem Milletvekili Genel Seçimini*

<sup>176</sup> Cumhuriyet, 5 Ekim 2003.

<sup>177</sup> Milliyet, 5 Ekim 2003.



sonuçlandırmış, böylece, seçim sürecindeki seçim öncesi, seçim günü ve seçim sonrası işlemleri nihayet bulmuş, bundan sonra yapılacak her türlü itiraz ve şikayet sürelerinin geçmiş olduğuna karar verilmiştir.”<sup>178</sup>

Karara muhalif kalan YSK Başkanvekili Ahmet Hamdi Ünlü ise, seçim esasları ile seçimin dürüstlüğüne sakatlayacak tam kanunsuzluk hallerinin tümünün önceden belirlenip Anayasa ve yasada sınırlı olarak sayılmasının olanaksız olduğunu, YSK'nin önüne gelen her şikayet ve itirazda, şikayet ve itiraz konusu olayı değerlendirmesi ve seçim sonuçlarını etkileyecek bir kanunsuzluk hali olup olmadığını saptaması gerektiğini, seçim iş ve işlemleriyle ilgili yolsuzlukların ve sahtekarlıkların kısa sürede ortaya çıkması ve kanıtlanmasının çoğu zaman mümkün olmadığını belirterek karara muhalif kaldı. Ünlü, karşı oy yazısında:

*“Anayasa ve yasal bir sınırlama öngörülmediği halde, şikayetleri inceleme ve karara bağlama süresinin sınırsız olduğunun kabul edilemeyeceği de tartışmasızdır. Burada gelecek seçime kadar olan dönem makul süre olarak düşünülebilir ise de bu dönem sona erdikten sonra dahi seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzluklara ilişkin şikayetlerin incelenip bir tespit kararı verilmesi zorunlu bulunmaktadır.”* görüşüne yer verdi. Ünlü, karşı oy gerekçesini şu şekilde sonuca bağladı:

*“Seçmen yeterliliğini haiz her vatandaşın oyunu kullanmak suretiyle ülke idaresine katılması, demokrasinin temel şartıdır. Bu şartın gerçekleşmesi de vatandaşın iradesinin emniyetli ve dürüst bir seçim ortamında oy sandığına yansımaya bağlıdır. Anayasa'nın 138. maddesinde bağlayıcılığı vurgulanan mahkeme kararıyla, oy pusulasında isminin yer almaması ve seçimlere katılmaması gerektiği ortaya çıkan DEHAP'ın seçimlere katılması, dürüst seçim ilkesini zedeleyip seçmenin yanıtılmasına sebep olduğu gibi, seçim sonuçlarının mutlak olarak etkilemiş ve bu haliyle yasa ve Anayasa'da öngörülmeyen bir 'tam kanunsuzluk' hali ortaya çıkmıştır. Nitekim YSK, geçmişte çeşitli nedenlerle yasallığına gölge düşen bazı seçimlerin iptaline karar vermiştir. Bu nedenlerle mahkeme kararıyla kanıtlanan ve seçimden sonra ortaya çıkan tam kanunsuzluktan ötürü genel seçimin iptaline karar verilmesi gerektiği görüşümdedir.”*<sup>179</sup>

<sup>178</sup> Cumhuriyet, 25 Ekim 2003.

<sup>179</sup> Radikal, 24 Ekim 2003.

## 28 Mart 2004 Yerel Seçimleri

3 Kasım 2002 seçimlerine ilişkin tartışmalar henüz son bulmadan 28 Mart 2003'te yapılacak yerel seçimlere ilişkin tartışmalar anayasa gündemini meşgul etmeye başladı. Bu seçimler, 3 Kasım 2002 seçimlerinden zaferle çıkan AKP'nin seçmen desteğini sınamak; 2002 seçimlerinde yenilgiye uğrayan partiler açısından ise seçmen desteğini yeniden kazanmak için bir fırsat olarak görülüyordu. İktidardaki ve muhalefetteki tüm siyasî partilerin büyük önem verdiği bu seçimler öncesinde esas olarak üç konu tartışıldı: AKP iktidarına avantaj sağlayan yasaların kabul edilmesi, hangi siyasî partilerin seçime katılabileceği konusu ve sol partiler arasındaki ittifak arayışları.

### 1. AKP İktidarına Avantaj Sağlayan Yasaların Kabulü Meselesi<sup>180</sup>

TBMM, 11 Aralık 2003 tarihinde, "3030 sayılı Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"u görüşerek kabul etmişti. Temel olarak, büyükşehir belediyelerinin sınırlarının yeniden belirlenmesini (ve bu anlamda büyük ölçüde genişletilmesini) hedefleyen 5019 sayılı Yasa, bu amaçla, düzenleme kapsamına giren illerin nüfusu baz alınarak, söz konusu illerdeki büyükşehir belediyelerinin yetki alanlarının, ait oldukları illerin sınırlarına eşlenmesini veya 50, 30 ve 25 km. yarıçaplı daireler çizilerek tespit edilmesini öngörmekteydi. Bu düzenlemeye bağlı olarak da Yasa, sınırları genişleyen büyükşehir belediyelerinin altında, "ilçe belediyeleri" ve "ilk kademe belediyeleri" kurulmasını ve çizilen yarıçap içinde kalan köylerin de "mahalle"ye dönüştürülmesini emreliyordu.

Çağdaş şehircilik ilkelerine ve kaynakların etkin kullanımına katkı sağlayacağı iddia edilen bu düzenlemelerin teknik açıdan uygunluğu ve farklı ihtiyaçları olan büyükşehirlerin hizmet gereklerini karşılamaya elverişli olup olmadığı üzerindeki tartışmalar bir yana, düzenleme, Anayasa hukuku açısından da ilginç bazı meseleleri gündeme taşıyordu.

Özellikle, teklifin ilk halinde ve komisyonda kabul edilen şekilde yer almayan; "Bu Kanun'un yürürlük tarihinden önce seçim takvimi uygu-

<sup>180</sup> Bu bölüm, "Yaşayan Anayasa" İnternet Sitesi'nde yayımlanan, Ersoy Kontacı'nın "AKP'nin Seçim Oyunu" başlıklı analizine dayanmaktadır; <[http://www.yasayan.anayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/analiz/akp\\_secim.htm](http://www.yasayan.anayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/analiz/akp_secim.htm)>

*lamaya konulmuş olsa dahi, bu Kanun gereğince oluşacak yeni sınırlar büyük şehir belediyeleri için seçim çevresi kabul edilir. 28 Mart 2004 tarihinde yapılacak Mahalli İdareler Seçimlerinde büyük şehir belediyeleri için bu sınırlar, Yüksek Seçim Kurulu'nca esas olarak alınır ..."* hükmünün, teklifin Genel Kurul'da görüşülmesi sırasında iktidar partisine mensup milletvekillerinin verdiği bir önerge ile metne eklenmesi, muhalefetin büyük eleştirilerine hedef oldu ve siyasî çıkar sağlama amacı güden bir hareket olarak değerlendirildi.

Söz konusu Yasa, imzalanmak üzere Cumhurbaşkanlığı'na gönderilmişken, 21 Aralık 2003 Pazar günü sabaha karşı kabul edilen 5025 ve 5026 numaralı yasalar ise tartışmayı yeni boyutlara taşıdı. 5025 sayılı Yasa, son genel nüfus sayımı sonuçlarına göre, il ve ilçe belediyeleri ile büyükşehir belediyeleri sınırlarında kalan belediyelerden, nüfusu 2000'in altına düşenlerin tüzelkişiliğinin kaldırılmasını ve bu yerlerin köy statüsüne çevrilmesini öngörüyordu. Seçim öncesinde "*oy avı*" için yapılacak yatırımların fazla dağıtılmaması amacını güttüğü söylenen<sup>181</sup> bu düzenlemeyi de gölgede bırakan gelişme ise, hemen arkasından 5026 sayılı Yasa'yla getirilen düzenleme oldu. Söz konusu Yasa, bir büyükşehir belediyesi dahi olmayan Denizli ili sınırlarındaki yirmi iki Belediye ve yirmi beş köyün tüzel kişiliğini kaldırarak, bunların Denizli Belediyesi'ne bağlanmasını öngörüyordu. Böyle bir düzenlemenin yapılış şekli ve zamanlamasına ilişkin eleştiriler ve sorular yanıtsız kalırken; bu ayarlamamanın Başbakan Erdoğan'ın okul arkadaşı Nihat Zeybekçi'nin seçilmesini kolaylaştırmak üzere yapıldığına dair haberler, basında geniş biçimde yer aldı.<sup>182</sup>

Muhalefet cephesinde, basında ve kamuoyunda sıklıkla dile getirilen bu ve benzeri görüşlerin altında, AKP'nin, "*varoş*" tabir edilen ve kendisi açısından büyük oy potansiyeli taşıdığı varsayılan seçmen kitlesinin desteğinden yararlanarak, büyükşehir belediye seçimlerini lehine çevirmek istediği değerlendirildi.

Bütün bu tartışmalar sürerken, Cumhurbaşkanı'nın 26 ve 30 Aralık 2003 tarihlerinde, her üç yasayı da bir kez daha görüşülmek üzere TBMM'ye geri göndermesiyle konu gündemden çıkmış oldu.

<sup>181</sup> *Radikal*, 22 Aralık 2003.

<sup>182</sup> *Akşam*, 22 Aralık 2003.

İktidarın, seçim çevrelerini yeniden belirlenmeyi amaçlayan bu uygulaması, Anayasa hukuku literatüründe “Gerrymandering” olarak bilinen bir sistemin Türkiye versiyonu olarak değerlendirilebilir. Gerrymandering, 1812 yılında ABD’nin Massachusetts Eyalet Başkanı Elbridge Gerry’nin, yaklaşan seçimlerde partisine avantaj sağlamak üzere, seçim çevrelerini semender hayvanını andırır şekilde, kıvrımlı çizgilerle belirlemesinden kaynaklanan ve şahsın soyadı ile semender kelimesinin birleştirilerek telaffuz edilmesinden oluşan bir terimdir. Bu terim, tam olarak; “seçim çevrelerinin, bir siyasî partinin yararına olacak şekilde düzenlemesi”ni ifade etmektedir.<sup>183</sup>

Ülkemizde daha önce de 1950-1960 yılları arasında benzeri uygulamalar görülmüştür. O dönemde Demokrat Parti iktidarı, kendisine oy vermeyen seçmenlere karşı bir tepki olarak; Abana ilçe merkezinin Bozkurt-Pazaryeri İlçesine nakli, Malatya’dan Adıyaman ve Kocaeli’nden Sakarya illerinin oluşturulması, Kırşehir’in ilçe haline getirilerek Nevşehir’in il olması gibi uygulamalara girişmiş ve böylece, gelecek seçimlerde kendisi için daha uygun olacağına inandığı zeminleri elde etmeye çalışmıştır.<sup>184</sup> Yine 1995 yılında, aralarında Kilis’in de bulunduğu iki ilçe ve otuz dört beldede yapılacak ara yerel seçimlere üç gün kala, Kilis’i il yapmak için Bakanlar Kurulu’na yetki veren bir yasanın Meclis’ten geçmesi ve ilgili KHK’nın, seçimden bir gün önce Bakanlar Kurulu’nda imzalanması, seçim çevrelerinin veya seçim çevrelerinin idari statüsündeki değişikliklerin nasıl bir siyasî araç olarak kullanılabilmesine ilişkin ilginç bir örnek olarak kayıtlara geçmiştir.<sup>185</sup> Daha yakın tarihlerden bir örnekse Nisan 1999 seçimlerinden verilebilir. Bu seçimlerde, Ankara-Esenboğa yolu üzerindeki Pursaklar Beldesi sakinlerinin büyükşehir belediye başkanlığı seçimi için oy kullanması, seçimden sonra büyük tartışma konusu olmuştur. Her ne kadar, CHP Büyükşehir Belediye Başkanı aday Murat Karayalçın’ın bu konuda YSK’ye yaptığı itiraz, 30 Nisan 1999’da “... kullanılan oyların seçimin sonucunu etkileyecek miktarda olmadığı gerekçesiyle ...” reddedilmiş olsa da, yaşanan bu olay, seçim çevrelerinin seçim sonuçları üzerindeki etkisine dair çarpıcı bir örnek olarak tarihe geçmiştir.

<sup>183</sup> Krassner, Lloyd, “Gerrymandering,” <<http://www.gis.net/~pldr/GM.html>>

<sup>184</sup> Bu bilgiler ve söz konusu düzenlemelerin getirildiği yasaların akıbeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Teziç, *a.g.e.*, s. 262.

<sup>185</sup> 550 sayılı “Sekiz İlçe ve Üç İl Kurulması ve 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararname-nin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” için bkz., RG, 06.12.1995, S. 22305.

Sonuç olarak -özellikle düzenlemelerin getiriliş şekli ve zamanı dikkate alındığında- 28 Mart 2004 yerel seçimleri öncesinde yapılan bu düzenlemeler de “*Gerrymandering*”in (yani seçim çevrelerinin salt siyasi amaçlarla belirlenmesinin) tipik örnekleri olarak değerlendirilebilir.

## 2. Seçimlere Hangi Siyasi Partilerin Katılacağı Meselesi

YSK, 30 Aralık 2003 tarihinde, Sosyal Demokrat Halk Partisi (SHP) ve Demokrat Türkiye Partisi’nin (DTP) genel kongre veya teşkilatlanma koşulunu yerine getirmediği gerekçesiyle 28 Mart 2004’te yapılacak yerel seçimlere katılmayacağına karar verdi.<sup>186</sup> Bunun üzerine SHP, 31 Aralık 2003 tarihinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na eksik evrakı teslim etti. 1 Ocak 2004 tarihinde, SHP ve DTP’nin teşkilatlanmasına ilişkin bilgileri gözden geçiren Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı SHP’nin kırk dört ilde örgütlendiğini tespit ederek durumu YSK’ye bildirdi. YSK 2 Ocak 2004 tarihinde verdiği kararla SHP’nin yerel seçimlere katılabileceğini açıkladı.<sup>187</sup>

## 3. Sol Partiler Arasındaki İttifak Arayışları

28 Mart 2004 yerel seçimleri özellikle sol partiler açısından zaman içinde kaybettikleri seçmen desteğini yeniden sağlamak ve deyim yerindeyse kendilerini yeniden kanıtlamak için bir fırsat olarak görülüyordu. Bu bağlamda özellikle nispeten küçük sol partiler seçime birlikte girmenin yollarını aramaya başladılar. 20 Ocak 2004 tarihinde, DEHAP Genel Başkanı Tuncer Bakırhan, SHP Genel Başkanı Murat Karayalçın, ÖDP Genel Başkanı Hayri Kozanoğlu, EMEP Genel Başkanı Levent Tüzel, SPD Genel Başkanı Akın Birdal ve ÖTP Genel Başkanı Ahmet Turan Demir, birlikte düzenledikleri basın toplantısında, 28 Mart yerel seçimlerine “*demokratik güçbirliği*” yaparak gireceklerini açıkladılar. AKP iktidarına akılcı bir alternatif oluşturmak amacıyla bir araya gelen partiler; “*Kürt sorununun demokratik çözümünde, ülkemizin bağımsızlığı ve demokratikleşmesinde, halkımızın IMF ve emperyalist güçlerin boyunduruğundan kurtarılmasında tek alternatif demokratik güçbirliğidir.*” ifadeleriyle “*Demokratik Güçbirliği*”nin çerçevesini ortaya koydular.<sup>188</sup> “*Demokratik*

<sup>186</sup> *Milliyet*, 31 Aralık 2003.

<sup>187</sup> *Cumhuriyet*, 3 Ocak 2004; YSK’nın ilgili kararı için bkz., RG, 04.01.2004, S. 25336.

<sup>188</sup> *Cumhuriyet*, 30 Ocak 2004.

*Güçbirliği*" 21 Şubat 2004 tarihinde sekiz büyükşehir ve yirmi dokuz il belediye başkan adaylarını açıkladı.<sup>189</sup> Küçük sol partiler arasındaki bu ittifak, nispeten büyük sol partilerin -özellikle CHP ve DSP'nin- kendi başlarına hareket etme kararı almaları yüzünden solda artık kronikleşen bölünmüşlüğe çare olamadı ve "*Demokratik Güçbirliği*" seçime girdiği pek çok yerde başarısız oldu.

28 Mart yerel seçimleri öncesinde geniş tabanlı bir sol ittifakın kurulamamış olması ve seçimlerde alınan yenilgi aslında soldaki parçalanmışlığın devam edeceğinin de bir göstergesiydi. Bu konuda tek olumlu gelişme, yerel seçimler sonrasında, 2002 seçimleri öncesinde İsmail Cem ve Hüsamettin Özkan liderliğinde kurulan YTP'nin CHP'ye katılmasıydı. 3 Ekim 2004 tarihinde YTP Genel Başkanı İsmail Cem, CHP Genel Başkanı Deniz Baykal tarafından kendisine iletilen "*birleşme*" önerisine sıcak baktıklarını açıkladı. 4 Ekim 2004 tarihinde YTP Parti Meclisi, CHP'nin önerisini görüşerek oybirliğiyle kabul etti. 24 Ekim 2004 tarihinde YTP'nin Ankara'da yapılan Olağanüstü Büyük Kongresi'nde, delegelerin oylarının büyük çoğunluğuyla CHP'ye katılma kararı alındı. Kongre'de ayrıca, Parti'nin tüm malvarlığının da CHP'ye devredilmesine karar verildi.<sup>190</sup>

### 28 Mart Yerel Seçimleri Öncesinde Yaşanan Diğer Tartışmalar

Solda yaşanan birleşme-bütünleşme tartışmalarına benzer tartışmalar sağda da yaşandı. 2004 yılı sonlarında, basında, ANAP ile DYP arasında, her iki partinin başka bir isim altında bir araya gelmesi veya ANAP'ın feshedilerek DYP'ye katılması olasılıkları da içeren bir "*birleşme*" önerisinin tartışıldığı haberleri yer aldı.<sup>191</sup> Yine basında yer alan haberlere göre, bu gelişmeler, özellikle ANAP kadrolarında kaygı yaratmış ve Başkan Nesrin Nas'ı istifanın eşliğine getirmişti. Gerçekten, daha sonra 25 Kasım 2004 tarihinde ANAP Genel Başkanı Nesrin Nas, bu tartışmaların da etkisiyle görevinden istifa edecekti.

23 Mart 2004 yerel seçimleri öncesinde yaşanan gelişmelere değinirken, Eskişehir ilinde ana muhalefet partisi CHP'nin yaşadığı sıkıntılar üzerinde de durmak yerinde olur. 24 Şubat 2004 tarihinde Eskişehir İl

<sup>189</sup> *Radikal*, 22 Şubat 2004.

<sup>190</sup> *Akşam*, 25 Ekim 2004.

<sup>191</sup> *Akşam*, 9 Kasım 2004.

Seçim Kurulu, CHP'nin büyükşehir, merkez ilçe ve bağlı belde belediye başkanları ile il genel ve belediye meclis üyesi aday listesini yasal süre olan saat 17.00'den sonra getirildiği için teslim almadı. CHP Genel Merkezi'nde "skandal" olarak nitelendirilen bu gelişme karşısında, CHP Eskişehir İl Örgütü, listeyi Seçim Kurulu'na teslim edecek Merkez İlçe Başkanı Vedat Celal Alp'in kalp krizi geçirerek hastaneye kaldırıldığı savunmasını yaptı. Ancak basına yansıyan haberlerde, il örgütündeki liste kavgası yüzünden listelerin teslim edilemediği iddiaları yer aldı.<sup>192</sup> YSK, ise 25 Şubat 2004 tarihinde oybirliğiyle aldığı kararda, CHP'nin Eskişehir'de, saat 17.00'den sonra teslim ettiği aday listelerinin il ve ilçe seçim kurullarınca işleme konulmayacağını bildirdi.<sup>193</sup> Daha sonra CHP, 27 Şubat 2004 tarihinde, seçimlere katılmadığı Eskişehir'de DSP Büyükşehir Belediye Başkanı adayını Yılmaz Büyükerşen'i destekleme kararı aldı.<sup>194</sup>

### 28 Mart 2004 Yerel Seçimlerinin Siyasî Analizi

Yerel seçimler 28 Mart 2004 günü yapıldı. AKP, on ikisi büyükşehir olmak üzere elli yedi belediyeyi kazanarak seçimlerden birinci parti olarak çıktı. AKP'nin il genel meclislerindeki oy oranı % 41,9 olarak açıklandı. Ana muhalefet partisi CHP ise il genel meclislerinde % 18,1 oy oranı ve ikisi büyükşehir olmak üzere dokuz belediye başkanlığıyla ikinci parti oldu. MHP dört, SHP biri büyükşehir olmak üzere beş, DSP iki, DYP ve SP birer başkanlık kazandılar. Ardahan'da ise seçimi bağımsız aday kazandı. 28 Mart 2004 yerel seçimleri, esas olarak AKP'nin 3 Kasım 2002 seçimlerinde başlayan yükselişinin sürdüğünün bir göstergesiydi. Bu tespitten hareketle, her ne kadar "Yaşayan Anayasa" esas olarak, bir Anayasa Hukuku çalışması olsa da, Anayasa'nın uygulanması ve geleceği açısından önem taşıyan AKP'nin başarısının altında yatan nedenlerin siyasî bir analizini yapmak yerinde olacaktır.<sup>195</sup>

<sup>192</sup> *Milliyet*, 25 Şubat 2004.

<sup>193</sup> *Cumhuriyet*, 26 Şubat 2004.

<sup>194</sup> *Radikal*, 28 Şubat 2004.

<sup>195</sup> Bu bölüm, "Yaşayan Anayasa" İnternet Sitesi'nde yayımlanan, Levent Gönenç'in, "28 Mart 2004 Yerel Seçimlerinin Kısa Bir Analizi: Asıl Şimdi Başlıyor ..." başlıklı analizine dayanmaktadır; <<http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/analiz/28mart.htm>>

## 2002 Erken Genel Seçimleri ve AKP

3 Kasım 2002 milletvekili erken genel seçimlerinden AKP'nin zaferle çıkması, Türkiye'nin sosyal ve siyasî dinamiklerini yakından izleyen sosyal bilimciler için sürpriz olmamıştı. Hemen seçimlerin ardından yapılan analizler, AKP'nin başarısının rastlantısal olmadığını açıkça ortaya koyuyordu. Seçimlerin öncesinde yaşanan ekonomik krizin yol açtığı sosyal travmaların etkisiyle mevcut siyasî yapıdan çoktan uzaklaşmış olan geniş halk kesimleri, ciddi bir alternatif arayışına girmişti. Bu durum, AKP'nin, çoktan tasfiye sürecine girmiş olan diğer partiler arasından kolaylıkla sıyrılmasına imkan verdi. AKP'nin makul bir alternatif olarak ortaya çıkmasında, liderlik ve kadro düzeyinde yürüttüğü akılcı politikaların da önemli bir payı vardı. AKP, seçim kampanyası süresince, toplumun (özellikle merkez değerlere sahip çıkan Atatürkçü-laik çizgideki asker-sivil bürokrasinin) hassasiyetle takip ettiği türban, sekiz yıllık eğitim ve İslam ülkeleriyle ilişkiler gibi konuları politika malzemesi yapmayıp, bu konularda büyük ölçüde uzlaşmacı (veya en azından pasif) bir tutum sergiledi. Bir başka ifadeyle, AKP bu konuların üzerine gidip sistemle kavga etmek yerine, önceki koalisyon hükümetleri zamanında sık sık gündeme gelen yolsuzluk iddialarının toplumda yarattığı bıkkınlık havasını doğru algıladı ve seçim kampanyasını temiz toplum, dürüstlük ve adalet kavramları üzerine inşa etti. Böylece AKP, seçmenlerin büyük bir bölümünü, bir merkez-sağ parti olduğuna ikna etti. Sonuç, AKP açısından memnuniyet vericiydi: AKP; MNP-MSP-RP-FP tabanından devraldığı geleneksel seçmen yanında, kırsal kesimdeki milliyetçi seçmeni, hatta ılımlı kentli merkez seçmeni de saflarına çekmeyi başarmıştı. Seçim sonrası yapılan değerlendirmelere göre, AKP'yi 3 Kasım 2002 seçimlerinde destekleyen seçmenlerin büyük bir kısmı, önceki seçimde merkez-milliyetçi-sağ, hatta merkez-solu destekleyen seçmenlerdi.

AKP'nin 3 Kasım 2002 seçimlerindeki bu kayda değer başarısı Türk siyasî hayatını derinden etkileyecek önemli bir soruyu da beraberinde getiriyordu: Acaba AKP'nin yükselişi sürecek miydi? Bu soruya cevap arayan sosyal bilimciler şu noktanın altını çiziyorlardı: AKP'nin yükselmeye devam etmesi veya en azından çıktığı yerde kalabilmesi, seçim sonrasında kendisini bekleyen iç ve dış siyasetteki "çetin" problemleri çözmekteki mahareti yanında, kendisini iktidara taşıyan ılımlı tavrını sürdürmesine bağlı olacaktı. Bu bakış açısına göre, partinin sistemdeki hakim unsurlarla ve toplumun Atatürkçü-laik kesimiyle



kavgaya girmesi, kendi geleneksel tabanı dışındaki seçmeni kaybetmesine neden olabilirdi. Bir anlamda, AKP'yi iktidara taşıyan bu geniş kesim, partiye “şarta bağlı” bir destek vermişti; bu desteğin sürmesi için AKP'nin merkez-sağ partisi kimliğini pekiştirmesi gerekiyordu.

### 3 Kasım 2002 Genel Seçimlerinden 28 Mart 2004 Yerel Seçimlerine AKP'nin Performansı

Bir siyasî partinin iktidardaki performansını (dolayısıyla başarısını) değerlendirebilmek için bir çok değişkenin bir arada incelenmesi gerekir. Böyle bir inceleme bu yazının sınırları dışında kalmaktadır. Bizim burada amacımız, AKP'nin yerel seçimlerdeki zaferinin arkasında yatan temel neden olduğunu düşündüğümüz merkez-sağ ve bir ölçüde merkez-sol seçmeni saflarında tutma konusunda gösterdiği başarıdır. Kuşkusuz, seçmen davranışı açısından, yerel yöneticilerin seçiminde rasyonel tercihlerin ve menfaat analizlerinin daha fazla etkili olduğu, yasama organı üyelerinin seçiminde ise ideolojik ve sosyolojik faktörlerin ön plana çıktığı söylenebilir. Ancak 3 Kasım 2002 seçimleri gibi Türk siyasî hayatında kilometre taşı niteliğindeki bir yasama meclisi seçiminin ardından yapılan 28 Mart 2004 yerel seçimlerinin ideolojik ve sosyolojik faktörler göz önüne alınmadan değerlendirilmesi de mümkün değildir. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, AKP'nin 3 Kasım 2002 seçimlerinde tasfiye edilen siyasî partilerin seçmenlerinden ödünç aldığı oyları kendine mal edebilmesi için, radikal politikalar izlememesi, kavgacı bir tutum takınmaması, kısacası bu kitleyi kendinden soğutmaması gerekiyordu. Acaba AKP bu konuda ne kadar başarılı oldu? Yerel seçim sonuçlarına bakılacak olursa, AKP merkez-sağ, hatta bir kısım merkez-sol seçmenin gözünde sınıfı geçmiştir. AKP'nin 3 Kasım 2002 genel seçimleri öncesinde yürüttüğü kampanya ile ikna ettiği merkez seçmeni iki yolla yanında tutmayı başarmıştır. Birincisi, AKP, politikalarını hayata geçirirken stratejik bir yöntem izledi; MNP-MSP-RP-FP çizgisindeki geleneksel tabanının kendisinden beklediği icraatlardan vazgeçmedi, ancak aynı zamanda saflarına yeni katılan seçmenin tepkisini çekecek manevralardan da kaçındı. Özellikle “*ödünç oylar*” açısından büyük önem taşıyan, toplumdaki laik-İslamcı eksenindeki fay hattının kırılmasına veya derinleşmesine yol açabilecek konularda aceleci davranmamayı, ortaya attığı önerilerle önce tepkileri test etmeyi, ardından nereye kadar gidebileceğini gördükten sonra uygun adımlar atmayı (hatta gerekirse

geri adım atmayı) tercih etti. Bu konuda verilebilecek en somut örnek, Kur'an Kursları Yönetmeliği'nin ertelenmesiydi. Parti, kamu yönetimi reformu, türban sorunu, imam-hatip liseleri gibi konularda da benzer bir tavır sergiledi. İdeolojik düzeyde de AKP, merkez-sağ parti kimliğinin altını çizmeye özen gösterdi. Parti'nin beyin takımı tarafından ortaya atılan ve kamuoyunda geniş biçimde tartışılan "Muhafazakar Demokrasi" kavramı, geleneksel taban dışındaki seçmeni kendine bağlama çabasının bir başka örneğiydi. Bunun dışında, parti kadrolarının ve parti lideri Recep Tayyip Erdoğan'ın laiklik ve Atatürkçülük konusunda yaptığı ılımlı/destekleyici açıklamalar da yeni tabanın pekişmesine katkıda bulundu. Bu süreçte, Parti'nin ve Hükümet'in özellikle AB üyeliği konusundaki tavrı da yeni taban üzerinde olumlu etki yaptı. Kısacası, AKP 28 Mart 2004 yerel seçimlerine MNP-MSP-RP-FP çizgisindeki radikal-İslamcı bir siyasî parti olarak değil, bir merkez-sağ parti olarak girdi ve 3 Kasım 2002 seçimlerinde kendisine "ödünç" olarak verilen oyları, iktidar bilançosunun "artı" hanesine kaydetmeyi başardı. Buna rağmen, bu yazının kaleme alındığı tarih itibarıyla, halen AKP'yi bekleyen zor bir gündem olduğu göz önüne alındığında, partinin yerel seçimlerde muhafaza etmeyi başardığı merkez tabanın bir başka mecraya kayma ihtimalinin ortadan kalkmadığını kabul etmek gerekir.

### 28 Mart 2004 Yerel Seçimleri Sonrasında Ortaya Çıkan Gelişmeler

28 Mart yerel seçimleri öncesinde olduğu gibi, sonrasında da Anayasa hukuku gündemindeki önemli tartışmaların konusu olmaya devam etti. Özellikle YSK'nın seçim sonrasında aldığı iptal kararları ilgi çekiciydi. Bu konuda ilk tartışma Çorum-Uğurludağ ilçesinde yaşandı. YSK, 6 Mayıs 2004 tarihinde Çorum ili Uğurludağ ilçesinde yapılan ve bir oy farkla DYP Adayı Mehmet Kiday'ın kazandığı Belediye Başkanlığı seçimini, AKP tarafından yapılan itiraz üzerine iptal etti. YSK, iptal kararını, "kısıtlı" bir şahsın seçimde oy kullanmasına ve aradaki farkın "bir" oy olmasından dolayı, bu aksaklığın söz konusu seçimin sonucunu etkilemeye matuf olması gerekçesine dayandırıyor. Daha sonra Kurul, 11 Mayıs 2004 tarihinde, toplam üç ilçe ve on iki beldede yapılan Belediye Başkanlığı seçimlerini de iptal etti.<sup>196</sup> YSK, aynı zamanda bu beldelerden dördünde yapılan Belediye Meclis Üyeliği seçimlerinin de iptaline karar verdi. 6 Haziran 2004 tarihinde buralarda yeni seçimler yapıldı.

<sup>196</sup> Cumhuriyet, 12 Mayıs 2004.

Ancak ilginçtir, 12 Haziran 2004 tarihinde, 28 Mart yerel seçimlerinde akli dengesi yerinde olmayan şahısların oy kullandığı gerekçesiyle iptal edilen ve 6 Haziran'da tekrarlanan Aksaray-Acıpınar Beldesi seçimleri, yenilenen seçimde bazı seçmenlerin kimlik yerine ikametgah senediyle ve açık oy kullandıkları gerekçesiyle İl Seçim Kurulu tarafından ikinci kez iptal edildi.<sup>197</sup>

2003 ve 2004 yılları içinde, Türkiye bir genel seçim ortamı içinde olmamasına rağmen, seçim sistemi tartışma konusu oldu. Bu noktada ilgi çekici olan, Türkiye içinde uzun zamandır ortaya konan eleştirilerin, bu kez dışarıdan, Türkiye'nin dahil olduğu milletlerarası örgütlerin temsilcileri tarafından dile getirilmesiydi. 4 Ocak 2003 tarihinde, 3 Kasım 2002 seçimlerini gözlemci olarak izleyen AGİT Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi Değerlendirme Heyeti raporunda şu görüşlere yer verdi: Seçmenlerin % 45'i TBMM'de temsil edilmemektedir. Tüm oyların sadece % 34'ünü alan bir parti TBMM'deki sandalye sayısının yaklaşık 2/3'ünü kontrol etmektedir. Baraj oranı da Avrupa standartlarına göre istisnai biçimde yüksek bir orandır.<sup>198</sup> Benzer bir açıklama 2004 yılı sonlarında, AB Türkiye Temsilciliği'nce düzenlenen bir seminer kapsamında Türk gazetecilerin sorularını yanıtlayan, AP-Türkiye Karma Parlamento Komitesi Eşbaşkanı Joost Lagendijk'ten geldi. Lagendijk, *Birgün Gazetesi*'nden Tan Morgül'ün; sorularını yanıtlarken şunları söyledi:

*"... Türkiye'ye dair neredeyse bütün raporlarda da, 'seçim sistemi'nin değiştirilmesine öngörülür. % 4 veya 5'lik barajı anlayabiliriz, sonuçta tüm partilerin temsili istenmeyebilir ama % 10 barajı çok yüksek. Mesela, Hollanda'da nispi sistem geçerlidir. Yüz elli sandalyenin olduğu Temsilciler Meclisi'nde % 0.6, meclise girmeniz için yeterli olabilir. Almanya'da, Fransa'da bu oran % 4-5'tir. Yani, % 10 değil. Çünkü % 10 demek, bir çok politik grubun ve düşüncenin temsil edilmemesi demektir. Dürüst olmak gerekirse, gerçek bir demokratik sistem için bu hiç de doğru değil. Sonuçta seçim sisteminin nasıl olacağına Avrupa değil Türkiye karar verecek. Ve Türkiye seçim barajını % 10'lardan % 5'lere indirmelidir."*<sup>199</sup>

<sup>197</sup> *Milliyet*, 13 Haziran 2004.

<sup>198</sup> Raporun tam metni için bkz., <[http://www.osce.org/documents/odihr/2002/12/1463\\_en.pdf](http://www.osce.org/documents/odihr/2002/12/1463_en.pdf)>

<sup>199</sup> *Birgün*, 2 Kasım 2004.

Gerçekten Lagendijk'ın işaret ettiği gibi, AB'nin 2003 ve 2004 yılı ilerleme raporlarında da, % 10'luk barajın çok yüksek olduğu ve düşürülmesi gerektiğine dair ifadeler yer almıştı.<sup>200</sup>

Hükümetin bu konudaki görüşlerini ise 5 Ekim 2004 tarihinde Adalet Bakanı Cemil Çiçek açıkladı. Çiçek, milletvekili genel seçimlerinde uygulanan % 10'luk ülke barajını düşürmeden, Meclis'te daha adaletli bir sandalye dağılımına ulaşabilmek amacıyla, "*fikir jimnastiği*" boyutunda "*Türkiye Milletvekilliği*" modeli üzerinde çalıştıklarını söyledi.<sup>201</sup>

### Siyasi Partilere İlişkin Gelişmeler

2003 yılı siyasî partiler açısından hareketli bir yıl oldu. Özellikle 2002 seçimlerinin ardından merkez sağ ve merkez sol partilerde yaşanan "*depresyon*", 2003 yılında, deyim yerindeyse, "*artçı sarsıntılarla*" devam etti. Bu bağlamda, siyasî partilerde yaşanan iç çekişmeler ve kadro ve genel başkan değişiklikleri dikkat çekiciydi.

Özellikle Irak'a asker gönderilmesi konusunda TBMM'de yapılan oylamalar öncesi ve sonrasında yaşanan sıkıntı ve tartışmalara rağmen, genel olarak disiplinli bir parti görüntüsü veren iktidar partisi AKP, 2003 ve 2004 yılları içinde TBMM'de sahip olduğu sağlam çoğunluğa dayanarak programını hayata geçirmeye yönelik adımlar atmaya devam etti. 14 Ağustos 2003 tarihinde, ANAP'tan istifa eden Hakkari Milletvekili Mustafa Zeydan ile CHP'den istifa eden Mehmet Nezir Nasiroğlu'nun AKP'ye katılması sonucu, AKP Anayasa'yı tek başına değiştirebilecek çoğunluğa ulaştı.<sup>202</sup> Daha sonra, 14 Ekim 2004 tarihinde, Sivas Milletvekili Ömer Kulaksız, Partisi'nden istifa etti. Bu istifanın ardından AKP TBMM'deki sandalye sayısının Anayasa değişiklikleri için gerekli olan üç yüz altmış yedi sayısının altına düşecek olması se-

<sup>200</sup> "Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecine İlişkin 2003 Yılı İlerleme Raporu"nda: "Seçim sistemi, azınlıkların TBMM'de temsil edilmesini zorlaştırmaktadır. Örneğin, Kasım 2002 seçimlerinde DEHAP, seksen ilden beşinde oyların % 45'inden fazlasını almasına rağmen %10 barajını aşamamıştır." ifadeleri yer alır (<<http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/uyelik/ilerle03.pdf>>); "Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecine İlişkin 2003 Yılı İlerleme Raporu ve Tavsiye Metni"nde: "Siyasî partilerin ulaşması gereken % 10'luk baraj nedeniyle azınlıkların TBMM'de temsil edilmesini güçleştiren seçim sisteminde hiç bir değişiklik yapılmamıştır." (<<http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/uyelik/ilerle04.pdf>>) tespitine yer verildi.

<sup>201</sup> *Milliyet*, 15 Ekim 2004.

<sup>202</sup> *Hürriyet*, 15 Ağustos 2004.

bebiyle, Kulaksız, parti yöneticileri tarafından “*ikna edilerek*” istifasını geri alması sağlandı.<sup>203</sup>

AKP’de 2003 yılı içinde yaşanan bir diğer önemli gelişme de, genel başkanlık değişiminin gerçekleşmesiydi. Ancak, yukarıda açıklandığı gibi, bu değişim, Anayasa Mahkemesi kararının zorunlu bir sonucuydu. 22 Ocak 2003 günü AKP MKYK, Recep Tayyip Erdoğan’ın genel başkanlık görevine son verdi. Aradan yirmi dört saat geçmeden, 23 Ocak 2003 günü Erdoğan, Partisi tarafından yeniden genel başkanlığa seçildi. 12 Ekim 2003 günü yapılan AKP 1. Olağan Büyük Kongresi’nde de Erdoğan, delegelerin büyük çoğunluğunun desteğini alarak genel başkanlık görevini sürdürdü.

AKP’ye ilişkin son ilginç gelişme, AKP’nin 6 Eylül 2004 tarihinde Avrupa Hıristiyan Demokrat Partileri’nin Avrupa Parlamentosu’ndaki temsilcisi olan “*Avrupa Halk Partisi*”ne (EPP) katılma talebiyle başvurmasıydı. 4 Kasım 2004 tarihinde Belçika’nın Meise kentinde toplanan Avrupa Hıristiyan Demokrat Partileri’nin temsilcileri, AKP’nin katılma talebine prensip olarak sıcak baktıklarını, ancak bazı üyelerin şiddetli muhalefeti nedeniyle kararın daha sonraki bir tarihe ertelendiği açıkladı.<sup>204</sup>

Ana muhalefet partisi CHP, 23 Ekim 2003 tarihinde, 30. Olağan Kurultay’ında Deniz Baykal’ı yeniden genel başkan seçti. 2004 yılı ise, Parti’nin hem hukukî prosedürlere uymaması, hem de gittikçe şiddetlenen iç çekişmeler yüzünden zor geçti. CHP yöneticilerinin, yeter sayıda delegenin seçimli kongre taleplerine rağmen tüzük kurultayı yapmakla yetinmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı önce 30 Temmuz 2004 tarihinde, beş gün içinde “*seçimli*” olağanüstü kongre tarihi açıklaması için Parti’ye bir ihtar yazısı gönderdi;<sup>205</sup> sonra da olağanüstü tüzük kurultayı çağrısını yerine getirmeyen Parti’ye ihtar verilmesi istemiyle, 18 Ekim 2004 tarihinde Anayasa Mahkemesi’ne başvurdu. Parti içindeki muhalefet de 2004 yılı içinde iyice su yüzüne çıktı. 15 Ağustos 2004 tarihinde, kamuoyunda “*muhالیف milletvekilleri*” olarak bilinen Ahmet Gürüz Ketenci, Hasan Aydın ve Mehmet Tomanbay “*parti suçu*” işledikleri gerekçesiyle partiden ihraç edildi. Ancak 4 Ekim 2004 tarihinde, CHP Yüksek Disiplin Kurulu’nun ihraç kararı, Ankara

<sup>203</sup> *Takvim*, 19 Ekim 2004.

<sup>204</sup> *Milliyet*, 5 Kasım 2004.

<sup>205</sup> *Milliyet*, 31 Temmuz 2004.

<sup>206</sup> *Sabah*, 5 Ekim 2004.

5. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından iptal edildi.<sup>206</sup> Bu ihraçlara ve genel başkanlığın aldığı tüm diğer tedbirlere rağmen, özellikle Şişli Belediye Başkanı Mustafa Sarıgül liderliğindeki parti-içi muhalif hareket güçlenmeye devam etti.

Anamuhalefet partisi CHP'nin sıkıntıları bununla da bitmedi. 21 Eylül 2003 tarihinde, Türk Tarih Kurumu tarafından, Atatürk'ün vasiyeti gereğince İş Bankası hisselerinden doğan temettü gelirinden kendisine de pay aktarılması istemiyle CHP'ye karşı açılan dava karara bağlandı. Mahkeme, CHP'nin bir trilyon liradan fazla bir meblağı Türk Tarih Kurumu'na ödemesine hükmetti.<sup>207</sup>

2003-2004 yılı içinde ANAP iki genel başkan değiştirdi. 2002 seçimlerinin ardından ANAP Genel Başkanı Mesut Yılmaz, genel başkanlık görevinden ayrılmış ve siyaseti bıraktığını açıklamıştı. 11 Ocak 2003 günü yapılan ANAP Olağan Kongresi'nde Ali Talip Özdemir; Turgut Özal, Yıldırım Akbulut ve Mesut Yılmaz'dan sonra Parti'nin 4. Genel Başkanı oldu, ancak Özdemir'in genel başkanlığı uzun sürmedi. 13 Aralık 2003 günü yapılan ANAP Olağan Kongresi'nde Mesut Yılmaz'a yakınlığıyla tanınan Nesrin Nas genel başkan seçildi. Özdemir gibi, Nas da genel başkanlık koltuğunda uzun süre oturamadı; Nas, özellikle ANAP-DYP bütünleşmesi tartışmaları dolayısıyla parti içinde yaşanan sıkıntıların ardından, 25 Kasım 2004 günü genel başkanlık görevinden istifa etti. İki genel başkan değiştiren bir başka parti LDP'de (Liberal Demokrat Parti) ise, Besim Tibuk yerini Ercan Çalık'a, Ercan Çalık ise Emin Şirin'e bıraktı.

25 Ocak 2003 tarihinde, Özgürlük ve Dayanışma Partisi'nde Ufuk Uras'tan boşalan genel başkanlık koltuğuna Hayri Kozanoğlu oturdu.

MHP Genel Başkanı Devlet Bahçeli (12.10.2003), BBP Genel Başkanı Muhsin Yazıcıoğlu (20.07.2003), İP Genel Başkanı Doğu Perinçek (28.03.2003), YTP Genel Başkanı İsmail Cem (20.09.2003) ve Genç Parti (GP) Genel Başkanı Cem Uzan (23.02.2003) yeniden seçilerek genel başkanlık görevlerine devam ettiler.

3 Kasım 2002 seçimlerinde önemli bir çıkış yapan, ancak Parlamento'ya temsilci sokamayan GP'nin yöneticileri 2004 yılı başında Maliye Bakanlığı ve Anayasa Mahkemesi arasında sıkıntılı günler yaşadı. 9

<sup>207</sup> *Akşam*, 22 Eylül 2004.

Ocak 2004 tarihinde Maliye Bakanlığı, 3 Kasım seçimleri öncesi GP'nin yaptığı propaganda harcamalarının, Uzan Grubu'na ait şirketlerce ödendiği gerekçesiyle, partinin 2004'te alması gereken 11.2 trilyonluk Hazine yardımına tedbir konulmasını istedi. 12 Ocak 2004 tarihinde Bakanlık söz konusu yardımı askıya aldı. Anayasa Mahkemesi'nin, Maliye Bakanlığı'nın, GP'nin 2002 yılı hesaplarına yönelik tedbir istemi başvurusunu reddetmesi üzerine, 21 Ocak 2004 tarihinde, Parti hazine yardımını almaya hak kazandı.<sup>208</sup>

2003 yılı, "Millî Görüş" çizgisindeki MNP-MSP-RP-FP zincirinin son halkası SP ve "etnik milliyetçi" çizgideki HEP ve DEP'nin devamı niteliğindeki HADEP ve DEHAP için de zor bir yıl oldu. 2003 yılı başında, "Millî Görüş" çizgisindeki siyasî partilerin geleneksel lideri Necmettin Erbakan'ın, Anayasa Mahkemesi'nin FP'yi kapatma kararı sonucu ortaya çıkan beş yıllık siyaset yasağı sona erdi. Erbakan 21 Mart 2003 tarihinde SP'ye katılarak aktif siyasete döndü. Daha sonra, Erbakan 11 Mayıs 2003 tarihinde, SP 1. Olağan Kongresi'nde, deyim yerindeyse Genel Başkan Recai Kutan'dan "emaneti devralarak" genel başkanlığa seçildi. Ancak Erbakan'ın siyasî yaşamındaki sıkıntılar sona ermedi.

Erbakan, yıl sonunda, "Kayıp Trilyon" davası olarak bilinen davada, iki yıl dört ay hapis cezasına mahkum oldu. 3 Aralık 2003 tarihinde Erbakan'ın kurmaylarından Prof. Dr. Mustafa Kamalak, Erbakan'ın kesinleşen hapis cezası hakkında, karar düzeltilmesi talebiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurdu. Ancak Başsavcılık 29 Aralık 2003 tarihinde bu talebi reddetti. Başsavcılık ayrıca SP'ye bir yazı göndererek, Erbakan'ın parti üyeliğinden çıkarılmasını ve Genel Başkanlık görevinin sona erdirilmesini istedi. Bu arada, Necmettin Erbakan'ın hapis cezasının infazı, Ankara Numune Hastanesi Sağlık Kurulu raporuyla, 23 Aralık 2003 tarihinde bir yıl süreyle ertelendi.<sup>209</sup> Daha sonra bu ertelemeler devam etti. Erbakan, 30 Ocak 2004 tarihinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na Saadet Partisi'nden ayrıldığını bildirdi. Erbakan'ın ayrılmasının ardından SP'de genel başkanlık koltuğu uzun süre boş kaldı. 24 Kasım 2004 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Necmettin Erbakan'ın görevden ayrılmasını takip eden kırk beş gün içinde Parti'nin yeni genel başkanını

<sup>208</sup> Sabah, 22 Ocak 2004.

<sup>209</sup> Bu konudaki gelişmeler için bkz., Ergül, Ozan, "Erbakan'ın Mahkumiyeti", "Yaşayan Anayasa" İnternet Sitesi: <<http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/makanayor/docs/analiz/erbakan.htm>>

belirlemek üzere olağanüstü genel kongreyi toplamayan Saadet Partisi'ne ihtar verilmesi istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurdu.

"Etnik milliyetçi" siyasi partilere ilişkin Anayasa hukuku sorunları da 2003 ve 2004 yılı içinde iç ve dış kamuoyunu meşgul etti. Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan DEP'in eski milletvekilleri, AB'ye uyum sürecinde 2. Uyum Paketi ile getirilen "yeniden yargılanma hakkı" çerçevesinde, 4 Şubat 2003 tarihinde, yeniden yargılanmak için Ankara DGM'ye başvurudular. Ankara DGM 28 Şubat 2003 tarihinde eski milletvekillerinin bu taleplerini kabul etti. 2003 yılı boyunca devam eden yargılama 2004 yılı Mayıs ayında sona erdi. Duruşmalar süresinde eski milletvekillerinin tahliye taleplerini reddeden Mahkeme, Leyla Zana, Hatip Dicle, Orhan Doğan ve Selim Sadak'ın yeniden mahkumiyetine karar verdi. 12 Mayıs 2004 tarihinde Mahkeme gerekçeli kararını açıkladı. Bu arada bu konuda artan dış baskılar da Türkiye kamuoyunda rahatsızlık yaratıyordu. 17 Mayıs 2004 tarihinde, Türkiye'yi ziyaret eden İngiltere Başbakanı Tony Blair, eski DEP milletvekilleri konusunda Avrupa'dan gelen baskıların, Kopenhag Kriterleri'nde öngörülen kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkelerini zedeleyecek boyuta ulaştığını itiraf ediyordu.<sup>210</sup> Bütün bu gelişmeler yaşanırken, AB sürecinde Türkiye'nin başını çok ağrıtan bu konuya çözüm bulmak amacıyla, CHP bir girişimde bulundu. CHP Terörle Mücadele Yasası'nda yapılacak bir değişiklik ile ilgili şahısların cezaevinden erken çıkmasını sağlayacak bir düzenleme önerdi. Ancak bu tekliften, söz konusu milletvekilleri yanında bir çok terör örgütü mensubunun da yararlanacak olması CHP içinde sıkıntı yarattı. Sonuçta teklif gelen tepkiler karşısında rafa kaldırıldı. Bu konudaki tartışmalara son noktayı Yargıtay koydu. Yargıtay 9. Ceza Dairesi 9 Haziran 2004 tarihinde dört eski DEP milletvekilininin tahliyesine karar verdi.<sup>211</sup>

2003-2004 yılı içinde Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilere ilişkin bazı kararları da oldukça ses getirdi. Mahkeme'nin, AKP ve DEHAP'a ilişkin kararlarına yukarıda değinilmişti. Bunlardan başka, Anayasa

<sup>210</sup> Blair ve Erdoğan görüşmesinde şu diyalog geçiyordu: "-Erdoğan, Yargılamanın yenilenmesi için başbakan olmadan önce size söz vermiştim. Bu konuda elimden geleni yaptım. Ama Türkiye'de güçler ayrılığı mevcut. / ---Blair, Haklısınız biz AB olarak çok çelişkili bir tavır içindeyiz. Aday olacak ülkelere Kopenhag Kriterleri kapsamında güçler ayrılığını, yargının bağımsızlığını şart koşuyoruz. Ama sonra da kalkıp aday bir ülkenin yönetiminden yargının işine karışmasını istiyoruz. Bu büyük çelişkiyi ben kendi adıma itiraf ediyorum." (Akşam, 18 Mayıs 2004).

<sup>211</sup> Cumhuriyet, 10 Haziran 2004.



Mahkemesi, siyasî partileri ilgilendiren başka önemli kararlara da imza attı. Mahkeme: 13 Mart 2003 tarihinde, HADEP'in kapatılmasına karar verdi; 1 Nisan 2003 tarihinde, SPY'nin, bir siyasî partinin iki kez seçime katılmaması durumunda kapatılmasını öngören 105. madde hükmünü;<sup>212</sup> 16 Temmuz 2003 tarihinde, siyasî partilerin devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilirken o yıl aldığı yardımın yarısından az olamayacağına ilişkin hükmünü iptal etti; 27 Ocak 2003 tarihinde, Türkiye Komünist Partisi'nin (TKP) ismindeki "komünist" ifadesi nedeniyle kapatılması istemiyle açılan davada, SPY'nin 96. maddesinde bulunan, "komünist ismiyle parti kurulamaz" ifadesinin iptali istemini, "ciddi" bulmadı;<sup>213</sup> 10 Şubat 2004 tarihinde ise, temelli kapatılan Sosyalist Parti'nin "SP" rumuzunu kullandığı için Saadet Partisi'ne ihtar verdi.

### Değerlendirme

2003 ve 2004 yılları anayasa gelişmeleri toplu olarak değerlendirildiğinde, AKP'nin Anayasa gündemine damgasını vurduğu söylenebilir. 2003 yılının başında yaşanan Başbakanlık tartışması ve ardından gelen hukukî düzenlemeler ağırlıklı olarak AKP ve lideri Recep Tayyip Erdoğan'ın kişiliğinde somutlaşan anayasal sorunları içinde barındırmaktadır. Bu sorunlara getirilen yargısal ve siyasal çözümler ise, sorunların kendisi kadar tartışmaları davet edecek niteliktedir. Buna ek olarak Recep Tayyip Erdoğan Başbakan olduktan sonra AKP iktidarı ile diğer anayasal aktörler arasında ortaya çıkan gerilim de anayasal sorunları bir diğer kaynağıdır. 2003 ve 2004 yılları anayasa gelişmeleri bağlamında, özellikle AB sürecinde, Türk anayasal sisteminde ortaya çıkan değişimin/dönüşümün Türkiye'nin yakın geleceğini etkileyecek nitelik ve önemde olduğunun da vurgulanması gerekir. 2004 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ve bir biri ardına çıkarılan uyum yasaları, Türkiye'nin 12 Eylül mirası otoriter-devletçi anayasal unsurlardan -tümüyle olmasa da- büyük ölçüde kurtulmasına katkıda bulunmuştur.

<sup>212</sup> Anayasa Mahkemesi daha sonra, Adalet Partisi, Anayol Partisi, Büyük Adalet Partisi, Devrimci Sosyalist İşçi Partisi, Türkiye Adalet Partisi, Türkiye Özürlüsüyle Mutludur Partisi ve Türkiye Sosyalist İşçi Partisi hakkında, üst üste yapılan iki genel seçime katılmadıkları gerekçesiyle açılan kapatma davalarını reddetti. Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin, konuyla ilgili yaptığı açıklamada, Siyasi Partiler Yasası'nın, söz konusu kapatma davalarına dayanak olarak gösterilen 105. maddesinin iptal edilmesi sebebiyle böyle bir karar verildiğini açıkladı.

<sup>213</sup> TKP, 30 Ocak 2003 tarihinde, Anayasa Mahkemesi'nin kararına rağmen "komünist" sözcüğünü kullanmaya devam edeceğini açıkladı.

Bu iki konunun gelecek yıllarda da anayasa gelişmelerini şekillendirmeye devam edeceği söylenebilir. AKP kurmayları, esas olarak liderlerinin iktidarını pekiştirecek bir araç olarak gördükleri Başkanlık Sistemi'ni yeniden tartışmaya açabilirler. Bunun dışında, yakın bir gelecekte, özellikle TBMM'nin temsil kabiliyetini arttırmaya yönelik bir tedbir olarak, seçim sistemi değişikliği ve "Türkiye millettekilliği" gündeme gelebilir. AB süreci ise devam eden bir süreçtir. Dolayısıyla, hem iç hem dış siyasî çevrelerin de işaret ettiği gibi, bu süreçte anayasal anlamda daha yapılacak pek çok şey bulunmaktadır. Olası değişiklikler ve bunlar üzerine yapılacak tartışmalar büyük olasılıkla anayasa gündeminin bir diğer önemli başlığını oluşturacaktır.

### 2003 ve 2004 Yılında Resmi Gazete'de Yayımlanan Anayasa Mahkemesi Kararları

Karar No.	Esas No.	Konu	RG Tarih	RG Sayı
2002/98	2000/47	Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkında Kanun'un 3. Maddesi ile Geçici Birinci Maddesinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiası ile İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	08.01.2003	24987
1998/70	1998/35	Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 37. Madde, 1. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	15.01.2003	24994
1997/70	1996/59	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 423. Maddesinin 1. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	16.01.2003	24995
2003/1	2001/36	Motorlu Taşıtlar Vergisi, Finansman, Gelir Vergisi, Katma Değer Vergisi Kanunları ile 4306 ve 4481 sayılı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Kurumlar Vergisi Kanunu'na Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 4605 sayılı Kanun'un Bazı Maddelerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesiyle Yürürlüğünün Durdurulması Hakkında Karar.	23.01.2003	25002
2001/354	2001/424	Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, Hükümete İzin Verilmesine Dair 722 sayılı Kararının Son Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiası ile İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	04.02.2003	25014
2002/16	2002/4	Devrimci Sosyalist İşçi Partisi 2001 Yılı Mali Denetimine Dair Karar.	04.02.2003	25014
2002/17	2002/22	Aydınlık Türkiye Partisi 2001 Yılı Mali Denetimine Dair Karar.	04.02.2003	25014
2002/19	2001/29	Devrimci Sosyalist İşçi Partisi 2000 Yılı Mali Denetimine Dair Karar.	04.02.2003	25014

2002/20	1999/20	Yeniden Doğuş Partisi 1998 Yılı Mali Denetimine Dair Karar.	04.02.2003	25014
2002/22	2000/1	Halkın Demokrasi Partisi 1999 Yılı Mali Denetimine Dair Karar.	04.02.2003	25014
2002/23	2001/14	Halkın Demokrasi Partisi 2000 Yılı Mali Denetimine Dair Karar.	04.02.2003	25014
2002/193	2000/82	Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığı'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında 219 sayılı KHK'nın 32. Maddesi 1. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptali Hakkında Karar.	26.02.2003	25032
2002/88	2001/225	Sosyal Sigortalar Kanunu'nun (506 Sayılı), 3910 sayılı Kanun ile Değişik 140. Madde 4. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	26.02.2003	25032
2002/102	2001/252	Noterlik Kanunu'nun (1512 sayılı) 6. Madde, 1.Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	27.02.2003	25033
2002/166	2001/415	İcra ve İflas Kanunu'nun 538 sayılı Yasa ile Değişik 331 ve 337. Maddeleri ile Aynı Yasa'nın 3222 sayılı Yasa'yla Değişik 338, 340 ve 352/a Maddesinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	28.02.2003	25034
2002/86	2001/345	Vergi Usul Kanunu'nun 359. Maddesi (a) Bendi Son Paragrafının Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	01.03.2003	25035
2002/87	2001/353	Vergi Usul Kanunu'nun 359. Maddesi (a) bendinde Yer Alan Asgari Ücret ile İlgili Son Paragrafının Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	01.03.2003	25035
1998/25	1997/32	Türk Ceza Kanunu'nun 258. Maddesi, 3. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	11.03.2003	25045
2002/15	2000/9	Demokratik Türkiye Partisi'nin 1999 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesine Dair Karar.	25.03.2003	25059
2002/18	2000/21	Fazilet Partisi'nin 1999 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesine Dair Karar.	25.03.2003	25059
2002/24	2001/24	Sosyalist İktidar Partisi'nin 2000 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesine Dair Karar.	25.03.2003	25059
2003/6	2003/14	Devlet Memurları Kanunu'na 527 sayılı KHK'nın 3. Maddesi ile Eklenen I Sayılı Cetvelin II Teknik Hizmetler Sınıfı Başlıklı Bölümünün (b) Bendinde Yer Alan "Jeomorfolog" Sözcüğünün Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	25.03.2003	25059
2002/25	2002/5	Türkiye Özürlüsü ile Mutludur Partisi'nin 2001 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesine Dair Karar.	26.03.2003	25060
2002/26	2001/3	Türkiye Özürlüsü ile Mutludur Partisi'nin 2000 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesine Dair Karar.	26.03.2003	25060

2002/27	2002/24	Ulusal Muhtariyet Partisi'nin 2001 Yılı Mali Denetimine Dair Karar.	26.03.2003	25060
2002/46	2000/17	Telgraf ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu, Posta Telgraf ve Telefon İdaresi Biriktirme ve Yardım Sandığı Kanun ile Genel Kadro ve Usulüne Dair KHK'de Değişiklik Yapan 4502 sayılı Kanun'un Yürürlüğünün Durdurulması ve İptali İsteminin Reddine İlişkin Karar.	26.03.2003	25060
2003/7	2003/15	Devlet Memurları Kanunu'na, 527 sayılı KHK'nin 3. Maddesi ile Eklenen I sayılı Cetvel'in II - Teknik Hizmetler Sınıfı Başlıklı Bölümünün (b) Bendinde Yer Alan "Economici" Sözcüğünün Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	26.03.2003	25060
2002/95	2001/412	Bütçe Kanunu'nun 4611 sayılı 2001 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 65. Maddesi (b) Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesiyle İptaline Dair Karar.	27.03.2003	25061
2002/97	2002/60	Bütçe Kanunu'nun 4611 sayılı 2001 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 7. Maddesi ile 68. Maddesi (g) Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesiyle İptaline Dair Karar.	27.03.2003	25061
2002/96	2002/138	Bütçe Kanunu'nun 4726 sayılı 2002 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 6. Maddesi (g) Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesiyle İptaline Dair Karar.	28.03.2003	25062
2003/9	2003/8	Bütçe Kanunu'nun 4726 sayılı 2002 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 41. Maddesi (c) Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesiyle İptaline Dair Karar.	28.03.2003	25062
2002/94	2002/152	Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Tatile Girmesine Dair 746 sayılı Kararının Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiası ile İptali İsteminin Reddine İlişkin Karar.	29.03.2003	25063
2002/104	1999/35	Ailenin Korunmasına Dair 4320 sayılı Kanun'un 1. Madde 1 ve 2. Fıkraları ile 2. Madde 3. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	29.03.2003	25063
1996/45	1996/52	Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne Dair 2451 sayılı Kanun'a 4158 sayılı Kanun'la Eklenen Ek 1. Maddenin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	04.04.2003	25069
1997/53	1996/70	Basın Kanunu'na 4202 sayılı Kanun'un 1. Maddesiyle Eklenen Ek 7 ve 8. Maddelerin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesiyle İptaline Dair Karar.	04.04.2003	25069
2002/192	2000/44	Harp Okulları Kanunu'nun 40. Maddesi 2. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiası ile İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	08.04.2003	25073

2003/3	2002/7	Büyük Adalet Partisi'ne 1999 Yılı Kesin Hesabının Onaylı Bir Örneğini Vermediği Gerekçesi ile İhtar Verilmesine Dair Karar.	08.04.2003	25073
2003/5	2002/171	Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 13. Madde 1. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	08.04.2003	25073
2002/194	2001/79	Türk Ceza Kanunu'nun 432. Maddesinin Bir Bölümünün Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesiyle İptaline Dair Karar.	12.04.2003	25077
2002/103	2001/327	Türk Ceza Kanunu'nun 2248 sayılı Yasa ile Değişik 240. Maddesinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddi Hakkında Karar.	22.04.2003	25087
2002/105	2001/328	Türk Ceza Kanunu'nun 2248 sayılı Yasa ile Değişik 240. Maddesinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddi Hakkında Karar.	22.04.2003	25087
2002/106	2001/332	Türk Ceza Kanunu'nun 2248 sayılı Yasa ile Değişik 240. Maddesinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddi Hakkında Karar.	22.04.2003	25087
2002/198	2000/36	Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesine Dair 3201 sayılı Kanun'un 3. Madde 1.Fıkrası (a) Bendinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptali Hakkında Karar.	25.04.2003	25089
2002/195	2002/165	Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 16. Madde 1. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	26.04.2003	25090
2003/2	2003/30	Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Değiştirilmesi Hakkında 766 sayılı Kararın 4. Maddesiyle Yeniden Düzenlenen 91. Madde'nin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesiyle Yürürlüğünün Durdurulmasına Dair Karar.	01.05.2003	25095
2003/3	2003/31	Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 4839 sayılı Kanun'un Bazı Maddelerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile Yürürlüğünün Durdurulması Hakkında Karar.	10.05.2003	25104
1998/83	1998/46	Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un 6. Madde (A) paragrafı 1. Fıkrası (a) Bendinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	16.05.2003	25110

1998/84	1998/47	Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un 6. Madde (A) Paragrafı (a) Bendi ile (B) Paragrafının Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	16.05.2003	25110
2003/35	2003/24	Bütçe Kanunu 4726 sayılı 2002 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 56. Maddesi (b) Fıkrasının, Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptali Hakkında Karar.	21.05.2003	25114
2003/2	2001/2	Anayol Partisi'nin 2000 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesi Hakkında Karar.	28.05.2003	25121
2003/11	2002/3	Anayol Partisi'nin 2001 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesi Hakkında Karar.	28.05.2003	25121
2003/1	2002/29	Anayasa Mahkemesi'nin Radikal Değişim Projesi Partisi'nin 2001 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesi Hakkında Karar.	29.05.2003	25122
2003/13	2003/3	Anayasa Mahkemesi'nin Radikal Değişim Projesi Partisi'nin 2002 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesi Hakkında Karar.	29.05.2003	25122
2003/4	2001/28	Demokrasi ve Barış Partisi'nin 2000 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesi Hakkında Anayasa Mahkemesi Kararı.	30.05.2003	25123
2003/5	2002/6	Halkın Demokrasi Partisi'nin 2001 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesi Hakkında Anayasa Mahkemesi Kararı.	30.05.2003	25123
2003/40	2003/39	Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu (926 sayılı)'nın 112. Maddesinin, 607 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Değiştirilen 5. Fıkrasının, Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	30.05.2003	25123
2003/3	2001/13	Demokrat Parti'nin 2000 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesi Hakkında Karar.	17.06.2003	25141
2003/6	2002/26	Demokrat Parti'nin 2001 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesi Hakkında Karar.	17.06.2003	25141
2003/7	2002/31	Varlık Partisi'nin 2001 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesi Hakkında Karar.	17.06.2003	25141
2003/8	2002/7	Gönül Birliği Yeşiller Partisi'nin 2001 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesi Hakkında Karar.	18.06.2003	25142
2003/9	2002/32	Lider Türkiye Partisi'nin 2001 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesi Hakkında Karar.	18.06.2003	25142
2003/10	2002/13	Demokratik Halk Partisi'nin 2001 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesi Hakkında Karar.	18.06.2003	25142
2003/12	2003/1	Avrasya Partisi'nin 2002 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesi Hakkında Karar.	18.06.2003	25142
2003/38	2003/30	Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair Kararın 4. Maddesi ile Değişik 91. Maddenin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile Yürürlüğünün Durdurulması ve İptali Hakkında Karar.	09.07.2003	25163

2003/1	2002/3	Anavatan Partisi'ne, Parti Tüzüğü'nün 60. Maddesinden Dolayı İhtar İsteminin Reddine Dair Karar.	12.07.2003	25166
2003/2	2002/4	Halk Partisi'ne, Parti Tüzüğü'nün 55. Maddesinden Dolayı İhtar İsteminin Reddine Dair Karar.	12.07.2003	25166
2003/4	2001/346	Emniyet Teşkilatı Kanunu (4638 sayılı)'nda Değişiklik Yapılmasına Dair KHK'nın Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 1. Maddesiyle Değiştirilen 3201 sayılı Kanun'un Bazı Maddelerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekeşi ile Yürürlüğünün Durdurulmasına Dair Karar.	16.07.2003	25170
2003/34	2003/22	Devlet Memurları Kanunu (657 sayılı)'nın 36. Maddesine 527 sayılı KHK ile Yeniden Eklenen (d) Alt Bendinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekeşi ile İptaline Dair Karar.	16.07.2003	25170
2003/46	2003/46	Elektrik Piyasası Hakkında 4628 sayılı Kanun'un Bazı Maddelerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	16.07.2003	25170
2003/1	1999/1	Halkın Demokrasi Partisi'nin Anayasa'ya Aykırı Davranışları Gerekeşi ile Kapatılmasına Dair Karar.	19.07.2003	25173
2003/13	2003/21	Siyasi Partiler Kanunu (2820 sayılı)'nın 105. Maddesinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekeşi ile İptaline Dair Karar.	22.07.2003	25176
2003/8	2003/41	Bütçe Kanunu 4833 sayılı 2003 Mali yılı Bütçe Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekeşi ile Yürürlüğünün Durdurulmasına Dair Karar.	22.07.2003	25176
2003/44	2003/42	Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelelenmesine Dair 4616 sayılı Kanun'un Birinci Maddesinin Yeniden Düzenlenen 4758 sayılı Kanun'un 1. Madde, 9. Bendinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekeşi ile İptaline Dair Karar.	22.07.2003	25176
2003/9	2003/48 <sup>i</sup>	Ekonomik İstikrarı Sağlamak için Ek Vergiler Alınması Hakkında 4837 sayılı Kanun'un Bir ve 2. Maddelerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekeşi ile Yürürlüğünün Durdurulmasına Dair Karar.	25.07.2003	25179
2003/80	2003/76	Karayolları Trafik Kanunu'nun 3493 sayılı Kanun'la Değiştirilen 115. Maddesi Son Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	24.09.2003	25239
2002/191	2001/408	Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un Bazı Maddelerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	02.10.2003	25247

<sup>i</sup> 26.07.2003 gün ve 25180 sayılı *Resmî Gazete*'de düzeltilmesi vardır.

2003/12	2003/19	Bütçe Kanunu 4726 sayılı 2002 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 39. Madde (g) Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	04.10.2003	25249
2003/11	2003/73	Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında 4962 Sayılı Kanun'un 21. Madde 1. Fıkrasının İptal Edildiği Gerekçesiyle Yürürlüğün Durdurulmasına Dair Karar.	11.10.2003	25256
2003/13	2003/67	Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun (5434 Sayılı) 40. Maddesi 1. Fıkrasının Değiştirilmesi ile Bu Kanun'a Geçici 215. Madde Ekleyen 4919 sayılı Kanun'un Bir ve 2. Maddelerinin İptal Edildiği Gerekçesiyle Yürürlüğünün Durdurulmasına Dair Karar.	11.10.2003	25256
2003/4	2002/5	Sosyal Demokrat Parti'ye İhtar Verilmesi Hakkında Karar.	01.11.2003	25276
2003/12	2003/31	Emekli Sandığı Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Bazı Maddelerinin Yürürlüğünün Durdurulması İsteminin Reddi Hakkında Karar.	01.11.2003	25276
2003/16	2001/383	Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu (4691 sayılı) nun 4 ve 5. Maddelerinin İptal Edildiği Gerekçesiyle Yürürlüğünün Durdurulması Hakkında Karar.	01.11.2003	25276
2003/33	2002/112	Kamulaştırma Kanunu'nun (2942 sayılı) 38. Maddesinin Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Aykırı Olduğu Gerekçesiyle İptali Hakkında Karar.	04.11.2003	25279
2003/83	2003/79	Türk Ceza Kanunu'nun 522. Maddesinin Son Fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	07.11.2003	25282
2002/200	2000/75	Orman Kanunu'nun 3373 sayılı Yasa ile Değiştirilen 17. Maddesinin 3. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesiyle İptaline Dair Karar.	08.11.2003	25283
2003/63	2001/346	Emniyet Teşkilatı Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'unda Bazı Madde ve Hükümlerin İptali İstemiyle Açılan Dava Hakkında Karar.	08.11.2003	25283
2003/81	2003/77	Devlet Memurları Kanunu'na 527 sayılı KHK'nin 3. Maddesiyle Eklenen I Sayılı Cetvelde Yer Alan 1. Derece Avukatlarla İlgili Bir Hükmünün Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	14.11.2003	25289
2003/15	2000/24	Milliyetçi Hareket Partisi'nin 1999 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesine Dair Karar.	15.11.2003	25290
2003/16	2001/16	Milliyetçi Hareket Partisi'nin 2000 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesine Dair Karar.	15.11.2003	25290
2003/17	2002/10	Milliyetçi Hareket Partisi'nin 2001 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesine Dair Karar.	15.11.2003	25290



2003/14	2003/20	Aydınlık Türkiye Partisi'nin 2002 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesine Dair Karar.	16.11.2003	25291
2003/18	2002/17	Adalet ve Kalkınma Partisi'nin 2001 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesine Dair Karar.	16.11.2003	25291
2003/19	2000/13	Demokratik Sol Parti'nin 1999 Yılı Kesin Hesabının İncelenmesine Dair Karar.	16.11.2003	25291
2003/2	2001/34	Gelir Vergisi Kanunu'na 4444 sayılı Kanun'la Eklenen 57. Maddenin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	19.11.2003	25294
2003/3	2001/36	Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu, Finansman Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu ile 4306 ve 4481 sayılı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Kurumlar Vergisi Kanunu'na Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun'un İptaline İlişkin Karar.	21.11.2003	25296
1998/48	1997/45	Türk Ceza Kanunu'nun 462. Maddesinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddi Hakkında Karar.	22.11.2003	25297
2002/201	2002/146	Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 4771 sayılı Kanun'un Bazı Maddelerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	11.12.2003	25313
2002/91	2001/309	Avukatlık Kanunu'nun 14. Maddesinin 4667 sayılı Yasa ile Değiştirilen 1. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gereğesiyle İptaline Dair Karar.	12.12.2003	25314
2003/8	2002/55	Vergi Usul Kanunu'nun 4369 sayılı Kanun ile Değiştirilen 359. Maddesinin (a) Bendinin 2 Sayılı Alt Bendinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddi Hakkında Karar.	16.12.2003	25318
2003/10	2001/351	Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 92. Maddesinin 2. Fıkrasının 1 ve 2. Tümcelerinin Anayasa'ya Aykırılığı İddiasıyla Açılan Davanın Reddi Hakkında Karar.	16.12.2003	25318
2003/89	2003/84	Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelelenmesine Dair 4616 sayılı Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin 4758 sayılı Kanun'la Eklenen Birinci Maddenin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gereğesiyle İptali Hakkında Karar.	17.12.2003	25319
2003/60	2001/392	Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu ile 4306 ve 4481 sayılı Kanunlarda değişiklik yapan 4605 sayılı Kanunu'nun 12. Maddesinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	18.12.2003	25320
2003/47	2002/8	Avukatlık Kanunu'nun 2178 sayılı Yasa ile Değiştirilen 3. Maddesinin (b) Bendinin Anayasa'ya Aykırılığı İddiasıyla İptal İsteminin Reddi Hakkında Karar.	19.12.2003	25321
2003/48	2002/132	Avukatlık Kanunu'nun 2178 sayılı Yasa ile Değiştirilen 3. Maddesinin (b) Bendinin Anayasa'ya Aykırılığı İddiasıyla İptal İsteminin Reddi Hakkında Karar.	19.12.2003	25321

2003/41	2003/37	Adli Personel ile Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi ile 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun'un 2. Maddesinin 449 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Değiştirilen 6. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	20.12.2003	25322
2003/61	2001/375	Gelir Vergisi Kanunu'na 4065 sayılı Kanun'un 5. Maddesi ile Eklenen Geçici 58. Maddenin Altıncı Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	24.12.2003	25326
2003/29	2002/79	Kamulaştırma Kanunu'nun 4650 sayılı Yasa ile Değiştirilen 11. Maddesi, 1. Fıkrasının h Bendinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gereğesiyle İptaline Dair Karar.	25.12.2003	25327
2003/66	2003/38	Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 4128 sayılı Yasa ile Eklenen 61/A Maddesinin 1. Fıkrasının (c)Bendinin Anayasa'ya Aykırılığı İddiası ile İptal İsteminin Reddine Dair Karar.	26.12.2003	25328
2003/96	2000/80	Yüksek Öğretim Kanunu'nun 13. Maddesinin 3826 sayılı Kanun ile Değiştirilen (a) Fıkrasının 1. Bendinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptal İsteminin Reddine Dair Karar.	15.01.2004	25347
2003/93	2003/90	Karayolları Trafik Kanunu (2918 sayılı)'nın 116. Maddesi Üçüncü Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiası ile İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	22.01.2004	25354
2004/1	2003/111	İspirto ve İspirto Lu İçkiler İnhisarı Kanunu'nun 4619 sayılı Kanun'la Değişik 28 ve 40. Maddelerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	24.01.2004	25356
2002/90	2002/44	Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında 2495 sayılı Kanun'un 16 Maddesinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	27.01.2004	25359
2004/4	2003/107	Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında 278 sayılı Kanun'a 5016 sayılı Kanun'la Eklenen Geçici 3. Maddenin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gereğesi ile Yürürlüğün Durdurulmasına Dair Karar.	14.02.2004	25373
2004/5	2004/6	Devlet Memurları (657 sayılı) Kanunu'na 527 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Eklenen 1 Sayılı Cetvelin V-Avukatlık Hizmetleri Sınıfı Başlıklı Bölümünün Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gereğesi ile İptaline Dair Karar.	20.02.2004	25379
2003/87	2003/31	Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nda Değişiklik Yapan 4839 sayılı Kanun'un Bazı Maddelerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gereğesiyle İptaline Dair Karar.	24.02.2004	25383

2003/88	2003/67	Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nda Değişiklik Yapan 4919 sayılı Kanun'un Bazı Maddelerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptali Hakkında Karar.	28.02.2004	25387
2004/1	2004/1	Saadet Partisi'ne, 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu'nun 96. Maddesine Aykırı Davranışından Ötürü İhtar Verilmesine Dair Karar.	13.03.2004	25401
2003/42	2003/28	Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de Değişiklik Yapan 425 sayılı KHK ile Yeniden Düzenlenen 7. Maddesinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	16.03.2004	25404
2003/103	2002/43	Dernekler Kanunu'na 4552 sayılı Kanun'la Eklenen Geçici 7. Maddenin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	17.03.2004	25405
2004/12	2001/73	Askerlik Kanunu'nun 4459 sayılı Kanun ile Eklenen Geçici 37. Maddesinin Son Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiası ile İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	19.03.2004	25407
2004/6	2003/100	Orman Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 4999 sayılı Kanun'un 1. Maddesiyle Değiştirilen 6831 sayılı Kanun'un 1. Madde 2. Fıkrası ve 13. Maddesi ile 116. Maddesinin 1. Fıkrasının İptal Edildiği Gerekçesi ile Yürürlüğünün Durdurulmasına Dair Karar.	20.03.2004	25408
2004/36	2001/1	Patent Haklarının Korunması Hakkında 551 sayılı KHK 165. Madde 3. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	21.04.2004	25440
2004/35	2001/390	Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ile Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 4045 sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesi 1. Tümcisinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	30.04.2004	25448
2004/16	2001/237	Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. Maddesinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	05.05.2004	25453
2004/34	2001/282	Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında (6136 sayılı) Kanun'un 4534 sayılı Kanun ile Değiştirilen 7. Madde Son Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	07.05.2004	25455
2003/65	2000/5	Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair 1918 sayılı Kanun'un 27. Maddesine 3217 sayılı Kanun ile Eklenen 4. Fıkranın Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	08.05.2004	25456

2004/9	2004/74	Telgraf ve Telefon Kanunu'nun (406 sayılı) EK 18. Maddesinin Sonuna 4502 sayılı Kanun'un 12. Maddesiyle Eklenen "Sabit Ücret" Sözcüklerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	11.05.2004	25459
2004/2	2003/4	HADEP Üyesi Hamit Geylani'nin Siyaset Yapma Yaşamının Kaldırılması İsteminin Reddine Dair Karar.	12.05.2004	25460
2004/11	2001/143	Gelibolu Yarımadası Tarihi Millî Parkı Kanunu (4533 sayılı)'nın 6. Maddesinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	12.05.2004	25460
2003/77	2003/62	Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında 3030 sayılı Kanun'un 18. Maddesinin 4736 sayılı Kanun ile Değiştirilen Son Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	13.05.2004	25461
2004/25	2002/92	Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı KHK'ya 4128 Sayılı Kanun ile Eklenen 61/A Maddesinin (c) Bendinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	14.05.2004	25462
2004/14	2001/349	Polis Yüksek Öğretim Kanununun (4652 sayılı)'un 10 . Maddesinin 2. Fıkrası ve 15. Maddesinin 1. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddi Hakkında Karar.	02.06.2004	25480
2004/26	2000/83	Türk Ceza Kanunu (765 sayılı)'nın, 6123 sayılı Kanun'la Değiştirilen 513. Maddesi 2. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	17.06.2004	25495
2004/43	2002/29	Türk Ceza Kanunu'nun (765 sayılı) 510. maddesinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	18.06.2004	25496
2004/44	2002/101	Türk Ceza Kanunu'na 3756 sayılı Kanun'la Eklenen 521/a Maddesi 1. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	19.06.2004	25497
2004/3	2002/166 <sup>ii</sup>	Askerî Ceza Kanunu'nun 4551 sayılı Kanun'la Değiştirilen 67. Maddesi 1. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	02.07.2004	25510
2004/31	2003/98	Avukatlık Kanunu'nun 4667 sayılı Yasa ile Değiştirilen 167. Maddesinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesiyle İptaline Dair Karar.	10.07.2004	25518
2004/94	2004/52	Dernekler Kanunu'nun (2908 sayılı) 71. Maddesinin 4552 sayılı Kanun ile Değiştirilen 2. Fıkrasının (2/a) Numaralı Alt Bendinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	18.07.2004	25526

<sup>ii</sup> 07.07.2004 gün ve 25515 sayılı *Resmî Gazete*'de düzeltilmesi vardır.

2004/53	2002/114	Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu ( 4533 sayılı )'nun 6. Maddesinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Savıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	20.07.2004	25528
2004/24	2004/170	Askerî Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu (353 sayılı) 32 ve 220. Maddelerinin Son Tümcenin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	20.07.2004	25528
2004/55	2002/108	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (1412 sayılı)'nun 207. Maddesinin 1. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	20.07.2004	25528
2004/37	2001/119	Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında 6183 sayılı Kanun'un 41. Maddesinin 3418 sayılı Yasa ile Değiştirilen Son Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	21.07.2004	25529
2004/61	2000/85	Sosyal Sigortalar Kanunu (506 sayılı)'nun Ek 24. Maddesinin 3995 sayılı Kanun'la Değiştirilen (L) Bendinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	21.07.2004	25529
2004/23	2002/128	Meslekî Eğitim Kanunu'nun (3308 sayılı) Geçici 1. Maddesi 1. Fıkrasının (b) Bendinin (1) Numaralı Alt Bendin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	27.07.2004	25535
2004/24	2003/72	Meslekî Eğitim Kanun'un (3308 sayılı) 41. Maddesi 9. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	29.07.2004	25537
2004/57	2003/57	Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Malî ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 17. Maddesinin Askerî Hakim Sınıfı Bölümünün Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	29.07.2004	25537
2003/100	2002/32	Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün Yeniden Yapılandırılması ile Tütün ve Tütün Mamullerinin Üretimine, İç ve Dış Alım ve Satımına, 4046 sayılı Kanun'da ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 9. Maddesinin 2 Sayılı Alt Bendinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	11.08.2004	25550
2004/51	2004/26	İdarî Yargılama Usulü Kanunu (2577 Sayılı)'nun 4001 sayılı Kanun'la Değişiklik Yapılan Bazı Maddelerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	11.08.2004	25550

2004/8	2003/33	Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 4842 sayılı Kanun'un 15. Maddesiyle 193 sayılı Gelir Vergisi Kanun'un 121. Maddesi Son Fıkrasının İptal Edildiği Gerekçesi ile Yürürlüğünün Durdurulmasına Dair Karar.	12.08.2004	25551
2003/76	2003/48	Ekonomik İstikrarı Sağlamak için Ek Vergiler Alınması Hakkında 4837 sayılı Kanun'un 1 ve 2. Maddelerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	11.09.2004	25580
2004/9	2002/100 <sup>iii</sup>	Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, Basın Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 4756 sayılı Kanun'un Bazı Maddelerinin İptal Edildiği Gerekçesi ile Yürürlüğünün Durdurulmasına Dair Karar.	24.09.2004	25593
2004/91	2001/481	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (1412 sayılı) 390. maddesinin 2369 sayılı Yasa ile Değiştirilen Son Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	22.10.2004	25621
2004/69	2003/12	Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makineleri Hakkında 1072 sayılı Kanun'un 2. Maddesi, 3. Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	23.10.2004	25622
2004/59	2003/106	Vergi Barışı Kanunu'nun 20. Maddesinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiası ile İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	03.11.2004	25632
2004/60	2000/43	Karayolları Trafik Kanunu'nda Değişiklik Yapan 4550 sayılı Kanun 2 ve 3. Maddesinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	04.11.2004	25633
2004/49	2003/11	Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında KHK ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 4745 sayılı Kanun'un 7. Maddesi ve 491 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye Eklenen Ek Madde 8'in Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	05.11.2004	25634
2004/47	2003/9	Bütçe Kanunu'nun (4726 sayılı, 2002 Mali Yılı) Bazı Maddeleri ile Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında KHK, Devlet Memurları Kanunu, Harcira Kanunu ve 190 sayılı KHK'de Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. Maddesiyle 491 sayılı KHK'ye Eklenen Ek Madde 8'in Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	05.11.2004	25634

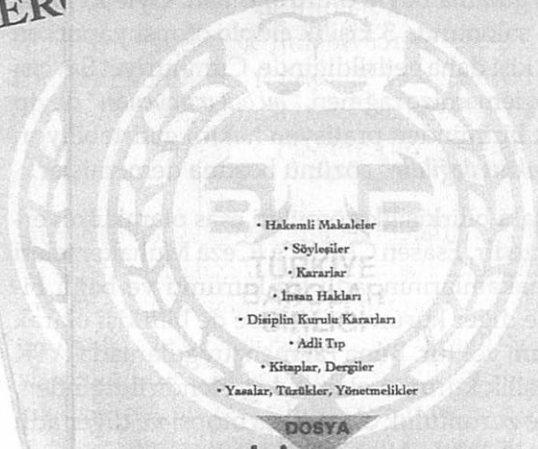
<sup>iii</sup> 01.10.2004 gün ve 25600 sayılı *Resmî Gazete*'de düzeltilmesi vardır.

2004/6	2003/86	Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 4969 sayılı Kanun'un 10. Maddesinin (c) Fıkrası ile 4749 sayılı Kanun'un 17. Maddesine Eklenen (C) Fıkrasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	06.11.2004	25635
2000/17	2000/16	Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair 4501 sayılı Kanun'un İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	09.11.2004	25638
2004/46	2002/143	Türk Ceza Kanunu'nun 2370 sayılı Kanun'la Değiştirilen 119. Maddesinin 4. Fıkrasının, Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	10.11.2004	25639
2004/38	2001/478	Türk Ceza Kanunu'nun, 3038 sayılı Yasa ile Değiştirilen 434. Maddesi 1. Fıkrasının, Anayasa'ya Aykırılığı Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	11.11.2004	25640
2004/98	2002/156	Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 4771 sayılı Kanun'un Bazı Maddelerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	12.11.2004	25641
2004/89	2004/18	Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile 4925 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Kanunu'nun 57. Maddesi (b) Bendinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	23.11.2004	25649
2004/93	2004/11	İcra ve İflas Kanunu'na 4949 sayılı Kanun ile Eklenen 352/a ve 1412 Sayılı Kanun'un 386 sayılı Kanun'un Bazı Maddelerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiasıyla İptali İsteminin Reddine Dair Karar.	24.11.2004	25650
2004/12	2004/107	Dernekler Kanunu'nun (5253 sayılı 10. Madde 1. Fıkrasının Siyasal Partiler Yönünden Yürürlüğünün Durdurulmasına Dair Karar.	07.12.2004	25663
2004/4	2003/41	Bütçe Kanunu 4833 sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesi ile İptaline Dair Karar.	08.12.2004	25664
2004/14	2004/84	Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu (5225 sayılı)'nın 11. Maddesinin 2. Fıkrası, 2004/124 sayılı Kararla İptal Edildiği Gerekçesi ile Yürürlüğünün Durdurulmasına Dair Karar.	14.12.2004	25670
2004/15	2004/108	Dernekler Kanunu'nun 10 ve 13. Maddelerinin Yürürlüğünün Durdurulması Hakkında Karar.	31.12.2004	25687

TÜRK  
BARO  
DERGİSİ

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2808



- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurul 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



# SIYASAL PARTİ TÜZÜKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

## “TÜRK POZİTİF HUKUKU YÖNÜNDEN SIYASAL PARTİ TÜZÜKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ”

Ahmet İYİMAYA\*

- I -

### GİRİŞ

Siyasal partilerde tüzük, parti iç-hukukunun temel kuralıdır. Partinin yapısını ve işleyişini ortaya koyan, üyelerin ve aday adaylarının hukukunu düzenleyen ana belgedir.<sup>1</sup>

Parti tüzük ve programlarının, diğer gönüllü kuruluşların yahut sivil toplum yapılanmalarının aksine, Anayasa seviyesinde ele alınması ve asli kurucu iktidar tarafından Anayasa sorunu olarak değerlendirilmesi; siyasi partilere karşı derinlerde duyulan güven eksikliği kadar, hukukun üstünlüğüne yapılan yüksek vurguyu anlatır (Anayasa m. 69/I, 69/V, 68/IV karşılığı Anayasa m. 33).<sup>(2)</sup>

\* Ankara Barosu Üyesi, Anayasa Komisyonu Önceki Başkanı.

<sup>1</sup> Bir tüzük taslağı gerekçesinde bu önem, şu ifadelerle ortaya konmuştur: “Tüzükler, siyasi partilerin anayasalarıdır. Anayasalar, rejimlerin; tüzükler ise partilerin kimliklerini ortaya koyan temel belgelerdir. Uygulanmayan anayasaların yolaçtığı trajik sonuçlar ne ise, tüzüklerin rafa kaldırılmasının yolaçacağı siyasi sonuçlar da neredeyse- aynıdır. Standardı yüksek tüzüklerin yapılması kadar ve hatta daha çok onların uygulanması önemlidir.” (İyimaya, Ahmet, *DYP Tüzüğü Değişiklik Ön Taslağı*, Gerekeçe bölümünden. Özel arşivim).

<sup>2</sup> Bu konuda kurucu iktidar belgelerinden ilginç kesitler için, bkz., İyimaya, Ahmet, “Anayasa Mahkemesi’nin Üyelik Yapısında Yasama Organının Rolü” *Türk Hukuk Kurumu Yetmişbirinci Kuruluş Yılı Armağanı*, Ank. 2005, s. 85 vd.; Hukukun üstünlüğüne vurgu, -doğaldır ki- kurucu iktidar iradesinden değil, normun nesnel yapısından (objektif anlamından) kaynaklanmaktadır.

Siyasal parti tüzüklerinin üst-hukuk normlarına (Anayasa'ya ve yasaların emredici kurallarına) aykırılığı halinde ortaya çıkabilecek sorunların yine hukuk yoluyla nasıl giderilebileceği sorusu, bu incele-memizde cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

Sorunu doğrudan veya dolaylı olarak düzenleyen kuralların doğal sınırları, korporatif hukukun ortak ilkeleri, bu konuda görevli kılınmış organların sorun bağlamında konumları, görünürde (kâzip) kural-görev çatışmaları üzerinde durulacaktır. Özellikle yargı uygulamasında beliren, fakat pozitif hukukumuzla bağdaştırılması zor örnek ve eğilimler değerlendirilecektir.

Yazılı hukukumuzun parçalı ve eksik düzenlenmesinden kay-naklanan duraksamaları ortadan kaldıracak “değişiklik” önerilerine de incelememizde yer verilecektir.

Değineceğimiz hukuki sorunlarla ilgili olarak, ne herhangi bir siyasi partinin makale yahut eser düzeyinde bir araştırması, ne de doktrinde doğrudan bir inceleme vardır.<sup>3</sup>

Parti tüzüklerinde, gerek Anayasa'ya ve gerekse yasanın emredici hükümlerine aykırı çeşitli hükümler yer alabilir. Kurulusta “serbesti/izne bağlı olmama” ve “genel kurul ya da başka organ kararı ile değiştirme” sisteminin yürürlükte olduğu hukukumuz yönünden bu durum kaçınılmazdır (Anayasa m. 68/IV, SPK m. 14/5, 16/3, Geçici m. 15).<sup>4</sup> Giderek ihdas döneminde hukuka aykırı olmamasına karşın hukuk düşüncesindeki değişimler (par. ex. köklü bir içtihat değişikliği) sebebiyle dahi sonradan hukuka aykırılık ortaya çıkabilir.

<sup>3</sup> Özellikle devlet yardımı alan siyasi partilerin siyaset kurumunun çetin hukuki sorunlarında veya kendilerini ilgilendiren diğer alanlarda üniversitelerle işbirliğine girerek araştırma yaptırılmaları; siyasetin bilimden beslenmesini sağlayacak, kaliteyi yükseltecek ve politikayı “retoriğin kısır döngüsünden” kurtaracaktır. Bir siyasi partinin rafa kaldırılan tüzük taslağının bir maddesi “Arşiv, Kütüphane ve Araştırmalar” başlığını taşıyordu (bkz., *Doğruyol Partisi Tüzük Taslağı*, yayınlanmamış, özel arşivimde). “Siyasal Parti Tüzükleri”, doktora tezleri için bakir bir alandır.

<sup>4</sup> “Siyasi Partiler, önceden izin almadan kurulurlar” (AY m. 68/IV), “... Parti tüzük ve programında değişiklik yapmak, ... büyük kongrenin yetkilerindedir” (SPK m. 14/5). “Bu Kanun’da yapılan değişikliklerin yürürlüğe girmesini müteakip, siyasi partilerin olağan büyük kongreleri toplanuncaya kadar, Merkez Karar ve Yönetim Kurulları bu değişikliğin gerektirdiği tüzük tadilatını yapmaya yetkilidir.” (SPK Geçici m. 15).

İncelememizi besleyecek ve bize yol aldırarak somut sorunların (örnekleme aykırı hükümlerin) bazılarını işaret edelim.<sup>5</sup> Doğaldır ki bu örneklerin yaratacağı hukuki sorunlara ve uygulayıcıların almak durumunda olacakları kararlara -yeri geldiğinde- değinilecektir.

### Örnekler;

1. "Ege bölgesinin Türkiye devletinden ayrılarak bağımsız bir devlet oluşturması için bölgesel referanduma başvurulur" (Tüzük, m. 12).

2. "İl yönetim kurulu, her ilde, il başkanı dahil, en az beş, en çok on beş üyeden kurulur" (Tüzük, m. 46/1).

3. "Genel başkan ve genel idare kurulu dışında büyük kongrenin seçim gündemiyle toplantıya çağrılabilmesi için kongre delegelerinden en az 2/3'sinin yazılı istemleri şarttır" (Tüzük, m. 39).

4. "Genel kurul kararlarına karşı iptal davası açılmaz" (Değiştirilerek kabul edilen Tüzük, m. 13).

5. "Disiplin kurulu kaldırılmıştır. Bu kurulun yasadaki belirtilen görevlerini, merkez karar kurulu yerine getirir" (Değiştirilerek kabul edilen Tüzük, m. 22).

6. "14 yaşını tamamlayan her türk, partiye üye olabilir" (Değiştirilerek kabul edilen tüzük, m. 18).

7. "Genel kurulda tutanak tutulması yasaktır" (Tüzük, m. 45).

8. "Genel başkan açık oyla seçilir" (Tüzük, m. 15).

9. "Meclis grubu, on kişiden oluşur" (Tüzük, m. 22).

10. "Partinin bir başka parti ile birleşmesine, merkez karar kurulu karar verir" (Tüzük, m. 16).

11. " Milletvekili adaylarının belirlenmesinde delegeye hiçbir şekilde başvurulamaz" (Tüzük, m. 21).

Görüldüğü gibi bu aykırı hükümlerin uygulama muhatapları, - hükmün kapsamına göre- "Cumhuriyet Başsavcısı, Anayasa Mahkemesi,

<sup>5</sup> Bu örneklerin bir bölümü gerçek hayattan (kimi siyasal parti tüzüklerinden) alınmış, bir bölümü de yasa göz önünde tutularak ipotetik olarak geliştirilmiştir.

İçişleri Bakanlığı, partililer (aday adayları) ve elbetteki korporatif hukukun ana-çözücüsü adli yargı"dır.

Bu muhataplar, hükmün niteliğine göre (o veya bu kişi ve organ), "ben tüzük hükmü dururken yasayı tanımam" seçeneği ile donatılmışlar mıdır? Böyle bir mantığın normatif temeli var mıdır? Sorunun özü bu sorularda yatmaktadır.

İncelememizde Yukarıdaki örnekler bağlamında sonuç üretilmeye çalışılmakla birlikte, analizin omurgasını "delege azınlığının olağanüstü toplantıya çağırma isteme hakkı" ve bu hakka (kurala) aykırı tüzük hükmünün değeriği oluşturmaktadır. Başka deyimle üç nolu örnek sorunun makale hacminde imtiyazlı bir yeri vardır.

## - II -

### PARTİ TÜZÜĞÜNÜN YARGISAL DENETİMİ YÖNÜNDEN ANAYASA MAHKEMESİ

Siyasi parti, yasama ve yürütme iktidarını, yani anayasal iktidarın önemli bir bölümünü elinde tutan veya bu iktidarı ele geçirmeye çalışan demokratik bir güçtür. Hem bu gücün hukuki güvenceye alınması ve hem de hukuk tarafından sınırlandırılması, hemen hemen bütün demokratik ülkelerde bir Anayasa sorunu olarak ele alınmıştır.

Anayasa Mahkeme'nin siyasi partiler konusundaki görev ve yetkileri, Anayasa'da kıyas veya diğer yorum çeşitleri ile genişletilemeyecek biçimde, sınırlı olarak belirlenmiştir. Buna göre;

1. Siyasi partinin tüzük ve programının Anayasa'nın 68/IV hükmüne aykırı olması halinde, o parti Anayasa Mahkemesi'nce temelli kapatılır ya da devlet yardımı kısmen veya tamamen kesilir (Anayasa m. 69/V, VII).

Parti tüzük ve programının hiçbir şekilde kendilerine aykırı olamayacak anayasal değerler: "devletin bağımsızlığı, ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü, insan hakları, eşitlik ve hukuk devleti ilkeleri, millet egemenliği, demokratik ve laik cumhuriyet ilkeleri, sınıf veya zümre diktatörlüğü ile herhangi bir diktatörlüğün savunulamazlığı ve yerleştirilmesinin amaçlanamazlığı, suç işlenmesinin teşvik edilemezliği" dir (Anayasa m. 68/IV). Aynı ilkeler, kapatma ve yardımın kesilmesi bağlamında SPK m. 101'de somut olarak düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’da tanımlanmış eylemlerin odağı olan siyasi parti için de aynı yaptırımları uygular (Anayasa m. 69/VI). Dış yardım alan parti ise behemahal kapatılır. Bu halde, daha alt-türde yaptırım olan “devlet yardımının kesilmesi” hükmü uygulanamaz (Anayasa m. 69/X).

Siyasal partinin üç sebep dışında kapatılması, iki sebep dışında ise devlet yardımından yoksun kılınması mümkün değildir.<sup>6</sup> Anayasa’nın Geçici 15. maddesinden yararlanılarak, Anayasa’ya rağmen 22.4.1983 tarihli 2820 sayılı Siyasal Partiler Kanunu’na serpiştirilmiş ve Anayasa’da yer almayan kapatma sebeplerinin artık hukuki değerleri kalmamıştır. Bu gibi hükümleri, Anayasa Mahkemesi, davaya bakan mahkeme sıfatıyla Anayasa’nın 152 hükmü yoluyla denetlemekte ve iptal etmektedir.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Parti kapatmayı ve yerine devlet yardımından yoksunluğu sebep bazında sınırlayan ve kapalı devre modeline dayalı Anayasa hükmü şöyledir:

“Bir siyasi partinin tüzüğü ve programının 68. maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde temelli kapatma kararı verilir.

Bir siyasi partinin 68. maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesi’nce tespit edilmesi halinde karar verilir. (Ek cümle: 3.10.2001 - 4709/25 m.) Bir siyasi parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisi’ndeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarıncaya kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır.

(Ek: 3.10.2001 - 4709/25 m.) Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkralara göre temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir.

Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alan siyasi partiler temelli olarak kapatılır.” (AY m. 69/V, VI, VII, X). Bkz., Özbudun, Ergün, Prof. Dr., *Türk Anayasa Hukuku*, Ank. 2004, s. 84 vd.; Çelikyay, Hakan Sabri, Dr., *1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Türkiye’de Siyasi Parti Kapatma Rejimi*, İst. 2002, s. 226 vd.; Yokuş, Sevtap, Doç. Dr., “Türk Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Siyasi Partilere Yaklaşımı”, *AÜHF D. C. 50, S.4, s. 107 vd.*; Sağlam, Fazıl, Prof. Dr., *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, İst. 1999, s. 133 vd.; Ayrıca bkz., bu incelemenin 7 nolu dipnotundaki Anayasa Mahkemesi kararı.

<sup>7</sup> 1982 Anayasası’nın Geçici 15. maddesinin son fıkrası, “Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmündeki kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca karar ve tasarrufların Anayasa’ya aykırılığı iddia olunamaz” biçiminde idi. O dönemde çıkarılan yasalar, siyasal partiler yasası dahil, bu hüküm sebebi ile “yumuşak anayasa” olarak nitelendirilmekte idi. Askeri rejimden çıkış garantisi niteliğindeki bu hüküm, 3.10.2001 T., 4709 sayılı ünlü Reform Yasası’nın

Anayasa Mahkemesi'nin parti tüzükleri ile ilgili yegane bağı, tüzüğün, Anayasa'nın 68/IV hükmüne aykırılığı ile sınırlıdır. Anayasa koyucu, tüzüğün diğer anatomisini Anayasa Mahkemesi ile ilişkilendirmemiştir.

Tüzüğün 68/IV hükmüne aykırılığı, düzeltme süreci işletilemeksizin mutlak bir kapatma veya devlet yardımından yoksunluk sebebidir.

Parti tüzüğünün, Anayasa'nın 68/IV hükmü dışındaki hükümlere, iç-hukuk kuralı halini almış ulusal-üstü hukuka veya yasaların buyurucu kurallarına aykırı olması sorununda Anayasa Mahkemesi'nin herhangi bir yetkisi yahut görevi yoktur.

---

34. maddesi ile Anayasa'dan çıkarılmış ve yürürlükten kaldırılmıştır (Bkz., Yazıcı, Serap, Prof. Dr. *Türkiye'de Askeri Müdahelerin Anayasal Etkileri*, Ank. 1997, s. 37 vd.). Bu tarihten itibaren 12 Eylül hukukun Anayasa Yargısı denetimi (AY m. 152 hükmündeki yöntem sınırında) mümkün olmuştur. Tarafımdan önerilen ve Anayasa Komisyonu arşivinde yeralan değişiklik önerim -ki siyasal partilere o dönemde çıkarılan kurallar hakkında geçici süre için iptal davası açma yetkisi veriyordu- benimsenmemiştir.

Anayasa Mahkemesi, Geçici 15. maddenin sözü geçen fıkrasının yürürlükten kalkması üzerine kavuştuğu yetkiyi kullanarak, o dönem hukukunun anayasal denetimini yapmaktadır.

Yüksek Mahkeme'nin kurduğu bir iptal kararı da parti kapatma rejiminin yapısı ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi, 1.4.2003 T., 21/13-E/K sayılı Kararı ile, "aralıksız iki seçim döneminde seçime katılmayan partinin kapatılmasını" öngören yasa hükmünü, aşağıdaki gerekçe ile iptal etmiştir (SPK m. 105).

"Anayasa'da kapatılma nedenlerinin sayılarak belirlenmiş olması, yasa koyucunun bunlar dışında bir nedenle siyasi partilerin kapatılması sonucunu doğuracak düzenlemeler yapamayacağı göstermektedir. Kuşkusuz bu durum, temelde diğer sivil toplum örgütleri ile büyük benzerlikler gösteren ancak demokratik siyasi yaşam için taşıdıkları önem nedeniyle Anayasa ile özel koruma sağlanan siyasi partilerin hiçbir yaptırıma bağlı tutulamayacakları anlamına gelmemektedir. Hukuk düzeninin korunması ve devamı için, diğer gerçek ve tüzel kişiler gibi siyasi partilere de yaptırımlar uygulanmasının gerekli olduğunda duraksanamaz.

Siyasi partilerin amacı, seçimler yoluyla iktidara gelip tüzük ve programlarında belirtilen görüşleri doğrultusunda milli iradenin oluşmasını sağlayarak ülkeyi yönetmek olduğundan seçimlere katılmayan bir siyasi partinin temel işlevini yerine getiremeyeceği açıktır. Bu nedenle, siyasi partilerin Anayasa ve yasalar çerçevesinde üstlendikleri görev ve sorumluluklarına uygun olarak etkinliklerde bulunabilmelerinin sağlanması için iki dönem seçimlere katılmamalarının yaptırıma bağlanması olanaklı ise de, "Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimlerine katılmama" Anayasa'da sayılan kapatılma nedenleri arasında yer almadığından bu eylemin yaptırımının "kapatılma" olamayacağı açıktır.

Bu nedenle, 2820 sayılı Yasa'nın 105. maddesi, Anayasa'nın 68 ve 69. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

2. Anayasa Mahkemesi'ne siyasal parti ile ilgili olarak yüklenen bir başka görev ise, "mali denetim"dir (Anayasa m. 69/IV). Bu görev, incelememizin dışında kalmaktadır.

3. Anayasa Mahkemesi'nin siyasal partilere ihtarda bulunma yetkisi var mıdır?

Bu soru, Anayasa Mahkemesi'nin "yetki genişletme" adına Anayasa'yı nasıl aştığının da cevabını davet etmektedir.

a. Temel görevi norm denetimi olan Anayasa Mahkemesi'ne, Anayasa dışında başka bir kuralla, sözgelimi yasa yahut kanun hükmünde kararname ile görev yükletilemez. Anayasa'nın bu ilkeyi, "Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirir" biçiminde tedvin etmiştir (Anayasa m. 148/VI). "Anayasa ile verilen" ibaresi, anayasa dışındaki diğer normlarla yüksek mahkemeye görevin verilemezliğini, duraksamasız olarak ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin görevlerini düzenleyen Anayasa maddelerinin hiçbirinde "siyasi partiye ihtar vermek" ibaresi (görev formatı) yer almamaktadır (Bkz., Anayasa m. 148, 69). Keza hukuken mümkün olmamasına rağmen, 10.11.1983 tarihli 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da da böyle bir görev öngörülmemiştir (m. 18). Bu Yasa'da dahi, görevlerin Anayasa ile verilmesi vurgulanmıştır (m. 18/8).

b. İhtar, tüzüğün Anayasa'nın m. 68/IV hükmüne aykırı olmaması yönündeki yasağın bir uzantısı olabilir mi? Bu soruya olumlu bir cevap verilemez.

aa. Anayasa, 68/IV'teki temel değerlere aykırılıkta bir düzeltme hakkı vermeksizin, partinin hukuki varlığına veya mali yardım rejimine son vermeyi öngörmektedir. Korunan değerlerin tüzük kuralı seviyesinde ihlalini, bu yaptırımlar (kapatma yahut yardım kesme) için yeter-şart görmüştür.

bb. 68/IV hükmü dışında kalan aykırılıklarda Anayasa Mahkemesi'nin ihtarla ilişkilendirilmesinin anayasal bir mantığı yoktur. Çünkü o tür aykırılıklar, Anayasa Mahkemesi'nin uygulayabileceği yaptırımların (kapatma ve yardımdan yoksun kılmanın) bir nedeni oluşturmadığından Anayasa Mahkemesi'yle bir bağ kurulamaz.

Siyasi partilerin parti kapatma dışında kalan yargısal denetimi görevi, Anayasa Mahkemesi'ne verilebilir. Tali kurucu iktidar, böyle bir modeli benimseyebilir. Bizim de katılacağımız bu model, olması gereken hukuk olarak, gerçekleşmediği (pozitif hukuka dönüşmediği) sürece mevcut hukuktaki sorunların çözümünde kullanılamaz. Ayrıca vurgu ile belirtelim ki, siyasal partiye düzeltme fırsatı vermeden aykırı tüzük ve program hükümlerinin kapatma ve yardımdan yoksunluk sebebi kılınması da, mukayeseli Anayasal demokrasinin gerisinde kalmış bir yaptırımdır.<sup>8</sup>

c. Siyasal Partiler Yasası'nın kimi hükümleri, bu arada inceleme konumuzla ilgili olarak 104. hükmü, Anayasa Mahkemesi'ne ihtar yetkisini vermektedir.

Madde hükmü şöyledir: *“Bir siyasi partinin bu Kanun’un 101. maddesi dışında kalan emredici hükümleriyle diğer kanunların siyasi partilerle ilgili emredici hükümlerine aykırılık halinde bulunması sebebiyle o parti aleyhine Anayasa Mahkemesi’ne, Cumhuriyet Başsavcılığı’nca re’sen yazı ile başvurulur.*

*Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümlere aykırılık görürse bu aykırılığın giderilmesi için ilgili siyasi parti hakkında ihtar kararı verir. Bu yazının tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde aykırılık giderilmediği takdirde, Cumhuriyet Başsavcılığı o siyasi partinin devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması için Anayasa Mahkemesi’ne re’sen dava açabilir.”*

aa. Yasa iki yönden Anayasa’ya aykırıdır;

Birinci aykırılık, Anayasa Mahkemesi’ne yasa ile görev verilmiş olmasıdır. Oysa Anayasa, bu yöntemi yasaklamaktadır. Anayasa Mahkemesi’ne, ancak Anayasa ile bir görev verilebilir (Anayasa m. 148/son). İkinci aykırılık, ihtarın gereğinin yerine getirilmemesine, *“partinin devlet*

<sup>8</sup> Sivil toplum örgütleri veya siyasal parti tüzüklerinde “kurulu rejimin” dokunulmazlarının ortadan kaldırılacağına yönelik hükümlerin yeralması, bir proje ve ifade sınırından eyleme geçmedikçe ve şiddet içermedikçe, barışçı bir dönüşüm anlamına gelir ve hukuka aykırı sayılamaz. Bu tür klozların kapatma sebebi kılınması, demokrasinin barışçı dönüşüm gücü ve özgürlüğün ruhu ile bağdaşmaz (Erdoğan, Mustafa, Prof. Dr., “Yargıyı Hukuka Davet” *Tercüman Gazetesi*, 01.08.2005 tarihli köşe yazısı. s. 1/2, Sağlam, Fazıl, Prof. Dr., a.g.e. s. 93 vd. Aynı müellif “Siyasal Partiler Kanunu’nda Uluslararası Standartlara Uygunluk Sağlamak İçin Yapılması Gereken Değişiklikler” *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ank. 2000, S. 17, s. 242-243.



yardımından yoksun bırakılması" yaptırımının öngörülmesidir. Oysa bu yaptırım, ancak iki kapatma sebebi yerine ikame yaptırım olarak anayasa seviyesinde düzenlenmiş olup başka aykırılıklara teşmil edilemez (Anayasa m. 69).<sup>9</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin gördüğü ihtar dosyası, teknik anlamda bir dava olmadığından, Anayasa'nın 152 maddesi yoluyla kuralın denetimini yapamamakta, iptal yoluna gidememektedir.<sup>10</sup> Bize göre, Anayasa Mahkemesi'nin 148/VI hükmü (Anayasa Mahkemesi'ne anayasa dışında kalan kurallarla görev verilemezlik yasağı), yatay etkisi tartışmasız ve doğrudan etkili bir norm olup bu hallerde Anayasa kuralı doğrudan uygulanır (Anayasa m. 11). Yasa ihmal olunur. Öyle görünüyor ki kullanılan yetkinin cazibesi, Anayasa hükmünü (m. 148/son fık.) Anayasa Mahkemesi uygulaması yoluyla söndürmektedir. Bu durum, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi karşısında -kuşkusuz- gözden geçirilmelidir.

Sorunla ilgili olarak değerli bir Anayasa hukukçusunun görüşü şöyledir: *"Bir kurum olarak Anayasaya aykırı olduğu kanımca söylenemeyecek ihtarın, konusunu oluşturan siyasi partilerin yasaya aykırılık durumlarını saptama görevinin Anayasa ile verilmesi gerekirken, yasa ile Anayasa Mahkemesi'ne verilmesinin, Anayasa'nın, 'Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirir.' şeklindeki 148. maddesinin son fıkrasına ise açık bir aykırılık oluşturduğu ortadadır. Anayasa Mahkemesi'ne verilecek görevlerin Anayasa'ca verilmesi gerektiği son derece açık bir husustur. Anayasa Mahkemesi Anayasa'yı yorumlayan ve yasaların Anayasa'ya uygunluğunu saptayan yüce bir mahkeme olması nedeniyle, böyle önemli bir mahkemeye her türlü görevin Anayasa'ca verilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, yasa koyucu,*

<sup>9</sup> Anayasa Komisyonu'nda sorunun anayasal boyutu üzerinde hiçbir üyenin durmamış olması, "komisyonun Anayasa duyarlılığı" bakımından hayli anlamlıdır (Bkz., 11.12.2002 T., 1-282/4-E/K sayılı Anayasa Komisyonu Raporu, Sıra sayısı: 3, Dönem: 22, Yasama yılı :1).

<sup>10</sup> Siyasal Partiler Kanunu'nda düzenlenen "ihtar" (SPK m. 102, 104) işi, Anayasa Hukuku anlamında bir "dava" niteliğinde olmadığı için, Anayasa Mahkemesi, alt-mahkeme sıfatı ile Anayasa m. 152'de düzenlenen yöntem (itiraz yolu) içinde kuralın Anayasa'ya aykırılığını inceleyememektedir. Kanadoğlu, Korkut O., Dr., *Anayasa Mahkemesi*, Ank. 2004, s. 212 vd. (Ayrıca bkz., Anayasa Mahkemesi 10.2.2004 T., 1/1-E/K (Siyasi Parti-İhtar), Anayasa Mahkemesi 9.1.2002 T., 8/9-E/K (Siyasi Parti-İhtar). AMKD, C. 38, S. 2, s. 807 vd.). Tüzük iptali hakkında adli yargıda görülen bir davada mahkemenin, SPK m. 104/2 hükmü hakkında Anayasa m. 152 hükmü yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurması mümkündür.

*eğer Anayasa Mahkemesi'nden hoşnut değilse, çıkaracağı yasalarla Anayasa Mahkemesi'ne olmadık bazı görevler verebilir. Bu ise Anayasa Mahkemesi'nin temel görevi olan Anayasa'ya uygunluk denetimini anlamsızlaştırır.*"<sup>11</sup>

Anayasa'nın 69/son fıkrasında öngörülen "*siyasi partilerin ... denetlenmeleri ... yukarıdaki esaslar çerçevesinde yasa ile yapılır*" yönündeki hükmü, ihtar yetkisinin (görevin) Anayasa Mahkemesi'ne verilebilmesine dayanak oluşturmaz. İhtar'ın "*denetim*" kapsamında bir tür olduğu tartışılmaz. Ancak Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesi'ne böyle bir görev/yetki vermediği de tartışmasız açıktır. "*Görev kuralları; yorumla, semantik yöntemlerle üretilemez.*" Bu, Anayasa Mahkemesi yönünden özellikle böyledir (Anayasa m. 148/ son fıkra).<sup>11-a</sup>

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin ihtar yetkisinin bulunmadığı bir yana, açılmış bir kapatma davası olmadıkça, "*devlet yardımından yoksunluk*" müeyyidesini uygulaması da imkansızdır. Yardımdan yoksunluk yaptırımı, kapatma yerine düşünülmüş, takdiri Anayasa Mahkemesi'ne ait "*ikame ve seçenek*" türünden bir yaptırımdır (Anayasa m. 69/VII). İhtara uymayan partinin devlet yardımından yoksun bırakılmasına yönelik bir istemi (davayı) çözme görevi Anayasa Mahkemesi'ne verilmemiştir (Anayasa m. 69, 148/son fıkra. Bkz., Kurumsal

<sup>11</sup> Turhan, Mehmet, Prof. Dr., "Siyasi Partilere İhtar", *AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 57/1, S. 202, s. 145 vd. Aynı müellif Siyasal Partiler Yasası'ndaki anayasal çelişkilere, şu vurguyu yapmaktadır: "Ancak Anayasa'da yapılan bu değişiklikler Siyasal Partiler Yasası'na yeterli ölçüde yansımamıştır. Siyasal Partiler Yasası siyasi partilerin kapatılmalarını yalnızca anayasal nedenlerle sınırlı tutmamaktadır. Siyasal Partiler Yasası'nın 102. maddesinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın isteklerine uyulmaması halinde, 104. maddesinde diğer sebeplerle (Anayasa Mahkemesi'nce verilecek ihtara uyulmaması sonucunda) ve 105. maddesinde de seçimlere katılmama nedeniyle partilerin kapatılabileceğini hükme bağlamıştır. Ayrıca, Siyasal Partiler Yasası'nın "Dördüncü Kısım"ında yer alan siyasi partilerle ilgili yasakların büyük bir bölümü de şu an Anayasa'ya aykırı duruma gelmişlerdir. Kanımca bu hükümler Anayasa'nın parti kapatma nedenlerinin dışına çıkmıştır ve bu nedenle açıkça Anayasa'ya aykırıdır. Biz bu yazımızda bunlardan Siyasal Partiler Yasası'nın 104. maddesinde düzenlenmiş bulunan "ihtar" verme mekanizmasını açıklamaya ve incelemeye çalışacağız.", *a.g.m.* s. 141.

<sup>11-a</sup> Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen "parti kapatma" görevinin dışında kaldığı kuşkusuz olan "partinin dağılması/infisah" konusunda da kendisini görevli saymıştır. Anayasa'nın Geçici 15/3 maddesinin ve o tarih itibarıyla yumuşak Anayasa niteliğini taşıyan SPK m. 104/2 hükmünün yürürlükte olduğu dönemde kurulan kararda benimsenen bu anlayış, bugünkü anayasa bakımından savunulamaz (Anayasa Mahkemesi 25.8.1983 T., 1/1-E/K. (Parti Kapatma).

Yasa).<sup>11-b</sup> SPK m. 104/2 hükmü, siyasal iktidarların, daha doğrusu siyasal partilerin kendi yaşam alanlarında dahi nasıl bir düşük yoğunluklu (yahut ham) Anayasa bilinci ile donanmış olduklarını ortaya koyması yönünden önemli bir göstergedir.

bb. Yasa, devlet yardımından yararlanmayan partiler yönünden yaptırımsız hukuka aykırılık serbestisine (ilişilemez alana) yol açmaktadır. Devlet yardımını haketmemiş partiye, “yardımdan yoksunluk” yaptırımını öngörülemezliğine göre, bu durumda ihtarın bir asker mektubu kadar dahi işlevinin olamayacağı açıktır (SPK Ek m. 1).

O halde Anayasa yargısının ihtarının sonuçsuz kalması sebebi ile tüzükleri bu tür bir denetime dahi konu olmayacak partiler alanı yahut denetimsiz tüzük alanı, kuşkusuz biçimde vardır.

%7 yardım barajının altında kalan, zaman zaman iktidarda da bulunan çok sayıda siyasal partiler yönünden ortaya çıkan bu denetimsiz alanın olduğu gibi sürmesini sonuçlandıracak bir yorum, hukuken savunulamaz. Bunun bir başka çözümü olmalıdır. Bu alanda oluşturulan denetimsizlik görüntüsü; gerçek, sürekli ve kapsayıcı çözümün hukuki isabetine de işaret etmektedir.

### - III -

## PARTİ TÜZÜĞÜNÜN HUKUKİ DENETİMİ YÖNÜNDEN YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, partinin belli yoğunlukta ve belli türde hukuka aykırılık içinde olması halinde, hukuku, başkaca bir talep ve tahrike gerek kalmaksızın görevinden ötürü (ex-official) ve doğrudan harekete geçirebilmektedir.<sup>12</sup>

<sup>11-b</sup> 2.1.2002 tarih ve 4778 sayılı Yasa (m.15) ile getirilen bu modele bağlı olarak Anayasa Mahkemesi’ne henüz bir uyuşmazlık gelmemiştir. Anayasa Mahkemesi, aynen SPK m. 105’te olduğu gibi, ihtilafın önüne gelmesi halinde, SPK m. 104/2 kuralını iptal etmek zorunda kalacaktır (Bkz., bu yazımızın “7” nolu dipnotu).

<sup>12</sup> Bkz., Saldırım, Mustafa, Dr., *Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısı’nın Görevleri*, Ank. 2005, Aynı müellif, “Cumhuriyet Savcısı’nın Özel Hukukta Dernek ve Sendika Tüzel Kişiliğinin Sona Erdirilmesine İlişkin Görevleri” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, S. 59, s. 359 vd. Bu değerli tez ve incelemelerde, siyasal parti-korporatif hukuk ilişkisinin ele alınmaması, -telafisini beklediğimiz- bir noksanlıktır (SPK m. 29, 121). Yüksek Yargıtay, bir kararında savcılık makamının hukuk davasındaki rolü ile ilgili olarak

Parti tüzüğü'nün Anayasa'nın 68/IV hükmüne aykırı olması halinde yüksek savcılık makamı, ihtara gerek duyulmaksızın doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne "kapatma" davası açacaktır (Anayasa m. 69/VI). İncelememizin giriş bölümünde değinilen aykırı tüzük örneğinde

şu sonuca varmıştır: "... Medeni Kanun'un 71.maddesinde (bir cemiyetin gayesi kanuna yahut adabı umumiyeye mugayir olursa, müddeiumumilik makamının veya bir alakadarın talebi üzerine o cemiyet fesholunur.) hükmü yer almıştır.

1. Bir kısım üyeler, ifa eyledikleri vazifenin, özelliği bakımından Cumhuriyet Savcılarının mahkemenin bünyesine dahil olduklarını, zedelenen kamu yararını ve bozulan amme intizamını tecavüzlerden masun kılma vecibesinin hakim ve cumhuriyet savcısının ortak görev ve amacı bulunduğunu, bu sebeple, Cumhuriyet Savcısı'nın açtığı fesih, davasında hazır bulunmak zorunda olduğunu, ancak, çeşitli sebeplerle kanun koyucunun bu kaideye istisna teşkil eden hükümler sevk ettiğini (İcra ve İflas Kanunu'nun istisna teşkil eden hükümler sevk ettiğini (İcra ve İflas Kanunu 350, Ceza Usulü Muhakemeleri Kanunu 219, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 148) böylece Cumhuriyet Savcısı'nın huzuruna lüzum bulunmayan hallerin özel kanunlarına hükümler konulmak suretiyle belirtme yolunun seçildiğini, öte yandan Medeni Kanun'un 71. maddesinde talepten söz edilmiş ise de, bunun dava anlamına geldiğini, esasen mehz İsviçre Medeni Kanunu'nun bu maddeye tekabül eden 78. maddesinde açıkça, davadan söz edildiğini, 20.9.1950 günlü, 4-/10 sayılı içtihadı birleştirme kararında da, tereddüt halinde metinlerin mehz kanuna göre yorumlanması ve anlaşılması hususuna işaret edildiğini, bu bakımdan Cumhuriyet Savcısı'nın derneği feshi davalarında başından sonuna kadar davayı takip etmesi gerektiğini izah etmişlerdir.

2. Bir kısım üyeler, kamu adına Cumhuriyet Savcılarının hukuk mahkemelerinde açtıkları davaların nitelikleri itibariyle tam bir hukuk davası olduğunu HUMK'un bu davalarda da aynen uygulanması lazım, geldiğini, kanun koyucunun kamu düzeni veya adap ve ahlaka aykırılığı söz konusu olduğu hallerde, savcılarını dava açmakla görevlendirirken, onları hiçbir zaman muhbir durumuna sokmak istemediğini, bilakis davayı takip etmekte mahkemeye yardımcı olmak, gerçekten kamu düzenini bozucu bir durum varsa o yolda hüküm çıkmasını sağlamak gibi bir amaçla hareket ettiğini, Cumhuriyet Savcısı'nın fesih davalarında davacı sıfatını haiz olup kanunda da ayırık hüküm mevcut olmadığına göre, savcılarını özel kişilerden ayrı bir muameleye tabi tutmanın Anayasa'nın eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacağını, kanunla tahdit edilmedikçe usul hükümlerinin herkes için seyyanen uygulanması lazım geldiğini, hakimnin bazı istisnai hallerde doğrudan doğruya karar vermek ve uyuşmazlığı hükmen ortadan kaldırmakla görevlendirildiğini (766 sayılı Tapulama Kanunu m. 63, MK 272, 355) ona, için kanunda açıklık bulunmayan hallerde hukuk hakiminin taraflar gelmedikçe bir davayı yürütemeyeceğini, derneğin feshini isteyen savcının bu itibarla davada hazır bulunması gerektiğini, bulunmaması halinde davada hazır bulunmayan her davacı hakkındaki işleme maruz kalacağını belirtmişlerdir.

3. Bir kısım üyeler Medeni Kanun'un 71. maddesinde, Cumhuriyet Savcısı'na dava açmak görev değil, derneğin feshine talep etmek vazifesi verildiğini, şartları varsa doğrudan doğruya hakimnin fesihle görevlendirildiğini, kanunlarda açıklık olmayan hallerde savcının duruşmada huzuruna lüzum olmadığını, nitekim 1300 tarihli Sicilli Nüfus Kanunu'nun 11. maddesinin de bu görüşü teyit ettiğim açıklamışlardır.

İlke ve kural olarak hukuk mahkemelerinde savcı bulunmaz. Esas itibariyle bu mahkemelerde görülen-davalar niteliği bakımından özel hukuka ilişkindir. Kanun-

(1 nolu örnekte) partinin o tüzüğü düzelterek kapatma davasından kurtulma olanağı yoktur. Çünkü “Ege Bölgesinin Türkiye Devleti’nden ayrılarak bağımsız bir devlet oluşturması için bölgesel referanduma başvurulur” hükmü, Anayasa m. 69/IV’deki değerlerle çatışmaktadır. Hiçbir üniter devlet, bu tür girişimlere göz yumamaz.

larda, savcının bulunması zorunlu olan mahkeme ve davalar gösterilmiştir. Mesela: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 219/1. maddesinde açıklandığı gibi, bu mahkemelerde savcılar mahkemenin rüknü sayılmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında sulh ceza mahkemelerindeki duruşmalarda savcının bulunmayacağı belirtilmiş, şahsi dava yoluyla açılan davalarda kamu yararı görüldüğü takdirde davanın her sayfasında savcının takibata başlaması mümkün kılınmış ve duruşma dışındaki kararlarda savcının mütelaasının alınması öngörülmüştür. (346, 345, 31) asliye ceza mahkemelerinde bakılan bir kısım davaların, asliye teşkilatı bulunmayan yerlerde sulh mahkemelerinde görüleceği (Ceza Kanunu’nun mevkii meriyete vazına mülteallik 852 sayılı Kanun’un 29. maddesine bir fıkra ilavesine dair 3747 sayılı Kanun’un) birinci maddesiyle kabul edilmiş, bu suretle daha önce savcı huzuruyla bakılan davaların savcı hazır olmadan bakılacağı belli edilmiş, yine bu cümleden olarak bazı yasaklara ve suçlara dair davaların hangi mahkemede görüleceği kanunlarında açıklanmış, açıklanmayanların (rüyet mercii) hakkında müstakar içtihat teessüs eylemiştir.

Hukuk mahkemelerinde savcının (bulunmayacağı kuralına istisna teşkil eden haller kanunlarla öngörülmüştür. Örneğin: 1330 tarihli Sicilli Nüfus Kanunu’nun 11. maddesine göre, hukuk mahkemesinde görülen tashih davalarında savcının huzuru gerekli bulunmuştur, öte yandan ceza müeyyidelerini kapsamasına rağmen İcra ve İflas Kanunu’nun 350. maddesinde yazılı olduğu, üzere savcının huzuruna lüzum olmadığına işaret olunmuştur.

Diğer yönden bu hususta bahis konusu edilen terimler üzerinde de durmak gerekir. Medeni Kanun’un 71. maddesinde (... müddeiumumilik makamının veya bir alakadarın talebi üzerine ...) denmiş ve (talep) terimi kullanılmıştır. Kanun koyucunun talep terimini dava yerine kullandığı düşüncesi kanunun diğer maddelerine uygun olan bir düşünce olmamak icap eder. Zira Medeni Kanun’un bazı maddelerinde (dava) dan söz edilmiş olmakla Hava ve talep terimlerinin ayrı anlamlar taşıdığı ifade olunmuştur. Örneğin Medeni Kanun’un 113. maddesinde (butlan davası müddeiumumi tarafından resen ikame olunur) hükmü yer almış, 245. maddede (müddeiumumi ... dava ve ispat edebilir) şeklinde bir ifade kullanılmıştır. Adalet Bakanlığı’nca kurulan bir komisyon tarafından hazırlanan (Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gereksesi) kitabında da (talep) ve (dava) terimleri ilgili maddelerde aynen muhafaza edildiğine göre bir tercüme yanlışlığını ileri, sürmek mümkün değildir.

Yukarıdan beri açıklandığı üzere kanun koyucu ilke olarak ceza mahkemelerinde savcının huzuruna lüzum görmüş, gerekli görmediği halleri de ayrıca göstermiş, hukuk mahkemelerinde ise savcının bulunmayacağı kuralını benimsemiş, istisnaları kanunlarında belirtmiştir. Medeni Kanun’un 71. maddesi ile savcılara duruşmada bulunma görevi verilmemiştir. Onun için istidlal yoluyla savcının davada huzurunu zorunlu kılmak mevcut usul kanunların uygun düşmez;

**Sonuç:** Medeni Kanun’un 71. maddesi gereğince açılan derneğin feshi davasında Cumhuriyet Savcısı’nın davacı sıfatıyla hazır bulunmasına lüzum olmadığına, ilk müzakerede üçte ikiyi aşan çoğunlukla 17/1/1972 gününde karar verildi” (YHGK 17.01.1972 T., 3/2-E/K (Karar yayınlanmamıştır. Özel arşiv, No: 1151).

Cumhuriyet Başsavcılığı, Siyasal Partiler Yasası'nın 104. maddesinin geniş yorumu içinde, -uygulamada biçimlenen şekliyle- kapatma sebebini oluşturmayan tüzük aykırılıklarında, evvela durumu siyasal partiye bildirmekte, makul sürede sonucun alınmaması halinde, ihtar için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.<sup>13</sup> Girişteki birinci örneğin dışında kalan tüm-aykırılık tipleri bu uygulamaya aday örneklerdir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın siyasi parti tüzüğündeki hukuki denetimi, partiyi ön-uyarı ve nihai hüküm kurmaya giden yolda harekete geçirme gibi ara-işlem/ara-işlev niteliğindedir.<sup>13-a</sup>

Ülkemiz yönünden savcılık hukukunun, genel olarak ve özellikle siyasal parti denetimi bağlamında kurumsallaşmamış olduğu, sorunlar-yumağı içinde bulunduğu bir gerçektir. Demokratik cumhuriyeti

<sup>13</sup> Kanadoğlu, Korkut O., Dr., a.g.e. s. 213 vd. Paralel bir hüküm olarak Yargıtay Kanunu'nun Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın görevlerini düzenleyen 27/4 hükmü şöyledir: "Bizzat ve Cumhuriyet Başsavcı Başyardımcısı, Cumhuriyet Başsavcı yardımcılarının marifetiyle siyasi partilerin tüzük ve programlarını ve kuruluşlarının hukuki durumlarının Anayasa ve kanun hükümlerine uygunluğunu, kuruluşlarını takiben ve öncelikle denetlemek, faaliyetlerini takip etmek, gerektiğinde siyasi parti, siyasi parti üyesi veya kuruluşu hakkında mahallinde denetleme, inceleme ve soruşturma yapmak, yaptırmak" (Keza bkz., SPK yürürlükten kaldırılan 9. m.). Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, hukuka aykırılığı her zaman inceleyebilmesiyle beraber, somut olarak önüne gelen "aykırılık işinin" (SPK m. 104) sonuçlandırılması konusunda yasal bir süre öngörülmesi, zorunludur. Aynı düzenleme, Anayasa Mahkemesi yönünden de düşünülmelidir. Aksi durum, hem hukukun üstünlüğü ve hem siyasal parti özgürlüğü (AİHS m. 11, AY m. 68) değerleri bakımından konjonktürel sorunlara yol açar. Sorun; işlerlik/sadelik, sınırlar, yetki yarışması-çatışma ve süreler bağlamında bir bütünlük içinde yeniden ele alınmalıdır. Öteyandan sonuçlandırılan aynı konunun (aykırılık işinin), Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca değişimin kaçınılmaz sonucu olarak yeniden ele alınması mümkündür. Hukuk telakkilerindeki başkalaşma ve sonradan aykırılık hallerinde durum, özellikle böyledir.

<sup>13-a</sup> Değerli hukukçu Eminağaoğlu, siyasal parti denetimine dayalı sorunlar-gözlemler pratiğinin verdiği derinlik ve teorik bütünlük içinde şu çarpıcı sonuca ulaşmıştır: "Şimdiye kadar ki dönemde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, antidemokratik tüzük hükümlerinin ayıklanması konusunda çok az ihtar başvurusu yapmış; bu başvuruların da Anayasa Mahkemesi'nce sonuçlandırılması çok uzamıştır. Uzayan bu süreçte partiler de aykırı uygulamaları sürdürmüşlerdir.

Kural olarak parti içi demokrasiye aykırılıkların giderilmesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın harekete geçmesine bağlı olmamalıdır. Haklarının ihlal edildiğini ileri sürenler doğrudan yetkili yargı merciine başvurabilmeli, parti içi demokrasinin akabeti bir devlet biriminin yapacağı başvuruya bağlanmamalıdır." (Eminağaoğlu, Ömer Faruk, Yargıtay Cumhuriyet Savcısı (Siyasal Partiler Bürosu). "Parti İçi Demokrasi ve Öneriler/Tek Adama Karşı Haklar" adlı makale. *Radikal Gazetesi*, 30 Ağustos 2005 tarih, 3244 sayılı nüsha. s. 9).

hukuk yoluyla koruma misyonu ile donatılmış bu kurumumuzu özgün hukukuna ve işlevi ile denk yapılanmasına kavuşturmak, ortak sorunumuzdur.

Siyasal parti tüzüklerinin aykırılık denetiminde verimi, objektifliği ve ulaşılabilecek sonuçların kabul edilebilirliğini (hukuksal tatmini) besleyecek bazı noktalara ve kimi sorunlara işaret edelim:

a. Hukukun en soyut ve en zor alanı, “*norm-yargısı*” alanıdır. Burada olaylar değil, kurallar yargılanmaktadır. Mahiyeti itibarıyla yasanın Anayasaya aykırılığı ile, tüzüğün-üst norma aykırılığı arasında bir fark yoktur. “*Aykırılık veya uygunluk yargısı*”, özellikle siyasi parti normları (yahut doğrusu ve daha geneli siyaset normları) söz konusu olduğunda “*Hukuk Metodolojisi, Anayasa Hukuku, Siyaset Bilimi, Hukuk Sosyolojisi, Demokrasi Teorisi, Çoğulculuk Kültürü / Antropoloji, Mukayeseli Hukuk*” alanlarında yeterli bir donanıma sahip olmak gerekir. Türk hukuk pratiği bakımından –bırakınız Cumhuriyet Başsavcılığı’nı- bütün ilgili organlarımızın böyle bir donanım açığı ile karşı karşıya olduğu inkar olunamaz.

b. Denetim sonunda oluşacak işlem, bir kurul-işlem değil, -kuşkusuz- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı işlemidir. -İçhukukta bir kural olmamasına karşın-, ulaşılabilecek sonucun aynı büroda görevli savcıların görüşlerinin sentezi olması, arka-planda “*kurul*”un yer alması, hukuki isabeti artıracak ve olası hataların önüne geçebilecektir.

c. Özellikle bir başvuru üzerine başlatılan inceleme ve denetimde, “*hukuka uygunluk*” sonucuna ulaşılması halinde, bu sonuca karşı bir kanun yolu öngörülmelidir (Yargıtay Başkanlar Kurulu gibi).<sup>13-b</sup> Takipsizlik kararları için tanınan itiraz yolunun siyasi parti tüzüklerinin denetiminde ulaşılabilecek sonucun için tanınmaması, Türk yasa koyucusunun “*kural mühendisliğinde gösterdiği performansın*” negatif ve somut örneğidir. Savcılığa yeniden başvuru olanağı, aynı sonucu sağlamaz. Mevcut hukukumuz içinde, hukuka uygunluk sonuçlarının başvurusuna bildirim, hem saydamlığın, hem hukuk devletinin bir gereğidir.

d. İşlemlerin gerekçelendirilmesi, giderek bilimsel atıflar ve mukayeseli hukuktan yararlanma; kuruma karşı güveni artırır.

<sup>13-b</sup> Benzeri bir model örneği için bkz., SPK m. 100 (Yasakları İnceleme Kurulu).

e. Başvuru üzerine yapılan denetimde, yüksek makamın ulaşacağı “uygunluk yargısı” ile “başvurucunun dayandığı aykırılık gerekçeleri”, birbirinin karşıtı olarak denk düşüyor veya belli bir ağırlık taşıyor ise, o durumda yüksek makam, mutlaka ihtar yolunu işletmelidir. Böyle bir formal yöntemle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, hem -kararına yansıtmadığı- görüşünü test etmiş, hem de hukuki sürecin getireceği faydanın üretilmesine fırsat tanımış olacaktır. Ayrıca uygunluk kararının akademik olanı dahil, çeşitli platformlarda haklı-haksız eleştirisinin oluşturacağı kimi yargıların ve sonuçların önüne geçilebilecektir.

f. Çoğu Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı gibi, aslolan “yasaların anayasaya uygun olduğu”dur. Bu bir karinedir. Bu karine, yasanın, tasarı ve teklif öncesi hazırlık çalışması, teklifleştirme-tasarılaştırma, komisyonlar, genel kurul, onay/geri gönderme ... gibi süreçlerden geçmesi ve Anayasa’ya uygunluğun bu süreçlerden en az bir kaçında gözetilebileceği gerekçesine dayanır. Ancak tüzükler için böyle bir karine yoktur. Bilakis aksine karineyi, yani “siyasi parti tüzüklerinin üst-norma genel olarak aykırı olduğu” karinesini güçlendirecek argümanlarla karşı karşıyayız. Siyasi Parti tüzüğü gerçeğinde parti genel kurulları, bir tüzük-kurucu değil, önceden hazırlanan tüzükleri onaylayıcı organ niteliğindedir. Bunun temel nedeni, demokrasinin ve özellikle iç-demokrasinin en az gerçekleştiği alanın siyasal partiler olması’dır. Parti, “oligarşinin” (genel başkanın veya çekirdek azınlığın) egemen olduğu bir “kapalı” birimdir. Demokrasinin ve iç-çoğulculuğun sifıra yakın yoğunlukta olduğu yapılarda, “kuralın üst-buyurucu kurula uygunluğu” aranmaz, hatta aranamaz. Burada aranan “kuralın genel başkan talimatına uygunluğu” ölçütüdür.<sup>13-c</sup>

<sup>13-c</sup> Kuralla ilgili olanı dahil, parti iradesinin teşekkülünde hakim faktör, genel başkan veya onunla birlikte egemen çekirdek azınlıktır. Parti içi ve partiler arası uzlaşma eğilimi veya pratiği yönünden en yoksul bir örneği oluşturuyoruz. Parti içi özel bir kurulun veya uzman-üyenin oluşturduğu özgün taslağın benimsenişi, oligarşik öngörüye uygunluğu ölçüsünde sözkonusu olabilir. Uzman üye’nin kendisine siparişi verilen çözümün hukuka aykırılığını lidere seslendirmesi, bir cesaret; girişimi önlemesi ise, az rastlanan bir başarıdır. Delege azınlığının olağanüstü kongreye çağrı isteminde artırılmış oran modeli de böyle bir sürecin ürünüdür. Arka planını anılarım için saklayarak bu modelin oluşumundaki bağışlanamaz konumumu, siyasal saydamlık ve bilimsel dürüstlük içinde açıklamalıyım. Öte yandan hazırlık aşaması tam-bir serbesti içinde geçmesine ve yarım-yıllık yoğun çalışma ürünü olmasına rağmen oligarşik öngörüye aykırı düştüğünden, bu yazımızın 1 ve 3 nolu dipnotlarında sözü edilen, ön-taslağı tarafımdan, taslağı özel kurulca hazırlanan tüzük-reformu da akim kalmıştır.



Sözünü ettiğimiz bu gerçek, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın siyasal partileri, tüzük denetimi ve diğer aykırılık denetimi yoluyla "*dönüştürücü ve demokratikleştirici*" işlevini ortaya koymaktadır.

Gerek Anayasa Mahkemesi'nin ve gerekse Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın denetimi, doğrudan hukuk kuralı (tüzük) üzerinde sonuç doğuran bir denetim değildir. Anayasa Mahkemesi'nin denetimi, kapatma-yardımdan yoksunluk veya ihtarla sonuçlanmaktadır. Kapatma, tüzüğü, parti ortadan kalktığı için hükümsüz kılmakta; yardımdan yoksunluk veya ihtarla tüzük, değiştirilinceye kadar ayakta kalmaktadır. Bu makamların hiçbir denetimi, hukuka aykırılığın kesin olarak ortadan kaldırılmasını sağlayamamaktadır. Bu yönüyle sözü geçen denetim, tüzük bağlamında doğrudan değil, dolaylı bir denetimdir.

Ayrıca bu denetim, en az üç yılı alan, gözlemsel olarak bu süreyi de aşabilen bir denetimdir. Başka bir deyişle işleyişi itibarıyla etkin işlevi olmayan bir denetimdir. Aykırı hukuku, eylemsel olarak bu denli uzun süreler yaşatabilen hukuk sistemi, eğer başka yollar içermiyorsa, "*sorunlu*"dur. Acaba öyle mi?

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı denetimlerinin iç hukukumuzun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında yeterlilik ve etkinlik bakımından kabul edilemez ve başka yollarla desteklenmesi gereken bir denetimdir.<sup>14</sup> Bir baş-

---

Türk demokrasi tarihi, gerçeğinde bir oligarşi tarihidir. Demokrasinin oligarşiye galip geldiği veya oligarşiye dolandığı örnekler çok azdır. Dikey ilişkiler yönünden ölçülü bir oligarşi, zorunlu ve kaçınılmazdır. Bu yönüyle oligarşi, standartları yüksek demokrasilerde de vardır. Aksi takdirde, "yönetim" ve hatta "yönetişim" gerçekleşemez. Sorun, oligarşinin demokrasiyi askıya alan "yoğunluğu"dur. Tarih, kültür ve zihin damarları bakımından oligarşiye daha yatkın düşen yapımızın değişimi zorunluluğu, apayrı bir disiplinin ve incelemenin konusudur. Siyasal yaşamımda, hem de bütün liderler yönünden oligarşik basıncın önlendiği tek ve bana göre tarihi örnek, 2001 Anayasa reformudur. Partilerarası uzlaşma komisyonu, "çalışmasında gizlilik" kararı almış, bir yıla yakın sürdürdüğü çalışmasında, çözümleri, "gruplardan dahi saklı tutmuş", "oluşturduğu paketin 1. bölümünü" öncelikle "basına açıklamış", böylece önüne geçilemez toplumsal talep ve baskı oluşmuş, liderlere ve Cumhurbaşkanı'na "taslak" bundan sonra sunulmuştur. Üyesi bulunduğum uzlaşma komisyonunun bu başarısı, öngörülmüş, planlanmış Anayasa Mühendisliği stratejisi ile sağlanabilmiştir.

<sup>14</sup> Siyasal parti tüzüklerinin, bir yönüyle siyasal düşünce özgürlüğü ve korporatif özgürlük alanını da düzenleyen metinler olduğu kuşkusuzdur. Bu alanda yakıncıların somut ve haklı taleplerini çözüme bağlayan yargı organlarından yoksunluk, "etkili

vuruya dayalı denetimde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın "isteğin reddi/hukuka uygunluk" yönünde kurduğu işlem, süreci tamamen sona erdirmektedir. Bir yargı organının kararı eklenmeksizin sürecin sona ermesi, başka deyimle bu noktada savcılık işlemine "kesin yargı" gücünün tanınması, hukuk devleti ile asla bağdaşmaz (AY m. 2, 9). Kollektif haklar alanındaki taleplerin yargıya ulaşması, ara-süreçlerde askıya alınmaması, evrensel bir standarttır (AİHS m. 13, 11, 10, 6).

Gerek Anayasa Mahkemesi'nin ve gerekse Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın denetiminin kamu hukukundan kaynaklanan, bir kamusal denetim olduğu açıktır.

Bir aykırılığın birden fazla organ tarafından denetimi, hukuka yabancı bir yöntem değildir. Pozitif hukukumuzda, Siyasal Parti Tüzüğü'nün ikinci bir denetim yolu da vardır. O da özel hukuk/adli yargı denetimidir. Her iki denetim, gerek amaçları ve gerek sonuçları itibarıyla birbiri ile çatışan değil, birbirlerini destekleyen ve hukuka hizmet eden, adeta (birbirinden habersiz) işbirliğini anlatan denetimdir. Anayasa'ya aykırı yasaların anayasal denetimi için davası olan herhangi bir vatandaşa dahi -dolaylı da olsa- tanınan hakkın, kollektif haklar alanındaki tüzükler için üyelere tanınmaması, hukuk sistemimizin mantığı ile bağdaşmaz. Yasaların emredici hükümlerine aykırı dernek veya parti tüzüklerini hukuka karşı korumaya alan ve yaşatan bir hukuk rejimi düşünülemez.

Sorunun köklü çözümü burada yatmaktadır.

---

başvuru hakkını" tanımama anlamına gelir (AİHS m. 13). Sözleşme hükmü şöyledir: "Madde 13. Etkili başvuru hakkı. Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir." (AY m. 90) (Ayrıca, bkz., AİHS m. 11, 10, 6). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Terra Woningen davasında, AİHS m. 6/1'de geçen "mahkeme" kavramını, "önüne gelen uyumsuzlukla bağlantılı hukuk ve olaya ilişkin bütün sorunları inceleme yetkisine sahip mahkeme demek olduğunu" belirtmiştir (Bkz., İnceoğlu, Sibel, Dr., *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İst. 2005, 2. Bası. s. 137 vd.). Keza bkz., hak-arama özgürlüğü açısı (AY m. 36/1).

## - IV -

PARTİ TÜZÜĞÜNÜN YARGISAL DENETİMİ YÖNÜNDEN  
ADLİ YARGIA. Üst-Hukuk Normuna Aykırı Tüzüğün  
Adli Yargıda İptali Sorunu

Yürürlükteki hukukun bu soruya verdiği cevap olumlu olmasına ve doktrinin de aynı doğrultuda bir görüş içinde bulunmasına rağmen uygulamanın istikrarlı bir çizgi oluşturduğu söylenemez. Sorunu ve çözümü analitik biçimde açan bir yöntemle belli bir yaklaşımı ortaya koymaya çalışacağım;

1. Korporatif hukukun idareye veya savcıya verdiği yetkinin adli yargıda tüzük iptali istemini (davasını) engelleme kapasitesi: Medeni Kanun, atıf yoluyla yeni Dernekler Kanunu, Sendikalar Kanunu; yasa-ya aykırı tüzük hükümlerinin düzeltilmesi için tüzelkişiye mehil verilmesi konusunda idareye yetki vermiştir (2004 T., 5231 Sa. Dern. K. m. 34, MK m. 60, Send. K. m. 54, 55). Düzeltmenin yapılmaması halinde, savcı kapatma davası açacaktır.

a. Bu yetki, kamu düzeni bakımından tüzelkişinin varlığının bozucu etki doğurması gerekçesine dayalıdır ve doğrudur. Fakat bu yetkinin döküldüğü prosedür ve işleyiş, hukuka aykırı tüzüğün ilgililerce iptalinin istenmesini yasaklayan bir muhteva taşımaktadır. Başka deyimle adli yargıya başvuruyu önleyen bir “*istisna-görevsizlik*” normu niteliğinde bir kuralla karşı karşıya değiliz. Doğrusu her iki yol (adli yargı ve idari prosedür yolları) aynı amaca yürüyen paralel denetim yollarıdır.<sup>14-a</sup>

<sup>14-a</sup> Eminağaoğlu'nun vardığı sonuç da başka değildir: “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 11. maddesi çerçevesinde hakları korunan partililer için; (dernek mensuplarından çok daha fazla hak sahibi olmalarına rağmen, derneklerdeki durumun aksine) bizzat başvurabilecekleri yasa yollarının bulunmadığını söylemek, İHAS'a aykırıdır. SPY'ye aykırı olmayan dernekler hakkındaki yasa hükümleri, siyasi partiler hakkında uygulanabilmektedir (SPY 121). Bu bağlamda Medeni Yasa'daki hükümler de kıyasen uygulanabilmelidir. Yasa yolunun kapalı olduğu açıkça belirtilmeyen durumlarda, bu yolun açık olduğu benimsenmelidir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı için (geçerliliğini Anayasa'nın 69/son maddesinden alan) 'hukuksal denetim' niteliğindeki ihtar yolunun açık olması, partililerin doğrudan mahkemeye başvurmalarına engel değildir. Çünkü her iki başvurunun tarafları, sonuçları ve yaptırımları farklıdır.” (a.g.m. s. 9).

b. Kaldığı savcılık denetiminde, nihai kararı verecek olan ne idaredir ve ne de savcıdır. Kapatma davasını gören yargı organıdır. Kapatma davasında, “tüzüğün hukuka aykırılığını” mahkeme inceleyecek ve gerekirse “tüzüğün hukuka uygunluğu” gerekçesiyle “kapatma davasını” reddedecektir.

Şimdi yargılama hukuku mantığı ile, şu soru sorulmalıdır: “Mahkeme derneğin feshi davasında inceleyebildiği tüzüğü” bağımsız bir “iptal davasında” neden inceleyemesin? Dava dilekçesinin tebliği ile davalı (düzeltme, ısrar gibi) çeşitli tavırlar alabilecektir.

İdareye tanınan yasal yol, kamu düzenini korumaya; genel adli yargı yolu ise hukukun üstünlüğünü sağlamaya yöneliktir. Birinci yolla (amaçla) çatışmadıkça ikinci yolun içtihatla önlenmesi, yargının bizzat kendi eliyle hukuku bloke etmesi anlamına gelir. Bu anlam ve uygulama savunulamaz (AY m. 2, 138).

c. Siyasi Partiler Hukuku yönünden “adli yargının görevsizliği çözümü”, özellikle aykırıdır. Gerçekten;

aa. Bu incelemede ortaya konduğu gibi siyasi parti tüzüğündeki her türlü aykırılık, -derneğin feshinin aksine- partinin kapatılması sebebi sayılmamıştır. Kapatma sebebini oluşturan aykırılıklar, “sayılamayacak kadar çok aykırılıklar topluluğu içinde” yalnızca birkaç adettir (AY m. 68/IV, m. 69/V). O halde kapatma sebebi oluşturmayan aykırılıklar yönünden MK m. 60 hükmünün uygulanması mümkün değildir (SPK m. 121, kıyas şartı yokluğu/benzemezlik).

bb. Siyasal Partiler Yasası’nda savcıya tanınan ihtar isteme yetkisi -MK’nın aksine, yalnızca tüzükler için değil-, eylemler dahil, emredici kurallara karşı olan her türlü aykırılıklar içindir (SPK m. 104/1.) Bu kuralın uygulama/içtihat düzleminde bir mantıkla ele alınması halinde, “hiçbir genel kurul kararının iptalinin istenememesi” gerekir. Çünkü savcının ihtar rejimini işletmesi beklenecektir. Oysa, bizzat yasa koyucu “kongre hukukunda özel hukuka atıf yaparak”, amacının adli yargı yolunu kapatmamak olduğunu açıkça ortaya koymuştur (SPK m. 29/1, Dern. K. m. 34, MK m. 83). Yasa koyucunun yargı için açtığı yol, yargı tarafından kapatılamaz. Esasen Yüksek Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin içtihadı, tüzük işlemler dışında bu doğrultudadır.<sup>15</sup> Siyasal

<sup>15</sup> Y. 4. HD. 26.11.2002 T., 5792/13518-E/K (Karar, siyasi parti kongresinin iptali davasında kurulan hükmün onanmasına ilişkindir. Yayınlanmamıştır). Y. 4. HD. 5.2.1976 T., 13360/1157-E/K. Karar’da “... Yazılı nedenlerle 25.3.1973 günlü toplantının yapıldığı

Partiler yönünden Cumhuriyet Savcısı'na ve Anayasa Mahkemesi'ne tanınan ihtar rejimine, adli yargıya başvuruyu önleme anlamını yükleyebilmek için, özel bir kuralın yasada yer alması şarttır. -Sözgelimi, SPK m. 90 veya MK m. 60 hükmüne, *"bu halde tüzük iptali için üyeler tarafından adli yargıya başvurulamaz"* gibi- Aksi takdirde nasilki siyasal partilerde veya derneklerde genel kurul kararına karşı adli yargıya başvurabiliyor ise, tüzükler için de aynı şekilde başvurulabilecektir. Bu sonuç, SPK'nın korporatif hukuka yaptığı atfın ve MK m. 5 hükmünün kaçınılmaz sonucudur (SPK m. 29, 121, MK m. 5, 83, 58).

cc. Anayasa, en az Anayasa Mahkemesi kadar ve hatta tarihi müktesebatı ve yüksek ihtisası ile ondan çok, Yargıtay'ı ve adli yargıyı bağlar (AY m. 11, 138). Anayasa Mahkemesi'ne, Anayasa'ya rağmen, Anayasa ile verilmeyen, Anayasa çiğnenerek yasa ile verilen görev, anayasa-dışı (hukuk-dışı) verilen bir görevdir. Anayasa'nın 148/VI hükmünün yatay etkisi ve bağlayıcılığı karşısında adli yargının özel

---

yer dürüstlük kurallarına uygun olarak seçilmemiştir. Böyle bir yerde toplantının başlatılması nedeniyle gelen üyelerin çoğu toplantıya ve dolayısıyla başkanlık divanı seçimine katılmamışlardır. Hiç olmazsa, katılmamış olmaları muhtemeldir. Bu kabul 25.3.1973 günlü tutanak münderecatına uygun bir sonuçtur. Çünkü divan kurulu, başkanlık komiseri ve iki üye tarafından tutulan tutanakta bu yön açık ve seçik olarak saptanmıştır. Hal böyle iken bir taraftan 25.3.1973 günlü toplantıda yapılan başkanlık divanı seçimini geçerli saymak, diğer taraftan toplantıya devamlı ve aralıksız yeni üyelerin geldiğinde bahisle bu durumda salonun yetersizliği nedeniyle toplantıya devam edilemeyeceğini kabul ve toplantıyı ertelemek ve müteakip toplantıyı da aynı başkanlık divanı ile yürütüp bitirmek bir çelişkidir. Yasanın amacına aykırı bir davranıştır.

Bundan başka, 25.3.1973 günlü tutanakta toplantının ertelenmesi için gösterilen nedenlerle, müteakip toplantıda tutulan, 28.4.1973 günlü tutanakta gösterilen nedenlerin birbirini tutmaması yönünde kuşku ile karşılanması gereken bir husustur ve ikinci tutanakta yazılı talik nedenlerin kabulüne olanak görülmemiştir.

Şu durum karşısında, 25.3.1973 günlü toplantısının yasal hiçbir nedene dayanmadan başka güne bırakılması, böylece o gün gelen üyelerin toplantıya katılmalarının önlenmesi, toplantı yerinin dürüstlük kurallarına uygun olarak seçilmemiş olması, gündemin yalnız başkanlık divanı seçimi ile ilgili hükmü yerine getirilip müteakip maddelerin görüşmesinin geri bırakılması yasaya aykırı öngörülmüş bu bakımdan kongrenin yasa hükümlerine uygun olduğu yolundaki bilirkişi raporuna dayanan mahkeme hükmünün bozulması yönünde gidilmiştir." denerek, korporatif normlara aykırı kongrenin iptaline yönelik davanın reddine ilişkin mahalle mahkeme hükmü bozulmuştur (Uyar, Talih, *Türk Medeni Kanunu*, Ank. 2002, C. 2/4, s. 1846, 1847). Y. 4. HD, 2.2.1950 T., 613/684-E/K (Karar, yayımlanmamıştır). Kararda (aynen) "... Bir parti kurultayınca ittihaz olunan bir kararın iptalini talep eden davacının o partiye aza olması icap eder. Aksi halde dava ehliyetinden mahrumdur" sonucuna varılmıştır.

hukuk işleyişini askıya alması ve sapma niteliğinde uygulamaya gitmesi düşünülemez (AY m. 11). Kaldı ki bu aykırı düzenleme dahi, sorun teşkil eden tüzük hükmünü ortadan kaldıracak bir yapıda olmadıktan başka adli yargının varolan yetkisini bertaraf etmemektedir.

dd. Bundan başka, “devlet yardımına hak kazanmamış” hiçbir partinin -AY 68/IV kapsamı dışında kalan- hukuka aykırı tüzük hükmünün ihtar mekanizması ile düzeltilmesi olanağı yoktur. Adli yargının pozitif hukuka aykırı görevsizlik yorumu ile SPK m. 104/2 hükmünün pozitif muhtevası, böylesi bir hukuksuzluk serbestisi yaratmaktadır. Oysa hukuk, kendine aykırılığı tasfiye iktidarına ve refleksine sahiptir.

Bu durum dahi, doğru çözüme -sözcüğün tam anlamı ile- bizi icbar etmektedir.

2. Tüzüğün hukuki niteliği ve MK m. 5 hükmünden kaynaklanan doğru çözüm;

a. “Tüzük”, dernek kurma özgürlüğünün somutlaştığı çok taraflı hukuki işlem’dir. “Ortak işlem”dir (AY m. 33). Türk/İsviçre hukuku yönünden baskın görüş budur.<sup>16</sup> Siyasi Parti tüzüğü de, siyasi parti kurma özgürlüğünün somutlaştığı ve partinin iç hukukunu oluşturan “çok taraflı hukuki işlem”dir (AY m. 68/1, SPK m. 121, 29). Tüzüğün, kuruluş aşamasında oluşmuş türü (kuruluş tüzüğü) ile yetkili organlarca değiştirilmiş yahut eklenmiş türü arasında çok taraflı hukuki işlem olma yönünden bir fark yoktur. Özel hukukun hukuki işlemler için öngördüğü genel hükümler, kuşku yok ki tüzük-işlemler için de uygulanacaktır. Doğru çözümün, doğru ilk adımı burasıdır.

<sup>16</sup> Özsunay, Ergün, Prof. Dr., *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İst. 1982, s. 140 (özellikle mukayeseli hukuk yönünden); Zevkliler, Aydın, Prof. Dr., *Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)*, Ank. 1992, s. 568; Akipek, Jale, Prof. Dr. - Akıntürk, Turgut, Prof. Dr., *Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, Ank. 2004, s. 602; Schwartz, A., Prof. Dr. *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 171; Serozan, Rona, Prof. Dr. *Tüzelkişiler, Özellikle Dernekler ve Vakıflar*, İst. 1994. Tüzüğün niteliğini, tanım yoluyla şöyle ortaya koymaktadır: “Dernek kurma sözleşmesi, belirli bir statü yaratan, kurucu üyelerini çoğunluk iradesine tabi kılan, sonradan katılacak kişilerde dahil olmak üzere tüm üyelere bir dizi hak sağlayıp yüküm yükleyen kapsamlı, etkili, sosyal boyutlu birleşme ve örgütlenme sözleşmesidir.” (Prof. Dr. Rona Serozan, a.g.e. s. 56 vd.) Bilim adamı, nitelemede “sözleşme” tipi sonucuna ulaşmaktadır. Oysa sözleşmelerde “zıt yönde iradelerin birleşmesi”, tüzükle ise “aynı amaca yönelen paralel iradelerin uyumu” sözkonusudur. Bize göre de baskın görüşe uygun olarak “tüzük, ortak hukuki işlem/Gesamtakt”dır.

b. Çözümün maymuncuk anahtarı yahut MK m. 5 hükmü: Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu, özel hukukun parçalanmaz bütünüdür. Başta Siyasi Partiler olmak üzere, şirketler dahil, bütün tüzel kişiler, sorunların arındırılmasında, bu temel kanunları referans alırlar.

İmdi;

aa. MK 5 hükmü, yürürlükten kalkanından<sup>17</sup> farklı olarak, “*Bu Kanun ve Borçlar Kanunu’nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*” biçimindedir. Yeni hükmün gerekçesi şöyledir: “Madde 5. Yürürlükte Kanun’un 5. maddesini karşılamaktadır.

Maddenin kenar başlığı “*Genel nitelikli hükümler*” şeklinde değiştirilmiştir. Yürürlükteki maddenin Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinin sadece “*medeni hukuk ilişkilerinde*” uygulanabileceği kanısını uyandıran ifadesi, Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu’nun 1 ila 181. maddelerindeki genel hükümler ile, bunların dışında kalmakla birlikte genel nitelik arzeden diğer hükümlerin de tüm özel hukuk ilişkilerine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilmesine olanak sağlayacak şekilde değiştirilmiştir. Gerçekten tartışmasız olarak kabul edildiği üzere, bu madde, “*medeni hukukun diğer kısımlarında*” değil, “*özel hukukun diğer kısımlarında da*” uygulanabilen temel bir kural koymaktadır. Bunun açıklığa kavuşturulması bakımından “*medeni hukuk ilişkileri*” deyimini yerine, “*özel hukuk ilişkileri*” deyimine yer verilmiştir.<sup>18</sup> Kaynak İsviçre Medeni Kanun’un ilgili hükmü de soruna ışık tutucudur. Madde hükmü şöyledir: “*Borçlar Kanunu’nun akitlerin doğumu, yerine getirilmesi ve ortadan kaldırılmasına ilişkin genel hükümleri, başka medeni hukuk münasebetlerine de tatbik olunur.*” (İsviçre MK m. 7)<sup>18-a</sup>

bb. Yeni değişiklik, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun ve hatta uygun düştüğü ölçüde diğer kanunların “*genel nitelikli hükümlerinin*” “*tüm-özel hukuk ilişkileri*”ne uygulanmasını emretmektedir. Hüküm, büyük hukuk mimarı Huber’in sihirli değneği geride bırakan şaheseridir.<sup>19, 19-a</sup>

<sup>17</sup> Eski MK m. 5 hükmü şöyle idi: “(C. Borçların Umumi Kaideleri)-Akitlerin in’ikadına ve hükümlerine ve sukutu sebeplerine taalluk edip borçlar kısmında beyan olunan umumi kaideler, medeni hukukun diğer kısımlarında dahi caridir.”

<sup>18</sup> TBMM Adalet Komisyonu Raporu, S. Sayısı: 723, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, s. 36.

<sup>18-a</sup> Egger - Černis, a.g.e., s. 117.

<sup>19</sup> Andreas, Schwartz, Prof. Dr., *Medeni Hukukta Umumi Hükümler Meselesi* (Medeni Kanunu 15. Yıl Dönümü İçin), İst. 1944, s. 407 vd.

<sup>19-a</sup> Dural, Mustafa, Prof. Dr. - Sarı, Suat, Dr., *Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanun Başlangıç Hükümleri*, İst. 2004, s. 86-90; İmre, Zahit, Prof. Dr., *Medeni Hukuka*

cc. Medeni Kanun'un 5. maddesinin bir soruna uygulanmasının temel koşulu, somut sorunla ilgili bir düzenlemenin olmamasıdır. Özel sorunla ilgili normatif düzenlemede Medeni Kanun'a bir atıf var ise, artık uygulamanın sadece yargıç tarafından bulunması gereğinin ötesinde yazılı hukukun bunu emrettiği sonucu çıkar.<sup>20</sup>

dd. BK m. 20 hükmü, MK m. 5 hükmünün değişiklik gerekçesinde açıkça belirtildiği gibi, özel hukuk işlemlerine uygulanabilecek genel nitelikli bir hükümdür. BK m. 20/1 hükmü şöyledir: *"Bir akdın mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlâka (âdâba) mugayir olursa o akit bâtıldır."* Buna göre hukuka aykırı tüzüğün ayakta tutulması mümkün değildir. Esasen hem SPK, hem Medeni Kanun, tüzüklerin amir hükümlere aykırı olamayacağını açıkça düzenlemiştir (SPK m. 90/1, MK 58/III, eski MK m. 53). Bu tür işlemlere uygulanacak yaptırım, mutlak butlandır. Bu hükümler, bir yönüyle hakime de hitabeden kurallardır (MK m. 1). Hukuka aykırı olan hiçbir işlem ayakta tutulamaz. Sürekli işlem niteliğindeki tüzükler de aynı akibeti paylaşır.

ee. Siyasi Parti tüzüğü bakımından farklı bir durum yoktur. Kuruluş yahut Siyasal Partiler Yasası'ndaki değişiklikler sebebiyle merkez karar organınca oluşturulmuş tüzükler yönünden SPK m. 121'deki atıf, siyasi parti tüzüklerine özel hukuk hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Genel Kurul değişiklikleri ile oluşturulmuş tüzüklerde de durum farklı değildir.<sup>21</sup> Bu yönüyle siyasi partiler hukuku, değerli bir bilim adamının işaret ettiği gibi bir *"Dernekler Hukuku, Me-*

---

*Giriş*, İst. 1980, s. 124; Edis, Seyfullah, Prof. Dr., *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ank. 1980, s. 243 vd.; Egger - Çernis, *a.g.e.*, Art. 7. N. 2 vd.; YHGK 20.3.1974 T., 1053/222-E/K (Dalamanlı, Lütfü - Kazancı, Faruk - Kazancı, Muharrem, İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, İst. 1991. C. 1. s. 215-223). Karar, dönemin ünlü davası Gürün - Hanı uyuşmazlığına ilişkin olup TTK-MK-BK ilişkileri ve etkileşim ekseninde bir analize oturur. Butlan ve geçersizlik yaptırımları yönüyle bkz., Eren, Fikret. Prof. Dr., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ank. 2001, s. 305-316, butlanın zamanın geçmesi yoluyla geçerli hale gelemeyeceği noktasında, özellikle s. 309-310. Güral (Akipek), Jale, Dr., *Hükümsüzlük Nazeriyeleri Karşısında Türk Medeni Kanun Sistemi*, Ank. 1953, s. 103 vd.

<sup>20</sup> Edis, Seyfullah, Prof. Dr., *a.g.e.*, s. 255; Dural, Mustafa, Prof. Dr. - Sarı, Suat, Dr., *a.g.e.*, s. 89 vd. MK 1, 5, 19, 20, AY m. 132/1).

<sup>21</sup> SPK m. 29/1 hükmü şöyledir: "22 Kasım 1972 tarihli ve 1630 sayılı Dernekler Kanunu'nun bu Kanun'a aykırı olmayan hükümleri, siyasi partilerin her kademedeki kongreleri için de uygulanır." Aynı Yasa'nın 121/1 hükmü şöyledir: "Türk Kanunu Medenisi ile Dernekler Kanunu'nun ve dernekler hakkında uygulanan diğer kanunların bu Kanun'a aykırı olmayan hükümleri, siyasi partiler hakkında da uygulanır." SPK Geçici 15. maddesi şöyledir: "Bu Kanun'da yapılan değişikliklerin yürürlüğe



deni Hukuk"tur. Bu hukukun gelişimi de "dernek orjinli"dir.<sup>22</sup> Kongrede oluşmuş, kanunun emredici hükümlerine aykırı parti tüzüğü, somut duruma göre kongrenin yahut kongre kararının iptali davası ile ortadan kaldırılacaktır. Çünkü burada oluşan tüzük, bir karar tasarruftur (MK m. 83). Ayrıca sürekli bir hukuk kuralı niteliğine bürünen bu tüzük, hukuka aykırı ise (MK m. 5, BK m. 20/1, SPK m. 90/1) zamanla kayıtsız olarak, her zaman iptale konu olabilir. Kuruluş ve merkez organı tüzükleri de aynı şekilde iptal olunabilir.

3. Sorunla ilgili olarak doktrindeki görüş ve Yüksek Yargıtay uygulaması: Doktrin, Yukarıda ortaya konan argümanlar kapsamında hukuka aykırı tüzüğün geçersiz olduğunu, iptalinin istenebileceğini duraksamasız olarak ortaya koymaktadır. Doktrinden bir kaç örnek vererek, diğerlerine atıfla yetineceğim.

Dönemin Adliye Vekili Mahmut Esat (Bozkurt)'un talimatıyla bir heyet tarafından "Kanun-u Medeni Şerhi ve Nazariyeleri/Türk ve İsviçre Kanun-u Medenileri" adıyla çevrilip 1926 yılında bakanlıkça bastırılan eserde, ünlü hukukçu Rusel, aynen şöyle demektedir "... Ahkâm-ı âmi-reye muhalif olarak nizamnamelere derc idilecek mevâd (maddeler), yalnız kâbil-i fesih ad olunmakla iktifâ olunmayub belki filâsil batıl ve keenlemyekün hükmündedir".<sup>23-a</sup>

girmesini müteakip, siyasi partilerin olağan büyük kongreleri toplanıncaya kadar, Merkez Karar ve Yönetim Kurulları bu değişikliğin gerektirdiği tüzük tadilatını yapmaya yetkilidir." Siyasi Partiler Yasası'ndaki hemen her değişiklikte, partinin merkez-yürütme organına, -yasadaki değişikliğin sınırlarını da aşar şekilde- tüzüğü değiştirme yetkisi tanınmaktadır. Bu kuşkusuz, kurumsal bir bozulmayı anlatır. En yetkili organ olan genel kurulun, devredilemez nitelikteki tüzük yapma yetkisini geçici de olsa yürütme organına devretmek, katılımı ve demokrasiyi dolanmakla eşdeğerdedir. Ayrıca bkz., bu yazımın (19-a) nolu dipnotu.

<sup>22</sup> Hatemi, Hüseyin, Prof. Dr., *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri*, İst. 1979, s. 264. Yazar, siyasi partinin doğuş, gelişim ve hukukunun oluşumunun sivil itiraz, oy hakkı gibi kişi-toplum kökenli zeminden fıskırdığını referanslarla ortaya koymaktadır. Siyasi partilerin genel tarihi bakımından doğru olan bu belirleme, özellikle ülkemiz açısından da yoğun bir gerçeği ifade eder. Bizim siyasi partilerin hukuk kökleri, Cemiyetler Kanunu'na dayanır. Keza, Payaslıoğlu, Arif, *Siyasi Partiler*, Ank. 1952; Karpat, Kemal, Prof. Dr., *Türk Demokrasi Tarihi*, İst. 1967; Perinçek, Doğu, Dr., *Anayasa ve Partiler Rejimi*, İst. 1985, s. 77 vd. Yazar, doğru olarak şu sonuca varmaktadır: "... Siyasi Partiler Anayasa ve özel kanunlarda düzenlenmiş olmakla Medeni Hukuk'un düzenleme alanından çıkmamışlardır. SPK 121. maddesine göre Medeni Kanun ile Dernekler Kanunu ve dernekler hakkında uygulanan diğer kanunların SPK'ya aykırı olmayan hükümleri siyasi partilere de uygulanacaktır ..."

<sup>23-a</sup> Rusel, *Kanun-ı Medeni Şerhi ve Nazariyeleri* (Kurul çevirisi), İst. 1926 (eski harflerle). C. 1, s. 235 ve öncesi.

Egger, tüzüğün “hukuki işlem karakterine vurgu yapmakta, MK 5 (İsviçre, m. 7) hükmü yoluyla butlan yaptırımının uygulanma gereğine işaret etmektedir.”<sup>23-b</sup>

Soruna Türk hukuku bakımından, dolanmadan, doğrudan ve berrak şekilde yaklaşan, değerli bilim adamı Sungurbey olmuştur. Sungurbey, soruna özgü incelemesinde aynı sonuca varmaktadır:

*“Demokratik düzene aykırı kurallar batıldır.*

*Dernek tüzüklerindeki bu türlü kuralların, başlangıçtan beri tüzükte bulunmaları durumunda, Medeni Kanun’un 5. maddesine göre Borçlar Kanunu’nun genel bölümündeki borç doğuran sözleşmelere ilişkin kurallar, medeni hukukun öbür alanlarındaki işlemlere, bu arada kişiler hukuku alanındaki bir hukuki işlem olan tüzüklere de uygulanacağından, Borçlar Kanunu’nun 19 ve 20. maddeleri gereğince yasalardaki emredici kurallara, özellikle kamu düzeni kurallarına aykırı bulunmaları yüzünden batıl sayılmak gerekir. Bu durumda, ilgililer, hiçbir hak düşümü süresine bağlı olmaksızın her zaman için açabilecekleri bir tesbit davasıyla butlanın tesbitini isteyebilirler.*

*Ne var ki, tüzüklerdeki bu türlü kuralların, genel kurul kararıyla tüzüğe sonradan konulması durumunda da çözüm değişmez. Çünkü, Medeni Kanun’un 68. maddesindeki yasaya aykırı genel kurul kararlarına karşı üyelerin öğrendikten başlayarak bir ay içinde iptal davası açabilecekleri kuralı, yasaların bu türlü emredici kurallarına, özellikle kamu düzeni kurallarına aykırı kararlarda uygulanmaz; bu kararlar, mahkemece iptal kararı gerekmesizin kendiliğinden batıldır. Bundan dolayı da her zaman için tesbit davasıyla butlanın tesbiti istenebilir. Nitekim öğretide (Egger, a.g.e., Art. 75, N. 12, 14) kamu*

---

Kanun’un emredici hükümlerine aykırı tüzüğe uygulanacak “mutlak butlan” yaptırımı karşısında esasen “iptal davası” yerine, ta baştan hüküm doğurmaması sebebiyle eda etkisi doğuran “bir tesbit” davası açılmalıdır. Ne var ki tüzüğün, akitlerde olduğunun aksine “objektif etkili” bir “norm” özelliği taşıması ve tesbit davasının niteliğine yönelik yargılama hukuku sorunları, “iptal pratiğini” zorunlu kılmaktadır.

<sup>23-b</sup> Egger, A. Dr., *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi*, Ank. 1948, s. 81 vd.; Art. 60 N. 17. Müellif aynen; “Tefsir, BK m. 615, 679 nizamnameyi, doğru olarak şirket mukavelenamesi, kuruluş mukavelesi olarak vasıflandırıyor, m. 63 N. 2, v. Tuhr, Allg. Teil I 502, Blattner 42, Daeniker 17, Landolt 21. Bu mukavele karakteri Federal Mahkeme tarafından Pr. 15 N. 117 de belirtilmektedir. M. 7 (TMK m. 5 karşılığı) gereğince, BK’nun umumi prensipleri tatbik olunur (m. 52’den önceki ilk mülâhazalar N. 18). Gayenin hukuka veya ahlâka aykırılığı, kuruluşu bâtil kılar (m. 52 f. 3), yalnız bazı hükümlerin hukuka aykırılığı sadece bunların ortadan kalkmasını mucip olur (BK m. 19). BK’nun 18. maddesi tatbik sahası bulur.” demektedir.

düzenine, uyulmaları mutlak olarak dernek üyelerinin kararına bırakılmayan hukuk kurallarına aykırı bulunan kararların kendiliğinden batıl olacağı, yasada düzenlenen tüzel kişilerin ana yapısının da kamu düzenine girdiği, ilgililerin her zaman için butlanı ileri sürebilecekleri, mahkemece ve başkaca resmi katlarca da butlanın görevden ötürü (re'sen) göz önünde tutulacağı tam bir açıklıkla belirtilmektedir."<sup>(23-c)</sup> Müellif, bu yolun siyasal partiler bağlamında, oligarşiyi önleme özelliğine de vurgu yapmaktadır (a.g.e., s. 46).

Özsunay - Akipek - Akıntürk - Zevkliler gibi hukukçular da aynı görüşü tekrarlamaktadırlar.<sup>(23-d)</sup>

Yargıtay'ın, sorunun tüm-boyutlarını ortaya koyan ve istikrarı anlatan bir uygulaması olmamıştır. Yüksek 4. Hukuk Dairesi, bir kararında siyasal parti tüzüğü'nün iptalinin çözüm yerinin adli yargı olmadığı sonucuna varmıştır.<sup>24</sup> Yüksek Daire, tüzüğü'nün iptali konusunda yazılı bir hukuk kuralının bulunmaması ve SPK m. 104 kuralı gerekçelerine

<sup>23-c</sup> Sungurbey (Gülümser), İsmet, Prof. Dr., *Medeni Hukuk Eleştirileri*, İst. 1970, C. 2, s. 46 vd.

<sup>23-d</sup> Akipek-Akıntürk, şöyle demektedir: "... Dernek tüzüğü'nde yapılan değişikliğin hukuka veya tüzük hükümlerine aykırı olması halinde, ... üyelerin, genel kurulda alınan bu karara karşı itirazda bulunma hakları vardır." (a.g.e., s. 601). Prof. Dr. Özsunay, a.g.e., s. 146; Zevkliler'in vardığı sonuçta aynıdır: "...Dernek tüzüğü'nde yapılan değişikliğin, hukuka uygun olması gerekir. Yapılan değişiklik hukuka aykırı ise, ... dernek üyesinin, değişiklik konusundaki genel kurul kararına karşı itiraz hakkı vardır. Bu itiraz, mahkemeye yapılır." Karşı görüşte olan bir düşünce yoktur. Çünkü yasal sistem böyledir. Ayrıca bkz., bu incelemenin (19-a) nolu dipnotu.

<sup>24</sup> Y. 4. HD, 7.11.2002 t.,5626/12553-E/K. Kararda şöyle denmiştir: "...Bir siyasal parti tüzüğü'nün iptali konusunda yazılı hukukumuzda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Ne var ki Siyasal Partiler Yasası'nın 104. maddesi; parti tüzüğü'nde Anayasa ve yasalara aykırılık bulunması durumunda o siyasal partiye tüzüğü'nü düzeltmesi için Cumhuriyet Başsavcısı'na Anayasa Mahkemesi'ne yazılı olarak başvurarak ihtarda bulunulmasını istemeyi, adı geçen siyasal partinin ihtardan itibaren 6 ay içinde gerekli düzeltmeyi yapmaması halinde de o siyasal partinin kapatılması için Anayasa Mahkemesi'ne dava açmayı öngörmektedir. Nitekim dosyaya sunulan belgelerden davalı partinin tüzüğü'ndeki yasaya aykırılıkları düzeltmesi için Cumhuriyet Başsavcılığı'nca bu yolda işlemlerin yapıldığı anlaşılmaktadır.

Şu açıklamalar itibariyle; C... 'nin 29. Olağan Genel Kurulu'nda yapılan değişiklikleri içeren tüzüğü'nün Anayasa ve Siyasal Partiler Yasası'na aykırı bulunduğundan davalı siyasal partinin tüzük değişikliği ile bu tüzüğe göre yapılmış olan Genel Kurulu'nun iptaline ilişkin olan istem mahkemenin görev alanına girmemektedir. Mahkeme'ce dava konusu edilen işin bu nedenle reddine karar verilmesi gerekirken esasının incelenerek, davalı partinin tüzüğü'nde yapılan değişikliklerin yasaya uygunluğu yönünde belirlemede bulunulması yukarıda açıklanan yasal düzenlemeye aykırı olduğundan hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir." (YKD, 2003, C. 29, S. 2, s. 190 vd.).

dayanmıştır. Bu gerekçelerin hukuk bütünü içindeki yeri ve hukuka aykırı tüzüğü yasaklayan yazılı hukuk karşısında kararın gözden geçirilmesi gereği açıktır.

Yüksek 2. Hukuk Dairesi de tüzük iptali konusunda benzer bir uygulama içindedir.<sup>25</sup> Ancak daire, tüzüğün ihlal ettiği bireysel haklar konusunda ilgililere eda davası açma hakkını tanımaktadır.

Yüksek 2. Hukuk Dairesi'nin uygulaması da, pozitif hukukumuzla örtüşen bir uygulama değildir.

Her iki uygulamanın temel nedeni, korporatif hukukta kamuya (idareye/savcıya) tanınan yetkinin anlamı üzerindeki "normun muhtevasını aşan" değerlendirmedir. Bu sorun, incelememizde ayrıntılı olarak değerlendirildiğinden yeniden dönülmeyecektir.<sup>25-a</sup> Vurguluyalım ki aykırı tüzüğün ortadan kaldırılmasını istemek, ilgilinin (üyenin vs.) hakkı; talep konusunda karar vermek te yargının görevidir (AY m. 36, MK m. 5, 83, BK m. 19-20, SPK m. 29, 121, 90/1).

Yargıtay'ın korporatif hukuk işlerine bakan diğer daireleri, istikrarlı olarak hukuka aykırı tüzüklerin geçersizliklerine içtihat etmektedir. Özellikle sendikalar ve esas mukavele bağlamında şirketler hukuku yönünden ortaya konan uygulama bu doğrultudadır.<sup>26</sup> Sendikalar

<sup>25</sup> Y. 2. HD'nin uygulaması da tüzük iptal davasının açılmaması yönündedir. Y. 2. HD, 3.4.1975 T., 1381/3153-E/K. (Karar, yayımlanmamıştır). Kararda varılan sonuç şudur: "... tüzük değişikliği ile üyenin özel yararlarının halele uğraması halinde, kararın iptali sureti ile tüzük değişikliğinin ortadan kaldırılması mümkün değildir... üye, kendi yararının zedelendiğini, derneğe karşı açacağı bir eda davasında olayda olduğu gibi alacak davasında, ileri sürebileceği gibi eda davasının açılma zamanı henüz gelmemiş ise, tespit davası da açabilir. Böylece tüzük değişikliğinin kendisi hakkında uygulanmayacağını savunur. Yoksa, değişikliğin iptalini ve tüzüğün eski haline dönüşmesini isteyemez..." Görüldüğü gibi Yüksek Mahkeme, tüzüğün iptal edilemezliği ile aykırı tüzüğün somut olaya uygulanamazlığını birbirinden ayırmaktadır. Yüksek Mahkeme, tüzük değişikliğinin kazanılmış haklara ilişmemesini de "uygulanamazlık" postulasına oturtmuştur (Y. 2. HD, 23.1.1996 T., 12893/700-E/K Yasa HD, 1996/5 s. 831).

<sup>25-a</sup> Bkz., Bu incelememizin "IV/A-3" Bölümü.

<sup>26</sup> Y. 9. HD, 27.5.1999 t.,8272/9417-E/K (Karar,yayımlanmamıştır). Kararda "Tekstil İşçileri Sendikası'nın 30 Mayıs 1997-1 Haziran 1997 tarihlerinde yapılan Merkez Genel Kurulu'nda: Sendika Tüzüğü'nün 27. maddesinin (b) işaretli bendinde değişiklik yapılmıştır. Değişiklikten önceki metinde "Yöneticilerde Aranan Nitelikler" olarak "sendikanın şube sorumlu organlarına seçilebilmek için, 2821 sayılı Yasa'nın 5. maddesinde aranan koşullar" yeterli görülmüş iken, son genel kurul toplantısında bunlara ilaveten bazı nitelikler de öngörülmüştür. Böylece 27. maddenin anılan bölümü şu biçimde oluşturulmuştur:

Kanunu yönünden de Dernekler mevzuatına uygun bir düzenlemenin varolduğu, idari mercilere ve savcıya yetki verildiği hatırlanmalıdır (Keza eski Send. K. dahi aynı düzenlemeyi içermektedir. Send. K. m. 54, 55. MK'ye atf m. 63).

“Sendikanın şube zorunlu organlarına seçilebilmek için 2821 sayılı Yasa'nın 5. maddesinde aranan koşullara ilaveten şube genel kurulu üyelerle yapılıyorsa aidat ödemiş olmak, delegelerle yapılıyorsa delege olmak şarttır.”

Sendika merkez genel kurul delegesi olan davacı bu değişikliğin 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesinin genel esprisine aykırı olduğunu iddia ederek yapılan ilavenin iptali istemiyle bu davayı açmış, mahkemece yapılan yargılama sonucunda mütalaasına başvuru bilirkşi raporundaki sendikaların serbestçe tüzüklerini değiştirebilmelerinin demokratik esaslara aykırı olmadığı şeklindeki görüş benimsenerek davanın reddine karar verilmiştir.”

Yapılan değişiklikle sendika şube zorunlu organlarına seçilebilmek için ayrıca şube genel kurulu üyelerle toplanıyorsa aidat ödemiş olmak, delegelerle toplanıyorsa delege olmak şartı öngörülmüştür. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 1. maddesinde de belirtildiği üzere sendikalar çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerin korunması ve geliştirilmesi için işçiler ve işverenler tarafından meydana getirilen kuruluşlardır. Bu itibarla sendikaların genel kurul dışındaki zorunlu organlarına seçilebilmek için olabildiğince demokratik ve katılımı artıran bir düzenleme yapılması bu kuruluşların amaçlarını gerçekleştirebilmeleri açısından yerinde olur. Böylece hemen hemen her görüşe organlarda yer verme olanağı sağlanır. Bu genel açıklamadan sonra uyumsuzluğu oluşturan konulara gelinirse, şube genel kurulu üyelerle yapılıyorsa aidat ödemiş olmak koşulu yönetime katılmayı haklı bir neden olmaksızın kısıtladığı görülmektedir. Gerçekten bir üye aidatını şu veya bu sebepten dolayı yatıramıyorsa aidatın yatırılmamasının yaptırımları Kanun ve tüzükte gösterilmiş olduğundan onların uygulanması gerekir. Böylelikle aidatı yatıramış olan bir üye bunun nedenlerini o prosedür içerisinde yapacağı savunmada açıklama ve hakkını koruma imkanı bulmuş olur. Böyle bir imkan tanınmaksızın salt aidatın yatırılmaması sendikalarda yönetime katılma hakkı ile bağdaşmaz.

Yine tüzük değişikliğiyle şube zorunlu organlarına seçilebilmek için şube genel kurulu delegelerle yapılıyorsa delege olma koşulu getirilmiştir.

Çok sayıda üyenin söz konusu olduğu hallerde sendika merkez ve şube genel kurullarının delegelerle toplanması öngörülmüştür. Bu düzenleme uygulamanın yani genel kurulların toplanmasının kolaylaştırılması için getirilmiş bunun dışında bir başka amaç güdülmüş değildir. Bu bakımdan şube zorunlu organlarına seçilebilmek için delege olma koşulunun yasal bir dayanağı yoktur. Delege olmayan üyelerde delege olanlar gibi genelde üyelik hak ve yetkilerine sahiptirler. Aralarındaki tek fark delege seçiminde yapılan bir tercih sonucu bir kısım üyeler delege seçilmiş diğerleri ise seçilememiş olmaktır. Öyle üyeler vardır ki, delege seçilebilmek için hiçbir girişimde bulunmamış üye kalmayı yeğlemiş fakat zorunlu organlarda görev almayı istemiş olabilirler. Söz konusu koşul da demokratik sendikal hak ve özgürlüğü ile bağdaşmaz.

Açıklanan nedenler karşısında davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddedilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.” denmiştir. Gerek yürürlükten kalkan ve gerekse karar dönemi dahil halen yürürlükte olan Sendikalar Yasası'nın, aynen Siyasal Partiler Yasası'nda olduğu gibi kongre-korporatif hukuk

Sonuç olarak yürürlükteki hukukumuz, dernek, sendika ve siyasi parti tüzüklerindeki yasanın emredici hükümlerine aykırı bölümlerinin dava yoluyla tasfiyesini (iptalini) öngörmekte ve doktrin bu düzenleme doğrultusunda yerleşik bir eğilimi ortaya koymaktadır. Özellikle siyasi partilerin hukuk zeminine çekilmesi ve hukukun üstünlüğünün egemen kılınması bakımından bu sonuç önemlidir. Yüksek Mahkeme'nin bazı dairelerinin gösterdiği duraksama, hukuku bloke etmektedir. Yüksek Dairelerin uygulamayı gözden geçirmelerini ummak ve beklemek, bir hukuk ve hukukçu duyarlığının doğal gereği sayılmak gerekir. Yargının siyaseti rasyonelleştirici ve dönüştürücü iş-

---

ve diğer alanlar bakımından MK ile Dernekler Kanunu'na atfı yapıldığı unutulmamalıdır (Send. K. m. 54, 55, 63).

Keza Y. 10. HD, 17.9.1976 T., 6690/5919-E/K. Somut olayda, sendikanın ana statüsünde (tüzüğünde), kongre tarihinde yürürlükte olan 1630 sayılı Dernekler Kanunu'nun 19/2 hükmüne aykırı olarak, "iki toplantı arasını yasada belirtilen onbeş günden daha kısa süreye çeken bir hükmü" bulunmakta, ikinci toplantı yasaya aykırı bu tüzüğe göre yapılmaktadır. Tüzüğü BK 20/1 hükmü delaletiyle butlan yaptırımına tabi tutan daire Kongre iptaline yönelik bozmaya ilişkin karar düzeltme isteğini reddederek şu sonuca varmıştır: "... Olayımızda, bu önel geçmeden dava konusu kongrenin yapıldığı tartışmasız olduğuna göre; Dairemiz kararında bu konuya ilişkin ve kısaca belirtilen gerekçenin dahi yalnız başına mahkeme hükmünde varılan sonucu doğrulamaya yeterli sayılacağı açıklık kazanır.

Öbür yandan, 1630 sayılı Dernekler Kanunu'nun 75. maddesinin ikinci fıkrasındaki "Mesleki kuruluşlar, özel kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde bu kanunun 35, 36, 37, 39, 42. maddelerine ve bunlarla ilgili müeyyidelere tabidirler" yolundaki hüküm, mesleki kuruluşların, özel kanunlarında aksine hüküm bulunmayan hallerde Dernekler Kanunu'nun en az hangi maddelerine tabi olacaklarını gösterir nitelikte olmasına, bir anlamda mesleki kuruluş olan sendikalara ilişkin özel kanun bulunduğuna ve bu özel kanunda Dernekler Kanunu'na açıkça ve genel olarak yollamada bulunulduğuna göre, Dernekler Kanunu'nun 19/3. maddesinin Sendikalar hakkında da uygulanmasına engel bir durum yaratmayacağı kuşkusuzdur. Dernekler Kanunu'nun 75. maddesinin 1. fıkrası hükmü, diğer kanunlarla yapılan yollamaların bu kanuna yapılmış sayıldıklarını belirterek bu yönü belirgin biçimde ortaya koymaktadır.

Buyurucu nitelikteki yasa kurallarına aykırı biçimde, olayla ilgili olarak ikinci toplantı ve gazete ilanı arasındaki öneli kısaltır nitelikteki hükümlere ana statülerde yer verilemez ve buna dayanılarak yapılan işlemler buyurucu yasa hükümlerine aykırılığı nedeniyle hukuki hiçbir sonuç doğuramaz.

Bu nedenlerle, davalı tarafın bu konuya ilişkin düzeltme nedenleri de yerinde değildir.

O halde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi kapsamına giren hiç bir neden bulunmadığından davalılar vekilinin karar düzeltme isteminin reddine karar verilmelidir." (YKD, 1977/1, s. 73 vd.). Y. 11. HD'de genel kurul hukuku bakımından korporatif hukuka da uygulanan "yokluk/butlan yaptırımlarını" aynı şekilde uygulamaktadır (Y. 11. HD, 6.7.1978 T., 3158/3661-E/K. YKD, 1979. C. V, S. 9, s. 1319 vd.).

levi, demokratik ülkelerin gelişim çizgisinde rastlanan tepe-özelliştir. Ülkemizdeki “*el-atmazlık*” tavrının uyuyan hukuku uykuda bırakan bir “çekimserlikten” kaynaklandığı söylenebilir. Hukuku, evvela yargı uygulamalıdır. Hukukun üstünlüğünü, siyasetten dışlama ile keyfilik arasında bir fark yoktur. Siyaset de hukukun üstünlüğü ile tanışmak zorundadır. Bu zorunluluğun kurumsal teminatı, yargıdır. Yargının perspektifi bu derinliğe inmek zorundadır.

Tüzüğün, yasanın emredici hükmüne aykırı oluşu, “*partinin hukukun üstünlüğüne saygılı olması*” yönündeki en doğal “*üyelik menfaati*”ni ihlal etmektedir. Üyenin bu ihlali sona erdirecek bir hukuk aracıyla donatılmamış olması düşünülemez. Gerçekten evrensel bir kural olarak Anayasa, “*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” (m. 36/1) hükmünü sevk etmiştir. O halde tüzük iptali davasının üye tarafından adli yargıda ikamesi, hak arama özgürlüğünün de doğal sonucudur. Mevcut uygulamada, hiçbir üye veya kişiye hukuka aykırı tüzüğü iptal hakkı tanınmamaktadır. Bu, hukuku, uygulamayla yıkmaktan başka anlam taşımaz. Hele delege azınlığına olağanüstü kongreye çağrı yetkisini yasanın amir hükmüne aykırı olarak sınırlandıran tüzük somutunda yetkisi sınırlanan kişinin dava hakkından yoksun bırakılması ile sonuçlanacak bir uygulama ve yoruma geçerlik tanınamaz.

## B. Üst-Hukuk Normuna Aykırı Tüzüğün Somut Sorunlara Uygulanamazlığı Gerçeği

Bir hukuk kuralı olarak tüzüğün emredici yasa kuralına aykırı olması (I) ile uygulanması (II), birbirinden ayrı iki sorun oluşturur. Kuralın hukuka aykırılığı ile kuralın uygulanması, yapıları ve sonuçları bakımından farklı iki ayrı kategoridir.

Aykırılık aşamasında emredici hukuk kuralı da, aykırı tüzük kuralı da yürürlüktedir. Ortada varolan aykırılık ve her iki kuralın (emredici yasanın ve aykırı tüzüğün) yürürlükte olması, eylemsel olarak bir çatışmaya yol açmamaktadır. Sorun, bütün berraklığı ile bir mesele/ anlaşmazlık ortaya çıktığında gözlenmektedir. Esasen hukukun da, adaletin de, içtihadın da kurulma noktası, bu sıcak noktadır. Uygulama sırasında bütün semptomları ile fark edilen aykırılık ve çatışma

halinde, uygulayıcı (yargıç, savcı, diğer kişi ve organ) yasayı mı tüzüğü mü uygulayacaktır? Örneğin olağanüstü genel kurula çağrı, "1/5" delege azınlığındadır yönündeki yasa kuralı mı yoksa bu oranı 2/3'ye çıkararak ağırlaştırılmış tüzük hükmü mü uygulanacaktır?

Üst-hukuk normuna (Anayasa'ya veya yasaya) açıkça aykırı olan tüzüğün, somut soruna/anlaşmazlığa uygulanamaması (yasanın doğrudan uygulanması) konusunda ne pozitif hukukumuz, ne doktrin ve ne de içtihat yönünden en ufak bir çelişki, karşı durum söz konusu değildir. Gerçekten;

1. Yasa ile tüzük arasındaki çatışmada, uygulanacak olan, yasadır. Tüzük, herhangi bir nedenle iptal edilemese dahi, mutlaka yasa uygulanacaktır.

Anayasa'nın siyasal partiler için öngördüğü "*Siyasi partiler, ... Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürürler*" (AY m. 68/IV) ve kurumsal yasanın "*Siyasi partilerin tüzük(leri), Anayasa ve bu kanun hükümlerine aykırı olamaz*" (SPK m. 90/1) yönündeki kurallar, uygulayıcıya, özellikle aykırı tüzükle karşı karşıya kalan yargıca "*aykırılık varsa, yasayı uygula*" önermesini içeren hukuk metinleridir. Dernekler Hukuku yönünden de durum farklı değildir. "*Dernek tüzüğü, kanunun emredici hükümlerine aykırı olamaz*" hükmü, bir Medeni Kanun hükmüdür (MK m. 58/3. Keza aynı şekilde, "*Nizamname, kanunen tatbikleri mecbûri olan kaidelerden ayrılamaz*", Eski MK m. 53).

2. Aksine bir durumda, pozitif hukukun omurgasını oluşturan "*normlar arasındaki hiyerarşik düzen*", yerini hukuk anarşisine bıraktıktan başka, tüzük değişikliği ile yasal düzenden kaçmak, ikinci bir hukuk oluşturmak gibi bir illegal yol yaratılmış olur. Böyle bir yolun hukuk düzenimizde yeri yoktur (AY m. 7, 87, 132, MK m. 1, SPK m. 121 ve diğerleri). Tersine bir anlayış, kuvvetler ayrılığı rejimini de yok eder (Anayasa başlangıç hükmü, ayrıca m. 7, 8, 9). İhtar rejiminin geç işleme gerçeğini veri olarak kabul eden herhangi bir siyasal partinin, kurumsal yasadaki farklı ve ona aykırı bir hukuku tüzükle oluşturması ve uzun süre yaşatması -bu mantık içinde- işten bile değildir. Biri etkisiz emredici yasa hukuku; öbürü aykırı, fakat etkili tüzük hukuku olmak üzere iki ayrı hukukun eş zamanlı olarak varolması -sözcüğün tam anlamı ile- yalnızca komedi konusu olabilir. Şu özgün anlatım, hukuk pratiğinin yetiştirdiği büyük hukukçu, Merhum Çenberci'nin



bir sanat inceliğinde elinden çıkmış içtihadın bir parçasıdır: “Dernekler Yasası’nın 19/2. maddesi sendikalar hakkında da uygulanır. Buyurucu nite-likteki yasa kurallarına aykırı biçimde ikinci toplantı ve gazete ilanı arasın-daki öneli kısaltır nitelikteki hükümlere ana statülerde yer verilemez ve buna dayanılarak yapılan işlemler buyurucu yasa hükümlerine aykırılığı nedeniyle hukuksal hiçbir sonuç doğuramaz.”<sup>27</sup> Somut olayda sendika tüzüğü, yasa-nın buyurucu hükümlerine aykırı olarak, iki kongre arasındaki süreyi kısaltmıştı. Yargıtay, bu süre yerine, doğrudan yasayı uygulayarak, kongreyi iptal yönünde bozmaya gitmiştir.

Yargıtay’ın diğer daireleri de, yasa-tüzük çatışmasında, yasanın amir hükmünün uygulanması gerektiği yönünde bir uygulama için-dedir. Tüzüğün iptali konusunun aksine, buyurucu hükümlere aykırı tüzük yerine, yasanın amir hükmünün uygulanması noktasında bir içtihat birliği vardır.<sup>28</sup>

Sonuç olarak somut anlaşmazlıkla ilgili buyurucu kural varken, bu kurala aykırı tüzük yerine, doğrudan buyurucu kural (yasa) uygulanır.

Yasanın emredici hükümleri ile tüzük arasında çatışma halinde yasanın uygulanması, tüzüğün askıya alınması gerektiği yönündeki normların hiyerarşik karakterinden kaynaklanan ve ittifakla benim-senen zorunlu çözüm, aykırı tüzüğü ayakta tutan Yüksek Mahkeme uygulamasını dayanaksız kılmaktadır. Uygulanamayan aykırılıkların yaşatılması, açıklanması imkansız bir çelişki oluşturur. Somut soruna aykırı tüzük hükmünün uygulanamaması, yasanın uygulanması, tü-züğün örtülü veya nisbi olarak iptali ile denktir. Uygulama ile ulaşılan dolaylı sonucun iptal ile doğrudan ortaya konması, görev mantığının (görevin adli yargıda olduğunun) da bir gereğidir.

<sup>27</sup> Bkz., 26 nolu dipnotta metni verilen Y. 10. HD, kararı (Y. 10. HD, 17.9.1976 T., 6690/5919-E/K, YKD, 1977/1, s. 73 vd.).

<sup>28</sup> Akipek – Akıntürk, Pozitif hukukun Kelsen kaynaklı normların hiyerarşik düzeni-nin somut yansımaları olarak tüzükten önce yasanın amir hükümlerinin uygulanacağı gerektiğini –sanki somut sorun analizi yapıyormuşçasına- açıkça vurgulamaktadır: “Dernekler, kanunların emredici hükümlerine aykırı düşmeyecek olan veya hakkında emredici bir hüküm bulunmayan konuları tüzüklerinde diledikleri biçimde düzenle-yebilirler (MK m. 58/III). O halde, tüzük hükümleri, Dernekler Kanunu ile Medeni Kanun’un emredici hükümlerinden sonra ikinci sırada uygulanır.” (a.g.e., s. 590)

Yukarıdaki dipnotlarda atfı yapılan Yüksek Mahkeme kararları ve doktrin de aynı temel üzerinde yürümektedir (Bkz., bu incelemenin 23-26 arası dipnotları. İctihat ve doktrin referansları).

### C. Hukuka Aykırı Tüzüğün İptali Davası, Bir Zaman Aşımına veya Hak Düşürücü Süreye Bağlı mıdır?

Oluş biçimlerine bakılmaksızın parti tüzüklerinin temel niteliği, "Anayasa'ya ve yasanın amir hükümlerine" aykırı olmamasıdır (SPK m. 90/1, AY m. 69/IV). Bu temel nitelik yönünden, tüzüğün kuruluş sırasında oluşması ile bir organ (örn; genel kurul kararı) ile oluşması arasında bir fark yoktur. Bu temel yargı, yasa varolduğu sürece, "aykırılık" sakatlığının sürdüğü ve bunun hukuken "tanınamazlığı" ipotezi-ne dayalıdır. Esasen genel kurul işlemlerinden butlan yaptırımına tabi olan kararlar yönünden dahi zaman aşımının yürümeyeceği, -doğru olarak- yasada öngörülmüştür (MK m. 83/3).<sup>28-a</sup>

Öte yandan tüzüğün, kuruluş sırasında veya genel kurul kararı ile oluşmuş olmasına bakılmaksızın, "yasaya aykırılık yasağı"nın mutlak ve sürekli bir norm şeklinde öngörülmesi hali dahi, tüzük geçersizli-ğinin her zaman dermeyeranın mümkün ve iptalinin zorunlu olduğu sonucunu ortaya koyar. Aksine anlayış, genel kurul kararları ile oluşmuş kanuna aykırı karar-tüzük normunun, bir ay sürenin dolması ile hukuka uygun hale geldiği gibi çarpık bir neticeye yol açar (SPK m. 90/1, MK m. 58). Böyle bir mantık ise, "tüzük yasaya aykırı olamaz" yönündeki buyurucu ve sürekli-etkili yasa hükmünü ortadan kaldırır. Oysa yasanın ortadan (yürürlükten) kaldırılma yolları, bellidir. Yasa, yasama organınca değiştirilmedikçe veya Anayasa Mahkemesi'nce iptal olunmadıkça, hukuk ve yürürlük gücünü sürdürür (AY m. 87, 148 ve diğerleri). Yasanın buyurucu kuralına aykırı tüzük hükmünün hiçbir şartta yaşatılması mümkün değildir.

Yasanın buyurucu hükümlerine aykırı tüzüğün süreye bağlı olmaksızın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca -her zaman- düzeltilmesinin istenebilmesi yetkisi de, aykırı siyasi parti tüzüklerinin zamanın mürûru ile sıhhat kazanamayacağını göstermektedir (SPK m. 104/1, 90; Yargıtay K. m. 27/4; MK 58, 60).

Belirtilen nedenlerle genel kurul kararları ile oluşmuş tüzükler veya diğer tüzükler yönünden MK m. 83 hükmünde öngörülen bir aylık sürenin uygulama olanağı yoktur.

<sup>28-a</sup> Y. 2. HD, 01.12.2003 T., 15032/16059-E/K, Y. 11. HD, 6.7.1978 T., 3158/3661-E/K (YKD, 1979, S. 9, s. 1319).; Dural, Oğuz, Prof., a.g.e., C. II. s. 295. Bu yazımızın (19-a) nolu dipnotu. Prof. Sungurbey, a.g.e., s. 43 vd.; Prof. Eren, a.g.e., s. 308.

- V -

## İNCELEMEDE ORTAYA KONAN SONUÇLARIN GİRİŞ BÖLÜMÜNDE SIRALANAN KİMİ ÖRNEKLERE UYGULANMASI (Yahut Kısa Bir Hukuk Pratiği)

Hukukta olay metodu, yeni ve doğru çözümlerin canlı kaynağıdır. Yaratıcı-aklın üretkenliğini ortaya koyan fırsattır. İçtihat hukukunun hayatiyeti de, “*olay metodununun*” bütün çağrışımlarını toparlayan niteliğinden kaynaklanmaktadır. Metod, hukuk sosyolojisi içindeki fenomenolojik yaklaşımın versiyonundan başka bir şey değildir.<sup>29</sup>

Şimdi, incelememizin giriş bölümünde verilen buyurucu hukuka aykırı tüzük hükümleri örnekleri karşısında muhatapların sergilemeleri gereken tutumları gözden geçirelim; “*Ege bölgesinde bağımsız bir devlet oluşturulması için bölgesel referandum (plebisit) yapılmasına*” yönelik tüzük hükmü, Anayasa’nın 68/IV hükmüne (üniter devlet yapısına) aykırı olduğundan Cumhuriyet Başsavcısı doğrudan kapatma davası açacaktır (AY m. 69/VI, m. 149).<sup>30</sup> Anayasa’nın 68/IV hükmüne aykırı tüzüklerin adli yargıda iptali istenebilirse de, etkin bir Anayasal Yargı yolu varolduğundan hukuk düzeni bakımından bu talebin büyük bir önemi yoktur.

“*Olağanüstü toplantıya 1/5’lik yasal çağrı nisabını en az üçte iki oranında delege sayısına çıkaran*” tüzük hükmü, -ister kuruluş, ister genel kurul değişikliği türünde olsun-, ilgilinin iptal davası açması yoluyla

<sup>29</sup> Öktem, Niyazi, Prof. Dr., *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, İst. 1988, s. 205 vd.; Işıқтаç, Yasemin, Dr., *Hukuk Normunun Mantıksal Analizi*, İst. 1999; Işıқтаç, Yasemin, Dr. - Metin, Sevtap, Dr., *Hukuk Metodolojisi*, İst. 2003; Karayalçın, Yaşar, Prof. Dr., *Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod (Problem Çözme)*, Ank. 1986; Hafizoğulları, Zeki, Prof. Dr., *Ceza Normu*, Ank. 1996.

<sup>30</sup> Aslında bir siyasi partinin yahut sendika, dernek gibi tüzüklerde kurulu düzeninin duyarlıkları ile çatışan ve fakat şiddete davet etmeyen hükümlerin yeralması, çağdaş standartlara aykırı değildir. Bu konudaki yasakçı tavır; eleştiriyi, dönüşüm taleplerini önlemesi bakımından demokrasinin yoğunluğunu düşürür. Bkz., bu incelemenin 8 nolu dipnotundaki atıflar. Bu bağlamda, Yüksek Yargıtay Genel Kurulu’nun bir sendikanın aykırı tüzük hükmü sebebiyle kapatılması davasının reddine ilişkin kararın bozulmasına yönelik Yüksek 9. Hukuk Dairesi, Yüksek Hukuk Genel Kurulu kararları, demokrasi teorisi, ifade ve kolektif özgürlükler ile “tehdit” kurumları yönünden bilimin ve toplum dinamiklerinin değerlendirmesi gerekir (Y. 9. HD, 3.11.2004 T., 28345/24792-E/K, aynı karara karşı direnme sonucu YHGK, 21.2.2005 T., 1231/40-E/K sayılı kararlar) (Kararlar, yayımlanmamıştır. Özel Arşivim, N. 1150).

tasfiyesi mümkündür (SPK m. 14/6). Bu hükmün, iptal davası hakimi dışında, toplantıya izin verme konusunda görevli kılınmış hakime karşı da bir içerik etkisi vardır. Yasa gerçekten, “Yönetim Kurulu, genel kurulu toplantıya çağırmasa; üyelerden birinin başvurusu üzerine, sulh hakimi, üç üyeyi genel kurulu toplantıya çağırarak görevlendirir” (MK m. 75/2, SPK m. 29/1, 121/1) hükmünü öngörmektedir. Çağrı nisabını  $\frac{2}{3}$ 'ye çıkaran tüzük hükmü, SPK m. 14/6 hükmüne aykırıdır. Çünkü yasada, çağrı nisabı, buyurucu bir hüküm ve azınlık hakkı olarak  $\frac{1}{5}$  miktarında belirlenmiştir. Uygulayıcı (parti yönetim kurulu), iptal davasında asliye hukuk, izin davasında sulh hukuk hakimi, tüzük ile yasa arasındaki çatışmada, Yukarıda açıklandığı üzere “yasanın buyurucu hükmünü” uygulayarak sorunu çözecek ve  $\frac{1}{5}$  çoğunluğu sağlayan ve fakat  $\frac{2}{3}$  oranına erişemeyen grubun çağrı istemini izin-kararla uygulamaya koyacaktır. İptal davasında ise, tüzüğün iptaline karar verecektir. Çağrı veya iptal prosedürü ile bağlı olmaksızın, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı da hukuka aykırılığı gidermek için ihtar rejimini işletecektir.

Esasen bu soruna, aşağıda incelememizde özel bir bölüm ayrılmıştır.

“Genel Kurul Kararlarına karşı iptal davası açılmaz” yönündeki tüzük hükmü, genel kurul kararlarına karşı tanınan yargı yolunu (MK m. 83, SPK m. 29/1) kaldırdığı için Asliye Hukuk Mahkemesi hakimi tarafından uygulanmayacak, yasaya üstünlük tanınacaktır. Yasanın buyurucu hükmüne aykırı tüzüğün uygulanamazlığı bakımından bu örnek çarpıcı ve canlıdır. Tüzük yürürlükte ve fakat yasa uygulanıyor. Aksi takdirde dava yolu, tüzükle kapatılacak (AY m. 36, AİHS m. 6, 13). Ayakta kalıp ta (yürürlükte olup ta) etki doğuramayan bir alt-norm örneği, hukuk tefekkürü bakımından bir “sendrom” oluşturur. Adeta, “yarım/topal hukuk” üretilmiş olmaktadır.

“Üyelik yaşını on dört” olarak belirleyen tüzük hükmünün uygulama muhatabı, Cumhuriyet Başsavcısı'dır. Yasa, siyasal partiye üye olma yaşını (ehliyeti) “on dokuz” olarak belirlemiştir (SPK m. 11/1). Cumhuriyet Savcısı, yasanın buyurucu hükmü karşısında, 15 yaşındaki kişiyi “sicile üye olarak kaydedemeyecek, kayıt talebini reddedecek, seçim kurulları delege seçiminde, -her nasılsa kaydolun- bu kişilere oy hakkı vermeyecek, Anayasa gereği re'sen listelerden bu kişileri çıkarabilecektir” (AY m. 79, muhtelif seçim yasaları).

*“Genel kurulda tutanak yasağını öngören tüzük değişikliği”*, Kurumsal Yasa'nın 60 ve 113. hükümlerine aykırıdır. Tutanağı olmayan veya tutanağı sahte olan kongre, yapılmamış kongre hükmündedir. Çünkü kongrenin yargısal denetimi, ancak tutanakla olabilmektedir. Alınan kararlar, yapılan işler, tutanak özetleriyle kanıtlanabilmektedir. Tutaksız veya sahte tutanaklı kongreyi ve ondan çıkan sonuçları, hukuk tanımaz. Hakim, bu durumda kurucu belgenin/kongre iradesinin tecesüm ettiği vesikanın yokluğu veya sahteliği sebebi ile kongreyi ortadan kaldıracaktır. Aykırı tüzük hükmü, buyurucu ve üstelik ceza yaptırımını yasa ile oluşturulmuş hukuk düzenini ortadan kaldıramaz.

*“Genel başkan açık oyla seçilir”* yönündeki tüzük hükmü ve bunun uygulanması ile oluşan sonuç, seçim kurullarınca tanınmayacak, tüzük hükmü uygulanmak yerine, SPK m. 15 ve 21 hükümleri uyarınca seçim iptal olunacaktır. Çünkü yasa, gizli oy ilkesini öngörmüştür. Görüldüğü gibi aykırı tüzüğün hiçbir halde, yasanın emredici hükmünü etkisiz kılma şansı yoktur.

Grup sayısını yirmiden onbeşe indiren tüzük hükmü, Anayasa'nın 95 ve SPK m. 22 hükümlerine aykırı olduğu için sözü geçen hüküm, TBMM Başkanı tarafından uygulanmayacak ve grup kurulamayacaktır.

Keza *“birleşme ve partinin feshi”* yetkisini merkez karar organına veren parti tüzüğü ve bu bağlamda alınan birleşme kararı, yasaya aykırı olduğundan (SPK m. 16/3, m. 14/5), tüzük ve birleştirme kararı tanınmayacak, partinin hukuki ve sosyolojik varlığı sona ermeyecek, İçişleri Bakanlığı, kurucu-bildirici işlemleri bu doğrultuda oluşturulacaktır.

Sonuç olarak vurgu ile ve kesinlikle belirtelim ki *“tüzük ile yasanın çatışması halinde, ihtilafa uygulanacak kural, buyurucu yasa hükmü”*dür. Bu ilke ve sonucun tek bir ayrığı yoktur. Aksine durum, pozitif hukukun inkarı ile denktir. Hukukun üstünlüğü, nesnel ve adil kuralların, normların üstünlüğüdür.

## - VI -

**SİYASİ PARTİLER YASASININ DELEGE AZINLIĞINA TANIDIĞI  
OLAĞANÜSTÜ TOPLANTIYA ÇAĞRI YETKİSİ KURALINA  
AYKIRI PARTİ TÜZÜĞÜ HÜKÜMLERİNİN  
GEÇERSİZLİĞİ SORUNUNA AYRINTILI YAKLAŞIM**

Somut (girişteki örnek) olayda, yasanın 1/5 delege azınlığına verdiği çağrı yetkisindeki oran, tüzükte  $\frac{2}{3}$ 'ye çıkarılmıştır.

Sorunu, yasa ve tüzük bağlamında ele alalım:

**A. Yasa Kuralı Açısından Yaklaşım:** Yasa, “Büyük kongre parti tüzüğüünün göstereceği süreler içerisinde toplanır. Bu süre iki yıldan az üç yıldan fazla olamaz. Olağanüstü toplantılar, genel başkanın veya merkez karar ve yönetim kurulunun lüzum göstermesi veya büyük kongre üyelerinin en az beşte birinin yazılı istemi üzerine yapılır.” hükmünü öngörmektedir (SPK m. 14/6). Yasayı, hukuk biliminin yüz yıllarca birikimi ile oluşmuş ölçütleri içinde değerlendirmek gerekir.

1. Siyasi Partiler Yasası'nın delege azınlığına olağanüstü toplantıya çağrı istemi yetkisini veren hükmünün içeriği, niteliği ve hukuk bütünü içindeki yeri;

a. Norm, “beşte bir delege nisabı (I)”, “çağrı iradesinin yazılı olması (II)”, “her iki unsurun birlikte gerçekleşmesi halinde kongrenin yapılması zorunluluğu (III)” iç-unsurlarından oluşmaktadır. Kural, bir yetki normudur.<sup>31</sup>

b. Normun buyurucu niteliği: Bu normun, buyurucu hukuk kuralı (amir hüküm) oluşturduğu noktasında ne doktrinde ve ne de yargı pratiğinde (içtihat) en ufak bir tereddüt yoktur.<sup>32</sup> Normun bu niteliğini biraz açmak gerekir:

c. Normun konuluş amacı yönünden: Korporatif hukukun ortak-bir ilkesi olan kuralın siyaset hukukuna girişi, ilk Siyasi Partiler Kanunu'nun yapılması ile olmuştur. 13.07.1965 T. ve 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun sevk gerekçesinde (aynen) “... Partilerin demokratik

<sup>31</sup> Işıқтаç, Yasemin, Dr., *Hukuk Normunun Mantıksal Analizi*, İst. 1999, s. 25, 121, 126; Işıқтаç, Yasemin, Dr. - Metin, Sevtap, Dr., *Hukuk Metodolojisi*, İst. 2003, s. 54 vd.; Karayalçın, Yaşar, Prof. Dr., *Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod (Problem Çözme)*, Ank. 1986, s. 85 vd.; Hafızoğulları, Zeki, Prof. Dr., *Ceza Normu*, Ank. 1996, s. 65 vd.

<sup>32</sup> Egger, a.g.e., m. 63, N: 4, s. 90; Özsunay, a.g.e., s. 173, 141; Ballar, Suat, Av., *Türk Dernekler Hukuku*, 2. Bası, İst. 1991, s. 121 vd.

bir kuruluş ve işleyişe sahip olmaları, parti içi iradenin hür bir şekilde belirmesi ve parti organlarının ve idari mercilerinin bu hür iradeye göre vazife almalarının sağlanması ile mümkün olabilir. Binaenaleyh Partiler Kanunu'nda parti üyelerinin iradelerinin tesirli bir hale getirilmesi, organların aşağıdan yukarıya kuruluşlarına ve parti mensupları tarafından murakebe edilmelerine müsaait birer statüye sahip kılınması zarüreti vardır." Madde gerekçesinde "parti içi iradenin serbestçe tezahürünü ameli olarak teminat altına alabilmek" anlatımı yeralmaktadır.<sup>33</sup> Komisyon sözcüsü, ünlü siyaset hukukçusu merhum Coşkun Kırca, madde müzakereleri sırasında, kuralın amir hüküm (buyurucu) karakterini "amme nizamına" atf yaparak belirtmiş<sup>34</sup> ve beşte bir nisabın yükseltilemeyeceğini de ifade etmiştir.<sup>35</sup> Aynı kuralı bütün unsurları ile tekrarlayan 22.4.1983 T. 2820 sayılı Siyasal Partiler Kanunu'nun gerekçeleri de benzeri temeller üzerinde oturmuştur.<sup>36</sup>

#### Yasanın hazırlık metinleri, normun kuruluş amacının, "genel başkan

<sup>33</sup> MMTD, Dönem: 1, Toplantı: 2, Sıra Sayı: 527, s. 3, 36 (1963 tarihli tasarı gerekçesi).

<sup>34</sup> Komisyon sözcüsü Coşkun Kırca, norm tasarısının ruh ve yapısını ortaya koyan irade olarak, aynen şöyle demektedir: "Muhterem arkadaşlarım, ne bu tasarı, ne bu tasarımı getiren Hükümet, ne takrirı veren partiler ve ne de diğer takrirleri veren arkadaşlar, siyasi parti idarecilerinin basiret ölçüsünü ölçme hususunda hiçbir hüküm derpiş etmemişlerdir. Benim bu hususta, Geçici Komisyon Sözcüsü olarak her hangi bir kanaat ifade etmem saygısızlık olur. Şahsi kanaatimi de ifade edemem. Sadece şunu belirteyim ki, bütün bu hususların amme nizamı hükümleri olarak yer almasında bütün partilerin temsilcileri hassasiyet gösterdiklerine göre, kendileri de, partilerin de ve Devlet işlerini idarede de kafi basiretle, Sayın Diler, görmelidir." (MMTD, B: 76, 17.3.1965 T., O: 1, s. 450).

<sup>35</sup> Beşte birin değiştirilemez nisab niteliği ve olağanüstü kongrenin her zaman istenebileceği yönündeki yasa içeriğini ortaya koyan irade olarak komisyon sözcüsü merhum Coşkun Kırca'nın beyanı aynen şöyledir: "Tabiatıyla mümkün, beşte biri, partinin o anda vazife başında bulunan mercilerine, idaresine aleyhtar ise, her zaman genel kongreyi olağanüstü toplantıya çağırarak yetkisine sahiptir. Bunun gayrimümkün olduğunu zannetmiyorum. Beşte bir adedi yüksek bir aded değildir. Bu, işe ciddiyetle sarılma ölçüsü mevcut ise, bir genel kongrenin üyelerinin iki bin kişi olduğunu farz etsek, beşte biri yani dört yüz kişisi pekala böyle bir takrire imza koymak için faaliyete geçebilirler. Bir ilin arzusu ile bu iş olmaz, muhtelif illere pekala bunun oranizasyonu kurulabilir ve böyle bir olağanüstü toplantıya davet edilebilir. Bu bakımdan, her hangi bir mahzur olduğu kanaatinde değiliz." Dpn. 34'teki tutanak. s. 451.

<sup>36</sup> Yasa gerekçesinde dile getirilen içerik şudur: "... Getirilen düzenin oligarşinin oluşmasına tamamen engel olacağı düşünülmemelidir. Sadece, partinin lider veya liderlerine, demokratik gerçekler hatırlanmakta, sulta kurmak çabasının demokrasiyle bağdaşmayan bir tutum olduğu eskisinden daha kuvvetli ve etkili bir statü içinde müeyyidelerle donatılmış olarak anlatılmaktadır.

Demek oluyor ki hedefe ulaşılması bütün hukuk kurallarının uygulanmasında olduğu gibi en sonunda idare edenlerin tutumuna dayanmaktadır.

İdare edenlerin, insana ve insan düşüncesine olan saygıları ölçüsünde başarıya ulaşılacak, aksi halde yeni çözüm yolları araştırılacaktır."

ve doğası gereği dar kadro (yönetim) yanında" belli nisaba ulaşmış delege grubuna "en yetkili organı" (genel kurulu) toplama yetkisi ile donatmak, bilimsel söyleyişle "parti içi demokrasiyi işler kılmak, derinleştirmek ve oligarşiye karşı bir baryer oluşturmak"tır. Norm, bu yönüyle hem partiyi ve hem de delege iradesini koruyucu niteliktedir. Korunan menfaatlerin yapısı da normun buyurucu karakterini ortaya koymaktadır.<sup>37</sup>

1/5 nisabının toplantıyı isteme nisabı olduğu, toplantının delege tam sayısının salt-çoğunluğu ile yapılabileceği (Tüzük m. 39-A/5, SPK m. 14/9), bu itibarla amir hükmün (SPK m. 14/6, azınlık hakkının) "parti-içi istikrar" amacı ile çatışmadığı da unutulmamalıdır. Çatışma olsa idi dahi durum değişmeyecekti. Çünkü amir hükümler, hem toplumun, hem saf hukukun "kamu düzeni"ni istihdaf eden kurallardır. Askıya alınamazlar, görmezlikten gelinemezler.

## 2. Düzenlenen alanın ait olduğu kategori (azınlık hakkı).

a. Sorunun hukuktaki adı "Azınlık Hakkı"dır. Azınlık hakkı veya yetkisi, çoğunluğun haksız hakimiyetlerinin yol açabileceği hata ve ihlallere karşı kurumsal bir sigortadır. Azınlık hakları ve yetkileri, tabiatları gereği, "dokunulamaz, şartları alt-kurullarla ağırlaştırılmaz" korunma alanını oluştururlar.<sup>38</sup>

b. Hukuk mantığının iycabı odurki hiçbir azınlık hakkı, yarıdan fazla bir oranı içeremez. O durumda hak, "Azınlığın Değil, Ekseriyetin/Çoğunluğun Hakkına Dönüşür." Çoğu partilerin öngördüğü 2/3'lik ağırlaştırılmış çağrı nisabı, kavramın özü ile apaçık bir paradoks teşkil eder.

c. Bir hakkın kullanımını imkansız kılan bir oran ile o hakkın ortadan kaldırılması arasında herhangi bir fark yoktur.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Egger, a.g.e., m. 63, 64. Bkz., incelememizin "31" nolu dipnotundaki kaynaklar.

<sup>38</sup> Egger, a.g.e., m. 64, N. 8, s. 94; Birsal, Mahmut, Prof. Dr., *Azınlık Hakları* (İmran Ökteme Armağan, Ank. 1970, s. 619 vd.); Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Prof. Dr., *Hıfzı Timurun Anısına Armağan*, İst. 1979, s. 386 vd.; Poroy, Reha, Prof. Dr. - Tekinalp, Ünal, Prof. Dr. - Çamoğlu, Ersin, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 9. Bası, İst. 2003, N. 753, s. 432. Azınlık hakkı kurumunun felsefi yönünden Hugo Horowitzin anlatımı özgündür: "... Azınlık, bütünün bir kısmıdır; fakat özel bir türü değildir. Bütün içinde tanınabilir, fakat ondan ayrılamaz. Tıpkı denizde akışı hala fark edilebilen, fakat artık denizin bir parçası olan nehir suları gibi ..." (İmran Ökteme Armağan. s. 621); Özsunay, a.g.e., s. 264.

<sup>39</sup> Sungurbey (Gülümser), İsmet, Prof. Dr., a.g.e., s. 43 (naklen: Palandt, *Kommentar zum BGB*, München und Berlin, 1954, § 25, Anm. 2.).



### 3. Korporatif hukuk açısı;

Dernekler, sendikalar, şirketler, siyasal partiler ve benzeri topluluklar, özellikle kongre düzenleri (ve kongre hukuku) bakımından birbirlerini etkileyen, birbirlerinden destek alan, karşılıklı tamamlayan ortak-alan oluştururlar (SPK m. 29, 121, Dernekler Kanunu m. 34, MK m. 5, 56, Türk Ticaret Kanunu m. 1, 366).<sup>40</sup> Sözügeçen alanların tümünde, belli azınlığın -hiçbirisinde 1/5 aşmamak üzere- genel kurulu olağan toplantıya çağırma hakkı tanınmıştır ve bu hak, dokunulamaz azınlık hakkı olarak öngörülmüştür (Par Ex. MK m. 75/1 “üyelerin beşte biri”; TTK m. 366 “Onda bir sermaye azınlığı”; SPK m. 11 „Yirmidebir sermaye azınlığı”; Sendikalar Kanunu m. 12 “1/5 üye veya delege azınlığı”; Avukatlık Kanunu m. 83 “levhadaki avukatların 1/5’i”; Kooperatifler Kanunu m. 44 “ortakların en az onda biri”).

Bu ortak hukuk alanının tüm dallarında, karşı bir görüş olmaksızın ve yasanın buyurucu içeriği doğrultusunda, “azınlığa tanınan genel kurulu toplantıya çağrı nisabının alt-normlarla (tüzük, esas mukavele, statü) yükseltilemeyeceği ve fakat azınlık hakları kavramının doğası gereği azaltılabileceği, açıkça vurgulanmıştır.” “Kuralın doğuşundan, gelişiminden bu güne kadar ne düzenlemede ve ne de doktrinde bir sapma olmamıştır.” Büyük hukukçu Egger aynen şöyle demektedir: “Tüzük, bu azınlık hakkını güçleştiremez. Fakat pekala kolaylaştırabilir. Tüzük, bu hakkı daha küçük bir orana (kesre) bahşedebilir” (s. 94). Yasada geçen “en az” edat-sıfatı, hüküm cümlesi olan „yapılır” yüklemi ile bütünlük içindedir. Başka deyimle en az nisab, amir hükmün gerekli ve fakat yeter koşuludur. Tüzük, bu nisabı gerekli koşul olarak artıramaz. Aksi bir anlaşılış mevcut olmadıktan başka; tersi durumda “yapılır” emir yüklemine hukuki bir anlamı kalmaz.<sup>41</sup>

Daha ötesi, yeni yasa ve tasarlarda, yürürlükteki oranların azaltılması yönünde bir eğilimin varlığı gözlenmektedir.<sup>41-a</sup> Genel kurulun,

<sup>40</sup> Egger, a.g.e., m. 66, N. 3; Moroğlu, a.g.e., s. 83; Kocayusufpaşaoğlu, a.g.m., s. 388.

<sup>41</sup> Egger, a.g.e., m. 64, N. 8; Keza, Kocayusufpaşaoğlu, a.g.m., s. 386, dpn. 4. Müellif, Alman hukukuna atıfla, yasanın oran belirlemesini mutlak şekilde tüzüğe bırakmış olması halinde dahi azınlık hakkının özü ile bağdaşamayacak oranların öngörülemeyeceğini belirtmektedir. Özsunay, a.g.e., s. 264; Şahlan, Fevzi, Prof. Dr., *Sendikalar Hukuku*, s. 65; Aynı müellif, *Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelere Uygunluğu*, İst. 1980, s. 137.

<sup>41-a</sup> Bkz., 28.7.1981 T., 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 11 (Yirmide bir oranı). Keza Yeni Ticaret Kanunu taslağımızda çağrı oranı, onda birden yirmide bire indirilmektedir (Yeni Türk Ticaret Kanunu Taslağı, m. 411/1, s. 96. Adalet Bakanlığı

yönetimin muhtaç olduğu ortak aklın öz-kaynağını oluşturması (rasyonalite) yönünden de yeni yasa düzenlemelerindeki bu eğilimin tercihe şayan olduğu vurgulanmalıdır.

#### 4. Sorunun içtihat hukukundaki yeri;

Yukarıdaki hukuk realiteleri, korporatif hukuk uyumsuzluklarını çözen içtihat yargısında, bir sapma olmaksızın aynen benimsenmiş ve kökleşmiştir. Azınlık (çağrı) nisabının yükseltilemeyeceği, alt-normla, azaltılabileceği, kuralın buyurucu karakteri, yükselten alt-norm hükümlerinin geçersizlik sebebiyle uygulanamayacağı, doğrudan yasa kuralının uygulanması içtihat olunmuştur.<sup>42</sup>

Yüksek Yargıtay'ın bir kararında ulaştığı sonuç şudur: *“Genel kurulun toplantıya çağrılmasına ilişkin yetki, sınırlayıcı değildir. Onun için tüzükte bu yetki, yönetim kurulunun çağırma hakkı saklı kalmak üzere başka organlara da verilebileceği gibi, olağan üstü toplantıya çağırma isteğinde bulunacak üyelerin oranını da azaltabilir. Bilimsel görüşler ve Yargıtay uy-*

---

yayını, Ank. 2005). Şirketlerde (plütokraside/sermaye egemenliğinde) iç-demokrasinin genişletilmesi eğiliminin yasa hazırlığına yansıtılacak kadar güç kazanması karşısında, demokrasinin vazgeçilmezi olan siyasal partilerin iç-yapılarında kapalı koza örmeleri, kendilerini delegasyondan yalıtıcı ve delege hukukunu zorlaştırıcı önlem almaları, cerrahi bir operasyonu gerektiren paradokslarımızdandır.

<sup>(42)</sup> Yüksek Yargıtay, korporatif hukukta üye ve delege hakkını öne alan, iç-işleyişte demokrasi ilkelerini özenle gözeten, başkan ve yönetim kurulunun yasaya rağmen tüzükle genişletilmesini hükümsüz sayan yerleşik bir içtihat uygulaması içindedir. Par. Ex. çatışan iki yasa hükmünü (Eski MK 65, 68. maddeleri) ihraç edilen üyeye itiraz davası hakkını tanıyan içtihat (YİBKK, 20.9.1950 T., 4/10-E/K, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları. Hukuk Bölümü, Ank. 1980, C. IV, s. 299-305). Kongreye çağrı hukuku anlaşmazlıklarını çözen Yargıtay 2. Hukuk Dairesi içtihatları (oranı artıramazlık, azaltılabilirlik yönünden. Y. 2. HD, 15.3.1979 T., 1739/2122-E/K; çağrı gerekçesinin tartışılmazlığı ve yönetimin takdir hakkının bulunmaması yönünden, Y. 2. HD, 9.12.1974 T., 8073/7800-E/K; çağrı istemine rağmen yönetimin suskun kalması veya istemi reddi halinde Mahkeme'nin toplantı izni vermesi ve kişileri yetkilendirmesi yönünden, Y. 2. HD, 5.4.1979 t., 2679/2841-E/K; çağrı isteminin yenilik doğurucu hak olması ve feragat etmenin sonuca etkili olmaması yönünden, Y. 2. HD, 11.6.1979 T., 4573/4781-E/K; Korporatif hukuk anlaşmazlıklarını inceleyen diğer daire içtihatları (çağrı, delegelik sıfatı gibi konuları düzenleyen yasaların amir hükümlerine aykırı tüzük hükümlerinin hükümsüz olduğu yönünde. Y. 9. HD, 27.5.1999 T., 8272/8417-E/K; Y. 10. HD, 17.9.1976 T., 6690/5919-E/K. Aynı doğrultuda (hükümsüzlük), Y. 11. HD, 6.7.1978 T., 3158/361-E/K). 1/5 çoğunluğun sağlandığı anda çağrı yükümlülüğünün doğacağı, imzayı geri almanın sonuca etkisizliği (inşai hak karakteri) yönünden, Y. 9. HD, 26.12.1984 T., 12245/12041-E/K. Kongrenin iptali halinde tüzel kişiyi temsil boşluğu doğması ve alınacak korporatif tedbirler yönünden, Y. 9. HD, 26.3.1998 T., 5969/5924-E/K. Eski MK m. 377, Yeni MK m. 427/4.

gulaması bu doğrultudadır (Prof. A. Egger, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Kişinin Hukuku, 1948, Volf Çernis, C. I, kısım 2, s. 93; Prof. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, Şahsın Hukuku, 1963, s. 373; Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi'nin 29.11.1966 günlü 6476/6359)." (Y. 2. HD, 15.3.1979 T., 1739/2122-E/K; YKD, 1979/12, s. 1702 Karar, mustakardır.). Keza aynı daire, şu sonuca varmıştır: "Kayıtlı üyelerin en az beşte biri, yönetim kuruluna başvurarak genel kurulunun olağanüstü toplantıya çağrılmasını isteyebilir (1630 sayılı Dernekler Kanunu m. 18). Az önce belirtilen sayıdaki üyenin yönetim kuruluna karşı açığa vurduğu irade beyanı, hem üyelerin her birini ayrı ayrı, hem de yönetim kurulunu bağlayıcı olduğu için toplantıyı isteyenler beşte birden aza düşse bile, yönetim kurulu sayıyla bağlı kalmaksızın genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmak hakkına sahip olduğu gibi, bir ay içinde ne sebeple olursa olsun, açıkça (sarahaten) veya üstü kapalı olarak (zımnen) ret olunduğu takdirde istekte bulunan üyelerden her biri sulh hakiminden, çağrı kurulunun teşkil edilmesini talep edebilir.

Gereçesi belirtilmeksizin aksini ileri süren görüşe (Prof. Ergun Özsunay, Medeni Kanunda Tüzel Kişiler, 1978 s. 180 dñn. 22'e) katılmak mümkün değildir. Çünkü bu düşünce biçiminin benimsenmesi halinde; hem yenilik doğuran hak ilkesine aykırı davranılmış olur, çoğunluğu baskı altında tutulmasına yol açılır. Söz gelişi yüz kırk üyelik bir derneğin beşte biri olan yirmi sekiz üyenin, olağanüstü bir toplantı için Yönetim Kuruluna başvurusundan sonra, bunlardan birinin bile isteğini geri alması halinde, talepte bulunanlar beşte birden aza düşeceği için bir üye, yirmi yedi üyeyi baskı altında tutmuş ve inisiyatif o üyenin iradesine terk edilmiş olur ki bu sakıncanın önemi söz götürmez. İşte yukarıda açıklanan gerekçeler karşısında başvuru ile olağanüstü toplantıya çağırmak imkanı doğduktan sonra, başlangıçta başvuranların sayısı neye düşürse düşsün, olağanüstü toplantının yapılmasını istemek hakkı ortadan kalkmaz." (Y. 2. HD, 11.6.1979 T., 4573/4781-E/K; Uyar, Talih, a.g.e., s. 1789). Aynı şekilde, Y. 9. HD, 26.12.1984 T., 12245/12041-E/K. Dayanağı Ankara 5. İş Mahkemesi'nin 4.12.1984 T., 584/641-E/K (Berkun, Abdullah - Eşmelioglu İbrahim, Sendikalar Kanunu, Ank. 1989, s. 255 vd.).

5. Bu açıklığa rağmen siyasal partileri yükseltilmiş nisap ( $\frac{2}{3}$  ve benzeri) düzenlemelerine iten faktörler neler olabilir?

a. Türkiyede, -belkide çoğu kez haklı olarak- siyasi nitelikli hukuki sorunları yargı önüne getirmeme yönünde güçlü bir eğilim ve hatta köklü bir gelenek vardır. İhlalin (somut olayın) niteliğine göre

bu geleneği kırmak, bir hukuk ve demokrasi refleksi olarak değerlendirilmelidir. Sorunun yargı önüne gelmemesi, içtihat yoluyla hukukun uyandırılmasını mümkün kılmamış, açık aykırılık, geçerli hukuk ilizyonuyla bu alanda egemenliğini sürdürmüştür.

b. Tüzükle oluşturulan (aykırı) kural, genel merkez oligarşisinin tam da hukuk merkezinde yer almıştır. Kötü siyaset ve oligarşi, hukuk ve demokrasi korkusuna karşı ağırlaştırılmış/gerçekleştirilmesi olanaksız çağrı nisabını emin bir sığınak olarak görmektedir.

Korporatif hukukla görev alanı gereği, doğrudan bağı olmayan Yüksek Savcılık Makamı'nın (Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın) denetiminin de bu açıdan yeterli ölçüde işlememiş olması, hukuk düzenimiz bakımından dikkate değerdir.

### **B. Siyasi Partiler Kanunu'nun Delegeye Çağrı İsteme Yetkisini Tanıyan Kuraldan (M. 14) Daha Ağır Şartlar Öngören Tüzüğün Hukuki Değeri Açısından Yaklaşım:**

1. Kanuna aykırı tüzük, kendiliğinden geçersizdir. Tüzük yerine doğrudan yasa uygulanır. Yasanın amir hükümleri, ancak yasama organı tarafından değiştirilebilir (SPK m. 90/1, 14/6, 121, MK m. 5, BK m. 19, 20, AY m. 7, 87).

2. Bu tür tüzük hükümlerinin geçersizliği zamanla kayıtlı olmaksızın, her zaman ileri sürülebilir. Zaman, aykırılığı ne telafi edebilir, ne de bertaraf edebilir.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> SPK m. 90/1, 14/6; MK m. 58/3 (eski MK m. 68); Özsunay, *a.g.e.*, s. 206 vd.; Moroğlu, *a.g.e.*, s. 97 vd.; Egger, *a.g.e.*, s. 75, N. 12, 14; Sungurbey (Gülümser), *a.g.m.*, s. 47. Değerli bilim adamı, doktrin ve içtihat yerleşik görüş birliği doğrultusunda şunları söylemektedir:

"Demokratik düzene aykırı kurallar batıldır

Dernek tüzüklerindeki bu türlü kuralların, başlangıçtan beri tüzükte bulunmaları durumunda, Medeni Kanun'un 5. maddesine göre Borçlar Kanunu'nun genel bölümündeki borç doğuran sözleşmelere ilişkin kurallar, medeni hukukun öbür alanlarındaki işlemlere, bu arada kişiler hukuku alanındaki bir hukuki işlem olan tüzüklere de uygulanacağından, Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddeleri gereğince yasalardaki emredici kurallara, özellikle kamu düzeni kurallarına aykırı bulunmaları yüzünden batıl sayılmak gerekir. Bu durumda, ilgililer, hiçbir hak düşümü süresine bağlı olmaksızın her zaman için açabilecekleri bir tesbit davasıyla butlanın tesbitini isteyebilirler.

Ne var ki, tüzüklerdeki bu türlü kuralların, genel kurul kararıyla tüzüğe sonradan konulması durumunda da çözüm değişmez. Çünkü, Medeni Kanun'un 68. madde-

Esasen tüzükle ilgili bu genel yargı, incelememizin diğer bölümlerinde daha ayrıntılı biçimde ortaya konmuştur.

[Yasa koyucu yazılı şekli yeterli görmüştür. (E) Parti gerçeğinde mahdut sayıda delege iradesini kontrol etmek, zor değildir. Ayrıca çağrı isteminin noterlik senedi ile yapılması koşulu, olası gider bağlamında delegeye yük getirmektedir. Öteyandan “*yasadaki (toplantı) yapılı*” emrinin (buyurucu içeriğin), tüzükte “*(toplantı) yapılabilir*” yüklemine dönüşmesi, yönetime opsiyon tanınması, tam bir hukuk ihlalidir. Aynı şekilde olağan kongre dışında veya olağan kongre üzerinden belli bir süre geçmedikçe seçimli olağanüstü kongrenin yapılamayacağı yönündeki kimi parti tüzük hükümleri de aynı yasa hükmüne aykırıdır. Çünkü yasa, gündem ayırımı yapmaksızın, genel kurulun görev alanındaki her sorun için azınlık hakkını (olağanüstü toplantıya çağrı istemeyi) tedvin etmiştir. Hayatın olağan akışı içinde, genel kongrenin hemen akabinde seçimli olağan üstü kongre zorunluluğu, bir ihtiyaç olarak belirebilir. Özellikle oldu bittiye getirilen program değişimleri, yabancılaşmaya ve kırılmaya yol açabilecek kadro tercihleri, kabul edilemez aykırı politikalar; ülkedeki ve dünyadaki önemli ve hızlı değişme ve gelişmeler, tabanın reaksiyonuna göre böyle bir sonucu hazırlayabilir.]

## - VII -

### ÖNERİ

Aslolan, Yüksek Yargıtay’ın kimi daireleri arasında gözlenen içtihat aykırılıklarının bu makalede ortaya konan bilimsel sonuçlar doğrultusunda giderilmesidir. Bu vargı, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ve 2. Hukuk Dairesi görüşünün (içtihadın) değiştirilmesini zorunlu

---

sindeki yasaya aykırı genel kurul kararlarına karşı üyelerin öğrendikten başlayarak bir ay içinde iptal davası açabilecekleri kuralı, yasaların bu türlü emredici kurallarına, özellikle kamu düzeni kurallarına aykırı kararlarda uygulanmaz; bu kararlar, mahkemece iptal kararı gerekmeksizin kendiliğinden batıldır. Bundan dolayı da her zaman için tesbit davasıyla butlanın tesbiti istenebilir. Nitekim öğretilde (Egger, *a.g.e.*, Art. 75, N. 12, 14) kamu düzenine, uyulmaları mutlak olarak dernek üyelerinin kararına bırakılmayan hukuk kurallarına aykırı bulunan kararların kendiliğinden batılacağı, yasada düzenlenen tüzel kişilerin ana yapısının da kamu düzenine girdiği, ilgililerin her zaman için butlanı ileri sürebilecekleri, mahkemece ve başkaca resmi katlarca da butlanın görevden ötürü (re’sen) göz önünde tutulacağı tam bir açıklıkla belirtilmektedir. Ayrıca bkz., bu yazımızın (19-a, 23-d) nolu dipnotları.

kılmaktadır. Yürürlükteki hukuka dokunmadan (onu değiştirmeden) hukukun gelişiminin yegane yolu, doğru sanılan uygulamanın gözden geçirilmesi, eleştirel aklın veriminden yararlanılması ve somut olayın haykırdığı adaletin yakalanmasıdır. Bu, Yüksek Yargıtay tarihinde büyük örneklerini gördüğümüz içtihat değişikliğinden başka bir şey değildir. Esasen bir içtihattan çok, henüz kökleşmemiş bir uygulama ile karşı karşıya olduğumuzu söyleyebiliriz. Görevsizlik çözümünden dönme sonunda yargısal denetim yoluyla kurulacak “iptal kararları”, kesin hüküm teşekkül edinceye değin tüzel kişinin (yahut partinin) feshine (kapatılmasına) yönelik kamusal süreci elbetteki etkilemeyecektir.

Yasanın buyurucu hükmü ile tüzüğün çatışması halinde, tüzüğün uygulanamayacağı konusunda bir duraksama yoktur (SPK m. 90, MK m. 58). Uygulanamayan tüzüğü, yılları alan savcılık süreci sonuçlanana dek ayakta tutma gibi çarpık bir sonucun varlığını hukuk kabul etmez. Normlar düzeniyle bağdaşmaz bu duruma çözüm oluşturacak organ, yargı organıdır. Bu da adli yargıdır. İçişleri Bakanlığı/Dernekler Masası’nın şifahi olarak saptadığımız görüşü de bu doğrultudadır. Korporasyon hukuku, kimi tüzel kişiler hukukunun MK.na yaptığı atflar (SPK, Send. K.) ve MK m. 5 hükmü, bu çözümü tamamiyle bünyesinde taşımaktadır. Normatif atfı, yasal düzenlemenin var olduğu biçiminde anlamak gerekir. Tabii ve hukuki olanı da budur. Yüksek Yargıtay’ın sendika işlerine bakan dairelerinin uygulaması bu noktada pozitif hukukumuzla hem ahenktir.

Yasanın emredici hükümlerine aykırı tüzüklerin iptallerinin istenebilmesi (iptal davasının dinlenmesi) ve bu tür anlaşmazlıkların çözülme yerinin (görevli organın) adli yargı olduğu noktasında gerçek veya örtülü bir kanun yahut hukuk boşluğu bulunmamaktadır (SPK m. 121, 29, 90/1, MK m. 5, 83, BK 19-20).

Bütün bu açıklığa rağmen yargısal çözümsüzlüğün sürmesi halinde kurumsal yasalarda özel düzenlemelere gidilebilir.<sup>44</sup>

<sup>44</sup> Siyasi Partiler Yasası’nın 90. maddesine, 2. fıkra olarak aşağıdaki şekilde bir hükmün eklenmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz:

“Anayasa’ya ve Kanun’un emredici hükümlerine aykırı parti tüzüğünün adli yargıda iptali, üyeler dahil, ilgililerce istenebilir. Şu kadar ki iptal davası, parti kapatma sebebi oluşturan aykırılıkların tabii olduğu hukuk rejiminin işletilmesini önlemez.”

Yine Türk Medeni Kanun’un 58. maddesine, 4. fıkra olarak aşağıdaki şekilde bir hüküm eklenebilir:

“Kanun’un emredici hükümlerine aykırı tüzüğün adli yargıda iptali, üyeler dahil, ilgililer tarafından istenebilir. Ancak iptal davası, derneğin feshine yönelik hukuk rejiminin kamu tarafından işletilmesini önlemez.”

## - VIII -

## SONUÇ

1. Siyasal partiler dahil, korporatif hukuk yönünden tüzük, “tüzel kişinin kuruluş ve varolma iradesini ortaya koyan ortak-işlem” dir (Gesamtakt). Özel hukukun genel nitelikli ilke ve hükümleri, tüzükler hakkında da uygulanır. Siyasal Partiler Yasası’nın Medeni Kanun’a yaptığı atıf, aynı ilkelerin Siyasal Partiler Hukuku yönünden geçerli olduğu anlamına gelir (MK m. 5, BK m. 19-20, SPK m. 121, 29).

2. Sıra düzeninde alt-norm kimliğini taşıyan tüzük, üst-normun (Anayasa ve yasanın) emredici hükümlerine aykırı olamaz (SPK m. 90/1, MK m. 58/3).

3. Yasanın emredici hükmü ile tüzük hükmü arasında bir çatışmanın varlığı halinde, normun uygulama muhatabı, tüzüğü değil, yasayı uygulayacaktır. Bu konuda doktrin ve içtihadta tam-bir görüş ve uygulama birliği vardır. Aksine anlayış, tüzük koyucuyu yasama organı üzerine, tüzüğü de yasanın üstüne çıkarmak olurki bu durum, kuvvetler ayrılığı ve pozitif hukukun özellikle normlar arası sıra düzeninin ters-yüz edilmesi anlamına gelir.

Sözelimi, partiyi veya derneği olağanüstü toplantıya çağırma yetkisini 1/5 delege (üye) azınlığına veren yasa hükmüne rağmen bu yetkinin ancak 2/3’lük delege (üye) kesiminin kullanabileceği yönündeki tüzük hükmü, tam-bir çatışmaya yol açar. Çağrı isteğini karara döndürecek organ veya yerine göre izin verecek yargı, yasadaki azınlık nisabını (1/5’i) esas alacaktır.

4. Yasanın emredici hükümlerine aykırı tüzüğün hukuki menfaati olan ilgililerce adli yargıda iptali istenebilir mi sorusuna olumsuz yanıt verdirecek bir pozitif hukuk argumanı yoktur.

- Siyasal Partiler dahil, dernek tüzüklerinin emredici muhtevaya aykırı hükümleri, MK m. 5, BK m. 19-20, SPK m. 29, 121 yoluyla “mutlak butlan”la batıldır. Tüzüğün kuruluş sırasında oluşmuşu ile organ kararı ile değiştirilerek veya eklenerek oluşmuşu arasında herhangi bir fark yoktur. Her iki tüzük grubu da, birer “ortak-işlem” olarak, özel hukuktaki hukuki işlemlerin kaderlerini paylaşırlar.

- Dernekler Hukukunda Cumhuriyet Savcılığı'na, Siyasal Partiler Hukukunda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na ve Anayasa Mahkemesi'ne üst-norma aykırı tüzükler bağlamında tanınan yetkiler; yapıları ve hukuki sonuçları itibariyle tüzük üzerinde değil, tüzel kişi üzerinde etki doğuran yetkililerdir. Kamu düzenine dayalı ve dolaylı denetimi içeren, tüzük iptaline hiçbir şartta yol açmayan bu yetkiler, çoğu yönüyle özel hukuka bağlı olan tüzüklerin özel hukukta öngörülen yargısal denetimini önleyici bir özellik taşımazlar. Bilakis özel hukuktaki (MK m. 5, 83, BK m. 20, SPK m. 121) iptali isteyebilme yetkisi, savcılığa tanınan yetkiyle paralel, sonuçta hukukun üstünlüğü amacıyla birleşen yetkililerdir.

- Siyasal Parti tüzükleri yönünden Anayasa Mahkemesi'nin AY m. 68/IV'de sayılı sınırlı haller dışında bir yetkisi yoktur (AY m. 69/IV). AY m. 68/IV hükmüne aykırı olmayıp ta yasanın emredici hükmüne aykırı tüzükler yönünden Anayasa Mahkemesi, kullanabileceği herhangi normatif bir vasıtaya sahip değildir. Bu husus, incelemede derinlemesine ortaya konmuştur. Olağanüstü kongre çağrısında, tüzükte öngörülen oranın  $\frac{2}{3}$  olması, Anayasa'ya değil, yasaya (yasanın emredici hükmüne) aykırıdır (SPK m. 16/4). Partiler hukukunun bu karakteri, incelemede ulaşılan "*adli yargıda iptal*" seçeneğini özellikle zorunlu kılmaktadır.

- Yüksek Yargıtay'ın bazı dairelerinin soruna "*görevsizlik*" bağlamında yaklaşmaları, tüzüklerle ilgili olarak kamuya tanınan yetkinin sınırlarını aşan boyutta yorumuna dayalıdır. Oysa kamuya tanınan yetki normlarında (MK m. 60, SPK m. 104/2) aykırı tüzüklerle ilgili olarak adli yargıya başvuruyu engelleyecek "*bir istisna kuralı*" içermedikten başka özel hukukta öngörülen koruma rejimi, kamusal yetkinin yöneldiği hedefi de bloke etmemektedir. Adli yargının (Yüksek Yargıtay'ın), yasa-tüzük arasındaki çatışmada yasayı esas alan doğru uygulaması da, karşı olduğu "*iptal davası*"nın örtülü benimsenişinden başka anlam taşımaz. Yüksek Yargıtay'ın aynı hukuk düzleminde yer alan sendika işlerine bakan dairelerin uygulamaları, yürürlükteki hukukumuzda uygun olarak bu incelemede ortaya konan sonuçlar doğrultusundadır.

- Yasaya aykırı tüzüklerin tüzel kişinin iç-hukukundan tasfiyesine (iptale) yönelik taleplerin dinlenilmesi konusunda bir hukuk veya düzenleme boşluğu yoktur. Yasaya aykırı tüzüğün uygulanmasını önlemekle birlikte yürürlükte (ayakta) kalmasını destekleyen bir yargısal eğilimin sadece "*hukukilik*" değil, aynı zamanda bir "*tutarlılık*" sorunu ile karşı karşıya olduğunu söylemek, yanlış sayılmaz.



5. Siyasetin hukuk zeminine çekilmesi, sadece toplumsal bir talebin değil, ayrıca “demokratik hukuk devleti”nin vazgeçilmezi’dir. Bizatihi gücü simgeleyen siyasetin hukuk yoluyla evcilleştirilmesi, hukuk uygarlığı evriminde önemli bir süreç-kesittir. Gelişmiş ülkelerin hukuk tarihleri, bu konuda yakın geçmişin muhteşem emsalleriyle doludur. Acıdırki ülkemiz, siyaset hukukunun uykuya terk edildiği ender bir örneği simgelemektedir. Bunda siyasetçilerin hukuku önemsememe eğilimi yanında, yargı organlarımızın “ilişmeme” ekseninde temellenen “el-atmaz”lığın da büyük bir rolü vardır. Ayrı bir incelemenin konusu olabilecek bu pataloji, “siyaset hukuku”nu “uykuda hukuk”a dönüştürmektedir. Oysa siyasal parti tüzükleri, yalnızca devlet ideolojisi ve kamusal düzen açısından değil, aynı zamanda demokrasi, iyi yönetim, toplumsallık açılarından da gösterge oluşturan “temel hukuk” belgeleridir. “İç hukuksuz yapıların dışı demokrasi ve hak üretmeleri” savı, -bir trajedi olarak- herkesi ilgilendirir.

Sonuç olarak anayasal demokrasiyi dönüştürücü ve derinleştirici temel organların başında yargı gelmektedir. Yargı, doğrudan veya atıf yoluyla pozitif hukukun kendi görev alanına aktardığı sorunlardan -yorum yoluyla da olsa- uzaklaşamaz.

En elverişli yorum, hukuka aykırılıkları ayakta tutmayacak, hukukun üstünlüğünü anıtlatacak ve kendi ihlallerini hukuk sanan gücü evcilleştirecek yorumdur. Bu tür yorumun yegane ve tek organı ise, bağımsız yargıdır.

Kendi iç hukukunu aldırmayan ve hatta bu hukuktan özenle kaçan siyasetin doğasından kaynaklanan gerekçe de, buyurucu hukuka aykırı tüzüklerin özel hukuk eksenli yargısal denetimini zorunlu kılmaktadır. Kuralların yasaklamadığı, bilakis mümkün kıldığı bu denetimi içtihat yoluyla imkansızlaştıran eğilimin gözden geçirilmesi gerekir. Savcılık denetim evresinin çoğu kez yılları alması, denetim boyunca aykırı hükmün yaşatılması ile eş değerdedir. Hukuk, kendine aykırılığı tasfiye yeteneğine sahip olması kadar, bu tasfiyenin gerçekleşme sürecinin sadeliği ve hızı ölçüsünde vardır veya yoktur.

6. Bazı duraksamaları önlemek bakımından ilgili yasalarda kimi değişiklikler yapılabilir.

Siyasi Partiler Yasası’nın 90. maddesine, 2. fıkra olarak aşağıdaki şekilde bir hükmün eklenmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz:

*“Anayasa’ya ve Kanun’un emredici hükümlerine aykırı parti tüzüğüne adli yargıda iptali, üyeler dahil, ilgililerce istenebilir. Şu kadar ki iptal davası, parti kapatma sebebi oluşturan aykırılıkların tabi olduğu hukuk rejiminin işletilmesini önlemez.”*

Yine Türk Medeni Kanun’un 58. maddesine, 4. fıkra olarak aşağıdaki şekilde bir hüküm eklenebilir:

*“Kanun’un emredici hükümlerine aykırı tüzüğün adli yargıda iptali, üyeler dahil, ilgililer tarafından istenebilir. Ancak iptal davası, derneğin feshine yönelik hukuk rejiminin kamu tarafından işletilmesini önlemez.”*

Esasen bu tür değişiklikler, hukuku değil, yorumu düzeltmeye yönelik hükümlerdir. Çünkü pozitif hukuk (yürürlükteki yasal-çatı), kanun değişikliği olarak önerilen modeller doğrultusunda bir uygulama tercihinin ve konsolidasyonu filhal bünyesinde barındırmaktadır.

Sonuç olarak, buyurucu hukuka aykırı parti ya da dernek tüzüklerinin iptalinin, bir süreye bağlı olmaksızın, -üyeler dahil- ilgililerce adli yargıda istenebilmesi, yürürlükteki hukukumuzun doğal sınırlarının içinde kalmaktadır.

7. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ve Anayasa Mahkemesi tarafından yürütülen ve ihtar rejimi olarak ta adlandırılan denetimin, tüzüğü doğrudan ortadan kaldırmadığı, dolaylı nitelik taşıdığı ve adli yargı denetimini önleyici bir özellik içermediği bir yana; mevcut yapısı ile işlerliği ve etkinliği de yoktur. Nerede ise bir seçim dönemini ve mutlak şekilde kongre dönemini içine alacak kadar uzun sürelerde ancak sonuçlanabilen denetim, yoklukluğuyla eş değerdedir. İhtar rejimi, anayasal temeller, süreler, yetkiler ve etkinlik bağlamında hukuku ve parti-içi demokrasiyi öne alacak bir anlayışla yeniden düzenlenmelidir.

8. Gerek derneklerde ve gerekse siyasal partilerde kongrelerin belli aralıklarda yapılması, kongreler (genel kurullar) hakkında açılan davalarda, kurulan hükümlerin izleyen kongrelerden itibaren başlayan yeni süreçlerde hukuki etki doğurmaması; yargısal denetimin ve hukukun etkinliği bakımından başlı başına sorun oluşturmaktadır. Davalar hakkında basit yargılama usulünün uygulanması, yeter-çare olmaktan uzaktır. Ayrıca anlaşmazlığın ve hukuki tartışmanın yargıda uzaması, dernek ve parti istikrarını, giderek ortak ruhu bozucu etki doğurmak-

tadır. Belirtilen nedenler, bu tür anlaşmazlıklarda kurulan hükümlerin temyizi halinde, Yüksek Mahkeme'nin kesin karar vermesini sağlayacak bir hukuki düzenlemeyi zorunlu kılmaktadır.

Siyasal Partiler Kanunu'nun 29. maddesinin 1. fıkrasına, cümle olarak şöyle bir hüküm eklenebilir: *"Şu kadar ki büyük kongrelerin veya kongrelerdeki kararların iptaline ilişkin davalarda verilen hükümlerin temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir."*

Aynı şekilde MK 83. maddesine, son fıkra olarak aşağıdaki şekilde bir hüküm sevkedilebilir: *"Genel kurulun veya burada alınan kararların iptaline ilişkin davalarda verilen hükümlerin temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir."* Madde başlığına "Kongre" ibaresi ve madde içeriğine *"Kanuna ve tüzüğe aykırı olarak yapılan genel kurulun 1.fıkra da gösterilen süre içinde iptali istenebilir"* hükmü de eklenebilir.

Kanun yolları (temyiz hukuku) yönünden önerdiğimiz yöntem, yürürlükteki hukukumuzda yabancı değildir (Bkz., 22.5.2003 T., 4857 Sayılı İş Kanunu, m. 20/3). Yöntemin, kolektif haklar, örgütlenme ve siyasal düşünce özgürlükleri yönünden önemi ve nisbi bir güvence oluşturma özelliği açıktır.

# TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE DEĞER ARTIŞ PAYI VE DENKLEŞTİRME ALACAĞI

Doç. Dr. Mehmet DEMİR\*

## I. Genel Olarak

Türk evlilik ve mal rejimleri hukukunda, eşler arasındaki malvarlıksal ilişkilerin en önemli kesitini oluşturan yasal ve seçimlik mal rejimleri konusu, yasa koyucu tarafından evliliğin özel mali hükümleri arasında ayrıca ele alınmaktadır. Nitekim, 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nun pozitif sistemi incelendiğinde, eşlerin, evlilik birliği sürecinde gerek kişisel malları gerekse edinilmiş malları ile ilgili olarak hak, yetki ve yükümlülüklerin "Eşler Arasındaki Mal Rejimi" (TMK m. 202 vd.) üst başlığı altında yasal kurullarla ayrıntılı biçimde düzenlendiği görülmektedir. Mevcut bu yasal düzenlemeye göre, eşlerin, yasal çerçeve içerisinde kalarak seçtikleri ya da yasa gereği tabi oldukları mal rejimine özgü temel kural ve ilkeler nedeniyle, yapacakları hukuksal işlemlere farklı sonuçlar bağlanmaktadır. Bu bağlamda, eşler, yasal istisnalar dışında, sahip oldukları işlem serbestisi doğrultusunda, diğer eşle veya üçüncü kişilerle malvarlıklarını ilgilendiren her türlü hukuksal işlemi yapabilmektedirler (TMK m. 193).

4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu (TMK),<sup>1</sup> eşler arasındaki mal rejimlerini beş ayırımdan oluşan dördüncü bölümünde ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir. Bu yeni düzenleme içerisinde, kaynak İsviçre Me-

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

<sup>1</sup> 01.01.2002 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu'nun metni için bkz., 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı *Resmî Gazete*. Ayrıca, TMK'nın Genel Gereğesi-Madde Gereğeleri-Kavram Arama Cetvelleri ve Adalet Komisyonu Raporu için bkz., ve krş., Öztan, B., *TMK (Türk Medeni Kanunu), Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*, 4. Baskı, Ankara 2004; Gençcan, Ömer U., *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama, İçtihatlar-İlgili Mevzuat, Madde 1-351*, Ankara 2004, 1188 vd.

deni Kanunu'nda olduğu gibi, yasal mal rejimi olarak “*Edinilmiş Mallara Katılma*” (Errungenschaftsbeteiligung) rejimi kabul edilmiştir.<sup>2</sup>

Eşler, evlenmeden önce veya sonra, belli şekillere uyulmak suretiyle aralarında bir seçimlik mal rejimi sözleşmesi yapmamışlarsa, aralarında yasa gereği edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanır. TMK seçimlik mal rejimleri olarak üç tür öngörmüştür: Mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı. Pratikte, eşler tarafından bu sayılan seçimlik rejimlerden birisinin çoğu kez seçilmemesi nedeniyle, yasal rejim olan edinilmiş mallara katılmaya ilişkin temel ilke ve kuralların önemi daha çok ortaya çıkmaktadır. Özellikle, bu rejimin eşlerden birinin ölümü, evliliğin iptali, butlanı kararı ya da boşanma gibi bir nedenle son bulması üzerine, tasfiye aşamasında eşlerin katılma payının belirlenmesinde artık (net) değer hesabını düzenleyen kurallar oldukça önem taşır. Zira, eşlerden her birinin evlilik süresince emek karşılığı edindikleri mallardan oluşan edinilmiş malları üzerinde diğer eşin yarı oranındaki yasal katılma alacağıının miktar olarak belirlenmesi, rejimin tasfiyesini ilgilendiren en önemli sorunlardandır.<sup>3</sup>

Bu makalede, yasal mal rejiminin tasfiyesi işlemleri bağlamında, her bir eşin artık (net) edinilmiş malının saptanması ve bir eşin katılma alacağıının belirlenmesinde eşlerin artık değere katılma hakkını doğrudan ilgilendiren pasif unsurlar olarak değer artış payı (TMK m. 227) ve denkleştirme (TMK m. 230) alacağı kavramları üzerinde durulmaktadır. Bununla ilgili yasal düzenleme gereği, artık değer hesabı, edinilmiş mal grubuna giren aktif unsurlardan (tasfiye sırasında mevcut edinilmiş mallar + eklenecek değerler + kişisel mala giden edinilmiş mal karşılıkları) pasif unsurlar çıkarılmak suretiyle yapılır. Yine, artık değer hesabında, bir eşin edinilmiş mallarındaki en önemli pasif unsuru, diğer eşin Değer Artış Payı Alacağı (Mehrwertanteilforderung) oluşturmaktadır. Ayrıca, bir eş, kendi kişisel mallarına ilişkin bir borcunu edinilmiş mallarından ya da edinilmiş mallarına ilişkin borcunu kişisel mallarından ödenmişse

<sup>2</sup> Türk Medeni Hukuku'nda katılma rejiminin ilkeleri, süresi, mal türleri, tasfiyesi ile katılma alacağı konularında ayrıntılı bilgi için bkz., Kılıçoğlu, Ahmet M., *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2002; Öztan, B., *Aile Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2004, 249 vd.; Özüğür, Ali İhsan, *Mal Rejimleri*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004, 35 vd.; Dural, M-Öğüz, T-Gümüş, A., *Türk Özel Hukuku*, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, 320 vd.; Zeytin, Z., *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Ankara 2005, 73 vd. özellikle, 85 vd.

<sup>3</sup> Daha geniş olarak bkz., Zeytin, 91 vd.

(kısaca, kişisel ya da edinilmiş mala giden edinilmiş ya da kişisel malın karşılıkları), hakkaniyetin bir gereği olarak, yapılan bu ödemeler karşılığında tasfiyede bir denkleştirme alacağına (Ersatz- oder Ausgleichsforderung) sahiptir.

Aşağıda, öncelikle, her iki alacağın hukuksal niteliği ortaya konduktan sonra, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sürecinde önem taşıyan bu konuya ilişkin olarak, karşılaştırmalı bir biçimde, Türk Medeni Kanunu'ndaki mevcut yasal düzenlemelerin anlamı, amacı ve uygulanma koşulları ile sonuçları üzerinde durulmaktadır.

## II. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi Sürecinde Katılma Alacağının Belirlenmesi

Edinilmiş mallara katılma rejimi,<sup>4</sup> eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejimini seçmeleri şeklinde son bulabileceği gibi; mahkeme tarafından, evliliğin iptali veya boşanma kararı veya haklı sebeplerden birine dayanarak olağanüstü mal rejimine geçiş kararı verilmesi sonucunda da sona erebilir. Her iki sona erme halinde de, yasal mal rejimi, ilgili davanın açıldığı tarihten itibaren geçerli olmak üzere sona ermektedir (TMK m. 225).

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde,<sup>5</sup> Alman hukukundaki hesaplamadan farklılık vardır. Alman hukukunda eşlerin rejimin başlangıç ve sonu anları itibarıyla malvarlıkları ayrı ayrı hesaplanır.<sup>6</sup> Oysa, bundan farklı olarak, İsviçre-Türk hukuklarında her bir eşin edinilmiş (Errungenschaft-) ve kişisel malları (Eigengut) iki ayrı mal kesimi olarak yasal kurallar çerçevesinde belirlenir. Bu belirlemede, bir eşin,

<sup>4</sup> Rejimi sona erdiren nedenler ve özellikle de tasfiyenin amacı ile düzeni konusunda bkz., Gençcan, Ömer U., *4721 Sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Ankara 2002; Zeytin, 181 vd.

<sup>5</sup> Katılma rejiminin tasfiyesi süreci ve özellikle artık (net) değer hesabı, esasen dört önemli aşamadan oluşur. Bunlar: 1- Her bir eşe ait malvarlıklarının edinilmiş-kişisel mal grubu olarak belirlenmesi, 2- Ekleme ve çıkarmalar sonucu edinilmiş malların artık (net) değerinin hesabı, 3- Yine, edinilmiş malların değeri üzerinden değer artış payı ve denkleştirme alacağı dikkate alınarak yapılan hesaplar sonucunda katılma alacağının belirlenmesi, 4- En son aşamada ise, tasfiye sonucu ortaya çıkan katılma alacağı taleplerinin, yasal takas işlemi de yapıldıktan sonra yerine getirilmesi. Bu aşamalar hakkında daha geniş olarak bkz., Öztan, 293 vd.; Kılıçoğlu, 230 vd.; Özuğur, 50-51; Zeytin, 182 vd.

<sup>6</sup> Acabey, M. Beşir, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi*, İzmir 1998, 131. Özellikle, mülkiyet durumu ve kişisel mallar-edinilmiş mallar ayrımı konusu için 132 vd.

üzerinde yasal katılma alacağına sahip olduğu diğer eşe ait net (artık) edinilmiş mal değeri eklenecek aktif değerler eklendikten sonra, bundan pasifler çıkartılır. Pasiflerin çıkarılması ise, eşler arasında değer artış payı ve denkleştirme alacakları ile borçlar ve varsa karşılıklı alacakların yasa gereği takas ve mahsup edilme işlemlerini kapsar.

Katılma rejiminin sona erme üzerine yasa gereği tasfiye işlemleri süreci başlar. Tasfiye sürecinin başlatılmasıyla birlikte, ilk olarak, rejime konu malların değerlerinin belirlenmesi gerekir. Kural olarak, mallar, tasfiye anındaki sürüm (rayiç) değerleri üzerinden hesap edilmektedir. Ancak, TMK m. 229 hükmünde iki bent halinde gösterilen istisnai durum nedeniyle, eklenecek değerler söz konusu olduğunda, tasfiye tarihindeki değil de, tasarrufun yani temlik işleminin yapıldığı tarihteki değerlerin hesaba katılacağı kabul edilmiştir (TMK 235/II). Ayrıca, malvarlığında bir bütünlük gösteren tarımsal işletme mevcut ise, bu işletmeye dahil malların gelir değerleri esas alınır (TMK m. 233). Bu şekilde bulunan değerler, katılma alacağı, değer artış payı ya da denkleştirme alacaklarının konusunu ve kapsamını ortaya çıkarır. Bununla birlikte, örneğin; sağ kalan eşin geçim koşulları gibi hakkaniyetin gerektirdiği özel durumlarda, yasa koyucu, tasfiye anında belirlenmiş olan sürüm ya da gelir değeri uygun ölçüde arttırılabilme konusunda, yargıca takdir yetkisi tanımıştır (TMK m. 234).

Katılma alacağının belirlenebilmesi, her bir eşe ait edinilmiş mallarının net değerinin hesap edilmesine bağlıdır. Artık (net) edinilmiş malların hesabında ise, öncelikle tasfiye sırasında mevcut edinilmiş malların (TMK m. 219) aktif unsurları ile birlikte bunlara eklenecek değerlerin saptanması gerekir. Eklenecek değerlerin başında ise, mal rejiminin eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabul edilmesiyle sona ermesinden önceki bir yıl içerisinde diğer eşin rızası dışında yapılmış olan bağışlama gibi karşılıksız ya da kötü niyetle alacak ve mal kaçırma kastıyla yaptığı muvazaalı temliklerin değerleri girer (TMK m. 229).

Yasal düzenlemenin bir gereği olarak eklenecek olan bu değerler dışında kalan aktif bir diğer unsur ise, edinilmiş mallardan bir kişisel mala geçen karşılık değerler olup; bunlar, denkleştirme alacağının konusudur. Edinilmiş malların aktiflerinden çıkartılacak pasif unsurlar olarak denkleştirme alacağı, değer artış payı alacağından sonra, aşağıda ayrıca ele alınmıştır.

### III. Edinilmiş Malların Pasif Bir Unsuru Olarak Değer Artış Payı

Değer artış payı kavramı, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi aşamasında, özel bir önemi ve etkisi nedeniyle kendine özgü teknik bir anlam taşımaktadır. Bu kavram, diğer seçimlik mal rejimlerinde ve özellikle, mal ayrılığı ile paylaşılmalı mal ayrılığında da kendisini göstermiş ve katkıdan doğan hak ya da kısaca katkı alacağı şeklinde yasada farklı terimlerle ifade edilmiştir. Ancak, esas itibarıyla, mal rejimleri hukukunda, bir eşin diğer eşe ait mal üzerindeki katkısının varlığı özünde bir alacak hakkı yaratma bağlamında, hukuken aynı düzeyde ve nitelikte değerlendirilmektedir. Zira, diğer eşin mülkiyetindeki bir malın edinilmesi, iyileştirilmesi veya korunması sırasında katkılarda bulunmuş eşe, yaptığı her bir katkı oranını karşılayan parasal değer tazmin edilmesini sağlaması, yasal düzenleme ile ulaşılmak istenen normatif bir amaçtır. Bu yöndeki yasal düzenleme amacı doğrultusunda, Türk hukuk doktrini<sup>7</sup> ve uygulamasında<sup>8</sup> bir terim birliği oluşturma amacıyla değer artış payı ve katkı payı alacağı kavramları aynı içerikte kabul edilmekte; ve özellikle, evlilik birliği içinde eşlerin ortak katkısıyla edinilen mallarda katkıda bulunan eş, katkı payını kanıtladığı ölçüde maddi katkının geri alınmasına yönelik tazminat davası açma hakkı tanımaktadır.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Kılıçoğlu, Ahmet M., *Medenî Kanunu' muzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004, 236 vd.; Öztan, 275; Dural-Öğüz-Gümüş, 355-356; Acabay, , 39-41 ile 54-56; Özüğür, 43; Zeytin, 132-133 ve 168.

<sup>8</sup> 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmeden önceki dönemde de Türk yargı uygulaması, bir malın edinildiği tarihte, eşler arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu durumlarda dahi bir eşin, yaptığı katkısından doğan hakkına dayanarak bir katkı payı (katkı tazminatı) iddiasına konu katkısının varlığını ve oranını kanıtlayabildiği ölçüde, açtığı alacak davası kabul etmekteydi. Bu yöndeki Yargıtay uygulamasından örnek kararlar için bkz., YHGK 1.2.1985, E. 2/176, K. 57 (Dalamanlı, L-Kazancı, F-Kazancı, M, *İlmi ve Kazaî İçtihatlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, C. II, Aile Hukuku*, İstanbul 1991); YHGK, 28.9.1994, 1994/2-47 E. 1994/564 K. (YKD C. 20, S. 12); YHGK, 7.6.2000, 2000/2-959, 2000/972 K; YHGK., 18.9.1996, 1996/2-498, 1996/595 K. (Zeytin, 133, dpn. 342); Y. 2. HD 1999/7234, K. 2000/8914, T. 29.06.2000; Y. 2. HD. E. 6483/ E. 2003/10367, T. 08.07.2003; Y. 2. HD E. 2002/15239, K.2003/926, T. 23.01.2003 (Gençcan, TMK m. 227, 1169 vd.); Y. 2. HD E. 2004/893, K. 2004/326, T. 26.01.2004; Y. 2. HD, E. 2003/4043, K. 2003/4986, T. 7.4.2003 (<http://www.kazanci.com.tr>)

<sup>9</sup> 01.01.2002 tarihinden önceki dönemde yasal mal rejimi olan mal ayrılığındaki 'Katkı Hakkı' alacağının varlığı iddiasıyla bu alacağını elde etmeye yönelik olarak açılan 'Katkı Payı' ya da 'Katkı Tazminatı' davası ile aynı anlamda olmak üzere, yeni TMK'daki yasal mal rejimi çerçevesinde ele alınan değer artış payı alacağına ilişkin olarak bkz., Y. 2. HD E. 2003/ 2632, K. 2003/3628, T. 17.3.2003; Y. 2. HD E. 2004/326,



Değer artış payının varlığını ortaya çıkaran unsurları, yasal düzenlemeden harekete şu biçimde sıralamak mümkündür: (a) Eşin yaptığı katkının malvarlıksal (yani, maddi-parasal) değer taşıması; (b) Katkının bir bağışlama değil de karşı edim alacağı elde etme kastıyla yapılmış olması; (c) Eşin bu katkısı karşılığında diğer eşten hiç ya da uygun bir karşılık almamış bulunması; (d) Katkıdan sonra diğer eşin malvarlığında daha sonra ortaya çıkan konjonktüre bağlı değişik piyasa koşulları sonucunda değer artışı görülmesi; (e) Eşler arasında bu katkı payı alacağından vazgeçmeyi konu alan bir anlaşmanın yapılmamış olması.<sup>10</sup>

Değer artış payına bağlı alacak hakkı, bir eşin malvarlığında gerçekleşen her bir değer artışı durumuna paralel olarak ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda olmak üzere, malın edinilmesi, iyileştirilmesi ya da korunması tarihinde yapılan katkının değeri, daha sonradan oluşan artış oranında kendiliğinden değişmektedir. Bu nedenle, değer artışına bağlı bu talebin yeknesak, değişken ve parasal (mali) yönü öne çıkan bir alacak hakkı niteliği taşıdığı kabul edilmektedir.<sup>11</sup>

Eşlerden birinin ölümü veya eşlerin başka bir mal rejimini kabul etmeleri üzerine sona eren yasal mal rejiminin tasfiyesinde, yasa koyucu, özellikle iki temel konuyu göz önünde tutmuştur: Bunlardan birincisi, tasfiye sırasında her bir eşin diğer eşte bulunan malını aynen geri alma ve paylı mülkiyet konusu mal söz konusu ise, daha üstün yararı olduğunu kanıtlamak ve diğer eşe ait payın karşılığını ödemek suretiyle, bu malın kendi bireysel mülkiyetine geçişini sağlama olanağı ile ilgilidir (TMK m. 226). Diğeri ise, yine tasfiye işlemleri aşamasında, eşlerden birinin, diğer eşe ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine ve korunmasına katkısı olduğunda, bu katkının tasfiye sırasında değerlendirilerek değer artış payı alacağına konu yapılmasında kendisini göstermektedir.

Değer artış payı alacağının hukuksal niteliği, edinilmiş maldaki değer artışının yapılan katkılar oranında eşler arasından paylaştırılması temel amacından hareketle, tek yönlü ve değişken bir alacak hakkı olarak belirlenebilir.<sup>12</sup> Özellikle belirtmek gerekirse, değer artışına konu

K. 2004/893, T. 26.1.2004 (<http://www.kazanci.com.tr>); Y. 2. HD E. 2002/3561, K. 2003/6697, 06.05.2003 (Gençcan, TMK m. 227, 1170-1171).

<sup>10</sup> Bu unsurlar hakkında daha geniş olarak bkz., Zeytin, 134 vd.

<sup>11</sup> Öztan, 275.

<sup>12</sup> Değer artış payının hesabında kullanılan formüller ve örnek olaylara özgü özel hesaplama durumları için bkz., Gençcan (Katılma Rejimi), 146-147; Dural-Öğüz-Gümüş, 361 vd.; Öztan, 272 vd.; Zeytin, 145, 249-254.

bir edinilmiş malın sahibi olan eşin malvarlığı, daha önceden diğer eşin para ya da emek biçiminde bir karşılık vererek yaptığı katkısı sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, aynı zamanda kişisel bir talebin konusu olan bu katkının bağış olarak nitelendirilmesi asla söz konusu değildir. Zaten, yasal düzenlemenin amacı ve normatif hedef açısından da katkıyı sağlayan eşin bu alacağı, yasa gereği maldaki değer artışına paralel biçimde tasfiye sürecinin her aşamasında varlığını sürdürmektedir.<sup>13</sup> Yeter ki, değer artış payı alacağı, evlilik birliği devam ettiği bir sırada yani, mal rejimi sona ermeden önce yapılan katkı sonucunda ortaya çıkmış olsun.<sup>14</sup>

Yürürlükteki mevcut yasal düzenleme uyarınca değer artış payı alacağı, yukarıda da belirtildiği gibi, edinilmiş malların net (artık) değerinin bulunması işlemlerinde, pasif bir unsur olarak ele alınmaktadır. Zira, bu paya bağlı hak, katkı sağlayan eşe ait ayrı bir alacak hakkının konusu olarak ortaya çıkmaktadır. Değer artış alacağına sahip olan bir eşin, aynı zamanda diğer eşin katılma alacağının borçlusu konumu ya da tam tersi bir durum da söz konusu olabilir. İşte, yasa koyucu, her bir eşin, hem artık değere katılma alacağının borçlusu hem de değer artış payı alacağının alacaklısı olması durumlarında, bu alacakları yasal takas işlemine tabi tutmuştur. Bu gibi durumlarda, eşler arasındaki karşılıklı alacakların yasa gereği takas işlemine konu edilmesi söz konusudur (TMK m. 236).<sup>15</sup>

#### IV. Edinilmiş Malların Pasif Bir Unsuru Olarak Denkleştirme Alacağı

Denkleştirme alacağı, özellikle eşlerden birinin evlilik birliği devam ederken edinilmiş ve kişisel malları arasındaki değer kayması gibi mali etkileri olan sağlar arası kazandırmalar nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Böyle durumlarda ise, bundan olumsuz etkilenen bir eşe, gerçekte kendi malvarlığından diğer eşin çıkarına aykırı bir biçimde sağladığı kazandırmalar karşısında, katılma alacağı hesabında ortaya çıkabilecek olası borçlardan denkleştirme alacağının düşürülmesini isteme hakkı tanın-

<sup>13</sup> Öztan, 275.

<sup>14</sup> Bu yönde bkz., Y. 2. HD E. 2005/2420, K. 2005/3335, T. 7.3.2005 (<http://www.kazanci.com.tr>)

<sup>15</sup> Zeytin, 225.

maktadır.<sup>16</sup> Bu hakkın düzenlenmesinde temel amaç, bir eşin dürüstlük kurallarına aykırı olarak denkleştirme konusu mallar üzerinde diğer eşin katılma hakkını ortadan kaldıran ya da azaltan işlemleri sınırlandırmak suretiyle yasal rejime işlerlik kazandırmaktır.<sup>17</sup>

Eşlerden birine ait edinilmiş mallar üzerinde kullanma, yararlanma ve yönetim işleri ile diğer eşe ait kişisel mallar arasındaki karşılıklı etkileşim ve değer kaymalarının gerçekleşmesi çoğu kez mümkündür. Bununla birlikte, bir malın edinilmesi, korunması veya iyileştirilmesi sırasında bir eşin edinilmiş malına diğer eşin kişisel malvarlığına giren maddi bir değerle (örneğin; mal ve para gibi) ya da emeği ile bir katkıda bulduktan sonra ortaya çıkan değer artışı ve azalışlarının alacağın varlığını belirlemede göz önünde tutulmaması gerekir. Bu nedenle, yasa koyucu, bu olasılığı dikkate almış ve daha çok mallardaki değer artışına ve azalmasına bağlı olarak, malın en son değerinin tasfiyede hesaba katılmasının hakkaniyete uygun düşeceği düşüncesiyle de denkleştirme alacağını düzenleyen özel bir yasa kuralı öngörmüştür (TMK m. 230).

Doktrinde, söz konusu bu 230. maddenin son fıkrası hükmünün (TMK m. 230/III), esas itibariyle, emredici nitelik taşıdığı kabul edilmektedir.<sup>18</sup> Hükmün bu bağlayıcı niteliği nedeniyle, eşler, denkleştirme alacağının konusu ve kapsamı ile sonuçlarını değiştirmeye, sınırlandırmaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik kararlaştırmalar yapamazlar.<sup>19</sup> Buna karşılık, Alman hukukundaki yasal düzenlemeye göre,<sup>20</sup> eşlerin

<sup>16</sup> Denkleştirme alacağı kavramı konusunda daha ayrıntılı bilgiler için bkz., Öztan, 281; Acabey, 125 vd.; Kılıçoğlu, 235 vd.; Dural-Öğüz-Gümüş, 368; Gençcan (Katılma Rejimi), 143-149; Zeytin, 168 vd.

<sup>17</sup> Kılıçoğlu, 174-175

<sup>18</sup> Öztan, 283.

<sup>19</sup> Öztan, 283.

<sup>20</sup> Bilindiği gibi, Alman Medeni Kanunu (BGB)'nda yasal mal rejimi, eşler tarafından kazanılmış mallarda Artık Kazançta Ortaklık (Zugewinnngemeinschaft) olarak ayrıntılı özel kurallar biçiminde düzenlenmiştir (§§ 1363 ff. BGB). Bu yasal mal rejiminde ise, artık(net) kazanç, eşlerin başlangıç malları sonuç mallar şekline yükselten net tutar biçiminde geniş kapsamlı tanımlanmıştır (§ 1373 BGB). Rejimin işlemeye başladığı ve tasfiye anındaki başlangıç (Anfangswerte) ya da sonuç değerleri (Endwerte) itibariyle ayrı birer mal kesimini oluşturan rejime tâbi mal grupları (§1374-1375) ve bunlar arasındaki değer kaymaları (§ 1376) ile denkleştirme alacağı (§378) konusu, Türk-İsviçre Medeni Kanunları'ndaki yasal kurallardan esaslı farklılıklar göstermektedir. Bu konuda, Türk hukuku ile Alman ve İsviçre hukukları arasındaki benzerlik ve farklılıklar gösteren noktalar için bkz., Kılıçoğlu, 174 vd.; Acabey, 110 vd.; Dural-Öğüz-Gümüş, 355-356 ve 359-360; Zeytin, 138-139.

bir mal rejimi sözleşmesiyle hangi malların özellikle başlangıç malvarlığı arasında yer almayacağını belirleyebilmesinin mümkün ve geçerli olduğu belirtilmektedir.<sup>21</sup>

Öte yandan, doktrinde bir görüş,<sup>22</sup> denkleştirme alacağıının mevcut yasal düzenleme tekniği açısından olağan (TMK m. 230/I) ve olağanüstü (TMK m. 230/II-III) olmak üzere iki türde ele almaktadır. Yasal temeli de olan bu ayırımı göre, olağan denkleştirme alacağı, tek yönlü, sabit ve bir nominal değerle olup, tasfiye aşamasında muaccel hale gelmiş bir parasal alacak iken; olağanüstü denkleştirme alacağıında, iki yönlü ve değişken niteliğe bağlı olarak, tasfiye işlemlerinin yapıldığı tarih itibariyle alacak durumu farklılık gösterir. Her iki türden denkleştirme alacağıının temel fonksiyonu da, eşlerden birine ait kişisel ve edinilmiş mal gruplarının oluşturduğu her bir mal kesimi, diğer eşin mal kesimine katkısı olduğunda, bu durumda katkı veren eşin malvarlığının zarara uğramamasını temin etmektir. Bu bağlamda, yasa koyucu, sadece katkı verilen maldaki değer artışlarını değil, aynı zamanda katkıda bulunan eşin zararına yol açan bir durum olarak değer azalışlarını da göz önünde tutmuştur. Bu yasal yaklaşım sayesinde, gerek bir eşin kendisine ait kişisel ve edinilmiş mal gruplarının kendi içerisindeki, gerekse diğer eşin malvarlığında yer alan mallar üzerinde ortaya çıkabilecek olası bütün değer kaymalarının önüne geçilmiş olmaktadır.

Denkleştirme alacağına yol açan değer azalmasının tutarını hesap ederken de değer artış hesabında olduğu gibi, azalmaya yol açan kulanma ve/veya yararlanma biçimindeki somut tüketim olayında ya da tasarruf işleminde eşin katılma alacağını azaltma kastıyla hareket etmiş olup olmaması farklılık yaratmaz. Bu nedenle, değer azalması sonucunu doğuran her türlü işlem denkleştirmeye tabi tutulur. Örneğin; başta üçüncü kişilere yapılan bağışlamalar gibi karşılıksız kazandırmalar olmak üzere, bir eşin edinilmiş mal grubundan kişisel mallara geçişi

<sup>21</sup> Gernhuber, Joachim-Waltjen-Coester, Dagmar, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4. Aufl., München 1994, 544 (Acabey, 120, dpn. 232'den naklen).

<sup>22</sup> Dural-Öğüz-Gümüş, 373-374. Bu yaklaşıma benzer olmakla birlikte bir başka yazar tarafından yapılan bir ayırımı göre (Zeytin, 169 vd.), Medeni Kanun'un 230. maddenin 1. fıkrasında klasik (yani, olağan) denkleştirme alacağı; aynı maddenin 3. fıkrasında ise, değişken (yani, olağanüstü) denkleştirme alacağı söz konusudur. Kanaatimize göre, esasen, ilk durumdaki (230/1), denkleştirme alacağı, aynı eşe ait mal grupları arasındaki değer kaymalarını önleyici; diğer durumda ise (230/3), eşlerin mal grupları arasındaki değer artması ya da azalması durumuna göre katkı oranı ve değeri değişen malda dengeleyici işlev görmektedir.

sağlayacak biçimde parasal transferler ve yatırımlar yapılması durumlarında, her bir bağış ya da parasal yatırım işlemleri yönünden ayrı ayrı değer kayıpları hesap edilecektir.

Öte yandan, “*Önceki rejimin tasfiyesi*” başlıklı 212. madde hükmüne<sup>23</sup> kıyasen, eşler, edinilmiş malları üzerindeki olumsuz etkileri nedeniyle ne değer artış payı ne de denkleştirme alacağından önceden yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle vazgeçebilme konusunda tam bir serbestiye sahip değildir. Diğer bir anlatımla, bir eş, kendisine ait kişisel mal grubu üzerinde mali bir yük getirecek olmasına karşın değer artış alacağından tek başına vazgeçebilecekken, edinilmiş mal grubu söz konusu olduğunda artık değer artış payından diğer eşin rızası olmadan tek başına vazgeçemez. Zira, bu son halde, rızası gerekli olan eşin, diğer eşe ait artık (net) edinilmiş mal üzerindeki katılma alacağının azalması, karşılıklı anlaşma koşulunun nedeniyle önlenmiş olmaktadır.<sup>24</sup>

İpotekli bir taşınmaza ait değer artışı veya azalışının diğer mal kesimlerine yansıtılması denkleştirme alacağının hesabında uygun bir hukuksal çözüm gerektiren özel bir durumdur. Özellikle belirtmek gerekirse, denkleştirme alacağının ilişkili olduğu mal, bir kredi borcu nedeniyle ipotekle aynı güvence altına alınmış bir taşınmaz ise, bu takdirde, ipotekli taşınmazdaki değer artması veya azalması durumlarının diğer bir mal kesimine yansıtılması bağlamında, denkleştirme alacağı hakkının varlığı, gerçek karşılığı ve ilgili mal grubuna sahip eşin belirlenmesi gibi ciddi sorunlar ortaya çıkmaktadır.<sup>25</sup> Bu gibi özel sorunların uygulamada çözümü, özellikle ipotekli taşınmazın kazanılması, ya tamamen bir eşin edinilmiş veya kişisel mal grubundan birinin finansmanı ya da eşlerin her birinin ayrı ayrı yaptığı katkılar sonucunda gerçekleşmiş olması olasılıklarında daha da fazla önem taşımaktadır. Bu bağlamda, ipotekle garanti altına alınmış bir kredi alacağı (borcu) da, söz konusu taşınmaz bir eşin kişisel mallarının büyük orandaki bir katkısı ile karşılandığı ölçüde, kişisel mal grubuna dahil kabul edilecektir. Ancak, eşlerin edinilmiş ve kişisel mallarının her ikisinden

<sup>23</sup> Türk mal rejimleri hukukunun genel kuralları arasında yer alan ve olağanüstü mal rejimine geçiş kararı verildikten sonraki bir aşamayı ilgilendiren bu özel duruma ilişkin söz konusu madde (TMK m. 211) hükmüne göre: Alacaklı tatmin edildiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, mal ortaklığının yeniden kurulmasına karar verebilir. /Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş mallara katılma rejimini kabul edebilirler. Özuğur, 31.

<sup>24</sup> Öztan, 283; Dural-Öğüz-Gümüş, 367 ve aynı sayfada dpn. 278'e ait metin.

kaynaklanan katkılarla kazanılmış bir ipotekli taşınmazdaki değer artışı ya da azalması hallerinde, yapılan somut katkılar oranında ipotek yükünün kaynak oluşturan mal grupları arasında hakkaniyete uygun bir biçimde özgülmesi ve buna göre yükleme suretiyle paylaştırılması işlemleri yapılmalıdır. Sonuçta, bu suretle, yasada öngörülen (TMK m. 230/f. son) olağanüstü (değişken) denkleştirme alacağının, gerçekte ait olduğu mal grubu ve bunun üzerindeki hak sahibi ya da yükümlü olan eş hakkaniyete uygun olarak belirlenmiş olacaktır.<sup>26</sup>

### Sonuç

Yürürlükte Türk Medeni Kanunu'nda hem yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılmada (TMK m. 227) hem de seçimlik mal rejimlerinde (Paylaşmalı mal ayrılığında: TMK m. 249; Mal ortaklığında: TMK m. 274), bir eşin diğer eşten karşılığını almadan yapmış olduğu bir katkı, tazmini gerekli ayrı birere alacak hakkının konusu yapılmıştır. Esasen, yeni TMK yürürlüğe girmeden önceki dönemde yasal mal rejimi olan mal ayrılığı rejiminde de, bir eş tarafından diğer eşe ait malın edinilmesinde karşılıksız kalan katkısı dikkate alınmakta idi. Kısaca, katkı hakkı olarak adlandırılan ve bir tür tazminat alacağının konusu yapılmış olan bu hak, Türk Yargıtay uygulamasında pek çok karar ile de kabul edilmekteydi.<sup>27</sup>

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi aşamasında, artık değer üzerindeki katılma alacağı hesabı doğrudan ilgilendiren, fakat, nitelik ve işlevleri birbirinden farklı olan, iki tür alacak hakkı vardır: Değer artış payı ve denkleştirme alacağı.

Her iki alacak hakkı da edinilmiş malların aktif değerlerinden çıkartılması gerekli birer pasif unsur olarak hesaplanır. Ancak, değer artışına bağlı alacak hakkı, bir eşin, diğer eşe ait malvarlığı değerine (edinilmiş ve/veya kişisel mal grubuna giren bir mala) yaptığı mali bir katkının parasal karşılığını oluşturur. Buna karşılık, denkleştirme alacağı, eşlerden birine ait kendi kişisel malına edinilmiş malından ya da edinilmiş malına kişisel malından kaynaklanan değer kaymaları so-

<sup>25</sup> Öztan, 284.

<sup>26</sup> Bu konuda örnek olay ve açıklamaları için bkz., ve krş., Öztan, 284-285; Zeytin, 179-180.

<sup>27</sup> Türk hukuku uygulamasından örnek kararlar için bkz., Gençcan (TMK), 1169 vd.

nucunda ortaya çıkan katkının karşılığıdır. Değer artış payı alacağına sahip olan eşin bu katkı alacağı, diğer eşin kişisel ya da edinilmiş bir malının edinilmesi, iyileştirilmesi veya korunmasında yaptığı katkının, tasfiye yapılırken artık (net) değer hesabında katkı veren eşe mutlaka ödenmesi gerekir.

Katılma alacağı gibi, değer artış payı ve denkleştirme alacaklarından doğan borçlar da borçlu eş tarafından ödenmesi gerekli birer para borcudur. Bununla birlikte, yasa koyucu, borçlu eşe özel bir ifa kolaylığı sağlamak amacıyla, eşin bu borçlarının mutlaka nakden ödenmesi şeklinde yasal ifa aracı zorunluluğu altında bırakmamıştır. Buna göre, borçlu eş, dilediği takdirde parasal ödeme yerine, ayın verme (aynen ifa) yolunu da seçebilir.<sup>28</sup> Ancak, yasada, alacaklı eşe, borçlu eş tarafından kendisine parasal ödemede bulunma yerine aynen bir malın teslimi ya da payın devredilmesini talep edebilme olanağı tanınmamıştır.<sup>29</sup>

Ayrıca, değer artış payından farklı olarak, denkleştirme alacağında, bir eşin kişisel mal kesiminden edinilmiş mal ya da edinilmiş mal kesiminden kişisel mal kesimine geçen malların karşılığı oranında belirlenen tutarın katılma alacağından düşülmesi söz konusudur. Bu nedenle, denkleştirme alacağının konusu, kişisel maldan edinilmiş mala ya da edinilmiş maldan kişisel mala yapılan katkının parasal karşılığı ödenmeyip, bu oranda denkleştirme işlemi yapılmasını gerektirir.

<sup>28</sup> Türk doktrininde, borçlu eşe seçimlik yetkinin tanınmış olduğu gerekçesiyle, bu gibi bir durumda, ortada bir tür ifa yerini tutan edimin (datio in solutum: Leistung an Erfüllungsstatt) söz konusu olduğu yönündeki görüş için bkz., Kılıçoğlu, 239. Yine, aynı yaklaşım sonucunda, bir görüş, alacaklı eşin karşılık iade borcunun fazla miktar kadar olmaması önkoşuluyla, borçlu eş tarafından ayın ile ödeme konusu yapılan malın artık değerden fazla olması olasılığında ifa yerine edim halini kabul etmektedir. Bunun için bkz., Zeytin, 226-227.

<sup>29</sup> Kılıçoğlu, 239-240.

# İNTERNET SERVİS SAĞLAYICILARININ HUKUKİ SORUMLULUKLARI

Tamer SOYSAL\*

## I. GİRİŞ

İnternetin ortaya çıkması ile birlikte bir yandan mevcut hukuk kurallarının yepyeni bir alan olan siber uzaya uygulanması zarureti ortaya çıkmış; öte yandan da internete özgü yeni ve daha önce benzeri görülmemiş hak ihlalleri görülmeye başlamıştır. İnternete açılan kapı niteliğindeki internet servis sağlayıcılar adeta siber uzaya kullanıcıları taşıyan uzay aracı gibidirler ve ortaya çıkan hak ihlallerinden hiçbir sorumluluklarının kabul edilmemesi hakkaniyete aykırı olacaktır. Uluslararası alanda gerek Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'nün<sup>1</sup> girişimleri gerekse Avrupa Birliği düzenlemeleri ile olası hak ihlallerinde hak sahiplerini korumak için servis sağlayıcılar ile ilgili de hükümler öngörülmüştür. Ülkeler de ulusal mevzuatlarını bu düzenlemelere paralel şekilde yerine getirmektedirler. Düzenlemeler yapılırken ortaya çıkan hak ihlallerini engellemek amaçlandığı kadar içinde bulunduğumuz bilgi çağında internetin ve yeni teknolojilerin gelişimi de dikkate alınmaktadır. Bu noktada servis sağlayıcıların sorumluluklarının açık ve net olarak belirlenmesi önem taşımaktadır.

Dünyada ve Türkiye'de internet kullanıcıları her geçen gün artmaktadır. Computer Industry Almanac verilerine göre dünyada 2004 yılı itibariyle 934 milyon internet kullanıcısı vardır. Bu rakamın 2005 yılında 1.07 milyara, 2006 yılında 1.21 milyara ve 2007 yılında 1.35

---

\* Şarköy Cumhuriyet Savcısı.

<sup>1</sup> World Intellectual Property Organisation-WIPO.



milyara çıkması beklenmektedir. Türkiye’de internet kullanıcı sayısı 7.27 milyon olarak belirlenmiştir. Dünyada 13.000 civarında<sup>2</sup> internet servis sağlayıcı vardır. ABD’de 186 milyon internet kullanıcısı ve 7.000 civarında internet servis sağlayıcı vardır. Türkiye’de 50 tane internet servis sağlayıcı vardır.<sup>3</sup>

İnternet servis sağlayıcılar ile ilgili düzenlemeler internetin gelişim ivmesini belirlemesi açısından da büyük önem taşımaktadır.

## II. İNTERNET VE İNTERNETİN AKTÖRLERİ

### 2.1. İnternet

İnternet, birden fazla haberleşme ağının (network), birlikte meydana getirdikleri bir iletişim ortamıdır (platformdur). Bu iletişim ağları, bilgisayarlar ile oluşturulmaktadır. Diğer bir deyişle, İnternet bilgisayarlar arasında kurulmuş bulunan bir haberleşme ağıdır.<sup>4</sup> İnternet bilişim sistemleri ve bunları birbirine bağlayan her türlü veri iletim ağından oluşan, fiziksel yapısı sayısal verilerden oluşan sanal alandaki veri iletim ağlarının bir türüdür.<sup>5</sup> İnternet kelimesi, 1973 yılında Birleşik Devletler Savunma Konulu İleri Araştırma Projeleri Dairesi (Defense Advanced Research Projects Agency-DARPA) tarafından ağa bağlı çok sayıda bilgisayar arasında paket anahtarlamalı veri iletimini destekleyen iletişim protokolleri geliştirmek amacıyla başlatılan ve “*Internetting Project*” adı verilen bir araştırma projesinden esinlenerek ortaya çıkmıştır.<sup>6</sup> İnternet kelimesi, İngilizce “*International Network (Uluslararası Çalışma Ağı)*”un kısaltılmışı olarak da tanımlanmaktadır.<sup>7</sup> İnternet, insanların her geçen gün gittikçe artan “*üretilen bilgiyi saklama/paylaşma ve ona kolayca ulaşma*” istekleri sonrasında ortaya çıkan bir teknolojidir. Bu teknoloji

<sup>2</sup> Computer Industry’nin verilerinde toplam bir rakam verilmemiştir. Fakat araştırma kapsamındaki ülkelerdeki servis sağlayıcıların toplamı 12.327’dir.

<sup>3</sup> Rakamlarla ilgili bkz., [http://www.clickz.com/stats/web\\_worldwide/](http://www.clickz.com/stats/web_worldwide/) (Haziran 2005).

<sup>4</sup> Güran, Sait - Akünel, Teoman - Bayraktar, Köksal ve Diğerleri; *İnternet ve Hukuk, Superonline Workshop Metni*, İstanbul 2000, s. 4.

<sup>5</sup> Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları*, Seçkin, Ankara 2004, s. 50.

<sup>6</sup> “A Brief History Of The Internet and Related Networks”, Cerf V. G., <http://www.isoc.org/internet/history/cerf.shtml>, (Haziran 2005).

<sup>7</sup> Bozbel, Savaş, “İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler”, *Yargıtay Dergisi*, Ocak -Nisan 2001, C. 27, S. 1-2, s. 749.

yardımıyla pek çok alandaki bilgilere kolay, ucuz, hızlı ve güvenli bir şekilde erişilebilmektedir. Bir başka ifade ile, internet tüm ülkelerde kayıtlı üyesi bulunan olağanüstü kapsamı olan bir uluslararası iletişim şebekesidir.<sup>8</sup>

Ocak 1958'de Amerikan Savunma Bakanlığı'na bağlı bir kuruluş olarak faaliyete geçen "İleri Araştırma Projeleri Dairesi - Advanced Research Projects Agency - ARPA"ya bağlı bir daire olan "Bilgi İşlem Teknikleri Dairesi - Information Processing Techniques Office - IPTO" içinde Joseph Carl Robnett Licklider (1915-1990),<sup>9</sup> Bob Taylor, Larry Roberts gibi bilim insanlarının çabaları ve çalışmaları ile bilgisayarların birbirine bağlanarak iletişim kurlmaları esasına dayalı olan ARPANET ağı 1969 yılında faaliyete geçirildi. 1972 Ekim ayında Washington'da yapılan "Birinci Uluslararası Bilgisayar İletişim Konferansı"nda ARPANET ağı bilim çevrelerine tanıtıldı. ARPANET bu konferansta federal bir araştırma etkinliği olarak tanıtıldı. ARPA, 1972'den itibaren askeri kuruluşların istekleri doğrultusunda bazı çalışmalar gerçekleştirdi ve bu çalışmalar sonucunda ARPA'nın adı "Defense Advanced Research Projects Agency (Savunma konulu İleri Araştırma Projeleri Dairesi - DARPA)" olarak değiştirildi. Ancak ARPANET adı varlığını sürdürdü.<sup>10</sup> Bob Kahn ve Vinc Cerf adlı bilim adamları ağdaki iletişimi standartlaştıracak "Paket Ağlararası İletişim için bir Protokol" adlı bildirimlerini 1973 yılı sonlarında tamamladılar.<sup>11</sup> İletilere TCP (Transmission-Control Protocol - İletim Kontrol Protokolleri) adı verildi. TCP'nin yaratılması ağlararası iletişime olanak sağladı. 1978'de TCP yasal olarak TCP/IP<sup>12</sup> adını aldı.<sup>13</sup> 1 Ocak 1983'de ARPANET resmi olarak TCP/IP protokolüne geçiş yaptı. Bir süre sonra farklı kuruluşların çabaları ile kurulan MILNET, ARPANET, CSNET gibi ayrı ağlar TCP/IP protokolü ortak dili altında birleştirildi ve böylece "İnternet" ortaya çıkmış oldu.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> İçel, Kayıhan, *Kitle Haberleşme Hukuku*, İstanbul 2001, s. 7; "A Brief History of Internet", <http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml#tokyotrip> (Mayıs 2003).

<sup>9</sup> "Biographical Memoirs"; <http://books.nap.edu/html/biomems/jlicklider.html> (Haziran 2005).

<sup>10</sup> Hafner, Katie - Lyon, Matthew, *İnternet Tarihi* (Çev. Sinem Yazıcıoğlu), Güncel Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 241.

<sup>11</sup> Hafner, K. - Lyon, M., s. 248.

<sup>12</sup> Transmission Control Protocol / Internet Protocol (İletim Denetimi Protokolü / İnternet Protokolü)

<sup>13</sup> Hafner, K. - Lyon, M., s. 261.

<sup>14</sup> Hafner, K. - Lyon, M., s. 269.

İnternetin teknik gelişimi ise, 1986 yılında oluşturulan ve internetin geliştirilmesi ve protokol mühendisliği alanlarında hizmet vermekte olan “İnternet Mühendisliği Çalışma Grubu (Internet Engineering Task Force - IETF)” ve bu grubun alt çalışma grupları olan “İnternet Mimarisi Kurulu (Internet Architecture Board - IAB)”, “İnternet Mühendisliği Yönetim Grubu (Internet Engineering Steering Group - IESG)” nun çalışmaları ve “İnternet Topluluğu (Internet Society - ISOC)” ile “İnternet Tahsisli Sayılar Otoritesi (Internet Assigned Numbers Authority - IANA)” tarafından koordinasyon halinde katılımcı karar alma mekanizmaları aracılığıyla oluşturulan protokoller tarafından yönlendirilmektedir. İnternet Topluluğu - ISOC, 1991 yılında internete resmi bir yapı sağlamak ve interneti geliştirmek üzere kurulmuştur. Ancak internet üzerinde yasal bir otorite olarak çalışan bir merkezi kural koyucu bulunmamaktadır.<sup>15</sup>

Dünya'nın herhangi bir yerinden bu sisteme katılmak teorik olarak mümkün olmakla birlikte bu sisteme girmek için veya kendi web sitenizi sunabilmeniz için “Providers - İnternet Servis Sağlayıcıları - İSS” denilen kuruluşların devreyi girmesi gerekmektedir. İSS'lere ulaşım ise modem denilen telefon sinyallerini bilgiye çeviren aletlerle telefon üzerinden gerçekleşmektedir. Bilgisayarların kendi aralarında konuşmaları -en yaygın sistem olarak- TCP/IP yöntemi ile olmaktadır. İnternet sitelerinin izlenebilmesi için ise “Browser” (Internet Explorer, Netscape gibi) denilen internet tarayıcılarına ihtiyaç vardır. Bu “browserler” sayesinde genelde “HTML” dili ile yazılan internet sayfaları adeta tercüme edilmektedir. Dolayısıyla internete girebilmek için pc, modem, telefon bağlantısı ve internet servis sağlayıcıların bir araya gelmesi gerekmektedir.

## 2.2. İnternetin Aktörleri

### 1. Telefon / Telekomünikasyon İdareleri

İnternet, kullanıcılara genel haberleşme kanallarından yararlanarak bilgi iletişimi sağlayan bir sistemdir ve kullanılan kanallar, her ülkenin ilgili mevzuatı çerçevesinde ulusal telekomünikasyon idarelerinin kontrolü altında tuttuğu telefon hatlarından oluşur. İnternet servis sağlayıcılar internete bağlantıyı sağlayabilmek için kullanacağı hatları elde etmek üzere önce yerel telekomünikasyon kuruluşları ile anlaşma

<sup>15</sup> Işıklı, Hasibe, *İnternet Alan İsimleri Sistemi - Markalar ve Alan İsimleri Arasındaki İlişki*, DPT Yayınları, Ankara 2001, s. 8.

yapmak zorundadırlar. Telekomünikasyon idaresinin fonksiyonu tamamen teknik olup, zorunlu iletişim altyapısının, belirli şartlar altında, ISS girişimcisine tahsis edilmesinden ibarettir. Türkiye’de 406 sayılı Posta ve Telgraf Kanunu ve 2813 sayılı Telsiz Kanunları hükümleri açısından telekomünikasyon hizmeti devlet tarafından üstlenilmiş olan bir kamu hizmetidir ve halen Türk Telekom tarafından ifa edilmektedir.<sup>16</sup>

## 2. İnternet Servis Sağlayıcılar - İSS’ler<sup>17</sup> (Internet Service Providers - ISPs)

Geniş anlamda internet hizmeti sunan herhangi bir oluşuma internet servis sağlayıcı denilebilir. Bu tanım çerçevesinde çevirmeli internet erişimi sunan bir işletmeciden, Uluslararası Telekomünikasyon Birliği’ne kadar internet hizmeti veren her kuruluş İSS olarak görülebilir. Ancak sıkça kullanılan anlamıyla internet servis sağlayıcı kavramı “İnternet Erişim Sağlayıcı” kavramına karşılık gelmektedir.<sup>18</sup>

İnternet servis sağlayıcılar, kendisine ait bilgisayar donanımı ve yerel şebekeden kiraladığı hatlar aracılığı ile kullanıcıları yerel ve uluslararası internet omurgalarına taşımak işini yerine getirirler. Bir başka deyişle, kendi bilgisayarlarını kullanıcıların internete ulaşabilmeleri için bir giriş kapısı olarak hizmete sunan internet sujesine verilen isimdir. İSS’ler insanların internete bağlanmalarını, internet üzerinden iletişim kurmalarını ve internetin sağladığı olanakları kullanmalarını sağlayan aracı unsurdur.<sup>19</sup> Siber uzay ifadesi ilk kez 1980’li yılların başlarında William Gibson adlı kişinin “*Neuromancer*” isimli romanında geçen “*cyber space*”<sup>20</sup> kavramı ile karşımıza çıkmıştır. İnternet siber uzayda insanların birbirleriyle iletişime geçtikleri sonsuz bir iletişim platfor-

<sup>16</sup> Güran, Sait ve Diğerleri; *İnternet ve Hukuk, Superonline Workshop Metni*, İstanbul 2000.

<sup>17</sup> Makalede İnternet Servis Sağlayıcıları karşılığı olarak “İSS’ler” kısaltması kullanılacaktır.

<sup>18</sup> Güngör, Müberra - Evren, Gökhan, “İnternet Sektörü ve Türkiye İncelemeleri”, *Telekomünikasyon Kurumu*, Ankara 2002, s. 7.

<sup>19</sup> Güran ve diğerleri, s. 18.

<sup>20</sup> “Cyber” kelimesi “cyber-space” kavramından esinlenilerek kullanılmaya başlanmıştır. Siber Uzay (Cyberspace) kavramı ilk defa bilim kurgu yazarı William Gibson tarafından “*Neuromancer*” isimli kitabında kullanılmıştır. Gibson, William, *Neuromancer*, Grafton Books, Collins Publishing Group, London 1984, s. 8; Türkçe çevirisi için bkz., Gibson, William, *Neuromancer*, (Çev. Melike Altıntaş), Sarmal Yayınevi, 1998; Siber Uzay (Cyberspace) elektromanyetik güdülerden oluşan sanal bir ortamın özet

mudur. Kullanıcıları siber uzay denilen ortama aktararak internet ağına bağlanmayı sağlayan araçlar ise internet servis sağlayıcılardır. İnternet Servis Sağlayıcılar olmaksızın kişinin internete bağlanması mümkün olmayacaktır. Böylece İSS'ler internete bağlanmada köprü vazifesini görürler.

İnternet servis sağlayıcılar internete erişim hizmeti (mere conduit) ile birlikte ön belleğe alma (caching), barındırma (hosting), sunucu kiralama (leased server), elektronik posta, alan adı temini ve web sayfası hazırlama gibi ek hizmetler de sunabilirler.<sup>21</sup>

### 3. İnternet İçerik Sağlayıcılar (Internet Content Providers)

İnternet içerik sağlayıcılar, internette erişimi mümkün herhangi bir web sitesinin içeriğinin oluşmasına bilgi aktarımı yolu ile katkıda bulunan kurum, kuruluş ve bireylerdir. Bu bilgi aktarımı web sayfası sahibi tarafından aktarım, internet ortamına bilgi yükleme (uploading) gibi değişik yöntem ve şekillerde gerçekleştirilir.

### 4. İnternet Erişim Sağlayıcılar (Internet Access Providers)

Çoğu zaman İnternet servis sağlayıcı ile aynı anlamda kullanılmakta ve fakat sadece internete erişim sağlamak fonksiyonu görmekle internet servis sağlayıcısından ayrılan hizmetler yürütürler. Yani erişim sağlayıcılar sadece internet erişimi (mere conduit) hizmetini yerine getirirler.

### 5. Sunucu (Server)

Serverlar dijital bilgileri kapasiteleri oranında depo ederek diğer bilgisayarlara hizmet sağlayan bilgisayarlar ya da programlardır. İnternet servis sağlayıcıları üstlendikleri hizmetleri yerine getirebilmek

---

tanımlamasıdır. Daha açık olarak Siber Uzay (Cyberspace) bilginin elektromanyetik formda oluşturulması ile başlayıp dünyanın dört bir yanını kuşatan çeşitli sistemler vasıtasıyla (örneğin ağ sistemleri, telefon hatları ve uydular gibi) bilgiye erişimin sağlandığı sanal ortamın bütünüdür. "Cyber" eki aynı türdeki başka kelimelere eklenmek suretiyle internet ile bağlantılı kavramları belirtmek için kullanılmaktadır.

<sup>21</sup> Akgün, Kemal - Işık, Hasibe - İnce, Murat - Pekşirin, Hülya, *İnternet Yayıncılığı ve İnternet Servis Sağlayıcılarının Sorumlulukları, Genel Politikalar ve Düzenleme Önerileri*; <http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000086-yazi.htm> (Mayıs 2005).

için serverları kullanırlar. Özel ve kamu kurum ve kuruluşları da kendi yerel serverlarını kurarak kendilerine ait bilgileri saklayabilirler. Kendi bilgisayarını server olarak kullanan kişi bu bilgileri internet ortamında kullanabilmek için ya kendisi servis sağlayıcı hizmeti görecektir ya da bir başka internet servis sağlayıcının hizmetinden yararlanacaktır.

### III. İNTERNET SERVİS SAĞLAYICILARININ HUKUKİ SORUMLULUKLARI

İSS'ler, kullanıcıların internete erişimini sağlayan ve/veya elektronik hizmetlerin, kullanıcıların kullanımına sunulmasına aracılık eden gerçek veya tüzel kişilerdir. İnterneti etkin ve yararlı bir biçimde kullanmak suretiyle bilgi toplumunu oluşturacak gerçek ya da tüzel kişilerin her birini ise kullanıcı olarak tanımlayabiliriz. İSS'lerin sorumlulukları ifa ettikleri hizmetin niteliği esas alınarak belirlenmeye çalışılmaktadır. Salt internete erişim hizmeti (mere conduit) yapan İSS ile erişim hizmeti ile birlikte içerik de hazırlayan İSS'nin sorumlulukları farklı değerlendirilecektir. İSS'ler kullanıcıları siber uzaya taşıyan 'uzay aracı' konumundadırlar. Dolayısıyla siber uzayda hak ihlallerine yol açacak unsurları taşımakta gerekli özeni göstermemesi durumunda sorumlu olmaması hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Ancak bu sorumluluğun belirlenmesinde de içerik üzerinde hiçbir tasarrufta bulunmadan sadece erişim hizmeti sağlayan İSS'lerin sorumlulukları hafif düzeyde tespit edilerek bir çözüme gidilmeye çalışılacaktır. 21. yy'nin en önemli paradigma değişikliği olan internetin<sup>22</sup> gelişimi ve özgürlükçü karakterini muhafaza etmesi de hiç şüphesiz yasal düzenlemelerle doğrudan ilgilidir. İSS'lerin her türlü hukuka aykırılıktan birinci derecede sorumlu tutulması İSS'lerin internete erişim hizmetlerini yerine getirmesini engelleyebilecektir. İSS'lerin sorumluluğu gazete, dergi ve kitap yayıncılarının sorumluluğundan farklıdır. Yayıncı kişiler olmasa dahi kişi kendi basımını kendisi yaptırarak yayın hayatına girebilir. Üstelik yayıncı ve kendi basımını yapan kişi içerik üzerinde doğrudan kontrol imkanına sahiptirler. Oysa internet kullanıcıları İSS'ler olmaksızın internet erişiminden faydalanamazlar. Salt erişim olanağı sağlayan İSS'nin ise içerik üzerinde kontrol imkanı yoktur. İSS'lerin sorumlulukları basılan eserleri dağıtanlar ve satışa sunanlar gibi ikinci dereceden bir sorumluluk olarak

<sup>22</sup> Güran ve diğerleri, s. 1.

düşünülmelidir. Yani salt erişim hizmeti veren İSS'lerde dağıtıcılar ve satışa arzedenler gibi içerikte bulunan hukuka aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde sorumlu olacaklardır. İSS'ler kendileri biza-tihi içerik sağlayıcı olduklarında ise sorumlulukları birinci dereceden sorumluluk olacak ve yayıncılar gibi sorumlu olacaklardır.

İnternet servis sağlayıcıların yerine getirdikleri hizmetlere göre sorumluluklarını şöyle inceleyebiliriz:

### 3.1. Erişim Hizmeti

#### 3.1.1. Basit İletim (Mere Conduit)

İnternetin ilk ve temel hizmeti kullanıcıların internete bağlantısını sağlamaktır. İSS'lerin sadece bağlantı sağlaması Avrupa Birliği'nin 8 Haziran 2000 tarih ve 200/31 sayılı direktifinde<sup>23</sup> "mere conduit"<sup>24</sup> olarak ifade edilmiştir. Tam adı "İç Piyasada, başta Elektronik Ticarete, Bilgi Toplumu Servislerinin Belirli Hukuki Durumları Hakkında 8 Haziran 2000 tarih ve 2000/31/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi" olan ve kısaca "2000/31 sayılı Elektronik Ticaret Yönergesi" olarak bilinen direktifin<sup>25</sup> dördüncü bölümünde "Aracılık Eden Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları" başlığı ile 12, 13, 14 ve 15. maddelerinde internet servis sağlayıcıların sorumluluğu düzenlenmiştir. Direktifin 12. maddesi "Mere Conduit" başlığı ile "salt erişim" hizmeti gören servis sağlayıcıların sorumluluğunu düzenlemiştir. Buna göre:

Bilgi toplumu servisi, bir servis alıcısı tarafından sağlanan bilgi iletişim ağındaki veya iletişim ağına erişimi temin etmesinden dolayı meydana gelen fiilden, Üye devletler aşağıdaki koşullarda servis

<sup>23</sup> Directive 200/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Aspect of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market (Directive on Electronic Commerce), [http://europa.eu.int/eurlex/pri/en/oj/dat/2000/l\\_178/l\\_17820000717en00010016.pdf](http://europa.eu.int/eurlex/pri/en/oj/dat/2000/l_178/l_17820000717en00010016.pdf) (Haziran 2005).

<sup>24</sup> Conduit kelimesi latince conduct kelimesinden türemiştir. İngilizce conduct kelimesi "transmit energy" yani enerjinin taşınması, iletimi anlamında da kullanılmaktadır. Conduit kelimesi ise sıvıların taşındığı kanal, bilginin iletilmesi anlamlarında kullanılmaktadır. Bkz., MSN Encarta Dictionary, [http://encarta.msn.com/dictionary\\_1861599439/conduit.html](http://encarta.msn.com/dictionary_1861599439/conduit.html) (Haziran 2005), Mere Conduit ise sadece iletim veya erişimi ifade etmek için kullanılmaktadır.

<sup>25</sup> Bundan sonra Direktif denildiğinde kastedilen AB'nin 200/31/EC sayılı Elektronik Ticaret Direktifi olacaktır.

sağlayıcıların iletilen bilgi nedeniyle sorumlu olmayacaklarını temin edeceklerdir:

- a. İletiyi başlatmamış ise;
- b. İletinin alıcısını seçmemiş ise; ve
- c. İletideki bilgiyi seçmemiş ve değiştirmemiş ise,

dolayısıyla internet servis sağlayıcılar iletilen içeriği oluşturan değilseler, iletilen bilginin kime ulaşacağı konusunda bir rol oynamamışsalar ve iletiyi de başlatan değil iseler sorumlu olmayacaklardır. Ayrıca bilgiye erişimde sadece iletinin taşınması amacıyla yapılmış olan bilginin ileti için gerekli olan -makul süreden daha fazla bir süre depolanmamış olması şartıyla- iletilen bilginin otomatik, ara seviyede ve geçici depolanması halinde de internet servis sağlayıcıların sorumluluğuna gidilemeyecektir (2000/31/EC m. 12/2). Ayrıca direktifin 12/3 maddesi ile internet servis sağlayıcıların sorumluluğuna bu hallerde gidilememesi, Üye devletlerin hukuk sistemlerine göre, bir mahkeme veya idari makamın, servis sağlayıcıdan tecavüzün önlenmesi veya sonlandırılmasını talep hakkını önlemeyecektir.

İnternetin yeni telif hakkı ihlallerini ortaya çıkarmasından sonra telif hakları konusunda da dünyada Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (World Intellectual Property Organisation - WIPO) öncülüğünde çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmaların sonucunda 20 Aralık 1996 tarihinde WIPO Fikir Hakları Andlaşması (WIPO Copyright Treaty - WCT)<sup>26</sup> ve WIPO İcralar ve Plaklar Andlaşması (WIPO Performances and Phonograms Treaty - WPPT)<sup>27</sup> kabul edilmiştir. Bu andlaşmaların ardından ülkeler de kendi ulusal mevzuatlarını bu andlaşmalarla uyumlu hale getirmek için fikri hak kanunlarında değişiklikler yapmışlardır. ABD 28 Ekim

<sup>26</sup> Andlaşma metni için bkz., WIPO Copyright Treaty, adopted in Geneva on December 20, 1996, [http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/pdf/trtdocs\\_wo033.pdf](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf) (Ocak 2005) Andlaşmaya Ocak 2005 itibariyle elli ülke katılmıştır. Türkiye henüz bu andlaşmayı onaylamamıştır. Bkz., WIPO, [http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&search\\_what=B&bo\\_id=17](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&search_what=B&bo_id=17) (Ocak 2005).

<sup>27</sup> Andlaşma metni için bkz., WIPO Performances and Phonograms Treaty, adopted in Geneva on December 20, 1996, [http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/pdf/trtdocs\\_wo034.pdf](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/pdf/trtdocs_wo034.pdf) (Haziran 2005) Andlaşmaya Ocak 2005 itibariyle 47 ülke katılmıştır. Türkiye henüz bu andlaşmayı onaylamamıştır. Bkz., WIPO, [http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&search\\_what=B&bo\\_id=18](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&search_what=B&bo_id=18) (Ocak 2005).



1998’de Dijital Milenyum Telif Hakkı Kanunu (Digital Millennium Copyright Act - DMCA)’nu<sup>28</sup> kabul etmiştir. Avrupa Birliği’nde de 22 Mayıs 2001’de 2001/29/EC sayılı Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Direktifi<sup>29</sup> kabul edilmiştir.

ABD Dijital Milenyum Telif Hakkı Kanunu Başlık II’de 512. maddesi ile İSS’nin telif hakkı sorumluluğunu düzenlemiştir. İSS’lerin sorumluluğunun sınırları dört başlık altında düzenlenmiştir.

- İletişimin aktarılması,
- Ön belleğe alma,
- Bilginin sistem veya ağ üzerinde depolanması,
- Her türlü bağlantı,

iletişimin aktarılması yalnızca erişim (data conduit) ve bilginin otomatik süreçlerle taşınmasını kapsamaktadır. Digital Milenyum Kanunu’nun 512(a) maddesinde düzenlenen bent uyarınca İSS’nin sorumluluğunun sınırlandırılması şartları şunlar olacaktır:

- İletimin İSS dışında bir kişi tarafından başlatılmış olması
- İletimin, yönlendirme, bağlantı hazırlıkları veya kopyalama işlemlerinin İSS’nin seçimi olmaksızın, otomatik teknik bir süreçte gerçekleştirilmesi
- İSS, iletinin alıcılarını belirmemelidir.
- Ara kopyalar öngörülen alıcılar dışında hiç kimse tarafından ulaşılabilir olmamalı ve makul süreden daha uzun şekilde sistemde tutulmamalıdır
- İleti içeriğinde hiçbir değişiklik yapılmadan iletilmelidir.

Bu şartlara uyan İSS’lerin telif hakkı ihlallerinden dolayı bir sorumluluğu doğmayacaktır. Çünkü bu hallerde İSS, içerik üzerinde etkili değildir. İSS yalnızca erişim sağlayan konumundadır. ABD’de bu dü-

<sup>28</sup> Kanun metni için bkz., *The Digital Millennium Copyright Act Of 1998*, December 1998, <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf> (Ocak 2005).

<sup>29</sup> Directive 2001/29/EC Of The European Parliament and Of The Council Of 22 May 2001 on the Harmonisation Of Certain Aspects Of Copyright And Related Rights in The Information Society, [http://europa.eu.int/information\\_society/topics/multi/digital\\_rights/doc/directive\\_copyright\\_en.pdf](http://europa.eu.int/information_society/topics/multi/digital_rights/doc/directive_copyright_en.pdf) (Ocak 2005).

zenleme yapılmadan görülen bir davada da dava benzer argümanlar esas alınarak çözülmüştür. Davada<sup>30</sup>, davalı Netcom servis sağlayıcı hizmetleri vermektedir. Olayda mahkeme servis sağlayıcının sadece erişim (mere conduit) hizmeti sağladığına karar verdi. İSS, sistemi kurmuş ve sistem otomatik olarak gelen iletileri aktarmaktadır. Bu aktarım sırasında mesajların geçici olarak tutulması da sadece erişim kapsamındadır. İSS, kopyalamayı başlatmamıştır, sistem kendi kendine işlemektedir. Mahkeme, bu şekilde hizmet veren servis sağlayıcının sorumluluğunu kamuya açık bir fotokopi makinasında telif hakkı ihlaline yol açacak şekilde çoğaltma yapılmasından fotokopi makinası sahibinin direkt olarak sorumlu tutulamamasına benzetmiştir. İSS’de eğer ihlalin farkındaysa veya ihlale yardım etmiş ise o takdirde İSS’nin de sorumluluğu gündeme gelecektir.

### 3.1.2. Ön Belleğe Alma (Caching)<sup>31</sup>

Caching, erişilen web nesnelерinin ön bellekte tutulmasıyla ağ performansının artırılmasını sağlar. Caching<sup>32</sup> işlemi intranet ve internet için kullanılabilir. Ön bellek (cache memory), ana bellek ile merkezi işlem birimi arasında görev yapan ve ana bellekten çok daha hızlı olan bir bellektir. Bu bellek birimi; işlem esnasında çok sık kullanılan komutlar için bir yaz - boz tahtası gibidir. Bilgilerin sürekli ana bellekten aktarımı yerine ön bellekte geçici olarak tutulan bilgilerden de alınması yolu ile bilgisayarın hızını artırır. Geçici bir işlem olan ön belleğe alma (caching) de bu yönüyle salt erişim (mere conduit) gibidir. Direktif’in 13. mad-

<sup>30</sup> Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Service, 907 F. Supp. 1361 (N. D. Cal. 1995), [http://www.loungery.com/cases/RTC\\_v\\_Netcom.html](http://www.loungery.com/cases/RTC_v_Netcom.html), Markus Lubitz, Liability of Internet Service Providers Regarding Copyright Infringement-Comparison of U. S. and European Law, International Review of Industrial Property and Copyright Law, Volume 33, No. 1/2002, p. 27.

<sup>31</sup> Caching için “ön belleğe alma” terimi kullanılmaktadır. Bkz., *Bilişim Terimleri Sözlüğü*, [http://eski.tbd.org.tr/ing\\_turk.html](http://eski.tbd.org.tr/ing_turk.html) ve <http://sunsite.bilkent.edu.tr/pub/linux/linux-tr/yaridim/bts.html> (Ocak 2005).

<sup>32</sup> Ön belleğe alma yapılan işlemin niteliğine göre forward caching, revers caching ve distributed caching olarak üçe ayrılır. Forward caching işlemi (ileri ön belleğe alma), iç istemcilerin internet üzerindeki adresleri erişimini hızlandırır. Sık istenen nesnelere merkezi bir ön bellekte tutulur ve diğer istemcilerin buradan erişimi kolaylaşmış olur. Reverse caching işlemi (tersine ön belleğe alma) ise, dış istemcilerin web üzerindeki kaynaklara erişimini sağlar. Distributed caching (dağıtılmış ön belleğe alma) işlemi ise birden çok sunucu arasında yük dengelenmesini sağlar. Bkz., ISA Servis Kurulumu, <http://www.bilgisayarlisitesi.com/isaserverkurulumu.asp> (Mayıs 2005).

desinde ön belleğe alma, alıcıların talebi üzerine, bilginin onlara daha etkin bir şekilde iletilmesi amacıyla gerçekleştirilen otomatik ve geçici depolama olarak açıklanmıştır. Bu depolamanın basit iletimden (mere conduit) farkı bilginin depolanması süresinin 12. maddede belirtilen makul süreyi aşmasıdır. Direktifin 13. maddesi ile:

Bilgi toplumu servisi, servis alıcısı tarafından sağlanan bilgi iletişim ağındaki iletiden meydana gelmiş ise, Üye devletler aşağıdaki koşullarda servis sağlayıcıların, servisteki diğer alıcıların talebi üzerine, ön belleğe alma (caching) işleminden sorumlu olmayacaklarını temin edeceklerdir:

a. Sağlayıcı bilgiyi değiştirmemiş ise,

b. Sağlayıcı bilgiye erişim şartlarını uygun davranmış ise,

c. Sağlayıcı, endüstri tarafından geniş çapta kullanılan ve benimsenen şekliyle, bilginin güncelleştirilmesiyle ilgili kurallara uygun hareket etmiş ise,

d. Sağlayıcı, bilginin kullanımında veri elde etmek için, endüstri tarafından geniş çapta kullanılan ve tanınan teknolojinin yasal kullanımına müdahale etmemiş ise,

e. Sağlayıcı, iletinin ilk yayın kaynağındaki bilginin ağdan çıkarıldığını veya erişimin engellendiğini öğrendiğinde veya bir mahkeme veya idari makam bu yönde bir emir verdiğinde, derhal depoladığı bilgiye erişimi engellemiş veya bilgiyi çıkartmışsa,

Ön belleğe alma durumunda İSS, bilginin depolanması işlemini makul süreyi aşacak şekilde yerine getirmektedir. Dolayısıyla burada İSS'nin bilgiyi güncelleme veya erişimin engellendiği veya bilginin ağdan çıkarıldığını şu veya bu şekilde öğrendiğinde bilgiyi derhal çıkartması öngörülmüştür.

Ayrıca Direktif'in 13. maddesinin ikinci fıkrası ile aynı 12. maddede olduğu gibi internet servis sağlayıcıların sorumluluğuna bu hallerde gidilememesi, Üye devletlerin hukuk sistemlerine göre, bir mahkeme veya idari makamın, servis sağlayıcıdan tecavüzün önlenmesi veya sonlandırılmasını talep hakkını önlemeyecektir.

Almanya’da da internet servis sağlayıcıların sorumluluğu AB Direktifi ile uyumlu olarak düzenlenmiştir. Alman Teleservis Yasası’nın<sup>33</sup> 5. maddesine göre; *“Hizmet sunan kişiler, sadece erişimini sağladıkları üçüncü şahıslara ait bilgilerin içeriğinden sorumlu değildirler. Kullanıcının talebi olan, 3. şahıslara ait bilgilerin otomatik ve geçici olarak saklanması da erişimi sağlamak olarak kabul edilmektedir. Genel yasalar gereği yasa dışı bilgilerin bloke edilmesi yükümlülüğü, eğer hizmet sunan kişi, söz konusu yasa dışı bilgi konusunda haberdar olursa ve bilginin bloke edilmesi teknik açıdan mümkünse ve hizmet sunan kişiden bekleniyorsa aynen uygulanır.”*<sup>34</sup> Dolayısıyla sadece erişim sağlayan ve ön bellekte tutan İSS, Alman Tele Servisler Yasası uyarınca da sorumlu olmayacaktır. İSS’ye yasa dışı bilgi konusunda uyarı yapılması halinde ise İSS içeriği çıkartmalı veya erişimi durdurmalıdır.

ABD’de 1934 tarihli İletişim Kanunu’nun<sup>35</sup> 230. maddesine 1996 tarihinde eklenen madde ile *“İnteraktif bir bilgisayar hizmetinin hiçbir sağlayıcısına ya da kullanıcıya, başka bir bilgi içeriği sağlayıcısı tarafından sağlanan herhangi bir bilgi için yayıncı ya da konuşmacı muamelesi yapılamaz”* hükmü konulmuştur. Maddede yapılan İnteraktif bilgisayar hizmetleri tanımı gereği internet servis sağlayıcıları da bu kapsama girmektedir. 8 Şubat 1996’da yürürlüğe giren 230. madde internetin gelişimini amaçlamıştır. Bu nedenle de Kanun düzenlemesinde internet servis sağlayıcıları yayıncı ya da konuşmacı olarak değil, *“genel haberleşme kuruluşu (common carrier)”* gibi kabul edilmiştir. Birleşik Devletlerde görülen bir davada İletişim Kanunu’nun 230. madde uygulaması ifade özgürlüğüne çevrimiçi (online) alanda yani siber uzayda daha büyük bir koruma getirmiştir. Zeran davasında tartışıldığı gibi, gazetede hakaret içeren bir mektubun yayınlanması sorumluluk doğururken, bu mektubun internet sayfasında yayınlanması halinde servis sağlayıcının bu hakaret içeren mektuptan dolayı herhangi bir sorumluluğuna gidilememektedir. Zeran ile Amerikan Online arasındaki davada bilinmeyen bir kişi AOL’ün ilan tahtasına *“Oklohama City’deki Alfred P. Murrah Federal binasının bombalanması ile ilgili olarak aşağılayıcı ifadeler içeren baskılar yapılmış t-shirtlerin reklamı yapılıyor ve bu t-shirtleri almak isteyenlerin verilen bir numarayı aramaları*

<sup>33</sup> Alman Tele Servisler Kanunu, 1997 tarihli *“Bilgi ve Haberleşme Hizmetleri Hakkında Çerçeve Şartlar Hakkında Kanun”*un içerisinde düzenlenmiştir.

<sup>34</sup> Akgün, Kemal - Işıklı, Hasibe - İnce, Murat - Pekşirin, Hülya, *İnternet Yayıncılığı*, s. 5.

<sup>35</sup> Kanun’un tam metni için bkz. Communications Act of 1934, <http://www.fcc.gov/Reports/1934new.pdf> (Haziran 2005).

*istiyordu.*” Oysa bu numara olayla hiç ilgisi olmayan Zeran adlı kişiye aitti. Olayla ilgili tehditler almaya başlayan Zeran, AOL’ü arayarak durumu bildirmesine rağmen ilan uzun süre ilan tahtasından kaldırılmadı. Buna rağmen görülen davada, İletişim Kanunu’nun 230. maddesinin servis sağlayıcıların sorumluluktan bağımsızlıklarını getirdiğini belirtilerek Zeran’ın davası reddedildi.<sup>36</sup> Bu haliyle servis sağlayıcının yasalara aykırı malzemenin iletiminden haberdar olması durumunda dahi sorumluluğuna gidilemeyecektir. İSS’lerin sorumluluğuna ancak bu içeriği bizatihi kendisi hazırlaması halinde gidilebilecektir.

ABD’de telif hakları ile ilgili de 1998 tarihli Dijital Milenyum Telif Hakkı Kanunu’nda 512(b) bendinde ön belleğe alma ile ilgili İSS’lerin sorumluluk şartları belirlenmiştir. 512(b)’ye göre İSS’ nin ön belleğe alma (system caching) nedeniyle sorumlu olmaması için aşağıdaki şartları sağlaması gerekir:

- Ön bellekte tutulan içerik değiştirilmemelidir.
- İSS, iletinin yenilenmesi ile ilgili endüstri data iletim protokolü gereğince genel kabul gören kurallara uymalıdır.
- İSS, iletiyi gönderen kişilerin web sitelerinin ziyaret edilme sayıları (hit) rakamlarına ulaşmasını engellemeyecektir.
- İSS, iletiyi gönderen kişi tarafından öngörülen hallerde iletilen materyale ulaşımı şifre vs. koyarak sınırlamalıdır.
- İSS, telif hakkı sahibinin izni dışında gönderilen materyalin kaldırılması veya bloke edilmesi yönünde yahut materyalin orijinal sitesinden kaldırıldığı veya bloke edildiği yönünde uyarıldığı zaman derhal materyali içerikten kadırmalı veya bloke etmelidir.

İSS, içeriği ön bellekte tutarken de içerik sağlayan konumunda değildir. İSS, ön bellekte saklanan içerik üzerinde değişiklik yaptığında veya iletinin kaldırılması yönündeki uyarılara rağmen buna uymaması halinde telif hakkı ile ilgili sorumluluk doğabilecektir.

<sup>36</sup> Zeran v. America Online, 129 F. 3d 327 (4th Cir. 1997).

### 3.2. Barındırma (Hosting) Hizmeti

Host kelimesi ağa bağlı bilgisayarlardan server hizmeti gören ana bilgisayarı ifade etmektedir. Hosting ise internet ağına sunulan web sayfalarına alan adları<sup>37</sup> yolu ile ulaşılması sırasında web sayfasını kendi bilgisayarında barındırarak alan adının ilgili sayfaya yönlendirilerek ilgili sayfaya ulaşılmasını sağlayan hizmete denilmektedir. Alan adlarının yönlendirdiği sitelere bağlı olarak alınan elektronik postalar için de servis sağlayıcılar benzeri bir barındırma hizmetini sağlamaktadırlar. Burada salt erişim yahut geçici şekilde ön belleğe alma (caching) işleminden daha fazlası söz konusudur. Bilinçli olarak kullanıcılara içeriğin kendi sunucusunda saklanması yolu ile hizmet tedariki yerine getirilmektedir. AB'nin 2000/31/EC sayılı Direktifi'nin 14. maddesi "hosting" başlığı ile düzenlenmiştir. Buna göre internet servis sağlayıcı,

a. Hukuka aykırı eylem veya bilgiyi bilmiyorsa ve tazminat talepleri ile ilgili olarak hukuka aykırı eylem veya bilginin ortaya çıktığı olayların ve durumların farkında değilse;

b. Bu yönde bir bilgiyi öğrenmesi veya farkına varması üzerine derhal bilgiye erişimi engellemişse veya bilgiyi oradan çıkarmış ise,

depolanan bilgi nedeniyle sorumlu olmayacaktır. Dolayısıyla servis sağlayıcılar hukuka aykırı eylem ve bilgiyi biliyorlar ise ve hukuka aykırı eylem veya bilginin ortaya çıktığı olayların ve durumların farkında iseler sorumlu olacaklardır. Ayrıca hukuka aykırı içeriği öğrenmesine rağmen içerikten çıkarmamış ise yine sorumlu olacaktır. İçerik bizzat İSS tarafından sağlanmış ise yani direktifte düzenlendiği şekliyle "servis alıcı kullanıcı, internet servis sağlayıcının kontrolü veya yetkisi dahilinde hareket etmiş ise" servis sağlayıcıların sorumluluğu cihetine gidilecektir. Direktifin 14. maddesinin son fıkrası ile bu maddede düzenlenen haller, üye devletlerin hukuk sistemlerine göre, bir mahkeme veya idari makamın servis sağlayıcıdan tecavüzün önlenmesi veya sonlandırılmasını talep etme imkanını ve ayrıca üye devletlerin bilgiyi çıkartma veya erişimi engellemeyi tesis etme imkanlarını etkilemeyecektir (Direktif 14/3).

<sup>37</sup> Domain names (alan adları) siber uzayda ağa bağlı bilgisayarları tanımlamaya yarayan ve internet protokol numaralarına yapılan yönlendirmeye dayalı olarak çalışan alan adları sisteminin ana unsuruna verilen isimdir.

AB 2000/31/EC sayılı Direktifi'nin 15. maddesi ile İSS'ler 12, 13 ve 14. maddeler kapsamındaki hizmetlerin<sup>38</sup> sağlanması halinde, ilettikleri veya depoladıkları bilgiyi izleme konusunda genel bir yükümlülük yüklenmeyeceklerdir. Aynı şekilde yasa dışı faaliyeti işaret eden olayları ve durumları araştırma konusunda da aktif bir yükümlülükleri olmayacaktır. Ancak iddia edilen yasa dışı faaliyetleri ve bilgileri yetkili kamu otoritelerine bildirmeye ve onların talebi üzerine de yetkili makamlara kullanıcıların kimliğini belirten bilgileri bildirme yükümlülükleri getirilebilecektir (Direktif m. 15/2).

İngiltere'de 4 Temmuz 1996 tarihinde kabul edilen "*Birleşik Krallık İftira Yasası (The United Kingdom Defamation Act Of 1996)*"<sup>39</sup> internet servis sağlayıcıların sorumluluğu ile ilgili hükümler içermektedir. Kanun'un ilk bölümü "*Yayımdan Doğan Sorumluluk*" başlığı ile düzenlenmiştir. Davalı sorumluluktan kurtulabilmek için, herhangi bir iftira davasında yayımın yazarı, editörü veya yayımcısı olmadığını, sözkonusu yayım ile ilgili makul bir sebebi bulunduğunu ve sözkonusu yayımın iftira içerdiğini bilmediğini veya bilmemesinin inandırıcı olduğunu ispatlamalıdır. Burada dikkat edilecek husus Birleşik Devletler İletişim Kanunu'nda düzenlenen sorumluluk ile ilgili olan ispat külfetindeki yer değiştirmedir. Birleşik Devletler İletişim Kanunu'na göre herhangi bir yayımın hukuka aykırı olduğunu iddia eden kişi bunu ispatlayacaktır. Oysa Birleşik Krallık İftira Yasası bu ispat külfetini ters çevirmiş ve davalının kendi sorumluluğunu ispatı esas almıştır.<sup>40</sup> Neşir masumiyeti (Innocent dissemination) olarak da adlandırılan bu hususta<sup>41</sup> Birleşik Devletler ve Birleşik Krallık'da ispat külfeti farklı kişilere yüklenmiştir. Ayrıca İngiltere İftira Yasası'nın 1/3-e bendinde internet servis sağlayıcılar için konulmuş bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre iletimin üzerinde etkin bir denetim yapılmadan gerçekleştirilmesi halinde, sağlayıcı, erişim sağlayıcı veya operatör olarak faaliyet gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmayacaktır. Avrupa Birliği sistemindeki adı ile salt erişim (mere conduit) sağlayan

<sup>38</sup> Salt erişim hizmeti (mere conduit), ön belleğe alma (caching) ve barındırma hizmeti (hosting).

<sup>39</sup> Kanun metni için bkz., *Defamation Act 1996*, <http://www.hmso.gov.uk/acts/acts1996/1996031.htm> (Temmuz 2005).

<sup>40</sup> Stan Morris, *The Importance Of International Laws of Web Publishers*, <http://www.gigalaw.com/articles/2000-all/morris-2000-06-all.html> (Temmuz 2005).

<sup>41</sup> Global Internet Policy Initiative, *Application of Defamation Laws to the Internet*, October 2001, <http://www.internetpolicy.net/practices/libel.shtml> (Temmuz 2005).

servis sağlayıcı sorumlu olmayacaktır. Ancak servis sağlayıcı içerik denetimi yapmış ise bu halde bu maddeden yararlanamayacaktır.

ABD’de 1998 tarihli Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu’nun 512(c) maddesinde İSS’ler bu bend uyarınca sistemde veya ağda kullanıcıların isteği üzerine bilgi bulundurulması halinde şu şartları sağlaması halinde sorumlu olmayacaktır:

- İSS’nin aşağıda belirlendiği şekliyle ihlal eylemine ilişkin yeterli bilgi seviyesine sahip olmaması gerekir. Bu haller;

- a. İSS’nin ihlal eylemini kontrole hakkı veya olanağı varsa, bu halde İSS ihlal eyleminden kaynaklanan bir finansal fayda sağlamamalıdır.

- b. İSS, telif hakkı ihlaline ilişkin bir geçerli bir uyarı (proper notification) aldığı anda derhal iletiyi bloke etmeli veya kaldırmalıdır. (notice and takedown procedure)

İSS’nin barındırma halinde dahi sorumluluğu bu ihlalin farkında olmasına bağlanmıştır. Ayrıca ihlale ilişkin bir uyarı aldığı anda İSS kayıtsız kalırsa yine sorumlu olabilecektir. Kanun’un düzenlemesi uyarınca her uyarı da İSS’nin sorumluluğuna yetmeyecektir. İSS’nin sorumluluğuna yol açabilecek uyarının “geçerli nitelikte bir uyarı” olması gerekir. Geçerli uyarı, resmi belgelere dayanan, ihlale uğramış materyali yeterli ölçüde tanımlayıcı, imzalı ve yazılı bir dilekçe ile yapılmış ve şikayetçi tarafın adresini ve hak sahibi adını davranmaya yetkili olduğunu ve hak sahibinin materyalin kullanımına izin vermediğini bildirir belgeleri kapsayan uyarıdır.<sup>42</sup> Ayrıca her uyarıda bulunan kişinin hak sahibi olmayabileceğinden hareketle kullanıcı için de ‘karşı uyarıda bulunma hakkı’ getirilmiştir. Buna göre kullanıcı karşı uyarıda bulunur ve telif hakkı ihlal olduğunu iddia eden kişi de dava açmamış ise İSS bu halde on - on dört iş günü içinde iletiyi yeniden erişime açacak ya da blokeyi kaldıracaktır.<sup>43</sup>

İSS’lerin telif hakkı ihlallerinden haberdar olabilmeleri de Telif Hakkı Ofisi’ne yapılacak ve Telif Hakkı Ofisi’nin web sitesinden temin edilebilecek talep formu ile gerçekleşecektir. Bu şekilde İSS’lerin telif hakkı ihlallerinden haberdar olabilmeleri için birer temsilci atanacaktır.

<sup>42</sup> Akgün, Kemal - Işıklı, Hasibe - İnce, Murat - Pekşirin, Hülya, *İnternet Yayıncılığı*, s. 13.

<sup>43</sup> Sevi, Nüket Evrim, “İnternet Servis Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu”, *BATİDER*, Yıl: 2004, C. XXII, S. 3, s. 218.



ABD Dijital Milenyum Telif Hakkı Kanunu'nun 512(d) maddesinde de İSS'ların telif hakkı ihlallerine yol açacak şekilde başka web sitelerine bağlantı (link) sağlaması halinde sorumlulukları düzenlenmiştir. Buna göre İSS'lerin link vermektten dolayı sorumlu olmamaları için şu şartları sağlamaları gerekecektir:

- İSS'nin link verilen web sitesinde telif hakları ile ilgili ihlal olduğuna ilişkin 'yeterli bilgi düzeyine' sahip olmaması gerekir. Eğer İSS'ler telif hakkının ihlal edildiğinin farkındaysalar sorumlu olabileceklerdir.
- İSS'nin ihlal eylemini kontrole hakkı veya olanağı varsa, bu halde İSS ihlal eyleminden kaynaklanan bir finansal fayda sağlamamalıdır.
- İSS ihlal iddiasına ilişkin geçerli bir uyarı aldığıında iletiyi derhal bloke etmeli veya kaldırmalıdır. Aksi takdirde İSS sorumlu olacaktır.

Avrupa Birliği'nin ve ABD'nin İSS'nin sorumlulukları ile ilgili düzenlemeleri benzer yaklaşımlar göstermektedir. İki düzenleme de 1996 tarihli WIPO Fikir Hakları Andlaşması (WCT) gereğince yapılmıştır. WIPO Fikir Hakları Andlaşması'nın "Teknolojik yöntemlere ilişkin yükümlülükler" başlıklı 11. maddesi "Akit taraflar, bu Andlaşma ya da Bern Sözleşmesi ile tanınan hakların eser sahipleri tarafından kullanımı ile ilgili olarak, yasaların izin vermediği ya da ilgili eser sahiplerinin yetki vermediği durumlarda, teknolojik yöntemlerin haksız kullanımına karşı etkili yasal önlemler ve yeterli yasal koruma öngörecektir." hükmünü getirmiştir. Taraf ülkelerde WIPO Fikir Hakları Andlaşması'nın tespit ettiği genel ilkeler çerçevesinde ulusal mevzuatlarını düzenlemişlerdir.

### 3.3. Elektronik Posta Hizmetleri

Elektronik posta, internet kullanıcılarının herhangi bir sunucuyu kullanarak ağ üzerinden başka kullanıcılarla iletişime geçebilmesini sağlayan elektronik mesaj iletişim sistemidir. Elektronik postalar yolu ile de gerek telif hakları gerekse hakaret içeren ifadeler yolu ile sorumluluk doğabilecektir. Burada elbette asıl sorumlu kişi elektronik postayı gönderen kişi olacaktır. Elektronik posta hizmetleri de internet servis sağlayıcıların sağladıkları hosting (barındırma) hizmetleri ile sağlanmaktadır. Ayrıca kimi elektronik postalar elektronik posta gruplarına gönderildikten sonra ön bellekte saklanmaktadır. Bu şekilde hukuka aykırı elektronik postayı sunucusunda barındıran İSS'ler de sorumlu olabilecektir. Ancak

salt iletim vazifesi gören servis sağlayıcının e-postalardan herhangi bir sorumluluğu olmayacaktır. AB'nin 2000/31/EC sayılı Direktifi'nin 12. maddesindeki sorumsuzluk şartları burada da geçerli olacaktır. İletiyi başlatmayan, iletinin alıcısını seçmeyen ve iletideki bilgiyi seçmemiş ve değiştirmemiş olan İSS, sorumlu olmayacaktır. Yine ilgili Direktif'in 13. maddesindeki gibi sağlayıcı iletinin ilk yayın kaynağındaki bilginin ağdan çıkarıldığını veya erişimin engellendiğini öğrendiğinde veya bir mahkeme veya idari makam bu yönde bir emir verdiğinde derhal depoladığı bilgiye erişimi engellemiş olmalı veya bilgiyi çıkartmalıdır. Aksi halde hukuka aykırı e-postadan dolayı sorumlu olabilecektir. İSS e-posta yolu ile hukuka aykırı ihlallerde hukuka aykırılık kendisine bildirildiği zaman içeriği çıkartmalı ve kendisinden bilgi isteyen kamu otoritelerine ilgili bilgileri vermelidir. İstenmeyen e-postalar olarak bilinen spamlerde de kanuni makamlardan gelen durdurma kararlarını uygulamalı ve istem dışı mesaj gönderen kişilerin hizmetlerini durdurmalıdır. 2000/31/EC sayılı AB Direktifi 7. maddesi ile "*Elektronik posta yoluyla talep edilmemiş ticari iletişime izin veren üye devletler, kendi ülkelerinde yerleşik bir hizmet sunucu tarafından sunulan bu ticari iletişimin alıcı tarafından alınır alınmaz açıkça ve belirsizliğe yer vermeyecek biçimde belirlenebilir olmasını temin edeceklerdir.*" Ayrıca Direktif'e göre üye devletler elektronik posta yoluyla talep edilmemiş ticari iletişim sağlayan hizmet sunucuların, bu tarz ticari iletişim almak istemeyen gerçek kişilerin kendilerine kaydedebilecekleri kayıtlara düzenli biçimde başvurmalarını ve bunlara riayet etmelerini sağlayacaklardır (Direktif m. 7/2).

Birleşik Devletler'de 20 Ekim 1999'da kabul edilen ve 2000 yılında yürürlüğe giren "*Talep Edilmeyen Ticari Elektronik Postalar Yasası (Unsolicited Commercial Electronic Mail Act of 2000*"<sup>44</sup> da bu konuda çeşitli hükümler öngörmüştür. Kısaca "*HR 3113 sayılı Yasa*" olarak bilinen kanun ile istem dışı mesaj üzerinde geçerli bir iade adresi bulunması ve göndericilerin, alıcıların "*listeden çıkarılma (opt-out)*" isteklerini gecikmeksizin yerine getirmeleri şart koşulmuştur. Elektronik postaların başlığında sahtecilik yasaklanmıştır. İSS'lerin de kullanıcıların istem dışı mesaj gönderilmemesi taleplerini dikkate almaları ve mesaj filtreleri kullanmaları öngörülmüştür. İnternet servis sağlayıcılar da istem dışı mesajlarla ilgili davalar açabileceklerdir. Birleşik Devletler'de spam e-maillerle ilgili kabul edilen bir başka yasa da "*Talep Edilmeyen Pornog-*

<sup>44</sup> Kanun için bkz., HR, 3113, [http://law.spamcon.org/us-laws/us/hr3113\\_passed.pdf](http://law.spamcon.org/us-laws/us/hr3113_passed.pdf) (Temmuz 2005).

*rafik ve Pazarlama İçerikli Elektronik Postaların Saldırılarına Karşı Korunma Kanunu-Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003*"dur.<sup>45</sup> Bu Kanun kısaca "*CAN Spam Act of 2003*" olarak da bilinen ve istenmeyen e-postalar konusunda düzenlemeler getiren bir kanundur. Bu Kanun ile de İSS'lerin spam filtreleri kullanmaları ve kendisinden istenen bilgileri vermeleri hususu düzenlenmiştir.

### 3.4. Haber Grupları, Forumlar ve Sohbet Odaları

Haber grupları, belirli konularda tartışma yapmak için internete bağlı olan herkes tarafından gönderilebilen mesajlardan oluşan forumlardır. Haber gruplarının oluşturulmasında en yaygın olarak kullanılan bilgisayar ağı Usenet ağıdır. İsteyen herkes bu ağa katılarak mesaj atabilir. Haber grupları genellikle belirli ana başlıklar halinde konulara ayrılarak forumlar düzenler. Bu şekilde mesajların konu bütünlüğü içinde dağıtılması ve sınıflandırılabilmesi sağlanır.<sup>46</sup> Elektronik postalarda bulunan şahsa gönderme ve gizlilik bu gruplarda yoktur. Atılan bir görüş herkes tarafından okunabilir. Bazı sistemlerde gönderilen mesajlar içerik denetiminden geçirilirler ve daha sonra foruma konulurlar. Forumlar haber grupları içinde oluşturulmuş konu bütünlüğüne sahip tartışma ortamlarıdır. Bilgisayar ilan tahtası sistemleri (Bulletin Boards System) ise haber gruplarının bir çeşididir. Panoya bırakılan mesajlar herkes tarafından okunabilir. Bu sistem yolu ile sınırsız bilgi akışı sağlanmaktadır. Sohbet odaları ise birçok kişinin aynı anda interaktif bir ortamda mesajlaşabildiği yerlerdir. Özel odalar tabir edilen yerlerde daha düşük katılımlı sohbetler yapılabilmektedir. Haber gruplarında atılan mesaj çoğunlukla herkese hitap ederken burada ikili sohbetler tercih edilmektedir. Ancak atılan mesajı herkes okuyabilmektedir.

ABD'de görülen bir davada davacı Oakmont şirketi, ilan panosuna gönderilen mesajların şirket ve şirket başkanı Daniel Porush hakkında yanlış, yanıltıcı ve hareket içeren ifadeler içerdiğini belirtmişlerdir. Mahkeme yaptığı incelemede "*Money Talk (para konuşur)*" adlı ilan panosuna üçüncü kişi tarafından gönderilen mesajların davacının şeref ve

<sup>45</sup> Kanun için bkz., *CAN Spam Act of 2003*, <http://www.spamlaws.com/federal/108s877.html> (Temmuz 2005) Bu Kanun 16 Aralık 2003'da kabul edilmiş ve 1 Ocak 2004'de yürürlüğe girmiştir.

<sup>46</sup> Bkz., Tanımlar, <http://www.belgeler.org/arsiv/archive-hii-whatis.html> (Haziran 2005).

haysiyetini ihlal ettiğini, davalı Prodigy Servis Şirketi'nin bir çok defalar açıkladığı ve vurguladığı üzere atılan mesajların denetimini yaptığını, içeriğini kontrol ettiğini belirtmiştir. Davalı şirket bunu gazetelerde kendi görevlileri tarafından yazılan yazılarla da deklare etmiştir. Mahkeme içeği kontrol eden davalı şirket Prodigy'nin bir dağıtıcı değil, yayıncı gibi sorumlu olacağını belirterek servis sağlayıcı Prodigy'nin sorumluluğuna gitmiştir.<sup>47</sup>

Bir başka davada ise servis sağlayıcıların sorumluluğunun sınırlarını çizmesi açısından önemli bir karar verilmiştir. Bu olayda davalı ComputerServe şirketi, kendi oluşturduğu forum içinde gazetecilikle ilgili "Rumorville" adında bağımsız bir forumu Cameron Communications adlı şirket ile anlaşma yaparak forumun yönetimini bu şirkete bırakmıştır. Don Fitzpatrik adlı bir kişi forumun yayıncısı konumundadır. Forumun kontrol ve yönetiminin bırakıldığı Cameron Communications şirketi ile ComputerServe şirketi arasında bir alt şirket yahut başka herhangi bir ilişki sözkonusu değildir. Bu anlaşma ile gazetecilik ile ilgili olan "Rumorville" forumunun kontrolü tamamen Cameron Communications'a geçmiştir. Davacı Cubby Inc. ve Robert Blanchard ise elektronik ortamda haber, televizyon ve radyoda dedikoduların yayım ve dağıtımını için bir bilgisayar veritabanı geliştirmişlerdir. Skuttlebut adını verdikleri bu veri tabanını "Rumorville" adlı forumda tanıtmak ve kullanıcıları bilgilendirmek istemişlerdir. Ancak davacıların iddialarına göre forumda kendi geliştirdikleri veri tabanları hakkında yalan ve hakaret içeren yayınlar yapılmış, ComputerServe şirketi ise bunu forum alanına taşımıştır. Ancak yapılan incelemede mahkeme, ComputerServe şirketinin sözkonusu forum ile ilgili kontrol hakkını devrettiğini, burada servis sağlayıcı şirketen yayın üzerinde kütüphane, gazete ya da kitapçı gibi dağıtımçı olduğunu ve kontrol imkanına sahip olmadığını belirterek davayı reddetmiştir.<sup>48</sup>

ABD'de görülen bir başka dava ise telif hakları ile ilgilidir. 1993'de verilen karara 1998 tarihli Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu uygulanmamıştır. Davalı Frena servis sağlayıcı hizmetleri vermektedir. Dava-

<sup>47</sup> Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co., 1995 N.Y. Misc. LEXIS 229, 1995 WL 323710, 23 Media L. Rep. 1794 (N. Y. Sup. Ct. May 24, 1995), <http://www.tomwbell.com/NetLaw/Ch04/Stratton.html> (Temmuz 2005).

<sup>48</sup> United States District Court For The Southern District OF New York 776 F. Supp. 135; 1991 U. S. Dist. LEXIS 15545; 19 Media L. Rep. 1525 October 29, 1991, [http://people.hofstra.edu/faculty/peter\\_j\\_spiro/cyberlaw/cubby.html](http://people.hofstra.edu/faculty/peter_j_spiro/cyberlaw/cubby.html) (Temmuz 2005).

lı bilgisayar mesaj panosunda Playboy dergisine ait orijinal fotoğrafları yayınlamaktadır. Siteye giren herkes bu fotoğraflara ulaşabilmektedir. Mahkeme Birleşik Devletler Telif Kanunu'nun 501. maddesi gereğince İSS'nin sorumluluğuna hükmetmiştir.<sup>49</sup>

Avrupa Birliği düzenlemesinde de 2000/31/EC sayılı Direktifi'nin 15. maddesi ile İSS'leri basit iletim ve barındırma ile ilgili hizmetleri sırasında yayınladıkları ya da sakladıkları bilgiyi kontrol etmeleri ya da yasadışı faaliyete konu olan maddi vakıa ve durumları aktif olarak araştırma ile ilgili genel bir yükümlülük yüklenemeyeceği açıkça belirtilmektedir. Bu hükmün haber grupları ve forumlar için de geçerli olduğu kabul edilmelidir. Haber gruplarında aşırı bir sınırlandırmanın sansüre yol açacağı ve ifade özgürlüğünü engelleyeceği belirtilmiştir. Burada orta yol servis sağlayıcıya gerekli uyarının yapılması halinde yahut kendiliğinden İSS'nin hukuka aykırılığı fark etmesi halinde hukuka aykırı içeriği kaldırması olacaktır. Ayrıca konu ile ilgili kamu otoriteleri ve mahkemeler tarafından talep edilen bilgileri de İSS vermek zorundadır. İSS'ler alt yapılarını gerekli kullanıcı bilgilerini verecek şekilde donatmalıdır. Yine İSS, forumlarda bir editör yahut forum yöneticisi belirlemiş ise artık içerik ile ilgili sorumluluğu kabul etmiş demektir.

İngiltere'de dava yolu ile çözümlenen ve internet servis sağlayıcılarının sorumluluğunun tartışıldığı ilk dava Londra'da fizik, matematik ve bilgisayar bilimleri alanında dersler ve konferanslar veren Dr. Laurence Godfrey ile Birleşik Krallık'da faaliyet gösteren Demon İnternet Ltd. adlı internet servis sağlayıcı arasındaki davadır. Dava konusu olayda haber ve tartışma sayfalarından birisine atılan bir mesajda Laurence Godfrey hakkında gerçek dışı beyanlar ve hakaret içeren ifadeler yer almaktadır. 13 Ocak 1997'de atılan bu mesajın ardından, 17 Ocak'da Laurence Godfrey ilgili servis sağlayıcıya bir faks çekerek bu mesajın yalanlar içerdiğini ayrıca kendisine de hakarete bulunulduğunu belirterek bu mesajın ilgili sayfadan çıkarılmasını istemiştir.<sup>50</sup> Ancak Demon şirketi bu faksı almasına rağmen mesajı hemen kaldırmamıştır. Mesaj on beş günlük faal sürenin ardından kendiliğinden silinmektedir.

<sup>49</sup> 839 F. Supp. 1552, 1534 (M.D. Fla. 1993), [http://www.Laundry.com/cases/Playboy\\_v\\_Frena.html](http://www.Laundry.com/cases/Playboy_v_Frena.html), Markus Lubitz, Liability of Internet Service Providers, p. 26.

<sup>50</sup> Bu dava ile ilgili dikkat çekici bir nokta da bu davanın davacı Dr. Laurence Godfrey'in kendisine basın ve internet yolu ile iftira edildiğine dair ilk davası olmamasıdır. Godfrey bu davanın haricinde çeşitli tarihlerde altı dava daha açmıştır. Bkz., <http://www.cyber-rights.org/reports/demon.htm>

Demon şirketi 27 Ocak'da mesajın kendiliğinden işleminden kaldırıldığı süreye kadar bu mesajı kaldırmak için hiçbir girişimde bulunmamıştır. Bunun üzerine mesajın kaldırılması için uyarıda bulunulan 17 Ocak ile 27 Ocak arasındaki kişilik haklarına müdahaleden dolayı Laurence Godfrey ilgili servis sağlayıcı şirkete zararlarının tazmini için dava açmıştır. 1996 tarihli İftira Yasası'na göre servis sağlayıcı hiçbir etkin durumda bulunmadan sadece erişim hizmeti yerine getiriyor ise; yazar, editör veya yayımcı olmayacaktır. Dolayısı ile de sorumluluktan kurtulacaktır. Ancak internet servis sağlayıcı hukuka aykırı içerik hakkında bilgilendirilmiş ise bu halde artık bu durum önem arzetyecek ve sorumluluktan kurtulamayacaktır. Mahkeme yaptığı incelemede davalı servis sağlayıcının hiçbir sebebi olmadan 17 Ocak'da yapılan uyarıya rağmen hukuka aykırı içeriği web sitesinden çıkartmadığını tespit etmiş ve davalı şirketin sorumluluğuna gidilmiştir.<sup>51</sup>

#### IV. TÜRK HUKUKUNDA İNTERNET SERVİS SAĞLAYICILARININ SORUMLULUKLARI

İnternet servis sağlayıcıları 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2, 13 ve 35. maddeleri ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun değişik 2, 3 ve Ek 18. maddesine dayanılarak hazırlanan Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği<sup>52</sup> gereğince faaliyette bulunurlar. Bu Yönetmeliğin 4. maddesinde İnternet Servis Sağlayıcı, "son kullanıcılara, kurumlara ve diğer İSS'lere internet erişimi, mail, web sayfası hizmetleri ve sanal hosting (ev sahipliği) gibi ilgili servisleri sağlayan sermaye şirketleri" olarak tanımlanmıştır. İnternet içerik sağlayıcılar ise, "internet servis sağlayıcılara veya diğer ilgililere internet ortamında sunulmak üzere program hazırlayan gerçek veya tüzel kişiler" olarak tanımlanmıştır. Yönetmelik Ek 3 maddesi "İnternet Servis Sağlayıcılığıyla İlgili Yetki Belgelerine İlişkin Genel Hükümler" başlığı ile düzenlenmiştir. Bu maddede "Özel Şartlar" başlığında şu düzenlemeler yapılmıştır:

<sup>51</sup> Kararın metni için bkz., *Godfrey v. Demon Internet Limited*, 26 March 1999, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1999/244.html> (Haziran 2005) Karar ile ilgili eleştiri ve değerlendirme için bkz., Yaman Akdeniz, *Case Analysis of Laurence Godfrey v. Demon Internet Limited*, <http://www.cyber-rights.org/reports/demon.htm> (Temmuz 2005).

<sup>52</sup> *Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği*, <http://www.hukuk.telekom.gov.tr/telhizyon.htm> (Haziran 2005).

### “Özel Şartlar

a. İSS’ler, sadece internet son kullanıcılarına hizmet götürmek için kiralandığı 0 822’li hatlar, dial-up VPOP, ADSL VPOP vb. hizmetlerini, başka bir amaçla kullanmayacaktır.

b. İSS’ler, kullanıcılarının İnternet üzerindeki yetkisiz ve rahatsız edici girişimlerine meydan vermeyecek, gerek kendi tespit ettiği, gerekse diğer kullanıcı ve işletmeciler tarafından tespit edilip kendisine bildirilen bu tür girişimleri engelleyecektir.

c. İSS’ler, birden fazla sayıda aynı yerleşim yerinde veya farklı şehirlerde ofis kurarak servis verebilecek ve birden fazla sayıdaki ofislerini, data şebekeleri üzerinden irtibatlandırılacaktır.

d. İSS’ler, İnternet Şebekesinin yanısıra birbirlerine irtibat yapabileceklerdir.

e. Kurum’ca talep edilmesi halinde; İSS’ler, kullanıcı sayısı, kullanıcı kimlikleri, sisteme bağlı kalınan süre ve iletilen bilgi miktarları ile ilgili trafik bilgileri verecektir.”

Ardından teknik hususlar başlığı ile düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre İSS’ler internet erişimi için kuracağı teçhizatı kendileri temin edecek, servislerin sunulduğu biçimi ile ilgili servis sağlayıcının kusurundan kaynaklanan arıza ve kesintiler nedeniyle her türlü sorumlulukta şikayetin muhatabı İSS’ler olacaktır. Ayrıca İSS’lerin vereceği servislere yetkisiz kişilerin, dışarıdan erişim ve bozucu/ değıştirici müdahalelerini önlemek amacıyla gerekli önlemler İSS’ler tarafından alınacaktır.

Yönetmeliğin Ek 3. maddesi ile internet servis sağlayıcılığı hizmetinin Ulaştırma Bakanlığı’ndan alınacak genel izin ile yürütülmesi karara bağlanmıştır. Yönetmeliğin 43. maddesi ile de “talep sahibi, genel izin kapsamındaki hizmeti vermek için, genel izinde belirtilen kriterlere uygunluğu tespit etmeye yarayabilecek şekilde yürüteceğı hizmet ile ilgili gerekli bilgileri, Bakanlık’ca talep edilen bilgi formuna uygun olarak hazırlar ve Bakanlığa sunar.”

AB hukukunda konuyu düzenleyen 2000/31/EC sayılı Direktif’in 4. maddesi “Üye devletler, bir bilgi toplumu hizmeti sunucusunun bu faaliyete başlamasının veya icrasını devam ettirmesinin önceden izin şartına veya eş etki doğuran başka bir şarta tabi tutulmamasını temin ederler” diyerek izin

şartını kaldırmıştır. AB'ye aday ülke konumundaki ülkemizin bilgi toplumu yolundaki bu süreçte mevzuatını AB ile uyumlu hale getirmesi beklenmektedir.<sup>53</sup> ABD hukukunda da İSS olmak, izin ya da ruhsata tabi tutulmamıştır.<sup>54</sup> İngiltere'de ise İSS'ler sadece bildirimde bulunmak suretiyle faaliyetlerine başlayabilmektedirler. Almanya'da da İSS'ler izne ve tescile tabi tutulmadan kurulabilmektedir.<sup>55</sup>

#### 4.1. Akdi Sorumluluk

İnternet servis sağlayıcıların yaptıkları sözleşmelerde belirtilen şartları yerine getirememesi halinde sözleşmeden kaynaklanan borcu sözkonusu olacaktır. Ülkemizde telekomünikasyon altyapısını kurma, veri hatlarını tesis etme ve işletme Türk Telekomünikasyon A. Ş.'nin yetkisindedir. İnternet servis sağlayıcılar ise Telekomünikasyon A. Ş. ile yaptıkları sözleşmeler ile Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği çerçevesinde servis sağlayıcı hizmetlerini Türk Telekom'un alt yapısını kullanarak yerine getirirler. Türk Telekom ile yapılan sözleşmede Türk Telekom'un asli edimi veri hatlarının İSS'lere kullandırılması ve sistemin işlerliğinin ve devamının sağlanmasıdır. İSS'nin edimi ise bu hizmet karşılığı olan ücreti ödemek ve yönetmelik gereği üzerine düşen diğer yükümlülükleri yerine getirmektir. İnternet servis sağlayıcıların sözleşmede üzerine düşen yükümlülüklerini yerine getirmemesi, hizmetlerin aksaması yahut alt yapı tesisatına zarar verme gibi durumlar çıkması halinde Türk Telekom sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. İnternet servis sağlayıcıların Türk Telekom ile yaptıkları sözleşmenin ana gayesi ise tüketicilere yani internet kullanıcılarına erişim hizmetini sağlamaktır. İnternet servis sağlayıcılar uygulamada erişim hizmeti dışında hosting, elektronik posta, alan adı temini, web sitesi hazırlama, içerik hazırlama gibi hizmetleri de yerine getirebilmektedir.

İSS'ler abonelerle yaptıkları sözleşme ise satılan paket programların kullanıcılar tarafından alımı ile başlar. Ancak bu alım ile henüz sözleşmenin gereği olan edim yerine getirilmiş değildir. Kullanıcı paket

<sup>53</sup> Uluslararası ilişkiler bakımından böyle olan durumun, sektörün düzenli işlemesi, alt yapı ve diğer donanım bakımından yeterli kuruluşların servis sağlayıcılığı hizmetini yerine getirmesini sağlaması yönünden faydalı olduğu söylenebilir.

<sup>54</sup> Communications Act of 1934, <http://www.fcc.gov/Reports/1934new.pdf> (Temmuz 2005).

<sup>55</sup> Özdelek, Ali Osman, *İnternet ve Hukuk*, Papatya Yayıncılık, Eylül 2002, s. 102-103.



programı bilgisayarına yükleyip bağlanma butonuna tıkladıktan sonra servis sağlayıcının hizmet sağlama borcu başlamış demektir. İnternet servis sağlayıcının kullanıcıdan kaynaklanmayan sebeplerle bu hizmeti yerine getirememesi halinde Borçlar Kanunu'nun 96. maddesinde ifadesi geçen *"Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini isbat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur"* hükmü gereği sorumlu olacaktır. Burada kusurun ispatı alacaklıya değil borçluya yüklenmiştir. Sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinde kusuru olmadığını ispatlayamayan servis sağlayıcı sorumlu olacaktır. Ancak hizmetin aksamaması Türk Telekom'un kusurundan da ileri gelebilir. Bu halde kullanıcı servis sağlayıcıya veya Türk Telekom'a dava açabilecektir. İSS'nin Türk Telekom'a rücu hakkı saklı olacaktır. Ancak örneğin önemli bir afet nedeniyle alt yapı hizmetleri aksamışsa bu durumda *"borçluya isnat olunamıyan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa borç sakıt olur"* (BK m. 117) hükmü gereği borç düşecektir. İSS kullanıcıya satılan paket programda belirtilen özelliklere sadık kalmalıdır. İnternete bağlanma hızı vs. gibi özelliklerde önemli sapmaların ortaya çıkması halinde borç gereği gibi ifa edilmemiş olacak ve yine İSS'nin BK m. 96 gereği sorumluluğu söz konusu olacaktır. Abone sayısının aşırı yüksek olması sebebiyle hizmetin yavaşlaması ise sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinde İSS'nin kusurunu ortadan kaldırmayacaktır. Çünkü sözleşmede kararlaştırılan edimler şarta bağlı edimler değildir. İSS öngördüğü edimi gereği gibi yerine getirmekle yükümlüdür.

Sözleşmeye aykırılık her zaman İSS'nin ediminden kaynaklanmayabilir. Kullanıcının bilgisayarındaki aksaklık yahut kullanıcının bilgi noksanlığı sebebiyle edimin gereği gibi yerine getirilememesi halinde İSS sorumlu olmayacaktır.

Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluklarını taraflar BK'nın 99. maddesi gereği sınırlayabileceklerdir. Ancak bu sınırlama da sadece hafif kusur halinde sorumluluğu bertaraf edebilecek hile veya ağır kusur halinde sorumluluğu sınırlayacak kayıtlar geçersiz olacaktır (BK. m. 99/I). Türk Telekom ile İSS arasındaki sorumsuzluk kayıtlarında ise Türk Telekom hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir hizmeti yerine getirdiği için hakim hafif kusur halinde dahi sorumsuzluk kayıtlarını geçersiz sayabilecektir (BK m. 99/II).

## 4.2. Kanundan Doğan Sorumluluk

### 1. Basın Kanunu ve Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun Bakımından

5680 sayılı eski Basın Kanunu'na<sup>56</sup> 15.05.2002 tarih ve 4756 sayılı Kanun'un 26. maddesi ile eklenen Ek 9. madde ile internet yayınları da Basın Kanunu kapsamında kabul ediliyordu. Bu hüküm yoğun eleştirilere maruz kalmıştı.<sup>57</sup> Gerçekten özel bir kanun olan Basın Kanunu'nun pek çok hükmünün internete uygulanmasında sorunlar çıkması olası idi. 09.06.2004 tarih ve 5187 sayılı Kanun ile Yeni Basın Kanunu<sup>58</sup> kabul edildikten sonra 5680 sayılı eski Basın Kanunu da kaldırılmıştır. Yeni Basın Kanunu da internetle ilgili bir düzenleme bulunmadığı için sorun bu yönüyle halledilmiş görünmektedir. Çünkü Basın Kanunu'nun, tamamen kendine has özellikleri olan internete uygulanması hem uygulayıcılar hem de taraflar açısından güçlükler arzede bilirdi.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'da 15.05.2002 tarih ve 4756 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile yapılan değişikliklerle internetin de 3984 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi sorunu gündeme gelmiştir. 3984 sayılı Kanun'un 31. maddesinde yapılan değişiklikle maddenin başlığı "Sorumluluk" şeklindeyken "Program hizmetinin içeriği ve yeni yayın tekniklerinin kullanımı" olarak değiştirilmiş ve maddede yapılan değişiklikle ikinci fıkra "Her türlü teknoloji ile ve her tür iletişim ortamında yapılacak yayın ve hizmetlerin usul ve esasları, Haberleşme Yüksek Kurulu'nun belirleyeceği strateji çerçevesinde Üst Kurul'ca tespit edilip, Haberleşme Yüksek Kurulu'nun onayına sunulur. Bu yayın ve hizmetlerin mevzuata uygunluğu Üst Kurul'ca denetlenir." şeklinde düzenlenmiştir. 13.04.1994 tarih ve 3984 sayılı Kanun'un 1. maddesinde Kanun'un amacı "Bu Kanun'un amacı, radyo ve televizyon yayınlarının düzenlenmesine ve Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin esas ve usulleri belirlemektir." şeklinde belirtilmiştir. Kanun'un kapsamı ise 2. maddesi ile "her türlü teknik, usul ve araçlarla ve her ne isim altında olsun elektromanyetik dalga ve diğer yollarla yurt içine ve dışına yapılan radyo ve

<sup>56</sup> Kanun No: 5680 Kabul Tarihi: 15.07.1950, RG, 24.07.1950, 7564. Bu Kanun 09.06.2004 tarih ve 5187 sayılı Yeni Basın Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>57</sup> İlkiz, Fikret, *İnternete ve Herkese Özgürlük*, <http://www.bianet.org/diger/hukuk9266.htm> (Temmuz 2005).

<sup>58</sup> Kanun No: 5187 Kabul Tarihi: 09.06.2004, RG, 26.06.2004, 25504.

televizyon yayınları ile ilgili hususları kapsar" şeklindedir. Kanunun amaç ve kapsamını belirten maddelerinden internetin, radyo ve televizyon yayınlarını düzenleyen özel kanun niteliğindeki 3984 sayılı Kanun'un kapsamına girmeyeceği söylenebilir.<sup>59</sup> Ancak Kanun'un 31. maddesinde ifadesi geçen "her türlü teknoloji ile ve her tür iletişim ortamında yapılacak yayın ve hizmetlerin" ibaresi internetin de bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda kafaları karıştırmaktadır. Kanun kapsamına internetin de alınmak istenmesi halinde bu düzenlemenin daha net ve sınırları belirgin şekilde yapılması ve bunun diğer maddelerle de uyumlu olarak düzenlenmesi gerekirdi. 3984 sayılı Kanun'un amaç ve kapsamı da bunu teyit etmektedir. İnternetin ve konumuz özelinde internet servis sağlayıcıların Basın Kanunu yahut Radyo ve Televizyon Kanunları içine alınması ne internetin ne de basın ile radyo ve televizyon kavramlarının tanımları ile uyuşmamaktadır. Konu ile ilgili düzenlemelerin internetin yapısına uygun şekilde özel kanunlarla yapılması daha uygun olacaktır.

## 2. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Bakımından

Türkiye'de fikir ve sanat eserleri hukukunu düzenleyen 05.12.1951 tarih ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun<sup>60</sup> 1/A maddesi Kanun'un kapsamını "Bu Kanun, fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahipleri ile bu eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçıların, seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcıları ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıların ve radyo-televizyon kuruluşlarının ürünleri üzerindeki manevi ve mali haklarını, bu haklara ilişkin tasarruf esas ve usullerini, yargı yollarını ve yaptırımları ile Kültür Bakanlığının görev, yetki ve sorumluluğunu kapsamaktadır" şeklinde belirtmiştir. Kanun'un 1/B maddesinde eser ise "sahibinin hususiyetin taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri" olarak tanımlanmıştır. Fikri hakların ihlal edilmesi ve korunması zaruretinin ortaya çıkması eserin çoğaltılması ile birlikte başlamıştır. İnternet ise günümüzde eserlerinin yayım, basım ve çoğaltım olanaklarının kolayca yapılabildiği imkanlar sunmaktadır. Dolayısıyla eser sahiplerinin haklarının internet ortamında da korunması zarureti ortaya çıkmaktadır. İnternet servis sağlayıcıları da telif haklarının ihlalinde kusurlu iseler ör-

<sup>59</sup> İlkiz, a.g.m., <http://www.bianet.org/diger/hukuk9266.htm> (Haziran 2005).

<sup>60</sup> Kanun No: 5846 Kabul Tarihi: 05.12.1951 RG, 13.12.1951, 7981.

neğin eser sahibi tarafından uyarı yapılmasına rağmen hiçbir girişimde bulunmamışlar ise sorumlu olacaklardır. Bu halde 5846 sayılı Kanun'da düzenlenen tecavüzün ref'i (5846 m. 66), tecavüzün men'i (5846 m. 69) ve tazminat davaları (5846 m. 70) İSS'lere karşı açılacaktır.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda 03.03.2004 tarih ve 5101 sayılı Kanun<sup>61</sup> ile bazı değişiklikler yapılmıştır.<sup>62</sup> 5101 sayılı Kanun ile 5846 sayılı Ek Madde 4'e ek bir fıkra eklenerek internet üzerinden web sitelerine içerik sağlayan bilgi içerik sağlayıcıların sorumluluğu düzenlenmiştir. Değişiklikten önce 73. maddeye yapılan yollama değişiklikle 72. maddeye yapılmıştır.<sup>63</sup> Değişiklik ile Kanun'un Ek 4. maddesinin 3 ve 4. fıkraları aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

*"Dijital iletim de dahil olmak üzere, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanun'da tanınmış haklarının ihlali halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlale konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlalin durdurulmasını ister. İhlalin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet Savcısı'na yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlale devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlalin durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirir. Servis sağlayıcılar ile bilgi içerik sağlayıcıları, Bakanlık'ça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.*

*Birinci fıkrada bahsi geçen fiilleri kasten ve yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanun'da tanınmış hakları ihlal etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında bu Kanun'un 72. maddesinin (2) numaralı bendi hükümleri uygulanır."*

<sup>61</sup> Kanun No: 5101, RG, 12.03.2004, 25400.

<sup>62</sup> 5101 sayılı Kanun ile sadece 5846 sayılı Yasa'da değil, 1580 sayılı Belediye Kanunu, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'da ve 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nda da değişiklikler yapılmıştır.

<sup>63</sup> Maddenin eski metninde son fıkra "Birinci fıkrada bahsi geçen fiilleri kasten ve yetkisiz olarak işleyenler hakkında bu Kanun'un 73. maddesinin son fıkra hükümleri uygulanır" şeklinde idi.

Bu düzenleme ile uygulamada sorumlulukları hususunda belirsizlik oluşan internet servis sağlayıcıların sorumluluğu ilk kez bu kadar net şekilde düzenlenmiştir. Madde ile Avrupa Birliği düzenlemelerine uygun olarak İSS'lerin sorumluluğu "hak sahiplerinin başvuruları üzerine" ihlale konu eseri çıkarmadığı zaman başlamaktadır. Bu husus İSS'nin aynı zamanda içerik sağlaması halinde geçerlilik kazanacaktır. Hakkı ihlal edilen kişinin öncelikle içerik sağlayıcıdan ihlale konu eserin yayından çıkarılmasını istemesi öngörülmüştür. İçerik sağlayıcının buna uymaması halinde yani ihlale konu eseri yayından çıkarmaması halinde ise C. Savcısı'na yapılan başvuru ile bu defa İSS ihlale devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmeti durduracaktır. Burada sorun İSS'ye ve bilgi içerik sağlayıcısına ulaşabilmektedir. Bilhassa yurtdışından bu hizmetlerin sağlanması halinde durum güçleşecektir. Maddede ifadesi geçen "Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirir." ifadesinin internet ortamının karmaşık yapısı dikkate alındığında ne ölçüde uygulanabileceği belirsizdir. Fikri hakların en fazla ihlal edilme yerlerinden olan internet ortamındaki ihlallere karşı bu şekilde bir düzenleme özde olumlu olmakla birlikte uygulamada içerik sağlayıcıların tespitinde sorunlar çıkacağı muhakkaktır.

Maddenin son fıkrasındaki yollama gereği birinci fıkradaki fiilleri kasten ve yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanun'da tanınmış hakları ihlal etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında üç aydan iki yıla kadar hapis veya beşmilyar liradan ellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunacaktır.

AB'nin 2000/31/AC sayılı Direktifi'nin 5. maddesinde "Topluluk hukuku tarafından öngörülen diğer bilgi şartlarına ek olarak, üye devletler, hizmet sunucusunun aşağıda belirtilmiş olan bilginin, kolay, doğrudan ve sürekli olarak hizmet alıcılarına ve yetkili makamlara ulaşmasını temin eder:

(a) hizmet sunucunun adı,

(b) hizmet sunucunun yerleşik olduğu coğrafi adres,

(c) hizmet sunucuya ilişkin ayrıntılar, elektronik posta adresi de dahil olmak üzere, kendisine hızlı bir biçimde ulaşılmasını ve doğrudan ve etkili biçimde iletişim kurulmasına imkan verecek bilgiler,

(d) hizmet sunucu ticaret veya benzeri kamu siciline kayıtlı ise, kayıtlı olduğu ticari sicil ve sicil kayıt numarası veya bu şekilde teşhis edilmesine imkan verecek eş etkili vasıtalar,

şeklinde devam eden bir takım yükümlülükler öngörülmüştür. Bu şekilde Avrupa Birliği'ne üye devletlerde herhangi bir hak ihlalinde İSS'ye ulaşılması kolaylaşmış olacaktır."

### 3. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Bakımından

#### a. Medeni Kanun Bakımından

İnternet servis sağlayıcılarına genel hükümler niteliğindeki Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerin uygulanmaması için hiçbir sebep yoktur. Gerçekten internet yolu ile işlenen kişilik haklarına saldırı sonucu eğer İSS içerik sağlayan konumunda ise yahut durumdan haberdar edilmesine rağmen hiçbir girişimde bulunmamış ise Medeni Kanun'un 23, 24 ve 25. maddeleri gereğince sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Medeni Kanun'un 24. maddesine göre "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir." Kanun'un 25. maddesi ile de;

*"Davacı, hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.*

*Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.*

*Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır"*

şeklinde başvurulabilecek hukuki yollar sıralanmıştır. Kişilik hakkı ihlale uğrayan kişi Borçlar Kanun'un 49. maddesi çerçevesinde manevi tazminat davasını da açabilecektir. İSS'ler bizatihi içerik sağlayıcı iseler bu davaların hepsine muhatap olabileceklerdir. İSS'lerin salt erişim veya ön belleğe alma veya barındırma hizmeti sağladığı durumlarda ise tespit davasının açılacağı görüşündeyiz. İSS'nin ön belleğe alma ve barındırma hizmeti sağlaması durumunda durdurma ve önleme davaları da açılabilir. Ancak İSS'lerin asıl sorumluluğu hak sa-

hibinin yahut kamu otoritelerinin taleplerine olumsuz cevap vermesi halinde başlayacaktır. Mahkemelerin istediği bilgileri vermemesi veya hak sahibinin taleplerine karşı ilgisiz davranması halinde İSS'ye karşı Medeni Kanun'un 25. maddesinde bahsi geçen davaların açılabilmesi açıktır. Ancak Yargıtay 02.08.2001 tarihinde verdiği kararda<sup>64</sup> internet yolu ile yayının durdurulması kararının uygulama kaabiliyetinin olmaması nedeniyle verilemeyeceğini belirtmiştir. Bu karar yargıcın önüne gelen uyuşmazlığı karara bağlamaktan kaçınamayacağı kuralına (Anayasa m. 36/2; HUMK m. 574; TCK m. 231, MK m. 1) aykırı olduğu gibi teknik olarak internet ortamında yayının durdurulması ve yayının internetten çıkarılması mümkün olduğu için de doktrin tarafından<sup>65</sup> eleştirilmiştir.

İnternet ortamında kişilik hakkı ihlali ile ilgili davalar içerik sağlayıcının kimliği belli ise ona karşı, bilinmiyorsa İSS'lere karşı açılabilir. Ancak İSS'nin yapılan başvuruya hemen uyararak ilgili içerik sağlayıcının erişimini durdurması halinde İSS sorumlu olmayacaktır. İSS'nin içerik sağlaması halinde ise davalar direkt olarak İSS'ye karşı açılabilir. Davacı ihlale konu siteden düzeltmenin ve kararın üçüncü kişilere yayını da isteyebilecektir (MK m. 25/II).

<sup>64</sup> "... Dava basın yoluyla kişilik haklarının saldırıya uğramasından doğan manevi tazminat ve haberin internetteki yayınının da durdurulması istemlerine ilişkindir. Mahkemece manevi tazminat istemi kısmen kabul edilmiş ve ayrıca haberin internetteki yayınının durdurulmasına da hükmedilmiştir. İnternetteki yayınlar nedeniyle yapılacak işlem konusunda henüz yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Halbuki, mahkeme kararlarının bağlayıcı sonucunun gerçekleşebilmesi için, kararın infaz edilebilir olması ve böylece yaptırımının da uygulanması gerekmektedir. Şu aşamada, internette yapılan bir yayının gönderilenler de dahil olmak üzere internetten çıkarılması veya yayının durdurulması konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan verilecek kararın infaz edilebilme ve sonuçsuz kalma olgusu tartışılacak bir durum arz etmektedir. Bu da yargı kararının etkisiz kalmasını ve böylece tartışılabilir hale gelmesi sonucunu doğurabilir. Bu nedenle buna ilişkin istemin reddine karar verilmesi gerekirken.." Yargıtay 4. HD, 08.02.2001, 2001/755 E. ve 2001/1157 K., *Yargıtay Kararları Dergisi*, Temmuz 2001, C. 27, S. 7, s. 994-996.

<sup>65</sup> Kayıhan İçel, *Kitle Haberleşme Hukuku*, İstanbul 2001, s. 427; Doğan, Murat, "İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası", *EHFD*, c. VII, S. 1-2, Yıl: 2003, s. 387 vd.; Sırabaş, Volkan, *İnternet ve Radyo-Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz*, Adalet Yayınevi, Ankara 2003, s. 146 vd.; Özel, Sibel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, s. 168.

## b. Borçlar Kanunu Bakımından

Hukuka aykırı fiil ile başkasına zarar veren kimsenin, sorumlu tutulabilmesi için kusurun şart olmadığı istisnai sorumluluk hali kusursuz sorumluluk yahut objektif sorumluluk veya sebep sorumluluğu olarak tanımlanan sorumluluktur.<sup>66</sup> Kusursuz sorumluluk halleri hakkaniyet nedeniyle, nezaret ve ihtimam gösterme yükümünden yahut tehlike sorumluluğundan kaynaklanan istisnai nitelikte ve kanunla öngörülen sorumluluktur.<sup>67</sup> İnternet servis sağlayıcıların kusursuz sorumluluğu ile ilgili kanunlarımızda herhangi bir düzenleme yoktur. Ancak İSS'ler de kanunlarda düzenlenen diğer kusursuz sorumluluk hallerine muhatab olabileceklerdir. Örneğin; BK'nın 55. maddesinde düzenlenen adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu internet servisi sağlayan kuruluşların çalıştırdıkları kişilerin işledikleri hukuka aykırılıklarda da uygulama alanı bulabilecektir. AB'nin 2000/31/EC sayılı Direktifi'nin 15. maddesi İSS'lere kontrol için herhangi bir genel yükümlülük yüklenemeyeceğini belirtmiştir. İSS'lerin ifa ettikleri hizmetin niteliği de gözönünde bulundurulduğunda herhangi bir kusursuz sorumluluk halinin İSS'lere uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir.<sup>68</sup> Böyle bir kusursuz sorumluluk halinin öngörülmesi ile kişiler yabancı ülkelerdeki İSS'leri tercih edip, bu tür bir denetimden uzaklaşmaya çalışabilecektir. Bu da İSS'lerin denetimi güçleştirecek ve İSS olmak isteyen yatırımcıların önünü kesebilecektir.<sup>69</sup>

Haksız fiil sorumluluğu hem kusursuz sorumluluk halinden hem de sözleşmeden doğan sorumluluktan farklıdır. Herkese karşı uyulması zorunlu bir hukuki görevin ihlali yüzünden doğan zararı tazmin yükümüne haksız fiil sorumluluğu denir.<sup>70</sup> Tazmin yükümünün doğumu için herşeyden önce zarar hukuka aykırı bir fiil ile meydana gelmiş olmalıdır. Zarar ile hukuka aykırı fiil arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. İnternetin niteliği ve internet servis sağlayıcıların yerine getirdikleri hizmetin niteliği gözönünde bulundurulduğunda İSS'lerin uygun illiyet bağı ile zarara yol açması ender rastlanacak bir durumdur. Haksız fiil

<sup>66</sup> Tekinay, Selahattin Sulhi - Akman, Sermet - Burcuoğlu, Haluk - Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 497.

<sup>67</sup> Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2003, s. 454; Tekinalp, s. 498.

<sup>68</sup> Aksi yönde; Güran ve diğerleri, s. 49; Doğan, Murat, *İnternette Şahsiyet Hakkının İhlali ve Korunması, Ünal Tekinalp'e Armağan*, İstanbul 2002, Cilt 2, s. 463-483, s. 474.

<sup>69</sup> Sevi, a.g.m., s. 223.

<sup>70</sup> Tekinalp, s. 475.



sorumluluğu kusur esasına dayanır. Bu durum Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde “*gerek kasden gerek ihmal ve teseyyüb yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer bir kimseye bir zarar ika eden şahıs*” olarak ifade edilmiştir. İSS'ler haksız fiilden mahkemeden yahut hak sahibinden gelen taleplere ilgisiz davranması halinde sorumlu olacaktır. Yine bizatihi içerik sağlayan ise haksız fiilden sorumlu olacaktır. Türk Ticaret Kanunu'nun 55 vd. maddelerinde düzenlenen haksız rekabet ile ilgili tespit, men, eski hale iade ve tazminat davaları da servis sağlayıcıya karşı açılabilir.

Borçlar Kanunu 50 ve 51. maddelerinde “*müteselsil sorumluluk*” düzenlenmiştir. Birden ziyade kimseden her biri, aynı zararı tazminle yükümlü oldukları takdirde birden fazla kimsenin sorumluluğu söz konusu olur. Haksız fiiller alanında bu sorumluluk kural olarak müteseldir.<sup>71</sup> BK 50. maddesindeki “*müşterek kusur*” şartının yerine getirilebilmesi için bir zarara neden olan birden ziyade kimsenin kasıtlı ve ihmali hareketler ile davranmaları ve önceden birbirleriyle anlaşmaları ya da hiç olmazsa birbirlerinin davranışından haberdar olmaları gerekir. İnternet servis sağlayıcılar bizatihi içerik sağlayan olmasalar dahi içerik sağlayan kişiler ile anlaşarak veya uyarılara rağmen içeriğin yayından çıkarılması için girişimde bulunmayarak müteselsiz sorumlu olabilirler. Burada İSS'nin ihmali sorumluluğu uyarıya rağmen içeriğin çıkarılması için girişimde bulunmaması halinde oluşabilir. Borçlar Kanunu'nun 50/II maddesinde yataklık eden kimsenin müteselsil sorumluluğu düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nun 50. madde hükmüne göre bir haksız fiilin işlenmesinde asıl fail, teşvik eden, yardımcı olan arasında bir fark gözetilmemiştir. Ancak yataklık eden kimsenin sorumluluğu bir zarara sebebiyet vermesi veya kardan pay alması halinde kabul edilmiştir. Haksız fiil işlendikten sonra delillerin meydana çıkmasına engel olacak veya zarar gören şahsın hakkına kavuşmasını güçleştirecek davranışlarda bulunan kimseye “*yataklık eden*” denir. İnternet servis sağlayıcının hukuka aykırı içerik sağlayan ile ilgili istenen bilgileri vermemesi yahut geç vermesi halinde yataklık eden gibi sorumlu olabileceği düşünülebilirse de bu halde İSS de hukuka aykırı fiili işleyen olarak asıl fail gibi sorumlu olabilecektir. Burada somut olayın şartlarına göre ve servis sağlayıcıdan istenen bilgilerin ne kadar sürede verildiği gibi ölçütlere göre sorumluluğun belirlenmesi daha doğru olacaktır.

<sup>71</sup> Tekinay, s. 696.

BK 142. maddede geçen “Alacaklı müteselsil borçluların cümlesinden veya birinden borcun tamamen veya kısmen edasını istemekte muhayyerdir.” hükmü gereği İSS’ler de müteselsil sorumlu olduklarında borcun tamamından sorumlu olacaktır. Müteselsil borçluluk internet hizmetinin ortak kusur ile aksaması halinde Türk Telekom ile servis sağlayıcı arasında doğabilir. Borç ödendikten sonra iç ilişkide rücu ilişkisini BK 50. maddesindeki “Hakim, bunların birbiri aleyhinde rücu hakları olup olmadığını takdir ve icabında bu rücuun şümülünün derecesini tayin eder.” hükmüne binaen hakim takdir edecektir. Hakim bu takdiri yaparken kusur oranlarını, tarafların sorumluluk ve menfaatlerini ve “sorumsuzluk anlaşmaları”nı da dikkate alarak bir sonuca gidecektir.

## V. SONUÇ

İnternet servis sağlayıcıların sorumluluğunun belirlenmesi internetin gelişimini devam ettirmesi açısından hayli önem taşımaktadır. Bunun dışında internet servis sağlayıcıların sorumluluklarının belirlenmesi internetin hukuk dışı, başı boş bir alan olmadığına da göstergesi olacaktır. Servis sağlayıcıların sorumluluğu bu iki uç arasında bir denge konularak belirlenmeye çalışılmalıdır. İnternet servis sağlayıcıların sorumluluğu ile ilgili en ayrıntılı düzenlemeler AB’nin 2000/31/EC sayılı Elektronik Ticaret Direktifi ile yapılmıştır. Avrupa ülkeleri ve ABD’de de buna paralel düzenlemeler yapılarak internet servis sağlayıcıların salt erişim hizmetini yerine getirdiği, içerik üzerinde etkili olmadığı durumlarda sorumluluğunun kabul edilmemesi yönünde düzenlemeler kabul edilmiştir. İnternet servis sağlayıcının içerik sağlayan durumunda olması halinde yahut yapılan ihlalden haberdar edilmesi durumunda ise servis sağlayıcının sorumluluğuna gidilebilecektir. Özellikle “uyar ve kaldır (notice and takedown)” uygulamasının, servis sağlayıcıların sorumluluğunu belirlemede temel kıstas olduğunu görmekteyiz. Türkiye’de de 03.03.2004 tarihinde bu düzenlemelere uygun olarak 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na eklenen Ek Madde 4 ile servis sağlayıcıların sorumluluğu “uyar ve kaldır” prensibi doğrultusunda düzenlenmiştir. Servis sağlayıcı içerik sağlamadığı zaman sadece mahkemelerce istenen gerekli bilgi ve belgeleri temin etmekle görevlidir. Ayrıca hak sahiplerinin talebi veya başka yollarla ihlalden haberdar olduğunda içeriği çıkartmak veya servis hizmetini durdurmakla yükümlü kılınmıştır. Servis sağlayıcının hak ihlallerine genel hükümlerin

uygulanması da her zaman mümkündür. İnternet yolu ile kişilik hakkı ihlale uğrayan kişi diğer şartlar var ise servis sağlayıcıya karşı maddi ve manevi tazminat davaları açarak kişilik hakkını koruyabilecektir. Yine bir zararın oluşması halinde servis sağlayıcıya haksız fiilinden dolayı davalar açılabilir.

İnternetin tabi olduğu hukuk rejiminin ülkemizde netleştirilmesi açısından 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 31. maddesinin interneti kapsayıp kapsamadığının eklenecek bir fıkra ile açıklanması ve asıl olarak ayrı bir kanun ile servis sağlayıcıların sorumluluğu ile birlikte internete özgü diğer unsurların düzenlenmesi isabetli bir yaklaşım olacaktır.

# YENİ CEZA KANUNU'NUN MÜTESELSİL SUÇLA ALAKALI HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLEMESİ

Ömer KESKİNSOY\*

## I. Giriş

Bu çalışmada 26.09.2004 tarihinde kabul edilip, 12.10.2004 tarihinde *Resmi Gazete'*de yayımlanan ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Ceza Kanunu'nun 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suç ile aynı müessese ile alakalı 01.03.1926 yılında kabul edilip 13.03.1926 *Resmi Gazete'*de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan 765 sayılı Ceza Kanunu'nun müteselsil suçla alakalı 80. maddelerine de değinilecektir.

## II. Müteselsil Suç (Zincirleme Suç)

765 sayılı Ceza Kanunu'nun 80. maddesine göre müteselsil suç; *"Bir suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün birkaç defa ihlal edilmesi, muhtelif zamanlarda vaki olsa bile bir suç sayılır. Fakat bundan dolayı terettüp edecek ceza altında birden yarıya kadar arttırılır"* şeklinde düzenlenilmiştir.

5237 sayılı Ceza Kanunu'nun 43. maddesine göre ise zincirleme suç: *"Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır."*<sup>1</sup>

\* GÜİİBF Kamu Yönetimi bölümü araştırma görevlisi.

<sup>1</sup> 29.06.2005 tarihinde kabul edilen Türk Ceza Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair 5377 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre "Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da 1. fıkra hükmü uygulanır" ibaresi getirilmiştir.

*Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fülle işlenmesi durumunda da, 1. fıkra hükmü uygulanır.*

*Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı,<sup>2</sup> çocukların cinsel istismarı<sup>3</sup> ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz” olarak daha detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.*

Yeni Ceza Kanunu, müteselsil suç ifadesi yerine zincirleme suç ifadesini tercih etmiştir. Dil sadeleştirilmesi zaviyesinde düşünüldüğünde ilk bakışta yerinde bir ifade imiş gibi değerlendirilebilecek Yeni Ceza Kanunu’nun “zincirleme suç” ifadesi, daha bir terminolojik anlam çağrıştıran “müteselsil suç” ifadesi yerine tercih edilmemesi gereken bir kavramdır.<sup>4</sup>

Kavram olarak müteselsil suç: Tek bir suçu işlemek kastı ile hareket ederek, kanunun aynı hükmünün ihlaline vücut verebilecek hareketleri birden fazla, kural olarak farklı zamanlarda ve aynı kişiye karşı ihlal etmiş olmak sebebi ile faile tek bir suçtan; ancak arttırılarak ceza verilmesine dair ceza hukuku müessesesidir.<sup>5</sup>

### III. Müteselsil Suçun Şartları

#### A. Fail Sadece Bir Suç İşlemek Amacı ile Hareket Etmiş Olmalıdır

Müteselsil suçtan söz edebilmek için suçun failinin sadece bir suç işlemek amacı ile hareket etmiş olması gerekir. Failin aynı suçu işlemek kararı ile hareket edip etmediğinin tespitinde doktrinde de baskın bir görüş olarak kabul edilen, önceden tasarlanan bir “planın” icrası sureti

<sup>2</sup> 29.06.2005 tarihinde kabul edilen Türk Ceza Kanunu’nda değişiklik yapılmasına dair 5377 sayılı Kanun’un 6. maddesine göre “cinsel saldırı suçları” madde kapsamından çıkarılmıştır.

<sup>3</sup> 29.06.2005 tarihinde kabul edilen Türk Ceza Kanunu’nda değişiklik yapılmasına dair 5377 sayılı Kanun’un 6. maddesine göre “Çocukların cinsel istismarı” ibaresi madde kapsamından çıkarılmıştır.

<sup>4</sup> Aksi yöndeki düşünce için bkz., Donay, Süheyl-Kaşıkcı, Mahmut, *Açıklamalı Karşılaştırmalı Gereççeli Türk Ceza Kanunu*, İstanbul 2004, s. 59.

<sup>5</sup> Daha farklı tanımlamalar için bkz., Şafak, Ali, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, İstanbul 2002, s. 394; Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 1992, s. 695; Ayrıca “Müteselsil suç, bir suç işleme kararı ile kanunun aynı hükmünün birden fazla ihlal edilmesidir” olarak verilen daha özet tanım için bkz., Sancar, Türkan Yalçın, *Müteselsil Suç*, Ankara 1995, s. 19.

ile suç işlemektir.<sup>6</sup> Yani müteselsil suçun subjektif koşulu,<sup>7</sup> aynı suçu işlemek kararı ile hareket etmiş olmaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken iki önemli nokta vardır: Birincisi suçun faili çok kısa bir süre içerisinde de olsa yeni bir kasıtlı bir suç işlerse,<sup>8</sup> velev ki failin işlediği suç daha önceden işlediği suçun aynı olsun, yine de müteselsil suçtan söz edilemez. Örneğin; her gün vestiyerde bulunan zengin bir kişiye ait paltonun cebinden 10 YTL alan fail, müteselsil suç kapsamındaki fiillerinden birini icra ederken, başka bir kimsenin de vestiyere paltosunu bıraktığını görüp, adeta bu paltoyu da boş geçmemek lazım diyerek, söz konusu sonradan asılan paltonun da cebinden bir miktar para almış ise burada iki farklı suç söz konusu olacaktır. Çünkü müteselsil suçun temel şartlarından birisi olan subjektif şartın eksikliği söz konusudur.

İkinci önemli hususa gelince, eğer suçun faili müteselsil suç hükümleri kapsamında icra etmek istediği fiillerden bir kısmını icra edip, bir kısmını icra edememişse bu durumda faile işlemeyi kastettiği suçun tümüne teşebbüs sebebi ile tek bir fiilden değil, müteselsil suç hükümleri dikkate alınarak arttırılmış ceza ile cezalandırılma şeklinde bir uygulama yapılacaktır.<sup>9</sup> Örneğin; fail bir bisiklet mağazasından birer hafta ara ile üç çocuğunun üçüne de bisiklet çalmak istemektedir. Ne var ki fail bu düşüncesi kapsamında sadece iki çocuğuna bisiklet çalabilmiş üçüncüsüne çalacağı sırada yakalanmıştır. Bu örnek açısından faile tek bir hırsızlık suçuna teşebbüsten değil, müteselsil hırsızlık suç hükümleri kapsamında arttırılarak ceza verilecektir.

Aynı suçu işlemek kastı ile hareket etmiş olmak şeklindeki müteselsil suçun bu en temel şartının bir gereği ve sonucu da, taksirli suçların müteselsil suç olarak değerlendirilemeyeceğidir.<sup>10</sup> Çünkü suç

<sup>6</sup> Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C. I, İstanbul 1987, s. 387; Sancar, Türkan Yalçın, *a.g.e.*, s. 97.

<sup>7</sup> TCK madde Gereççeleri, Erişim Tarihi: 21.64.2004 "<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegereckce.doc>", s. 178; Özgenç, İzzet, *Suç Teorisi* (Power Point Sunumu, Erişim Tarihi: 21.06.2005, "<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/pp2.ppt#368,110,Slayt 110>").

<sup>8</sup> Arslan, Çetin-Azizgaoğlu, Bahattin, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara 2004, s. 180.

<sup>9</sup> İçel, Kayıhan, *Suçların İçtimai*, İÜHF Yayınları No: 1762, İstanbul 1972, s. 135; Sancar, Türkan Yalçın, *a.g.e.*, s. 97.

<sup>10</sup> Kunter, Nurullah, *Müselnel Suç ve Af*, İHFM, C. XVII, S. 3-4, İstanbul, 1951, s. 898; Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C. I, s. 386;

işleme kararında sonucu doğrudan ya da dolaylı olarak işlemekte vardır. Oysa taksirli suçlarda dolaylı da olsa neticeyi istememiş olmak en temel şarttır.

Sonuç olarak denilebilir ki, faili bir planı icra etmek amacı ile tetikleyen saik ya da saikler söz konusu ise müteselsil suçun subjektif şartının gerçekleştiği de söylenebilir.

## B. Fail Kanunun Aynı Hükmünü İhlal Etmiş Olmalıdır

Fail, aynı suçun gerçekleşmesine sebebiyet veren fiilleri birden fazla ihlal etmiş olmalıdır. Daha farklı bir ifade ile failin aynı suçu işleme kararı kapsamındaki fiilleri aynı zamanda aynı hukuki değeri ihlal etme sonucunu doğabilecek suçlara vücut vermelidir. Doktrindeki ifadesi ile ihlallerin hukuki konusu aynı olmalıdır ki müteselsil suçtan söz edilebilsin.<sup>11</sup>

Failin birden fazla fiili ile kanunun aynı hükmünü ihlal etmiş olmasından kasıt, elbette ki her zaman kanunun aynı maddesini ihlal etmiş olmak anlamına gelmez.<sup>12</sup> Yani bu anlamda aynı suçun basit halini düzenleyen maddesi ile ağır halini düzenleyen maddesi, aynı suçu işleme kararı ile ve birden fazla ihlal edilmiş ise müteselsil suç hükümleri uygulanacaktır (TCK m. 43/I son cümle). Bu anlamda örneğin; Ceza Kanunu'nun 148. maddesinde düzenlenen yağma suçunun basit hali ile 149. maddesinde düzenlenen nitelikli hali, diğer şartların da varlığı halinde müteselsil suç hükümleri dahilinde birbirlerine esas olabilir.<sup>13</sup>

Ancak Kanun'un aynı hükmü ifadesinin farklı maddelerdeki aynı suçla alakalı düzenlemelerin; hatta aynı maddenin farklı fıkralarındaki düzenlemelerin her zaman müteselsil suç hükümlerinin uygulanmasında birbirine esas olabileceği sonucuna da ulaşmamızı gerektirir bir biçimde geniş yorumlanması da mümkün değildir.<sup>14</sup> Örneğin; Ceza

Alacakaptan, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara 1975, s. 58; Tosun, Öztekin, *Müteselsil Suçlar*, İHFM, C. XXII, S. 1-4, s. 133; Sancar, Türkan Yalçın, *a.g.e.*, s. 118.

<sup>11</sup> Toroslu, Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1972, s. 233.

<sup>12</sup> Arslan, Çetin-Azizağaoğlu, Bahattin, *a.g.e.*, s. 179.

<sup>13</sup> Özgenç, İzzet, *Suç Teorisi* (Power Point Sunumu, Erişim Tarihi: 29.04.2005, "http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/pp2.ppt#368,116,Slayt 116")

<sup>14</sup> Tosun, Öztekin, *a.g.m.*, s. 135.

Kanunu'nun 99. maddesinde düzenlenen rızaya dayalı olmaksızın çocuk düşürme suçu ile, 100. maddede düzenlenen rızaya dayalı çocuk düşürme hallerinde her ne kadar hukuki konu aynı olsa da bu iki suç açısından müteselsil suça ilişkin hükümlerin tatbiki mümkün değildir. Çünkü rızaya dayalı olmayan çocuk düşürme suçu ile rızaya dayalı çocuk düşürme suçu mantıken aynı suçu işlemiş olmak kararı adı altında icra edilemez. Kaldı ki rızaya dayalı olmaksızın işlenen çocuk düşürme suçunda suçun faili bir başkası, mağduru ise çocuğu düşürülen kişidir. Oysa rızaya dayalı çocuk düşürme suçunda suçun faili bizzat çocuğunu kendi isteği ile düşürten kadındır aynı zamanda. Bu nedenle müteselsil suçun şartları arasında yer alan suçun mağdurunun aynı olması (TCK m. 43 ilk cümle) şartının da fiilen gerçekleşmesi mümkün olmadığı için zincirleme suç hükümlerinin uygulanılmasından da söz edilemez.

### C. Kanunun Aynı Hükümü Farklı Zamanlarda İhlal Edilmiş Olmalı

Müteselsil suçun şartlarından bir tanesi de ihlallerin farklı zamanlarda gerçekleşmiş olmasıdır. Zaten kural olarak müteselsil suçun özünde de ihlallerin farklı zamanlarda gerçekleşmiş olması, müteselsil suç müessesesinin mantığı gereğidir.<sup>15</sup> Çünkü aynı suçun gerçekleştirilmesi amacı ile ve peş peşe icra edilen hareketlerdeki çokluk müteselsil suçun oluştuğu anlamına gelmez.<sup>16</sup> Örneğin; bir kimseye peş peşe atılan yumruk darbeleri, ya da bir ayva ağacındaki ayvalardan bir kaçının ard arda koparılması, yada yatak satan bir mağazadan birkaç adet yatağın alınarak çalınan yatakları taşımak üzere bekletilen kamyonete istif edilmesi, veya bir kimsenin ahırındaki koyunların yarısının kamyonaya yüklenilerek götürülmesi hallerinin her birinde gerçekleşen suç tektir. Bu gibi örneklerde meydana gelen neticenin tek bir suç olarak kabul edilmesinin sebebi, suçun icrasına yönelik hareketler arasındaki zaman aralığının çok kısa oluşudur.<sup>17</sup>

Ancak Yeni Ceza Kanunu'nun yukarıda verilen müteselsil suçla alakalı maddesinin 2. fıkrasına göre, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da müteselsil suç hükümleri

<sup>15</sup> Arslan, Çetin-Azizağaoğlu, Bahattin, *a.g.e.*, s. 179.

<sup>16</sup> Sancar, Türkan Yalçın, *a.g.e.*, s. 63.

<sup>17</sup> Sancar, Türkan Yalçın, *a.g.e.*, s. 63.



uygulanabilecektir.<sup>18</sup> Burada müteselsil suç hükümlerinin uygulanmasının nedeni suç işleme kastındaki birlik ve tek fiille de olsa birden fazla neticenin gerçekleşmesine sebebiyet verilmiş olmasıdır.

Yeni Ceza Kanunu'nun gerekçesinde ifade edilen ve daha önce doktrinde de ileri sürülen bir örneğe göre şayet bir kimse bir sözle birden fazla kişiye sövmüş ise,<sup>19</sup> bu kişiye mağdur sayısınınca suç işlemiş olmak kaydı ile ayrı ayrı suçlardan ceza verilmeyecek, bunun yerine tek bir suçtan ceza verilecek, ancak müteselsil suç hükümleri dikkate alınarak cezası arttırılacaktır. Yine bir kimse aynı anda ve bir fiille farklı kişilere ait eşyaları çalarsa müteselsil hükümleri tatbik edilebilecektir.<sup>20</sup>

Ancak aynı madde içerisinde sayılan nitelikli hallerden bazıları kanunda bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş başka bir suçun oluşmasına da sebebiyet vermiş ise bu durumda fikri içtima ile ilgili hükümler saklı kalmak üzere suçun faili için, müteselsil suç hükümleri değil, gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.

Örneğin; 82. maddenin c bendinde bombalayarak adam öldürme, adam öldürmenin nitelikli hali olarak sayılmıştır. Bu durumda bombalayarak adam öldüren kişi bir fiil ile hem 81. maddede yer alan adam öldürme suçunun basit haline ilişkin hükmün ihlaline hem de 82. maddede düzenlenen adam öldürmenin nitelikli hallerinden birinin gerçekleşmesine neden olmuştur. Bu örnekte adam öldürmenin basit halini düzenleyen 81. madde ile nitelikli halini düzenleyen 82. maddenin örnekte bahsi geçen nitelikli hallerden birisi olan fıkrasının ihlal edilmiş olması birlikte düşünüldüğünde Yeni Ceza Kanunu'nun daha sonraki başlıklarda tartışacağımız özel düzenlemesi bakımından müteselsil suç hükümleri uygulanamayacaktır.

Ne var ki burada asıl vurgulanılmak istenen, örnekteki adam öldürmede kullanılan bomba 170. maddede düzenlenen genel tehlike yaratma suçunun oluşması sonucunu da doğurmuştur. Gerekece de

<sup>18</sup> Doktrinde bu duruma aynı neviden fikri içtima denilmektedir. Bkz., Özgenç, İzzet, *Suç Teorisi* (Power Point Sunumu, Erişim Tarihi: 29.04.2005, "http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/pp2.ppt#368,116,Slayt 114-116")

<sup>19</sup> Sancar, Türkan Yalçın, *a.g.e.*, s. 66; TCK madde Gerekeçleri, Erişim Tarihi: 21.04.2004 "http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekece.doc", s. 178

<sup>20</sup> Erdem, Mustafa Ruhan, *Malvarlığına Karşı Suçlar* (TCK 141 VD.), Erişim Tarihi: 22.06.2005, http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/119.doc; Aksi görüş için bkz., Sancar, Türkan Yalçın, *a.g.e.*, s. 65.

ifade edildiği gibi bu halde müteselsil suç hükümleri değil fikri içtima hükümleri uygulanacaktır. Çünkü aynı suç işleme kararı ile de olsa kanunun aynı hükmü değil, birden fazla ve farklı hükmünün ihlali hali meydana gelmiştir.

#### **D. Kanunun Aynı Hükmünün Müteaddit Olarak İhlal edilmiş Olması Halinde Mağdur Farklı Olmamalıdır.**

Yeni Ceza Kanunu'nun 43. maddesinin ilk fıkrasında ifade edildiği üzere, Kanun'un aynı hükmünün farklı zamanlarda ihlali aynı kişiye karşı olmalıdır. Kanun'daki bu açık ifade nedeniyle, artık aynı suçu işleme kararı ile ve Kanun'un aynı hüküm farklı zamanlarda, ama farklı kişilere karşı ihlal edilmiş ise müteselsil suçtan söz edilemeyecektir. Yeni Ceza Kanunu'nun 43. maddesinin gerekçesinde de verilen bir örneğe göre, bir kimse aynı otoparktaki farklı kişilere ait otomobillerin camlarını kırıp içerisindeki teyplerini çalması durumunda zincirleme suça ilişkin hükümler uygulanamayacak, fiil sayısınca ayrı ayrı hırsızlık suçu işlenilmiş olacaktır.<sup>21</sup>

Yeni Ceza Kanunu'nun bahsedilen bu açık düzenlemesi sonucu, artık aynı suçu işleme kararı altında aynı suçun farklı mağdurlara karşı işlenmiş olması halinde müteselsil suç hükümleri tatbik edilemeyecektir.<sup>22</sup>

Şu halde denilebilir ki; bir kimse örneğin aynı suçu işleme kararı ile, birden fazla kişiye karşı yağma suçunu işlese, yada birden fazla kişinin malına kasten zarar verse, ya da birden fazla kişiye karşı emniyeti suiistimal suçunu işlese, veya birden fazla kişiye karşı irtikap suçunu işlese zincirleme suça ilişkin hüküm uygulanamayacaktır. Bunun yerine fail her bir fiilinden dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır.<sup>23</sup>

Ancak 43. maddesinin 2. fıkrasında bu başlık altında ifade edilenlere bir istisna getirildiği görmekteyiz. Bu istisna ise bir fiil ile aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmiş olması halidir. Bu istisnai hale bir önceki başlıkta kısmen değinilmişti.

<sup>21</sup> TCK madde gerekçeleri, Erişim Tarihi: 26.64.2004 "http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegereke.doc", s. 178;

<sup>22</sup> Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz., Sancar, Türkan Yalçın, *a.g.e.*, s. 106-110; İçel, Kayıhan, *a.g.e.*, s. 150-153.

<sup>23</sup> Ayrıntılı bilgi konu ile alakalı tartışmalar ve daha farklı örnekler için bkz., Sancar, Türkan Yalçın, *a.g.e.*, s. 106-110; İçel, Kayıhan, *a.g.e.*, s. 150-153.

Ceza Kanunu'nun söz konusu 43. maddesinin 2. fıkrasındaki istisnai hale 3. fıkra ile istisna getirilmiştir. Buna göre bir fiile ve birden fazla kişiye karşı kanunun aynı hükmü ihlal edilmiş olsa bile, eğer bu fiil kasten adam öldürme, kasten adam yaralama, işkence ya da yağma suçu<sup>24</sup> ise müteselsil suç hükümleri uygulanamayacaktır. Bu durumda gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.

Ceza Kanunu'nun 43. maddesinin 3. fıkrasına göre "*kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı*,<sup>25</sup> *çocukların cinsel istismarı*,<sup>26</sup> *ve yağma suçlarında*" müteselsil suç hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Buna göre örneğin; bir kimse bir kurşun ile beş düşmanı arka arkaya dururken kalp hizasına isabet edecek şekilde ateş ederse<sup>27</sup> ve düşmanlarının hepsini öldürürse, yine bir kimse hasımlarını yan yana dizerek onların topuklarını aynı zamanda tutmalarını sağlayarak bir kurşun ya da ok ile hepsini topuklarından yaralarsa, ya da bir polis memuru sanıkların bulunduğu odaya elektrik vererek onların tümüne birden işkence ederse, ya da bir kimse aynı kahvede oturmakta olan beş kişinin mallarını cebren alırsa zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır. Gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.

Çünkü bu gibi suçlarda failin fiilinin meydana getirdiği hukuki değer ihlalinin boyutları çok büyüktür. Bu sebeple bu gibi fiiller içinde müteselsil suç hükümleri kapsamında hareket etmenin önü açılmış olsaydı, hem suç işleyen ödüllendirilmiş, hem de suç faillerine kanuna karşı hile yolunun önün açılması sureti ile birden çok kişiye zarar vererek bir fiil sebebi ile ağırlaştırılmış ceza uygulaması ile yetinilmesinin yolu açılmış olacaktır.

<sup>24</sup> 29.06.2005 tarihinde kabul edilen Türk Ceza Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair 5377 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre "*Çocukların cinsel istismarı ile cinsel saldırı suçları*" madde kapsamından çıkarılmıştır. Yani bir kimse artık bir fiil ile birden fazla kişiye karşı cinsel saldırıda bulunursa ya da bir fiil ile birden fazla çocuğu cinsel açıdan istismar ederse artık müteselsil suç hükümleri uygulanabilecektir.

<sup>25</sup> 29.06.2005 tarihinde kabul edilen Türk Ceza Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair 5377 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre "*cinsel saldırı suçları*" madde kapsamından çıkarılmıştır.

<sup>26</sup> 29.06.2005 tarihinde kabul edilen Türk Ceza Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair 5377 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre "*Çocukların cinsel istismarı*" ibaresi madde kapsamından çıkarılmıştır.

<sup>27</sup> Aksi kanaat için bkz., Sancar, Türkan Yalçın, *a.g.e.*, s. 109.

#### IV. Müteselsil (Zincirleme) Suç Müessesesini Benimsemiş Olmanın Sonuçları

A. Zincirleme suçun kanunda kabul edilmiş olmasının en temel sonucu, suçun failine gerçekleşmesine sebebiyet verdiği suç sayısınca fiilden ceza vermek yerine, fail için bir cezaya hükmedilir, ancak bu ceza kanunda belirtilen oranlar dahilinde arttırılarak verilir. Buna göre örneğin suçun faili olan Asım suçun mağduru olan Mazlume Hanım'ı günaşırı olarak on gün her gördüğünde dövmüştür. Bu durumda suçun faili Asım'a gerçekleşmesine sebebiyet verdiği sayıda müessir fiilden ceza vermek yerine, tek bir ceza verilecektir, ancak işlediği suçun cezası dörtte bir ile dörtte üç oranları dahilinde arttırılacaktır.

B. Failin bir fiil ile gerçekleşmesine sebebiyet verdiği suçlardan birisi şikayete tabi ise, o suç için şikayet gerçekleşmediği müddetçe yine zincirleme suç hükümleri uygulanamayacak, bunun yerine sadece resen takip edilen suçtan faile ceza verilecektir.<sup>28</sup> Örneğin; suçun faili aynı mağdura karşı birinci gün adam yaralama suçunun basit haline vücut verecek tarzda bir suç işledi (TCK 88/I), aradan bir ay geçtikten sonra aynı suçun devamı kararı bağlamında yine aynı mağduru yaralaması sonucu mağdur uzuvlarından birinin tatiline sebebiyet verdi. (87/II-b) Bu durumda şikayete tabi olan birinci suç için şikayet gerçekleşmemiş ise fail hakkında müteselsil suç hükümleri uygulanarak ceza artırımı yapılamayacak. Çünkü şikayete tabi suçlarda şikayet dava şartıdır. Dava olmadan yargılama, yargılama olmadan da ceza olmaz.

C. Müteselsil suç kapsamındaki suçlardan birinin genel af ile suç olmaktan çıkarılmış olması<sup>29</sup> ya da kanunda artık suç sayılmaması hali söz konusu ise,<sup>30</sup> yine faile müteselsil suç hükümlerini dikkate alarak ceza vermek söz konusu olamayacaktır. Bunun yerine faile sebebiyet vermiş olduğu tek suçtan ceza verilecektir.

Örneğin; bir kimsenin rakip takıma zarar ermek için ilk önce kulüp binasının camlarını kırmış aradan üç ay geçtikten sonra da kulüp bina-

<sup>28</sup> Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1998, s. 240; Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002, s. 870.

<sup>29</sup> Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Caner, *a.g.e.*, s. 871; İçel, Kayıhan, *a.g.e.*, s. 74.

<sup>30</sup> Soyaslan, Doğan, *a.g.e.*, s. 240.

sını yakmıştır. Aradaki üç aylık sürenin ikinci ayında başkasının malına zarar verme şeklimdeki suçlardan miktar esaslı dikkate alınarak, faili işlediği ilk suç kapsar tarzda genel af çıkarılmıştır. Bu halde de genel af yolu ile bütün hüküm ve sonuçları ortadan kalmış olan ilk fiil, her ne kadar ikinci bir kastı kapsamında işlenmiş bir fiil olsa da müteselsil suç hükümleri dikkate alınarak ceza artırımını yapılamayacaktır.

## V. Değerlendirme ve Sonuç

Müteselsil suç, failin aynı suç icra etmek amacı ile ve kanunun aynı hükmünün değişik zamanlarda aynı mağdura karşı ihlal edilmiş olması nedeni ile faile tek bir ceza verilerek cezanın arttırılmasını öngören bir ceza hukuku müessesesidir.

Ne var ki bu müessese için Yeni Ceza Kanunu'nun düzenlemeleri ile bir kısım istisnai durumlar düzenlenmiştir.

Bunlardan bir tanesi bir fiili ile kanunun aynı hükmün birden fazla mağdura karşı ihlal edilmiş olmasıdır. Aslında bu tür bir hükmün getirilişinin amacı, hakaret suçunda bir fiille birden fazla mağdura karşı suçun işlenmesi somut örneğinde olduğu gibi, buna benzer örnekler konusunda hem Yargıtay'ın kararlarındaki farklılıkların giderilmesini sağlamak, hem de doktrinde bu konu ile lakalı görüşleri dikkate almış olmak için yapılmıştır. Yalnız bu düzenlemeye de yine aynı madde içerisinde farklı bir fıkra ile istisna getirilmiştir. Buna göre; kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı,<sup>31</sup> çocukların cinsel istismarı<sup>32</sup> ve yağma suçları bir fiille farklı mağdurlara karşı işlenmiş ise zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır. Bu son ifadeden hareketle demek ki bu sayılan suların dışındaki suçlar bir fiille ve aynı zamanda birden fazla mağdura karşı ihlal edilirse zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.

Ancak, örneğin; failin bir apartmanı ateşe vererek faklı kişilerin dairelerinin yanmasına sebebiyet vermesi, bir hırsızın emanete verilmiş

<sup>31</sup> 29.06.2005 tarihinde kabul edilen Türk Ceza Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair 5377 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre "cinsel saldırı suçları" madde kapsamından çıkarılmıştır.

<sup>32</sup> 29.06.2005 tarihinde kabul edilen Türk Ceza Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair 5377 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre "Çocukların cinsel istismarı" ibaresi madde kapsamından çıkarılmıştır.

birden fazla kişiye ait üç adet cep telefonunu çalmış olması, yine failin belediye meclisi üyelerinin tümüne birden iftira etmesi ve benzeri örnekler verilebilecek diğer suçlar açısından, suç faili hakkında müteselsil suç hükümleri uygulanarak ceza artırımı yapılacaktır.

Oysa aslında sadece adam öldürme adam yaralama, yağma ve işkence suçlarının bir fiille birden fazla mağdura karşı işlenmiş olması hallerinin zincirleme suç hükümleri kapsamı dışında tutulmuş olması doğru değildir. Bunun yerine bir fiile birden fazla mağdura karşı ve aynı suç işlenmesi halinde ihlal edilen hukuki değerın ağırlığı dikkate alınarak, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmamasına dair bir ölçütün getirilmesi daha adil sonuçlar doğurabilecek bir çözüm olabilirdi.

Yine Yeni Ceza Kanunu'nun zincirleme suçu düzenleyen 43. maddesi, müteselsil suç müessesesini mantığından saptıran hükümler ihtiva etmektedir. Aslında aynı suçu işleme kararı altında ve Kanun'un aynı hükmünün muhtelif zamanlarda vaki olsa dahi birden fazla ihlali olarak basit bir biçimde ifade edilebilecek müteselsil suç müessesesi ile alakalı ve bu ana ifadeye istisna teşkil edebilecek, istisnaların da istisnalarının söz konusu olduğu, müessese ile alakalı 43. madde, bu hali ile çok karmaşık hükümleri içermektedir.

Belki bu şekilde düzenleme, uygulamada istikrar kazanmış içtihatları kanun maddesi haline getirmek, hem de doktrindeki baskın görüşü kanunlaştırmak amacı ile olmuştur. Ancak statik bir bilim dalı olmayan hukuk bilimi, uygulamadaki ve doktrindeki farklı fikirleri kanunlaştırmaya yetmeyecek kadar farklı fikirlerin yer aldığı bir bilim alanıdır. Kaldı ki bu farklılıklardan bazılarını kanuni mesnetli hale getirmek de, özellikle uygulama açısından, hukuktaki dinamizmi engelleyici de olabilecektir.

43. maddedeki karmaşık yapıyı kısaca açıklamak gerekirse;

a. Zincirleme suçun temel şekli kanunda "Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir" şeklinde düzenlenmiştir. Oysa farklı kişilere karşı aynı suçu işleme kararı altında hareket edilerek suç işlendiğinde de müteselsil suç hükümlerinin uygulanılabileceğine dair Yargıtay'ın kararları mevcuttur.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Hamzaoğulları, Adnan-İzğü, Reşit Orhan-Gülpınar, Cenap, *İçtihatlı, Notlu, Karşılaştırmalı Ceza ve Ceza Usul Kanunları*, Ankara 1984, s. 47; Savaş, Vural-Mollamahmutoglu,

b. Yine 1. fıkranın son cümlesindeki bir ifadeye göre; *“Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır.”* Ancak bir suçun temel şekli ile daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şeklinin her ne kadar müteselsil suç açısından aynı suç sayılsa da, birden fazla ve farklı zamanlarda ihlal edilmiş olmasının zincirleme suç olarak değerlendirilemeyeceği makale içerisinde izah edilmeye çalışıldı.<sup>34</sup>

c. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, müteselsil suç hükümlerinin uygulanacağı maddede düzenlenmiştir. Örneğin; bir sözle birden fazla kişiye hakaret edilmesi. Ancak bu fıkraya da istisna getirilmiştir.

d. Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı,<sup>35</sup> çocukların cinsel istismarı<sup>36</sup> ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz şeklindeki bir düzenleme ile bir fiil ile de olsa birden fazla sonucun doğmasına yönelik suçlar için müteselsil suç hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

e. Zincirleme suçla alakalı 43. maddeyi iyice girift hale getiren son bir düzenleme de, *“Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.”* şeklindeki cümlenin 1. fıkraya eklenmesi ile olmuştur.<sup>37</sup> Yani artık mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümleri kapsamında ceza artırımı yapılacaktır. Örneğin; bir kimse panik yaratmak amacı ile bir meydana bomba koyduğunda, şayet bomba patlarsa ve birden fazla kişi ölürse, suçun failine ceza arttırılarak verilecektir. Çünkü bu örnekte muhtemel kast neticesinde bir fiil ile birden fazla kişinin ölümüne sebebiyet verme hali gerçekleşmiştir. Aslında eklenen bu son hüküm ile 43. maddenin 3. fıkrasında sayılan kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, ve yağma suçlarının bir fiil ile birden fazla kimseye karşı ihlal edilmesi halinde müteselsil suç hükümlerinin uygulanmayacağı yönündeki fıkrada çelişkili değerlendirmelere ve uygulamalara yol açabilecek tarzdadır.

---

Sadık, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. 1, s. 1425-1482, Ankara 1998; Yaşar, Osman, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, s. 253-259, Ankara 2001; Bakıcı, Sedat, *Notlu-İçtihatlı TCK, CMUK, CİK*, S. 94-97, Ankara 2003.

<sup>34</sup> Bkz., Romen rakamı “III” başlığı altındaki açıklamalara.

<sup>35</sup> 29.06.2005 tarihinde kabul edilen Türk Ceza Kanunu’nda değişiklik yapılmasına dair 5377 sayılı Kanun’un 6. maddesine göre “cinsel saldırı suçları” madde kapsamından çıkarılmıştır.

<sup>36</sup> 29.06.2005 tarihinde kabul edilen Türk Ceza Kanunu’nda değişiklik yapılmasına dair 5377 sayılı Kanun’un 6. maddesine göre “Çocukların cinsel istismarı” ibaresi madde kapsamından çıkarılmıştır.

<sup>37</sup> Erişim Tarihi: 01.08.2005 “<http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5377.html>”

# 5326 SAYILI KABAHATLER YASASI'NIN ANAYASA'YA VE HUKUKA AYKIRILIK AÇISINDAN İNCELENMESİ

Ş. Cankat TAŞKIN\*

30.03.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Yasası, bazı yönlerden Anayasa'ya, hukuka ve ceza hukukunun temel kurallarına aykırılıklar taşımaktadır.

Kırk beş madde ve üç geçici maddeden oluşan bu Yasa'nın da 1 Haziran 2005 olan yürürlük tarihinden önce yeniden ele alınması gerekmektedir. Çünkü bu Yasa, bazı yönlerden hem 5237 sayılı TCK ile hem de 1982 Anayasası ile ciddi biçimde çelişmektedir.

Çalışmama, 3. maddenin değerlendirmesiyle başlamak istiyorum:

Madde 3: Genel Kanun Niteliği:

*"Bu Kanun'un genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır."*

3. madde, 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesi ile koşut bir düzenlemedir. TCK'nın 5. maddesi ise şöyle bir düzenleme içermektedir: *"Bu Kanun'un genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır."*

Kabahatler Yasası da Türk Ceza Yasası da genel yasalardır (Ancak, denilebilir ki Kabahatler Yasası, Ceza Yasası'na göre daha özeldir. Buna karşın; genel olarak kabahatleri düzenlemiş olması, bu Yasa'yı diğer yasalara göre genel kılmaktadır). Her iki Yasa da aynı konularda düzenlemeler içermektedir. Üstelik, iki Yasa da 1 Haziran 2005'te yürürlüğe girecektir. Yasalardan her ikisi de özel yasalarda, bu yasalarda belirtilen

---

\* Bursa Barosu üyesi.



yaptırımların uygulanacağını, özel yasalardaki hükümlerin geçersiz sayılacağını belirtmekte; hatta Yargıtay dahi TCK madde 5'i gerekçe gösterdiği son kararlarından birinde, mal beyanlarının infazı açısından İİK hükümlerinin değil, 5237 sayılı TCK hükümlerinin uygulanması gerektiğini ve bu nedenle de infazın ertelenmesi gerektiğinden bahsetmiştir. (Yargıtay 16. HD, 2005-2460 E. 2005-773 K. 16.02.2005 T. kararı.)

Her iki Yasa'nın da aynı tarihte yürürlüğe girecek olması ve ikisinin de genel yasa olması; üstelik, Kabahatler Yasası'nın yaptırıma bağladığı kabahatlerin aynı zamanda Türk Ceza Yasası'nda da yaptırıma bağlanmış olması bazı sorunlara yol açacaktır.

Öncelikle değinmek gerekir ki aynı fiil hem TCK'da hem de Kabahatler Yasası'nda düzenlenmişse, hangi yasa uygulanacaktır? Bu tartışılması gereken ciddi bir sorundur. Zira, TCK m. 5'e göre TCK'nın; Kabahatler Yasası m. 3'e göre de bu Yasa'nın uygulanması ve diğer yasalardaki kabahatlere ilişkin düzenlemeler bakımından da bu Yasa'nın dikkate alınması gerekir. Burada, TCK'da düzenlenen kabahatlerle ilgili bir ayrısuya yer verilmemiş olması son derece büyük bir hatadır. Buna göre, TCK'daki kabahatler bakımından da Kabahatler Yasası'nı mı uygulamak gerekecektir? Şu halde, Ceza Yasası'ndaki aynı fiillere karşılık gelen yaptırımların anlamı nedir? Aynı şekilde, TCK m. 5 gereğince, TCK'daki yaptırımların Kabahatler Yasası'ndaki fiilere de uygulanması mı gerekecektir? Bu da Kabahatler Yasası'ndaki yaptırımları anlamsız kılmamakta mıdır?

Yasa'daki kabahatlerin aynı zamanda 5237 sayılı TCK'da da yaptırıma bağlanmış olması, ayrıca, ceza hukukundaki 'tek fiile tek yaptırım' ilkesiyle çelişmekte ve bu yönüyle de uygulamada bazı ciddi aykırılıklara ya da aynı kabahati işleyen kimselere farklı yaptırımlar uygulanmasına yol açacaktır. Buna bağlı olarak, "lehe olandan sanık yararlanır." (5237 sayılı TCK m. 7/2) ilkesi de aynı fiillerin iki farklı yasada da yaptırıma bağlanmış olması ve iki Yasa'nın hükümlerinin de öncelikli uygulamaya tabi olması, üstelik de her iki Yasa'nın da aynı tarihte yürürlüğe girmesi karşısında, lehe olanın sanığa uygulanması ilkesinin önünde ciddi bir engel oluşturmaktadır.

Her ne kadar, Kabahatler Yasası 15. maddesinin son fıkrasında bir fiilin hem suç hem kabahat olarak tanımlanması halinde suçun yaptırımının uygulanacağını belirtmiş olsa da bu durumun da Yasa'nın 3. maddesi, Ceza Yasası'nın ise 5. maddesi ile çeliştiği de açıktır. Ayrıca,

böyle bir durumda, hem Kabahatler Yasası'nda hem de TCK'da öngörülen ve yaptırıma bağlanan fiiller bakımından, Kabahatler Yasası'ndaki yaptırımların anlamsız kalması söz konusu olacaktır ki bu da yasa koyucunun aslında bu Yasa'yı hiç de özenle hazırlamadığına; yaygın hukuki deyişle "yasa koyucu abesle iştiğal etmez!" kuralına aykırı davrandığına karinedir. O halde, bu Yasa'yı ihdas etmenin amacı nedir? Mademki hükümleri uygulanmayacak, bu Yasa'daki hükümler sadece yargıçların, savcılarının, savunmanların, kolluğun, zabitanın ve vatandaşların kafasını karıştırmaktan başka ne işe yarayacaktır? Bu durum bazı hukuki karmaşalara yol açmayacak mıdır? Yasa'nın 15/3 maddesiyle neyin anlatılmak istendiği açıkça belirtilmelidir.

Çelişkiyi açıklayıcı bir örnek verelim:

*"Bir kimse evsel atığını sokağa gelişigüzel atmıştır. Bu evsel atık da naylon poşet, pet şişe veya buna benzer doğaca çabucak eritilemeyen bir atıktır. Kolluk, kişiyi sokağa pet şişeyi atarken görmüş ve kişiye Kabahatler Yasası'nın 41. maddesine (duruma göre f 1, 2, 4 ve 5) dayanarak idari para cezası kesmiştir. Bu kişi hakkında TCK 181. vd hükümleri uygulanmamıştır.*

*Bir başka kişi ise atıklarını dışarıya gelişigüzel atmış; fakat hakkında TCK 181. (özellikle de atıkların doğada kalıcı etki bırakması yönüyle f. 3) hükmü uygulanmıştır. Bu kişi de hapis cezası ya da TCK 182. (taksir) söz konusu ise adli para cezası ile cezalandırılmıştır."*

İki farklı kişinin fiili aynı fiildir. Biri hakkında TCK hükmü uygulanırken, diğeri hakkında Kabahatler Yasası uygulanmaktadır. Bu durumda, aynı fiil nedeniyle, aynı durumdaki iki kişiye farklı cezalar uygulanmaktadır. Bu durum Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi ile, 11. maddesindeki Anayasa'nın bağlayıcılığı ilkesine, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 7. maddesinde düzenlenen 'hukuk önünde eşitlik' ilkesine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesine (ve Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına 7.05.2004 tarih ve 5170/ 7 s. K ile eklenen cümle nedeniyle uluslararası sözleşmelerin iç hukuka üstün olması nedeniyle de dolaylı olarak 90. maddeye) açıkça aykırıdır!

Aynı sakınca, Kabahatler Yasası'nın 36. maddesinde ve TCK'nın 183. maddesinde düzenlenen gürültü etme fiili ile diğer maddelerde düzenlenen fiiller açısından da gündeme gelebilir. Burada tartışılması

gereken bir başka yön, gürültünün başkasının huzur ve sükununu bozan nitelik taşıyıp taşımadığının neye göre belirleneceği ve buna kimin, nasıl karar vereceğidir.

Sizin için rahatsızlık verici olan bir gürültü, benim için olağan sınırlarda kabul edilebilir. Aynı şekilde, kişi neşeli ve sağlıklı bir gününde bazı fiilleri hoşgörebilir hatta bunlardan rahatsız olmayabilir. Ancak, aynı kişi üzüntülü ve hasta olduğu bir başka gününde aynı yoğunluktaki gürültüye tahammül edemeyebilir. Bu durumda kolluk, aynı gürültüye yol açan bir kimseye, bir gün ceza verirken, diğer gün ceza vermeyebilir. Ya da aynı gürültüye yol açan iki farklı kişiden biri hiçbir yaptırıma maruz kalmazken, diğeri hakkında idari yaptırım uygulanabilir.

Görüldüğü gibi, her iki Yasa'nın da genel yasa olarak kabul edilmesi ve diğer yasalardaki hükümler bakımından da bu genel yasalardaki hükümlerin uygulanacağı belirtilmesi, hangi yasanın uygulanacağı konusunda ciddi ve büyük sakıncalar içeren tartışmalara yol açmaktadır. Sorun, TCK'ya ya da Kabahatler Yasası'na konacak ayrıksı bir hükümlerle bu hükmün TCK'ya konması daha uygundur-çözölmeli ve birindeki bir hükmün diğeri de bağlayacağı açıkça belirtilmelidir. Ayrıca, aynı koyu düzenleyen fiiller bakımından Kabahatler Yasası'ndaki yaptırımlar kaldırılmalı ve TCK'nın ilgili maddelerine ek fıkralar eklenerek, her iki Yasa'da da bulunan kabahatler bakımından seçimlik yaptırım düzenlenmelidir. Ancak TCK'da düzenlenmemiş olan bazı kabahter bu Yasa ile düzenlenmelidir.

Belirttiğim sakıncalar, özellikle de Kabahatler Yasası ile aynı hükümleri içeren ve bunlara yaptırım öngören TCK 181 ve 182 (çevreyi kirletme); 183. (gürültüye neden olma); 205, 206 (yalan beyan); 229. (dilencilik) suçları bakımından daha tartışmalıdır.

Kabahatler Yasası'nın yalnızca idari para cezalarını düzenlediği, oysa Türk Ceza Yasası'nın daha genel yaptırımlar içerdiği hususu da, fikrimce, savunulamaz. Çünkü, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 2. maddesinin 2. fıkrasındaki hüküm bu yoruma engeldir. Hüküm şöyledir: *"İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz."* Oysa Kabahatler Yasası'nda idari para cezaları konulduğu, bu cezaların ise ayrı bir yasa ile konduğu açıktır. Üstelik, yaptırımın idari yaptırım olarak adlandırılmış olması, o yaptırımın aslında özü itibarıyla cezai yaptırım olmasına engel oluşturmamaktadır. Kabahatler Yasası, ceza hukuku kapsamında

yer almaktadır ve ceza hukukuyla ceza usul hukukunun ilkeleri bu Yasa hakkında da aynı biçimde uygulanmaktadır. Nitekim, Yasa'nın bu niteliği, bazı maddelerinde TCK'ya yaptığı atıflarla zaten yasanın lafzından da anlaşılmaktadır (m. 5, 6, 10, 22/4, 28/5).

Aslında, yasa koyucunun yaptığı bir tür kanuna karşı hiledir. Çünkü TCK'ya göre, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamamaktadır. Ancak, kabahatlerle ilgili ayrı bir yasa çıkarıp bu yasayla da idareye ceza verme yetkisi tanımak aslında TCK 2/2'de belirtilen idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaması kuralının yasa yolu ile dolandırılmasından başka bir anlam taşımamaktadır. Başka bir deyişle, Kabahatler Yasası hiç çıkarılamamış olsaydı, idareye Kabahatler Yasası ile verilmiş olan yaptırım yetkisi tanınamayacaktı. Oysa, düzenleyici işlemlerle kapatılan bu yol, aslında özü itibarıyla başka bir düzenleyici işlem olan, ayrı bir yasa ile, idareye tanınmıştır.

Denilebilir ki idarenin yaptığı işlemlere karşı mahkemeye itiraz olanağı tanınmıştır. Ancak burada da karşımıza mahkemelerin, kolluğun ve zabitanın kestiği gereksiz, öznel, keyfi cezalar sonucunda, iş yükünün artması tehlikesi çıkmaktadır. Sonra, uygulamada birlik ve cezaların uygulanmasında genellik ilkesi nasıl sağlanacaktır? Bursa'daki bir fiili itiraz üzerine değerlendiren bir mahkeme, kolluğu haklı bulurken; aynı nitelikteki İstanbul'da işlenen bir başka fiili oranın yerel mahkemesi farklı değerlendirerek kolluğun işlemini haksız bulabilir. Yerel sulh ceza mahkemesinin kararına karşı da o yerin ağır ceza mahkemesinin dosya üzerinden inceleme yaparak nihai kararı vereceği; hatta 2000 (Y)TL'ye kadarki cezalarda sulh ceza mahkemesinin kararının kesin oluşu belirttiğimiz sakıncayı ortadan kaldırmadığı gibi, cezaların uygulanmasında birliği de sağlayamamaktadır. Bunun sakıncası da Bursa'daki birinin, işlediği bir kabahat sonucunda idari para cezası alırken, İstanbul'daki başka birinin aynı fiilden ötürü cezasız kalmasıdır. Hele bir de verilen para cezasının 2000 YTL'nin atında ve kesin olduğunu düşünelim ...

Şu halde, denilebilir ki TCK 2/2 maddesinin kabahatler bakımından uygulanmasına olanak kalmamıştır. Yine denilebilir ki yasa koyucu, TCK 2/2'yi başka konularda çıkaracağı yasalarla da dolandırabilir. Bu yolun hiç açılmaması gerekirdi.

Kabahatler Yasası, aynı şekilde Anayasa'nın 38. maddesini de dolaarak "*Anayasa'ya karşı hile*"ye de yol açmıştır. 38. maddenin 3. fıkrasında

da TCK 2/2 ile koştulan bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” Bu hükmün karşıt anlamından ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin idarenin genel düzenleyici işlemleriyle konulamayacağı anlaşılmaktadır. Oysa, bu durumda, yukarıda belirttiğim gerekçe ve sakıncalar Anayasa açısından da geçerliliğini korumaktadır.

Yasa’da gördüğüm diğer bir sakınca da Yasa’nın ceza hukukunda yeri olmayan “kusursuz sorumluluk ve müteselsil sorumluluk” ilkelerine yer vermiş olmasıdır. Yasa’nın 8. maddesinin 2. fıkrasının içeriği şöyledir:

*“Temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu sıfatla bağlantılı olarak işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı temsil edilen gerçek kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilir. Gerçek kişiye ait bir işte çalışan kişinin bu faaliyeti çerçevesinde işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı, iş sahibi kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilir.”*

Görüldüğü gibi, Yasa’nın bu maddesi ile, temsilci sıfatını taşıyan kişinin fiili ile temsil edilenin ve iş yerinde çalışanın fiili ile de işyeri sahibinin cezalandırılması gündeme gelmektedir ki bu durum açıkça “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ilkesi bakımından Anayasa’ya ve ceza hukukunun temel kurallarına ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 7’ye; AİHM içtihatlarına açıkça aykırıdır! Nitekim, Anayasa’nın 38. maddesinin 6. fıkrasının son cümlesi; 5237 sayılı Türk Ceza Yasası’nın 20. maddesinin 1. fıkrası, AİHS’nin 7. maddesinin 1. fıkrası hükümlerinde de ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi belirtilmektedir. Öyleyse, bir işyerindeki elemanın fiili nedeniyle o fiille hiç bir ilişkisi bulunmayan işyeri sahibinin cezalandırılmaması gerekmektedir.

Yasa’nın 17. maddesinin, özellikle 2. fıkrası da kolluğun bazı keyfi uygulamalarına neden olabileceği ve bu uygulamalara karşı itiraz yoluna başvuru mahkemelerin iş yükünü gereksiz yere arttıracığı, ayrıca bu durumun uygulamada birliğin sağlanamaması nedeniyle, kanunların genelliği ilkesine aykırılık oluşturacağı eleştirileriyle karşılaşabilir.

2. fıkrada, kolluğun cezai yaptırımı uygularken, ceza kestiği kişinin ekonomik durumunu da dikkate alacağı belirtilmektedir. Cezaların şahsileştirilmesi bakımından yerinde bir düzenleme gibi görünen bu durum da dikkatsizce uygulandığında ciddi sakıncalar doğurabilecektir. Diyelim ki kolluk afiş asma kabahatini işleyen birine (m. 42) para cezası

verdi. Peki o afişi asan kişinin mali durumunu kolluk nereden bilecek? Afiş asan kişiye-olayın ağırlığına göre-100 ila 3000 YTL para cezasına hükmedilebilir. Asgari ücret düzeyinde aylıkla çalışan biri için 100 YTL oldukça yüksek bir rakamdır; buna karşın, aylık geliri 2000 YTL olan biri içinse 100 YTL çok yüksek bir meblağ değildir. Failin bu cezaya, Yasa'nın 27. maddesine göre itiraz olanağı vardır. Ancak, bu halde de zaten iş yükü ağır olan mahkemelerimizin gereksiz yere meşgul edilmesi söz konusu olmayacak mıdır?

Bunun yerine, bu düzenlemeleri, yukarıda da belirttiğimiz gibi, TCK'ya ek fıkra olarak koyup, yaptırım uygulama yetkisini kolluğa vermek yerine, doğrudan doğruya mahkemelere bırakmak daha yerinde olurdu kanısındayım.

Yasa'da, aslında bir tür "*elkoyma*" olarak nitelendirilebilecek bir idari yaptırım türü düzenlenmiştir. 16. maddenin 2. fıkrasına göre, mülkiyetin kamuya geçirilmesi de idari tedbirlerden biridir. Yasa'nın 18. maddesinde, mülkiyetin kamuya geçirilme usulü anlatılmaktadır. Özellikle 3. fıkrada, mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar kesinleşene dek ilgili kamu kurum veya kuruluşu tarafından eşyaya el konulabileceği belirtilmektedir. Yasa'nın 22. maddesinde ise, idari yaptırımlara hangi makamın karar verebileceği sayılmış ve 1. fıkrasında, idari yaptırım kararı vermeye yetkili makamlar arasında kanunda açıkça gösterilen idari kurul, makam veya kamu görevlileri sayılmıştır.

Yasa'daki "*kanun*" deyişinin "*geniş yorumlanarak*", bu deyişten Anayasa dahil tüm ceza yasalarının (TCK, CMK ve ilgili diğer tüm mevzuat) anlaşılması gerektiği görüşündeyim. Çünkü, aksine bir daraltıcı yorum, gerek Anayasa m. 20/f. 2; gerekse 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK m. 127)'na aykırılık oluşturacaktır.

Son olarak, yasalar hazırlanırken tüm hukuk metinlerinin yasa koyucu tarafından iyi taranmasının, oluşabilecek sıkıntılarla ilgili ayrıntılı araştırma yapılmasının, gerektiğinde konunun uzmanlarından bilgi ve görüş alınmasının önemi üzerinde durmak istiyorum. Üstelik, söz konusu düzenleme günlük yaşantımızı etkileyecek Ceza Yasası, Kabahatler Yasası gibi temel yasalarsa, yasa koyucunun yasaları hazırlamada göstereceği dikkat daha da önem kazanmaktadır. Doğru hazırlanan yasanın doğru uygulama getireceği ve hukuk devletine olan güveni sağlamlaştıracağı tartışmasızdır.

# KORUMA TEDBİRLERİNDEN DOĞAN ZARARIN KARŞILANMASI

Serdal BAYTAR\*

## GİRİŞ

Sanık veya şüphelinin suçu işleyip işlemediği henüz belli olmadan başvurulmuş koruma tedbirleri, kişi hak ve özgürlüklerine yönelik önemli sınırlamalar getiren ceza muhakemesi işlemleridir. Gerçekten tutuklama kişi özgürlüğüne, el koyma mülkiyet hakkına, arama da konut dokunulmazlığına müdahale niteliği taşıyan koruma tedbirleridir. Koruma tedbirlerinin temel hak ve özgürlükleri her an zedeleyebilecek durumda olması, bu tedbirlere başvurma koşullarının hukuk devleti ilkesine ve insan haklarına uygun olarak ele alınıp düzenlenmesini gerektirir.

Koruma tedbirleri geçmişten beri ülkemizde eleştirilen ve tartışılan Ceza Muhakemesi Hukuku konularının başında gelmektedir. Özellikle hukuka aykırı olarak uygulanan koruma tedbirleri dolayısıyla bireylerin uğradığı zararın giderilmesi konusu bu kapsamda önemli tartışma başlıklarından biri olagelmıştır. Haksız veya hukuka aykırı olarak yakalanan veya tutuklananlara tazminat ödenmesi konusu kapsamlı olarak ilk defa 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Ancak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu bu konuyu 141-144. maddeleri arasında “*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*” başlığı altında yeniden düzenlemiştir. Bu durumda yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden itibaren 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun hükümleri zımnen yürürlükten kalkmış

\* İzmir Barosu üyesi.

olmakta ve yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemeler yürürlüğe girmektedir.

Biz bu çalışmamızda koruma tedbirlerinin uygulanmasından doğan zararların giderilmesi konusu ile ilgili usul ve esasları yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun getirdiği yenilikler doğrultusunda ve yeri geldikçe 466 sayılı eski Kanun hükümleri ile karşılaştırma yapmak suretiyle ele alıp değerlendireceğiz.

## I. GENEL OLARAK

Günümüzün çağdaş özgürlükçü demokrasilerinde bireylerin sahip olduğu hak ve özgürlükler birtakım ulusal ve uluslararası belgelerle koruma altına alınmıştır. Bu hak ve özgürlükler ancak kanunlarda öngörülen belirli hallerde ve bunların özüne dokunulmadan sınırlandırılabilir. Ceza muhakemesi hukukunda öngörülen ve ceza muhakemesinin gecikmeksizin yapılarak uyuşmazlığın konusunu oluşturan somut olaya uygun bir karar verilebilmesini ve verilen kararın uygulanabilmesini sağlama amacı güden koruma tedbirleri, kanun gereği bireylerin temel hak ve özgürlüklerine önemli sınırlamalar getiren tedbirlerdir.<sup>1</sup> Bu anlamda koruma tedbirleri, bireylerin temel hak ve özgürlükleriyle bağdaşmasa da toplumun huzuru ve güvenliğini sağlamak açısından kanunların öngördüğü çerçevede ve zorunlu olarak uygulanmaktadır.<sup>2</sup>

Bireylerin koruma tedbirleri yüzünden bir haksızlığa uğramamaları bakımından bu tedbirler ile ilgili usul ve esaslar başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere Anayasa ve kanunlar gibi birtakım hukuksal metinlerde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak bu konuda gösterilen hassasiyete rağmen uygulamada bireylerin haksız uygulanan koruma tedbirleri dolayısıyla birtakım maddi ve manevi zararlara maruz kaldığı görülmektedir.<sup>3</sup> İşte bireylerin haksız olarak uygulanan koruma tedbirleri yüzünden uğradıkları zararın giderilmesi konusu bir hukuk devletinin en temel gereklerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

<sup>1</sup> Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa R. - Özbek, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2000, s. 433; Kunter, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Bası İstanbul, s. 655; Erem, Faruk, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Ankara 1986, s. 435.

<sup>2</sup> Tezcan, Durmuş, *Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama*, Ankara 1989, s. 25.

<sup>3</sup> Haksız yakalama ve tutuklamalar hakkındaki Adalet Bakanlığı araştırması için bkz., Hakeri, Hakan, *Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi (Tazminat Verilmesi)*, Ankara 1999, s. 15.



Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi, tutuklama ve yakalamaya ilişkin esasları belirledikten sonra maddenin sonunda *"iş bu maddenin hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutuklama işleminin mağduru olan her şahsın, tazminat istemeye hakkı vardır"* ifadesine yer vermek suretiyle sözleşmede belirlenen esaslara aykırı olarak gerçekleştirilen bir yakalama veya tutuklama işleminden dolayı zarar görenlerin tazminat talep edebileceğini hükme bağlamıştır.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat ödenmesi hukukumuzda ilk defa ve *"haksız ve hukuka aykırı yakalama ve tutuklamalar"* ile sınırlı olarak 1961 Anayasası'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne paralel olarak düzenlenen 30. maddesi ile girmiştir. Bu maddeye göre Anayasa'nın belirlemiş olduğu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zarar devletçe ödenecektir. 1982 Anayasası'nın Ekim 2001 değişikliğinden önceki hükmüyle aynı nitelikte olan bu hükmün gerekçesinde *"sonuncu fıkradaki tazminat hükmü de şahıs dokunulmazlığı hakkında konulmuş olan yukarıdaki hükümlerin ciddiye alınmasının kaçınılmaz müeyyidesi ve adaletin zaruri bir neticesi olarak kendisini kabul ettirmektedir. Esasen birçok medeni memleketin anayasasında da benzeri bulunan bu hükmün muhtevasını ihtiyaçlara göre kanun düzenleyecektir."* ifadesine yer verilmiştir.<sup>4</sup> Anayasa'nın bu hükmü uyarınca 1964 yılında Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun çıkarılmıştır.<sup>5</sup> Bu Kanun'da sadece hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen yakalama ve tutuklama koruma tedbirlerinden doğan zararın giderilmesi konusu düzenlenmiş diğer koruma tedbirleri ile ilgili herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

1982 Anayasası'nın Ekim 2001 tarihinde değişikliğe uğrayan 19. maddesinin son fıkrasına göre de *"Bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar tazminat hukukunun genel prensiplerine göre Devletçe ödenir"*.

Koruma tedbirlerinden doğan zararın giderilmesi konusu ile ilgili son düzenleme 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile getirilen düzenleme olmuştur. Bu düzenleme

<sup>4</sup> Madde gerekçesi için bkz., Hakeri, *Anayasa Değişik Madde 19/son Anlamında Tazminat Hukukunun Genel Prensiplerine Göre Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Giderilmesi Sorunu*, (Zararın Giderilmesi Sorunu) Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 3, İstanbul 2003, s. 767.

<sup>5</sup> RG, 15.5.1964 tarih ve 11704 sayı.

ile 466 sayılı Kanun zımnen yürürlükten kaldırılmış olmakta ve onun yerini CMK'daki hükümler almaktadır. CMK ile getirilen yeniliklere genel olarak bakıldığında eski düzenlemeden farklı olarak yakalama ve tutuklamanın yanı sıra arama ve el koyma koruma tedbirlerinden doğan zararın da talep edilebilmesi; devletin, koruma tedbiri dolayısıyla tazminat ödemesi durumunda görevini kötüye kullanan kamu görevlisine ve iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye rücu edebilmesi mümkün hale getirilmiştir. Ayrıca koruma tedbirlerinden doğan zararın giderilmesi ile ilgili olarak açılan tazminat davasının bundan böyle duruşmalı olarak görüleceği hükme bağlanmıştır.

CMK'daki bu düzenleme karşısında yakalama, tutuklama, arama ve el koyma dışındaki koruma tedbirlerinden doğan bir zarar söz konusu olduğunda bu zararların yeni CMK hükümlerine göre değil mümkün olduğu takdirde genel kurallara göre tazmin edilmesi gerekir.

Bu genel açıklamalardan sonra koruma tedbirlerinden doğan zararın giderilmesi konusuna ilişkin usul ve esasları yeni Ceza Muhakemesi Kanunu doğrultusunda ve eski düzenleme ile karşılaştırmak suretiyle ayrıntılı olarak inceleyelim.

## II. KORUMA TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNAT TALEP EDEBİLMENİN KOŞULLARI

### 1. Haksız Yakalama ve Tutuklama Nedeniyle Tazminat Talebinin Koşulları

Haksız yakalama ve tutuklama deyimi ile ifade edilmek istenen yakalama ve tutuklama işlemlerinin hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesidir.<sup>6</sup> Haksız yakalama ve tutuklama, bu koruma tedbirlerine başvurulduğu anda yani baştan itibaren hukuka aykırı şekilde olabileceği gibi başlangıçta hukuka uygun olarak uygulanmakla birlikte sonradan hukuka aykırı hale gelme şeklinde de olabilir. Bu durumda haksız yakalama ve tutuklama kavramını, her iki durumu da içine alacak şekilde tanımlamak gerekirse tutuklama ve yakalamaya ilişkin kurallara uymaksızın ya da bu kurallara uymakla birlikte uygulanan koruma tedbirinin takipsizlik kararı, beraat kararı veya sadece para cezasına çarptırılma

<sup>6</sup> Tezcan, *a.g.e.*, s. 28.

gibi nedenlerle yersiz olduğunun sonradan anlaşıldığı hallerde haksız yakalama ve tutuklamadan söz edilir.<sup>7</sup>

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, yakalama ve tutuklama koruma tedbirleri bakımından tazminat gerektiren durumları genel olarak 466 sayılı Kanun'a paralel düzenlemiş ancak oradaki hükümlere ilave olarak iki yeni durum daha öngörmüştür. Bunlar da *"yasal hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklardan yararlanma istekleri yerine getirilmeden tutuklanma"* ve *"makul süre içinde hakkında hüküm verilmeme"* durumlarıdır.

Haksız yakalama ve tutuklamaya konu olan durumları *"yakalama ve tutuklamaya ilişkin kurallara uyulmamasından kaynaklanan haksız yakalama ve tutuklamalar"* ve *"ilgili kurallara uymakla beraber sonradan haksız hale dönüşen yakalama ve tutuklamalar"* şeklinde ikiye ayırmak mümkündür.<sup>8</sup>

Şimdi yeni düzenlemeler ışığında haksız yakalama ve tutuklama sayılan durumları ayrıntılı olarak inceleyelim.

### **a. Yakalama ve Tutuklamaya İlişkin Kurallara Uyulmamasından Doğan Haksız Yakalama ve Tutuklamalar**

Kişi özgürlüğünü sınırlayan yakalama ve koruma tedbirleri, temel hak ve özgürlükler açısından taşıdıkları önem göz önünde bulundularak hem iç hukuk normlarıyla hem de uluslararası hukuk normlarıyla düzenlenerek belirli şartlara bağlanmıştır. Bu nedenle ilgililerin bu tedbirlere başvururken gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile gerekse Anayasa ve kanunlarımızla belirlenmiş olan kurallara uygun hareket etmesi gerekir.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *"Tazminat İstemi"* başlıklı 141. maddesinin 1. fıkrasının (a), (b), (c), (d) ve (g) bentlerinde sayılan durumların varlığı halinde yakalama ve tutuklamaya ilişkin kurallara başından itibaren uyulmadığından bu durumda haksız yakalama ve tutuklama gerçekleşmiş olacaktır. Gerçekten de;

- Yakalama ve tutuklama kararının veya tutukluluğun devamı yönünde verilen kararın kanunlarda belirtilen ölçülere uygun olmaması (CMK m. 141/1-a),

<sup>7</sup> Tezcan, *a.g.e.*, s. 28.

<sup>8</sup> Tezcan, *a.g.e.*, s. 29.

- Kişinin kanuni gözaltı süresi içinde hakim huzuruna çıkarılması (CMK m. 141/1-b),
- Kişinin kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanması (CMK m. 141/1-c),
- Kişinin kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmaması ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmemesi (CMK m. 141/1-d),
- Yakalanma ve tutuklanma sebeplerinin bildirilmemesi (CMK m. 141/1-g),
- ve son olarak yakalanma ve tutuklanma durumlarının yakınlarına bildirilmemesi (CMK m. 141/1-h) gibi durumların bulunması halinde yakalama ve tutuklama, öngörülen kurallara aykırı olarak gerçekleştirildiğinden ortada bir haksız yakalanma ve tutuklanma durumu bulunmaktadır.

## **b. Sonradan Haksız Hale Dönüşen Yakalama ve Tutuklama**

Yakalama ve tutuklama koruma tedbirleri, aranan koşullara uygun olarak uygulanmış ancak sonradan ortaya çıkan sonuç bakımından tedbirin haksız olduğu anlaşılmış olabilir. Gerçekten de kişiler başlangıçta kanunun öngördüğü esaslara uygun olarak yakalanmış veya tutuklanmış ve yapılması gereken işlemler de hukuka uygun olarak yerine getirilmiş fakat sonradan o kişi hakkında takipsizlik veya beraat kararı verilmiş olabilir. İşte böyle bir durumda ortaya çıkan sonuçlar adaletsizlikler yaratabildiğinden bu tür bir haksız yakalama ve tutuklama işlemine maruz kalan kişilere tazminat ödenmesi gerekir.

Sonradan haksız hale dönüşen yakalama ve tutuklama durumları Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da 466 sayılı Kanun'a paralel olarak düzenlenmiştir. Buna göre sonradan haksız hale dönüşen yakalama ve tutuklama durumları şunlardır:

- Kişilerin kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlarına karar verilmesi (CMK m. 141/1-e),

- Kişilerin mahkum olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdikleri sürelerin hükümlülük sürelerinden fazla olması veya işledikleri suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezaya çarptırılmaları (CMK m. 141/1-f).

Sonradan haksız hale dönüşen yakalama ve koruma tedbirleri bakımından CMK eski Kanun'da olmayan yeni bir düzenlemeye yer vermiştir. Gerçekten de CMK'nın 141/2. maddesine göre bir kimse, kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra o kimse hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararı veren merciin; gözaltı veya tutuklulukta geçirdiği sürelerin hükümlülük sürelerinden fazla olduğu kişiler hakkında mahkumiyet kararı veren merci ile yakalanıp veya tutuklanıp da suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezaya hükmeden merciin ilgiliye tazminat hakkı olduğunu bildirmesi ve bunu ayrıca verilen karara geçirmesi gerekir.

## 2. Arama ve El Koyma Tedbirleri Bakımından Tazminat Talep Edebilmenin Koşulları

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanana Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun'da sadece yakalama ve tutuklama koruma tedbirleri bakımından tazminat öngörülmüşken Ceza Muhakemesi Kanunu, arama ve el koyma tedbirleri bakımından da tazminat talep edilebilmesine imkan tanımıştır. Gerçekten de yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişiler (CMK m. 141/1-i) ile eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine koşullar oluşmadığı halde el konulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası ve diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen kişiler (CMK m. 141/1-j) meydana gelen maddi ve manevi her türlü zararlarını Devletten talep edebileceklerdir.

Tazminat talep edebilmek için gerekli olan koşulları arama ve el koyma tedbirleri bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir.

### a. Arama Tedbiri Bakımından Gerekli Koşullar

Arama kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emri üzerine kolluk tarafından, gerek sanığın yakalanması gerekse delil olan eşyanın el konulması amaçlarına yönelik olarak kişinin mesken ve sair yerleri ile üst ve eşyasında yapılan araştırma işlemidir.<sup>9</sup>

Arama koruma tedbiri, yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Arama ve El Koyma*" başlıklı dördüncü bölümünde düzenlenmiştir. Buradaki düzenleme ile arama, belirli bir şekilde yargısal güvenceye bağlanmış, kişi hak ve hürriyetlerinin korunması açısından aramanın, kural olarak hakim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emri üzerine kolluk görevlileri tarafından yapılabileceği ifade edilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki ifadeye bakıldığında arama koruma tedbiri dolayısıyla tazminat talep edilebilmesi için aramanın, arama için gerekli olan kanuni şartlar oluşmadığı halde gerçekleştirilmiş olması şartı aranmamıştır. Başka bir ifadeyle aramanın yakalama ve tutuklama tedbirlerinde olduğu gibi hukuka aykırı olarak uygulanmış olması koşulu aranmamış sadece "*arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi*" şartı aranmıştır. Bu durumda arama işlemi, usulüne uygun olarak hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı tarafından verilmiş yazılı emir üzerine kolluk tarafından usulüne uygun olarak gerçekleştirilmiş olsa bile kararın uygulanmasında ölçü kaçırılmışsa bu durumda zarar gören ilgili tazminat talep edebilecektir.

### b. El Koyma Tedbiri Bakımından Gerekli Koşullar

El koyma ispat vasıtalarından olup faydalı görülen veya müsadereye tabi bulunan eşyanın, eşyayı elinde bulunduranın rızası bulunmamasına rağmen adliyenin eli altına alınması işlemi olarak ifade edilebilir.<sup>10</sup> El koyma tedbiri yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Eşya veya kazancın muhafaza altına alınması ve bunlara el konulması*" başlıklı 123. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre "*İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri,*

<sup>9</sup> Öztürk - Erdem - Özbek, a.g.e., s. 484.

<sup>10</sup> Öztürk - Erdem - Özbek, a.g.e., s. 462.

*muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya el konulabilir.”*

El koyma tedbirine ne şekilde karar verileceği ve bunun nasıl uygulanacağı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 127. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup bu tedbire başvurulması halinde Kanun'un bu hükümlerine uygun olarak hareket edilmesi gerekir. Aksi halde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinin 1. fıkrasının (j) bendi gereği tazminat talebi gündeme gelebilir. Gerçekten de 141. maddenin 1. fıkrasının (j) bendine göre eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde el konulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen kişiler, maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.

Kanun, el koyma tedbiri bakımından tazminat talebini, şartları gerçekleşmediği halde el koyma tedbirinin uygulanması veya el konulan eşyanın korunmaması veya eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin amaçları dışında kullanılması veya zamanında iade edilmemesi gibi birtakım şartlara bağlamıştır. Bu durumda belirtilen koşullar oluşmadığı müddetçe el koyma tedbirinden dolayı tazminat talep edilemeyecektir.

### III. KORUMA TEDBİRLERİNDEN DOĞAN TAZMİNAT DAVALARINDA YARGILAMA

#### 1. Dava Açma Hakkı

Koruma tedbirlerinden dolayı dava açma hakkı, bu haksız koruma tedbirlerine maruz kalan kişilere tanınmış bir haktır. Bu nedenle koruma tedbirleri bakımından tazminat davası açma ile ilgili koşullara sahip olan kimse, bizzat veya vekili aracılığıyla her türlü zararının karşılanması için dava açma hakkına sahiptir.<sup>11</sup>

Yargıtay'a göre bu tazminat davasını açmak için özel bir vekaletnameye gerek yoktur. Bu yüzden genel vekaletname yeterli kabul edilmektedir.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Tezcan, *a.g.e.*, s. 124.

<sup>12</sup> Tezcan, *a.g.e.*, s. 124.

CMK'da yer alan bir hükümlerle tazminat isteyemeyecek kişilere ilişkin bir kategori oluşturulmuştur. Aslında yürürlükten kaldırılmış olan 466 sayılı Kanun'da da bu yönde bir düzenleme mevcuttu fakat 1991 yılında yapılan değişiklikle söz konusu tazminat engelleri kaldırılmıştı. İşte CMK da bu eski düzenlemeye benzer şekilde ve yargının yerleşik hale gelen kararları doğrultusunda bazı kimselerin tazminat istemesini engelleyen bir düzenlemeye yer vermiştir. Yeni CMK'nın 144. maddesinde yer alan bu düzenlemeye göre tazminat isteyemeyecek olan kişiler şunlardır:

- Gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenler,

- Tazminata hak kazanmadığı halde sonradan yürürlüğe giren ve lehe düzenlemeler getiren kanun gereği durumları tazminat istemeye uygun hale dönüşenler,

- Genel veya özel af, şikayetten vazgeçme, uzaklaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilen veya kamu davası geçici olarak durdurulan veya kamu davası ertelenen veya düşürülenler,

- Kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilenler,

- Adli makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç işlediğini veya suça katıldığını bildirerek gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olanlar.

Hükmün ilk dört bendinde sayılan durumlar yeni olmakla beraber (e) bendindeki *“adli makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç işlediğini veya suça katıldığını bildirerek göz altına alınmasına veya tutuklanmasına neden olanlar”* grubu esasen 1991 değişikliğinden önce 466 sayılı Kanun'da da yer almaktaydı.

## 2. Dava Açma Süresi

Koruma tedbirleri dolayısıyla açılacak olan tazminat davasının, karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her halde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde açılması gerekir.



Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda dava açma süresi ile ilgili olarak eski düzenlemede de mevcut olan üç aylık süre bakımından bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında, dava açma süresinin başlangıcı olarak hükmün kesinleşme tarihini aramasının süreyi çok uzatabileceği ihtimali göz önünde bulundurularak bir yıllık bir üst sınır tayin edilmiştir.<sup>13</sup> Gerçekten de uygulamada beraat kararları tebliğ edilmediği sürece bu sürenin başlamadığı kabul edilmekte ve bu nedenle başvuru süresinin başlaması uzayabilmekteydi. Ancak bu hükümle birlikte artık, davanın en geç karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini takip eden bir yıl içinde açılması gerekecektir.<sup>14</sup>

Kanun'da öngörülen dava açma süresi hak düşürücü bir süredir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 466 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde verdiği 11.7.1972 tarihli 2999 E, 3346 K. sayılı Kararı'na göre *"466 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yazılı üç ay içinde davanın açılmasını öngören süre, hak düşürücü sürelerdendir, işlemeye başladıktan sonra durmaz; kesilmez, tatili mümkün değildir, mahkemece göz önünde tutulur. Belgeler eklenmeden yapılan başvurular ile dava açılmış sayılamaz ve daha sonra belgelerin eklenmesi suretiyle şartların tamamlanması keyfiyeti, hükmün kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde tahakkuk etmediği takdirde, ilk haliyle açılmamış sayılan davayı açılmış hale getirmez"*.<sup>15</sup>

Sanığın yokluğunda verilen kararlar bakımından dava açma süresi tebliğden itibaren başlar. Ayrıca mahkeme kararının kesinleşmiş olması gerekir. Çünkü henüz yargı halini almamış bir mahkeme kararının değişme olasılığı da bulunduğundan tazminat talebine dayanak olması mümkün değildir.<sup>16</sup>

Başvuru dilekçesindeki bilgi ve belgelerde yetersizlik bulunması durumunda mahkeme, eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi halde istemin reddedileceğini ilgiliye duyurur. Süresi içinde eksikliği tamamlanmayan dilekçe, mahkemece itiraz yolu açık olmak üzere reddedilir (CMK m. 142/4).

<sup>13</sup> Şahin, İlyas, *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 408.

<sup>14</sup> Hakeri, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle ve Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Tazminat (Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat)*, HPD, S. 3, Nisan 2005, s. 109.

<sup>15</sup> Karar için bkz., Tezcan, *a.g.e.*, s. 126.

<sup>16</sup> Şahin, *a.g.e.*, s. 408.

### 3. Tazminat Talebini İncelemeye Yetkili Mahkeme ve Davanın Karara Bağlanması

Koruma tedbirlerinden doğan zararın giderilmesine ilişkin tazminat davası, zarar görenin ikamet ettiği yerdeki ağır ceza mahkemesinde görülür. Ancak zarar görenin ikamet ettiği yerdeki ağır ceza mahkemesinin bir şekilde tazminat talebine konu olan işlemle ilişkili olması durumunda dava, aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi varsa bu dairede, yoksa en yakın yer ağır ceza mahkemesinde görülür. (CMK m. 142/2) Burada tazminat talebine konu olan işlemde kasıt yakalama, tutuklama veya tutukluluğun devamına neden olan kararlar ile arama ve el koyma tedbirleri ile ilgili olarak verilen kararlardır.

Kanun'un davaya bakacak olan mahkemeye ilişkin bu düzenlemesi, yargı organlarının tarafsızlığı ilkesinin doğal bir sonucudur. Bu düzenlemeyle haksız koruma tedbirini uygulayan mahkemenin bundan doğan zararın giderilmesine ilişkin davaya bakmasına müsaade edilmemiştir. Böylece kararı veren hakimin asıl davanın etkisinde kalması engellenmiş ve bu anlamda hakimin bağımsızlık ve tarafsızlığı sağlanmaya çalışılmıştır.<sup>17</sup>

Tazminat talep eden kişinin açık kimlik ve adres bilgilerini, zarara uğradığı işlemin ve zararın nitelik ve niceliğini kaydetmesi ve bunların belgelerini dava dilekçesine eklemesi gerekir.

Dilekçesindeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme eksikliğin bir ay içinde giderilmesini aksi halde istemin reddedileceğini ilgiliye duyurur. Süresinde eksiği tamamlanmayan dilekçe, mahkeme tarafından itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur.

CMK yeni bir hüküm olarak mahkemenin dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini, Devlet hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ettirerek varsa beyan ve itirazlarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmesini isteyeceğini öngörmüştür (CMK m. 142/5).

Mahkeme, istemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapabilir veya hakimlerinden birine yaptırabilir (CMK m. 142/6)

<sup>17</sup> Alacakaptan, Uğur, "Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti", *AÜHFİM*, C. XVIII, Yıl: 1961, S. 1-4, s. 202-205.

466 sayılı eski Kanun'a göre tazminat davası dosya üzerinden görülürken CMK, tazminat davasının duruşmalı olarak çözümlenmesi ilkesini benimsemiştir. Gerçekten de CMK'nın 142/7. maddesine göre mahkeme, istemde bulunanı, Cumhuriyet Savcısı'nı ve hazine temsilcisini dinledikten sonra kararını verecektir. CMK'nın eski Kanun'dan farklı olarak tazminat davalarına duruşmalı olarak bakılmasını öngörmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu gerekliliğe işaret eden kararlarının bir sonucu olmuştur.<sup>18</sup>

Tazminat miktarının belirlenmesi bakımından CMK'da 3.10. 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 19/son maddesinde yapılan değişikliğe paralel bir düzenlemeye yer verilmiş, böylece mağdurların gerçek zararlarını tespit etmekten uzak olan eski Kanun'daki anlayış terk edilerek zararın tazminat hukukunun genel esaslarına göre belirlenmesi öngörülmüştür (CMK m. 142/6)

Tazminat davası ile ilgili olarak getirilen bir diğer yenilik de verilen kararlar hakkında bundan böyle istinaf yoluna gidilecek olmasıdır. CMK'nın konu ile ilgili 142/8. maddesine göre karara karşı, istemde bulunan, Cumhuriyet Savcısı veya hazine temsilcisi istinaf yoluna başvurabilir. Bu yola başvurulması halinde inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır.

#### 4. Tazminatın Geri Alınmasını Gerektiren Haller

466 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenmiş olan tazminatın geri alınmasını gerektiren haller CMK'nın 143. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararı sonradan kaldırılarak hakkında kamu davası açılan ve mahkum edilenlerle yargılamanın aleyhte yenilenmesi ile beraat kararı kaldırılıp mahkum edilenlere ödenmiş tazminatların, mahkumiyet süresine ilişkin kısmı, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine aynı mahkemeden alınacak kararlar kamu alacaklarının tahsiline ilişkin mevzuat hükümleri doğrultusunda geri alınır. Mahkemenin bu konuda verdiği karara karşı itiraz yolu açıktır.

Devletin koruma tedbirleri dolayısıyla ödediği tazminatı sorumlulardan rücu yoluyla alması mümkündür. CMK'nın konu ile ilgili

<sup>18</sup> Hakeri, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*, s. 109.

maddesine göre devlet ödediği tazminattan dolayı koruma tedbiri ile ilgili olarak görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine ve iftira konusunu oluşturan suç veya yalan tanıklık nedeniyle gözaltına alınma ve tutuklanma halinde de iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye rücu edecektir.

## SONUÇ

Sanık veya şüphelinin suçu işleyip işlemediği henüz belli olmadan başvuru koruma tedbirleri, kişi hak ve özgürlüklerine önemli müdahaleleri gerektirmektedir. Örneğin; tutuklama kişi özgürlüğüne, el koyma mülkiyet hakkına müdahale sonucunu doğurmaktadır. İşte koruma tedbirlerinin temel hak ve özgürlükleri ciddi anlamda sınırlaması, koruma tedbirlerine başvurma koşullarının hukuk devleti ilkesine ve insan haklarına uygun olarak ele alınıp düzenlenmesini gerektirir.

Zaten demokratik hukuk devletlerinde suç sanıklarının özgürlüklerinin kısıtlanması sıkı kurallara bağlanmakta, bir koruma tedbiri dolayısıyla hak ve özgürlüklerine müdahale edilen kişilerin bu yüzden bir haksızlığa uğramamaları için gerekli yasal düzenlemeler yapılarak önlemler alınmaktadır. Ancak bu konuda gösterilen özene rağmen yakalama ve tutuklama tedbirlerinde olduğu gibi kişilerin özgürlüklerinden haksız olarak yoksun bırakıldığı görülür. İşte böyle durumlarda, meydana gelen zararın giderilmesi yollarının açık tutulması demokratik hukuk devleti anlayışının bir gereği olmaktadır.

Nitekim bizim hukukumuzda da haksız koruma tedbirleri dolayısıyla meydana gelen zararın giderilmesine ilişkin hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Bu konuda ilk düzenleme 1961 Anayasası'nın 30. maddesi ile kanunun gösterdiği şartlara uyulmamasına karşı tazminat esaslı kabul edilmiştir. Buna göre Anayasa'nın belirlediği esaslar dışında işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar devletçe ödenecektir. 1961 Anayasası'nın bu hükmü doğrultusunda hukuka aykırı olarak yakalanan ya da tutuklananlara tazminat verilmesini düzenleyen 07.05.1964 tarih ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun kabul edilmiştir. 1982 Anayasasının 4709 sayılı Kanun ile değişik 19/son maddesinde önceki maddelerde sözü edilen kişilerin *"uğradıkları zarar tazminat hukukunun genel prensiplerine göre devletçe ödenir"* hükmüne yer verilerek konu düzenlenmiştir.

Bu konuda son olarak ülkemizde yaşanan tutuklama, yakalama, gözaltı ve arama konusundaki uygulamalar sebebiyle yapılan şikayetler üzerine 5271 sayılı Kanun'da gerek koruma tedbirleri alanında gerekse bunlardan zararın tazmini alanında önemli birtakım değişiklikler yapılmıştır. Daha önce 466 sayılı Kanun ile düzenlenen haksız veya hukuka aykırı olarak yakalanan veya tutuklananlara tazminat ödenmesi konusu, CMK'nın 141-144. maddeleri arasında yeniden düzenlenmiştir. Böylece 466 sayılı Kanun 01.06.2005 tarihinden itibaren yürürlükten kalkmış ve CMK'daki düzenlemeler yürürlüğe girmiştir.

Yeni CMK ile getirilen en önemli değişiklik 466 sayılı Kanun'da belirtilen yakalama ve tutuklama halleri dışında arama ve el koyma hallerinde de bu koruma tedbirlerinden dolayı meydana gelen zararların da artık tazmin edilebilecek olmasıdır. Bu durumda yakalama, tutuklama, arama ve el koyma dışındaki koruma tedbirlerinden doğan bir zarar söz konusu olduğunda bu zararlar yeni CMK hükümlerine göre değil mümkün olduğu takdirde genel kurallara göre tazmin edilecektir.

Bu konuda başvuru süresi ile ilgili olarak eski Kanun'daki üç aylık süre korunmuş ancak bu sürenin gereksiz yere uzamasını önlemek bakımından *"herhalde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde istemde bulunulması gerekir"* hükmüne yer verilmiştir.

Eski Kanun'dan farklı yeni bir hüküm olarak bundan böyle tazminat davasına duruşmalı olarak bakılmasını benimsemiş; ayrıca dava dilekçesinin ve ek belgelerinin devlet hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ edileceği, varsa beyan ve itirazlarını on beş günde yazılı olarak bildirmesinin isteneceği kuralı getirilmiştir.

Yine eski Kanun'dan farklı olarak ödenen tazminatın, koruma tedbirleriyle ilgili olarak görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine ve iftira konusunu oluşturan suç veya yalan tanıklık nedeniyle gözaltına alınma ve tutuklama halinde de iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye rücu edileceği hükmü öngörülmüştür.

Son olarak CMK 144. madde ile esas itibariyle eski Kanun'un ilk halinde mevcut olan ancak 1991 yılında yapılan değişiklikle kaldırılmış olan tazminat isteyemeyecek kişiler grubu yeniden öngörülmüş böylece Kanun'da sayılmış olan belirli kişilerin tazminat talep etmeleri engellenmiştir.

# ADLİ BİRİMLERDE GÖRÜLEN YOLSUZLUKLAR VE ALINMASI GEREKEN KARŞI ÖNLEMLER

Hasan DURSUN\*

Tuzun kokması, yolsuzlukların anası veya yolsuzluğun yolsuzluğu şeklinde betimlenen adalet yolsuzlukları dünyadaki hukukçular tarafından ancak son yıllarda inceleme konusu yapılmıştır. Adalet yolsuzluklarının hukukçular tarafından son yıllarda inceleme konusu yapılmasını olağan olarak kabul etmek olanaklı değildir. Çünkü, yolsuzluklar, kişilere, topluma ve devlete ait ekonomik, mali sosyal ve kültürel çok önemli hakları ihlal etmekte, adalet yolsuzlukları ise söz konusu ihlalin yanında, adaletin düzgün ve dürüst işlemesi gerektiği şeklindeki devletin ve toplumun temelini oluşturan hukuki varlık veya menfaati de tahrip etmektedir.

Hukukçular tarafından son yıllarda inceleme konusu yapılsa da, ekonomistler uzunca bir zamandır beri dikkatlerini yasal ve yargı sisteminin iyi işleminin, ekonomik etkinlik ve kalkınma üzerine etkileri konusuna odaklanmışlardır. Adam Smith "*Hukuk Üzerine Dersler*" (Lectures on Jurispendence) adlı kitabında "*yasalardaki bozuklukların ve yasaların uygulanması konusundaki belirsizliklerin ticaretin önündeki en büyük engel oluşturduğunu*" ifade etmiştir. Buscaglia ise adalet yolsuzluğunun; hukukun uygulanması ve yorumundaki öngörü ve istikrarı bozarak ekonomik gelişmeye ağır bir darbe vuracağını ifade etmiştir (Bkz., Buscaglia, s. 1).

Kamusal yolsuzluk konusunda ekonomistler farklı çıkarımlara ulaşmışlardır. Rose-Ackerman (1997) yaygın yolsuzluğun; devlet fonksiyonunun zayıf işlediğini belirten bir gösterge olduğunu ifade

---

\* Planlama uzmanı (Bu makalede ileri sürülen fikirler DPT'yi bağlamaz. Yazarın kişisel görüşleridir).

etmiştir. Buscaglia (1997) özel veya kamu sektörü tarafından alması olarak hizmet sunmanın olanaklı olmadığı durumların, kötü yönetim uygulamaları ile birleşerek resmi yolsuzluğun kökleşmesine yol açacağı fikrini benimsemiştir. Bir çok yazar, yolsuzluğun ekonomik analizinde kilometre taşı niteliği taşıyan çok önemli araştırmalar yapmıştır. Örneğin; Becker ve Stigler (1974), Klitgaard (1991) tarafından yapılan çalışmalarda; düşük ücretlerin ve zayıf denetim düzeneklerinin yolsuzluğun temeli kaynağını oluşturduğu sonucuna varılmıştır. Söz konusu yazarlara göre rüşvet türüyle oluşan resmi yolsuzluk, ceza beklentisini ve böylelikle cezaların caydırıcılığı işlevini azaltır. Bu bağlamda, söz konusu yazarlar; güvenlik güçlerinin maaşlarının artmasının ve/veya özel güvenlik güçlerine performansları karşılığı ödeme yapılmasının hukukun uygulanmasında kaliteyi artıracığı fikrini savunmuşlardır (Bkz., Buscaglia, s. 1).

Bir kısım yazarlar ise örneğin; Rose-Ackerman (1978), Macrae (1982), Shleifer ve Vishny (1993), Maoro (1995) ve Buscaglia ve diğerleri (2000) yukarıda anlatılan yolsuzluğun kurumsal analizine karşı çıkararak yolsuzluğa farklı bir açıdan yaklaşmışlardır. Bu yazarlara göre yolsuzluk; devlet ile piyasa arasında oluşan davranışsal bir olgu veya Buscaglia ve diğerlerinin (2000) ifadesine göre yolsuzluk, kamu sektöründe iyi yönetişimin fonksiyonel bir yapıda olmadığını gösteren bir bulgudur. Davranışsal veya kurumsal olarak yapılan bütün analizlerde ekonomik modeller; kişi ve firmaların, yakalanma ve mahkum olma olasılığı ile yolsuzluğun cezasının ağırlığını dikkate aldığı varsayar. Kuşkusuz tüm bu çalışmalarda etik değerler önemli bir paya sahip bulunmakta ve "suç işleme eğiliminin" kişinin ahlaki temeline bağlı bulunduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, tüm ekonomik modeller; az veya çok, yolsuzluğu teşvik eden faktörlere kişilerin tepki verdiği ilkesini kabul eder. Yolsuzluğun tüm ekonomik analizlerinde benimsenen başka bir husus; yolsuz faaliyetlerin boyutunun değişebilmesi (artması yönünde) için, suçun cezası da dikkate alınarak suçtan beklenen marjinal faydanın, yasal işlerden elde edilecek marjinal getiriden daha fazla olması, bir başka deyişle, suçun marjinal faydasının daima suçun marjinal maliyetinin üzerinde bulunması gerekir (Bkz., Buscaglia, s. 1).

Bir kısım ekonomistler ise yolsuzluğun piyasa üzerine etkilerini incelemişlerdir. Örneğin; Andvig (1991) tarafından yapılan bir çalışmada; yolsuzluğun, piyasalara belirsizlik getirerek piyasa ve gizli fiyat

mekanizmalarını bozduğu ortaya konulmuştur. Acemoğlu ve Verdier (2000) tarafından yapılan bir başka çalışmada ise yolsuzluğun piyasa zayıflıklarına yol açtığı ortaya konulmuştur (Bkz., Buscaglia, s. 1).

Adli yolsuzluklar konusunda yapılacak analizlerde gözden uzak tutulmaması gereken bir nokta da; organize suç gerçeğidir. Bir kısım yazarlar tarafından yapılan inceleme ve araştırmalarda, Örneğin; Leiken (1996), Marselli ve Vannini (1997) ve Langseth (2000) kamusal yolsuzlukların, siyasi ve sosyal istikrara zarar vererek uluslararası güvenliğe önemli bir tehdit oluşturan organize suç faaliyetlerinin artmasına yol açan temel etmenlerden birisi olduğu ortaya konulmuştur. Günümüzde organize suç grupları; uyuşturucu, nükleer, kimyasal ve biyolojik madde kaçakçılığı, insan kaçakçılığı, uluslararası nitelikteki karapara aklama ve diğer kaçakçılık faaliyetleriyle ülkelerin ekonomik ve sosyal istikrarını bozmakta, uluslararası güvenliği önemli ölçüde tehlikeye maruz bırakmaktadır (Bkz., Buscaglia, s. 1).

Yolsuzluk ile organize suç arasında ayrılmaz bir bağıntı bulunduğu ve organize suç grupları, adli birimlerdeki görevlileri yolsuzluğa bulaştırmadan faaliyetlerini yürütemeyeceğinden; organize suç bertaraf etmeye yönelik önlemler alınmadan, adli yolsuzluklarla etkin mücadele edilebilmesi mümkün değildir. Bundan da öte, Cressey'e göre; mafya tipi çoğu organize suç organizasyonlarının teşkilat şemasında gizli bir şekilde "yolsuzluğa bulaştıran" ve "yolsuzluğa bulaşmış" kadroları bulunmaktadır. Yolsuzluğa bulaştıran kadrosunda bulunan kimse organize suç aile üyelerinin güvenliğini sağlama ile tutuklanma, soruşturma ve cezalandırmadan başışıklığını temin etmek üzere polis ve kamu görevlilerine rüşvet vermekte, onları satın almakta, yıldırma, onlarla müzakerelerde bulunmakta ve onları kandırmaktadır. Mafya tipi suç organizasyonlarının organizasyon şemalarında gizli bir şekilde belirlenen "yolsuzluğa bulaştıran" görevi, "yolsuzluğa bulaşmış" görevi gibi enformel bir pozisyonudur ve bu görev, organize suç ailesindeki eleman, şef, patron yardımcısı, hatta patron tarafından yerine getirilebilmektedir (Cressey, s. 36- 37).

Yolsuzluğa bulaştıran kimse konusunda Cressey şunları söylemektedir: "Ayrıksı durumlarda yolsuzluğa bulaştıran görevini sadece bir kişi yapmaktadır. Daha da ayrıksı durumlarda ise, en fazla iki organize suç grubu için bir tane yolsuzluğa bulaştıran görevini yapan kimse bulunmaktadır. Yolsuzluğa bulaştıran, bağlı olduğu organize suç grubunun belli bir coğrafi



bölgedeki yolsuzluk faaliyetlerini yürütmektedir. Bununla birlikte, yaygın olarak, bir organize suç grubunda birden fazla yolsuzluğa bulaştıran kimse bulunabilmektedir. Örneğin; bu kimselerden bazıları polis veya il genel meclisi gibi devletin bazı kurumlarını yolsuzluğa bulaştırma işiyle uğraşmakta, diğer birisi, Tekel idaresi gibi başka kamu kurumu görevlilerinin etik değerlerini zayıflatarak onları kandırmaya uğraşmakta, başka birisi ise hakim, savcı ve diğer adalet personelini yolsuzluğa bulaştırarak işlerini kolay yürütebilme peşinde koşabilmektedir. Kişinin hangi kamu kurumunda tanıdığı olmasına göre yolsuzluğa bulaştıran kimselerin rolleri değişebilmektedir. Bazı durumlarda ise bir 'baş yolsuzluğa bulaştıran' kimse bulunmakta ve bu kimse diğer yolsuzluğa bulaştıran kimselerin faaliyetlerine eşgüdüm sağlamaktadır. Yolsuzluğa bulaştıran görevine atanan kimselerin görev süresi yaşam boyu olmamakla birlikte oldukça uzun bir süreyi kapsamaktadır" (Bkz., Cressey, s. 37)

Organize suç gruplarında yalnızca yolsuzluğa bulaştıran pozisyonu bulunmamakta, bunun yanında, yolsuzluğa bulaşmış pozisyonu da bulunmaktadır. Cressey'in doyumsuz anlatımına göre; organize suç grupları, en az yolsuzluğa bulaştıran pozisyonunun sayısına eş olarak "yolsuzluğa bulaşmış" kadrolarına da sahip bulunmaktadır. Yolsuzluğa bulaşmış görevine atanan kimse, atandığı organize suç grubunun üyesi konumunda bulunmamakta, sadece o ailenin iş bölümü açısından önem kazanmaktadır. Bazı durumlarda ise organize suç ailesi, kendine "yolsuzluğa bulaşmış" kadrosuyla kişi almamakta, yolsuzluğa bulaştıran kişi veya kişilerin yardımıyla bazı kişi veya kişileri çeşitli kamu kurumlarına yerleştirmektedir. Bu tip kişilerin sahibi, kendisini işe yerleştiren organize suç ailesidir (Fazla bilgi için bkz., Cressey, s. 37).

Bu incelemede; adli birimlerde (güvenlik teşkilatı, mahkeme ve ceza infaz kurumları) görülen yolsuzlukların türleri incelenecek, daha sonra ise adli birimlerde görülen yolsuzlukları en aza indirebilmek için alınması gereken genel önlemler ile her bir adli birim temelinde alınması gereken önlemler üzerinde durulacaktır.

## I. ADLİ BİRİMLERDE GÖRÜLEN YOLSUZLUKLAR

Bu çalışmada adli birim kavramı bilinçli bir şekilde kullanılmıştır. Bazı kişiler, adli birim kavramından yalnızca mahkemeleri anlamaktadır. Halbuki mahkeme; adli birimlerin sadece bir türüdür ve ancak yargı organı kavramıyla koşut olarak kullanılmalıdır. Adli birim kavramı,

yargı organı kavramından daha geniştir. Adli birimleri sadece mahkemeler oluşturmamakta, mahkemeler yanında güvenlik teşkilatı ve ceza infaz kurumları da oluşturmaktadır. Bu kısımda; güvenlik kuvvetleri, mahkeme ve ceza infaz kurumlarında görülen yolsuzluklar sırasıyla incelenecektir.

### a. Güvenlik Kuvvetlerinde Görülen Yolsuzluklar

Güvenlik güçlerinde görülen yolsuzluk olaylarını iki tür olarak incelemek gerekir. Bunlar; organize suç gruplarının güvenlik güçlerini yolsuzluğa bulaştırması ve güvenlik güçlerinde görülen yönetsel yolsuzluklardır.

Kimi yazarlara göre organize suç gruplarını, sokak çetelerinden ayıran husus; organize suç gruplarının faaliyetlerini etkin bir şekilde yürütebilmek için kamu görevlileri ve/veya siyasilere bağlantı içerisinde bulunmaları ve onları yolsuzluğa bulaştırmalarıdır (Bu konuda fazla bilgi için bkz. Dursun, *Organize Suça ...*, s. 12 vd). Bu açıdan, güvenlik güçlerini yolsuzluğa bulaştırmadan, organize suç gruplarının faaliyetlerinin etkin bir şekilde yürütülebilmesi olanaklı değildir. Güvenlik gücünün, ceza yasalarının uygulanmasında takdir hakkının bulunmasını fırsat bilen organize suç şebekeleri; güvenlik güçlerini, yolsuzluğa bulaştırılacak temel kamu görevlisi grubu olarak görmektedir. Güvenlik güçlerinin, kanunları uygulama sırasındaki geniş yetkilerini bilen organize suç şebekeleri; kendilerine belirli bazı kanunların hükümlerinin uygulanmaması için güvenlik gücüne büyük miktarda rüşvet vermekten en küçük bir çekince göstermemektedir. Rüşvet karşılığı kanunu ihlal edenlerin yakalanmaması veya sorguya alınmaması; organize suç gruplarının güvenlik güçlerini yolsuzluğa bulaştırmasının sadece bir çeşididir (Bkz., Wroblewski ve Hess, s. 396).

Goldstein; organize suç grupları tarafından güvenlik kuvvetlerinin yolsuza bulaştırılabileceği halleri şu şekilde sıralamaktadır:

- Güvenlik gücü tarafından soruşturmanın üzerinin örtülmesi,
- Güvenlik kuvvetinin suçun işleneceği yere bilinçli olarak gitmemesi,
- Güvenlik kuvvetinin suçun faili hakkında, daha az cezayı gerektirecek şekilde tutanak düzenlemesi,

- Suçun failiyle güvenlik gücünün, failin mahkemedeki soruşturma ve kovuşturmada ne şekilde ifade vereceği konusunda anlaşma yapması,

- Ruhsat veya izin verilmesi güvenlik kuvvetinin incelemesine veya uygun görmesine bağlı olan hallerde, güvenlik kuvvetinin kasıtlı olarak ilgili makama gerçeğe aykırı rapor vermesi,

- Güvenlik kuvveti tarafından, daha önce suç işlemiş bulunan organize suç grubu elemanlarının sabıka veya emniyet kayıtlarının gerçeğe aykırı olarak değiştirilmesidir (Bkz., Wroblewski ve Hess, s. 396).

Organize suç gruplarının güvenlik gücünü yolsuzluğa bulaştırdığı durumlarda, bütün güvenlik teşkilatı daha az etkin bir konuma gelecek ve dürüst güvenlik mensupları, teşkilat içerisinde kime güvencelerini kestiremeyeceklerdir. Ayrıca, güvenlik gücünün örneğin polisin yolsuzluğa bulaşması, halkın polise olan güveninin sarsılmasına da yol açacaktır. Güvenlik gücünün yolsuzluğa bulaşması; güvenlik elemanının profesyonelliğine, disiplinine ve etkinliğine de önemli ölçüde tehdit oluşturmaktadır (Bkz., Wroblewski ve Hess, s. 385, 396).

Güvenlik güçlerinde görülen ikinci tür yolsuzluk türü; yönetsel yolsuzluklardır. Güvenlik güçleri tarafından yapılan yönetsel yolsuzluklar, organize suç gruplarının güvenlik güçlerini yolsuzluğa bulaştırmasından daha eski ve sürgit bir şekilde kendisini baş gösteren bir sorundur (Karş. Wroblewski ve Hess, s. 570).

Güvenlik gücü yolsuzluğu, daha doğru bir deyişle güvenlik gücünün yönetsel yolsuzluğu; Goldstein tarafından, güvenlik mensubunun; kendisi veya üçüncü bir şahıs yararına görevini kötüye kullanması olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre güvenlik mensubunun yönetsel yolsuzluğundan bahsedilebilmesi için iki koşulun eş anlı olarak bulunması gerekmektedir. Bunlar; a) görevin kötüye kullanılması, b) kişisel kazanç elde edilmesidir. Örneğin; arama izniyle eve giren güvenlik gücünün, (polis) girdiği evden hırsızlık yapması güvenlik gücünün yönetsel yolsuzluğunu oluşturur; çünkü, bu durumda hem bir görev yapılmakta hem de kişisel kazanç elde edilmektedir. Buna karşın, güvenlik gücünün hukuka aykırı olarak arama yapması veya yargısız infazda bulunması, kişisel kazanç elde edilmesi koşulunu sağlayamadığı için güvenlik gücünün yönetsel yolsuzluğunu oluşturmaz (Fazla bilgi ve karşılaştırma için bkz., Wroblewski ve Hess, s. 570 vd).

Walker'e göre, güvenlik mensubunun yönetsel yolsuzluğuna karşı etkin bir mücadele verilebilmesi için söz konusu yolsuzluğun çeşitlerini, niçin bulunduğunu ve nasıl kontrol edileceğini iyi bilmek gerekir. Walker; karşılıksız bir öğle yemeği veya indirim kabul eden polis görevlisi ile nakit para kabul eden hatta nakit para verilmesini teşvik eden güvenlik mensubunun yaptığı yolsuzluk arasında büyük farkın bulunduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, nakit para isteyen bir polis görevlisinin durumu ile kendi mıntıkasında görev yaptığı için suçun azaldığını düşünen veya kendisine hizmet verdiği veya koruduğu için minnet duygusu duyan bir lokanta sahibinin, polise öğle yemeği ısmarlaması arasında büyük farklar vardır. Nitekim uygulamada da, Amerikanın bir çok eyaletleri; polise yapılan küçük ısmarlamaları yolsuzluk olarak kabul etmemektedir (Bkz., Wrobleski ve Hess, s. 570).

Amerika Birleşik Devletleri'nde genel olarak yapılan işten duyulan memnuniyet gereği polise indirim yapılması veya bir şey ısmarlanması ciddi bir yolsuzluk olarak kabul edilmemesine rağmen, polise nakit para ödenmesi çok ciddi bir yolsuzluk olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca; Birleşik Devletlerin Knapp Komisyonu tarafından 1973 yılında yayımlanan bir raporda "çimen yiyicileri" ile "et yiyicileri" arasında ayırım yapmıştır. Çimen yiyicilerinden (otlayıcı) kastedilen husus; kendisine önerilen ısmarlamayı edilgen bir şekilde kabul eden güvenlik mensuplarıdır. Buna karşın et yiyicilerinden (yiyici) kastedilen husus ise etken olarak, kendisine ödeme yapılmasını isteyen güvenlik mensuplarıdır (Bkz., Wrobleski ve Hess, s. 570, 571).

Amerika Birleşik Devletleri'nde görülen (Türkiye'de olduğu gibi) daha ciddi ve açık bir başka polis yönetsel yolsuzluk çeşidi; rüşvet karşılığında göz altına alma veya para cezası uygulamaktan kaçınma halidir. Bu çeşit yönetsel yolsuzluk çeşidiyle özellikle hız sınırına uyulmaması durumunda karşılaşılmaktadır. Hız sınırına uymadığı için durdurulan kimi şahıslar; polisin istediği sürücü belgesinin içerisine beş veya on dolar gibi küçük meblağları koymakta, kimi polisler ise söz konusu parayı cebine atarak ilgiliye para cezası vermekten kaçınmaktadır. Bazı durumlarda ise polis doğrudan para talep etmek yerine; hız yapan kişiden, polis yararına olan bir davetiye biletinin alınmasını talep etmektedir (Bkz., Wrobleski ve Hess, s. 571).

Amerika Birleşik Devletleri'nde görülen bir diğer ciddi ve açık bir polis yönetsel yolsuzluk çeşidi; polisin görevi gereği elde ettiği mal veya

parayı aşırmasıdır. Daley (1978) adlı yazar; bazı New York polisinin ele geçirdiği ve boyutu binlerce dolar olan uyuşturucu madde ve paraları kendi aralarında üleşerek aşırıldıklarını iddia etmektedir. Yazar; bazı durumlarda ise emanete alınan eşyaların polisler tarafından emanet odasından alındığını ve söz konusu eşyaların akıbetlerinin sır olduğunu ileri sürmüştür (Wroblewski ve Hess, s. 571).

Güvenlik mensuplarının etik kuralları ve değerleri ile güvenlik mensubunun kültür dünyası arasında bir ikilem bulunmaktadır. Bu ikilemin somut görünüşlerinden biri güvenlik mensubu yolsuzluğudur (Wroblewski ve Hess, s. 572). Bu konuda, Pollock-Byrne (1989) adlı yazarlar şunları söylemektedir:

*“Polis; kural olarak, toplumun kötü yüzünü temsil eden kimselerle uğraşır. Toplumun kötü yüzünü yalnızca uyuşturucu bağımlıları, soyguncu ve hırsızlar oluşturmaz; bunun yanında, ahlaksız veya yolsuz orta sınıf insanları da oluşturur. Özellikle siyasetçiler, hakimler, savcılar, yöneticiler tarafından sürgit bir şekilde yalana-dolana, aldatmaya ve hırsızlığa başvurulması, toplumda derin bir nefret duygusu oluşturur ve bu durum en kuvvetli etik kuralları bile tehdit eder”* (Bkz., Wroblewski ve Hess, s. 572, 573)

Murphy ve Moran (1981) adlı yazarlar; polisin yaptığı yolsuzluğu meşru göstermek amacıyla kılıf olarak kullandığı bazı mazeretlere yer vermektedir. Bu mazeretler:

*“Halk her polisin hırsız olduğunu düşünür, o halde dürüst olmanın bir anlamı yoktur.*

*Para hazır beklemektedir. Ben almazsam başka birisi alacaktır.*

*Ben hakkım olan parayı almaktayım. Eğer devlet bana yeterli maaş verirse o zaman rüşvet almam.*

*Rüşveti kullanacağın iyi yerler bulunmaktadır. Örneğin; çocuğumu ameliyat ettireceğim, onun okul masraflarını karşılayacağım, ona bir bisiklet alacağım veya onun dişini yaptıracağım. Polisin diğer meslektaşlarından rüşvet alması yönünde sürekli telkine maruz kalması, polisin yaptığı ahlaksız işlerin diğer polisler tarafından onaylanması, polisin doğru veya yanlış yaptığı hakkında herhangi bir ölçütün olmaması veya ölçütün belirsiz olması durumlarında, polisin neden yolsuz davranışlarda bulunduğu değil, neden polisin yolsuz davranışlarının daha çok olmadığı sorusunun yöneltilmesi daha yerinde olacaktır”* (Bkz., Wroblewski ve Hess, s. 571-573).

## b. Mahkemelerde Görülen Yolsuzluklar

Mahkeme yolsuzluğu daha doğru bir deyişle yargı yolsuzluğu; yargısal hizmet verilirken uyulması gereken usul ve esasların, yargı personeli tarafından özel çıkarlar karşılığında göz ardı edilmesidir. Mahkemelerde çok değişik çeşitte yolsuzluklar görülebilmesine rağmen söz konusu yolsuzluklar, temel olarak iki türe indirgenebilir. Bunlar; a) yönetsel yolsuzluk b) işlevsel yolsuzluktur (Bkz., Buscaglia, s. 3).

Mahkeme idari personelinin özel çıkarları için resmi veya enformel idari süreçleri ihlal ettiği zaman görülen yolsuzluklar; yargı organlarının yönetsel yolsuzluğu olarak adlandırılır. Davanın taraflarının; davayı hızlandırmak veya geciktirmek veya davanın kendi istedikleri yargıca gitmesini sağlamak için mahkemenin idari personeline rüşvet vermesi, yine, yargı hizmeti alanların dosyada bulunan kanıt ve raporları değiştirebilmek veya dava dosyasının normalden farklı bir şekilde işlem görmesini sağlamak için mahkeme personeline rüşvet vermesi yargı organlarında görülen yönetsel yolsuzluğa örnek olarak verilebilir. Mahkemelerde görülen yönetsel yolsuzluklar; çıkar karşılığında yapılan yönetsel ve usule yönelik düzensizlik ve uygunsuzluklar olarak da adlandırılabilir (Bkz., Buscaglia, s. 3).

Yargı organlarında görülen ikinci tür yolsuzluk çeşidi ise işlevsel yolsuzluktur. İşlevsel yolsuzluk; genellikle siyasi ve/veya ekonomik çıkarların tehlike altında bulunduğu büyük yolsuzluk planlarının bir parçasını teşkil eder. Siyasal güdülerle alınmış mahkeme kararları ve/veya yargıçların yolsuz karar vererek ekonomik çıkarlar elde etmesi veya mesleğinde yükselmesi yargı organlarında görülen işlevsel yolsuzluğa örnek olarak verilebilir. Mahkemelerde görülen işlevsel yolsuzluklar; çıkar karşılığında yapılan ve yargısal kararları etkileyen temel düzensizlikler olarak da adlandırılabilir (Bkz., Buscaglia, s. 3).

Yargı organlarının yolsuzluğu konusunda bir hususun akıldan çıkarılmaması gerekir. Bir ülkede yargı organlarında sadece işlevsel veya yönetsel yolsuzluğa rastlanılmamaktadır. Yargı organlarının işlevsel yolsuzluğunun bulunduğu hâllerde, yönetsel yolsuzluğa da rastlanılmakta; yönetsel yolsuzluğun bulunduğu hâllerde ise işlevsel yolsuzluk durumuyla karşılaşılmaktadır. Esasen yönetsel yolsuzluk ile işlevsel yolsuzluk hâlleri kimi durumlarda tek yumurta ikizi gibi birbi-

rinden açık bir şekilde ayrılamamaktadır. Yargı organlarında görülen söz konusu iki tür yolsuzluk arasında birbirine geçişler görülmektedir. Bundan da öte, yargı organlarında yönetsel yolsuzluğun bulunması işlevsel yolsuzluk için uygun bir zemin oluşturmakta, bunun tersi de geçerli olarak; işlevsel yolsuzluk da, yönetsel yolsuzluğun büyümesi için uygun bir ortam oluşturmaktadır (Bkz., Buscaglia, s. 3).

### c. Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevlerinde Görülen Yolsuzluklar

Türkiye’de ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde yaygın bir şekilde yolsuzluk olaylarına rastlanılmaktadır. Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde görülen yolsuzluk olaylarını da iki açıdan incelemek gerekir. Bunlardan ilki, işlevsel yolsuzluk denilen, organize suç grupları elemanlarının ceza infaz kurumu ve tutukevleri yönetimi ile personelini yolsuzluğa bulaştırması olgusudur. Suç organizasyonları; organizasyon içerisinde önemli pozisyonda bulunan kişileri cezaevine düşse bile, ceza ve tutukevi yönetimi ve personelini yolsuzluğa bulaştırarak söz konusu adamlarına, ceza ve tutukevinde konforlu bir yaşam sağlattırmaktadır.

Suç organizasyonları; bunun yanında, ceza ve tutukevi yönetimi ve personelini yolsuzluğa bulaştırarak, organize suç faaliyetlerini ceza ve tutukevinden de yürütebilmektedir. Gerçekten de, özellikle organize suç gruplarının lideri konumunda bulunan kimseler, ceza ve tutukevi yönetimi ve personelini yolsuzluğa bulaştırarak, suç faaliyetlerini, ceza ve tutukevinden verdiği talimat ve emirle yürütebilmektedir. Böyle bir durumun görüldüğü hâllerde, suç organizasyonlarının faaliyetlerinde en küçük bir aksama görülmemektedir. Çünkü, organize suç gruplarının liderleri faaliyetlerini farklı bir mekanda! (ceza ve tutukevinde) yürütmektedir. Bu durumun ise, ceza ve infazdan beklenen amacı boşa çıkaracağı açıktır.

Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde görülen ikinci tür yolsuzluklar; yönetsel yolsuzluklardır. Kuşkusuz yönetsel yolsuzluklar ile işlevsel yolsuzluklar arasında birbirine geçişler görülse de, ceza ve tutukevlerinde görülen yönetsel yolsuzlukların bir takım somut görünümleri bulunmaktadır. Söz konusu somut görünümlere; koğuş ağalığı, ceza ve tutukevlerine yasak maddeler ile uyuşturucu ve alkol sokulması, gizli haberleşme, hükümlünün fazla para taşıması ve firar örnek olarak gösterilebilir.

Koşuş ağıalığı; bir hükümlü veya tutuklunun ekonomik güç veya zor kullanarak bulunduğu koşuşta, bölümde veya tüm cezaevinde hükümlü ve/veya tutukluları baskı altına alabilmesi, sindirmesi, gerektiğinde kişisel çıkarı için suç işletebilmesidir (Sevimli, s. 28).

Ceza ve tutukevi görevlileri yolsuzluğa bulaştırılmadan koşuş ağıalığının kurulması mümkün değildir. Sevimli'nin belirttiği üzere ağalar, egemenliklerinin devamı için cezaevi yönetimi içinden adam sağlama yoluna giderler ve rüşvet vererek bazı memurları kullanırlar. Yazara göre; geçmiş deneylerden her kademedeki memur ve yöneticinin çıkar karşılığında koşuş ve cezaevi ağalarına yardım ettikleri, onların kurdukları çıkar şebekeleri içinde yer aldıkları görülmüştür. Bu memurlar, ağanın haberleşme, uyuşturucu ve silah temini, kuryelik, bazı mahpuslar hakkında komplo kurulması gibi işlerinde yardımcı olmaktadır (Fazla bilgi için bkz., Sevimli, s. 28 vd).

Ceza ve tutukevlerinde görülen diğer bir yönetsel yolsuzluk türü; ceza ve tutukevine dışarıdan silah sokulmasıdır. Cezaevi yönetimi tarafından hükümlü ve/veya tutukluların güvenliğinin sağlanamadığı cezaevlerinde fertler kendi güvenliklerini korumak veya fiziki güçlerini artırarak başka mahpuslar üzerinde egemenlik kurmak için silah bulundururlar. Silah, cezaevinde gücün simgesi olarak görülür. Bu nedenle asayiş bozuk olan cezaevlerinde mahpuslar, cezaevinin kısıtlı olanakları ile yapılan silahlarla yetinmeyip, rüşvet ve iltimas gibi yöntemlerle dışarıdan daha etkili silahlar getirme yolunu da ihmal etmezler. Son yıllarda cezaevlerinde yapılan aramalarda bol miktarlarda ve yüksek kalibreli silahlar ele geçirilmiştir. Bunun yanı sıra, her türden bıçak, sustalı bıçak, saldırma, kama, muşta gibi orijinal saldırı aletleri de bulunmuştur. Bir genel arama sırasında memur yemekhanesindeki su fıçısının içinde çok sayıda tabanca ve merminin ele geçirilmesi, bunların daha çok her kademe memurlar tarafından, çıkar karşılığında cezaevlerine sokulduğu iddiasını güçlendirmektedir (Sevimli, s. 92).

Ceza ve tutukevlerinde görülen başka bir yönetsel yolsuzluk türü; ceza ve tutukevi görevlilerinin kandırılarak, yolsuzluğa bulaştırılarak ceza ve tutukevine uyuşturucu madde (esrar, afyon, morfin, eroin, kokain ve hap) ve alkol sokulmasıdır. Tutuklu ve hükümlüler tarafından alkol ve uyuşturucuya karşı büyük bir istem bulunmaktadır. Sevimli'nin isabetli bir şekilde belirttiği üzere; ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklular; özgürlüklerinin kaybı,



gelecek endişesi, dışarıdaki yakınları hakkında duydukları kaygılar, kişisel sorunları gibi nedenlerden dolayı büyük psikolojik baskı altında bulunurlar. Tretman çalışmalarının yetersizliği halinde, bu kişiler, sorunlarını unutmak, geçmişten gelen alışkanlıklarını sürdürmek amacı ile uyuşturucu ve alkole gereksinim duyarlar (Sevimli, s. 92).

Ceza ve tutukevlerinde görülen başka bir yönetsel yolsuzluk türü; ceza ve tutukevi firarlarıdır. Sevimli'ye göre, günümüzde ceza ve tutukevi firarları bireysel olmaktan çıkmış, organize bir nitelik kazanmıştır. Yazara göre hükümlü ve/veya tutuklular, firar faaliyetine girişmeden önce, gerek ceza infaz kurumları içinden gerekse dışından bazı kimselele bağlantı kurmak ve yardım almak durumundadır. Yazar, özellikle tünel kazılarak yapılan firar faaliyetlerinde ceza ve tutukevi görevlilerinin yolsuzluğa bulaştığının açık olduğunu; çünkü, tünel kazmanın toplu çalışma ve koordinasyonu gerektiren uzun süreçli bir eylem olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, bu uzun süreç ve eleman girişine rağmen tünel girişimlerinin fark edilmemesi, ceza ve tutukevi yönetiminin yolsuzluğa bulaştığının bir göstergesidir (Fazla bilgi için bkz., Sevimli, s. 68, 69 ve 75).

Ceza ve tutukevlerinde görülen başka bir yönetsel yolsuzluk türü; iletişim araçlarının ceza ve tutukevlerine gizlice sokulması ve gizli haberleşmedir. Sevimli'ye göre, hükümlü ve tutukluların kontrolsüz bir şekilde gerek kendi aralarında gerekse dışarı ile haberleşmeleri ceza ve tutukevlerinin güvenliğini tehdit etmektedir. Yazar'a göre, geçmiş yıllarda ceza ve tutukevlerinde görülen birçok firar, isyan, öldürme vb. olaylar dışarıdan verilen talimatlarla gerçekleştirilmiştir. Yazar, cezaevi içinden yönlendirilen ve dışarıda gerçekleştirilen bir takım terör olaylarının da saptandığını, özellikle terör suçlarından dolayı tutuklu ve hükümlüler açısından iç ve dış haberleşmenin yaşamsal bir önem taşıdığını ifade etmektedir. Sevimli, haberleşme cihazlarındaki hızlı gelişmelerin cezaevlerine de yansıdığını ve son yıllarda büyük il cezaevlerinde yapılan aramalarda bol miktarda cep telefonu el geçirildiğini ifade etmektedir. Bunun yanında, Yazar'a göre, terör suçlarından tutuklu ve hükümlülerin, cezaevi demirbaşına kayıtlı fotokopi, teksir, faks, telefon gibi aletlerden yasa dışı haberleşmek için yararlanmalarına da tanık olunmuştur (Bkz. Sevimli, s. 100). Kanımca, hükümlü ve tutukluların iletişim araçlarını ceza ve tutukevlerine gizlice sokması ve gizli haberleşme yapmaları, ceza ve tutukevi yönetimi ve personelinin yolsuzluğa bulaştığının somut bir göstergesidir.

Bu incelemede son olarak belirtilecek bir başka ceza infaz kurumları yönetsel yolsuzluk türü; hükümlü ve tutukluların üzerlerinde izin verilen miktardan daha fazla para bulunmasıdır. Hükümlü ve tutukluların bir hafta süresince üzerinde bulundurabilecekleri para miktarı her yıl Adalet Bakanlığı'na belirlenerek cezaevi yönetimlerine duyurulmaktadır. Belirlenen miktar genellikle hükümlü ve tutuklunun bir haftalık en az harcamalarına yetecek kadar bir miktardır. Sevimli'ye göre, hükümlü ve tutukluların bir hafta süresince üzerinde bulundurabilecekleri para miktarının belirlenmesindeki erek, ekonomik olarak güçlü olan hükümlü ve/veya tutukluların diğer hükümlü ve/veya tutuklular üzerinde egemenlik kurmalarını önlemek, kumar, uyuşturucu, rüşvet vb. birtakım olayların önüne geçebilmektir. Ancak, Yazar'a göre, özellikle büyük kentlerdeki cezaevlerinde fazla para girişinin önlendiği söylenemez (Sevimli, s. 103, 104). Kanımca, hükümlü ve tutukluların üzerlerinde izin verilen miktardan daha fazla para bulunması, ceza ve tutukevi yönetimi ve personelinin yolsuzluğa bulaştığının bir başka somut göstergesidir.

## II. ADLİ BİRİMLERDE GÖRÜLEN YOLSUZLUKLARI ÖNLEMELİK İÇİN ALINMASI GEREKEN KARŞI ÖNLEMLER

Bu kısımda adli birimlerde görülen yolsuzlukları en alt düzeye getirebilmek için alınması gereken genel önlemler ile güvenlik güçleri, mahkeme ve ceza infaz kurumları temelinde alınması gereken önlemler üzerinde durulacaktır.

### 2.1. Genel Önlemler

#### a. Adli Birimlere Alınacak İnsan Kaynağı Yetiştirilme Sisteminde Köklü Değişikliğe Gidilmesi

Adli organlarda görülen yolsuzluk olaylarını en alt düzeye indirebilmek için polis, yardımcı adalet personeli ve ceza infaz ile tutukevi görevlileri kadrolarına alınacak eleman alımı sisteminin bütünüyle yeni baştan düzenlenmesi gerekir. Bu amaçla, her şeyden önce polis yetiştirme sisteminin bütünüyle yeni baştan düzenlenmesi gerekir. Türkiye'de mevcut durumda polis, kural olarak, lise eğitiminin bitirilmesinden son-

ra, iki yıl polis meslek yüksekokullarında eğitime tabi tutularak yetiştirilmektedir. Kanımca, söz konusu iki yıllık eğitim süresi, polisin iyi bir şekilde yetiştirilmesi için yeterli bir süre değildir. Hukuku özellikle ceza ve ceza muhakemesi hukukunu uygulamak konumunda bulunan polisin en az bir yargıç kadar ceza ve ceza muhakemesi bilgisine sahip olması gerekir. Bir polis adayının, iki yıllık polis meslek yüksekokulunda eğitim görerek iyi bir hukuk özellikle ceza ve ceza muhakemesi hukuk bilgisine sahip olması olanaklı gözükmemektedir. Polis yetiştirilmesi konusunda Amerika Birleşik Devletleri örnek alınarak ancak üniversite mezunlarının polis olabilmesi esasının kabul edilmesi gerekir. Yine, Amerika Birleşik Devletleri örnek alınarak bir kimsenin polis olabilmesi için lise eğitiminden sonra dört yıllık *"Hukuk Uygulama ve Adalet Yönetimi"* fakültelerinden mezun olması koşulu aranması gerekir. Üniversiteler bünyesinde *"Hukuk Uygulama ve Adalet Yönetimi"* fakülteleri kurularak, ancak anılan fakültelerin *"Hukuk Uygulama"* bölümünü bitirenlerin polis olabilmesi koşulu getirilmelidir. Bu çerçevede, mevcut polis meslek yüksekokullarının da polis staj merkezlerine dönüştürülerek polis adaylarına uygulamalı eğitimin verilmesi gerekir.

Adli organlardaki yolsuzluk olaylarını en az seviyeye indirebilmek için alınması gereken bir başka önlem; adliye memurluğu kadrolarına alınacak elemanların yetiştirilmesi sisteminde köklü bir değişikliğe gidilmesidir. Mevcut durumda, mahkemelere atanan yazı işleri müdürleri, zabıt katipleri ve mübaşirlerin atanmasında genel eğitim yeterli görülmemekte, yargı yönetimi konusunda eğitim alma koşulu aranmamaktadır. Yargı yönetimi konusunda eğitim alınmadan yazı işleri müdürlüğü, zabıt katipliği ve mübaşir gibi kadrolara atama yapılması doğru değildir. Çünkü söz konusu kadrolar, yargının dürüst ve düzenli işlemesi açısından anahtar bir konumda bulunmaktadır. Mahkemelerin yönetsel olarak dürüst ve düzenli işlemesi, konu hakkında yüksek tahsil yapmış elemanlar yoluyla daha kolay bir şekilde sağlanabilir. Bu açıdan kurulmasını önerdiğimiz hukuk uygulama ve adalet yönetimi fakültelerinde *"Yargı Yönetimi"* bölümü kurulmalı, ancak söz konusu bölümü bitirenlerin yazı işleri müdürü, zabıt katibi ve mübaşir olması esasını benimsenmelidir.

Adli organlardaki yolsuzluk olaylarını en az seviyeye indirebilmek için alınması gereken bir diğer önlem; ceza infaz kurumları ve tutukevi kadrolarına alınacak elemanların yetiştirilmesi sisteminde köklü

bir değişikliğe gidilmesidir. Mevcut durumda, ceza infaz kurumları ve tutukevlerine atanan cezaevi müdürü, ikinci müdür, memur, infaz koruma memuru ve baş memurlarının atanmasında genel eğitim yeterli görülmekte, ceza ve tutukevi yönetimi konusunda eğitim alma koşulu aranmamaktadır. Ceza ve tutukevi yönetimi konusunda eğitim alınmadan cezaevi müdürlüğü, ikinci müdür, memur, infaz koruma memurluğu ve baş memurluğu gibi kadrolara atama yapılması doğru değildir. Çünkü söz konusu kadrolar, ceza ve tutukevinin dürüst ve düzgün işlemesi açısından kilit bir konumda bulunmaktadır. Ceza ve tutukevinin dürüst ve düzgün işlemesi, konu hakkında yüksek tahsil yapmış elemanlar yoluyla daha kolay bir şekilde sağlanabilir. Bu açıdan, ceza ve tutukevi yönetiminin ayrı bir disiplin dalı olduğu da dikkate alınarak, kurulmasını önerdiğimiz hukuk uygulama ve adalet yönetimi fakültelerinde “*Ceza ve Tutukevi Yönetimi*” bölümü kurulmalı, ancak söz konusu bölümü bitirenlerin cezaevi müdürü, ikinci müdür, memur, infaz koruma memuru ve baş memuru olması esası benimsenmelidir. Ayrıca, yakın bir zamanda uygulamaya konulması beklenen denetimli serbestlik kurumu da cezaların infazının bir parçasını oluşturduğundan, denetimli serbestlik görevlilerinin atanmasında da, Hukuk Uygulama ve Adalet Yönetimi fakültelerinin “*Ceza ve Tutukevi Yönetimi*” bölümünün bitirilmesi koşulu aranmalıdır.

Adli organlardaki yolsuzluk olaylarını en az seviyeye indirebilmek için alınması gereken son bir önlem; icra ve iflas dairesi kadrolarına alınacak elemanların yetiştirilmesi sisteminde köklü bir değişikliğe gidilmesidir. Mevcut durumda, icra ve iflas dairelerine atanan icra ve iflas müdürü, müdür yardımcısı ve icra ve iflas memurlarının atanmasında genel eğitim yeterli görülmekte, icra ve iflas yönetimi konusunda eğitim alma koşulu aranmamaktadır. İcra ve iflas yönetimi konusunda eğitim alınmadan icra ve iflas müdürü, müdür yardımcısı ile icra ve iflas memurluğu gibi kadrolara atama yapılması doğru değildir. Çünkü söz konusu kadrolar, icra ve iflas dairesinin dürüst ve düzgün işlemesi açısından temel bir konumda bulunmaktadır. İcra ve iflas dairesinin dürüst ve düzgün işlemesi, konu hakkında yüksek tahsil yapmış elemanlar yoluyla daha kolay bir şekilde sağlanabilir. Bu açıdan, mevcut adalet yüksekokulları kaldırılarak, kurulmasını önerdiğimiz hukuk uygulama ve adalet yönetimi fakültelerinde “*İcra ve İflas Yönetimi*” bölümü kurulmalı, ancak söz konusu bölümü bitirenlerin icra ve iflas müdürü, müdür yardımcısı ile icra ve iflas memuru olması esası benimsenmelidir.

Ayrıca, adli organların dürüst ve düzgün işleminin temel dayanağı olmak üzere, kurulmasını önerdiğimiz hukuk uygulama ve adalet yönetimi fakültelerinin hukuk uygulama bölümlerinde polis etiği, yargı ile icra ve iflas yönetimi bölümlerinde yargı etiği, ceza ve tutukevi yönetimi bölümlerinde ceza ve tutukevi görevlileri etiği programlarına yer verilmeli, böylelikle söz konusu kamu görevine atanacaklarda adalet yolsuzluğuna karşı bir bilinç oluşturulmalıdır. Kamu görevlilerinde, adli yolsuzluklara karşı bir bilinç oluşturulmadan, adalet yolsuzluklarına karşı verilecek bir savaşımın başarılı olabilmesi olanaklı gözükmemektedir.

### **b. Adli Birimlerde Çalışan Personelin Ücret Seviyesinin Yoksulluk Sınırına Yükseltilmesi**

Günümüzde, adli birimlerde çalışan ezici çoğunluktaki personelin aldığı ücret, bir sefalet ücreti niteliğindedir. Daha somut bir deyişle, birinci sınıfa ayrılmış hakim ve savcı ile birinci sınıf hakim ve savcı dışındaki bütün adli personelin aldığı ücret yoksulluk sınırının altında bulunmakta, hatta bir kısım adalet personelinin (zabıt katibi, infaz koruma memuru vb) aldığı maaş açlık sınırı civarında bulunmaktadır.

TÜRK-İŞ' in hesaplamalarına göre Mayıs 2005 tarihi itibariyle dört kişilik bir ailenin açlık sınırı aylık 528 YTL, yoksulluk sınırı ise 1603 YTL'dir (<http://www.turkis.org.tr/icerik/aclikmayis05.doc.>). Adli birimlerde çalışan personelin ezici çoğunluğu aldığı maaş itibariyle yoksulluk sınırının altında bulunduğu için, adli birimlerde yolsuzluğu önlemek için alınan önlemler etkin olamamaktadır. Kamu görevlisinin az ücret aldığı hallerde, van Duyne'nin isabetli olarak belirttiği üzere, kamu görevlisi; kirasını, faturalarını, kredi kartlarını nasıl ödeyeceğini düşünerek sürgit bir şekilde zihnini meşgul edecek, yapacağı yolsuzluk için "*Devletin vermediği hakkımı alıyorum*" şeklinde uygun! bir mazeret üretebilecektir. Kamu görevlisinin aldığı maaşın temel gereksinimleri karşılamaya yetmediği durumlarda, van Duyne'nin ifadesiyle, görevlinin yolsuzluğa bulaşmış olması değil, nasıl dürüst kaldığı şaşırtıcıdır (Fazla bilgi için bkz., van Duyne, s. 53).

Adli birimlerde görülen yolsuzluklarla etkin mücadele verebilmek için kanımca, adli birimlerde çalışan personelin maaşı hızlı bir şekilde yoksulluk sınırının üzerine çekilmelidir. Bazıları, kamu kaynaklarının kıtlığı ve bütçe dengesi gerekçeleriyle adli birimlerde çalışan kamu

görevlilerin maaşlarının süratli bir şekilde yoksulluk sınırının üstüne çekilmesinin olanaklı olmadığını ileri sürmektedir. Kanımca bu görüşün dayandığı iki gerekçe de hatalıdır. Öncelikle Türkiye’de kamusal kaynakların kıt olduğu gerekçesi doğru değildir. Çünkü, Türkiye’nin yeraltı ve yerüstü büyük bir doğal kaynak gizilgücü bulunmasına rağmen, söz konusu doğal kaynak gizilgücünden yeterli bir şekilde yararlanılamamaktadır. Eğer, Türkiye’nin gizilgüç doğal kaynakları yeterli bir şekilde değerlendirilebilirse, adli görevlilerin ücretlerinin yoksulluk sınırının üzerine çıkartılması oldukça kolay bir hale gelecektir. Türkiye’nin doğal kaynak gizilgücünün yeterli ölçüde harekete geçirilememesinin faturası, kamu görevlilerine, daha dar anlamda adli görevlilere yükletilemez.

İkinci olarak kamu görevlilerinin ücretlerinin yükseltilmesine bütçe olanaklarının izin vermediği gerekçesi ise mevcut bütçe gerçekliği değil olması gereken bütçe açısından doğru değildir. Türkiye’de 1980’li yıllardan itibaren “*vergi alma, borç al*” ilkesiyle hareket edilerek, Türkiye; ağır bir iç ve dış borç batağına saplatılmış, 1980 yılında yaklaşık 1 milyar \$ olan dış borç (o dönemde iç borç yoktu), 2005 yılı Haziran başı itibariyle (döviz olarak borçlanılmayan iç borç kısmını da, 1 Haziran 2005 itibariyle geçerli olan ABD dolar kuruna çevirerek) kamunun iç ve dış borç stoku toplamı olarak yaklaşık 265 milyar \$ civarına ulaşmıştır. Türkiye, günümüzde her yıl bütçe büyüklüğünün yaklaşık %40’ını iç ve dış borç stokunun faizini ödemeye ayırmaktadır. Kamu personeli harcamalarına ise yıllık olarak bütçe büyüklüğünün yaklaşık %20’si ayrılmaktadır. Eğer Türkiye, 1980’li yıllardan itibaren ağır bir iç ve dış borç yüküne sürüklenmeseydi bırakınız adli görevlileri, bütün kamu görevlilerinin maaşı yoksulluk sınırının üzerine kolaylıkla çıkartılabilirdi. Çünkü, bütün kamu görevlilerine yoksulluk sınırının üzerine maaş verilseydi, tahminen yıllık olarak bütçe büyüklüğünün ancak %40’ı harcanabilirdi. İlginç olan husus, kamu görevlilerinin maaşının yoksulluk sınırının üstüne çekilmesine itiraz edenlerin, aynı duyarlılığı yüksek miktarlarda iç ve dış borç stoku faizi ödenmesine göstermemesidir.

Türkiye’de adli görevliler dahil kamu görevlilerine yoksulluk sınırı üzerinde maaş verilmemesinin önündeki bir başka engel, kanımca, kamuda Toplam Kalite Yönetimi İlkesi’nin (TKY) uygulanmayarak, kamusal kaynakların gizli ve açık savurganlık yoluyla heba edilmesidir. Gizli savurganlık, kurumun günlük faaliyetleri ile yakın bir ilişki

içerisinde bulunduğundan, hizmet sunan kamu kurumlarının günlük işletim maliyetlerinin %30, %40'ına ulaşabilmektedir. TKY, açık ve gizli savurganlığı belirlemeye ve onların azaltılması veya ortadan kaldırılmasına büyük katkı sağlar (Bu konularda geniş bilgi için bkz. Dursun, *Toplam Kalite Yönetimi ...*, s. 55 vd).

Türk kamu yönetiminde açık savurganlık da görülmekte, dolayısıyla bu durum kamu kaynaklarının yerinde ve verimli bir şekilde kullanılmasını engellemektedir. Kamuda yapılan açık savurganlığa çok sayıda örnek bulunabilir. Örneğin; 1980'li yıllardan itibaren görülen liberalleşme, 1990'lı yıllardan itibaren görülen küreselleşme akımları sonucu ülkeler arasında genel fiyat seviyesinde fazla bir farklılık kalmamasına rağmen yurt dışına sürekli görevle atanan kamu görevlilerinin ücretleri Türkiye'de görev yapan kamu görevlilerine göre aşırı şişkindir. ABD veya Japonya'ya atanan bir büyükelçi ayda 8-10.000\$ arası aylık alabilmektedir. Türkiye'nin yurt dışına sürekli görev yapmak üzere atadığı kamu görevlilerine yaptığı harcama, yıllık olarak, yaklaşık 300 milyon \$'ı bulmaktadır ki bu miktarın, makul kabul edilemeyecek ölçüde yüksek olduğu açıktır. Diğer yandan, ikinci görev olarak kamu iktisadi teşebbüsleri yönetim kurulu başkan veya üyeliğine atanan bir kamu görevlisi 15 Ocak 2005 tarihi itibarıyla yaklaşık 1100 YTL aylık ek ücret almaktadır ki, alınan bu ücretin ne kadar haksız, adaletsiz ve çağ dışı olduğu ortadadır. Çağcıl bir kamu yönetimi anlayışı; kamu görevlisine sadece bir tane aylık verilmesini esasını benimser. Yine kamu iktisadi teşebbüsleri (KİT) yönetim kurulu başkan ve üyeliğine atananlar; o teşebbüsün zarar etmesi durumunda zararına katlanmadığı halde, kâr etmesi halinde kârdan pay alması, kamuda yapılan savurganlığın bir başka açık göstergesidir. Özel hukukta bile zarara katlanılmayıp sadece kâra katılmayı içeren sözleşmeler (aslan payı sözleşmeleri), hukukun temel ilkelerine aykırı olduğundan geçersiz kabul edilir. Sözleşme serbestliğinin temel olduğu özel hukukta aslan payı sözleşmeleri geçersiz kabul edilirken, sözleşme özgürlüğünün kural olarak olmadığı idare hukukunda, KİT'lerin yönetim kurulu başkan ve üyelerine sadece kârdan pay verilmesi, tam bir garabet örneğidir.

Kamuda yapılan açık savurganlık hâllerine daha başka çok sayıda örnek bulmak olanaklıdır. Örneğin, en yüksek devlet memuru sayılan Başbakanlık Müsteşarının maaşını hiç bir şekilde geçmemesi gerektiği halde, A Milli Futbol Takımı mevcut Teknik Direktörü'ne, Başbakanlık

Müsteşarı'nın aldığı aylığın yaklaşık yirmi katı olan 110 bin YTL aylık verileceğinin yazılı basında yer alması, uluslararası yarışmalarda dereceye giren sporculara üç bin Cumhuriyet altınına ulaşan miktarda ödül verilmesi, kamuda yapılan açık savurganlığın başka somut görünümle-ridir. Yine, günümüzde kural olarak, genel müdür, bağımsız düzenleyici kurul üyeliği ve daha üst düzey görevlere yapılan atamalarda ya eş dost kayırmacılığı (kronizm) ya akraba kayırmacılığı (nepotizm) ya da siyasal kayırmacılık (patronaj) rol oynamaktadır. Aynı fakülteyi bitirmiş ve mesleğe beraber başlamış kamu görevlisinden birisi öznel niteliği sonucu genel müdür, bağımsız düzenleyici kurul üyesi veya daha üst düzey göreve atanırsa; öznel niteliği bulunmadığı için atanamayan diğ-er meslektaşından yaklaşık olarak çalışırken 2000 YTL, emekliliğinde 1000 YTL fazla aylık alır ki, bu fazlalığın sağ duyulu herkesi rahatsız edeceği ortadadır.

Ayrıca, Rekabet Kurumu dışında diğ-er bağımsız düzenleyici kurumların kurulması bir başka açık kamusal savurganlık durumudur. Çünkü, bu kuruluşların yaptığı görevlerin önemli bir kısmı zaten ilgili Bakanlıklar tarafından yerine getirilmektedir. Örneğin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun yaptığı işlerin büyük çoğunluğunda aynı zamanda Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı görevli ve yetkili, Kamu İhale Kurumu'nun işlerinde ise Bayındırlık ve İskan Bakanlığı görevli ve yetkilidir. Söz konusu düzenleyici kuruluşların ilgili piyasada rekabeti oluşturmak amacıyla kurulduğu iddiaları da gerçekçi değildir. Eğer ilgili piyasada örneğin enerji piyasasında rekabet oluşturulmak isteniyorsa bu görev Rekabet Kurumu'na verilmelidir. Bu açıdan Rekabet Kurumu dışındaki diğ-er tüm bağımsız düzenleyici kurumların kurulması açık bir savurganlık halidir. Bundan başka, Rekabet Kurulu Başkanı ve üyelerine; en yüksek devlet memuru sayılan Başbakanlık Müsteşarı'nın iki katına kadar aylık verilebilmesinin öngörülmesi (7.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Kanun'un 37. maddesi) ve Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olarak söz kurumda çalışan personele, konaklama gideri hariç, diğ-er kamu kurumlarında çalışan personelin günlük harcırahının 1.5 katının harcırah olarak verilmesi, kamuda görülen açık savurganlığın bir başka somut göstergesidir. Yine karar alma mercii konumunda buldukları için Rekabet Kurulu Başkan ve üyelerinin geçici görevle yurt içi veya dışına gitmeleri, Harcırah Kanunu ile yasaklanması gerekirken, bunun yapılmaması, kamuda görülen bir başka açık savurganlık hâlidir.



Kısaca, kamuda açık savurganlık hâli olarak örnek verilen ve verilmeyen diğer açık savurganlık durumları ile gizli savurganlık hâlleri ortadan kaldırılabilsen adli görevlilerinin maaşlarını yoksulluk sınırına doğru yükseltme yönünde fazla güçlüklerle karşılaşılacaktır. Adli görevlilerin maaşları, en az olarak yoksulluk sınırına yükseltilebilirse adli birimlerde yolsuzluklarla daha etkin bir şekilde mücadele verilmiş olacak, yolsuzluğa bulaşan kamu görevlisinin en küçük bir haklı gerekçesi olamayacağı için yolsuzluk fiillerinin üzerine kararlılıkla gidilebilecektir.

### c. Organize Suça Karşı Etkin Mücadele Verilmesi

Organize suç grupları, adli görevlileri yolsuzluğa bulaştırmadan faaliyetlerini etkin bir şekilde yürütemez. Bu açıdan, adli birimlerde karşılaşılan yolsuzlukları önlemek için alınması gereken temel önlem; organize suça karşı etkin bir mücadele verilmesidir. Oldukça karmaşık ve girift bir yapıya sahip olan organize suça karşı etkin mücadele verilmesi için sadece hukuki önlemlerle yetinilmemeli, sosyal, ekonomik, mali, kültürel ve güvenlik önlemlerini de içeren çok boyutlu önlemler alınmalıdır.

Türkiye’de organize suça (mafya tipi suç organizasyonlarına) karşı temel olarak sadece yasal önlem alınması yoluna gidilmekte, diğer önlemler ise göz ardı edilmektedir. Alınan yasal önlemler ise çağcıl gelişmelerin gerisinde bulunmaktadır. Gerçekten de, 26.9. 2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” başlıklı 220. maddesinde organize suç konusunda şu hükme yer verilmektedir:

*“Kanun’un suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler; örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması hâlinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.*

*Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*Örgütün silahlı olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

*Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.*

*Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.*

*Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan cezalandırılır.*

*Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır.*

*Örgütün veya amacının propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır."*

Türk Ceza Kanunu'nun etkin pişmanlık başlıklı 221. maddesinde ise aşağıdaki hükme yer verilmektedir.

*"Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu nedeniyle soruşturmaya başlanmadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce, örgütü dağıtan veya verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlayan kurucu ve yöneticiler hakkında cezaya hükmolunmaz.*

*Örgüt üyesinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.*

*Örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin yakalanan örgüt üyesinin, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.*

*Suç işlemek amacıyla örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan kişinin, gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi halinde, hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Kişinin bu bilgileri yakalandıktan sonra vermesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı verilecek cezada üçte birden dörtte üçe kadar indirim yapılır.*

*Etkin pişmanlıktan yaralanan kişiler hakkında bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine hükmolunur. Denetimli serbestlik tedbirinin süresi üç yıla kadar uzatılabilir."*

5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin 1. fıkrasında; organize suçun unsurları oldukça belirsiz bir şekilde ve organize suçun oluşumu için gerekli olan ölçütler belirtilmeden tanımlanmıştır. Bu durum, her şeyden önce ceza normu yapma tekniğine uygun düşmemektedir. Bu çerçevede, suçun organize sayılabilmesi için suç organizasyonunun ne kadar bir süre için kurulduğu, amacının ne olduğu gibi bir takım ölçütlerin olması gerekir ki, bu ölçütlere 220. maddede yer verilmemesi büyük bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Daha somut bir deyişle; suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun oluşabilmesi için örgütün tek bir suç işlemek amacıyla değil, birden çok işlemek amacıyla kurulması (bir tek suç işlemek amacıyla birliktelik oluşturulması durumunda ilgililerin cezai sorumluluğu iştirak hükümlerine tabi tutulmalıdır) ve örgütün amacının güç ve/veya kazanç sağlama olması gerekir. Nitekim Avrupa Komisyonu, suç organizasyonunun süresi ve amacını dikkate alarak organize suçu zorunlu ve seçimlik ölçütlere göre tanımlamıştır (Bu konuda fazla bilgi için bkz., Dursun, *Ekonomik Suçlar ...*, s. 241 vd). Ayrıca, organize suçun amacı kazanç ve/veya güç elde etmek olarak tanımlanmazsa çıkar amaçlı suç örgütü ile terör örgütü arasında ayırım yapmak da olanaksız bir hale gelir. Bilindiği üzere bir terör örgütünün amacı yasa dışı siyasal bir hedefe ulaşmaktır. 220. maddenin terör örgütleri ile çıkar amaçlı suç organizasyonlarını beraberce düzenlediği de ileri edilemez. Çünkü, terör suçları konusunda yürürlükte olan 12.4.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun uygulanması gerekir. Bu çerçevede, özellikle Avrupa Konseyi'nin organize suç için aradığı zorunlu ölçütlerden yararlanılarak yeni bir mafya tipi organize suç tanımı yapılmasına mutlak bir gereksinim bulunmaktadır.

Ayrıca; 220. maddenin 1. fıkrasında, kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuran veya yönetenlerin; ancak örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması hâlinde cezalandırılacaklarının belirtilmesi ise vahim bir hata olmuştur. Çünkü, her organize suç olayında örgütü kuran veya yönetenlere ceza tayin edebilmek için yargıç; örgütün amaç suçları işlemeye elverişli olup olmadığını saptayabilmek için örgütün yapısı, üye sayısı ve araç ve gerecini inceleyecektir ki, söz konusu incelemenin yargıca yükleyeceği külfet ortadadır. Maddede böyle bir hükme yer verilerek çıkar amaçlı suç örgütü kurucu veya yöneticilerini mahkum etmek neredeyse olanaksız bir hale gelmiştir.

Yine, 220. maddenin 1. fıkrasında; başlangıçta yasal olarak kurulmuş bulunan bir oluşumun sonradan çıkar amaçlı suç örgütüne dönüşmesi veya çıkar amaçlı suç örgütünün yasal bir kılıf altında faaliyet göstermesi halinde ne şekilde hareket edileceğine dair bir hükme rastlanılmaması da büyük bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Kanımca, çıkar amaçlı suç örgütü kurulması hâli, nasıl ki, kişilere, topluma ve devlete ait hukuki varlık veya menfaatleri ihlal ediyorsa, başlangıçta yasal olarak kurulmuş bulunan bir oluşumun sonradan çıkar amaçlı suç örgütüne dönüşmesi veya çıkar amaçlı suç örgütünün yasal bir kılıf altında faaliyet göstermesi hâli de, aynı hukuki varlık veya menfaatleri ihlal eder. Bu açıdan, bu tip durumların da çıkar amaçlı suç örgütü hükümlerine tabi tutulması kaçınılmaz bir gerekliliktir.

Türk Ceza Kanunu'nun 220.maddesinin 3. fıkrasında; örgütün silahlı olması halinde, örgüt kurma, yönetme veya üyelik suçlarından dolayı verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı ifade edilmektedir. Kanımca, öngörülen cezai artırımın haklı bir nedeni yoktur. Çünkü, Abadinsky'nin de isabetli bir şekilde belirttiği üzere, organize suç diğer suçlardan ayıran en önemli özellik, organize suç gruplarının kolaylıkla şiddete başvurması ve şiddete başvurunun grupça geçerli bir yöntem olarak kabul edilmesidir. Yazara göre, organize suç grubunun sahip olduğu şiddete başvuru yetisi, grubun ayakta kalabilmesi ve amacına ulaşabilmesini sağlayan en önemli unsurdur (Organize suçun özellikleri hakkında fazla bilgi için bkz., Abadinsky, s. 5-8). Bu çerçevede, amacına ulaşabilmesi için şiddete başvuran ve şiddete başvururken de en gelişmiş silahları kullanmaktan çekinmeyen organize suç gruplarına, ayrıca silahlı olması hâlinde, cezai artırım uygulanması doğru değildir. Çünkü organize suç grupları, niteliği gereği silahlıdır. Bu açıdan cezai artırım uygulanması yerine, çıkar amaçlı suç örgütü kurma, yönetme veya üyelik suçlarına, en başından itibaren daha fazla cezai yaptırımların öngörülmesi yerinde olacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinin 5. fıkrasında; örgüt yöneticilerinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılacağı ifade edilmektedir. Örgüt yöneticilerinin, örgütün işlediği suçlardan dolayı cezalandırılması ilke olarak yerinde olmakla birlikte, yapılan düzenleme kısmen eksik ve hatalıdır. Sadece örgüt yöneticilerinin değil, örgütün diğer üyelerinin de, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı iştirak hükümleri uy-

gularak cezalandırılması gerekir. Yine, örgüt yöneticilerinin işlenen suçlardan dolayı fail olarak cezalandırılması hatalıdır. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda, örgüt yöneticileri suçun faili olmadığından fail olarak cezalandırılması yerine iştirak hükümlerine göre cezalandırılması gerekir. Daha doğru bir deyişle, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı bütün örgüt mensupları cezalandırılırken iştirak hükümlerine başvurulması gerekir. Çünkü bu gibi durumlarda çağcıl hukuklar, sorumluluğun temelini iştirak olarak belirlemişlerdir. Ancak sorumluluğun temeli iştirak olarak belirlense dahi, suçun işlenmesine katılmayan örgüt mensuplarını Türk Ceza Kanunu hükümleri çerçevesinde cezalandırabilmek olanaklı değildir. Çünkü, Türk Ceza Kanunu'nun suça iştiraki düzenleyen 37- 41. maddelerinde, iştirak; asli ve yardımcı iştirak olarak düzenlendiğinden suçun işlenmesine katılmayan organize suç grubu mensuplarını cezalandırabilmek kolay değildir. Örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı tüm örgüt mensuplarını cezalandırmayı olanaklı kılmak için Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi iştirak hâlleri; tekerlek, zincir ve teşebbüs iştiraki olarak yeniden düzenlenmeli ve özellikle teşebbüs iştiraki hükümleri uygulanarak suçun işlenmesine katılmayan örgüt mensuplarının cezalandırılması yoluna gidilmesi gerekir (Bu konularda fazla bilgi için bkz., Dursun, *Yargı Organlarının ...*, s. 152 vd).

Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinin 6. fıkrasında; örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişinin, ayrıca örgüte üye olmak suçundan cezalandırılacağı ifade edilmektedir. Bu hüküm, organize suç gruplarının niteliği dikkate alınmadan konulmuş bir hükümdür. Bir organize suç grubu kendisine üye alırken, üye alacağı kişiden referans istemekte ve o suç grubunun gerektirdiği belli bazı yeteneklere sahip olması veya suçta uzmanlaşması koşulunu aramaktadır. Yine, gizilgüç olarak, üye olacak kimsenin cinayet işleyecek veya işletecek bir kapasitede bulunması koşulu aranır (Fazla bilgi için bkz., Dursun, *Organize Suça ...*, s. 47 vd). Bir organize suç grubuna üye olmak oldukça zor bir süreci gerektirdiği ve organize suç grupları, grubuna üye alırken oldukça seçici davrandığı için örgüte üye olmayanların ayrıca örgüte üyelikten de cezalandırılması adalete ve hakkaniyete uygun bir anlayış değildir.

Yine, Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinin 7. fıkrasında; örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin, örgüt üyesi olarak cezalandırılacağı

ifade edilmektedir. Bu hüküm, örgüt içerisinde hiyerarşik bir yapının bulunduğu varsayımıyla hareket ederek, organize suç bürokratik bir model olarak düşünmektedir. Halbuki günümüzde organize suç, daha çok, grup odaklı modellerden; patron-işçi, yerel etnik, esnek iletişim, küresel teknelci tehdit ve birden çok öge modelleri ile ekonomik modellerle açıklanmaya çalışılmaktadır. Organize suç hakkında hüküm konulurken söz konusu modellerden yararlanılmaması, büyük bir eksiklik olmuştur (Organize suçun modelleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Dursun, H., *Organize Suça ...*, s. 43-80). Ayrıca, bu hüküm Türk organize suç gruplarının yapısı ve niteliği bakımından da doğru değildir. Çünkü, Türk organize suç grupları, günümüzde; hiyerarşik olarak değil, esnek ve yatay bir organizasyon ağıyla çalışmakta ve hücre sistemini benimsemektedir (Fazla bilgi için bkz., Dursun, *Ekonomik Suçlar ...*, s. 237 vd).

Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinin son fıkrasında; örgütün veya amacının propagandasını yapan kişinin, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı ve bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı ifade edilmektedir. Bu hüküm; mafya tipi suç organizasyonları bakımından anlamsız, uygulama yetisi yok denecek kadar az ve basın özgürlüğüne ağır ölçüde zarar vericidir. Bir kere, bir suç organizasyonunun sonul amacı kazanç ve/veya güç elde etmek olduğundan örgütün amacının propagandasının yapılması; bilineni ilan etmek demektir. Diğer yandan örgütün veya amacının propagandasının yapılmasına ceza tayin edilmesi hükmünün uygulama yetisi de oldukça azdır. Çünkü mafya tipi suç organizasyonlarının temel kuralı gizlilik içinde çalışmalarındır. Terör örgütlerinin aksine mafya tipi suç organizasyonları; varlıkları veya faaliyetlerini hiç bir şekilde üçüncü kişilere anlatmazlar. Ayrıca, söz konusu propaganda suçunun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde verilecek cezanın artırılması da hatalı bir düzenlemedir. Çünkü, propagandanın sözlük anlamı; herhangi bir düşüncüyü yaymak amacı ile sözlü veya yazılı yapılan etki; belirli bir düşüncenin toplum içinde yayılmasını ve yerleşmesini sağlamak amacıyla bu görüşün yayılması, birden çok kişinin bilgisine ulaştırılması ve onlar üzerinde etkili olunması (Bkz., *Hukuk Sözlüğü*, Yılmaz, E., s. 744) demek olduğundan, basın ve yayın yoluyla işlenecek fiiller zaten niteliği gereği birden çok kişinin bilgisine ulaştırılarak onlar üzerinde etki doğurur. Bu açıdan cezai artırımın, mantıki bir dayanağı bulunmamaktadır.

Diğer yandan, etkin pişmanlıkla ilgili Türk Ceza Kanunu'nun 221. maddesi de organize suçun yapısına ve niteliğine aykırı düşen bir takım hükümler taşımaktadır. Bunlardan ilki, 2. fıkrada ifade edilen; örgüt üyesinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi hâlinde hakkında ceza verilmeyeceğini bildiren hükümdür. Yukarıda belirtildiği üzere, bir organize suç grubuna üye olmak oldukça zor bir süreci gerektirmekte ve organize suç grupları, grubuna üye alırken oldukça seçici davranmaktadır. Grup lehine bir veya bir kaç suç işlemeden bir kimsenin organize suç grubuna üye olması olanaklı değildir. Bu açıdan, örgüt üyesinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmemesi olanaklı değildir.

221. maddenin 3. fıkrasında; örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin yakalanan örgüt üyesinin, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi hâlinde hakkında cezaya hüküm olunmayacağını belirtilmesi de hatalı olmuştur. Daha önce belirtildiği üzere bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin yakalanan bir örgüt üyesinin bulunması olanaklı değildir. Ayrıca, örgüt üyesinin, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi halinde, hakkında ceza tayin edilmeyeceğinin ifade edilmesi de doğru bir düzenleme değildir. Örgüt üyesine cezai bağışıklık hakkının tanınması için, örgüt üyesinin verdiği bilginin doğru ve yaşamsal derecede önem taşıması ve bilginin başka yerlerden elde edilmesi olanağının bulunmaması gerekir. Örgüt üyesinin verdiği bilgi, örgütün dağılmasına veya mensuplarının yakalanmasına elverişli olsa bile başka yerlerden elde edilecek türden ise, itirafçı örgüt üyesine cezai bağışıklık hakkının tanınması doğru değildir. Ayrıca, bu fıkrada, sadece örgüt üyelerine cezai bağışıklık hakkı tanınmakta, örgüt yöneticilerine cezai bağışıklık hakkı tanınmamaktadır. Çoğu durumlarda, suç organizasyonunu çökartecek bilgi ancak o organizasyonun yöneticilerinden sağlanabileceğinden, doğru ve yaşamsal derecede önem taşıyan bilgi veren ve verdiği bilginin başka yerlerden elde edilmesi olanağı bulunmayan örgüt yöneticilerine de cezai bağışıklık düzeniğinin kabul edilmesi uygun düşer (Fazla bilgi için bkz., Dursun, *Organize Suça ...*, s. 103 vd).

Ayrıca, 221.maddenin 4. fıkrasında ifade edilen; suç işlemek amacıyla örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan kişinin, gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi halinde, hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı ceza verilmemesi şeklindeki düzenleme hatalı olmuştur. Daha önce de belirtildiği üzere, örgütü kuran, yöneten veya örgüte üye olan kimseye cezai bağımsızlık hakkının tanınabilmesi için ilgili kişinin doğru ve yaşamsal derecede önem taşıyan bilgi vermesi ve verdiği bilginin başka yerlerden elde edilmesi olanağının bulunmaması gerekir. Diğer yandan, fıkra, örgütün yapısı ve işlenen suçlar hakkında bilgi verilmesi halinde ilgiliye örgüt kurmak, yönetmek veya üye olmak suçlarından ceza verilmeyeceği belirtilmektedir ki, yapılan düzenlemenin isabetsizliği ortadadır. Bu tip durumlarda ilgili hakkında cezai muafiyet tanınabilmesi için, ilgilinin verdiği bilginin doğru olması veya önemli bir bölümünün doğru olması ve verilen bilginin doğruluğunu test edecek bir düzeneğin bulunması gerekir. Fıkra bu hususlara yer verilmemesi büyük bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Ayrıca, bu fıkra, kişinin bu bilgileri yakalandıktan sonra vermesi hâlinde hakkında bu suçtan dolayı verilecek cezada üçte birden dörtte üçe kadar indirim yapılacağı şeklindeki düzenleme de isabetli olmamıştır. Bir organize suç grubunun sahip olduğu kurallardan birisi, belki de en önemlisi, suç organizasyonunun faaliyetleri ve lider kadrosu hakkında organize suç grubu mensuplarının, resmi makamlara en küçük bir bilgi vermemesidir. Resmi makamlara en küçük bir bilgi veren organize suç grubu elemanı muhbir olarak adlandırılmakta ve bağlı olduğu grup tarafından öldürülmekte veya öldürülmeye çalışılmaktadır. Bu açıdan, itirafçıdan, cezai bağımsızlık yerine, ceza indirim yoluyla suç organizasyonu hakkında bilgi alınabileceğini öngörmek gerçeklere uygun düşmeyecek, eski bir deyişle “*abesle iştilal etmek*” demek olacaktır (Fazla bilgi için bkz., Dursun, *Organize Suça ...*, s. 104 vd).

Son olarak, 221. maddenin son fıkrasında ifade edilen; etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler hakkında bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine hükmolunacağı ve denetimli serbestlik tedbiri süresinin üç yıla kadar uzatılabileceğini belirten düzenleme de isabetli olmamıştır. Denetimli serbestlik, Türk Ceza Kanunu'nun hapis cezasının ertelenmesi başlığı altında 51. maddede düzenlenmiştir. 221. maddede itirafçıya kimi durumlarda tam bir cezai bağımsızlık sağlanacağı belirtilmesine rağmen, bu fıkra ile denetimli serbestlik tedbirine hüküm verileceğinin



belirtilmesi, maddenin kendi içerisinde bir çelişkisidir. Çünkü, itirafçı hakkında, bir istisna dışında, 221. maddede hapis cezası öngörülmemektedir ki, onun hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulansın. İtirafçı kişiyi, mensubu bulunduğu suç organizasyonunun intikamından korumak için “*itirafçıyı koruma programına almak*” ve koruma düzeneğini bir program dahilinde yürütmek gerekir. Yine organize suç grupları, itirafçının kim olduklarını bildikleri durumlarda genellikle caydırma amacıyla itirafçının masum eş ve çocuklarına saldırdıklarından anılan kişilerin eş ve çocuklarını koruyucu düzenlemelere yer verilmemesi de büyük bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır (Bu konularda fazla bilgi için bkz., Dursun, *Organize Suça ...*, s. 97 vd).

#### d. Güvenlik Politikasında Köklü Bir Değişikliğe Gidilmesi

Gerek organize suç gruplarının adli birimlerde çalışan görevlileri yolsuzluğa bulaştırmasını, gerekse adli birimlerin yönetsel yolsuzluğunu en alt bir düzeye indirebilmek açısından güvenlik politikası bakımından yapılması gereken temel değişiklik; polisin yolsuzlukları ortaya çıkarabilmek için aktif bir tutum takınmasıdır. Türkiye’de güvenlik politikaları bakımından izlenen temel politika; pasif politikadır. Bir başka deyişle polis; kural olarak, suçlar konusunda ancak bir ihbar veya şikayet olunca harekete geçmektedir. Halbuki gerek organize suç gruplarının adli birimlerde çalışan görevlileri yolsuzluğa bulaştırmasında, gerekse adli birimlerin yönetsel yolsuzluğu hâlinde kimi durumda doğrudan mağdur bulunmamakta, kimi hâlde ise işlenen suçlar çok failli suçlar niteliğinde bulunmakta dolayısıyla polise intikal ettirilmemektedir. Doğrudan mağdurun bulunduğu kimi hâllerde de; olay, yine, polise bildirilmemektedir. Bunun temel nedeni kanımca ya mağdurun korkması veya böyle bir alışkanlığının olmamasıdır. Çünkü, Türk toplumu, genel olarak; suçları ihbar etmenin kötü bir şey olduğu veya olaya bulaşmamasının! daha doğru olacağı fikrinden hareketle suçları, polise ihbar etmemektedir. Bu yüzden Türkiye’de bir çok suç olayları, özel olarak adli görevlilerin yolsuzluk olayları karanlıkta kalabilmektedir. Gerek organize suç gruplarının adli görevlileri yolsuzluğa bulaştırması, gerekse adli birimlerin yolsuzluk olaylarının karanlıkta kalmaması için polis aktif bir güvenlik politikası izlemeli, hukuk sınırları çerçevesinde ve kişisel özgürlüklere aşırı zarar vermeden gerektiği durumlarda kıyafet değişikliği ve şok baskın gibi yöntemlerle adli görevlilerin yolsuzluk olaylarına karşı aktif bir tutum takınması gerekir.

### e. Adli Birimlerin Çağcıl Araç ve Gereçlerle Donatılması ve Adli Hizmetlere Bütçeden Yeterli Pay Ayrılması

Gerek organize suç gruplarının adli birimlerde çalışan görevlileri yolsuzluğa bulaştırmamasını, gerekse adli birimlerin yönetsel yolsuzluğunu en alt bir düzeye indirebilmek açısından alınması gereken bir başka önlem; adli birimleri, gereksinim duyulan her türlü çağcıl araç ve gereçlerle donatmak ve adli hizmet gören kurum ve kuruluşlara bütçeden yeterli pay vermektir. Günümüzde adli birimler, bırakınız çağcıl araç ve gereçlerden istifade etmeyi, temel gereksinimlerini bile karşılamakta zorlanmaktadır. Örneğin; karakol, mahkeme ve cezaevlerinin çoğu fiziki ve teknik alt yapı eksikliği taşımakta, hatta temel veya günlük işlerin yürütülmesinde bile büyük sorunlarla karşı karşıya kalınmaktadır. Bu durum, organize suç gruplarının adli birimleri yolsuzluğa bulaştırabilmesine ve adli birimlerde yönetsel yolsuzluk yapılabilmesine uygun zemin hazırlamaktadır.

Organize suç gruplarının adli birimleri yolsuzluğa bulaştırabilmesi ve adli birimlerde yönetsel yolsuzluk yapılabilmesine uygun zemin hazırlayan diğer bir husus; bütçeden adli hizmetlere gerekli ve yeterli ölçüde mali kaynak tahsisinin yapılmamasıdır. Türkiye’de, 1990’lı yıllardan itibaren bütçeden adalet hizmetlerine ayrılan pay (2003-2004 yıllarında %1 civarında olmak üzere) genellikle bütçenin %1’inin altındadır. Ekonomik olarak gelişmiş ülkelerde bütçeden adalet hizmetlerine ayrılan pay, yıllık olarak %2 ila %5 civarında olmasına rağmen, Türkiye’de adalet hizmetlerine ayrılan payın, bütçenin %1’inin altında bulunması oldukça düşündürücüdür.

Gerek organize suç gruplarının adli birimleri yolsuzluğa bulaştırması ve gerekse adli birimlerde yönetsel yolsuzluk yapılmasını en az bir seviyeye indirebilmek açısından adalet hizmetlerine bütçeden yeterli pay ayrılarak adli birimlerin bilgisayar ve diğer bilişim teknolojisi araçları ile her türlü çağcıl araç ve gereçlerle donatılması gerekir. Bu yapılırsa, organize suç grupları, adli birimlere bağış ve yardım yapma cüretinde bulunmayabilecek, arşivden dosyanın çıkartılması için mübaşire rüşvet verilmeyebilecektir. Çünkü dosya ile ilgili bütün bilgiler, bilgisayarda tutulmuş olacaktır. Adli birimlerde yolsuzluğu etkin bir şekilde önleyebilmek açısından, adli birimlere yeterli mali kaynak tahsisi yapılarak söz konusu birimlerin çağcıl araç ve gereçlerle donatılması yaşamsal bir önem taşımaktadır.

### f. İç veya Dış Islıkçuların (Whistleblower) Korunması

Adli organlarda yolsuzluk olaylarını en aza indirebilmek için alınması gereken diğer bir önlem; kurum içi veya üçüncü kişi ıslıkçuların korunmasıdır. Gerçekten de, diğer bir çok suçun aksine, yolsuzluk suçlarından şikayet edecek açık bir mağduru bulmak oldukça zordur. Yolsuzluğa bulaşanlar genellikle bu suçu işleyerek bir çıkar elde etmekte ve suçu gizlemede menfaati bulunmaktadır. Uygulamada, rüşvet ödemesini gösteren somut bir belge bulmak oldukça zor olduğundan, çoğu yolsuzluk olayları cezasız kalmaktadır (Jayawickrama, Pope ve Stolpe, s. 24).

Bu açıdan yolsuzluk olaylarında, olayın gerçekleştiği birimlerde çalışan görevliler ve üçüncü kişilerin bilgilerinin çok büyük önemi bulunduğu; söz konusu kişilerin yolsuzluk olaylarını ihbar etmelerinin özendirilmesi gerekir. İhbar iyi niyete dayalı olarak yapıldığı müddetçe, ihbarı yapanların hukuki açıdan korunmaları gerekir. Bundan da öte, yolsuzluk olaylarını caydırıcı veya ortaya çıkarıcı bir etki sağlayabilmek için yolsuzluk olaylarını, toplumun değişik kesimlerindeki kişilerin takma isimlerle bile ihbar etmesi olgusuna önem verilmeli, bu amaçla, bir alo yolsuzluk hattı oluşturulmalıdır. Hatta, muhbirlerin kimliğinin gizli kalmasını ve güvenliğini daha ileri bir derecede sağlamak için alo yolsuzluk hattını, üçüncü bir kişinin işletmesi seçeneği de dikkatle incelenmelidir (Sinha, s. 120).

Yolsuzlukla mücadele organının, muhbirlerden aldığı bilgi ve şikayete karşı ilk tepkisi, söz konusu organa yapılan bilgi akışını oldukça etkilemektedir. Eğer yolsuzlukla mücadele organı, muhbir tarafından yapılan ihbara "önemsiz bir iddia" gözüyle bakarsa, muhbir, söz konusu organa kaşı güvenini veya ihbar güdüsünü kaybedebilmekte ve gelecekteki daha önemli olayları organa bildirmekten vazgeçebilmektedir. Yolsuzluk olaylarında, genel olarak açık bir mağdurun bulunmaması ve olayın halk tarafından duyulmasının ters bir etki doğuracağı kanısı, yolsuzluğa bulaşanların, yolsuzluk olgusunu, yolsuzlukla mücadele organına bildirmelerini oldukça ender bir hale getirmektedir (Sinha, s. 120).

Özgür bir basın ve bilgiye serbestçe erişim, yasa ve politikalar; yolsuz davranışları bildirme ve rapor etmeyi özendirmelidir. Diğer yandan, yolsuzlukla ilgili haber yapan yazılı ve görsel basına kamusal reklamlar

verilmemesi ve iftira ile ilgili kanunları kötüye kullanarak uygulanmasına başvurup basın arasında ayrımcılık yapılması, yolsuzluk olaylarının bildiri üzerinde caydırıcı bir etki doğurmaktadır (Sinha, s. 120).

Adli birimlerde görülen yolsuzluk olaylarını en az bir seviyeye indirebilmek için birim içi veya dışı ıslıkçaları koruyacak bir düzeneğin kurulması yaşamsal derecede önem taşımaktadır.

### **g. Tanıkların ve Kamu Görevlilerinin Korunması**

Adli görevlilerin karıştığı yolsuzluk davalarında, özellikle organize suç gruplarıyla ilişki kuran adli görevliler aleyhine açılan davalarda tanıklık yapmak son derece güçtür. Böyle durumlarda olayı görenler, organize suç gruplarının intikamlarından korktukları için kolay kolay tanıklık yapamamaktadırlar. Adli görevlilerin organize suçla ilişkisini ortaya çıkartabilmek açısından tanıkları, (olayı gören kamu görevlisi veya üçüncü şahıs) organize suç gruplarının intikamından koruyucu önlemlerin alınması mutlak bir gereksinimdir. Ayrıca, adli birimlerde görülen yönetsel yolsuzluklarla etkin bir şekilde mücadele edebilmek açısından tanıklığı cazip hale getirecek önlemlerin alınması da gerekir.

Adli görevlilerin yolsuzluk olaylarını etkin bir şekilde ortaya çıkarabilmek ve önlemek açısından bu davalarda görev yapacak tanık ve kamu görevlilerini bir program çerçevesinde korumak şarttır. Daha somut bir deyişle tanık ve görevlilerin korunmasının bir program çerçevesinde oluşturulması ve programı yönetecek merciin belirtilmesi, amaca daha fazla hizmet eder. Yine organize suç grupları tanık ve görevlilerin kim olduklarını bildikleri durumlarda genellikle caydırıcı bir etki doğurabilmek için tanık ve görevlilerin masum eş ve çocuklarına saldırdıklarından anılan kişilerin eş ve çocuklarını koruyucu düzenlemelere de yer verilmesi gerekir.

Ayrıca, adli görevlilerin karıştığı yolsuzluk olaylarında tanık mahkemede ifade verirken, yüzünü belli etmeyecek tarzda tanığın maske giyebilmesine olanak sağlanmalıdır. Tanığın mahkemede ifade verirken yüzünü gizleyici tarzda kıyafet giyinmesi, tanığın kimliğinin ortaya çıkmasını önleyerek, tanığı, organize suç gruplarının intikamından etkin bir şekilde koruyabilecektir.

Son olarak korunma altına alınmış bir tanığın bu konumundan yararlanarak suç işlemlerini önleme yönünde önlemlere de yer verilmesi gerekir. Ayrıca, koruma altına alınmış bulunan bir tanığın suç işlediği hallerde kendisine bahşedilen korumadan vazgeçileceği de açıklığa kavuşturulmalıdır (Tanıkların korunması konusunda fazla bilgi için bkz., Dursun, *Organize Suça ...*, s. 96 vd).

#### **h. Etik Kuralların Oluşturulması**

Adli birimlerde görülen yolsuzluk olaylarını en az seviyeye indirebilmek için alınması gereken son bir genel önlem; polis, avukatın, yargıcın, mahkeme personelinin ve cezaevi ile tutukevi görevlilerinin uymaları gereken etik kurallara yer veren ayrı ayrı yasaların çıkartılmasıdır. Her ne kadar 25.5.2004 tarih ve 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile kamu görevlilerinin etik davranış ilkelerini belirlemek ve uygulamayı gözetmek üzere Başbakanlık bünyesinde Kamu Görevlileri Etik Kurulu oluşturulmuşsa da söz konusu yasanın yeterli olduğu ve adli görevlilerin yolsuzluk olaylarını en aza indireceği düşünülmektedir. Çünkü, Yasa'da, adli görevlilerin uymaları gereken etik ilkelere ayrıntılı bir şekilde yer verilmemiş ve etik kuralların ihlali bir yaptırma bağlanmamıştır. Ayrıca, yargı mensupları da söz konusu yasanın kapsamına alınmamıştır. Esasen adli görevlilerin uymaları gereken etik ilkeler, genel yasadan ayrı olarak kendi özel yasasıyla düzenlenmeli ve dürüstlikle ilgili etik ilkelerin tek bir kez ihlali halinde bile adli görevlinin görevine son verilmelidir. Çünkü, adli görevlinin bir kez dürüstlikle ilgili etik kuralı ihlal etmesi bile bir lekedir ve en küçük bir lekenin bozacağı tek kurum adalettir (Genel nitelikteki kamu görevlileri etik kurallarının nasıl düzenlenmesi gerektiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Dursun, *Kamu Görevlilerinin Etik Kuralları*, s. 247-266).

Adli görevlilerin yolsuzluk olaylarını en az bir seviyeye indirebilmek açısından her şeyden önce Polis Etik Kuralları Yasası çıkartılmalıdır. Söz konusu yasada polis, halkla, şüpheliyle, mahkemeye, kurum ve kuruluşlarla ilişkilerinde uyması gereken dürüstlikle ilgili etik ilkelere yer verilmeli, söz konusu etik ilkelerin bir kez ihlali halinde bile polisin görevine son verileceği hususu açıkça belirtilmelidir.

Adli görevlilerin yolsuzluk olaylarını en az bir seviyeye indirebilmek açısından çıkartılması gereken ikinci etik yasa; Avukatların Etik İlkeleri Yasası olmalıdır. Kuşkusuz, avukatların uymaları gereken bir takım etik ilkelere 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda ve Türkiye Barolar Birliği'nce 1971 yılında kabul edilen meslek kuraları ile yer verilmiştir. Ancak yargının asli bir unsuru olan avukatın mesleğinin onur ve haysiyetini koruyabilmesi için uyması gereken etik ilkelere yer veren ayrı bir yasanın çıkartılması yerinde olacaktır. Çünkü, savunma hizmetlerinde etkin bir şekilde dürüstlük ve düzenlilik sağlanabilmesi için avukatların uymaları gereken etik ilkelerin toplu ve ayrı bir mevzuatta gösterilmesi zorunludur. Avukatların Etik İlkeleri Yasası çıkartılırken dikkat edilmesi gereken nokta; söz konusu etik ilkelere sadece serbest avukatların değil, aşağıda daha ayrıntılı olarak anlatılacak olan savcılığın yerine kurulmasını önerdiğimiz iddia avukatlarının da *"silahların eşitliği"* ilkesi gereği uymak zorunda olmaları esasının kabul edilmesidir. Avukatların Mesleki Etik İlkeleri Yasası çıkartılırken avukatların mesleklerinin gerektirdiği dürüstlikle ilgili kurallara yer verilmeli, dürüstlikle ilgili etik ilkelerin tek bir kez ihlali halinde bile avukatın görevine son verilmelidir. Çünkü 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrası gereği yargının kurucu unsuru olan avukatın, dürüstlikle ilgili etik kuralı bir kez ihlal etmesi bile yargıyı kirletir. Serbest avukatların uymaları gereken etik kuralları uygulama görevi barolara, iddia avukatlarının uymaları gereken etik kuralları uygulama görevi ise yine aşağıda anlatılacak olan İddia Avukatları Kurumu'na verilmelidir.

Adli görevlilerin yolsuzluk olaylarını en az bir seviyeye indirebilmek açısından çıkartılması gereken üçüncü etik yasa; Yargıçların Etik İlkeleri Yasası olmalıdır. Gerçi, 24. 2. 1983 tarih ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun kimi maddelerinde yargıçların uymaları gereken bir takım etik ilkelere yer verilmişse de, yapılan düzenleme iki açıdan yetersizdir. Bir kere, Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda yargıçların uymaları gereken etik ilkeler; kısmi ve eksik bir şekilde yer verilmiştir. İkincisi, söz konusu yasada etik kuralların ihlali hâlinde yargıçlara, diğer kamu görevlilerine öngörülen uyarma, aylıktan kesme, kınama, kademe ilerlemesini durdurma, derece yükselmesini durdurma, yer değiştirme ve meslekten çıkarma gibi çeşitli disiplin cezaları öngörülmüştür. Halbuki özellikle dürüstlikle ilgili etik kuralları ihlal eden, hatta ihlal görüntüsü veren yargıca sadece meslekten çıkarma cezası verilmelidir.

Dürüstlikle ilgili etik kuralları ihlal eden, hatta ihlal görüntüsü veren yargıç kadar adaleti lekeleyen dolayısıyla kişileri, toplumu ve devleti bozan ve çürüten başka bir kimse düşünülemez.

Bu açıdan yargıda etkin bir şekilde dürüstlüğü sağlamada önemli bir kilometre taşı oluşturacağı düşünülen Yargıçların Etik İlkeleri Yasası'na mutlak bir gereksinim bulunmaktadır. Yargıçlara yönelik etik yasası çıkartılırken; 2003/43 sayılı Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri; [R (94) 12] sayılı Hakimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Konusunda Avrupa Konseyi Üye Devlet Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı ve Birleşmiş Milletler'in 1985 tarihli Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri'nden yararlanılmalıdır.

Yargıçların etik ilkelere etik bir şekilde uyumunu sağlamak için mevcut düzenek de değiştirilmelidir. Mevcut sistemde, 2802 sayılı Kanun'da gösterilen disiplin kurallarını ihlal ettiği öne sürülen yargıç, Adalet Bakanlığı müfettişlerince soruşturulmakta ve soruşturma tamamlandıktan sonra dosya, gereği için Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na sunularak, söz konusu Kurul tarafından yargıca disiplin cezası verilmektedir. Yargıcın gerek Adalet Bakanlığı müfettişlerince soruşturulması, gerekse Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda Adalet Bakanı ve Müsteşarı'na yer verilmesi; yargıç bağımsızlığı ilkesine aykırı olduğu gibi yargıç tarafsızlığı ilkesine de aykırıdır. Yine bir yönetsel organ olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararlarının yargı denetimi dışında bırakılması ise vahim bir hata olup, hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Ancak, yargıç hakkında verilen disiplin cezasının yargı organının denetimine sokulması ise çeşitli sakıncaları beraberinde taşıyacağından, yargıca verilen disiplin cezasını verecek merciin değiştirilmesi daha yerinde olacaktır.

Bu çerçevede; yargıç bağımsızlığı ile tarafsızlığı ilkelerine uygun olarak yargıçların etik ilkelere etkin bir şekilde uyumunu sağlamak için farklı bir düzenek oluşturulmalıdır. Bu amaçla, her şeyden önce Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Yargıçlar Yüksek Kurulu'na dönüştürülmeli, Kurulda Adalet Bakanı ve Müsteşarına yer verilmemeli, Kurula her yıl yeterli ölçüde bütçe tahsisatı yapılarak, Kurulun yönetsel açıdan özerk bir yapıya kavuşturulması gerekir. Bu yapısal düzenlemelerden sonra, dürüstlikle ilgili etik kuralları ihlal ettiği öne sürülen veya böyle bir görüntü veren yargıcı, Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun görevlendireceği denetçiler soruşturmalı, iddialar doğru çıkarsa ilgili yargıcın

meslekten çıkarılması için durum Adalet Bakanlığı'na bildirilmelidir. Adalet Bakanlığı ise, durumu Başbakanlığa intikal ettirmeli, Başbakanlık ise ilgili yargıcın meslekten çıkarılması için tezkere ile birlikte konuyu Türkiye Büyük Millet Meclisine iletmelidir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda ise oylama yapılarak ilgili yargıcın meslekten çıkartılıp çıkartılmayacağına karar verilmelidir. TBMM ilgilinin meslekten çıkartılmasına karar verirse, söz konusu karar yargı denetimine tabi olmayacaktır. Çünkü Anayasa'da gösterilen ayrıksı durumlar dışında TBMM kararları yargı denetimine tabi değildir. Yargıcın meslekten çıkartılmasına dair TBMM kararının yargı denetimine tabi olmaması; hukuk devleti ilkesine de aykırılık taşımaz, çünkü hukuk devleti ilkesi sadece yürütmenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasını gerektirir. Yargıcın meslekten çıkartılmasına dair kararın TBMM tarafından verilmesi anayasal sistematığe de uygun olacaktır. Zira, Anayasa'nın 9. maddesi gereği yargı yetkisi; Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. TBMM kararıyla ilgili yargıcın meslekten atılması, yargı yetkisinin, Türk Milleti adına o yargıç tarafından kullanılamayacağı anlamını taşır.

Adli görevlilerin yolsuzluk olaylarını en az bir seviyeye indirebilmek açısından çıkartılması gereken dördüncü etik yasa; Yargı Görevlileri Etik İlkeleri Yasası olmalıdır. Söz konusu yasada yazı işleri müdürü, zabıt katibi, mübaşir, icra-iflas müdürü ve memurlarının iş sahibi, avukat ve yargıçla ilişkilerinde uyması gereken dürüstlükle ilgili etik ilkelere yer verilmeli, söz konusu etik ilkelerin bir kez ihlali halinde bile yargı görevlisinin görevine son verileceği hususu açıkça belirtilmelidir.

Adli görevlilerin yolsuzluk olaylarını en az bir seviyeye indirebilmek açısından çıkartılması gereken son etik yasa; Ceza ve Tutukevi Personeli Etik İlkeleri Yasası olmalıdır. Bu Yasa'yla, ceza ve tutukevi personelinin mahkum ve tutuklu, ziyaretçi, avukat ve mahkemeye ilişkilerinde uyması gereken dürüstlükle ilgili etik ilkelere yer verilmeli, söz konusu etik ilkelerin bir kez ihlali halinde bile ceza ve tutukevi görevlisinin görevine son verileceği hususu açıkça belirtilmelidir.

Adli görevlilerin etik ilkeleri konusunda son bir hususun belirtilmesi yerinde olacaktır. Adli görevlilerin uymaları gereken etik kurallar statik olmayıp dinamiktir. Yeni gelişmelerle eşanlı olarak adli görevlilerin uymaları gereken etik kurallarda sürgit bir yenilik yapılmalı, yenilikler konusunda adli görevliler, hizmet içi eğitime tabi tutulmalıdır. Adli



görevlilerin uymaları gereken etik kuralların içeriği halka duyurulmalı ve böylece halk, adli görevlilerin davranışlarını değerlendireceği bir ölçüte sahip olmalıdır. Bunun yanında, yeni atanan veya mevcut adli görevlilere, etik sözleşmesi imzalatılmalı; sözleşmeye, dürüstlikle ilgili etik kuralları ihlal eden adli görevlinin istifa etmesi gerektiği veya mesleğinden atılacağı esası konulmalıdır (Karş. Langseth, s. 68).

## 2.2. Adli Birimler Temelinde Alınması Gereken Önlemler

### a. Güvenlik Güçleri Temelinde

Türkiye’de iç güvenlik güçlerini; polis, jandarma, sahil güvenlik ve tartışmalı olmakla birlikte geçici köy korucuları oluşturmaktadır. Güvenlik güçleri temelinde yolsuzluklarla etkin mücadele açısından alınması gereken ilk önlem; sadece polisin güvenlik gücünü oluşturması, daha doğru bir deyişle, sınır güvenliğinin asker tarafından sağlanması dışında, Türkiye’nin her kısmında sadece polisin güvenlik yetkisine sahip olması esasının getirilmesi gerekir. Mevcut sistemde, il ve ilçelerdeki mülki sınır kavramı esas alınarak mülki sınırlar içinde polis, mülki sınırlar dışında ise jandarma güvenlik fonksiyonuna sahip bulunmaktadır. Halbuki Türk Silahlı Kuvvetleri’nin bir unsurunu oluşturan jandarmanın kural olarak iç güvenlik ve adli hizmetleri görmemesi gerekir. Türk Silahlı Kuvvetleri’nin, bu arada jandarmanın temel fonksiyonu savunma hizmetini yerine getirmektir. Güvenlik ve savunma hizmetlerinin gerek gayesi gerekse teknikleri birbirinden önemli ölçüde farklılık gösterdiğinden, kural olarak kolluk görevini, güvenlik fonksiyonu görmek üzere yetiştirilen polisin yerine getirmesi gerekir. Ayrıca, bir kısım coğrafi alanda polisin diğer bir kısım alanda ise jandarmanın kolluk yetkisine sahip olması güvenlik güçleri temelinde yapılan yolsuzlukla mücadele çalışmalarını olumsuz olarak etkilemektedir. Çünkü, kimi durumlarda, polis veya jandarmadan hangisinin yolsuzluğa bulaştığını belirlemek kolay olmamaktadır. Eğer güvenlik gücünü sadece polis oluşturursa, kimin yolsuzluğa bulaştığını saptamak oldukça kolay bir hale gelebilecektir. Diğer yandan, yolsuzluğa karşı etkin mücadele verilmesinin temelini; saydamlık ve hukukun üstünlüğü ilkesinin bütünüyle yaşama geçirilmesi oluşturur (van Duyne, s. 54-57). Halbuki, jandarma görevlilerini, bağımsız organlarca etkin bir şekilde denetlemek olanağı az olduğundan, jandarmada saydamlık ilkesini yaşama geçirebilmek kolay değildir. Tüm bu nedenlerle kolluk yetkisinin kural olarak bütünüyle polise bırakılması yerinde olacaktır.

Yolsuzluk olaylarıyla etkili mücadele vermek açısından güvenlik güçleri temelinde alınması gereken bir diğer önlem; polisin sahil güvenlik biriminin oluşturulmasıdır. 9.7.1982 tarih ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu ile Türkiye'nin sahillerinin, karasuları ile iç sularının, liman ve körfezlerinin korunması, güvenliğinin sağlanması, denizlerde; Deniz Kuvvetleri Komutanlığı'nın gelen sorumluluğu dışında kalan hak ve yetkilerin kullanılması, deniz yoluyla yapılan kaçakçılığın önlenmesi, izlenmesi ve suçlular hakkında gerekli işlemleri yapılması konusunda görev ve yetkili Sahil Kuvvet Komutanlığı kurulmuştur. Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın görevli ve yetkili olduğu hususlar; tipik olarak güvenlik fonksiyonuna dahil olduğundan ve çağcıl gelişmelere de uyum sağlamak açısından Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın görev ve yetkilerinin polise devredilmesi gerekir. Ayrıca, sahil güvenlik de jandarma gibi askeri birim olduğundan, yukarıda jandarmanın güvenlik görevinin polise devredilmesi açısından ileri sürülen tüm gerekçeler, sahil güvenlik açısından da geçerlidir.

Yolsuzluk olaylarıyla etkili mücadele vermek açısından güvenlik güçleri temelinde alınması gereken bir başka önlem; geçici köy koruculuğu uygulamasının kaldırılmasıdır. 442 sayılı Köy Kanunu'nun 74. maddesi; Bakanlar Kurulu'nca tespit edilen illerde, olağanüstü hal ilanını gerektiren sebeplere ve şiddet olaylarına ait ciddi belirtilerin köyde ve çevresinde ortaya çıkması veya köylünün canına ve malına tecavüz hareketlerinin her ne suretle olursa olsun artması halinde, valinin teklifi ve İçişleri Bakanı'nun onayı ile yeteri kadar "geçici köy korucusu"nun görevlendirilebileceği belirtilmektedir. Bu hükme dayanarak bilhassa olağanüstü hal bölgelerinde binlerce geçici köy korucusu tutulmuştur. Geçici köy koruyuculuğu uygulaması, güvenlik güçleri temelinde yolsuzlukla etkin mücadeleyi derinden bir şekilde olumsuz olarak etkilemektedir. Çünkü geçici köy korucuları; profesyonel anlamda güvenlik hizmetlerini görmek üzere yetiştirilmediğinden ve onlara yolsuzluğa karşı bir bilinç aşılanamadığından kolaylıkla yolsuzluğa bulaşabilirler. Ayrıca, onları yolsuzluktan etkin bir şekilde alıkoyacak düzeneklerin oluşturulması da kolay değildir.

Geçici köy koruculuğu uygulaması; güvenlik güçleri temelinde yolsuzlukları önlemek amacıyla yapılan mücadeleyi zafiyete uğrattığı gibi Anayasa'ya da aykırıdır. Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrasında; Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel

idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği ifade edilmiştir. Güvenlik hizmetleri; devletin yürütmekle zorunlu bulunduğu en temel kamu hizmetini teşkil etmektedir. Kamu hizmeti; topluma sunulan, sürekli ve kesintisiz biçimde işlemesi zorunlu, toplumun genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla kamusal yetki ve usuller kullanılarak yürütülür. Kamu hizmetinin yürütülmesi, kamu gücünün kullanılmasını gerektirdiği için ancak kamu görevlisi sıfatını taşıyan kişiler kamu hizmeti görebilir. Kamu görevlileri, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde önceden belirlenen nesnel kurallara göre idareye bağlı olarak çalışan, kendilerine kadro tahsis edilen, bütçeden ödeme yapılan memurlar ile diğer kamu görevlilerini kapsar. Bu açıdan hiç bir şekilde kamu görevlisi tanımı ve kuramına uymayan geçici köy koruyucularının en temel kamu hizmeti olan güvenlik (kolluk) hizmetini görmesi, Anayasa'nın gerek sözüne gerekse özüne aykırıdır (Benzer düşünce ve fazla bilgi için bkz., Günday, s. 256).

Sınır güvenliğini sağlama dışında güvenlik fonksiyonunu sadece polislin yerine getireceği esası benimsendikten ve bu esasa göre polislin teşkilat yapısında çağcıl düzenlemeler yapıldıktan sonra, polis yolsuzluğunu etkin bir şekilde önlemek için uygun bir denetleme düzeneği kurulmalıdır. Denetim düzeneği oluşturulurken; polislin kendisini hukuk olarak görmesinden ziyade, polislin; hukuka uygun olarak halka hizmet etmesini sağlayacak bir esas kabul edilmelidir. Buna ek olarak, yolsuzluğu daha başlangıcında saptamak ve bastırmak için çeşitli düzenekler de oluşturulmalıdır. Düzenek olarak, Washington DC Polis Vakfı tarafından geliştirilen Risk Analizi Yönetim Sistemi (RAMS II) ve Bütünleşmiş Kalite Servis Göstergesi (QSI) şeklindeki erken uyarı sistemlerinden yararlanılabilir. Söz konusu sistemler, görevini ciddi şekilde kötüye kullanabilecek polisleri daha önceden belirlemekte ve onlara yardım eli uzatılmasını sağlamaktadır (Williams, s. 97).

## **b. Mahkeme Temelinde**

Mahkeme temelindeki yolsuzluklara karşı etkin bir mücadele verilebilmesi amacıyla alınması gereken ilk önlem; savcılığın kaldırılarak, serbest avukat ile eşit konumda bulunacak iddia avukatını kurmaktır. Günümüzde Cumhuriyet Savcısı; serbest avukattan farklı olarak yargıç-

larla aynı kapıdan mahkemeye girip çıkmakta, yargıçlarla aynı seviyede ve onlara yakın olarak oturmakta, bazı duruşma salonlarında, savcı, serbest avukatın sahip olamadığı mahkeme zabıtlarını izleme olanağına sahip olmaktadır. Bu durum yolsuzluklarla en etkili mücadele yöntemi olan hukukun üstünlüğü ilkesine aykırılık taşımaktadır. Hukukun üstünlüğü ilkesi, silahların eşitliği olarak adlandırılabilir savunma avukatı ile iddia avukatının eşit konum ve rollere sahip olmasını veya öyle bir görüntü verilmesini gerektirir. Savcılık kurumu mevcut olduğu müddetçe Türkiye’de silahların eşitliği ilkesini yaşama geçirebilmek kolay değildir.

Yine, mevcut yapıda, polisin İçişleri Bakanlığı’na, Cumhuriyet Savcısı’nın da Adalet Bakanlığı’na bağlı olarak görev yapması ve suç soruşturmalarında polis ile Cumhuriyet Savcısı’nın birlikte çalışması yerine ayrı ayrı çalışması, yolsuzluğu gizilgüç olarak artırıcı bir ortam oluşturmaktadır. Ayrıca, kimi durumlarda yolsuzluğu savcı veya polisten hangisinin yaptığını belirleyebilmek olanaklı değildir. Ceza soruşturma ve kovuşturmalarında tek yetkili polis olursa gerek polisin gerekse iddia avukatının yolsuzluklarını saptamak oldukça kolay bir hale gelecektir. Yine yürürlükteki sistem gereği savcı ve yargıç idari yönden Adalet Bakanlığı’na bağlıdır. İddia eden ile karar verenin aynı makama (Adalet Bakanlığı’na) bağlanması, kamu yönetimi ilkelerine de aykırıdır. Çağcıl kamu yönetimi anlayışı; iddia eden ile karar veren organın aynı makama bağlanmasına izin vermez. Bu çerçevede; savcılığın bünyesinde taşıdığı olumsuzluklardan kurtulmak için Cumhuriyet Savcılığı iddia avukatlığına dönüştürülmeli ve iddia avukatı ile polis aynı Bakanlığa (İçişleri Bakanlığı’na) bağlanmalıdır. İddia avukatı ve polisin İçişleri Bakanlığı’na bağlandığı durumda, polisin görev ve sicil olarak kime bağlanması gerektiği tartışmaları da bitecektir.

Mahkeme temelindeki yolsuzluklara karşı etkin bir mücadele verilebilmesi amacıyla alınması gereken bir başka önlem; yargıçların yargılanabilmesi için aranan izin şartının kaldırılmasıdır. 24.2.1983 tarih ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 82. maddesine göre, yargıçların görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle haklarında inceleme ve soruşturma yapılmasının Adalet Bakanlığı’nun iznine tabi olduğu belirtilmiştir. Yine söz konusu Kanun’un 98. maddesinde; Adalet Bakanlığı merkez kuruluşundaki, birinci sınıf hakim

ve savcılarının, disiplin cezası, soruşturma ve kovuşturma bakımından Yargıtay üyeleri hakkındaki hükümlere tabi olduğu, ancak soruşturma açılmasının Adalet Bakanı'nın istemine bağlı olduğu ifade edilmiştir. Çeşitli kereler belirtildiği üzere yolsuzluklara karşı en etkili yasal yöntem; saydamlık ve hukukun üstünlüğü ilkeleri çerçevesinde, söz konusu ilkelere aykırılık taşıyan mevzuatın ortadan kaldırılmasıdır. Görev suçu bile olsa, bir yargıcın yargılanabilmesi için izin şartının öngörülmesi hiç kimsenin sorumsuz olamayacağı şeklindeki hukukun üstünlüğü ilkesine aykırılık taşır ve yargısal yolsuzluklarla mücadeleyi zafiyete uğratar.

Mahkeme temelindeki yolsuzluklara karşı etkin bir mücadele verilebilmesi amacıyla alınması gereken bir diğer önlem; yargıçlara yönelik olarak yapılan her türlü ihbar ve şikayetin dikkate alınmasıdır. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 97. maddesinde; yargıç hakkındaki ihbar ve şikayetin soruşturmayı gerektiren belli bir konuyu içermez veya gerçek kimlik ve doğru adres gösterilerek yapılmazsa işleme konulamayacağı ifade edilmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, kimi durumlarda korkma veya başka nedenlerden dolayı kişiler yaptığı ihbar ve şikayetlerde kimliğini veya adresini gizleyebilir. Kimlik veya doğru adres bilgilerini taşımayan ihbar ve şikayetlerin dikkate alınmaması, ilgili yargıcın yolsuzluk yapmadığını göstermeyebildiği gibi yapılan ihbar veya şikayetin önemsiz olduğunu da göstermeyebilir. Bu açıdan, yargısal yolsuzluklarla etkili bir mücadele verilmesi için; yargıç hakkında maddi veya hukuki bir olgu bildiren her türlü ihbar ve şikayetlerin (imzasız veya hayali isimle de olsa) dikkate alınması mutlak bir gereksinimdir.

Mahkeme temelindeki yolsuzluklarla etkin mücadele edilmesi amacıyla alınması gereken bir başka önlem, yargıçların yargılanabilmesi için öngörülen yargılama birliği prensibine getirilen ayrık durumların kaldırılmasıdır. 24.2.1983 tarih ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 82, 85, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96. maddelerinde ve 4.2.1983 tarih ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 46. maddesi ile diğer kanunlarda (Örneğin; 832 sayılı Sayıştay Kanunu 96. madde) yargıçların görevden doğan veya görevi sırasında işledikleri suçlar ile kişisel suçlarının soruşturma ve kovuşturulmasında yargılama birliği prensibinden ayrı özel bir takım usuller öngörülmektedir.

Yargılama birliği prensibi, elinde kuvvet bulunduranların kendilerine ayrı mahkeme istemelerine ve böylece içeriği aynı olan uyumsuz-

lıkların bir kısmının adliye içi, bir kısmının adliye-dışı yargılama makamlarında çözülmesine engeldir. Örneğin; bir fiilin suç olup olmadığı, faile ceza verilmesi gerekip gerekmediği gibi sorunların çözümünde hem adliye içi- hem de adliye dışı yargılama makamları yetkili olursa yargılama birliğinden uzaklaşmış olunur (Kunter, s. 148).

Görev suçu veya kişisel suç olsun yargıcın işlediği ileri sürülen suçunun kovuşturma ve soruşturulmasında özel bir takım usul öngörülmesi; kanımca yargılama birliği ilkesine aykırıdır ve kaldırılması gerekir. Ayrıca, yargıcın işlediği ileri sürülen suçunun soruşturulması ve kovuşturulmasının özel usule tabi tutulması, yargısal yolsuzluklarla mücadeleyi de zafiyete uğratar. Yolsuzluğa karşı en etkili yasal yöntem olan hukukun üstünlüğü prensibi; herkesin (yargıçlar dahil) Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen genel usul kurallarına tabi olmasını gerektirir. Yargıcın işlediği öne sürülen suçlarının kovuşturma ve soruşturmalarının; özel bir takım usul kurallarına ve adliye dışı makamların inisiyatifine tabi tutulması; sanık yargıcın söz konusu makamlar tarafından kayırıldığı iddiasını gündeme getirebilmekte ve böylece hukukun üstünlüğü ilkesine uyulmadığı görüntüsü verilmektedir. Bu çerçevede, adli yolsuzluklarla mücadelede büyük bir zafiyet doğuran ve yargılama birliği ilkesine aykırı bir nitelik taşıdığı açık olan yargıç suçlarını özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi tutan düzenlemelerin kaldırılması yerinde olacaktır.

Ancak, yargıcın işlediği öne sürülen görev veya kişisel suçlarında yargılama birliğine ayırksı durumların kaldırılması; yargıç suçlarında özel yetki kuralı konulmasına engel değildir. Yetki kuralları sanığa teminat sağlama amacına yönelmediğinden (Bu konularda fazla bilgi için bkz., Kunter, s. 400 vd) yargıç suçlarında yetkili mahkeme, genel yetki kurallarından farklı olarak düzenlenmelidir. Yargıcın görev veya kişisel suçlarında, görev yaptığı yargı çevresinde yargılanması, sanık yargıcın diğer meslektaşları tarafından kayırılması iddialarını gündeme getireceğinden, bu suçlarda yetkili mahkemenin yargıcın görev yaptığı yargı çevresine en yakın mahkeme olarak belirlenmesi yerinde olacaktır.

Mahkeme temelindeki yolsuzluklarla etkin mücadele edilmesi amacıyla alınması gereken bir başka önlem, yargılama usulü kurallarının basit, yalın ve sade bir şekle dönüştürülmesidir. Buscaglia (1998) adlı yazar tarafından yapılan bir çalışmada; mahkemelerde uygulanan usul

kurallarının karmaşıklığı ile yargı yolsuzluğu arasında açık bir ilişki bulunduğu ortaya konulmuştur (An Economic and Jurimetric Analysis of Official Corruption ..., s. 7).

Bu açıdan hukuk, ceza ve icra-iflas usulünü sade, basit ve yalın bir hale getirmek gerekir. Hukuk usulünü basit, yalın ve sade bir hâle getirmek için tüm özel yargılama usullerinin (sözlü yargılama, seri yargılama, basit yargılama usulü vb) kaldırılması gerektiği gibi başka kanunlarda (örneğin Türk Medeni Kanununda) yer alan hukuk yargılama usullerinin de kaldırılması gerekir. Bir tane Hukuk Yargılaması Kanunu kabul edilmeli, usule ilişkin hükümlere başka kanunlarda yer verilmemelidir.

Ceza usulünü basit, sade ve yalın bir hâle koymak için *"kamu davasının resmiliği"* ilkesine aykırı olan şikayet, kamu davasına katılma, uzlaşma usulü gibi özel yargılama usullerinin 4.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan çıkartılması gerektiği gibi (özel yargılama usullerinin kaldırılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Erem, s. 575) ceza muhakemesi usulünü gereksiz yere karmaşık bir hale koyan suçüstü suçlarının yargılanması usulü (3005 sayılı Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Kanunu) (3005 sayılı Kanunu'nun kaldırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Tosun, s. 432 vd) ve diğer kanunlarda (Örneğin; 4208 sayılı Karapara Aklanmasının Önlenmesi Kanunu'nda) yer alan ceza yargılama usullerinin kaldırılması gerekir. Bir tane Ceza Yargılaması Kanunu kabul edilmeli, usule ilişkin hükümlere başka kanunlarda yer verilmemelidir.

İcra ve İflas Kanunu'nda öngörülen usuller, özellikle süreler oldukça karmaşık bir şekilde düzenlenmiştir. Bir başka deyişle, İcra ve İflas Kanunu'nda takibin tarafları, (alacaklı-borçlu) üçüncü kişiler veya cebri icra organları için öngörülen süreler çok değişik uzunlukta öngörülmüş olup, bu husus özellikle takibin tarafları veya üçüncü kişiler için bu sürelerin hepsini bilmelerini ve dolayısıyla yapılacak işlemi süresinde yapabilmelerini zorlaştırmakta ve pek çok uyuşmazlık, bu sürelerin kaçırılmasından doğmaktadır. Halbuki bu sürelerin tek süre olarak kabul edilmesi, Kanun'un ilgililer tarafından daha kolay, daha çabuk, daha az uyuşmazlıklara neden olabilecek şekilde uygulanmasını sağlayacaktır. İcra ve iflas takiplerinde basitlik ve sadeliği sağlayabilmek için ödeme emrine itiraz, şikayet süreleri ile borcu ödeme ile mal

beyanında bulunma sürelerinin yedi gün olarak düzenlenmesi (Uyar, s. 255) hatta Av. Güngör Yener'in isabetli olarak belirttiği üzere İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan üç ila on günlük tüm sürelerin yedi gün olarak birleştirilmesi yerinde olacaktır (Bu konuda fazla bilgi için bkz., Uyar, s. 255, bilhassa dpn. 9).

Mahkeme temelindeki yolsuzluklarla etkin mücadele edilmesi amacıyla alınması gereken bir diğer önlem, tüm yargısal harçlar ile icra-iflas harçlarında ve tebligat masraflarının hesaplanmasında kesirli rakamların dikkate alınmamasıdır. Daha doğru bir deyişle, tebligat masrafları ile nisbi ve maktu yargısal harcın ödenmesi sırasında 50 YK'tan aşağı kesirli rakamlar dikkate alınmamalı, 50 YK'tan yukarı rakamlar ise 1 YTL'sına yükseltilerek ilgiliden tahsili yoluna gidilmelidir. Kesirlerin dikkate alınması yüzünden bozuk para olmaması veya başka gerekçelerle çoğu durumlarda ilgililer hesaplanan miktardan daha fazla para ödemek durumunda kalmakta, bu durum ise, adli görevlilerin yiyicilik ithamına maruz kalmalarına yol açmaktadır.

Yargısal yolsuzluklarla etkin mücadele edilmesi amacıyla alınması gereken son önlem; hukuk veya ceza davalarında seçilecek bilirkişilerin listeden seçilmesi esasını benimsemektir. Günümüzde yargı yolsuzluğunun bir kısmını, bilirkişiler tarafından yapılan yolsuzluklar oluşturmaktadır. 4.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 64. maddesiyle bilirkişilerin kural olarak; il adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenen bir listede yer alan gerçek veya tüzel kişiler tarafından seçileceği esasının benimsenmesi; listelerde konunun uzmanlarının ve dürüst kimselerin yer alacağını ümit ederek ceza davalarındaki bilirkişiliğe kanımca bir çekidüzen getirecek ve bilirkişi yolsuzluğunun önlenmesinde önemli bir rol oynayacaktır. Ancak 64. maddenin 2. fıkrasında listelere girmeyen kişilerin de bilirkişi olarak atanabileceğinin öngörülmesi liste usulünden haksız bir şekilde ayrılma anlamını taşıdığından, kanımca, isabetsiz olmuştur. Hukuk, veya ceza davalarında görülen bilirkişi yolsuzluklarını en az bir seviyeye indirebilmek açısından tüm bilirkişilerin listeden seçilmesi esasının getirilmesi, hukuk davalarındaki bilirkişi seçiminde, mahkemenin bütünüyle serbest olduğu mevcut sistemin terk edilmesi gerekir.



### c. Ceza ve Tutukevleri Temelinde

Ceza ve tutukevleri temelinde yolsuzluklarla etkin mücadele açısından alınması gereken ilk önlem; koğuş veya F tipi cezaevlerinde uygulanan üç kişilik oda sisteminden vazgeçilmesidir. Koğuş veya üç kişilik oda sistemi; ceza ve tutukevlerinde yaşanan yönetsel ve işlevsel yolsuzlukların yeşermesi ve büyümesi için oldukça uygun bir zemin hazırlamaktadır. Ceza ve tutukevlerinde yaşanan yolsuzluklarla etkin bir mücadele vermek açısından koğuş veya üç kişilik oda sisteminden, gündüz çalışma, gece ise tek kişilik odada kalmaya dayalı oda sistemine geçilmesi gerekir. Koğuş veya üç kişilik oda sistemi; en temel insan haklarından olan özel hayatın gizliliği kuralını da ihlal etmektedir. Özel hayatın gizliliği kuralı gereğince mahkuma verilecek oda mutlaka tek kişilik olmalıdır. Koğuş veya üç kişilik oda sistemi; mahkumlar tarafından ortak bir suç alt kültürü oluşturulmasına neden olmakta ve mahkumların cezaevi yönetimi ve görevlilerini kolaylıkla yolsuzluğa bulaştırabilmelerine yol açmaktadır (Karş. Dursun, *Cezaların İnfazının ...*, s. 743, 744).

Ceza ve tutukevleri temelinde yolsuzluklarla etkin mücadele açısından alınması gereken bir başka önlem; ceza ve tutukevlerinin dış korumasının infaz koruma memurlarına bırakılmasıdır. Mevcut sistemde ceza ve tutukevlerinin iç korumasını infaz koruma memurları, dış korumasını jandarma sağladığından, kimi durumlarda ceza ve tutukevlerinde görülen yolsuzlukları infaz koruma memuru veya jandarmadan hangisinin yaptığını saptamak olanaklı olmamaktadır. Eğer ceza ve tutukevlerinin iç ve dış korumasını sadece infaz koruma memuru yaparsa kimin yolsuzluğa bulaştığını saptamak oldukça kolay bir hale gelecektir. Bu açıdan ceza ve tutukevlerinin dış korumasının jandarmadan alınması yerinde olacaktır.

Ceza ve tutukevleri temelinde yolsuzluklarla etkin mücadele açısından alınması gereken bir diğer önlem; tutuklu ve mahkumların hak ve ödevlerini açık bir şekilde gösteren yasanın çıkartılmasıdır. Türkiye’de tutuklu ve mahkumların haklarını açık bir şekilde gösteren yasal düzenlemenin bulunmaması, gerek organize suç gruplarının ceza ve tutukevi yönetimi veya görevlilerini yolsuzluğa bulaştırması gerekse ceza ve tutukevlerindeki yönetsel yolsuzluklar için oldukça uygun bir ortam doğurmaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin belirle-

diği “*Tutuklular ve Mahkumlara Uygulanacak Asgari Kurallar*”, Birleşmiş Milletler Standartları ve Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi’nin içtihatları ışığında tutuklu ve hükümlülerin haklarının açık bir şekilde yasa ile düzenlenmesi cezaevinde görülen bir çok yolsuzlukların önlenmesi bakımından oldukça fayda sağlayacaktır (Karş. Dursun, *Cezaların İnfazının ...*, s. 742).

Ceza ve tutukevleri bağlamında yolsuzluklarla etkin mücadele açısından alınması gereken son bir önlem; tutuklu ve mahkumların ayrı ayrı yerlere konulmasıdır. Daha 1764 yılında Beccaria “*Suç ve Ceza*” adlı kitabında hükümlü ve tutukluların bir araya konulmasının; tutukluyu daha mahkeme kararı olmadan mahkum hüviyetine sokmak demek olduğu gerekçesiyle haklı olarak şiddetli bir şekilde eleştirmesine rağmen, Türkiye’de, 21. yy’da bile yer yokluğu gerekçesiyle hükümlü ve tutukluların bir araya konulması anlaşılabilir bir tutum değildir. Ayrıca, hükümlü ve tutukların bir arada bulunması; cezaevi yönetimi veya görevlilerini nasıl yolsuzluğa bulaştıracağı konusunda; mahkumların, tutuklulara bilinç aşılmasına yol açabilir. Bu gerekçelerle, hükümlü ve tutukluların mutlaka ayrı ayrı yerlere konulması gerekir (Karş. Dursun, *Cezaların İnfazının ...*, s. 743).

## SONUÇ

Türkiye’de adli birimlerde görülen yolsuzluk sorununun hukuki, siyasi, sosyal, ekonomik ve psikolojik boyutları bulunmakta, ancak çok yönlü bu konunun henüz bilimsel yöntemlerle yeterince araştırılmamış, bilimsel verilere dayalı elde yeterli veri bulunmamıştır. Yargıda yolsuzluk konusunda bu zamana kadar yapılan en kapsamlı araştırma Ökçesiz tarafından yapılan ve 1999 yılında yayımlanan İstanbul Barosu Çevresi Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması’dır. Bu Araştırma’da, İstanbul Barosu’na kayıtlı ve mesleğinde beş yılı doldurmuş altı yüz altmış altı avukattan gelen yanıtlara dayalı olarak adli yargıda yolsuzluk konusu incelenmiştir. Gelen yanıtların %94,9’una göre adli yargıda yolsuzluğun var olduğu ifade edilmiştir. Yine bu araştırmada adli yargıda yolsuzluğun sıklık derecesi olarak, ilk sırada karakollar, ikinci sırada icra daireleri, üçüncü sırada savcılık ve mahkeme kalemleri, dördüncü sırada bilirkişiler ve son olarak da yargıç ve savcılar yer almıştır (Fazla bilgi için bkz., Ökçesiz, s. 36 vd).

Ancak, Ökçesiz tarafından yapılan adli yargıda yolsuzluk araştırması eksik ve metodolojik açıdan hatalıdır. Eksiktir, çünkü sadece İstanbul bölgesindeki adli birimlerde görülen yolsuzluk olayları incelenmiş, Türkiye'nin diğer bölgelerindeki adli birimler bünyesinde görülen yolsuzluk algısı ölçülememiştir. Diğer yandan, söz konusu çalışma metodolojik açıdan da hatalıdır; çünkü, sadece avukatların adli yolsuzluk algısı ölçülmeye çalışılmıştır. Metodolojik açıdan sağlam bir adalet yolsuzluğu araştırması yapılabilmesi için avukatların yanında, adli görevliler (polis, ceza infaz memuru vb) ve yargıç ile adli birimlere işi düşmüş iş sahiplerinin (davanın tarafları, mahkum, şüpheli ve sanık vb) örnekleme yoluyla seçilerek onların adli birimlerdeki yolsuzluluk algılama düzeyleri incelenmelidir.

Adli birimlerde ne türlü bir yolsuzluk araştırması yapılırsa yapılırsın bir husus unutulmamalıdır. Yolsuzluk olayları doğası gereği gizli olduğundan, adli birimlerde veya başka herhangi bir sektörde (örneğin; sağlık sektöründe) yapılan yolsuzlukların gerçek miktarını tam olarak ölçmek olanaklı değildir. Bununla birlikte, adli birimlerle ilişkisi bulunan kişiler (avukat, adli birim personeli ve adli birim kullanıcıları) ana kütle olarak kabul edilip, bunlardan örnekleme yapılarak söz konusu kişilerin adli birimlerdeki yolsuzlukları algılama seviyelerine bakılarak, adli birim yolsuzluğu hakkında bir fikir edinilebilir. Adalet yolsuzluğu hakkında fikir edinmenin bir yöntemi; adli birimlerin verdiği hizmetlere olan arz ve talep dikkate alınarak; örnekleme yoluyla seçilen avukat, adli birim personeli ve adli birim kullanıcıları ile yüzyüze görüşme yapılması ve onların algılama düzeyleri ölçülerek, adli birimlerdeki yönetsel ve işlevsel yolsuzluğun boyutunun algılama seviyesinin ölçülmesidir. Söz konusu üç grup kişilerle yapılan görüşmelerde onlara adli birimlerde görülen usulsüzlük ve yolsuzluklara ilgili sorular sorulmalı ve verilen yanıtlar karşılaştırılarak adli birimlerdeki yolsuzlukların algılanması boyutu hesaplanmalıdır. Yüz yüze yapılan görüşmede sorulacak sorular öyle bir şekilde düzenlenmelidir ki; gerek organize suç gruplarının adli birimleri yolsuzluğa bulaştırması, gerekse adli birimlerdeki yönetsel yolsuzluğun algılama boyutunun göreceli sıklığı (relative frequency) hesaplanabilir olmalıdır. Eğer adli birimlerdeki yolsuzluğun algılama düzeyi iyi hesaplanabilirse; yolsuzluğa karşı politika ve siyasa geliştirmek oldukça kolaylaşacaktır. (Fazla bilgi ve karşılaştırma için bkz., Buscaglia, s. 3).

Ökçesiz tarafından yapılan yolsuzluk araştırması her ne kadar eksik ve metodolojik açıdan hatalı olsa da; Türkiye’de adli birimlerde yaygın bir şekilde yolsuzluk olaylarının yaşandığı yönünde bir algı olduğu gerçeği yadsınamaz. Kanımca; yargıda yaygın olarak yolsuzluk yapıldığı algısı nedeniyle; Türk halkının önemli bir kısmı yargıya olan güvenini yitirmiş veya yargısal hizmetlerden hoşnutsuz kalmıştır. Nitekim TÜSİAD tarafından Aralık 2002 tarihinde yayımlanan Kamu Reformu Araştırması; yurttaşların büyük kısmının kamu kurumlarına (bu arada adalet birimlerine) güven duymadığı veya hizmetlerinden memnun olmadığını ortaya koymuştur.

Adalet hizmetlerinde yolsuzluk yapılmasının oldukça tehlikeli sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçlardan birisi sosyal etkinliğin elde edilememesidir. Örneğin; Buscaglia (1997) tarafından haklı olarak ileri sürüldüğü gibi toplumun kesimleri adli görevlilere rüşvet vermeye eğilimli olsa da özellikle ekonomik olarak az gelişmiş ülkelerde onların büyük kısmının rüşvet ödemeye güçleri yetmez. Yazar, bu durumun toplumun sosyal sistemi üzerinde uzun erimli olarak “etkinlik” sorununu doğuracağı fikrini savunmuştur. Bir ülkede yolsuzluğun yaygın olması, Yazar’a göre, rüşvet ödemeye eğilimli olmayan veya rüşvet ödeme gücü bulunmayan toplumun büyük kesiminin, yargı hizmeti gibi tam anlamıyla kamu malı sayılan bir hizmetinden mahrum kalmasına yol açacak ve böylelikle sosyal sistemin etkinliği üzerinde olumsuz etki doğacaktır (Fazla bilgi için bkz., Buscaglia, s. 19).

Bundan da öte, sistematik olarak yaygın yolsuzluğun bulunması sonucu kamusal kaynaklar yerinde ve verimli olarak özgülenecek; bu durum, toplumun büyük çoğunluğunun, fertlerin eşit muameleye tabi tutulmadığı şeklindeki algısıyla birleşerek, toplum katmanları arasındaki sosyal etkileşimi tahrip edecektir. Adli birimlerde yaygın yolsuzluk olması halinde, daha da beteri; yurttaşların bir kısmı ya haksızlığa boyun eğerek meşru yollardan hak aramaktan vazgeçecek ya da uyuşmazlıklarını çözdürebilmek için alması yasa dışı yollara (örneğin; organize suç gruplarına) başvuracaktır (Fazla bilgi ve karşılaştırma için bkz., Buscaglia, s. 19).

Devletin ve toplumun temelini de çürüten ve kemiren adalet yolsuzlukları ile amansız bir mücadele verilmelidir. Söz konusu mücadelenin etkinliğini sağlayabilmek için adalet yolsuzluklarına sıfır hoşgörü

anlayışı ile yaklaşılmalı, küçük veya büyük olsun yapılan her türlü adli yolsuzluklara en küçük bir müsamaha gösterilmemelidir. Çünkü en küçük bir lekenin bile adaleti bozacağı unutulmamalıdır. Adalet yolsuzlukları doğası gereği gizli olduğundan kuşkusuz adli birimlerde görülen yolsuzluk olaylarını bütünüyle ortadan kaldırmak olanaklı değildir. Ancak, yapılan mücadeleyle, adalet yolsuzluklarının olmadığı yönünde toplumda bir algılama seviyesinin elde edilebileceği unutulmamalıdır. Bu algı seviyesinin elde edilmesi bile büyük başarıdır. Çünkü adalet yolsuzluğu olduğu yönünde toplumda fısıltı ve dedikodunun bulunması bile toplumu ve devleti çürütmeye yeter. Demokrasinin, hukukun üstünlüğünün, insan haklarının, ticaretin, rekabetin, istihdamın, piyasanın, temiz devlet ve topluma ulaşılmasının önünde en büyük engeli oluşturan adalet yolsuzlukları ile can siparane bir mücadele verilmelidir. Aksi takdirde, tam demokrasi, insan hakları ve hukuk devleti ile sağlam ve dürüst bir ekonomik, sosyal ve kültürel yaşama kavuşmak Türk yurttaşları için bir hayal olmaktan öteye geçmeyecektir.



# YARGITAY KARARLARI

## YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 01.12.2004

E. 2004/600

K. 2004/625

\* Maddi-manevi tazminat

\* Kesin hüküm

(1086 sayılı HUMK m. 237; 818 sayılı BK m. 41, 49; 2004 sayılı İİK m.97)

Dava, genel hükümlere dayalı olarak açılan, haksız yere malı haczedilen üçüncü kişinin bundan doğan gerçek zararının ödetilmesine yönelik, maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

### A. DAVACI İSTEMİNİN ÖZETİ

Davacı şirket vekili; fason çorap üretimi, pazarlaması ile uğraşan davacı şirkete ait işyerinde, dava dışı Y. T.'nin borcu nedeniyle haciz yapıldığını ve çorap makinelerine el konulduğunu; davacının açtığı istihkak davasının lehe sonuçlandığını; ancak, bu arada daha çok ihracatçı firmalarla olan iş bağlantılarının haciz nedeniyle kesilip, taahhütlerin yerine getirilemediği gibi yeni sipariş de alınmadığını ifadeyle, maddi zarara; çorap sektöründe tanınan ve ihracatçı firmalarla güven üzerine çalışan davacı şirketin ticari itibar kaybına uğraması, davalının kaba güce dayanarak hareket etmesi ve haczedilen şirkete ait makinelerin kendi borçlusuna ait olmadığını bildiği halde kaldırarak, sektörden davacı şirketi silmeye çalışması nedeniyle de manevi zarara uğradıklarını ileri sürerek, maddi ve manevi tazminatın haciz tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan alınmasına karar verilmesini istemiştir.

## B. DAVALI CEVABININ ÖZETİ

Davalı vekili; davanın öncelikle zamanaşımı nedeniyle reddini, davacı şirket ortakları S. A. ve Y.'nin müvekkilinden aldıkları çorap iplikleri karşılığında şahsi çek ve senetlerini verdiklerini, bunlar ödenmediği için icraen tahsili yoluna gittiklerini, daha önce aile apartmanlarının altında iken haciz mahalline taşınan makinelerin haczedildiğini, ancak davacı şirketin açtığı dava sonunda makinelerin şirkete ait olduğuna karar verildiğini, şirket ortağı kardeşlerin önceden beri borçlarını geciktiren, alacaklılarını oyalayan ve bu yüzden çoğu kere icralık olan bir iş geçmişine sahip olduklarını, son zamanlarda da hukuki önlem olarak davacı şirketi kurarak kendilerini bu yolla koruma yoluna gittiklerini, bu nedenle maddi ve manevi kayba uğramalarının söz konusu olmadığını, aksine makinelerini istihkak davası ile geri almalarını bir caydırıcı unsur olarak kullanarak alacaklılarına borçlarını öderken istedikleri tarihi belirleme olanağı bulduklarını, kendilerine olan borcun da halen ödenmediğini, eldeki davanın da müvekkiline bir baskı unsuru olarak açıldığını, davanın öncelikle zamanaşımı nedeniyle olmazsa da esastan reddini savunmuştur.

## C. YEREL MAHKEME KARARININ ÖZETİ

Yerel mahkeme, kısa ve gerekçeli kararında; her iki talep yönünden kesin hüküm bulunduğu, zira, makinelerin haczi sebebiyle açılan istihkak davasının davacı şirket lehine sonuçlandığı, yasal yollar sonucu haczedilen makinelerin davacı şirkete teslim edildiği, bu nedenle yasal şartlar oluşmadığından manevi tazminat isteminin reddi gerektiği; ayrıca istihkak davasında davalılardan Yalçın'ın aynı zamanda davacı şirket kurucularından olduğu, davacı şirketin istihkak davasında uğradığı maddi zararı %40 tazminat olarak istediği, bu istemin İcra Tetkik Mercii'nce reddedilerek kararın kesinleştiği, bu ilamın eldeki davayla aynı olan tarafları bağlayıcı nitelikte olduğu, davacının ayrıca açtığı bu davadaki her iki tazminat isteminin de kesinleşmiş ilamın varlığı nedeniyle reddi gerektiği, gerekçesiyle davacı şirketin açtığı maddi ve manevi tazminat davasının reddine, karar vermiştir.



#### D. TEMYİZ İSTEMİ VE BOZMA KARARININ ÖZETİ

Davacı vekilince, dava dilekçesi ve aşamalardaki dilekçelerde yer alan savlar ileri sürülmek suretiyle ve mahkemece delil olarak sunulan dosyaların yeterince incelenmediği, kendilerinin %40 değil yasal %15 tazminat istemlerinin istihkak davası ile sınırlı olarak reddedildiğinin gözden kaçırıldığı, bazı delillerinin ise hiç değerlendirmeye alınmadığı, oysa 24.05.1974 gün ve 5/7 sayılı kararında da açıkça istihkak davasında tazminat talebi reddedilen üçüncü kişinin genel hükümlere dayalı olarak ayrıca zararını isteyebileceğinin kabul edildiği, kararın buna da aykırı olduğu, ileri sürülerek temyiz edilen karar özel dairece yukarıda başlık bölümünde aynen alınan gerekçeyle bozulmuştur.

#### E. DİRENME KARARININ ÖZETİ

Yerel mahkeme, istihkak davalarının maddi hukuk anlamında kesin hüküm teşkil edeceği, tarafların ve müddeabihin aynı olmasının HUMK'nın 237. maddesi anlamında kesin hükmün varlığını ortaya koyduğu, ayrıca, davacının tetkik merciinde açtığı davada fazlaya ilişkin haklarını da saklı tutmadığı, İstihkak davalarının özelliği gereği davacı tarafça maddi zararın ispatlanması koşuluyla tetkik merciinin davacı yararına %40 dan aşağı olmamak üzere hatta İspatlanması halinde %40'dan fazla tazminata da hükmedebileceği, davacı şirketin ise tazminat isteminin reddine ilişkin bu kararı temyiz etmemesi üzerine taraflar arasında kesin hüküm olduğundan olumsuz dava şartı sebebiyle maddi tazminat isteminin reddi gerektiği; tetkik merciince dinlenen tanıkların anlatımları, takibin dayanağı çeklerde borçlunun Y. olması kesin hüküm addolunan merci kararının gerekçesinde de borçlunun haciz mahallinde hazır bulunması davacı şirketin, borçlunun da ortağı olduğu aile şirketi olması sebebiyle tazminat isteminin reddedildiği nazara alındığında Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin unsurları gerçekleşmediğinden manevi tazminat isteminin de reddi gerektiği, gerekçesiyle, önceki kararında direnmiştir.

Bu karar davacı tarafça temyiz edilmiştir

## F. MADDİ OLAY

Dosya ve delil olarak ekli dosyalar içeriğine göre: Davacı limitet şirket çorap imalatı ile uğraşmakta olup; alacaklı/davalı F., dava dışı gerçek kişiler Y. ve S. A. aleyhlerine girdiği iki ayrı icra takibi sonucunda davacı şirket adresinde bulunan çorap makinelerini haczettirerek, muhafaza altına aldırılmış; davacı şirket tarafından da eldeki davanın davalısı alacaklı ve ayrıca takip borçlusunu aleyhine “... kötü niyetli olarak haciz işlemi gerçekleştiren alacaklı aleyhine, hacizli mal kıymeti üzerinden tazminata hükmedilmesine” ifadesine yer verilerek açıkça İcra ve İflas Kanunu’nun 97. maddesinin 15. fıkrasına dayalı tazminat istemini de içeren istihkak davası açılmıştır.

Bu dava sonunda İcra Tetkik Mercii’nce; istihkak davasının kabulüne, hacizli çorap makineleri üzerindeki haczin kaldırılmasına, davacı şirketin borçlunun da ortağı olduğu aile şirketi olması, borçlunun haciz mahallinde hazır bulunması hususları dikkate alındığında davalı/alacaklı yanın kötü niyeti sabit görülmediğinden davacı yanın tazminat isteminin reddine karar verilmiş; alacaklı vekilince kabul kararı yönünden temyiz edilen, davacının ise temyiz etmediği bu karar Yargıtay incelemesinden de geçerek onanmış ve kesinleşmiştir.

Eldeki maddi ve manevi tazminat istemli dava ise anılan kararın kesinleşmesinden sonra genel hükümlere dayanılarak açılmıştır.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; üçüncü kişi davacı şirketin, daha önce icra tetkik merciinde görülüp kesinleşen istihkak davasında istihkak iddialarının kabul edilmesine karşın, İcra ve İflas Kanunu’nun 97. maddesinin 15. fıkrasına dayalı tazminat isteminin reddedilmiş olmasının eldeki genel hükümlere dayalı maddi ve manevi tazminat davaları yönünden kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği ve bu istemlerin reddine de dayanak alınmasının olanaklı olup olmadığı, noktasında toplanmaktadır.

## G. GEREKÇE

1. Davacı vekilinin maddi tazminata yönelik temyiz itirazları yönünden;

Öncelikle; istihkak davasında redde konu olan ve eldeki davada mahkemece kesin hüküm oluşturduğu kabul edilen tazminatın hukuki niteliği üzerinde durmakta yarar vardır.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 97.maddesinin 15. fıkrasında aynen; *"İstihkak davası sabit olur ve 1. fıkra gereğince istihkak iddiasına karşı itiraz eden alacaklı veya borçlunun kötü niyeti tahakkuk ederse haczolunan malın değerinin yüzde on beşinden aşağı olmamak üzere itiraz edenden tazminat alınmasına asıl dava ile birlikte hükmolunur"* hükmüne yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere; bu hüküm, tümüyle takip hukukunun özelliği ile ilgili olup, yine bu özellikle sınırlı olarak değerlendirilmelidir. Eş söyleyişle, anılan tazminat, takip hukuku prosedürü içinde yer alan, kendine özgü nitelik ve koşulları bulunan özel bir düzenleme niteliğindedir. Zira, istihkak savına itiraz eden alacaklı veya borçlu aleyhine, istihkak davacısı lehine, yalnızca kötü niyet koşuluna bağlı olarak ve haczedilen malın değeri üzerinden yasada belirtilen orandan aşağı olmamak üzere hükmedilmektedir.

Nitekim, İcra ve İflas Kanunu'nun 97. maddesinin 13. fıkrasında istihkak davalıları lehine, 15. fıkrasında da istihkak davacıları lehine getirilen tazminat hükümlerinin getiriliş nedeni de yasa koyucu tarafından, alacaklı veya borçlunun üçüncü kişinin istihkak iddiasına itiraz ederek onu kötü niyetle ve haksız yere maddi ve manevi masrafa, külfete ve zarara sokmasını, üçüncü kişinin de haksız yere istihkak iddia ve davasında bulunarak, alacaklının alacağının tahsilini geciktirmesini, muvazaa teşebbüslerini önlemek ve icra işlemlerinin devletin de ilgili olduğu iktisadi düzen bakımından haklı bir nizam, çabukluk ve emniyet içinde cereyan etmesini temin etmek şeklinde açıklanmış ve ortaya konulmuştur. Ortaya konulan bu amaçlar tıpkı İcra ve İflas Kanunu'nun 67, 69, 72. vs. bazı diğer maddelerinde de yer verilen tazminatların konuluş amaçları gibi tümüyle Kanun'un kendine özgü nitelik ve düzeni, kısacası sadece icra prosedürü içinde değerlendirme yapılması gereğini ortaya koymaktadır.

İstihkak davasında istihkak davacısı tarafından talep edilen tazminatın reddedilmesinin, davacının genel hükümler dairesinde gerçek zararının tazminine yönelik isteklerinin dinlenmesine engel teşkil edip etmeyeceği, daha önce daireler arasında içtihat aykırılığına neden olmakla içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmiş ve Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.05.1974 gün ve E. 1974/5, K. 974/7 sayılı kararıyla; *"Borçlu hakkında yapılan bir icra kovuşturması sırasında haksız yere malı haczedilen üçüncü kişilerin bu yüzden doğan gerçek zararlarının ödetilmesini, İcra ve İflas Kanunu'nun 97. maddesinde öngörülen*

*özel hüküm dışında genel hükümlere göre genel mahkemelerde ayrıca dava açarak isteyebilecekleri'' kabul edilmiştir.*

Anılan bu kararın gerekçesinde de; İcra ve İflas Kanunu'nun 97. maddesinin 15. fıkrasında yer alan tazminat sözcüğünün, tabanı haczedilen malın değerinin %15 inden aşağı olmayan götürü bir tazminatı ifade ettiği gerçek zararı karşılamak gibi bir amacı taşımadığı, dolayısıyla gerçek zararın ayrıca istenmesine engel oluşturmayacağı, ifade olunmaktadır.

Sonuç itibariyle; İcra ve İflas Kanunu'nun 97. maddesinin 15. maddesindeki tazminat icra hukukuna özgü götürü bir tazminat niteliğinde olup, genel hükümlere dayanılarak açılan gerçek zararın tazminine yönelik davalar yönünden engel oluşturmayacağı gibi ile bu davalar ile tarafları aynı olsa bile konusu ve yasal dayanakları itibariyle benzerlik taşımamaktadır.

Yeri gelmişken, genel hükümlere dayalı tazminat davalarının hukuksal nitelikleri üzerinde de kısaca durulmalıdır.

Hukukumuzda genel kural haksız eylemleri veya haksız zenginleşmesi nedeniyle bir başkasının zararına neden olan kimsenin bu zararın tazmini ile yükümlü olmasıdır. Zarar kavramı ise maddi ve manevi olmak üzere iki türdür. Zarar sadece kötü niyetten değil, bir çok durumda olduğu gibi ihmal, tedbirsizlik gibi başka nedenlerden de doğabilir. Zarar kavramı burada icra işlemleri ile sınırlı olmayıp, istihkak davasının sona ermesinden sonra ortaya çıkan nedenleri de içine alabilir. Gerçek zarar, her zaman daha geniştir ve zarara uğrayanın tatmin biçimi de yukarıda ayrıntısı açıklanan götürü tazminattan farklı olarak sadece icra hukuku prensiplerine bağlı olmaksızın objektif ölçüler çerçevesinde genel hukuk kurallarıyla belirlenir.

Somut olaya gelince; davacı genel mahkemede açtığı dava ile Borçlar Kanunu'nun 41. maddesine dayanarak uğradığı gerçek maddi zararlarının tazminini istemiştir. Davalı eyleminin genel olarak haksızlığına dayanan davacının bu isteği sadece davalı yanın kötü niyeti ile sınırlı olmadığı gibi haczedilen malın değeriyle de sınırlı değildir.

Bu nedenle; icra prosedürü içinde yer alan götürü tazminat niteliğindeki İcra ve İflas Kanunu'nun 97/15. maddesine dayalı tazminat isteminin reddi ve bu kararın kesinleşmiş olmasının eldeki dava yönün-

den kesin hüküm teşkil ettiğini kabule olanak bulunmamaktadır. Zira, yukarıda açıkça ifade olunduğu üzere her iki davanın dava konuları ve yasal dayanakları farklıdır.

Mahkemece, bozma ilamına uyularak işin esasına girilip genel hükümler çerçevesinde davanın çözümlenmesi gerekirken, kesin hükmün varlığına dayanılarak davanın reddine ilişkin önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup, direnme kararı bozulmalıdır.

2. Davacı vekilinin manevi tazminata yönelik temyiz itirazlarına gelince; Haksız yere malı haczedilen üçüncü kişi durumundaki davacı şirket, bundan doğan gerçek zararının ödetilmesine yönelik olarak sadece maddi değil, Borçlar Kanunu'nun 49. maddesine dayanarak manevi tazminat isteminde de bulunmuştur.

Yukarıda maddi tazminata ilişkin açıklamalarda da yer verildiği gibi, bir icra takibi sırasında haksız yere malı haczedilen üçüncü kişinin bu yüzden doğmuş olan gerçek zararı maddi olabileceği gibi manevi de olabilmektedir. Dolayısıyla, malının haksız yere haczedildiğini ileri süren üçüncü kişi kural olarak manevi tazminat isteminde de bulunabilir. Diğer yandan, İstihkak davası ile birlikte tetkik merciinde karara bağlanan tazminat davasının ret kararı ile sonuçlanıp kesinleşmiş olmasının, genel hükümlere dayanılarak açılan bu manevi tazminat istemi yönünden de kesin hüküm oluşturmayacağı az yukarıda açıklandığı üzere belirgindir. Zira, dava nedenleri, yasal dayanakları, istem sonuçları ve uygulanacak yasa kuralları tümüyle birbirinden farklıdır. Unutulmamalıdır ki, manevi tazminat; haksız eylem sonucunda uğranılan kişilik değerlerindeki azalma şeklinde gerçekleşen zararın giderilmesi amacına yönelik tazmin biçimidir.

Kuralı bu şekilde ortaya koyduktan sonra somut olaya bakıldığında, mahkemece davacının manevi tazminat istemine dayanak aldığı hususlar irdelenmeden, yasal değerlendirme yapılmadan kesin hüküm oluşturduğu da vurgulanmak suretiyle, sırf istihkak davası içinde istenilip reddedilen tazminat davasının kötü niyetin yokluğuna dayanan ret gerekçelerinin esas alınması ve yine sadece bu nedenlere dayanılarak manevi tazminat isteminin reddedilmesi yerinde değildir.

Mahkemece yapılacak iş; haczin haksızlığının anlaşılması durumunda istihkak davasında verilen ret kararı ile bağlı kalınmaksızın,

davacının ticari şirket niteliği de gözetilerek, tüzel kişiliğin manevi değerlerine dahil bulunan ticari itibarının sarsılıp sarsılmadığının Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi, manevi tazminatın koşullarının açıkça bu ilkeler gözetilerek gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda bir sonuca varılması olmalıdır.

Açıklanan hususlar gözetilmeksizin önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup, direnme kararı açıklanan bu değişik gerekçe ile bozulmalıdır.

\* \* \*

### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 25.02.2004

E. 2004/13-61

K. 2004/110

\* Maddi-manevi tazminat

\* Yansıma zarar-Doğrudan zarar

\* Tazminatın hesaplanması

(818 sayılı BK m. 42, 47, 49;

Anayasa m. 20, 90/son; AİHS

m. 8)

Dava maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacılar Ali B. kızı F. B. ile diğer davacı kocası C. B., davalılardan H.'nin Ahmet kızı F. B.'den olan alacağını tahsil için yaptığı icra takibinde borçlu F.'nin haciz sırasında ödeme taahhüdünde bulunduğu, taahhüdü ihlal etmesi sonucu davalılardan O.'nun vekil sıfatıyla taahhüdü ihlal eden borçlu hakkında şikayette bulunduğu Konya İcra Ceza Mahkemesi kararı ile borçlu Ahmet kızı F. yerine, Ali kızı F.'nin hafif hapis cezasına mahkum edilip cezaevine konulduğunu, yanlışlığın davalı avukata bildirilmesine rağmen para yatırılmadan şikayetten vazgeçilmediğini, paranın yatırılması sonucu cezaevinden çıkabildiğini, yargılamanın iadesi talebi sonucu aleyhe olan kararın iptal edildiğini ileri sürerek ödenen 615.000.000 TL ile bu olay nedeniyle uğramış olduğu maddi zarar (yol, telefon, fotokopi, yemek, avukatlık ücreti vs.) ve F. için 600.000.000 TL, Cevdet için 400.000.000 TL manevi zararın davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini talep etmişlerdir.

Davalılardan O. T., hatayı icra hakimliği ve ilgili nüfus müdürlüğünün yaptığını, kusurlarının olmadığını, davanın kendilerine değil Adalet Bakanlığı ile İçişleri Bakanlığı'na karşı açılması gerektiğini ayrıca ödeme-

nin Ahmet kızı F. B. lehine yapıldığını sebepsiz zenginleşmenin Ahmet kızı F. B. lehine oluştuğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Davanın kısmen kabul kısmen reddine dair verilen karar, Özel Daire’ce yukarıda belirtilen nedenlerle bozulmuş, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Yerel mahkeme ile Yüksek Özel Daire arasındaki uyuşmazlık eşin cezaevine girmesi nedeniyle davacı koca Cevdet lehine manevi tazminata hükmedilip edilemeyeceği ve maddi tazminat miktarının nasıl tespit edileceği noktalarındadır.

Gerek hukuk öğretisinde ve gerekse uygulamada kişilik hakkının konusuna girdiği belirtilen değerler göz önünde tutularak, kişisel değerleri,

1. Maddi (bedensel) değerler (yaşam, beden tanrılığı, sağlık);
2. Manevi değerler (özgürlükler, onur, saygınlık, ad ve resim üzerindeki haklar, aile bütünlüğünün bozulması, sır çevresi vs);
3. Mesleki ve ekonomik değerler (mesleki onur, ekonomik özgürlük ve varlık, mesleki ve ticari gizlilik gibi) şeklinde üçe ayrılarak değerlendirilmeye tabi tutulmaktadır.

Öncelikle konunun, kişilik haklarının ihlalden doğan manevi tazminat isteminin yansıma yoluyla zarara uğrayanın dışındaki kişilere tanınıp tanınmayacağı hususunun açıklanmasında yarar vardır.

Uygulamada bu husus uzun süre tartışılmış, Yargıtay, Federal Mahkeme’nin uygulamasından da esinlenerek olayı yansıma zararı olarak değil, doğrudan doğruya zarar kapsamında kabul etmiştir. Bu sonuca varmak için BK 47 ve 49. maddelerin bir bütünlük içinde değerlendirilmesi gerektiği gerçeğini göz önünde bulundurmıştır.

Bu konulara esas teşkil eden emsal olayda uyuşmazlık, minibüste yolcu olarak bulunan küçük çocuğun ağır biçimde yaralanmasında babanın manevi tazminat isteyip isteyemeyeceği noktasında toplanmıştır.

Cismani zarar kavramına, ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı (ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü) gibi hallerin girdiği kabul edilmiştir. Bir kimsenin cismani zarara maruz kalması sonucunda, onun

(anne, baba, karı, koca gibi) çok yakınlarından birinin de (aynı eylem) nedeniyle hukuken korunan ruhi sağlık bütünlüğü ağır bir şekilde bozulmuşsa, onlarda BK 49. madde uyarınca manevi tazminat talep edebilirler. Bu durumda yakınların zararları ile haksız eylem arasında uygun nedensellik bağı vardır ve zararlarının niteliği itibariyle onlarında ihlal edilen normun (BK m. 47) koruma amacı içinde bulduklarının (hukuka aykırılık bağının) gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Başka bir anlatımla böyle hallerde yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya zarara maruz kaldıkları kabul edilmektedir (Prof. Dr. Halûk Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları No: 182, Ank. 1963, s. 6 vd.; Prof. Dr. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C. II*, Gözden geçirilmiş 4. Bası, Ank. 1991, s. 393; YHGK, 2.12.1987 gün E. 4/214 K. 894, 26.4.1995 gün E: 1995/11-122 K: 1995/430, 1.4.1998 gün E. 1998/4-251 K. 1998/265 sayılı kararları).

İsviçre Federal Mahkemesi de (BGE 112 II 222 vd; Jdt 1986 I 456) sayılı kararında; failin yol açtığı kaza sonucu karısının sakatlanmasıyla aile hayatı bozulan kocanın bu durum sebebiyle manevi tazminat talebini haklı görmüştür. Yine İsviçre Federal Mahkemesi geçirdiği bir kaza sonucunda iktidarsız kalan kocanın bu durumunun genç karısının evlilik birliği ve aile bütünlüğüne ilişkin (duygusal) kişilik hakkını ihlal ettiğini, kadının manevi zarara uğradığını ve BK 49. madde uyarınca manevi tazminat isteyebileceğini kabul etmiştir (Prof. Dr. Kemal Oğuzman - Doç. Dr. M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İst. 1995, s. 645, dpn: 26; Prof. Dr. Fikret Eren, Aynı eser s. 393, dpn: 250).

Yukarıda yazılı ilkeler Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmeler sırasında oybirliği ile kabul edilmiştir. Uyuşmazlık, somut olayın özelliği itibariyle davacının eşinin yanlışlıkla başkasının borcu nedeniyle çok kısa süre de olsa cezaevine girmesinde aile bütünlüğünün yoğun bir şekilde sarsılıp sarsılmadığında toplanmaktadır.

Aile, Anayasamızda toplumun temeli olarak düzenlenmiştir. Ailenin bütünlüğü, saygınlığı, aile sadakati, bireylerin onuru, şerefi, atalının anısı her türlü ihlallere karşı korunmuştur. Aile bütünlüğüne karşı işlenen bir haksız eylem o aileyi oluşturan bireylere karşı doğrudan doğruya işlenmiş sayılır. Eşlerden birinin zina yapması, evli kadının kaçırılarak ırzına geçilmesi, geceleyin konut dokunulmazlığı bozularak kadına sarkıntılıkta bulunulması hallerinde ilke olarak öbür eşin kişilik haklarının ihlâl edildiği konusunda duraksama yoktur. Küçüğün ırzına



geçilmesi halinde de aile bütünlüğüne karşı işlenen haksız bir eylem olup, bu eylem aileyi oluşturan bireylere karşı doğrudan doğruya işlenmiş sayılır. Burada kanun koyucu aile birliği ve bütünlüğüne yoğun saldırıyı göz önünde bulundurmıştır. Nitekim bir Yargıtay kararında (kişilik hakları, kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini koruyan haklar olduğu ve bunların fiziki duygusal ve sosyal kişilik değerleri içerdiği gözetildiğinde, somut olaydaki duruma göre, davacıların çocuğunun yaralanmasını, duygusal değerlere saldırı kapsamı içine girip girmediği konusu üzerinde durulması gerekir. Duygusal kişilik değerler, kişinin toplum içindeki yeri, birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklardır. BK 49. maddesindeki düzenleme itibarıyla, kişinin bizzat değil de yakınlarının (karı-koca, ana-baba ve çocukları) ağır yaralanması gibi somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olgular ortaya çıktığı hallerde aile birliği içinde korunması gereken gönül bağlılığının zarar gördüğünün kabulü gerekir. Bir kişinin anlık bir heyecan ve üzüntüsünün BK 49. maddesinin koruduğu değerler bakımından kişilik haklarına saldırı teşkil edecek düzeye ulaşmadığı sonucuna varılmıştır (YHGK, 1.4.1998 gün E. 1998/4-251 K. 1998/265).

İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında “BK m. 49f. 1’e göre manevi tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesi talebini, saldırının özel ağırlığı haklı gösteriyorsa ileri sürülebileceğini kabul etmektedir. Manevi tazminat için kişilik haklarının korunmasına tabi olan evlilik birliğine böylece davacının kişisel varlığına zarar veren olayın gösterdiği etkinin yoğunluğu önem taşır” (Bkz. İsviçre Federal Mahkemesi 11 Mart 1986 tarihli kararı BGE 112 II 121 ff) Federal Mahkeme İçtihatları, Kocanın Trafik Kazası Sonucu Sakat Kalan Eşi Nedeniyle Manevi Tazminat Talep Etme Hakkı vardır. Çeviren Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu s.383).

Somut olayda, H. G.’nin Ahmet B. kızı F. B.’den olan alacağının tahsili için yaptığı icra takibine, itiraz edilmediği yapılan haciz sırasında M. A. kızı F. B.’nin ödeme taahhüdünde bulunduğu, adı geçenin borcu ödememesi nedeniyle İcra Ceza Mahkemesi’nce taahhüdü ihlalden ceza verildiği ve cezaevine konulduğu ancak borçlunun M. Ali kızı F. B. olmayıp Ahmet kızı F. B. olduğunun anlaşılması üzerine, yargılamanın iadesi yoluyla ceza kararının iptal edildiği ve davacı F. B.’nin salıverildiği davalıların bu eyleminden dolayı davacı F. lehine manevi tazminata hükmedildiği, davalı O.’nun eyleminin davacı kocanın aile

bütünlüğünü bozma, kocanın kişilik haklarını ihlal etme amacının bulunmadığı, olayın bir isim benzerliğinden kaynaklanmış olup gösterdiği etki ve yoğunluğun koca C.'nin kişisel değerlerine saldırı teşkil edecek düzeye ulaşmadığı anlaşıldığından somut olay itibariyle davacı kocaya manevi tazminat verilmesi doğru olmamıştır.

Kocanın maddi tazminat istemine gelince; BK 42. maddesine göre, zararı kanıtlamak davacıya düşer. Zararın gerçek tutarını kanıtlamak olanaksız ise hakim işlerin olağan gidişini ve zarar gören tarafından alınmış tedbirleri göz önünde tutarak zararı "*Adalete tevfikkan*" tayin eder denilmiştir. Somut olayda davacı maddi tazminat isteklerini kalem kalem belirttiği, bunlara ilişkin bir takım belgeleri sunduğu görülmektedir. Mahkemece yapılacak iş dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak ibraz edilen gider belgelerinin bu olay nedeniyle yapılıp yapılmadığı, belge olmayanlar için bu giderlerin yapılmasının mutad olup olmadığı araştırılmak ve BK'nun 42. maddesinin uygulanma olanağının bulunup bulunmadığı saptanmak ve hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde ve eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Yukarıda yazılı nedenlerle direnme kararı verilmesi usul ve yasaya uygun bulunmadığından bozulmalıdır.

Ne var ki davalılardan H. G. hakkında verilen hüküm, Özel Daire'ce temyiz isteği reddedilerek kesinleşmiş olduğundan temyiz talebinin reddine karar verilmelidir.

### Karşı Oy Yazısı

1982 Anayasası'nın kişilik haklarını düzenleyen ikinci bölümünde yer alan 20. maddesi, aile hayatına saygı gösterilmesi gerektiğini belirtmektedir. Aynı şekilde İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi aileye keyfi olarak karşılamayacağı, herkesin aile hayatına saygı göstermesi gerektiğini kurala bağlamıştır.

Kişilik hakları, insan olmak itibariyle doğuştan var olan ve herkes tarafından saygı gösterilmesi gereken haklardır. "*Aileye saygı*" yi yukarıda açıklanan yasa kuralları bir "*kişilik hakkı*" olarak kabul etmişlerdir.

Davalının kusurlu davranışı sonucu davacılarından A. B.'nin cezaevine girdiği uyuşmazlık konusu değildir. Burada tartışılması gereken konu, eşi haksız şekilde cezaevine alınan davacı koca C. B.'nin bu nedenle kişilik haklarının haleldar olup olmadığı ve manevi tazminat talebine hakkı bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Hukuk Genel Kurulu 09.11.1979 tarih ve 978/4-264-1351 sayılı kararında, lise öğrencisi olan bir kızın tanımadığı bir erkekle birlikte fotoğrafının çekilip, "ailelerin evlenmesine izin vermediği aşıklar Çamlıca'da buluştu" şeklinde haber yayımlayan davalının eyleminin yalnızca çocuğu değil, ana ve babasının da kişilik haklarına saldırı niteliği taşıdığı kabulü ile manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Haksız yere eşi cezaevine alınan kocanın bu olay dolayısıyla üzüntü ve elem duymaması mümkün değildir. Burada "Aile hayatına saygı" kuralına açıkça aykırı davranılmış, davacı kocanın kişilik hakları zedelendiğinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

Anayasa'nın 90/son maddesi hükmü karşısında, söz konusu 8. maddeye göre mahkemenin koca yönünden tazminata karar vermesi yerindedir.

Yukarıda açıklanan yasal kurallar karşısında davacı kocanın da aileye karşı yapılan hukuka aykırı bu davranıştan dolayı davalıdan manevi tazminat istemeye hakkı olduğunun kabulü gerekir.

Belirtilen sebeplerle, mahkeme kararının onanması gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

M. Zafer Erdoğan  
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Üyesi

### Karşı Oy Yazısı

Hukuk Genel Kurulu'na gelen uyuşmazlık, davalı vekili kusurlu davranışı nedeniyle cezaevine giren F. B.'nin eşi C. B.'nin manevi tazminat isteyip isteyemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Davalının davacı eşinin hapse girmesinde kusuru olduğu konusu Özel Daire'nin kabulündedir. Özel Daire BK m. 49'a göre davacının şahsi menfaatlerinin haleldar olmadığı, anılan istemin şahsa sıkı sıkıya

bağlı haklardan olduğundan söz edilerek, manevi tazminata hükmeden yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Yansıma zararı, hukuka aykırı eylemden zarar gören kişinin dışında bir başkasının zarar görmesidir. İliyet bağı ve hukuka aykırılık koşullarının gerçekleşmesi gerekir. Ancak özel bir koruma normunun ihlali gerekir. Örneğin destekten yoksun kalma tazminatı gibi (BK m. 45/II).

Federal mahkeme, cismeni zararın ağır olması halinde anne, baba, çocuk ya da birlikte kalanların manevî tazminat isteyebileceğini kabul etmektedir. (ATF II 50, Syboz, Geotgez - Gillierun, Robert; *Code Civil Suisse et Code des obligations annotes Sixieme editian mise a jour Introduction de Jean Gauthier Lausanne 1999*)

Federal Mahkeme düşüncesini İsviçre Borçlar Kanunu m. 49'a dayandırmıştır.

Aynı düşünce Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1.4.1998 T. 1998/4-251 E. 1998/265 sayılı kararında da kabul edilmiştir. Böyle hallerde aile birliği içinde korunması gereken gönül bağlılığının zarar göreceğinin kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır. Hukuk Genel Kurulu'nun sözü edilen mükemmel kararında duygusal kişilik değerler; kişinin toplum içindeki yeri, birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklar olduğu, bu bağlamda kişinin bizzat şahsına bağlı olmayıp özellikle aile hukuku içinde yer alan değerlerden olduğu vurgulanmıştır.

1982 Anayasası'nın 20. maddesinde herkesin aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı olduğu belirtilmiştir. Bu hak klasik haklardan değildir. Devletin kişinin alanına müdahale bulunmama ödevi yükleyen kişilik haklarından biridir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi de keza aile hayatına saygı gösterilmesini hüküm altına almıştır.

Esasen yapılan konuşmalardan Yüce Kurul'un çoğunluğunca sözü edilen isteğin Borçlar Kanunu'nun 49. madde kapsamına girdiği konusunda görüş birliğine varılmıştır.

Bu defa sorun; eylemin manevi tazminata hükmedilecek yoğunluğa varıp varmama noktasına yönelmiştir.

Olayımızda hukuka aykırılık ve nedensellik koşulları gerçekleşmiştir. Eylem BK'nın 49. kapsamında kabul edilmiştir. O halde eylemin ağırlığı manevi tazminatın miktarı ile ilgilidir. Nedensellik kurulduğunda ve hukuka aykırılık kabul edildiğinde manevi tazminata hükmetmek gerekir.

Türk Hukuku'nda manevi tazminatı ele alan BK m. 47 ve 49. maddelerinde manevi zararın ağırlığı koşulu aranmamaktadır. Ancak, alelade acılar için tazminata hükmedilemez. (Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, B. 7, İstanbul 1993, s. 656)

Evensel Hukukun değerlerinden biri toplumsal adalettir. Toplumsal adalet düşüncesinin temel dayanağı "*kişinin kendisini başkasının yerine konmasıdır*" (Gürbüz, Ahmet, *Hukuk ve Meşruluk, Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme*, İstanbul 1998, s. 118) Eşi kusurlu eylem sonucu hapse atılan bir eşin manevi acı duyup duymaması bu bağlamda düşünülmelidir.

Tüm bu gerekçeler doğrultusunda davacının manevi tazminat isteminin kabulü düşüncesiyle Yüce Kurul'un çoğunluğun ret görüşüne katılamıyorum.

Mustafa Kılıçoğlu  
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi

\* \* \*

#### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 14.04.2004

E. 2004/2004/4-207

K. 2004/226

- \* Maddi-manevi tazminat
- \* Tazminat miktarının tayini
- \* Hatır taşımacılığı
- \* Bölüşük kusur  
(818 sayılı BK m. 43, 44; 2918 sayılı Karayolları Trafik K. m. 87/1)

Dava, maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacılar vekilleri, murislerin, davalıların kullandığı ve maliki oldukları araçların çarpışmaları sonucunda meydana gelen trafik kazasında vefat ettiklerini belirtilerek maddi ve manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemenin; davalı A. G. yönünden ortada hatır taşımacılığı durumunun mevcut olduğu, bu nedenle de tespit edilen zarar tutarlarından Borçlar Yasası'nın 43. maddesi uyarınca indirim yapılarak, maddi ve manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne dair kararı, davalı A. G. vekili tarafından temyizi üzerine Yüksek Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuş, yerel mahkeme, bozma ilamının (2/a) bendinde belirtilen bozma nedenlerine uyulmasına, (2/b) bendinde yazılı bulunan bozma nedenine ise; "*önceki kararda %20 hatır taşımacılığı nedeniyle yapılan indirim oranının usul ve yasaya ve de hakkaniyet ilkesine uygun olduğu nedenle*" buna ilişkin önceki kararın ilgili bölümünde direnmiştir.

Somut olaya geçmeden önce, uygulanması uyuşmazlık konusu olan yasa hükümlerinin irdelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Tazminat hukukunun bir ilkesi olarak, sorumluluk şartları gerçekleştiği takdirde, zarar veren, zarar görenin malvarlığında oluşan eksilmeyi gidermek durumundadır. Ne var ki, zararın tamamen giderilmesini amaçlayan "*tam tazmin*" ilkesinin katı uygulaması, haksız ve adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Bu nedenle, somut olayda gerçekleşen özel sebepler nedeniyle tazminatta bazı indirimlerin yapılması, hakkaniyete daha uygun düşer. Bu düşünceden hareketle, Borçlar Yasası'nın 43 ve 44. maddelerinde, bazı olgular, tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmiş ve somut olayda bunların varlığı halinde, hakime tazminattan indirim yapma, gereğinde tamamen reddetme yetkisi tanınmıştır.

Borçlar Yasası'nın, "*Tazminat miktarının tayîni*" üst başlıklı 43/1 maddesi ile; Hâkimin, olayların özelliklerine ve durumun gereğine göre zararın miktarını tespit edeceği hükme bağlanmıştır. Burada sözü geçen, "*olayın özellikleri, durumun gereği (hal ve mevkiin icabı)*", ekonomik ve sosyal olgular içinde değerlendirilebilecek geniş yorumlu kavramlardır. Bu kapsamda; zararlı sonuç doğuran olayın, failin, zarar gören yararına bir davranışta (hatır işinde) bulunduğu sırada meydana gelmesi de gösterilebilir. Gerçekten de zarar, zarar verenin hiçbir karşılık almadan, zarar gören yararına yaptığı bir iş, bir eylem sonucunda meydana gelmişse, hâkim, olayın bu oluş tarzını da gözeterek tazminattan indirim yapabilecektir. Hatır işleri, ve bu arada özellikle de hatır taşımacılığı, bir indirim sebebi olarak 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası m. 87/1 de hükme bağlanmıştır. Hatır için taşımada salt yolcunun yararı bulunduğu açıktır. Buradaki amaç, olayın özelliklerine göre hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşmaktır.

Tazminattan indirim sebeplerini düzenleyen, Borçlar Yasası m. 44 de öngörülen sebepler, daha çok zarar görenle ilgilidir. “Hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı” yönündeki genel hukuk ilkesinin etkisiyle, maddede sayılan belirli hal ve durumlarda tazminattan indirim yapılması mümkün bulunmaktadır.

Anılan madde kapsamında yer alan indirim sebeplerinden bir kısmı; zarar verici fiile rıza, ortak veya kişisel kusurdur. Zarar gören, zararlandırıcı olayın sebep olacağı zarara önceden razı olabilir. Zarar gören, zarara açık veya örtülü bir irade beyanıyla razı olabileceği gibi, rızanın, diğer birtakım olgulardan da çıkarılması mümkündür. Bu duruma yargısal kararlarda en sık rastlanılan örnek; içkili sürücünün arabasına, onun bu durumunu bilerek binen bir kişinin, meydana gelebilecek zarara önceden, kapalı bir şekilde razı olduğunun kabulü yönündedir. Makul bir insanın aynı şartlarda kendi yararı gereğince yapmaması gereken harekette bulunması da, zarar görenin ortak kusurunu ifade etmektedir. Zarar görenin bu kusuru, illiyet bağıını kesmeyecek yoğunlukta ise tazminattan bir indirim sebebidir. Burada da hâkim, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, hakkaniyet düşüncesiyle indirim yapabilecektir.

Somut olay; davacılar murisleri ile davalı A. G. ‘nin, birlikte lokantada yemek yeyip, içki içmelerinin ardından, alkol aldığı bilinen davalının yönetimindeki araca binerek, birlikte diğer bir eğlence yerine gidilirken trafik kazası şeklinde meydana gelmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, Yüksek Özel Daire, yerel mahkemenin hatır taşımacılığı nedeniyle Borçlar Yasası’nın 43. maddesi hükmü uyarınca tazminattan yaptığı indirimi bozma nedeni olarak öngörmemiş olması karşısında, bu yön uyumsuzluk konusu değildir.

Uyumsuzluk, belirtilen somut olayda, Borçlar Yasası’nın 44. maddesinin uygulama yeri bulup bulamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Davacıların trafik olayında ölen desteklerinin hatır yolcusu olarak araçta bulunduğu, alkollü sürücünün aracına bindikleri çekişmesizdir. Alkollü sürücünün kullandığı araca binmek, kabule göre fiile rıza yada ortak kusur olarak ele alınsın, ölenler yönünden; yukarıda anlatılan hukuki olgular dikkate alındığında, Borçlar Yasası’nın 44. maddesine göre hesaplanacak tazminattan indirim sebebini oluşturur. Ölenlerin hatır yolcusu olmaları nedeniyle Borçlar Yasası’nın 43. maddesi ile yapılan indirim, aynı Yasa’nın 44. madde hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.

Açıklanan nedenlerle:

1. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara ve aynı yöne işaret eden bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

2. Yerel mahkemece bozma ilamına uyularak oluşturulan yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daire'ye gönderilmesi gerekir.

\* \* \*

### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 23.06.2004

E. 2004/13-291

K. 2004/370

\* Maddi-manevi tazminat

\* Tazminat miktarının tayini

\* Adam çalıştırmanın sorumluluğu

(818 sayılı BK m. 47)

Dava, maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacılar desteklerinin tıbbi müdahale sonucunda hayatını kaybetmesi nedeniyle davalı doktorlar ve sağlık kurumu aleyhine eldeki davayı açarak maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuşlardır.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; manevi tazminat miktarının yerin deliği noktasındadır.

Ancak, öncelikle; manevi tazminatın takdirine ilişkin bir hükmün içeriği tartışılarak verilen onamaya ilişkin karara karşı karar düzeltme yoluna gidilip gidilemeyeceği üzerinde durulmalı; bu ön sorun irdelendikten sonra uyuşmazlık çözümlenmelidir.

Bilindiği üzere, mahkemelerin verdikleri kararlara karşı kanun yollarından en başta geleni temyiz; temyiz yoluyla verilen Yargıtay kararlarına yönelik normal kanun yolu da karar düzeltmedir. Temyiz üzerine Yargıtay temyiz edilen hükmü inceleyip; bir karara bağlar. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesinde karar düzeltme sebepleri ve yapılacak işlemler aynen: "I. Yargıtay kararlarına karşı tefhim veya tebliğden itibaren on beş gün içinde aşağıdaki sebeplerden dolayı karar düzeltilmesi istenebilir:



1. (Değişik: m. 16/7/1981-2494/31) Temyiz dilekçesi ve-kanuni süresi içinde verilmiş olması şartıyla - karşı tarafın cevap dilekçesinde ileri sürülüp hükme etkisi olan itirazların kısmen veya tamamen cevapsız bırakılmış olması,

2. Yargıtay kararında birbirine aykırı fıkralar bulunması,

3. Yargıtay incelemesi sırasında hükmün esasını etkileyen belgelerde bir hile veya sahteliğin ortaya çıkması.

4. Yargıtay kararının usul ve kanuna aykırı bulunması,

II. Yargıtay evvelce cevapsız bırakılan itirazları kendi görüşüne göre hükme etki yapacak nitelikte bulmazsa karar düzeltilmesi isteği üzerine vereceği kararda bu itirazları reddederken her biri hakkında gerekçe göstermek zorundadır ...” şeklinde ifade edilmiştir. Görülmektedir ki, maddede karar düzeltme sebepleri sınırlı olarak sayılmış; hangi kararlar için karar düzeltme yoluna gidilemeyeceği de açıkça gösterilmiştir.

Somut olayda; mahkemece verilen maddi ve manevi tazminatın kısmen kabulüne ilişkin karar dairece “Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre” gerekçesine yer verilerek oyçokluğu ile onanmış; manevi tazminat miktarı yönünden karşı oy bildirilmiştir. Temyiz edenlerin karar düzeltme istemleri üzerine bu kez karar dairece, yukarıda başlıkta ayrıntısı yer aldığı üzere diğer yönlerle ilişkin itirazlar reddedilmiş; manevi tazminatın miktarının daha ılımlı olması gerektiği noktasından oyçokluğu ile bozulmuştur. Karşı oyda hem karar düzeltme istenemeyeceği, hem de kararın onanması görüşü bildirilmiştir. Karar düzeltme isteminde bulunanlar temyiz dilekçelerinde de yer alan sebeplerini sıralamış; özünde usul ve yasaya aykırılık olgusuna dayanmışlardır.

Yasa koyucu yukarıda aynen aktarılan madde metninde karar düzeltme nedenleri arasında ve dördüncü neden olarak “Yargıtay kararının usul ve kanuna aykırı bulunması” olgusuna yer vermekle tarafların bu nedene dayanmasını olanaklı kılmıştır. Bir maddi vakaya uygulanacak yasal hükmün tespiti, yorumlanması ve aranan unsurların varlığı konusunda yapılan saptama usule aykırılık taşıyorsa bu hususun yasanın açık hükmü gereği karar düzeltme nedeni olarak incelenmesi olanaklıdır. Manevi tazminat miktarı da dayanağını yasadan alan ve bir yasa maddesinin uygulanması ve yorumunu gerektiren bir talep olduğuna göre,

buna ilişkin takdirde usul ve yasaya aykırılık iddiasıyla karşılaştırılması olasıdır. Bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04.05.1983 gün ve 2/235-471 sayılı kararında da vurgulanmıştır. Açıklanan gerekçelerle heyetin çoğunluğunca karar düzeltme talebinin incelenmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamış; işin esasının görüşülmesine geçilmesine oyçokluğu ile karar verilmiştir.

İşin esasına eş söyleyişle manevi tazminat miktarına ilişkin temyiz itirazlarına gelince;

Davacıardan H. Y.'nin eşi ve diğer davacıların anneleri ve kardeşleri olan 1938 doğumlu R. Y.'nin göğsünde meme bölgesinde tümöral kitle, batında fıtık, ve idrar kaçırma şikayetleri nedeniyle 30.1.1999 günü davalı A. Sağlık Hizmetleri A. Ş.'nin sahip ve işleteni olduğu A. Hospital adlı hastaneye yatırılarak önce göğsündeki kitlenin Dr. E. A. başkanlığındaki ekip tarafından ameliyatla alındığı, ardından diğer şikayetler nedeniyle hastanın Dr. B. Y. başkanlığındaki ekibe devredildiği, ikinci ameliyat safhasında tansiyonunun düştüğü, kanama nedeniyle şuur bozulduğu geliştiğinden hastanın yoğun bakıma alındığı ve burada 6.2.1999 tarihinde öldüğü dosya kapsamı ile belirlenmiştir.

Olayla ilgili olarak Üsküdar C. Başsavcılığı'nın 1999/3625 Hz. sayısında tahkikat yapılmış; ayrıca idari yönden de incelemeye konu olmuştur.

Dosyada bulunan Adli Tıp Kurumu raporunda, "Göğüste, meme bölgesinde tümöral kitle, batında eski histerektomi ameliyatı yerinde fıtık, ve idrar inkontinansı şikayetleri ile 30.1.1999 günü hastaneye yatırılan, göğüs-teki kitle Dr. E. A. başkanlığındaki ekip tarafından ameliyatla alınıp, diğer şikayetleri de arızası nedeniyle Dr. B. Y. başkanlığındaki ekibe devredilen bu ameliyat safhasında tansiyonu düşüp kanama nedeniyle şuur bozukluğu gelişip yoğun bakımda 06.02.999 tarihinde vefat eden 1938 doğumlu R. Y.'ye ait dosyada mevcut belgelerdeki bilgiler dikkate alındığında; 1-Ölümü ameliyatı sırasında oluşan sol rektus adelesinde seyreden a.epigastrika inferior dalının kopması ve gelişen kanamadan ileri geldiği, bu damar arızası ameliyat sırasında oluşup zamanında fark edilip onarılmadığından ölümdede etkili olduğu, 2- Klinikte ve otopside göğüs bölgesindeki ameliyat sahasında herhangi patoloji saptanmadığından bu bölge ameliyatının tıp kurallarına uygun olup ölümdede etkisi bulunmadığı, 3-Ameliyat sırasında leze olan arteri zamanında fark edip onaramayan ameliyat ekip sorumlusu Dr. B. Y.'nin kusurlu olduğu, kusur oranının 4/8 olduğu, oybirliği ile mütalaa olunur" görüşünün açıklanmış;

mahkemece alınan raporda da aynı kusur oranına ulaşılp 4/8 ise kötü tesadüf olarak adlandırılmıştır.

Ölene atfedilecek bir kusur bulunmadığında ise uyuşmazlık yoktur.

Davacıların desteğinin ölüm olayının meydana gelmesinde onun dışında işlem yürütenlerin müşterek ve müteselsil sorumlulukları söz konusu olduğunda bu aşamada sorumlu olanların kendi aralarında hangi oranda kusurlu bulduklarının esasa etkili olmadığı açıktır. Bu ancak davalı yanlar arasında davaya konu olması halinde rücu davasında araştırılması gereken ve manevi tazminatın takdirinde ise sonuca etkili olmayan bir husustur.

Manevi tazminat isteminin temelinde davalıların haksız eylemi yatmaktadır. Bilindiği üzere, haksız eylemin unsurları zarar, zarar ile fiil arasında illiyet bağı, fiilin hukuka aykırı olmasından ibarettir. Bu şartlardan en önemlisi zarar ile fiil arasında illiyet bağıdır. Eğer olayda zarar ile fiil arasında illiyet bağı kurulamıyorsa sorumlulukta doğmamaktadır.

Öte yandan, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinde düzenlenen manevi tazminatta kusurun gerekmediği, ancak takdirde etkili olabileceği Yargıtay'ın 22.6.1966 tarih ve 1966/7 esas 1966/7 karar sayılı içtihadı birleştirme kararında açıkça vurgulanmıştır. Bu kararın gerekçesinde taktir olunacak manevi tazminatın tutarı etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda taktir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Yine BK 47. maddesi hükmüne göre; hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Bu para tutarı aslında ne tazminat nede cezadır. Çünkü mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını amaç edinmediği gibi kusurlu olana yalnız hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük de değildir. Aksine, zarara uğrayanda bir huzur duygusu uyandırmaktadır. Aynı zamanda ruhi ızdırabın dindirilmesini amaç edindiğinden tazminata benzer bir fonksiyonu da vardır. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Taktir edilecek miktarı mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.

Olayda davacılar ölenin eşi, çocukları ve kardeşleri konumundaki kişilerdir. Ölenin şikayetleri yaşamsal öneme sahip şikayetler olmadığı gibi, ameliyatın yüksek risk içerdiği konusunda bir saptama da uzmanlarınca yapılmamıştır. Durum böyle iken ölümle sonuçlanması pek muhtemel olmayan bir ameliyat sonucunda ölüm gerçekleşmiş ve bu durum davacılar da büyük ölçüde elem ve ızdıraba sebebiyet vermiştir. Davacılar da uyandırılan güvene uygun bir dikkat ve özenin gösterilmesi halinde ölüm riskinin olmayacağı bir ameliyatta hastanın kaybının onun yakınlarında manevi yıkım oluşturması olağandır.

Olayın meydana gelmesinde ameliyat sırasında zarar gören arteri zamanında fark edip onaramayan ameliyat ekip sorumlusu Dr. B. Y.'nin 4/8 oranında kusurlu bulunmuş, kalan 4/8 kusur oranı ise kötü tesadüf olarak nitelendirilmiştir. Bu sorumlulukta B. Y. ile birlikte diğer davalı şirkete ait hastanenin de adam kullanan ve işleten sıfatıyla müştereken ve müteselsilen sorumluluğunun bulunduğu açıktır. Zira, özel hastane işleteni, öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek durumundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmeli, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır.

Davacılar dan ölenin eşi H. Y.'nin emekli kamu görevlisi olduğu dosya kapsamı ile belirgindir. Eşinin diğer davacıların da anne ve kardeşlerinin sağlığını riske atmamak, daha iyi ve özenle bakılmasını sağlamak adına ve bu saikle getireceği mali yüke rağmen özel hastaneyi tercih ettikleri anlaşılmaktadır. Bu güvene layık olunmaması da hasta sahipleri açısından yaralayıcı olacaktır.

Manevi tazminat, gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır.

Bu ilkeler gözetildiğinde; asıl olan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değer telafi

etmesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek; öte yandan da zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla, caydırıcı olabilmektir.

Mahkemece, ülkenin ekonomik koşulları, paranın alım gücü, tarafların mali ve içtimai durumları, davalıların eyleminin niteliği ve atfedilen kusur oranı, davacılar da yaratılan elem ve ızdırabın ağırlığı ve manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin tüm ilke ve kurallar nazara alınarak davacılar lehine hükmedilen tazminat miktarları yerindedir.

Usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

\* \* \*

#### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 14.04.2004

E. 2004/4-200

K. 2004/227

\* Maddi-manevi tazminat

\* Cismani zarar

\* Fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması

\* İslah

\* Ek dava

\* Manevi tazminat davalarının kısmi dava olarak açılmaması

\* Feragat

\* Zararın kapsamı

\* Zararı öğrenme zamanı

(1086 sayılı HUMK m. 83. 87/ son, 91, 189/2)

Dava, maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, A. B.'nin davalı idareye ait gerilim hattına kapılması sonucunda uzuv tatili niteliğinde sakat kaldığını, olaya davalı idarenin teknik şartlara uymadan çektiği gerilim hattının neden olduğunu belirterek, 43 milyar maddi, 10 milyar manevi olmak üzere toplam 53 milyar lira tazminatın, davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davalı idarenin olayda kusurunun bulunmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davacı vekili, 16.1.2003 günlü dilekçesinde; Yargılama sırasında aldırılan 13.11.2002 günlü hesap raporunda, meydana gelen yaralanma sonucu oluşan tam beden gücü kaybı nedeniyle maddi zararın

84.519.034.591-TL olarak saptandığını belirterek, dava dilekçesinde 43 milyar olan istemlerini, 41.519.034.519-TL artırarak, 84.519.034.519-TL olarak ıslah ettiklerini belirtmiştir.

Yerel mahkemenin; Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın (HUMK) 87/son maddesinde yer alan "ıslah suretiyle müddeabihin artırılmayacağı" hükmünün Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildiği nedenle, maddi tazminat isteminin kabulüne, manevi tazminat isteminin ise kısmen kabulüne dair kararı, davalı vekili tarafından temyizi üzerine Yüksek Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuş, yerel mahkeme karar gerekçelerine ilaveten; dava açarken başlangıçta henüz tam ve net olarak bilinen bir zararın olmadığı göz önüne alındığında, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmadığından bahisle, başlangıçta dava edilmeyen kısımdan zımnen feragat edildiğinin düşünülmemeyeceği nedenle önceki kararında direnmiştir.

Görülmekte olan davanın dilekçesinde, "fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmamış olduğu" çekişmesizdir.

Yerel mahkeme ile Yüksek Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, açılan davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmaması halinde, sonradan ıslah yolu ile istem miktarının artırılmasına usulen olanak bulunup bulunmadığı ve zararın hangi anda bilinebilir durumda olduğu noktalarında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü noktasında, öğreti ve yargısal kararlar dikkate alınarak ıslah kavramı hakkında açıklamalar yapılmasına gerek görülmüştür:

HUMK 83. ve ardından gelen maddelerde düzenlenmiş olan ıslah; taraflardan birinin usule ilişkin bir işlemini kısmen veya tamamen düzeltmesine olanak tanıyan bir yöntem olup, iddia ile savunmanın genişletilmesi yasağının da bir istisnasıdır.

HUMK'nın 87. maddesinin "Müddei ıslah suretiyle müddeabihî tezyit edemez." şeklindeki son cümlesi, Anayasa Mahkemesi'nin 07.11.2001 günlü *Resmî Gazete'* de yayımlanan 20.07.1999 tarihli kararıyla iptal edilmiş ve böylece, davada istem sonucunun kısmî ıslah yoluyla artırılması usulen olanaklı hale gelmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, mevcut (Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonraki) yasal durum itibarıyla, kısmi davada fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmuş olan davacının, dilerse, ek dava açmak yerine, saklı tuttuğu alacak bölümü için o (kısmi) dava içerisinde ıslah yoluyla talepte bulunabilmesi mümkündür.

Kısmi davada saklı tutulan alacak bölümü için, gerek kısmi dava karara bağlanmadan önce, gerekse daha sonra, ayrı bir dava açılması da usulen olanaklıdır. Uygulamada bu ayrı davaya ek dava denilmektedir. Yine, kısmi davadan sonra açılan ek davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması ve davacının hukuki yararının bulunması koşullarının birlikte varlığı halinde, hukuki yararın bulunması şartıyla birden fazla ek dava açılması da kural olarak mümkündür.

Bu haliyle kısmî ıslah, ek dava yoluyla elde edilebilecek haklara, mevcut dava içerisinde, daha basit, daha az masrafla ve daha kısa süre içerisinde kavuşma olanağı tanıyan ve bu yönüyle adeta ek dava açma yoluna alternatif oluşturan bir yapıdadır. Dolayısıyla, kısmi davanın davacısı, ek dava açmak veya kısmî ıslah yoluna gitmek konusunda seçimlik hakka sahiptir.

Kısmî ıslah yoluyla müddeabbin artırılabilmesi olanağı, bir anlamda, artırıma konu kısmın ek dava yoluyla istenilmesinin alternatifi niteliğinde bulunduğundan; kısmi davadaki ıslah ile, bu yola gidilmiyip ek dava açılması halleri, davacıya aynı hak ve olanakları tanıyan seçimlik yollar olduğundan, usul hukuku açısından sonuçlarının da aynı olması gerekir ve beklenir.

Bir davanın kısmi dava mı, yoksa tam dava mı olduğu, özellikle dava dilekçesinin istem sonucu bölümünde, *“fazlaya ilişkin hakların saklı tutulup tutulmadığı”* ile ilgilidir. Davacı bu yada benzeri ifadeleri kullanmışsa, *“kısmi dava”* açtığı sonucuna varılır. Davacının bu yolda bir beyanda bulunmaksızın açtığı dava ise bir *“tam dava”*dır. Fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmaması halinde, geriye kalan haktan zımnen feragat edilmiş sayılır.

Islah yoluyla dava konusunun artırılması hususunun, Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.1999 tarih ve 1/33 sayılı kararından sonra ortaya çıkan durumun tartışılmasına gelince; bilindiği gibi kısmi dava müessesinin hukuk yargılama sistemimizde kabul edilen ve özellikleri bulunan bir dava çeşidi olduğu belirgindir. Yargıtay uygulamasına göre manevi tazminat davaları kısmi dava olarak açılmaz. Kısmi davanın kabulüne dair karar ek davada kesin delil teşkil eder. Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında kısmi dava ile ilgili herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Anayasa Mahkemesi kararından sonra *“fazlaya ilişkin hakkını saklı tutmamış”* bulunan yani ek dava açma olanağı bulunmayan

kimseler bakımından uygulama olanağı var mıdır? Buna olumlu yanıt verme olanağı bulunmamaktadır. Çünkü, kısmi dava açmamış(fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmamış) bulunan davacı fazlaya ilişkin haklarından zımnen feragat etmiş demektir ve ıslahla bu feragat veya başka bir görüşe göre kesin hüküm sonucunu ortadan kaldıracak mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi HUMK 87/son cümleyi iptal ederken yerleşik kuralları yani kısmi dava, hakların saklı tutulması kurallarını irdelememiş, kanun hükmünü sadece *“itiraz konusu kural, davacıyı ikinci kez dava açmaya zorlaması nedeniyle hak arama özgürlüğünü sınırlandırdığı için”* iptal etmiştir. HUMK'nun 87/son cümlesi iptal edilmiş olmakla, dava konusunun ıslah yoluyla artırılabilmesi ancak davacının kısmi dava açmış bulunmasına ve haklarını saklı tutmuş olmasına bağlıdır. Yeni oluşan durumda da eğer kısmi dava açılmamışsa, ıslah yolu ile dava konusunu artırabilmeye olanak yoktur. (Bkz., Prof. Dr. Ejder Yılmaz, *Islah Yoluyla Dava Konusunun Arttırılması*, Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.1999 tarihli ve 1/33 sayılı kararının değerlendirilmesi Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu 11 Mayıs 2001 s. 105 vd, YHGK'nın 8.10.2003 gün 2003/9-510-55 sayılı kararı)

Sorunun çözümü, somut olaydaki gibi, davada fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmamış olmanın, alacağının bu miktarla sınırladığı şeklinde kabul edilip edilemeyeceği, buna bağlı olarak da, fazla alacak miktarı bakımından zımni bir feragatte bulunmuş sayılıp, sayılamayacağı sorusuna doğru yanıtın verilmesiyle mümkündür.

Bu sorunun cevaplanabilmesi ise, öncelikle, bir haktan zımni feragatin mümkün bulunup bulunmadığı sorusunun cevaplanmasını gerektirir.

Bir usul hukuku kavramı olarak davadan feragatin açık, kesin ve koşulsuz olması, yasa gereğidir (HUMK m. 91 vd.). Davadan feragatin, kesin hükmün sonuçlarını doğurucu nitelikte olması nedeniyle bütün bu özellikleri içermesi zorunludur.

Ne var ki, feragat kavramı, sadece, usul hukuku anlamında bir davadan ya da bir dava içerisinde o davaya konu taleplerden bir veya birkaçından feragat edilmesiyle sınırlı bir içerikte değildir: Dava konusu edilmemiş bir haktan, doğal olarak dava dışı bir yolla, açık bir feragat iradesi ortaya konulmaksızın (zımnen) feragat edilmesi de mümkündür.



Dolayısıyla, bir haktan feragat iradesinin, hak sahibince, hem dava dışı olarak, hem de zımni şekilde ortaya konulması mümkündür ve böyle durumlarda, ortada bir dava bulunmadığı için, sadece davadan feragati düzenleyen HUMK m. 91 ve ardından gelen maddelerine uygunluk koşulunun aranması söz konusu olamaz.

Feragat iradesi ister zımni, isterse açık şekilde ortaya konulmuş olsun, feragat edilmiş bir hak, dava yoluyla tekrar talep edilemeyecektir. Dava yoluyla bir hak talebinde bulunulabilmesi için, o hakkın maddi hukuk bakımından mevcut olması gerekir; hiç var olmayan veya başlangıçta var olmakla birlikte zımni de olsa feragat nedeniyle bizzat hak sahibi tarafından ortadan kaldırılan (böylece, borçlu yönünden söndürülen) bir hak için, usul hukukunun kurum ve kuralları kullanılarak talepte bulunulması mümkün değildir.

Nitekim, alacak miktarını gerçekte olduğundan daha az bildiren ve fazlaya ilişkin hakkını da saklı tutmayan alacaklının, bu şekilde, alacağını bu az miktarla sınırladığı, dolayısıyla da, fazla kısım yönünden zımni bir feragatte bulunmuş olduğu, öğretide ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir (Prof. Dr. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, C. 2, s. 1530 vd.; Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2000, s. 233; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.03.1986 gün ve E. 1984/4-797, K. 1986/299; ayrıca, 15.11.1989 gün ve E. 1989/4-415, K. 1989/587 sayılı kararı).

Yine, fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmadığı için kısmi dava olarak nitelendirilmesine olanak bulunmayan, o nedenle de tam dava olarak kabulü gereken bir davadan sonra, alacağın kalan bölümü için ayrı (ek) bir dava açılması durumunda, önceki (tam) davada mahkemenin alacağın tamamı hakkında karar vermiş olması karşısında, kesin hüküm nedeniyle ek davanın reddi gerekeceği, Alman ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında ve bir kısım Alman hukukçuları tarafından benimsendiği anlaşılmaktadır. Alman Federal Mahkemesi BGHZ 34. s. 337 vd, BGHZ 34 s. 367-368, İsviçre Federal Mahkemesi'nin SJZ 28 s. 325 (Baki Kuru, *a.g.e.*, s. 1538 dñn. 255 ve 256).

Bazı hallerde, gerek zımni feragat ve gerekse kesin hüküm olgusuna dayalı görüşler aynı sonuca varmaktadır. Nitekim, Yargıtay uygulamasında da, bazen her iki görüşe birden yer verildiği görülmektedir. (Örneğin; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.03.1986 gün ve E.

1986/4-797, K. 1986/299 sayılı kararı). Ancak, kesin hüküm görüşünün, sadece, önceki davada verilen hükmün kesinleşmesinden sonra ek dava açılması (ya da, ek dava devam ederken ilk davadaki kararın kesinleşmesi) hali için geçerlilik taşıdığı, buna karşın, önceki dava sürerken açılan ek davanın reddi için yetersiz kaldığı, hatta, ilk davada, alacak miktarının davalının muvafakati ile artırılmasına engel olamadığı kabul edilmektedir (Kuru, *a.g.e.*, s. 1540).

Öğretiye ve Yargıtay uygulamasına ilişkin olarak yapılan bu açıklamalar; ister zımnî feragat, isterse kesin hüküm görüşüne dayanılsın, hem kısmi dava niteliğinde olduğunun anlaşılmasına olanak bulunmayan, dolayısıyla tam dava olarak kabulü gereken bir davada alacağın kalan bölümü yönünden alacaklının herhangi bir talepte bulunamayacağını ortaya koymaktadır.

O halde, davasında fazla hak bakımından ihtirazı kayıt bildirmemiş olan bir alacaklının, HUMK m. 185/2 çerçevesinde davalının muvafakat etmesi hali dışında, bu alacak bölümü yönünden, ıslah veya ek dava yoluyla talepte bulunamayacağını kabulü gerekir.

Yerel mahkemenin, dava açılırken zararın tam ve bilinebilir olmadığı, bu nedenle de fazlaya ilişkin saklı tutulması mümkün bir haktan sözedilemeyeceği yönündeki gerekçeye gelince, bu noktada öncelikle zarar kavramı üzerinde kısaca durulmasında yarar bulunmaktadır:

En basit tanımıyla zarar, kişinin malvarlığında veya manevî varlığında ortaya çıkan eksilme olup, bazı nitelikler taşır. Bunlardan biriside zararın kesinlik (belirlilik) niteliğidir. Kesin zarar, belirli ya da belirlebilir zarardır.

Doğaldır ki; kaynağına, sebebine, zarar veren ile zarar gören arasındaki hukuki ilişkiye ve her somut olayda farklı şekillerde gündeme gelebilecek benzeri ölçütlere göre, zararın nitelik ve kapsamı her olayın kendine özgü yapısı içerisinde, değişen bir özellik gösterecektir.

Somut olay bakımından zarar, vücut bütünlüğünün ihlali olmayıp, bu ihlal sonucunda meydana gelen ekonomik sonuçlar, maddî ve manevî eksilmelerdir. Vücut bütünlüğünün ihlali zararın sebebinin oluşturmaktadır.

Zarar verici işlem veya eylemin niteliğine ve doğan zararın yapısına göre eğer, işlem veya eylem sonucunda doğan zarar, üzerinden geçen

zaman içerisinde ilk doğduğu şekliyle varlığını sürdürüyorsa, zarar görenin salt bu zararın varlığını öğrenmiş olması, ona dayalı tazminat isteme hakkının doğması sonucunu doğuracaktır. Bu anlamda zarar gören, tazminat alacağına zararın doğduğu an hak kazanmaktadır. Davacı, aynı gün zararı karşılanmadığı, ödenmesi gereken tazminattan mahrum kaldığı için dava açmaktadır.

Zararın varlığı, niteliği ve esaslı unsurları hakkında bir dava açmaya, o davayı ciddi ve objektif bir şekilde desteklemeye, gerekçelerini göstermeye elverişli yeterli hal ve şartların öğrenilmesi, zararın öğrenilmiş sayılması için yeterlidir.

Buna karşılık, ortaya çıkan zarar, kendi özel yapısı içerisinde, sonradan değişme eğilimi gösteriyor, kısaca, zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik veya kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık, "gelişen durum" ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler (zarardaki değişme) söz konusu olacaktır. Böyle hallerde, zararın kapsamını belirleyecek husus, gelişmekte olan bir durumdur ve bu gelişme sona ermedikçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olmayacaktır. Gelişen durum kavramı, doğan zararın kapsamının zarar görence tam olarak öğrenilmesinin her hangi bir nedenle geciktiği durumlara ilişkin olan, böylesi bir durumu ifade eden bir kavram değildir. Gelişen durum kavramı, salt zarar doğuran işlem ya da eylemin sonuçlarının gelişmesini ve bu nedenle zarar görenin bu konularda bilgi sahibi olabilmesinin zorunlu olarak bu gelişmenin tamamlanacağı ana kadar gecikmesini ifade eder.

Bu açıklamalar çerçevesinde somut olaya dönüldüğünde; meydana gelen yaralanmanın tüm tıbbi sonuçları davadan önce alınmış ÇÜ Tıp Fakültesi Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi Anabilim Dalı'nın 03.05.1999 gün ve 24-478 sayılı sağlık raporunda tanımlanmıştır. Bu bulgular ile ortaya çıkan çalışma gücü kaybı, yargılama sırasında düzenlenen ve ilgili Yönetmeliğin Ortopedi ve Travmatoloji Arızalar Bölümü'ne göre hesaplanıp, Balthazard formülü uygulanarak saptanmasına yönelik 19.01.2000 gün ve B. 302, ckO/03-01/1 sayılı konsültasyon raporunda açıklanmıştır. Raporun, bu niteliği ve yukarıda ifade edilen olgular karşısında gelişen bir durumun yada müstakbel (gerçekleşecek-gelecek) bir zararın varlığını ortaya koymadığı açıktır.

Bu noktada belirtilmelidir ki, çalışma gücü; zarar görenin iş gücünün, yani beden ve fikir gücünün gelir getirici şekilde kullanılması olup, asıl olan, kazanç kaybı veya azalması değil, çalışma gücünün azalması veya kayıptır. Bu kayıp ve azalmadan doğan olumsuz ekonomik sonuçlar, zararı oluşturur.

Doğal olarak zararın miktarının belirlenmesi, tazminatın saptanmasından önceki evredir ve değişen ekonomik göstergeler nedeniyle yargılamanın uzamasına bağlı olarak, bu tutarda değişebilecektir. Kaldı ki, Borçlar Yasası m. 46/11 uyarınca vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan zararın, hüküm anına göre belirleneceği açıkça da öngörülmüştür. Bu yönüyle bakıldığında zararın varlığının değil, tutarının, tazminine kadar ki devrede, ekonomik göstergelere bağlı olarak değişebileceği gerçeği karşısında usul hukuku davacıya kısmi dava açma olanağı tanımıştır. Dava; hukuki ilişki konusunda alacak tutarını içeren sözler yönünden bir irade aktarımıdır. Hakkın tutarı yönünden ihtirazı kayıt olmaksızın bu iradenin, ulaşmakla yenilik doğuran bir durum meydana getireceği dikkate alındığında, bu yeni durum aynı zamanda fazlaya ilişkin hakkın düşmesi sonucunu da doğurur.

O halde, tazminat isteminin dayandırıldığı somut olay yönünden gelişen durumdan söz edilmesine hukuken olanak bulunmadığı gibi, açılan davanın belirtilen maddi ve hukuki olgular karşısında kısmi dava olarak adlandırılmasına ve ıslah suretiyle dava olunan miktarın artırılmasına yasaca olanak yoktur.

Hal böyle olunca, yerel mahkemece, aynı yönlere işaret eden Özel Daire bozma kararına uyularak sonradan verilen tazminata ilişkin dilekçe ile talep edilen miktarlar yönünden istemin reddine karar verilmesi gerekirken, direnme hükmü kurulması usule ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

### **Karşı Oy Yazısı**

Dava; cismani zarara dayanan maddi ve manevi tazminat davasıdır.

Davalı idareye ait elektrik nakil hattının yönetmelik gereğince binadan iki metre uzaklıkta olması gerekirken, elli cm uzaklıkta olması nedeniyle davacının çocuğu A. bina damında oynarken 7/3/1999 tarihinde elektrik akımına kapılarak ağır biçimde yaralanmıştır.

Yaralanan çocuğun annesi hakkında çocuğun bakımında gerekli özeni göstermediği için, dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu yaralanmaya sebep olmaktan dolayı açılan kamu davası 4616 sayılı Yasa uyarınca ertelenmiştir.

Mahkemece kusur konusunda bilirkişi raporu alınmış, davalı TEDAŞ'ın tam kusurlu olduğu belirlenmiştir.

Yaralı çocuk olaydan sonra, ÇÜ Tıp Fakültesi Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi Anabilim Dalı'nda tedaviye alınmış 14/4/1999 tarihinde taburcu edilmiştir. 3/5/1999 tarihli raporda yaralanma bulguları sayılmış, yanıkların 3. derece olduğu belirtilmiştir. İş ve güçten kalma ve maluliyet konusunda bir bilgi ve açıklamada bulunulmamıştır.

11/5/1999 günlü adli tıp uzmanınca verilen sağlık raporunda, şahsın meydana gelen arızası nedeniyle hayati tehlikeye maruz kaldığı, altmış gün süreyle mutat iştigaline engel teşkil edeceği, arızanın uzuv tatili niteliğinde olduğu bildirilmiştir.

Yargılama sırasında mahkemenin kendiliğinden verdiği ara kararıyla çocuğun ÇÜ Adli Tıp Anabilim Dalı'na şevki üzerine düzenlenen 19/1/2000 tarihli konsültasyon raporunda;

*"... sağ omuz dezartikülasyonu için çalışma gücü kaybının %60 olduğu, bununla sağ üst ekstremité için uzuv tatili niteliğinde olduğu,*

*Sol dirsek altı amputasyonu için çalışma gücü kayıp oranının %50 olduğu, bununla sol üst ekstremité için uzuv tatili niteliğinde olduğu,*

*... bu lezyonlar için Balthazard formülü uygulandığında, genel beden gücünden kayıp oranının %100 olduğu"* belirtilmiştir.

Davacı A. B.'ye velayeten Ö. B. vekili, 28/7/1999 günlü dava dilekçesiyle yaralanma sonucu çocuğun sakat kaldığını, kusurun teknik şartlara uymadığı için davalı TEDAŞ'ta olduğunu belirterek 43 milyar TL maddi, 10 milyar TL manevi tazminat olmak üzere 53 milyar TL tazminatın davalıdan yasal faizi ile alınmasını dava etmiştir.

Davalı TEDAŞ vekili, olayda şirketin kusurunun bulunmadığını savunmuştur.

Adli Tıp Anabilim Dalı'ndan alınan rapora göre, çocuğun cismani zararı ile ilgili olarak hesap bilirkişisinden rapor alınmıştır. Bilirkişi 13/

11/2002 günlü raporunda, çocuğun yaralanma nedeniyle genel vücut çalışma gücünü tamamen kaybetmesi sonucu oluşan cismani zararın 84.519.034.591 TL olduğunu hesaplamıştır.

Davacı vekili, 16/1/2003 tarihli ıslah dilekçesiyle, birikişi raporuyla belirlenen maddi zarar miktarına göre belirlenen zararın farkı olan, 41.519.034.519 TL'nin da davalıdan alınması için, maddi zarar istemini (davanın müddeabihini) arttırarak 84.519.034.591 TL'ye çıkarmıştır.

Davalı vekili, davacının ilk davasını açarken fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmamış olması nedeniyle ıslah dilekçesini kabul etmediklerini savunmuştur.

Mahkemece; Ç.Ü. Adli Tıp Anabilim Dalı bölümünce düzenlenmiş 19/1/2000 günlü rapora göre çocuğun %100 oranındaki vücut çalışma gücü kaybına göre oluşan daimi iş göremezlik zararının 84.519.034.591 TL olduğu, dava miktarının ıslah yolu ile arttırılmasında, Anayasa Mahkemesi'nin 20/7/1999 tarih ve 1999/1-33 sayılı kararı ile "ıslah suretiyle müddeabihin arttırılmayacağı" hükmünün iptal edilmiş olmasına göre, yasaya aykırılık bulunmadığı belirtilerek 84.519.034.591 TL maddi ve 7.000.000.000 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalı TEDAŞ'tan alınmasına karar verilmiştir.

Kararın davalı şirket vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nce;

*"... davacı 28/7/1999 tarihli dilekçe ile açtığı ilk davada fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmadığından ve somut olayda gelişen bir durumun varlığı iddia ve ispat edilmediğinden, sonradan verilen tazminatın arttırılmasına ilişkin kısmi ıslah dilekçesi ile talep edilen miktarlara hükmedilemez. Bu yön gözetilmeden tazminat isteminin tümünün kabulü ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olduğundan, mahkeme kararının oy çokluğu ile bozulmasına"* karar verilmiştir. (Daire Başkanı ile bir üye ise, zararın öğrenilmesi tarihine göre, fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulmamasının sonuca etkili olmadığı, zarar miktarının tam olarak daha sonra öğrenilmiş olmasına göre, bilinmeyen bir zararın saklı tutulmasına gerek bulunmadığı gerekçesiyle, mahkeme kararının onanması yönünde görüş bildirmişlerdir).

Mahkemece, önceki kararda direnilmesi üzerine, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca; "fazlaya ilişkin hak saklı tutulmadığı" için dava mik-

tarının ıslah yolu ile arttırılamayacağı belirtilerek yerel mahkemenin direnme kararı bozulmuştur.

Bozma kararına, aşağıda açıklanan nedenlerle katılma olanağı yoktur.

1. Davacının çocuğu A., davalı şirkete ait teknik ve yönetmeliğe aykırı olarak kurulmuş elektrik akımına kapılarak yaralanmasından sonra, 7/3/1999'dan 14/4/1999 tarihine kadar ÇÜ Tıp Fakültesi Plastik Cerrahi bölümünde tedavi edilmiştir. 3/5/1999 tarihli raporda, tıbbi bulgular sayılmış, çocuğun ne kadar süre ile iş gücünden kalacak derecede yaralandığı, vücut çalışma gücü kaybı olup olmadığı, varsa oranı konusunda bir bilgi yoktur. 11/5/1999 tarihli Adli Tıp uzmanı raporunda ise, çocuğun hayati tehlike geçirdiği altmış gün iş ve gücünden kaldığı, arızanın uzuv tatili niteliğinde olduğu belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi her iki raporda, bu yaralanma nedeniyle çocuğun beden gücü kaybı oranına dair bilgi yoktur. (Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 16. maddesine göre, iş ve gücünden kalma süresi ile genel beden gücü kaybı oranının, Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü'ne göre belirlenmesi gerekir).

Yaralı çocuğun mahkemece, kesin rapor düzenlenmek üzere, ÇÜ Tıp Fakültesi adli tıp ana bilim dalına sevk edilmesi sonucu, 19/1/2000 tarihli rapor ile çocuğun yaralanma durumu kesin olarak belirlenmiştir (Genel beden gücü kayıp oranının %100 olduğu). Davacı zararını kesin olarak, bu rapor ile öğrenmiştir.

Haksız eylemlerde dava açma hakkı; haksız eylemi işleyeni (tazminat sorumlusunu) ve zararı öğrenmekle başlar. Zararın öğrenilmesi ise; zararın varlığı, mahiyeti (özellikleri) ve esaslı unsurları hakkında dava açmak ve gerekçelerini göstermek için gerekli olan bütün hal ve koşulların öğrenilmesi ile olur. Bu öğelere ek olarak, çağımızdaki teknolojik gelişmelerin boyutu, üretim ve tüketim ilişkilerinin yarattığı tehlikeler ile zararlı sonuçlar nedeniyle ortaya çıkmış olan "zararın gerçekleşmesi koşulu" kavramını da eklememiz gerekmektedir.

Hukuka aykırı eylemin varlığına karşın, zararın ortaya çıkması, miktarın belli ya da belirlenebilir olması, zararın tazminat olarak istenebilir bir duruma gelmiş bulunması gerekir. Zarar, dava konusu edilebilir tür ve kapsamda bir zarar haline gelmedikçe, zararın gerçekleşme ko-

şulu tamamlanmış sayılmaz. Haksız eylemin işlendiği tarihte, zararın mahiyet ve esaslı unsurları tam olarak ortaya çıkmamış ise, zararın öğrenildiğinden söz edilemez.

Davanın açılabilmesi için gerekli olan kalıcı sakatlık derecesi belirlenerek, dava açılabilmesi için gerekli tüm bilgilerin edinilmesi sonucu zarar “dava edilebilir” hale gelmiş olur (Zararın ne olduğu, kapsamı ve dava edilebilir hale geldiği belirlenmeden, niçin dava konusu edilmediği sorulamaz). “... Önemli olan, zarar gören davacının yasanın aradığı anlamda, zarar veren olayın sonuçlarını, gidişatını, kesinleşen durumunu değerlendirebilecek bilgiye sahip olmasıdır. Buna göre, davacının ‘zarara ittila’ diğer bir tanımla ‘zararı öğrenme’ tarihinin bu raporun düzenlendiği ... tarih olduğunu kabul etmek gerekir.” (YHGK 1999/4-983 E., 995 K.)

“Davacının 18/10/1990 tarihinde %79 olarak kabul edilen beden gücü kayıp oranı daha sonra A. Ü. Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığı’nın üç kişilik kurul raporu ile %100 olarak belirlenmiştir.

Davacının beden gücü kaybının tartışmalı olduğu iddia edilince, Adli Tıp Kurumu’ndan görüş sorulmuş. Kurum davacının son ve kesin durumunu 22/9/1999 tarihinde %46.2 beden gücü kayıp oranı olarak saptamıştır.

İşte davacı ortaya çıkan bu yeni ve kesin olguya dayalı olarak istemde bulunduğuna göre, davanın süresinde açıldığını kabul etmek gerekir” (YHGK’nın 2000/21-1609 E, 1699 K.).

Davacı, henüz çocukla ilgili kesin bir rapor yok iken, 28/7/1999 tarihinde davasını açmıştır. Bu tarihte zarar miktarını tam olarak bildiği ya da bilebilecek durumda olduğu söylenemez. Dava dilekçesinde yaralanmadan söz edilmiş, maluliyet durumu ve oranından ise söz edilmiştir. Maluliyet durumu ise, daha sonra 19/1/2000 tarihli raporla kesin olarak belirlenmiştir. Bu nedenle davacıdan ilk davayı açtığı 28/7/1999 tarihinde henüz bilmediği bir zararı saklı tutması istenemez.

2. Kaldı ki; HUMY’nin 87/son cümlesinin iptal edilmiş olması karşısında ilk davanın açılması sırasında fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmasına da gerek kalmamıştır.

HUMY’nin 87. maddesindeki “müddei ıslah suretiyle müddeabihi tezyid edemez” hükmü, Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmiş olduğundan davacı dava konusunu (miktarını) ıslah yolu ile arttırabilir. Taraflardan



her biri usule ilişkin olarak, yaptığı işlemleri tamamen ya da kısmen ıslah edebilir (HUMY m. 83). Davanın karara bağlanmasına kadar (yargılamanın her aşamasında) davanın ıslahı olanağı vardır (HUMY m. 84). İslah için diğer tarafın iznine ve mahkemenin onamına gerek yoktur. İslah ile, dava miktarının aynı dava dosyası üzerinden arttırılması bir usul işlemidir. İslah, bir çıkış yolu ve gereksinimin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. İslah, davayı açarken bir hata (yanlışlık) yapan ya da davasını (ya da savunmasını) eksik bırakan tarafa bunları düzeltmesi için verilmiş bir hak olduğundan, ek dava açma yolunu kapatmış değildir. İslah ile, dava miktarının arttırılması yeni bir dava olmadığına göre, ek dava da değildir (Kısmi ıslah ile, ek dava karıştırılmamalıdır).

HUMY'nin 87/son cümlesinin iptalinden önce; a. davanın tarafları, b. davanın konusu (miktarı) ıslah yolu ile değiştirilemiyordu. İslah ile davanın taraflarının değiştirilemeyeceği YİBK'nın 4/5/1978 gün ve 4/5 sayılı içtihadı ile kabul edilmiştir.

Davanın konusunun (miktarının) arttırılamayacağına ilişkin usul hükmü iptal edilmiş olduğuna göre, davanın taraflarının değiştirilmesi dışında ıslah yolu ile düzeltilemeyecek (değiştirilemeyecek) bir usul işlemi kalmamıştır. Başka bir anlatımla, ıslah yolu ile davanın miktarını arttırmayı engelleyen usul hükmü iptal edilerek ortadan kaldırılmıştır. Artık başka bir koşul aranmadan, davanın kısmi dava olup olmadığına bakılmaksızın dava miktarı ıslah yoluyla arttırılabilmelidir.

Anılan hükmün iptali ile ortaya çıkan durum bu olmakla birlikte Yargıtay, dava miktarının ıslah yolu ile aynı dava üzerinden arttırılması için "*fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulmuş olmasını*" gerekli görmektedir (İslah yolu ile dava miktarının arttırılması, ek dava açmak ile eş tutulmaktadır).

Bilindiği gibi, bir dava açılırken fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmasını gerektiren bir yasa hükmü yoktur. İlk dava (kısmi) açılırken dava konusu edilmeyen, henüz bilinmeyen, yargılama ile belirlenebilecek olan gerçek hak miktarının (alacak ya da zararın) saklı tutulmasını gerektiren bir neden de yoktur. Fazlaya ilişkin hak saklı tutulmaz ise; fazla haktan zımnen feragat edildiği ve ilk davanın kesin hüküm oluşturduğu kabul edilerek Yargıtay içtihatlarıyla bu durum uygulamaya girmiştir.

*"... fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulmaması, fazlaya ilişkin kısımdan zımnen feragat edildiği anlamını doğuracağı gibi, önceki dava kısmi dava değil tam dava sayılır ve ilk dava ile oluşan kesin hüküm aynı alacak hakkında ikinci bir dava açılmasını önler."* (HGK'nın 26/3/1986 gün, 86/4-797 E, 299 K) Yargıtay'ın yıllardır kabul ettiği görüş budur.

Fazlaya ilişkin hak saklı tutulmaz ise, kesin hüküm nasıl oluşur? Mahkemenin bir karar vererek davadan elini çekmesiyle oluşan karara nihai karar denir. Kanun yollarından geçmekle (ya da kanun yoluna başvurulmadığı için verildiği anda kesin olan) nihai kararlar kesin hüküm haline gelir. Kesin hükmün unsurları ise; davanın taraflarının, konusunun ve dayandıkları hukuki sebebinin aynı olmasıdır (HUMY m. 237). İslah, sürmekte (görülmekte=derdest) olan bir davada yapılabilir. Usul yasası "*davanın ıslahı*" demektedir. Kararın (hükmün) ıslahı diye bir usul işlemi yoktur (hükmün tavgizi ise, ıslah değildir). Bir davada kesin hüküm oluşabilmesi için, o davanın karara bağlanması gerekir. İlk açılan (kısmi) dava, karara bağlandıktan sonra o dava ıslah edilemeyeceğinden, bir kesin hüküm oluşmasından da söz edilemez.

Dava açılırken fazlaya ilişkin hak saklı tutulmaz ise, o haktan zımni olarak feragat edildiğini davanın ıslahı bağlamında kabul etmenin yasal, haklı ve mantıklı bir açıklaması yoktur. Feragat, taraflardan birinin netice talebinden (o davadaki isteminden) vazgeçmesidir (HUMY m. 91). Feragat, ya feragat iradesini açıklayan bir dilekçe ile, ya da yargılama sırasında sözlü beyan ile yapılır (HUMY m. 93). Feragatin nasıl yapılacağı yasada duraksamaya yer vermeyecek biçimde açıklanmış olmasına karşın, yorum ile zımni biçimde feragat yapılabileceği kabul edilemez. Hakkın kalan bölümü (kısmı) için henüz açılmış bir dava olmadığına göre, HUMY'nin 91. maddesi anlamında (davadan) feragat edildiğinden söz edilemez, "*... açık bir irade beyanı olmadan dava konusu edilmiş haktan feragat edildiği sonucuna varılması kabul edilemez.*" (YİBK'nın, 22/5/1987 gün ve 4/5 sayılı kararı) Dava açılırken, hakkın dava konusu edilmeyen bölümünden feragat edildiği peşin olarak kabul edilecekse, ıslah ile davanın miktarı nasıl arttırılacaktır?

Anayasa Mahkemesi'nin (HUMY'nin 87 son cümlesini) iptal kararının gerekçesinde anılan hükmün, Anayasa'nın "*hukuk devleti*", "*temel hak ve özgürlüklere dokunulmayacağı*", "*herkesin yasal yollardan davacı ve davalı olma, sav ve savunmada bulunma*" ve "*davaların en az giderle ve mümkün*

*olan süratle sonuçlandırılacağı*” ilkelerine aykırı olduğu ve hak arama özgürlüğü ile bağdaşmadığı için iptaline karar verildiği belirtilmiştir. Karar gerekçesinde *“hak arama”* özgürlüğü çok genel ve açık olarak vurgulandığı halde, kısmi dava konusunda bir açıklama yapılmadığına göre, o konuda bir değişiklik olmamıştır sonucuna varamayız. Başka bir anlatımla, Anayasa Mahkemesi’nin fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmaz ise, ikinci davanın açılmayacağı yolundaki Yargıtay içtihadını benimsediği kabul edilemez. Saklı tutmama halinde davadan feragat edildiği anlayışı yasal temeli olmayan bir kısıtlamadır. Yasal bir neden ve gerekçe olmadan bir hak kaybına neden olunamaz.

Kısmi dava açılırken dava konusu edilmeyen bölüm ile ilgili olarak, daha sonra ıslah yolu ile istemde bulunulması (miktarın artırılması) halinde, zamanaşımı defini kullanma olanağı varken *“saklı tutulmadığı için”* bu haktan feragat edildiğini varsaymak, hakkın istenmesinin önüne ikinci bir engel daha koymaktır.

Bu nedenlerle, yerel mahkemenin direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanması görüşünde olduğumdan, sayın çoğunluğun bozma kararına katılmıyorum.

Mustafa Kıcalıoğlu Yargıtay 4. Hukuk Dairesi üyesi.

\* \* \*

#### **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**

**T. 26.05.2004**

**E. 2004/4-306**

**K. 2004/307**

**\* Tazminat**

**\* Sahipsiz yerlerde yeniden oluşan yararlanmaya elverişli arazinin mülkiyetinin devlete ait olması**

**(4721 sayılı TMK m. 708)**

Dava, dere yatağından izinsiz çakıl alınması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen Hazine zararının tazmini istemine ilişkindir.

Davacı Maliye Hazinesi vekili, davalının Mersin Merkez Dikilitaş Kasabası sınırları içerisindeki Deliçay deresinden kaçak olarak çakıl aldığıının 10.1.1999 tarihli tutanakla tespit edildiğini, yazıyla istenilmesine rağmen, davalının bu eyleminden kaynaklanan zararı tazmin etmediğini

ileri sürerek, 750.000.000 TL tazminatın zararın oluştuğu tarihten itibaren yasal faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı S. N. davaya cevap vermemiş, duruşmalara da katılmamıştır.

Yerel mahkemece verilen; davalının kum ve çakıl aldığı sahanın büyük bir kısmının, gerçek kişiler adına tapuya kayıtlı iki ayrı parselin sonradan Deliçay yatağına dönüşen bölümü ve bir kısmının da su kanalı içerisinde kaldığı, davacı Hazinesinin bu parsellerde hakkının bulunmadığı gerekçesine dayalı, davanın reddine dair karar, Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuştur.

Davalının çakıl aldığı ileri sürülen sahanın, 1 pafta 180 ve 1268 nolu parsellerin doğusundan geçen Deliçay'ın tapulama tespitlerinden sonra bu iki parselde doğru gelerek, onların doğu taraflarında oluşturduğu dere yatağının içerisinde kaldığı; çakıl alınan sahanın toplam alanının 2377 metrekare olduğu; bunun 1984 metrekaresinin dava dışı A. B. adına tapuya kayıtlı 180 parsel içerisinde, 260 metrekaresinin yine dava dışı P. E. adına tapuya kayıtlı 1268 parsel tespit sınırları içerisinde, 133 metrekaresinin ise bu iki parselin arasından geçen su kanalı içerisinde kaldığı, toplanan delillerden ve özellikle keşif sonucunda düzenlenen bilirkişi raporları ile krokiden açıkça anlaşıldığı gibi, bu yönler uyumsuzluk konusu da değildir.

Yerel mahkeme ve Özel Daire arasında ortaya çıkan ve direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk, gerçek kişilerin mülkiyeti altında bulunan anılan taşınmazların sınırındaki dere yatağının, tapulama tespitinden sonraki zaman içerisinde taşınmazlara doğru genişleyerek, onların bir bölümünü de dere yatağı haline getirmesi şeklinde cereyan eden somut olayda, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 708. maddesinin uygulama yerini bulunup bulunmadığı, buna bağlı olarak, dere yatağının genişlemesi suretiyle sonradan oluşan dere yatağı kısmının anılan hüküm çerçevesinde devlete ait olup olmadığı, dolayısıyla, davacı Hazine'nin eldeki dava yönünden aktif dava ehliyetinin bulunup, bulunmadığı noktasındadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 708. maddesinin 1. fıkrası "*Birikme, dolma, toprak kayması veya kamuya ait suların yatağında ya da seviyesinde değişme gibi sebeplerle sahipsiz yerlerde yeniden oluşan yararlanmaya elverişli arazi devlete ait olur.*" şeklindedir.

Hükmün açık ifadesine göre, orada sayılan yollarla yeniden oluşan yararlanmaya elverişli arazinin devlete ait olabilmesinin temel koşulu, bu arazinin oluştuğu yerin “sahipsiz” olmasıdır. Sahipli yerler, bu hükümle düzenlenen durumun tamamen dışında bulunmaktadır.

Bilindiği üzere, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 636. maddesinin 1. fıkrası da bütünüyle aynı düzenlemeyi içermekte idi.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 636/1. maddesindeki hükmün kapsamı ve içeriği öğretide ayrıntılı biçimde işlenmiştir. Buna göre, bir olayda bu hükmün uygulanabilmesi için; yeni bir arazi oluşmuş bulunmalı, bu yeni arazinin oluştuğu yer sahipsiz yerlerden olmalı, oluşan bu yeni arazi yararlanmaya elverişli bulunmalıdır. Sahipsiz yerlerden amaç, 641. maddede (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 715. maddesinde) belirtilen, özel mülkiyete konu olmayan, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerdir. Eğer, yeni arazi, üzerinde özel mülkiyet kurulmuş olan yerlerde oluşmuşsa, bütünlüyci parça ilkesine göre, içinde bulunduğu arazinin maliki, bu yeni arazinin de maliki olur (Prof. Dr. Kemal Tahir Gürsoy- Prof. Dr. Fikret Eren- Prof. Dr. Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 542 ve devamı).

Öte yandan, söz konusu dere yatağının sonradan dava dışı gerçek kişilerin mülkiyeti altındaki taşınmazlara doğru genişleyip, onların bir kısmını dere yatağı haline getirmiş olması, bu parsel maliklerinin, dere yatağı haline gelen kısım üzerindeki mülkiyet haklarının kendiliğinden sona ermesi sonucunu da doğurmaz.

Somut olay bu çerçevede değerlendirildiğinde: Belirtildiği üzere, davalının çakıl aldığı toplam 2.377 metrekarelik yerin 133 metrekarelik kısmı su kanalı, 2244 metrekarelik kısmı ise, dava dışı gerçek kişilerin mülkiyeti altındaki iki ayrı parselin tespit sınırları içerisinde kalmaktadır. Özel mülkiyete konu parsellerin içerisinde kalan alan bakımından davacı Hazine’nin herhangi bir talep hakkının doğmayacağı, dolayısıyla eldeki tazminat davası bakımından aktif dava ehliyetinin bulunmadığı çok açıktır. Davacı Hazine’nin, su kanalına tekabül ettiği saptanan 133 metrekarelik kısım bakımından hak talebinde bulunabileceği düşünülebilir de; keşif sonucunda ziraat mühendisince düzenlenen 9.5.2001 havale günlü bilirkişi raporunda, bu kanalın, batıdaki parsellerden artan suyu direne ettiği ve buradan çakıl alınmadığının saptandığı açıklanmıştır. Su kanalından çakıl alınmadığı keşif ve bilirkişi incelemesi

yoluyla belirlendiğine göre, davacı Hazine'nin doğmuş bir zararından da söz edilemez.

Hal böyle olunca, yerel mahkemenin aynı gerekçeye dayalı direnme kararı doğru olup, onanmalıdır.

\* \* \*

### **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**

**T. 07.04.2004**

**E. 2004/ 11-217**

**K. 2004/212**

**\* Tazminat davası**

**\* Hasar bedelinin tazmini**

**\* Alkol nedeni ile hasar bedelinin, kasko poliçe teminatı dışında tutulması**

(2918 sayılı Karayolları Trafik K. m. 48; Karayolları Trafik Yönetmeliği m. 97)

Dava, kasko sigorta poliçesinden kaynaklanan hasar bedelinin tazmini istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkiline ait aracın davalı sigorta şirketine kasko poliçesi ile sigortalı olduğunu, aracın kaza sonucu hasarlandığını, ancak davalı şirketin müvekkilinin alkollü olduğu gerekçesi ile ödeme yapmadığını ileri sürerek, oluşan hasar bedelinin faizi ile birlikte davalıdan alınmasını istemiştir.

Davalı vekili; davacının alkollü olması nedeniyle, salt alkolün etkisiyle güvenli sürme yeteneğini yitirmesi sonucu kazanın meydana geldiğini, poliçe genel şartları uyarınca hasarın teminat dışı olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davacının Karayolları Trafik Kanunu'nda öngörülen oran üzerinde alkol alındığı ve poliçe genel şartlarının A.5.5. maddesi uyarınca hasarın teminat dışı olduğu gerekçesi ile, oyçokluğu ile davanın reddine karar vermiştir. Karşı oy veren mahkeme üyesi ise, olayda alkolün tek başına etken olmadığı gerekçesi ile davanın kabulü yönünde oy kullanmıştır.

Uyuşmazlık; trafik kazasının salt alkolün etkisiyle meydana gelip gelmediği, dolayısıyla hasarın kasko poliçesi teminatı kapsamında kalıp kalmadığı noktalarında toplanmaktadır.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesi; alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmelerinin yasak olduğu ifade edilmiştir.

Karayolları Trafik Yönetmeliğinin "Uyuşturucu ve Keyif Verici Maddeler ile İçkilerin Etkisinde Araç Sürme Yasağı" başlıklı 97. maddesinde, alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneğini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmelerinin yasak olduğu açıklandıktan sonra, konu ile ilgili olan "b-2" bendinde "Alkollü içki almış olarak kandaki alkol miktarına göre araç sürme yasağı" kenar başlığı altında; Alkollü içki almış olarak araç kullandığı tespit edilen diğer araç sürücülerinden kandaki alkol miktarı 0.50 promilin üstünde olanların araç kullanamamaları açıklanmıştır.

Ayrıca Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.5.5. maddesinde "Teminat dışı kalan zararlar" kenar başlığı altında; taşıtın Karayolları Trafik Kanunu uyarınca yasaklanan miktardan fazla içki almış kişiler tarafından kullanılması sırasında meydana gelen zararların, kasko poliçe teminatı dışında olduğu açıklanmıştır.

Bununla birlikte; Kasko Sigorta Poliçesi Genel Şartları'nın A.5.5. maddesinin dayanağını teşkil eden Karayolları Trafik Kanunu'nun 48.maddesinin yasaklamayı düzenleyen ilk fıkrasında, alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli araç sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmeleri yasaklanmış olup, aynı maddenin ikinci fıkrasındaki yönetmelik düzenlemesine olanak tanıyan hükümde, yasaklama yetkisi yönetmeliğe bırakılmış olmadığından, Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97. maddesinde yukarıda anılan yasa hükmün tekrarlandıktan ve müteakip, uyuşturucu veya keyif verici maddeler ile alkollü içkilerin oranlarının ne şekilde saptanacağı belirlendikten sonra, yasa da yer alan hükmü dikkate almadan salt; (mücerret) 0.50 promil üstünde alınan alkol miktarına göre araç kullanma yasağı getirilmesinin yasal dayanağı bulunmadığından geçersiz bulunmaktadır. Geçersiz yönetmelik hükümlerinin, yasaya aykırı bir şekilde genel şart olarak kabulü de mümkün değildir.

O halde, hasarın teminat dışı kalabilmesi için kazanın meydana geliş şekli itibarıyla sürücünün salt (münhasıran) alkolün etkisi altında kaza yapmış olması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, sürücünün alkollü olması, tek başına hasarın teminat dışı kalmasını gerektirmez. Üstelik,

böyle bir durumda hasarın teminat dışı kaldığının kanıt yükü TTK'nun 1281. maddesi hükmü gereğince sigortacıya düşmektedir.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarında; sürücünün aldığı alkolün oranının doğrudan doğruya sonuca etkisi bulunmadığından, mahkemece nöroloji uzmanı, hukukçu ve trafik konusunda uzman bilirkişilerden oluşan bilirkişi kurulu aracılığıyla, olayın salt alkolün etkisiyle gerçekleşip gerçekleşmediğinin, alkol dışında başka unsurların da olayın meydana gelmesinde rol oynayıp oynamadığının saptanması, sonuçta olayın tek başına alkolün etkisi ile meydana geldiğinin saptanması durumunda, oluşan hasarın polişe teminatı dışında kalacağından davanın reddine, aksi halde kabulüne karar verilmesi gerekeceği ilkesi benimsenmektedir (Bkz.,YHGK 23.10.2002 gün ve 2002/11-768-840 sayılı ilamı, 19.4.2000 gün ve 2000/11-806-801 sayılı ilamı, 15.4.1998 gün ve 1998/11-258-273 sayılı ilamı, 15.4.1998 gün ve 1998/11-258-73 sayılı ilamı, Y.11.HD.nin 23.2.2004 gün ve 2004/7094-1654 sayılı ilamı).

Somut olayda dosya kapsamına göre, davacının seyir ettiği yönde yol kenarına park etmiş G. M. yönetimindeki ... plakalı aracın, bulunduğu yerden çıkmak için geri geri manevra yaptığı sırada, davacının yönetimindeki ... plakalı aracın sağ ön tarafı ile ... plakalı aracın sol arka tarafına çarptığı, bu çarpmadan sonra davacının aniden sola direksiyon kırdığı, bu arada davacının, arkasından gelmekte olan dava dışı ... plakalı aracın sağ ön kısmına, aracının sol arka kısmı ile çarptığı ve arkadaki aracın çarpmanın etkisi ile yolun soluna karşı şeride doğru savrulduğu ve karşı yönden gelmekte olan dava dışı ... plakalı araçla çarpıştığı anlaşılmaktadır.

Alınan uzman bilirkişi raporuna göre, bu olayda iki yönden hareket halinde bulunan trafiği kontrol etmeden tedbirsiz ve dikkatsiz bir biçimde yola çıkış yapmak isteyen ... plakalı araç sürücüsü G. M. 6/8 oranında asli kusurlu bulunduğu, davacının ise akan trafiği kontrol edip kaza anında etkin fren önlemine başvurmadığı için 2/8 oranında kusurlu bulunduğu belirtilmiştir.

Kaza sırasında davacının 1.31 oranında alkollü olduğu bilirkişi raporu ile saptanmıştır. Bununla birlikte yukarıda açıklanan ilkeye göre, sürücünün alkollü olması, yalnız başına hasarın teminat dışı kalmasını gerektirmez. Oluşan hasarın salt alkolün etkisi altında oluşup oluşmadığının saptanması gerekir.



Her ne kadar, içerisinde nörolog, hukukçu ve trafik uzmanından oluşan bilirkişi kurulu raporunda davacının aldığı alkol oranından yola çıkılarak kazanın, davacının salt alkolün etkisi altında kalması dolayısıyla ortaya çıktığı varsayımına dayandırılmışsa da, bu tespit olayın yukarıda özetlenen oluşumu ve dosya kapsamı ile bağdaşmamaktadır. Alkollü olmayan bir sürücü de kaza anında etkin fren tedbirine başvurmayıp, söz konusu kazaya neden olabilir. Kaldı ki, davacı olayda 2/8 oranında kusurlu olup, asli kusurlu (6/8) ... plakalı araç sürücüsü G. M.'dir. Yukarıda da değinildiği gibi kaza, salt (tek başına) davacının alkollü olmasının etkisiyle meydana gelmemiştir. Olayda bu etmeden çok, yola çıkarken gerekli güvenlik tedbirlerini almayan ve özensiz davranan asli kusurlu G. M.'nin davranışı rol oynamıştır.

Hal böyle olunca, varsayımına dayalı ve uygun nedensellik bağı bulunmayan Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarına aykırı bilirkişi raporundaki görüşlere itibar edilerek davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

\* \* \*

#### **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**

**T. 16.06.2004**

**E. 2004/11-359**

**K. 2004/366**

**\* Rücuen tazminat**

**\* İbra**

**\* Müteselsil borçluluk**

(818 sayılı BK m. 141 vd, 145/II)

Dava, kasko sigorta sözleşmesinden kaynaklanan rücuen tazminat istemine ilişkindir.

Davacı kasko sigortası vekili, davacı tarafından kasko sigortası yapılan ... plakalı aracın, davalıların işleteni, sürücüsü ve sigortacısı olduğu ... plakalı aracın çarpması sonucu hasara uğradığını, kusurun 8/8 oranında ... plakalı araçta bulunduğunu ileri sürerek kaza nedeniyle sigortalanan araca ödemiş olduğu 464.837.334 TL'nin davalılardan müştereken ve müteselsilen ödeme tarihinde itibaren reeskont faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılardan sigorta şirketi, sigortalısının kusur oranına isabet eden zarardan poliçe limiti dahilinde sorumlu olduğunu, davadan önce kendisine herhangi bir başvuru olmadığından davanın açılmasına sebebiyet

vermediğini, yargılama giderleri ve vekalet ücretiyle sorumlu tutulamayacağını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Diğer davalılardan İ. A. ise duruşmada davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemenin, davalı sigorta şirketinin yargılama sırasında 226.390.000 TL ödediği, davacının da davalı zorunlu sigortayı hiçbir hakkını saklı tutmadan ibra ettiği, bu ibradan diğer davalıların da yararlandığı gerekçesiyle davanın reddine dair verdiği karar Özel Daire'ce yukarıda açıklanan nedenle bozulmuştur.

Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki uyumsuzluk, müteselsil borçlulardan birinin ibrası halinde diğer borçluların da ibra edilmiş sayılıp sayılmayacağı noktasındadır.

Uyumsuzluğun çözümü için öncelikle "müteselsil borç" ve "ibra" kavramlarını açıklamakta fayda bulunmaktadır.

Müteselsil borç, sözleşme veya kanun gereği birden fazla borçlunun alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olduğu, diğer bir deyişle alacaklının edayı her müteselsil borçludan talep edebildiği ve edanın tamamen yerine getirilmesine kadar bütün borçluların sorumluluğunun devam ettiği, borçlulardan birinin borcu ödemesi halinde diğerlerinin de borçtan kurtulduğu borç ilişkisine denir.

Borçlar Kanunu 141. ve devamına göre müteselsil borçta alacaklının hakkı birden çok borçluya karşı tek bir alacaktan ibaret olmayıp, borçluların her birine karşı ayrı ayrı yönelen ve birbiriyle yarışan birden çok alacaktan ibarettir. Alacaklı her alacak üzerinde (temlik veya borcun ibrası yoluyla) ayrı ayrı tasarrufta bulunabileceği gibi alacaklı tarafından yapılan ihtar da sadece ihtar yapılan borçlu açısından sonuç doğurur. Alacaklı borçluların her birinden borcun tamamının ödenmesini isteyebilir ancak borçlulardan biri tarafından yapılan ödeme borcu sona erdirir (Prof. Dr. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, s. 1152 vd; Andreas van Tuhr, *Borçlar Hukuku*, s. 785 vd.).

İbra, borcun sona ermesini sağlayan özel bir sona erme sebebi olup, borç ilişkisini değil, sadece münferit borcu sona erdirir. İbrada borç ilişkisinin taraflarının hukuki bir ilişki içerisine girdiği görülmektedir. Buna göre, borç kendiliğinden sona ermemekte, borcun sona ermesi için,

tarafların bunu sağlayacak bir başka işlemi yapmaları gerekmektedir. Bu hukuki işlem, sona erecek borcun taraflarının borcun sona ermesi konusunda yaptıkları bir sözleşmedir. Bu nedenle, borcun sona ermesi üzerinde borç ilişkisinin taraflarının anlaşmış olmaları gerekir (Yard. Doç. Dr. K. Nuri Turanboy, *İbra Sözleşmesi*, Ankara 1998, s. 26).

Müteselsil borçlarda alacaklının borçlulardan biri ile ibra sözleşmesi yapması halinde diğer borçluların borcu kural olarak devam eder ancak bazı istisnai hallerde durumun özelliği veya borcun niteliği diğer borçluların da borçtan kurtulmalarını gerektirebilir (BK m. 145/ II).

Alacaklının borçlulardan birini borçtan ibra etmesi veya süre vermesi ilke olarak sübjektif etki yapar, yani sadece ibra edilen veya süre verilen borçlu hakkında sonuç doğurur. Diğer borçlular bundan yararlanamaz. Ancak, bazen bütün müteselsil borçluların ibradan yararlanması da mümkündür. Özellikle alacaklının ibra veya süre verme sözleşmesinde bunu açıkça belirtilmesi veya borç senedini iade etmesi yada bütün borcun tahsil edildiğine dair makbuz vermesi halinde durum böyledir (Eren, s. 1165; Von Tuhr/Escher, s. 310).

O halde ibra sözleşmesinin müteselsil borçlulardan biri ile yapılması halinde ibra edilen miktarın diğer alacaklılar için de geçerli olması, bu hususun, ibra sözleşmesinden anlaşılmasına bağlıdır. Aksi halde diğer müteselsil borçlular borcun tamamından sorumlu olacaktır. Ancak ibra sözleşmesi borçlular arasındaki iç ilişkiyi etkilemez yani ifada bulunmuş olan borçlu ibra edilerek borçtan kurtulan diğer borçluya rücu edebilir. Federal mahkemenin de bu yönde kararları bulunmaktadır. (BGE, 33 II 140; BGE 34 II 499)

Somut olayda davacı sigortacı, sigortalısını 464.837.334 TL. ödediğini ileri sürerek bu miktarı rücu talep etse de yargılama sırasında yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda gerçek zararın 224.000.000 TL olduğu bildirilmiş olup, davalılardan trafik sigortacısı olan Güven Sigorta Şirketi tarafından davadan sonra 226.398.000 TL ödenmiş, davacı tarafından ibra edilmiştir. Ödenen miktar yönünden diğer davalılar da borçtan kurtulmuş olmakla birlikte, (borcun ferileri yönünden) hasar miktarı dışındaki borçtan, sadece ibra edilen davalı güven Sigorta kurtulmuş olup diğer müteselsil borçlular ibranamede bir açıklık olmadığından yukarıdaki açıklamalarda belirtildiği gibi ibranameden faydalanıp borcun ferilerinden kurtulamazlar. Davacı vekili 22.5.2000 tarihli celsede diğer davalılar hakkındaki davayı

faiz yönünden takip ettiğini beyan etmiş olduğundan yukarıda anılan ilkeler dikkate alınarak hasil olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.

Yerel mahkemece aynı yöne işaret eden Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi usule ve yasaya aykırıdır.

Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

\* \* \*

### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 29.09.2004

E. 2004/5-450

K. 2004/454

\* Kamulaştırmasız el atma  
iddiasına dayalı tazminat

\* Vekalet ücretinin taraf  
lehine hükmedilmesi

(1136 sayılı Av. K. m. 164/son)

Dava, kamulaştırmasız el atma iddiasına dayanan, bedel istemine ilişkindir.

Davacılar vekili; Davalı idarece Istranca derelerinden su pompalanması sonucu tabii su seviyesi yükselen Terkos baraj gölünden taşan suların, davacıların mülkiyetinde bulunan 41 parsel sayılı taşınmazın tamamını kapladığını ve taşınmazın sürekli su altında bulunması nedeniyle çeltik hariç başka bir kültür bitkisinin yetiştirilme olanağının bulunmadığını ileri sürerek, dava konusu taşınmaza kamulaştırmasız el atılması sebebiyle mülkiyetin davalı idareye devrine ve 500.000.000 TL tazminatın yasal faiziyle birlikte davalı idareden tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı İSKİ Genel Müdürlüğü vekili; Dava konusu taşınmazın Terkos Gölü Maksimum Su Kotu'nun dışında olup, idarenin maksimum su seviyesine kadar su toplama yetkisinin bulunduğunu; Bunun dışında aşırı yağışlar nedeniyle taşınmazda biriken suların her yıl idarece tahliye edilmesinin, el atma iradesinin mevcut olmadığını açıkça gösterdiğini savunarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemenin; *"Sonbaharda artan yağışlar ve Terkos Gölünde fazla su biriktirilmesine bağlı olarak dava konusu taşınmazın her yıl altı ay altında*

*kaldığı ve bu hususun süreklilik kazandığı” gerekçesiyle, kamulaştırmасız el atmanın varlığını benimsemek suretiyle verdiği “davanın kabulüne” dair karar, Özel Daire’ce yukarıda açıklanan gerekçeyle bozulmuştur. Mahkemece; “Terkos gölünden taşan suların taşınmazın tamamını kapladığı ve davacıların, taşınmazdan faydalanma olanağının davalı idarece engellendiğı” gerekçesiyle, eski hükümde direnilmiş; Kabule göre denilmek suretiyle vekalet ücretinin taraf lehine hükmedilmesi gereğine değinen 2. maddeye ise uyulduğu belirtilmiştir.*

1. Görüldüğü üzere yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık; Davalı idarenin dava konusu taşınmazda kalıcı bir müdahalesinin bulunup bulunmadığı; Davacının, taşınmazdan faydalanma olanağının davalı idarece engellenip engellenmediğı; Bu bağlamda, kamulaştırmасız el koyma olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediğı noktalarında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın sağlıklı bir çözüme kavuşturulabilmesi için öncelikle “Kamulaştırmасız el koyma” kavramının açıklanmasında yarar vardır.

Kamulaştırma yetkisine sahip bir idare, Anayasa ve yasalara uygun bir işlem oluşturmасızın, bir kimsenin taşınmaz malına el koyar ve onun üzerinde bir tesis veya bina yapar yahut o taşınmaz malı bir hizmete tahsis ederek mal sahibinin taşınmazı üzerinde dilediğı gibi kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulunursa, idare taşınmaz mala kamulaştırmасız el koymuş sayılır (Ali Arcak, *Kamulaştırmасız El Koyma ve Yeni Hükümler*, Ankara, 1987, s. 23).

Bu bağlamda, bir taşınmaza kamulaştırmасız el atıldığından sözü edilebilmesi için, öncelikle idarenin, o taşınmaza eylemli olarak el koyup, malikin kullanımını, yasaya aykırı şekilde tamamen ortadan kaldırması ve bu durumun kalıcı olması şarttır.

Eş söyleyişle idare, el koyma eylemini, o taşınmazı sahiplenme amaç ve kastı ile yapmış olmalıdır. El koyma eylemi açıklanan nitelikte değil ve sadece geçici bir kullanım söz konusu ise, kamulaştırmасız el koyma olgusu mevcut değildir. Bundan dolayı malikin bir zararı oluşsa bile, taşınmaz bedelinin istenilmesine hukuken olanak yoktur. Böyle bir durum, sadece ve ancak, uğranılan zararın tazminini başka hukuksal yol ve kavramlara dayalı olarak isteme olanağı verebilir.

Yine, kamulaştırmасız el koyma hükümlerinin uygulanması, mal sahibinin kullanımına engel olma ve malın elinden alınması anlamını taşıdığına göre, taşınmaz, mal sahibinin elinde bulunduğu ve kullanma hakkına sahip olduğu sürece, mal sahibi idareden değer karşılığının verilmesini isteyemez.

Tüm açıklamalar ışığında somut durum değerlendirildiğinde;

Mahkemece alınan fen bilirkişi raporunda, davalı idarece düzenlenen Terkos Gölü Su Kod Seviyesi Haritası'na göre, dava konusu taşınmazın Terkos Gölü azami su kodu sınırının dışında kaldığı tespit edilmiş; Zirai bilirkişi kurulu raporunda, taşınmaz ile Terkos Gölü arasında, suyun geçişini engelleme amacına yönelik toprak dolgu set yapıldığı, taşınmaz üzerindeki suyun davalı idarece motopomplarla her yıl Terkos Gölüne aktarıldığı ve taşınmaz maliklerince çeltik tarımının yapıldığı ifade edilmiştir.

Dava konusu taşınmaz, Terkos Gölü'nü çevreleyen şeddenin ve azami su kodunun dışında olup; yılın belirli aylarında bu setteyi aşan göl suyunu taşınmazdan tahliye eden davalı idarenin bu tasarrufları, taşınmazı sahiplenme amacının bulunmadığını açıkça ortaya koymaktadır.

Öte yandan, taşınmazın davacıların elinde bulunduğu ve mevcut haliyle üzerinde çeltik tarımı yapılmakla, kullanımın kalıcı ve sürekli şekilde idarece engellenmediği de açıktır.

Esasen, davacılara ait tapulu yeri, zaman zaman taşınmaz göl sularının kaplaması, mülkiyet hakkının sona erdiğinin kabulüne yetmez. Zira, taşınmaz üzerindeki suyun tahliyesi sonucu bu yerin, tarım arazisi olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır.

Direnme kararında sözü edilen, çeltik ürününde verim düşüklüğü ve alternatif ürün yetiştirilmemesi sebebiyle davacı tarafın bir zararı mevcut olsa dahi, az yukarıda açıklandığı üzere bu husus, taşınmaz bedelini talep hakkı vermez.

Açıklanan bu durum karşısında, somut olayda, kamulaştırmасız el atmanın varlığından söz edilemeyeceğinden, davanın reddi gereğine değinen ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, aksine düşüncelerle direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

2. Bozma nedenine göre de; aslında bir eleştiri niteliğini taşıyan ve bu nedenle Yargıtay uygulamasında direnmeye konu edilemeyeceği kabul edilen vekalet ücretine ilişkin husus inceleme konusu yapılmamıştır.

\* \* \*

### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 05.05.2004

E. 2004/ 5-270

K. 2004/261

\* Kamulaştırmasız el koyma  
nedeniyle tazminat

\* Bilirkişi raporuna itiraz  
halinde yeniden bilirkişi  
incelemesi yaptırılması

(2942 sayılı Kamulaştırma  
K. m.11, 15/11)

Dava, kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkindir.

Davacılar vekili; Tapuda davacılar adına kayıtlı 4027 parsel sayılı taşınmaza, davalı idarece kamulaştırılmadan, yol yapılmak suretiyle fiilen el atıldığını ileri sürerek, 10.560.000.000 TL taşınmaz bedelinin dava tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalı idareden tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili; dayanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemenin; “Üçüncü bilirkişi kurulu raporunda uzlaştırıcı değer biçildiği” gerekçesiyle, bu rapora göre davanın kısmen kabulüne dair verdiği karar, Özel Daire’ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Mahkemece “İlk bilirkişi kurulu raporunda tespit edilen bedele tarafların itiraz etmeleri halinde yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılabilceği” gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir.

Dava konusu arazi niteliğindeki taşınmaza, davalı idarece yol yapılmak suretiyle kamulaştırmasız el atıldığı konusunda uyuşmazlık mevcut değildir. Tapu maliklerince bedel istemiyle idare aleyhine açılan bu davada; Taraf vekillerinin ilk bilirkişi raporuna itirazı üzerine yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmış, mahkemece iki rapor arasında oransızlık bulunduğu gerekçesiyle üçüncü kez keşif yapılarak, uzlaştırıcı rapor alınmıştır.

Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki uyuşmazlık; Kamulaştırmasız el koyma nedeniyle bedel davalarında, taşınmazın bedel tespitine ilişkin ilk raporun yasa hükümlerine uygun düzenlenmesi halinde, tarafların bu rapora itirazı üzerine yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmasının gerekip gerekmediği noktasındadır.

Bilindiği ve 16.5.1956 gün, 1/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda belirtildiği üzere, usulü dairesinde verilmiş bir kamulaştırma kararı olmadıkça ve bedeli ödenmeden taşınmazına el konulan kimse, ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine el atmanın önlenmesi davası açabileceği gibi, değer karşılığının verilmesini de isteyebilir.

Kamulaştırmasız el atma halinde kamu kurumu, Kamulaştırma Kanunu'na uygun hareket etmeden, ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır. Bu bakımdan dava, mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır. (11.2.1959 gün, E. 1958/17, K. 1959/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gerekçesinden)

Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, kamulaştırması el koyma olgusunun kabul edilebilmesi için, kamulaştırma ile el koyma yetkisi kendisine tanınmış olan gerçek veya özel ve kamu tüzel kişiliği olan kimsenin, kamu yararı gerektirdiği için el koymuş olması gerekir. (Ali Arcak, Edip Doğrusöz, *Kamulaştırmasız El Koyma*, Ankara. 1992-5, s. 20)

Bu itibarla; değer karşılığının istenildiği davalar da taşınmaza devlet ve kamu tüzel kişileri tarafından kamu yararına lüzumlu işlere tahsis edilmek üzere el konulması söz konusu olduğundan, sıradan bir haksız fiil olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir.

Hemen ifade etmek gerekir ki, kamulaştırmasız el koyma nedeniyle ister el atmanın önlenmesi davası isterse yer bedeli veya tazminat ya da ecrimisil davası açılmış olsun, davacının iddiasının araştırılması bilirkişi incelemesine bağlıdır. (A.g.e., Ankara 1992, S. 55)

Bu noktada, bilirkişilerin taşınmazın değerinin tespitine ilişkin değer biçme esaslarını düzenleyen herhangi bir yasal düzenleme mevcut değildir.

Ancak, öteden beri Yargıtay içtihatlarında kamulaştırma hukukunda olduğu gibi, Kamulaştırma Kanunu'nun 11.maddesinde öngörülen değer biçme esaslarına ilişkin ilkeler aranmaktadır (3. Hukuk Dairesi



16.3.1976 gün, E. 1813, K. 2654; 4. Hukuk Dairesi 10.2.1972 gün, E. 10300 K. 1001; S. Hukuk Dairesi 14.11.1985 gün, E. 11780, K. 12446).

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun değer tespiti esaslarını düzenleyen 11. maddesinin 3. fıkrasında; Taşınmazın cins ve nevinin, yüzölçümünün, kıymetini etkileyebilecek bütün nitelik ve unsurların, her unsurun ayrı ayrı değerinin, vergi beyanının, kamulaştırma tarihindeki resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirlerinin esas alınarak taşınmaz bedelinin takdiri öngörülmüş; Aynı maddenin (f) bendinde, tarım arazisi niteliğindeki taşınmazın mevkii ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde ekilecek ürünler ve münavebeye alınan bu ürünlerin elde edilmesi için yapılacak harcamalar göz önünde tutularak, net gelirin hesaplanması ve bilimsel yolla değerinin bulunması, bedel tespitinde etkisi olan tüm unsurlarda dikkate alınarak maddenin 4. fıkrası uyarınca her unsurun gerekçeleri ve değere katkı oranları ayrı ayrı belirtilip gösterilmek suretiyle değer karşılığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Kanun'un lafzı ve ruhu göz önüne alındığında; ana ilke taşınmazın gerçek değerinin tespit edilmesidir.

16.05.1956 gün ve 1/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre taşınmazına el konulan kimse mülkiyet hakkının kamu tüzel kişiliğine devrine razı olarak, taşınmaz malın bedelini dava ettiği takdirde ödenecek bedel, taşınmazın dava tarihindeki değeri olacaktır. Dolayısıyla kamulaştırmaz el koyma nedeniyle tazminat davalarında da amaç taşınmazın gerçek değerinin tespiti olup, kamu düzeni ile ilgili olduğundan, Kamulaştırma Kanunu'nun değer tespitine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır.

Öte yandan, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 15. maddesinin 11. fıkrasında, "*Hakimin bilirkişi kurulu tarafından takdir olunan bedelde açık bir isabetsizlik bulunduğu ve kıymet takdiri komisyonu tarafından tayin edilen kıymet ile bilirkişi kurulunun belirlediği kıymet ile bilirkişi kurulunun belirlediği kıymet arasında önemli bir oransızlık gördüğü takdirde, aynı usullerle yeni bilirkişi kurulu oluşturularak kıymet takdiri yaptırması gerektiği*" öngörülmüştür.

O halde, kamulaştırmaz el koyma nedeniyle bedel davalarında Kamulaştırma Kanunu'nun bedel tespitine ilişkin hükümleri kıyasen uygulanmakla birlikte; Usulü dairesince verilmiş bir kamulaştırma

kararı ve Kıymet Takdir Komisyonu Raporu bulunmadığından, Kamulaştırma Kanunu'nun 15. maddesinde öngörülen usulde yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması mümkün değildir.

Bu itibarla; kamulaştırmatsız el koyma nedeniyle değer karşılığının istendiği davalarda; 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesinde öngörülen ilkeler esas alınarak düzenlenen ve geçerli kabul edilen ilk bilirkişi raporuna tarafların itiraz etmeleri halinde yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmayacağı açıktır.

Tüm açıklamalar ışığında somut durum değerlendirildiğinde; Mahkemece tarım arazisi niteliğindeki taşınmaza Kamulaştırma Kanunu'nun 11/3-f bendi uyarınca gelir metoduna göre değer biçen ilk bilirkişi kurulu raporu geçerli kabul edilmiş; ne var ki tarafların itirazı üzerine, somut ve yasal olmayan "*bedelin isabetli bulunmadığı*" gerekçeyle, aynı usulle ikinci ve üçüncü bilirkişi raporları alınarak, uzlaştırıcı değer biçtiği kabul edilen üçüncü rapora göre karar verilmiştir.

Az yukarıda açıklandığı üzere, kamulaştırmatsız el koyma nedeniyle tazminat davalarında; Kamulaştırma Kanunu'nun 15.maddesi hükümleri kıyasen uygulanamayacağından, yasa hükümlerine uygun birinci bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle hüküm kurulması gerekir.

Hal böyle olunca, yerel mahkemece, aynı yönlerde işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

\* \* \*

#### Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 07.04.2004

E. 2004/13-208

K. 2004/211

\* Alacak ve munzam zarar

\* İrtifak hakkı

\* Cezai şarttan indirim

\* Menfi zarar-Müspet zarar

(818 sayılı BK m. 108, 161;

6762 sayılı TTK m. 24)

Dava, irtifak hakkının normal süresinden önce sözleşmeye aykırılıktan dolayı iptal edilmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini amacıyla açılan alacak davasından ibarettir.

Davacı, davalı Maliye Hazinesi'nin maliki olduğu orman niteliğindeki taşınmaz üzerinde kendisi lehine kırk dokuz yıl süreli irtifak hakkı kurulduğunu, bu yere turistik tesisler yapıldığını ve işletmeye açtıklarını, daha sonra da bu tesisleri bir üçüncü şahsa kiraya verdiğini, davalı Maliye Hazinesi'nin irtifak hakkı sözleşmesine aykırılık iddiasıyla kendilerine karşı irtifak hakkının iptali davası açtığını, bu dava sonunda irtifak hakkının iptal edildiğini, bunun üzerine davalının kendileri tarafından yapılan tüm tesis ve içindeki eşyalara bedelsiz olarak el koyduğunu, iyi niyetli olmaları nedeniyle, Hazine'nin kendilerine yapı mülkiyetine konu taşınır malların dava tarihindeki objektif rayiç değerleri ile bu tesislerin taşınmazda yarattığı değer artışı ve sağladığı yararın toplamından oluşan alacaklarını, tüm yardımcı hakları ile birlikte ödemekle yükümlü olduğunu, yaptırılan tespitte tesis ve içindeki eşyaların toplam değerinin 540.190.700.000 TL olduğunun saptadığını, ileri sürerek, işlemiş faizi ile birlikte toplam 843.751.034.000 TL'nin reeskont faizi ile birlikte davalıdan tahsilini istemiştir.

Davacı açtığı ek davada ise; asıl dava sırasında saklı tuttuğu hakka dayanarak 1.000.000.000 TL ek müspet zarar ve 300.000.000 TL ek yapı ve tesis bedelinin davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı Maliye Hazinesi, aynı konuda kesin hüküm bulunduğunu, aralarındaki irtifak hakkı tesisine ilişkin sözleşme uyarınca davalının hiçbir tazminat isteme hakkının bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemenin, aynı taraflar arasında görülüp kesinleşen Kemer Asliye Hukuk Mahkemesi'nin ... E. ve ... K. sayılı kararla TMK'nın 751/f ve g maddelerinin emredici hüküm olmadığı, İrtifak Hakkı Sözleşmesi'nin 16. maddesinin BK'nın 19 ve 20.maddesine aykırı olmadığına kesinleştiği ve bu hususun davalı Maliye Hazinesi yönünden usulü kazanılmış hak oluşturduğu, sözleşmenin 16. maddesi hükmüne göre, davacı şirkete yapı mülkiyetine konu tesisler ve bunların eklentileri ile taşınır malların objektif rayiç değer ile bu tesislerin taşınmazda oluşturduğu değer artışı ve sağladığı ileri sürülen yarar nedeniyle, davalı Maliye Hazinesi'nin bir ödeme ve tazmin yükümlülüğünün bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine ilişkin olarak kurduğu hüküm, özel dairece yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuş, mahkeme önceki hükümde direnmiştir.

Uyuşmazlık; mevcut sözleşmeye rağmen davacı irtifak hakkı sahibinin, İrtifak Hakkı Sözleşmesi'nin iptali nedeniyle uğradığı olumlu (müspet) ve olumsuz (menfi) zararlarını isteyebilip isteyemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Burada yeri gelmişken olumlu zarar ve olumsuz zarar kavramları üzerinde durmakta yarar vardır.

Somut olayda; yanlar arasında düzenlenen Sözleşme'nin 5. maddesinde; irtifak hakkı konusu taşınmazın kısmen de olsa Maliye Bakanlığı ve Turizm Bakanlığı'nın izni olmaksızın başkasına kiraya verilemeyeceği, 16. maddesinde ise; bu taahhüt senedinin içerisinde 5. maddenin de yer aldığı bir kısım maddelerin yerine getirilmemesinin Sözleşme'nin önemli ölçüde ihlali sayılacağı ve Hazine'ce bir tazminat ödenmeksizin tüm yapı ve tesislerin sağlam ve işler durumda Hazine'ye intikal edeceği açıklanmıştır.

Bu Sözleşme hükmü gerekli biçim koşullarına uygun olarak yapıldığından geçerlidir.

Açıkça görüleceği üzere; İrtifak Hakkı Sözleşmesi'nin 5. maddesinde bir yasaklayıcı hüküm konulmuş, 16. maddesinde ise, bu yasaklayıcı kısıtlayıcı hükme uymamanın yaptırımını açıklanmıştır. Bu durumda davacı irtifak hakkı sahibinin Maliye Bakanlığı'ndan izin almaksızın tesisi üçüncü bir kişiye kiraya vermesi, değinilen sözleşme hükmüne açıkça aykırılık oluşturur. Davacı, bu sözleşme hükmünün hukuka ve ahlâka aykırı olduğunu, ayrıca sözleşmenin bedelsiz olarak feshinin ekonomik bakımdan yok olmasına sebep olacağını ileri sürerek aleyhindeki bu hükümlerin geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. Sözleşme de yer alan söz konusu yasaklayıcı hükümler ceza koşulu olarak kabul edilse bile; bu husus aşağıda yazılan ilkeleri değiştirilmeyecektir. Davacı tacirdir. TTK 24. maddesinin, BK'nın 161. maddesinin son fıkrasına yaptığı yollamadan da anlaşılacağı gibi kanun koyucu, fahiş olsa dahi cezai şartın indirilemeyeceği esasını kabul etmiştir. YHGK'nın 20.03.1974 gün E. 1970/T. 1053 K. 1974/222 sayılı kararında geniş şekilde açıklandığı gibi, tacirler arasında cezai şartın fahiş olması nedeniyle indirim yapılmaması, ancak bu cezai şartın ahlâk ve adaba, emredici hükümlerin koyduğu kurallara aykırı olması halinde cezai şartın geçerli olmayacağı kabul edilmiştir. Ne var ki, cezai şartın ahlâk ve adaba, emredici kurallara aykırı olduğu davacı tarafından Kemer Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan

E. ..., K. ... sayılı sözleşmenin iptali davasında ileri sürülmüş olup, bu konular gerek yerel mahkemece, gerekse Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 25.10.1999 gün, E. 1999/10472, K. 1999/10474 sayılı ilamı ile “yanların hür iradeleri ile kurulan ve değinilen kısıtlayıcı hükümleri içeren aktin hukuka, ahlâk ve adaba aykırı olduğunun söylenemeyeceği” belirtilerek, sözleşmenin 5 ve 16. maddelerinin ahlâk ve adaba, emredici hukuk kurallarının aykırı olmadığı belirlendiğinden, tarafları aynı olan bu davada sözleşmenin anılan maddelerinin geçersiz olup olmadığı hususu tartışma konusu yapılamayacaktır.

Öte yandan; Borçlar Yasası'nın 96.maddesine göre alacaklının, borçludan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tazminat isteyebilmesi için alacaklının bu yüzden bir zarara uğramış olması gerekir. Sözleşmeden kaynaklanan zarar olumlu (müspet) zarar olacağı gibi, olumsuz (menfi) zarar da olabilir.

Olumlu (müspet) zarar; borçlu edimi (edayı) gereği gibi ve süresinde yerine getirseydi alacaklının malvarlığı ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki fark olumlu (müspet) zarardır. Diğer bir anlatımla olumlu zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır. Kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır.

Borcun yerine getirilmesinin kusurla olanaksız hale gelmesinde, direnime (temerrüde) düşen borçludan, gecikmiş ifa ile birlikte gecikme dolayısıyla tazminat istenmesinde, yahut borçlunun temerrüdü halinde ifadan vazgeçilip, ifa yerine tazminat istenmesinde ve sözleşmenin olumlu biçimde çiğnenmesinde (ihlalinde), olumlu zararın giderimi söz konusu olur (Prof. Dr. H. Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, 1961 s. 426 vd.). Davacı, Sözleşme'nin 5 ve 16. maddesindeki açık hükme rağmen irtifak hakkı konusu taşınmazı üçüncü kişiye kiraya vermesi dolayısıyla, Maliye Bakanlığı'nca irtifak hakkının iptalinin istenmesine ve sonuçta iptaline kendi kusuru ile neden olduğundan, olumlu zararını isteyemez.

Olumsuz (Menfi) zarar ise, uyulacağına ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Diğer bir söyleyişle Sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır. Olumsuz zarar borçlunun sözleşmeye aykırı davranması yüzünden sözleşmenin geçersiz hale gelmesi durumunda ortaya çıkar (H. Tandoğan *a.g.e.*,

s. 427). Bu husus Borçlar Yasası'nın 108. maddesindeki düzenlemeden kaynaklanmıştır. Burada alacaklının Sözleşme'nin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararın giderimi söz konusudur. Çünkü sözleşme fesih edilerek geçersiz olduktan sonra, artık sözleşmeye dayanılarak borcun yerine getirilmemesinden kaynaklanan zarardan söz edilemez.

Genellikle şu hususların olumsuz zarar kavramına gireceği kabul edilmektedir.

- Sözleşme'nin yapılmasına ilişkin giderler; Harçlar, posta giderleri, noter ücreti gibi,
- Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edimin kabulü için yapılan giderler,
- Sözleşme'nin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar; gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi,
- Sözleşme'nin geçerliğine inanılarak başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar; örneğin; o zaman başkasından 1.000.000 TL/ye alınabilecekken, şimdi, 1.200.000 TL'ye alınabilmesi,
- Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar ve,
- Dava masrafları.

Bu genel açıklamaların ışığında somut olaya baktığımızda taraflar arasında tapu sicil memurluğunda resmi senet şeklinde düzenlenen 27.05.1993 tarihli Sözleşme ile, davaya konu orman niteliğindeki taşınmazda kırk dokuz yıl süreli irtifak hakkı tesis edildiği, bu süre içinde davacının buraya sözleşmede öngörülen sürede ve nitelikte bir turistik tesis yapması ve irtifak hakkı süresinin bitiminde tesisin işler durumda Maliye Bakanlığı'na intikal etmesinin kararlaştırıldığı ayrıca, davacı tarafından yapılan tesislerin Maliye Bakanlığı ve Turizm Bakanlığı'ndan izin alınmaksızın başkasına kiraya verilmesi halinde, tazminat ödenmeksizin davalı Hazine'ye devredileceğinin bir sözleşme hükmü olarak hükme bağlandığı, davacının ise, Maliye Bakanlığı'ndan izin almaksızın 01.08.1996 tarihinde irtifak hakkının konusu olan tesisi, dava dışındaki T. Otelcilik Ltd. Şti'ye 01.08.1996 tarihinden itibaren altı aylığına kiraya verdiği hususları tartışmasıdır.

Davacı şirketin, dava konusu tesisi Sözleşme’de öngörülen kırk dokuz yıllık süreden önce bedelsiz olarak davalı Maliye Hazinesi’ne devretmesi nedeniyle, uğradığı olumlu ve olumsuz zararlarını istediği anlaşılmaktadır. Ancak sözleşmedeki açık hükme (irtifak hakkı sözleşmesinin 5 ve 16. maddeleri) aykırı davranan davacının Sözleşme’nin feshine kendi kusuru ile neden olduğundan, olumlu zararını isteyemeyeceği yukarıda açıklanmıştır.

Davacının olumsuz zararını isteyebilmesi için, Sözleşme’nin feshe dilmesinde bir kusurunun olmaması gerekir. Davacı irtifak hakkının iptal edilmesinde kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlayamadığı, bilakis Sözleşme’nin davacının kusurlu davranışı sonucu iptal edildiği anlaşıldığından, olumsuz zararını da isteyemez.

Hal böyle olunca, yanların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve belgelere yukarıda açıklanan gerektirici nedenlere göre, usul ve yasaya uygun direnme kararının onanması gerekir.

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

## DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 08.07.2005  
E. 2005/ 119  
K. 2005/234

\* Sanık müdafinin aynı davada  
sanığın tanığı olarak yer alması  
\* Avukatlık etiği  
(Av. K. m. 36/2)

Şikayetli avukat hakkında "Konya 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2002/412 esas sayılı davasında sanığın vekili olarak bulunduğu halde aynı davada sanığın tanığı olarak ifade verdiği, bu durumun avukatlık etiğine aykırı olduğu" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve şikayetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Şikayetli, "müvekkilinin muvafakati ile tanıklık yapmasında herhangi bir yasal engel bulunmadığını, tanıklığının müvekkili aleyhine bir beyanı içermediğini, bu bakımdan şikayetin haklı olmadığını, ortada bir disiplin suçu bulunmadığını" savunmuştur.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın şikayetçinin müşteki ve bir kısım sanıklarla birlikte müvekkilinin de sanık olduğu Konya 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2002/412 esasında kayıtlı olan davanın 08.07.2002 günlü duruşmasına, sanık müdafii olarak katıldığı, davanın 20.01.2003 tarihli oturumunda müvekkili sanığın tanığı olarak beyanda bulunduğu, ancak 10.10.2002 tarihli duruşma zaptından anlaşıldığı gibi, verilen süreye rağmen şikayetli avukatın vekaletnamesini ibraz etmediği anlaşılmıştır.

Avukatın vekil olarak hazır bulunduğu bir davada tanık olarak dinlenmesini engelleyen bir hüküm, ne hukuk, ne de ceza yargılamaları usulünde mevcut değildir. Bunun ötesinde, hukukumuzda ayrık hükümler saklı kalmak üzere, ilke olarak tanıklık zorunludur.



Avukatlık Yasası'nın "Sır Saklama" başlıklı 36/2 maddesi; "(...) avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri, iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır. Ancak bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir." hükmünü içermektedir. Maddeden açıkça anlaşıldığı gibi avukatın sır saklama yükümlülüğü ve tanıklık yapabilmesinin istisnası müvekkilinin iznidir.

Disiplin kovuşturmasına konu olayda, şikayetlinin, müvekkili olduğu bildirilen sanık ve vekili, şikayetlinin tanıklık ettiği duruşmada hazır bulunmuşlar ve şikayetlinin tanık sıfatıyla verdiği ifadeye bir diyeceklerinin olmadığını, tanığın doğru beyanda bulunduğunu bildirmişlerdir. Kaldı ki şikayetli avukat, mahkemece verilen süre içinde de dosyaya vekaletname sunmamıştır. Bu bakımdan şikayetli avukatın müvekkilinin rıza ve muvafakatiyle onun yararına tanıklık yapmasında Avukatlık Yasası'na ve meslek kurallarına aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle, eylem disiplin suçunu oluşturmadığından, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabet görülmemiş ve şikayetliye verilen cezanın kaldırılmasına ve disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmesi gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile, Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının kaldırılmasına, yeniden inceleme yapılmasını gerektiren bir halin bulunmaması nedeni ile, şikayetli avukat hakkında disiplin cezası tayinine yer olmadığına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 08.07.2005  
E. 2005/ 120  
K. 2005/235

- \* Disiplin kovuşturmasının ceza davasının sonucuna kadar bekletilmesi
- \* Avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak
- \* Meslek kurallarına uymak  
(Av. K. m. 34, 134, 135, 136, 140/2)

Şikayetli avukat hakkında "24.05.2004 tarihinde Trabzon Gazeteciler Cemiyeti'nde yaptığı basın toplantısı sırasında, Türkiye Barolar Birliği tarafından kendisine verilen onur belgesini yırtması ve sarfettiği sözler nedeniyle"

başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve şikayetli hakkında üç ay süre ile işten yasaklama cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, *"Türkiye Barolar Birliği'nin kendisine üstat payesi verdiği halde Trabzon Barosu'nun kendisini avukatlığa layık görmediğinin mantığa uygun olmadığını, basın toplantısı ve plaket yırtma hadisesinin verilen haksız cezayı protestodan ibaret olduğunu, bundan sonra yapılacak benzer haksızlıklardan dolayı da diğer plakelerini ve daha sonra verilecek olanları da yırtacağını, çünkü bu plakeleri kendisine layık görmediğini, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun iki kararının çelişkili olduğunu, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararı'nın Adalet Bakanlığı tarafından geri çevrilmiş olduğunu, televizyonda yaptığı konuşmanın halkın talebiyle yeniden yayınlandığını, basına ve televizyonlara intikal eden yayınların avukatları sindirme aracı olarak kullanılmayacağını, mücadelesinin hiçbir kadın veya erkek avukatla alakası olmayıp, haya-edep, ahlaka mugayir müstehcen kadın kıyafet alışkanlıklarının gelecek nesillerimiz için milli bir felaketin habercisi olduğu için önlenmesi gerektiğini, engellerin kaldırılmasının zorunlu olduğunu"* savunmuştur.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın bir başka eyleminden dolayı Trabzon Barosu Disiplin Kurulu'nun 10.07.2003 günlü 2003/2 esas, 2003/6 karar sayılı kararı ile şikayetli avukatın eylemini sabit görerek, altı ay süre ile işten çıkarılmasına karar verdiği, kararın Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nca onandığı, ancak Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 09.03.2004 tarih ve 059123 sayılı kararı ile *"şikayetli avukat hakkındaki disiplin kovuşturmasına konu eylemden ötürü aynı zamanda Trabzon Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2003/245 esasında genel hükümlere göre ceza davası açıldığından Avukatlık Yasası'nın 140/2 maddesi gereğince disiplin kovuşturmasının ceza davasının sonucuna kadar bekletilmesi gerektiği"* nedeniyle onaylanmayarak, bir daha görülmek üzere Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'na gönderildiği, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun 11.04.2004 tarih ve 2004/69 esas, 2004/130 karar sayılı kararı ile bakanlık görüşüne katılarak, Avukatlık Yasası'nın 140/2 maddesi uyarınca ceza davasının kesin sonucunun beklenilmesi için Trabzon Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukat hakkında tayin ettiği altı ay süre ile işten çıkarma cezasına ilişkin kararının bozulmasına karar verdiği, bu gelişme üzerine, şikayetli avukatın 24.05.2004 tarihinde Trabzon Gazeteciler Cemiyeti'nde bir

basın açıklaması yaparak “Trabzon Barosu Disiplin Kurulu’na verilen ve TBB Disiplin Kurulu’na önce onanan altı aylık avukatlık mesleğinden ihraç kararını Adalet Bakanlığı’nın kaldırdığını, böylece mukaddes Türk halkının ticareti uğruna haya, edep ve ahlaka aykırı kıyafet mücadelemden şu anda ve ilk rauntta Trabzon ve tüm ülkede Türkiye’de karşı cephede mücadele veren avukat meslektaşları ile onların arkasında saf tutan Trabzon Barosu, İstanbul Barosu karşısında tuşla galip durumdayım. Bu neticeyi Türk milletinin büyük duası ile Allah’ın lütfunun yardımına borçluyum. Bu nasıl olur da hem Türk avukatlarının üstadı diyorsunuz, Türk avukatlarına şükranlarınızı sunuyorsunuz da altı aylık meslekten men cezasıyla avukatlık mesleğine layık görmüyorsunuz. Bu takdirde verilen bu şükran plaketini ben kendime layık görmüyorum ve huzurda yırtıyorum.” şeklinde beyanda ve şükran belgesini yırtarak protesto eyleminde bulunmuştur.

Baro Disiplin Kurulu, Adalet Bakanlığı’nın, yargılaması sürmekte olan ceza davasının sonucunu beklemek gerektiğine ilişkin kararının, şikayetli avukat tarafından yasaya aykırı şekilde karar verilmiş gibi kamuoyuna bilerek yanlış aksettirdiği, şikayetli avukatın basın toplantısında yanlış bilgi verdiği, fotoğrafçılara poz vererek Türkiye Barolar Birliği’nin verdiği belgeleri yırttığı, özen, doğruluk ve onur içinde görev yapması gereken bir avukatın böylesine davranış sergilemesinin Avukatlık Yasası’nın amir hükümlerine aykırı düştüğünü, şikayetli avukatın davranışını basın yayın kuruluşları önünde sergilemesi, meslek kuruluşlarını küçük düşürmeye çalışması, disiplin suçunun vahametini arttırıcı bir özellik olarak nitelenmiş, sonuçta şikayetli avukatın eylemini Avukatlık Yasası’nın 34, 134, 135 ve 136. maddelerine aykırı bularak, sicilindeki disiplin cezalarını da nazara alarak üç ay süre ile işten çıkarma cezası vermiştir.

Avukatlık Yasası’nın 34. maddesinde kabul edilen “(...) avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve meslek kurallarına uymak” avukatlar için yükümlülüktür. Kendisine mesleğinin en üst kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliği tarafından meslekte kırk ve elli yılını dolduran avukatlar için verilen onur belgesini yırtan şikayetli avukatın savunmaları haklı ve anlaşılabilir değildir.

Avukatların bir takım siyasi düşünceler, sosyal ve kültürel anlayışlar ya da dinsel inançlara sahip olmaları doğaldır. Ancak avukatların, farklı düşünce ve inançlarını meslek ilkelerini ve üstün hukuk normlarını çiğneyerek kamuoyuna duyurmaları ya da avukatlığı böyle bir duyuru-

nun aracı olarak kullanmaları, bu arada birey ve tüzelkişiliklerin kişilik ve onurlarını ihlal edecek davranışlar sergilemeleri kabul edilemez bir durumdur.

Şikayetli avukatın benzer davranışları her zaman tekrarlayacağı, belgeleri yırtacağı şeklindeki açıklaması ise, şikayetlinin bir düşünce açıklaması içerisinde olmadığını, kendi inanışlarının propagandasına dönük tutum sergilediği, açıklamalarının düşünce özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini ortaya koymaktadır.

Bu nedenlerle, şikayetli avukatın 24.05.2004 tarihinde Trabzon Gazeteciler Cemiyeti'nde yaptığı basın toplantısı sırasında, Türkiye Barolar Birliği ve Trabzon Barosu hakkında yukarıda bildirilen sözleri sarf etmesi ve Türkiye Barolar Birliği tarafından kendisine verilen onur belgesini basın önünde yırtması Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine açıkça aykırılıktır.

Şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine aykırı olup, disiplin suçunu oluşturduğundan, disiplin sicilindeki ceza nazara alınarak Avukatlık Yasası'nın 136/2. maddesi uyarınca Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, şikayetli avukatın sicil durumu da nazara alınarak, Trabzon Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli hakkındaki üç ay süre ile işten çıkarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 08.07.2005  
E. 2005/ 121  
K. 2005/236

\* Meslektaş aleyhinde takip edilen davanın baroya bildirilmesi yükümlülüğü  
(Av. K. m. 95/1, 97/6; TBB Meslek Kuralları m. 27/2)

Şikayetli avukat hakkında; "İzmir 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2003/318 esasında kayıtlı davada, Av. G. vekili olarak şikayetçi meslektaş aleyhinde takip ettiği davayı barosuna bildirmedeğinden meslek kurallarının 27/2 maddesine aykırı davrandığı" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması

sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve şikayetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Şikayetli avukat ise savunmasında, *"vekilliğini yaptığı Av. G.'nin durumu baro başkanlığına bildirmiş olduğu, bu şekilde baronun dosyadan haberdar olduğunu düşünerek, bildirimde bulunmayı geciktirdiğini"* savunmuştur.

Avukat, TBB Meslek Kuralları'nın 27/2 maddesi uyarınca *"bir başka avukata karşı asil ya da vekil sıfatı ile takip edeceği davayı kendi barosuna yazı ile bildirmek"* yükümlülüğündedir.

Avukatlık Yasası'nın 95/1. maddesi ile Baro Yönetim Kurulu *"avukatlık onurunun ve meslek düzeninin korunmasını, mesleğin adalet amaçlarına uygun olarak, bağlılık ve onurla yapılmasını sağlamakla"* genel, 97/6. madde ile Baro Başkanı, *"meslek onuru ve bağımsızlığı ile ilgili işlerde kanunlar ve meslek kurallarının gereğini her türlü organlara karşı savunmak ve bu konuda doğrudan doğruya ve dolayısıyla kendisini göreve zorlayan hususları yapmakla"* özel olarak görevlendirilmiştir. Maddenin amacı, avukatla avukat ve/veya avukat ile iş sahibi arasında çıkan uyuşmazlığın baronun bilgisi ve öncülüğünde sulh yolu ile çözümlenmesi için baronun uyuşmazlıkla ilgili bilgi edinmesini sağlamak olduğu gibi, aleyhine dava açılan avukatın davaya konu olan eylem ve işleminin baroca değerlendirilip, gerekirse resen disiplin soruşturması açılmasının sağlanmasıdır. Görüldüğü gibi bildirim amacını avukatı kontrol olmayıp, avukatlık onuru ve meslek düzeninin korunmasında baro organlarını daha aktif ve mesleki dayanışmaya zarar verecek uyuşmazlıkları gerekirse sulhen çözümlenmekle sorumlu kılmak, avukatlık mesleğine olan saygı ve güvene uygun biçimde davranılmasını sağlamaktır. Madde ile getirilen yükümlülükle, avukatlar arasındaki dayanışmayı temin eden etik değerlerin korunması ve meslektaşlar arasındaki sorunların mümkün olduğu kadar baro bünyesinde dostça çözümlenmesi amaçlanmıştır.

Disiplin kovuşturmasına konu olayda, şikayetli avukatın, şikayetçi aleyhinde vekil sıfatı ile takip ettiği davayı TBB Meslek Kuralları 27/2. maddesinin düzenlediği şekilde baroya bildirmediği İzmir Barosu Başkanlığı'nın 03.07.2003 tarih 4956 sayılı yazılarından anlaşılmaktadır. Vekilliğini üstlendiği avukatın, baroya kendi adına bildirimde bulunması, şikayetli avukatın bildirimde bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Şikayetli avukatın, şikayetçi meslektaşı aleyhinde davayı

vekil olarak takip edeceğini barosuna bildirimde bulunması gerekirken, bildirimde bulunmamasından ibaret eylemi disiplin suçunu oluşturmaktadır. Kaldı ki, müvekkil asil avukatın davayı baroya bildirdiğine ilişkin dosyada bilgi ve belge de yoktur.

Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş ve kararın onanması gerekmiştir. Sonuç olarak; itirazın reddiyle, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 08.07.2005  
E. 2005/ 117  
K. 2005/232

\* **Avukatın özen yükümlülüğü**  
\* **Müvekkil adına alınan para ve başkaca değerlerin müvekkile geciktirilmeksizin duyurulması ve verilmesi yükümlülüğü**  
(Av. K. m. 34; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4, 43)

Şikayetli avukat hakkında; "şikayetçinin vekili olarak icra takibi yaptığı, bir yılı aşkın zaman geçmesi ve şikayetli avukatın icra takibine konu alacağı kısım, kısım tahsil etmesine rağmen, şikayetçi müvekkiline tahsil edilen paraları ödemediği gibi bilgi de vermediği" iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonunda eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, şikayetçinin çeşitli dava ve icra takiplerini yürüttüğünü, ücretlerini alamadığını, giderlerin dahi kendisi tarafından karşılandığını, şikayetçiye bir kısım ödemeler yaptığını, kendisinin borçlu değil, vekil ücretlerinden dolayı alacaklı olduğunu savunmuştur.

Şikayetli dosyaya sadece kendisi tarafından tanzim edilmiş iki adet serbest meslek makbuzunu sunmuştur. Şikayetlinin müvekkiline ödediğini bildirdiği meblağlar için dosyada yazılı delil başlangıcı bulunmadığı gibi banka aracılığı ve müşteri çeki vermek suretiyle yapıldığı ileri sürülen ödemelere ilişkin belgelerde sunulmamıştır. İhtilafın değindiği miktarlar bakımından tanıkla ispat olanağı bulunmamaktadır. Ayrıca şikayetli avukatın, müvekkili şikayetçi ile hesap görülmesi veya vekil ücretin ödenmesi ya da hapis hakkının kullanılması yolunda bir bildirim de yoktur.

Avukat, yüklendiği görevleri özen ile yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla yükümlüdür (Avukatlık Yasası m. 34). Avukatın mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güveni sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır (TBB Meslek Kuralları m. 3 ve 4). Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili bir hesap varsa uygun sürelerde durum yazı ile bildirilir (TBB Meslek Kuralları m. 43).

Disiplin kovuşturmasına konu olayda, şikayetli avukatın, müvekkili adına tahsil ettiği paraları müvekkiline ödemediği, iddia edildiği gibi müvekkili ile olan hesabı da uygun sürede müvekkiline yazı ile bildirmede, görevini özenle yerine getirmediği, avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmadığı anlaşıldığından, eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır. Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik bulunmamış ve kararın onanması gerekmiştir. Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Muğla Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının, aleyhte itiraz olmaması sebebiyle onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 08.07.2005  
E. 2005/ 116  
K. 2005/231

\* İkinci avukatın, işi kabul etmeden önce, ilk vekalet verilen avukata yazıyla bilgi vermesi yükümlülüğü (TBB Meslek Kuralları m. 39)

Şikayetli avukat hakkında "yargılaması yapılan davada, şikayetçiye yazılı bilgi vermeden, dava dosyasına vekaletname sunup, yargılamaya katıldığı, TBB Meslek Kuralları'nın 39. maddesine muhalefet ettiği" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonunda, Mersin Barosu Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve şikayetli avukat hakkında uyarma cezası verilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında; "şikayetçi avukat ile aralarında kavgınlık bulunduğunu, şikayetçinin vekil olarak takip ettiği davanın bir başka dava ile irtibatı bulunduğunu, müvekkilinin şikayetçi avukatı azledeceğini bildirdiğinden, davaya vekaletname ibrazı için müvekkilinin talimat aldığını, ancak şikayetçi avukatın azledilmemiş olduğunu bilmediğini" savunmuştur.

TBB Meslek Kuralları'nın 39. maddesi; *"İş sahibi anlaşmayı yaptığı avukattan sonra ikinci bir avukata da vekalet vermek isterse, ikinci avukat işi kabul etmeden önce, ilk vekalet verilen avukata yazıyla bilgi vermelidir."* hükmünü içermektedir. Bu maddeye göre, işin başka bir avukata verilmesi halinde, avukatlar arasındaki ilişki düzenlenmiş ve vekalet verilmek istenen ikinci avukatın işi kabul etmeden önce ilk vekalet verilen avukata yazı ile bilgi vermesi öngörülmüştür.

Şikayetli avukat, şikayetçi avukatın takip ettiği davaya, bu hüküm uyarınca yazıyla bilgi vermeden, vekaletname ibraz ederek, yargılamaya katılmıştır. Zaten şikayetli avukatta vekaletnamesini dosyaya sunmadan önce şikayetçi avukata bilgi vermediğini savunmasında kabul etmektedir. Şikayetlinin, şikayetçi avukat ile aralarındaki kırgınlık olduğu, görülen davanın bir başka dava ile irtibatı olduğu ve müvekkilinin talimatı ile vekaletname ibraz ettiğine dair savunmaları, şikayetçi avukata yazılı bilgi vermesine engel teşkil etmemektedir.

Bu sebeple şikayetli avukatın eylemi TBB Meslek Kuralları'nın 39. maddesine aykırı olup, eylem disiplin suçunu oluşturduğundan Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, Mersin Barosu Disiplin Kurulu'nun *"uyarma"* cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

**T. 08.07.2005**

**E. 2005/ 114**

**K. 2005/230**

**\* Avukatın hasım tarafla**

**görüşmesinin sınırı**

(TBB Meslek Kuralları m. 31)

Şikayetli avukat hakkında; *"TBB Meslek Kuralları'nın 31. maddesine aykırı davranışta bulunduğu"* iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonunda eylem sabit görülmüş ve Baro Disiplin Kurulu'nca şikayetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Şikayetçi avukatlar, şikayetli avukatın, müvekkili ile kendilerinin bilgisi dışında telefonla görüşmüş olduğunu, tehditte bulunduğunu, bunun meslek kurallarına aykırı olduğunu söylediklerini, şikayetli avukatın ise baroda staj okulunda meslek kuralları dersi verdiğini



söyleyerek barodaki görevini baskı unsuru olarak kullandığını, ileri sürerek şikayette bulunmuşlardır.

Şikayetli avukat savunmalarında, şikayetçi avukat ile dava konusu hakkında daha önce telefonla görüştüğünü ancak şikayetçilerin 15.04.2003 tarihinde dava dosyasına vekaletname ibraz ettiklerini, oysaki şikayetçilerin müvekkili ile 02.04.2003 günü görüştüğünü, bu görüşmenin şikayetçilerin vekaleti üstlenmeden önceki tarihte gerçekleşmiş olduğunu, bu telefon görüşmesini doğrudan kendisinin yapmadığını, bürosunda müvekkilinin görüştüğü sırada, taraflar arasında sert tartışmalar olması sebebiyle kendisinin müdahale ettiğini ve telefonu alarak şikayetçilerin müvekkiline, eyleminin suç olduğunu hatırlattığını, bildirmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın, boşanma davasında şikayetçi avukatın davalının vekili olduğunu bildiği ve dava konusu hakkında görüşme yaptığı, daha sonra bürosunda müvekkilinin şikayetçilerin müvekkili ile telefon görüşmesi sırasında, hasım taraf ile görüştüğü anlaşılmaktadır.

TBB Meslek Kuralları'nın 31.maddesi; *"avukat hasım tarafın ancak avukatı ile görüşebilir. (Hasımın avukatı yok ise) avukatın hasımla teması zorunlu sınırlar içinde kalır."* hükmünü içermektedir.

Şikayetli avukat, şikayetçi avukatın hasım tarafın avukatı olduğunu bilmektedir. Bu husus şikayetli tarafından da kabul edilmektedir. TBB Meslek Kuralları'nın 31. maddesinin 2. fıkrası hasım tarafın avukatı olmadığı takdirde, avukatın hasımla temasının zorunlu sınırlar içinde kaldığını kabul etmektedir. Şikayetli avukat, hasım tarafın vekili olduğunu bildiğine göre hasım tarafla yaptığı görüşmenin zorunlu sınırlar içinde kaldığı da kabul edilemez.

Bu sebeplerle eylem disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun *"uyarma"* cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 08.07.2005

E. 2005/ 113

K. 2005/229

\* Çekilme halinde avukatın  
vekalet görevi

\* Avukatın özen yükümlülüğü  
(Av. K. m. 41)

Şikayetli avukat hakkında, şikayetçi kooperatifin vekili olarak takip ettiği davanın yargılaması devam ederken 01.06.2003 tarihinde vekaletten çekildiği, 09.06.2003 tarihinde bu kez şikayetçi kooperatif üyelerinden bazılarının vekaletini alarak, şikayetçi kooperatif aleyhinde dava açtığı, böylece 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 41. maddesinde tayin edilen on beş günlük süre beklenmeden dava açılmış olduğu iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca uyarma cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatın şikayetçinin vekili olarak takip etmekte olduğu Konya 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'ndeki davanın duruşmasından bir gün önce, 04.06.2003 tarihinde vekaletten çekildiği, vekaletten çekildiğinin müvekkili şikayetçiye tebliğinden itibaren on beş günlük yasal süre geçmeden 09.06.2003 tarihinde, şikayetçi kooperatifin bir kısım üyelerinin vekaletini alarak, şikayetçi kooperatif aleyhinde dava açtığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

1136 sayılı Yasa'nın 41. maddesi; "*Belli bir işi takipten veya savunmadan isteği ile çekilen avukatın o işe ait vekalet görevi, durumu müvekkiline tebliğinden itibaren on beş gün süre ile devam eder.*" hükmünü içermektedir.

Şikayetli avukat, şikayetçi kooperatifin vekaletinden çekildikten sonra yasal on beş günlük süreyi beklemeden, şikayetçi aleyhinde dava açması Avukatlık Yasası'nın 41. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Şikayetli avukatın, şikayetçi kooperatifin bazı üyeleri adına dava açabilmek için şikayetçi kooperatifin vekilliğinden istifa ettiği de anlaşılmaktadır. Açılan davanın hukuki niteliği, davacıların zaten kooperatif ortağı olmaları eylemin disiplin suçunu oluşturmasına engel değildir.

Avukat mesleki çalışmalarında, mesleğin itibarını zedeleyecek, görevin yapılması sırasında bu görevin ifasını engelleyecek ve zorlaştıracak, kamunun inancını ve güvenini bozacak tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadır.

Bu nedenlerle, şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası'nın 41. maddesine aykırı olmakla, eylem disiplin suçu oluşturduğundan Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının aleyhe itiraz olmadığından onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 08.07.2005  
E. 2005/ 112  
K. 2005/228

\* **Görevde yetkiyi kötüye kullanmak**  
\* **Disiplin kovuşturmasının ceza davasının sonuna kadar bekletilmesi**  
(Av. K. m. 140/2)

Şikayetli avukat hakkında; "müvekkili adına ve şikayetçi aleyhinde tefecilik yapma, zorla senet imzalatmak suçlarından dolayı Muğla Cumhuriyet Başsavcılığı'na müracaat edilmek üzere dilekçe hazırladığı, başvuruda bulunmadan önce şikayetçiyi bürosuna çağırarak, hakkında dava açacağını ve ceza alacağını bu işten kurtulmak için 10 milyar TL istediği" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca, disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu eylemle ilgili olarak şikayetli avukat hakkında "görevde yetkiyi kötüye kullanmak" suçundan dolayı Muğla 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nde kamu davası açıldığı, 01.11.2004 tarihinde beraat kararı verildiği dosya içindeki mahkeme kararından anlaşılmaktadır. Ancak mahkeme kararının kesinleşme şerhi bulunmamaktadır. Şikayetçi, kurulumuza yaptığı itirazda, kararın tarafından temyiz edilmiş olduğunu, dosyanın halen temyizde olup, kesinleşmemiş bulunduğunu bildirmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 140/2. maddesine göre, disiplin işlem ve kararına konu teşkil edecek bir eylemde bulunmuş olan avukat hakkında aynı eylemden dolayı ceza mahkemesinde dava açılmış ise avukat hakkındaki disiplin kovuşturması ceza davasının sonuna kadar bekletilir. Bu husus resen göz önünde tutulması gereken bir husustur.

Kovuşturma konusu olayda, şikayetli avukat hakkında ceza mahkemesinde beraat kararı verilmiş ise de, kararın kesinleşme şerhi bulunmamakta, şikayetçinin beyanı da nazara alındığında, ceza davasının temyiz incelemesinde olduğu anlaşılmaktadır.

Bu sebeple Avukatlık Yasası'nın 140/2. maddesinin emredici hükmü gözetilmeden karar verilmesi isabetli bulunmamış ve Baro Disiplin Kurulu kararının öncelikle bu nedenlerden dolayı bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulüyle, şikayetli avukat hakkında açılan ceza davasının hangi aşamada olduğunun araştırılması, kesin sonucunun beklenilmesi, sonuçlanmış ise kesinleşme şerhi ile birlikte mahkeme kararının dosyamız içine konularak, oluşacak duruma göre bir karar verilmesi için Muğla Barosu Disiplin Kurulu'nun "*disiplin cezası verilmesine yer olmadığına*" ilişkin kararının bozulmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 08.07.2005  
E. 2005/ 110  
K. 2005/227

**\* Disiplin kovuşturmasının  
zamanaşımı nedeniyle  
ortadan kaldırılması**  
(4616 sayılı K. m. 1-4/1;  
Av. K. m. 159/3)

Şikayetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu oluşturan eylemi nedeniyle ve "*görevi kötüye kullanmak*" suçundan dolayı açılan kamu davasının 4616 sayılı Yasa'nın 1-4/1 maddesi gereğince kesin hükme bağlanmasının ertelenmesine karar verildiği, Adana 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin dosyada bulunan kesinleşmiş kararından anlaşılmıştır.

Ceza mahkemesi kararında suç tarihi 01.09.1996 olarak gösterilmiştir. Bu durumda Avukatlık Yasası'nın 159/3. maddesinde öngörülen yedi yıl altı aylık zamanaşımı süresi 01.03.2004 günü dolmuş olduğundan, disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılması gerekmiştir.

Sonuç olarak, Adana Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 25.06.2005

E. 2005/194

K. 2005/223

\* Meslekten çıkarma cezası  
gerektirir eylem\* Tedbir mahiyetinde işten  
yasaklama(765 sayılı TCK m. 80, 493/son, 522;  
Av. K. m. 5(a), 136/1, 153)

Şikayetli avukatın *"ham petrol boru hattına vana takmak suretiyle birden çok hırsızlık yapmak"* suçundan TCK'nun 493/son, 80, 522. maddeleri uyarınca Diyarbakır Asliye Ceza Mahkemesi'nde kamu davası açıldığı, dosya içindeki Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı'nın iddianamesinden anlaşılmıştır.

Baro Disiplin Kurulu tarafından, şikayetli avukatın dinlenmek üzere en son işyeri adresine çıkarılan tebligat, şikayetli avukatın adres bırakmadan ayrıldığı gerekçesi ile iade edilmiş ise de, şikayetli avukat, kurulumuzda yapılan duruşmada, olay tarihindeki işyeri adresinin E... Cad. F... Apt. Kat: ... No: ... Diyarbakır olduğunu bildirdiğinden, Baro Disiplin Kurulu da şikayetli avukatın bu adresine tebligat yaptığından, Avukatlık Yasası'nın 153/son maddesi uyarınca şikayetlinin ayrıca çağrılıp, dinlenmiş olmasına gerek görülmemiştir.

Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı'nın yukarıda bildirilen iddianamesi ile Diyarbakır Asliye Ceza Mahkemesi'nde açılan kamu davasında şikayetli avukata isnat olunan eylem, Avukatlık Yasası'nın 136/1 ve 5 (a) maddeleri hükmüne göre *"meslekten çıkarma"* cezasının gerektirebilecek mahiyettedir.

Olayda, Avukatlık Yasası'nın 153/1. maddesinde belirtilen koşullar mevcut olduğu gibi, aynı maddenin 2. fıkrası hükmünün de yerine getirildiği ve karar verilmeden önce şikayetlinin en son işyeri adresinden çağrıldığı anlaşılmıştır.

Bu durum karşısında, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirilmede yasaya aykırı bir yön ve hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Diyarbakır Barosu Disiplin Kurulu'nun *"tedbir mahiyetinde işten yasaklamaya"* ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 25.06.2005  
E. 2005/141  
K. 2005/217

\* Ortaklık iç ilişkisinin üçüncü şahıslara zarar vermemesine özen gösterilmesi  
\* Doğruluk ilkesi  
(Av. K. m. 34, 44; TBB Meslek Kuralları 3, 4)

Şikayetli avukat hakkında; “Afyon 2. İcra Müdürlüğü’nün ilamlı icra takibinde, ortağı Av. O. ve kendisi tarafından haricen tahsil edilen bir kısım alacağın icra dosyasına bildirilmediği ve bu sebeple 496.692.110 TL fazla tahsilat yapıldığı” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli, Av. O. ile takibin devamı esnasında ortaklıktan ayrıldıklarını, Av. O.’ya ödendiği bildirilen 585.000.000 TL’nin kendisine ve icra dosyasına bildirilmediğini, tahsil ettiği para nazara alındığında fazla tahsilat yapmadığını ve disiplin suçu işlemediğini savunmuştur.

Afyon 2. İcra Müdürlüğü’nün takip dosyasının tetkikinde, takip talebi, ödeme emri ve haciz tutanaklarında Av. O.’nun da imzasının bulunduğu ve bir kısım ödemenin dosya numarası da belirtilmek suretiyle gönderilen havalelerle Av. O.’ya yapıldığı anlaşılmaktadır. Borcun bir kısmının Av. O. ve şikayetli avukata posta havalesiyle gönderildiği, bir kısmının da haciz yolu ile tahsil edildiği, tüm bu ödemeler nazara alındığında 496.692.110 TL fazla tahsil edildiği anlaşılmaktadır.

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 yükümlüdür. Bu yükümlülük Avukatlık Yasası’nın 44. maddesi uyarınca avukatların birlikte veya avukatlık ortaklığı şeklinde çalışmalarını halinde de geçerli olup, ortaklık sona ermiş dahi olsa, ortaklık iç ilişkisinin üçüncü şahıslara zarar vermemesine “özen” gösterilmesi gerekmektedir. Bu aynı zamanda “doğruluk” ilkesinin de bir gereğidir.

Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak ve mesleğin itibarını sarsacak her türlü tutum ve davranıştan özenle kaçınmak zorundadır. Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu’nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş, eylem Avukatlık Yasası’nın 34, TBB Meslek Kuralları’nın 3-4. maddelerine aykırı olduğundan kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, itirazının reddiyle, Afyonkarahisar Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının, aleyhte itiraz olmadığından onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 25.06.2005  
E. 2005/137  
K. 2005/214

\* **Avukatın yeni adresini baroya bildirme zorunluluğu**  
(Av. K. m. 43/son, 59/1)

Şikayetli avukat hakkında; "İstanbul Barosu'na bildirdiği T... Mahallesi M... Caddesi R... İş Merkezi No:... Beyoğlu / İstanbul büro ve S... Sokak No: ... Mecidiyeköy / İstanbul ev adreslerini terk ettiği halde, yeni büro ve ev adreslerini Baro'ya bildirmediği, bir başkasının alacağından dolayı şikayetçi adresinde haciz uygulanacağı tehdidinde bulunduğu" iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli tehdit olayının vuku bulmadığını, olay tarihinde İstanbul Barosu avukatlarından K. tarafından ölümle tehdit edilmesi nedeniyle bürosu ve evini terk ettiğini, yeni adreslerini de bu sebeple bildirmediğini savunmuş, tehditle ilgili Beyoğlu 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin dosyasının fotokopisini ibraz etmiştir.

Şikayetli hakkında müşteki T.'nin borcu olmadığı halde "(...) elimde B.'nin çeki var, senin adresini yazmış, sen kim olursan ol icra yoluyla elinizdeki her şeyi alacağım (...)" sözlerinden dolayı yapılan soruşturma sonucu Adalet Bakanlığı'nın 24.07.2004 tarihli oluru ile Avukatlık Yasası'nın 59/1 maddesi uyarınca kovuşturma yapılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir. Şikayetlinin tehdit edildiğine ilişkin dava da halen derdest olup, sonuçlanmamıştır.

Avukatlık Yasası'nın 43/son maddesi uyarınca, "bürosunu veya konutunu değiştiren avukat yenilerinin adreslerini bir hafta içinde baroya bildirmek zorundadır". Sebebi ne olursa olsun, avukat, adres bildirme yükümlülüğünü yerine getirmeli, bu sebeple kamunun inancını ve mesleğe olan güvenini sarsmamalı, mesleğin itibarını zedeleyecek tutum ve davranışlardan özenle kaçınmalıdır. Bu sebeplerle, eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli Av. E.'nin itirazının reddine, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

**T. 25.06.2005**  
**E. 2005/136**  
**K. 2005/213**

**\* Baro ambleminin kullanılması**  
**\* Reklam niteliğini taşıyan aşırılık**  
(Av. K. m. 76; Reklam Yasağı  
Yönetmeliği m. 1, 6/1, 6/6;  
TBB Meslek Kuralları m. 4)

Şikayetli avukat hakkında; "İştirak Halindeki Payı Haczettirilmiş Alacaklı Yönünden Ortaklığın Giderilmesi Davası (İİK 121 ve MK 648) adlı kitabın ön kapağında bulunan Manisa Barosu ambleminin kullanılış tarzı, kitabı gören her şahısta, Manisa Barosu yayını olduğu kanaatini uyandırdığı ve yazar isminin alışılmadık şekilde büyük puntolarla yazılmış olması sebebiyle reklam yasağına aykırı davranışta bulunulduğu" iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli, Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 6/6. maddesinin "Baro Amblemi"nin kullanılmasına izin verdiğini, yönetmelikte ebat belirtilmediğini, öngörülen yasakların kişiye göre değerlendirilmesi ve kişinin kastına göre yorumlanmasının mümkün olmadığını, amatör bir matbaacının "(...) güncelliği nedeniyle (...) ivedi olarak bastırılmış (...) kitapçıkta" kullandığı Manisa Barosu ambleminde kendince belirlediği ebatları kitapçık basıldıktan sonra gördüğünü, kitapçığın sadece Avukatlara/Hukukçulara atfen ve böyle bir içerikle hazırlandığını, bu sebeple reklam amacı taşımadığını bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin "Amaç" başlıklı 1. maddesinde, "Bu yönetmeliğin amacı; bu Yönetmelik kapsamında olanların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü girişim ve eylemde bulunmalarının önlenmesidir. Avukatların mesleklerini özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmelerini, avukatlık sıfatının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şekilde hareket etmelerini, yargılama faaliyetindeki yerlerini ve işlemlerini olumsuzlaştıracak ve yargının görünümünü bozacak davranışlardan kaçınılmasını sağlamaktır." olarak belirtilmiştir.

Bu amaç doğrultusunda Yönetmeliğin 6/1 maddesinde, "Basılı kağıtlar, kartvizitler ve diğer basılı evrak, reklam niteliği taşıyacak aşırılıkta olamaz." hükmü getirilmiştir.



Söz konusu kitapçığın ön kapağındaki, “Avukat Ş.” yazısı 32 punto ve koyu siyah olup, Manisa Barosu amblemi de kapağın ¼’ünü kaplamaktadır. Kapağın ortasında 8 punto ile ilk satırı küçük harf ve ikinci satırı büyük harf olarak kitabın adının yazıldığı, üçüncü satırında ise konu ile ilgili yasa adı ve maddelerinin belirtildiği görülmektedir.

Kitap kapak düzeninin, “reklam niteliğini taşıyacak aşırılıkta” olduğu tartışmasıdır. Bu durum şikayetlinin, kapağın “(...) amatör bir matbaacının (...) ivedi olarak (...) basımı yaptıktan sonra gördüm (...)” savunması ile de zımnen kabul edilmiştir. Yönetmeliğin 6/6. maddesi kayıtlı olunan baronun ve TBB ambleminin kullanılmasına izin vermektedir. Elbetteki mensuplarının kitap yazması, bilimsel incelemelerde bulunması, barolar ve Türkiye Barolar Birliği için övünç kaynağıdır. Ancak, bu hakkın kullanılmasında aşırılığa kaçılmaması da, yazarının “özen” borcudur.

Avukatlık Yasası’nın 76. maddesi uyarınca barolar, avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleriyle olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak, meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kuruluşu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır.

Baro ve TBB amblemi meslek vakarını ifade eden, ortak manevi bir değerdir. Her ne kadar yönetmelikte izin alma mecburiyeti yok ise de; baroların yukarıda belirtilen kuruluş ve niteliklerine zarar verilmemesi bakımından, yayınlarda yazarının baro veya Türkiye Barolar Birliği yayını izlenimini vermektense özenle kaçınmaları, TBB Meslek Kuralları’nın 4. maddesinin de bir gereğidir. Çünkü avukat, mesleğin itibarını, “vakarını” zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan özenle kaçınmak zorundadır. Bu suretledir ki, ortak manevi değer korunmuş olacaktır.

Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu’nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli Av. Ş’nin itirazının reddine, Manisa Barosu Disiplin Kurulu’nun “uyarma” cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 25.06.2005

E. 2005/135

K. 2005/212

\* Görevli hakime hakaret

\* Disiplin kovuşturmasında  
zamanaşımı

(Av. K. m. 159/2, 159/3)

Şikayetli avukat hakkında Kale Asliye Hukuk Mahkemesi hakimi hakkında, duruşma sonrası “(...) *Bu hakim ayarlanmış, ben zaten böyle olacağını biliyordum, burada Demireller korunuyor, bilmiyorsa gitsin öğrensin (...)*” sözlerinden dolayı açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat hakkında görevli hakime hakaret iddiasıyla Elmalı Ağır Ceza Mahkemesi’nde açılan kamu davasında, mahkemenin 15.02.2000 tarihli kararıyla bir yıl altı ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş, karar Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 10.10.2001 tarihli kararı ile 4616 sayılı Yasa’nın 4 ve 5. maddeleri göz önüne alınarak bozulmuş, Elmalı Ağır Ceza Mahkemesi’nin 29.03.2002 tarihli kararı ile de kamu davasının kesin hükme bağlanmasının ertelenmesine karar verilmiş ve karar kesinleşmiş bulunmaktadır.

İncelenen Elmalı Ağır Ceza Mahkemesi kararında suç tarihinin 10.07.1997 olduğu görülmektedir. Bu durumda Avukatlık Yasası’nın 159/3. maddesi uyarınca zamanaşımı süresi yedi buçuk yıl olduğu ve sürenin 10.01.2005 tarihinde dolmuş bulunduğu, bu sebeple 159/2. maddede uyarınca disiplin cezası verilemeyeceği anlaşıldığından, dosyanın zamanaşımı nedeniyle işlem den kaldırılması gerekmektedir.

Sonuç olarak, şikayetli Av. H.’nin itirazının kabulüne, Antalya Barosu Disiplin Kurulu’nun disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 25.06.2005

E. 2005/134

K. 2005/211

\* Meslektaşına karşı girişilen icra takiplerinin de baroya

bildirilmesi yükümlülüğü

\* Baroların avukatların aleyhine şikayetlerin tetkikinde babalık rolü

\* Mesleğin itibarı, vakarı

(Av. K. m. 95/1, 97/6; TBB Meslek Kuralları m. 4, 27/2; Paris Barosu İç Yön. m. 43; Vod Kantonu Meslek Kuralları m. 17)

Şikayetli avukat hakkında Bursa 3. İcra Müdürlüğü'nün dosyası ile şikayetli aleyhine yaptığı icra takibini TBB Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesi uyarınca baroya bildirmedeği iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli, avukatların bir başka avukata karşı açacağı davaların bildirim yükümlülüğü kapsamında olduğunu, TBB 11. Olağan Genel Kurulu'nda kabul edilen meslek kuralının madde gerekçesi ve görüşme tutanaklarından da görüldüğü üzere; bildirim yükümlülüğünün sadece "dava" kapsamında olduğunu, baronun uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümünü önermek gibi herhangi bir işlevinin bulunmadığını, maddenin geniş yorumlanarak icra takiplerinde de kıyaslama yolu ile cezai müeyyide tayin edilemeyeceğini bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

Avukat, TBB Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesi uyarınca "bir başka avukata karşı asil ya da vekil sıfatı ile takip edeceği davayı kendi barosuna yazı ile bildirmek" yükümlülüğündedir.

Maddenin amacı, avukatla avukat ve/veya avukat ile iş sahibi arasında çıkan uyuşmazlığın baro öncülüğünde sulh yolu ile çözümlenmesi için, baronun uyuşmazlıkla ilgili bilgi edinmesini sağlamak olduğu gibi, aleyhine dava açılan avukatın davaya konu olan eylem veya işleminin baroca değerlendirilip, gerekirse resen disiplin soruşturması açılmasının sağlanmasıdır.

Avukatlık Yasası'nın 95/1. maddesi ile Baro Yönetim Kurulu, "avukatlık onurunun ve meslek düzeninin korunmasını, mesleğin adalet amaçlarına uygun olarak, bağlılık ve onurla yapılmasını sağlamakla" genel, 97/6. madde ile Baro Başkanı, "meslek onuru ve bağımsızlığı ile ilgili işlerde kanunlar ve meslek kurallarının gereğini her türlü organlara karşı savunmak ve bu konuda

*doğrudan doğruya ve dolayısıyla kendisini göreve zorlayan hususları yapmakla” özel olarak görevlendirilmiştir.*

Görüldüğü üzere bildirim amacı izin veya avukatı kontrol olmayıp, avukatlık onuru ve meslek düzeninin korunmasında baro organlarını daha aktif hale getirerek, mesleki dayanışmaya zarar verecek uyuşmazlıkları gerekirse sulhen çözümlenmek, avukatlık mesleğine olan saygı ve güvene uygun biçimde davranılmasını sağlamakla sorumlu kılmaktır.

11 Ağustos 1341 (1925) tarihinde yürürlüğe giren, İstanbul Barosu Dahili Nizamnamesi'nin 32. maddesinde, *“avukatlar gerek asaleten ve gerek vekaleten birbirleri aleyhine dava açacaklarında, en aşağı bir hafta evvel inzibat meclisine yazı ile malumat vermeye mecburdurlar”* hükmü mevcut olup, 14 Temmuz 1938 tarihinde yürürlüğe giren 3499 sayılı Avukatlık Yasası'nın 78/F maddesinde Baro Başkanı, *“baro azası veya avukatla müvekkil arasında tahaddüs eden ihtilafları idare meclisine intikale mahal vermeden dostane bir surette halline çalışmak”*la görevlendirilmiştir. Baro Başkanı'na verilen bu görevin önemi, *“Baro reisinin baro azası ile bir avukat ve müvekkil arasında çıkmış olan ihtilafların İdare meclisine intikaline hacet kalmadan dostane bir surette halline çalışması kayde şayandır. Bu suretle baro reisinin gerek avukatlar arasında yanlış anlayış ve görüş farkları veya basit hissi bazı sebeplerle ihtilaf manzarası arz eden hususlarda işin şüyuuna meydan vermeden halletmek suretile bir muslih rolü yapacağına göre, böyle bir selahiyetin reislere verilmesinin meslek menfaati bakımından büyük faide temin edeceği aşikardır.”* (Adliye encümeni mazbatasası sahife 24) sözleri ile belirtilmiş olup, öğretilerde bu görev, *“şikayetlerin tetkikinde babalık rolü”* olarak tanımlanmıştır.

Uluslararası uygulama da bu yönde olup; Paris Barosu İç Yönetmeliği'nin 43. maddesinde, *“hiçbir avukat, evvelden baro başkanına haber vermeden yargıç, avukat, savcı veya diğer adalet yardımcısı hakkında, şikayet dilekçesi veremez”*, Vod Kantonu Meslek Kuralları'nın 17. maddesinde, *“Meslektaşlar arasında ihtilaflar mümkün olduğu kadar dostça çözümlenir. Bu maksatla her iki avukat tecrübeli meslektaşlarının, Baro Başkanı'nun ve Yönetim Kurulu'nun mütalaasını alır.”* denilmektedir.

Bütün bunlar da göstermektedir ki, tarihsel geçmişi de olan madde ile öngörülen ve *“takipten önce”* yapılması gereken bildirimle, avukatlar arasındaki dayanışmayı temin eden etik değerlerin özenle korunması,

meslektaşlarla ilgili sorunların mümkün olduğu kadar baro bünyesinde dostça çözümlenmesi, meslek itibarının zarar görmemesi amaçlanmıştır.

TBB Meslek Kuralları'nın 4. maddesi gereği, "Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Avukat özel yaşantısında da buna özen göstermekle yükümlüdür". Meslek itibarı "meslek vakarı" anlamındadır. Meslek itibarı "ticari itibar" değildir. Bazı mesleklerin varlığı belli bir "vakar"ın varlığına bağlıdır. Meslek vakarı "ortak manevi mamelek"dir. Bu nedenle "dava" kavramının dar yorumu sonucu, ceza kovuşturması başlatılması amacıyla yapılan şikayet, icra takibi gibi v.s. işlemlerin madde kapsamı dışında düşünülmemesi olanaksızdır. Çünkü, sonuçta zarar görecektir olan, meslek itibarıdır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçi Av. N.'nin itirazının reddine, Bursa Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

**T. 25.06.2005**  
**E. 2005/ 133**  
**K. 2005/210**

**\* İddia ve savunma**  
**dokunulmazlığının sınırı**  
(AY m. 36; 765 sayılı TCK m. 486;  
5237 sayılı TCK m. 128; Av. K. m.  
159/3)

Şikayetli avukat hakkında Bursa Asliye Hukuk Mahkemesi'nin dosyasına sunduğu cevap dilekçesinde kullandığı, "(...) Açılan bu dava redde mahkumdur. Bizce davacı, deyim yerinde ise bu dava ile göle maya çalmaktadır, ya tutarsa (...) Davacı H. işlerinin ters gitmesinin sebebini kendisinde aramalıdır. Önce sorulmalıdır, davacının önceki mesleği ne idi, eğitim öğretim konusunda tecrübesi var mıdır? (...) Bizim davacıya önerimiz, davalı ile uğraşmak yerine işi ile meşgul olmasıdır. İş olarak davalı ile uğraşmayı amaç edinmişse, dershanenin durumunun kötüye gitmesi kendi sorumluluğundadır. Bursa'da son yıllarda bir çok özel okul ve çok kaliteli dershaneler açılmıştır. Öyle ki bu dershanelerin başarı oranı da yüksektir. Bursa'da yaşanan bu gerçeklere karşın, davacı H.'nin işlettiği adı dahi duyulmamış dershaneye kimsenin gitmeyeceği

gün gibi açıktır. Onca başarılı ve Türkiye çapında faaliyet gösteren derslane yanında davacının dershanesi gibi küçük çapta faaliyet gösteren dersanelerin ayakta durması için onların seviyesine ulaşması gerekmektedir. Davacı diğer dersanelerin tercih edilip, kendi dershanesinin tercih edilmemesinin zararını davalıdan karşılamak istemektedir sözleri ile, Ö. A. Dershanesi'ni ve bu dershanede hizmet veren öğretmenleri aşağıladığı ve küçük gördüğü" iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli, savunmasında; "Kendisine -davacı H.- denmesine dahi alınganlık gösterip, müvekkili aleyhine açtığı bir çok davayı kaybettiğinden dolayı, kin ve öç alma duygusu ile davalarda elde edemediği sonucu, avukatları hedef alarak ve onları yıpratarak elde etmeye çalıştığını, derslane ile ilgili sözlerinin '(...) dershanenin devir yetkisinin olmadığına (...)’ dair müvekkili tarafından gazeteye verilen ilan sebebiyle açılan maddi ve manevi tazminat davasında, dershanenin neden zarar ettiğine dair, objektif ve savunmaya yönelik bir tespit ve öneri olduğunu, savunma sınırlarının aşılmadığını" bildirmiştir.

Anayasamızın 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. maddesi; "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." hükümleri ile iddia ve savunma dokunulmazlığı anayasal ve yasal teminat altına alınmıştır. Her hakta olduğu gibi, iddia ve savunma dokunulmazlığı da sınırsız olmayıp yukarıdaki madde-nin devamında, "Ancak, bunun için, isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerektiği" bildirilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, 20.10.1998 tarih, E. 1998/225, K. 1998/316 sayılı kararında, "(...) 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 Anayasanın 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 (...)", Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 02.05.1975 tarih, E.1974/1160, K. 1975/5782 sayılı kararında da; "Avukat, müvekkillerinin çıkarlarını hasmunun 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 savunmasını, davanın amacı haklı gösterdiği, savunma gerçekten esasa yararlı ve etkili olduğu, hatta zaruri bulunduğu takdirde hukuka aykırılıktan söz edilmesi olanaksızdır." denilmektedir.

Muhatabın ırkı, dili, dini, rengi, mesleki kariyeri, iş kapasitesi ne olursa olsun, eleştiri veya iddia, başkalarını bu özelliklerinden dolayı rencide edecek, küçük düşürecek nitelik taşımamalıdır. İddia ve eleştiriler daima uygar, bilimsel ölçüler içinde kalmak, örnek teşkil edecek incelik ve zarafet içinde olmak zorundadır.

Şikayetli avukatın dilekçesinde kullandığı sözler, şikayetçinin devir yetkisi olmadığına ilişkin gazeteye verilen ilan sebebiyle açılan maddi ve manevi tazminat davasında yargılamanın hukuksal yönü ile ilgili olarak, "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, savunma sınırları içinde olduğu düşünülemediğinden, eylem disiplin suçu oluşturmaktadır.

Bu sebeplerle eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş ve kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, itirazının reddine, Bursa Barosu Disiplin Kurulu'nun, "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 25.06.2005  
E. 2005/132  
K. 2005/209

\* **Görevi ihmal**  
\* **Ceza davasının kesin sonucunun beklenilmesi**  
(765 sayılı TCK m. 230; Av. K. m. 62, 140/2, 140/son)

Şikayetli avukat hakkında; "Ankara 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 04.05.2001 tarih ve 2000/122 Esas, 2001/141 sayılı mahkumiyete ilişkin kararını, 19.06.2001 tarihinde tebellüğ etmesine karşın, müvekkilin yazılı olurlarını almadan temyiz etmediği" iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Her ne kadar disiplin kovuşturması sırasında şikayetli hakkında herhangi bir ceza davasının açılmış olduğu taraflar ve Cumhuriyet Başsavcılığı'nca dosyaya bildirilmemiş ve karar verilmiş ise de; Ankara Barosu Başkanlığı'nun 15.03.2005 tarihli yazısı ve ekinde gönderilen Sincan Ağır Ceza Mahkemesi'nin 10.02.2005 tarih ve 2004/336 Esas, 2005/14 Karar sayılı kararı ile şikayetli avukat hakkında 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 62. maddesi delaletiyle "görevi ihmal" suçundan dolayı TCK 230. maddesine muhalefet iddiasıyla kamu davası açılmış olduğu anlaşılmaktadır.

Avukat hakkında soruşturma izni verilip ceza davası açıldığı ve bu dava hükümlülükle sonuçlandırıldığı takdirde Avukatlık Yasası'nın 140/son maddesi hükmüne göre tekrar disiplin kovuşturması açılması zorunlu olabileceğinden, ceza davasının kesin sonucunun beklenilmesi için Baro Disiplin Kurulu kararın bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile Avukatlık Yasası'nın 140/2. maddesi uyarınca ceza davasının kesin sonucunun beklenilmesi ve oluşacak duruma göre bir karar verilmesi için Niğde Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının bozulmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 25.06.2005  
E. 2005/131  
K. 2005/208

\* **Disiplin incelemesinin duruşmalı yapılması**  
(Av. K. m. 144)

Şikayetli avukat, Baro Disiplin Kurulu'na sunduğu 18.10.2004 tarihli yazılı savunmasında "duruşma" yapılmasını ve kendisine duruşma günü



tebliğini talep etmesine rağmen, Baro Disiplin Kurulu duruşma günü tayin edip, şikayetli avukata duruşma gününü tebliğ etmeksizin karar vererek, ceza tayin etmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 144. maddesi; *"Disiplin Kurulu'na gönderilen dosya içinde avukatın sicili de bulunur. Avukatın isteği veya Disiplin Kurulu'nca gerek görülmesi halinde, inceleme duruşmalı olarak yapılır."* hükmünü içermektedir.

Yasa'nın bu hükmü gözetilmeden karar verilmiş olması yasaya aykırı bulunmuş, bu işlemlerin tamamlanması için işin esasına girilmeden kararın bozulması gerekmektedir.

Sonuç olarak, 1136 sayılı Yasa'nın 144. maddesi uyarınca Baro Disiplin Kurulu'nca incelemenin duruşmalı olarak yapılması, duruşma gününün şikayetli avukata tebliği, oluşacak duruma göre karar verilmesi, şikayetli avukatın disiplin sicil özetinin de disiplin dosyası içine konulması nedenleri ile Mersin Barosu Disiplin Kurulu'nun *"uyarma"* cezası verilmesine ilişkin kararının bozulmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

**T. 25.06.2005**  
**E. 2005/129**  
**K. 2005/206**

**\* Disiplin kovuşturmasında  
savunma hakkının ihlali**  
(Av. K. m. 137, 144/1)

Şikayetli avukat hakkında; *"Şikayetçi vekili olarak tapu iptali ve tescil davası açılması için vekaletname ve vekil ücreti ile yargılama giderleri verilmesine rağmen, davayı açmadığı gibi ödenen parayı da iade etmediği"* iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve şikayetli hakkında para cezası tayin edilmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 137. maddesinin başlığı *"savunma hakkı"* olup, *"Avukatlar hakkında yapılacak kovuşturmalarda, isnat edilen hususun avukata açıkça ve yazılı olarak bildirilmesi, yazılı savunmasının istenmesi ve bu savunma için en az on günlük bir sürenin tanınması zorunludur."* hükmünü, aynı Yasa'nın 144. maddesinin 1. fıkrası da *"(...). Disiplin kurulu incelemesini evrak üzerinde yapar, avukatın isteği veya Disiplin Kurulu'nca gerek görülmesi halinde, inceleme duruşmalı olarak yapılır."* hükmünü içermektedir.

Yasa'nın açıklanan bu iki hükmüne göre, Baro Disiplin Kurulu'nca avukata bildirimde bulunulması, incelemenin duruşmalı olarak isteyip, istemediğinin sorulması, bu husustaki yanıtını ve isteğini bildirmesi için en az on günlük bir süre tanınması ve duruşma istediği takdirde incelemenin duruşmalı olarak yapılması zorunludur.

Kovuşturma konusu olayda, Baro Disiplin Kurulu, Avukatlık Yasası'nın 137. maddesi hükmüne uygun olarak, şikayetli avukata on günlük süre içerisinde savunma ve delillerini sunması, duruşma isteyip istemediğini bildirmesi için yazılı bildirimde bulunmamıştır.

Bu husus savunma hakkını yakından ilgilendiren bir noksanlık oluşturduğundan, şimdilik işin esasına girilmeyerek, kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının kabulüyle, Avukatlık Yasası'nın 137. maddesi hükmü uyarınca, Baro Disiplin Kurulu'nca şikayetli avukata on günlük süre içinde savunma ve delillerini sunması, duruşma isteyip, istemediğini bildirmesi için yazılı bildirimde bulunulması ve yapılacak inceleme ve değerlendirmeye göre bir karar tesisi için Tokat Baro Disiplin Kurulu'nun "625,00 YTL para cezası verilmesine" ilişkin kararının bozulmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 25.06.2005

E. 2005/ 128

K. 2005/205

\* **Özen yükümlülüğü**  
 \* **Davada yetki belgesi verilmesinin avukatın sorumluluğunu kaldırmadığı**  
 (Av. K. m. 34, 134)

Şikayetli avukat hakkında; "alacaklı vekili olarak şikayetçi borçlu şirket aleyhinde icra takibi başlattığı, takibe konu çekin zamanaşımına uğraması sebebiyle şikayetçi-borçlu şirketin İcra Hakimliğinde takibin iptali için dava açtığı ve mahkemece takibin iptaline karar verildiği, şikayetli avukatın takibin mahkemece iptal edildiğini bilmesine rağmen, icra işlemlerini yürüttüğü ve takibe devam ettiği" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve şikayetli avukat hakkında uyarma cezası tayin ve takdir edilmiştir.

Şikayetli avukat, takibin iptaline dair açılan davaya yetki verdiği bir meslektaşının girdiğini, dolayısıyla verilen karara muttali olmadığını, şikayetçi tarafından 31.12.2003 tarihinde takibin iptaline ilişkin mahkeme kararının icra dosyasına ibraz edildiğinde, takibin iptal edilmiş olduğunu öğrendiğini, yapılan işlemlerin bu tarihten önce olduğunu, savunmuştur.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden şikayetli avukatın, şikayetçi şirket aleyhinde 05.09.2001 tarihinde icra takibi başlattığı, 21.12.2001 tarihinde şikayetçi şirketin aracının haczini talep ettiği, şikayetçi şirketin takibin zamanaşımına uğradığı iddiası ile icra hakimliğinde takibin iptali için dava açtığı ve şikayetli avukatın bu davaya 07.02.2003 tarihinde cevap verdiği, 02.04.2003 tarihli duruşmaya yetki belgesi vererek bir meslektaşının duruşmaya katılmasını sağladığı, aynı tarihte mahkemece takibin iptaline karar verilmiş olduğu, şikayetli avukatın mahkemece takibin iptaline ilişkin kararından sonra 02.07.2003 tarihinde aracın muhafaza altına alınması ve 17.11.2003 tarihinde de aracın trafik kaydındaki ilişkilerin sorulması için icra dosyasında talep açarak işlemler yaptığı anlaşılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 34. maddesinde; *"Avukatlar, yük-lendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla yükümlü oldukları"* kabul edilmiştir.

Şikayetli avukatın, açılmış olan davada bir meslektaşına yetki belgesi vererek, duruşmayı takip ettirmiş olması onu davanın sorumluluğundan ve özen yükümlülüğünden kurtarmaz. Bu sebeple, şikayetli avukatın, bir meslektaşına yetki belgesi vermesi sebebiyle takibin iptaline dair mahkeme kararına muttali olmadığı yolundaki savunması yerinde görülmemiştir.

Şikayetli avukatın, takibin iptaline dair açılan davanın varlığından haberdar olmasına, mahkemenin takibin iptaline dair karar vermesine rağmen, şikayetçi şirket aleyhinde sonuç doğuracak işlemlere icra dosyası üzerinden devam etmesi, görevin özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirilmesi ilkesini kabul eden Avukatlık Yasası'nın 34 ve 134. maddesine açıkça aykırılıktır.

Bu sebeple Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, aleyhte itiraz olmaması nedeniyle Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

**T. 25.06.2005**  
**E. 2005/ 127**  
**K. 2005/204**

**\* Avukatın resmi kılığı**  
(Av. K. m. 49; Av. K. Yön. m. 20;  
TBB Meslek Kuralları m. 20)

Şikayetli avukatın, 11.11.2003 günü Ankara 5. İcra Müdürlüğü'nde, icra işlemleri yaparken türbanlı olarak görüldüğü, iki avukat ve bir icra müdürlüğü görevlisinin düzenlediği tutanakla tespit edilmiş ve Baro Başkanlığı'na bildirilmiş olduğundan, açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, türbanlı olarak Ankara 5. İcra Dairesi'nde bulunduğunu, ancak icra dosyalarında işlem yapılmadığını, bir arkadaşını beklediğini, tutulan tutanağın geçersiz olduğunu savunmuştur.

Dosya içinde bulunan 11.11.2003 tarihli tutanak incelendiğinde, şikayetli avukatın türbanlı olarak Ankara 5. İcra Müdürlüğü'nde takriben on beş adet icra dosyasına talep açtığının iki avukat ve bir icra müdürlüğü görevlisince düzenlenen tutanakla tespit edildiği görülmüştür.

Avukatlık Yasası'nın 49, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 20 ve TBB Meslek Kuralları'nın 20. maddelerine göre, avukatların mahkemelere Türkiye Barolar Birliği'nin belirttiği resmi kılıkla çıkmaları, mesleğe yaraşır bir kılık ve kıyafetle başları açık olarak mahkemelerde görev yapmaları zorunludur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın 8. Dairesi'nin bu konuda verdikleri kararlar da içerek olarak, Avukatlık Yasası ve Avukatlık Kanunu Yönetmeliği ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nı doğrulamaktadır.

Bu nedenle, şikayetlinin eylemi Avukatlık Yasası'nın 49, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 20 ve TBB Meslek Kuralları'nın 20. maddelerine aykırı olduğundan, savunmasına itibar edilmemiş ve Baro Disiplin Kurulu

lu'nca yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmediğinden kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "kınama" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

**T. 25.06.2005**  
**E. 2005/ 125**  
**K. 2005/202**

**\* Avukatın, meslektaşı aleyhine yaptığı icra takibinin baroya bildirmesi zorunluluğu**

Şikayetli avukatlar hakkında; "şikayetçi meslektaşları aleyhinde icra takibi başlatmadan önce baroya bilgi vermedikleri" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu her iki avukat hakkında ceza tayinine yer olmadığına karar vermiştir.

Şikayetli avukatlar savunmalarında; "şikayetçinin İstanbul Barosu'na kayıtlı avukat iken borç sebebiyle hakkında aciz vesikası alındığını, baro levhasından kaydının silindiğini, uzun süre avukatlık yapmadığını, Alanya'ya geldiğinde kendisine yardımcı olduklarını ve şikayetli Av. F.'nin eşinin şirketinde müdür olarak iş bulduklarını, ancak şirket işlerinde suiistimali tespit edildiğinde işine son verdiklerini, koymayı taahhüt ettiği sermaye borcu ve şikayetli Av. F. tarafından şikayetçi lehine verilen ancak borcun ödenmemesi sebebiyle paraya çevrilen teminat mektubu karşılığı hakkında icra takibi başlattıklarını, şikayetçinin avukatlık yapmaya başladığını bilmediklerini, öğrendiklerinde de şikayetli Av. V.'nin baroya bildirimde bulunduğunu" savunmuşlardır.

Dosyamız içinde bulunan Alanya 2. İcra Müdürlüğü'nün icra dosyasında, şikayetli Av. F. vekili olarak şikayetli Av. V. tarafından, teminat mektubunun paraya çevrilmesi sebebiyle 07.07.2003 tarihinde şikayetçi aleyhinde ilamsız icra takibi yoluyla takip başlatıldığı, Alanya 2. İcra Müdürlüğü'nün icra dosyasında şikayetçi şirket vekili olarak şikayetli Av. V. tarafından şikayetçi avukatın alacaklı şirkete olan sermaye borcu sebebiyle 07.07.2003 tarihinde ilamsız icra takibi yoluyla icra takibi başlatıldığı, şikayetçinin 14.07.2003 tarihinde şikayetli her iki avukatı vekilliklerinden azlettiği, şikayetçi tarafından baroya 22.07.2003 tarihinde her iki şikayetli avukat hakkında şikayette bulunduğu, şikayetli avukat V.'nin 18.08.2003 tarihinde şikayetçinin baroya kayıtlı avukat olduğunu öğrendiğini ve icra takibi başlattığını baroya bildirdiği anlaşılmıştır.

Şikayetçi Antalya Barosu'na 09.04.2003 tarihinde kaydolmuş, ancak vergi levhasına göre 09.05.2003 tarihinde işe başlamıştır.

Şikayetçinin uzun bir süre hakkındaki aciz vesikası nedeniyle avukatlık yapamadığı, Alanya'da şirket müdürlüğü yaptığı, daha sonra işine son verildiği, şikayetçinin 09.05.2003 tarihinde işe başladığının şikayetli avukatlar tarafından bu sebeplerle bilinemediği savunulmuş, aksi durum şikayetçi tarafından da kanıtlanamamış olması sebebiyle şikayetli avukatların savunmalarına itibar etmek gerekmiştir.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Antalya Barosu Disiplin Kurulu'nun her iki şikayetli avukat hakkında "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

T. 25.06.2005  
E. 2005/ 124  
K. 2005/201

\* **Avukatın düşüncelerini açıklarken olgun ve objektif olması yükümlülüğü**  
\* **Disiplin kovuşturmasında üyelerin ret ve istinkafı**  
(Av. K. m. 139/2-3, TBB Meslek Kuralları m. 5)

Şikayetli avukat hakkında; "Temyiz dilekçesinde şikayetçi avukat hakkında kullandığı kelimelerin Avukatlık Yasası ve TBB Meslek Kuralları'na aykırı olduğu" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve şikayetli hakkında kınama cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatın 28.01.2004 tarihli dilekçede kullandığı "(...) Baro Başkanı'nın bu ortamda yeri nedir (...) Baro Başkanlık seçimi ile ilgili olaylar nedeniyle şahsen konuşmadığı Av. S. ile fırsat bulup, çatışma aşkı ile yanıp tutuşan sanık, bilamünasebet takılmış (...) Av. A.'nin burada takılma amacı nedir (...) Çelişkili ve samimiyetsiz savunması, sanık Av. A.'nin icapsız gereksiz takılmasının amacı Baro Başkanlığı sıfatından da istifade ile kişisel düşmanını

*ezmek, insani zaafi doğrultusunda olay yaratmak, olayı provoke etmek, sonunda hilafı hakikat da olsa bir tutanağa bağlayıp, hasmın tabir caiz ise canına okumaktır (...) ama ne yazıktır ki, deyim yerinde ise yanlış ata oynamıştır (...) bu hazin sorumluluğun dahi bilincinde olmaksızın (...) öteden beri şahsi hasmı durumundaki (...) hukuken yok sayılması gerekli türden bir tutanağı tutturma azim ve gayreti içinde provokasyona girişmiş olan sanık (...) soğuk kanlı bir şekilde provokasyonda bulunuyor (...) Av. S.'yi aklayınca yakalayarak, (...) bilinçli bir kurnazlıkla başlamıştır (...) geçmiş olayları nefreti ile bilenmiş durumdadır” sözleri savunmanın hukuki yönü ile ilgili olmayıp, TBB Meslek Kuralları'nın 5. maddesi uyarınca “Avukat yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır.” Dilekçede kullanılan sözlerin zarif olmadığı açıktır.*

Her ne kadar şikayetli hakkında disiplin kovuşturması açılmasına karar veren Yönetim Kurulu üyelerinin geçmişteki soruşturmalar nedeniyle aralarında husumet olması sebebiyle nedeniyle karara katılmış olmalarının ret sebebi olduğu ve bu nedenle kararın yok sayılması gerektiğini savunmuş ise de; Avukatlık Yasası'nın 139/2-3 maddesinde, “*ilgililerin kendi haklarındaki kovuşturmalarla ilgili görüşme ve kararlara katılamayacakları*” düzenlenmiştir. İncelenen dosya kapsamında şikayetçi Av. A.'nın karara katılmadığı görülmüş, diğer Yönetim Kurulu üyelerinin yasal bir sakıncası bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu sebeple ret sebepleri yerinde görülmemiştir. Yasasın öngördüğü ret ve istinkafa ilişkin herhangi bir işlem ret sebepleri yerinde görülmediğinden bu yöndeki itirazların reddi ile Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli olduğundan kararın oy çokluğu ile onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli Av. D.'nin itirazının reddine, Muğla Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararın onanmasına oyçokluğu ile karar verildi.

**Karşı Oy:** Baro Yönetim Kurulu kararı 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 93/2 ve 139/2, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 43/2. maddelerine aykırı olduğundan, Baro Yönetim Kurulu'na dosyanın iade edilmek ve yasal işlem yapılmak üzere kınama cezasının kaldırılması görüş ve kanaatinde olduğumuzdan çoğunluk oyuna katılmıyoruz.

Şikayetliden Avukatlık Yasası'nın 137. maddesi uyarınca savunma istenmeksizin disiplin kovuşturması açılmasına karar verildiği, bu se-

bepile Avukatlık Kanunu'nun 139/3 maddesinde öngörülen ret sebepleri varsa tartışılmaması ve bu hususta bir karar verilmemiş olduğu, bu da savunma hakkını kısıtlar nitelikte olduğun çoğunluk oyuna karşıyım.

\* \* \*

**T. 25.06.2005**  
**E. 2005/ 123**  
**K. 2005/200**

**\* Avukatın birden fazla büroda faaliyet gösterememesi**  
(Av. K. m. 49; Av. K. Yön. m. 20; TBB Meslek Kuralları m. 20)

Şikayetli avukat hakkında; *"iki büroda faaliyet gösterdiği"* iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve şikayetli hakkında kınama cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, savunmalarında, Menemen'de büro açarken, Aliağa'daki bürosunu bir meslektaşına devir ettiğini, ancak Aliağa'daki dava ve işleri için bu büroyu bir süre kullanmak zorunda kaldığını, daha sonra tekrar Aliağa'daki bürosuna geri döndüğünü bildirmiştir.

Böylece şikayetli avukatın, disiplin soruşturmasının başlatıldığı tarihte Aliağa ve Menemen'de iki bürosunun olduğu, her iki büroda da faaliyet gösterdiği, kendi savunmaları ile açıkça anlaşılmıştır.

Avukatlık Yasası'nın 43/2 maddesine göre *"bir avukatın birden fazla bürosu olamaz"*.

Şikayetli avukatın ise Menemen ve Aliağa'da iki büro kullandığı sabit olmakla eylem disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak; itirazının reddiyle, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun *"kınama"* cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

\* \* \*

**T. 25.06.2005**  
**E. 2005/122**  
**K. 2005/199**

**\* Meslektaşına yüksek sesle hitap**  
(TBB Meslek Kuralları m. 7, 27)

Şikayetli avukat hakkında; *"yargılaması yapılan davanın duruşmasında, duruşma salonunda sırasını bekleyen avukatların önünde, 'Ayıp, ayıp, usulü"*



*senden mi öğreneceğim?’ diyerek şikayetçi avukata karşı yüksek sesle hitapta bulunduğu, TBB Meslek Kuralları’nın 7 ve 27. maddelerini ihlal ettiği” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonunda, İzmir Barosu Disiplin Kurulu’nca eylem sabit görülmemiş ve şikayetli avukat hakkında disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmiştir.*

Şikayetli avukat, kıdem senesini ve usulü iyi bildiğini, şikayetçi avukata hitaben değil, hakime yönelik olarak söylediğini savunmuştur.

Dosyadaki bilgi ve belgeler ve özellikle dinlenen tanık anlatımlarından şikayetli avukatın yargılama sırasında *“usulü senden mi öğreneceğim”* şeklinde söz söylediği anlaşılmaktadır. Bazı tanıklar bu sözlerin duruşma hakimine karşı, bazı tanıklarda şikayetçi avukata karşı söylediğini bildirmişlerdir. Tanıklardan avukat olanlar, *“şikayetlinin bu sözü sert bir tavırla söylenmediğini, tartışmanın şiddetli bir ortam içinde gerçekleşmediğini, şikayetçiyi aşağılayan bir sözde sarf edilmemiş olduğunu”* bildirmişlerdir.

Yargılama sırasında, yeni delil sunma konusunda çıkan hukuki ihtilafta, şikayetçinin *“usulü senden mi öğreneceğim”* şeklindeki sözleri şikayetçinin kişilik haklarına saldırı maiyetinde olmadığı gibi, iddia edildiği gibi karşı tarafı aşağılayıcı nitelikte değildir.

Bu sebeplerle, Baro Disiplin Kurulu’nun hukuki değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle İzmir Barosu Disiplin Kurulu’nun şikayetli avukat hakkında *“disiplin cezası tayinine yer olmadığına”* ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

**TÜRKİYE'DE SİGORTA  
HUKUKUNUN SORUNLARI**

**ve  
GELECEĞİ**

**SEMPOZYUM**

19 - 20 KASIM 2004  
İSTANBUL DEDEMAN OTELİ

**ÇIKTI !..**

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.

**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ  
AVUKATLIK KANUNU  
YÖNETMELİĞİNDE  
DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA  
DAİR YÖNETMELİK**

**Madde 1.** 19.6.2002 tarihli ve 24790 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 24. maddesinin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

**Yürürlük**

**Madde 2.** Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

**Yürütme**

**Madde 3.** Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu yürütür.

**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ  
SOSYAL YARDIM VE  
DAYANIŞMA FONU  
YÖNETMELİĞİ**

**BİRİNCİ BÖLÜM**

**Genel Hükümler**

**Amaç ve Kapsam**

**Madde 1.** Bu Yönetmeliğin amacı, 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 27/A maddesi uyarınca Türkiye Barolar Birliği nezdinde kurulan Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu'yla ilgili usul ve esasları düzenlemektir. Bu Yönetmelik, Fon'un kuruluşu, yönetimi, görev ve yetkileri, işleyiş ve denetimi, gelirlerinin kullanılması ile Fon'dan yararlanacak olanları ve yararlanma koşullarını kapsar.

**Dayanak**

**Madde 2.** Bu Yönetmelik Avukatlık Kanunu'nun 27/A maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

## Tanımlar

**Madde 3.** Bu Yönetmelik'te geçen;

**Kanun:** 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nu,

**Yönetmelik:** Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yönetmeliği'ni,

**Fon:** Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu'nu,

**Yönetim Kurulu:** Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nu,

**Yürütme Kurulu:** Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yürütme Kurulu'nu,

**Sosyal Yardım ve Dayanışma Yönergesi:** Üyelerden elde edilecek gelirlerin elde edilmesine ilişkin usul ve esaslar ile Fon kapsamında bulunan sosyal yardımların yapılmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen Yönergeyi,

**Çalışma Yönergesi:** Fon Müdürlüğünde ve Fon Temsilciliklerinde çalışacak personel ile Baro Görevli Yönetim Kurulu Üyesinin görev ve yetkilerini ve Fon faaliyetleriyle ilgili tutulacak kayıtları düzenleyen Yönergeyi,

**Çalışma Raporu:** Yürütme Kurulunun bütçe dönemi içindeki Fon faaliyetlerine ve sonuçlarına ilişkin hazırlayacağı raporu,

**İş Programı:** Yürütme Kurulunun bir sonraki bütçe dönemi için-

de yapmayı planladığı faaliyetleri gösterir programı,

**Tahmini Bütçe:** Yürütme Kurulunca, bir sonraki takvim yılına ilişkin tahmini gelir ve gider hesaplamalarını gösterir bütçeyi,

**Pul:** Avukatların yetkili mercilere sunduğu vekaletnamelere ve yetki belgelerinin asıl ve suretlerine avukatların yapıştıracağı vekalet pulunu,

**Vekalet Pulu Satış Hesabı:** Baroların aldığı vekalet pullarının karşılığının yatırıldığı banka hesabını,

**Avukat:** Baro levhasına kayıtlı avukatı,

**Çalışmayan Avukat:** Yardıma muhtaç oldukları Yönetim Kurulunca kabul edilen ve hastalık, yaşlılık veya maluliyet gibi sebepler yüzünden fiilen mesleğini sürdüremeyen ve barolarda kaydı olmayan kişileri,

**Stajyer Avukat:** Baro stajyer listesine kayıtlı avukat adayını,

**Bakmakla Yükümlü Olunan Eş:** Kanunla kurulu sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olarak çalışmayan, buralardan gelir, aylık ve sağlık yardımı almayan eşi,

**Bakmakla Yükümlü Olunan Çocuk:** Kanunla kurulu sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olarak çalışmayan, buralardan gelir, aylık ve sağlık yardımı almayan on sekiz yaşına kadar, öğrenim görüyorsa yirmi beş yaşına kadar çocukları,

## ekler

**Üye:** Fon kapsamında bulunan sosyal yardımlardan yararlanabilecek kişileri,

**Sağlık Kuruluşu:** Devlet hastaneleri, özel idare ve belediye hastaneleri, sağlık ocakları, genel ve özel dal, eğitim, üniversite ve araştırma hastaneleri ile 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan yönetmeliklere göre yatarak veya ayakta hasta tedavi etmek amacıyla kurulan ve Sağlık Bakanlığından gerekli ruhsat alınmak suretiyle faaliyet gösteren kuruluşlar ve bu kuruluşların yurt dışındaki benzeri kuruluşları,

**Dayanışma Aidatı:** Sosyal yardım kapsamına dahil olmak için üyelerin ödeyeceği tutarı,

**Katılım Payı:** Yararlanılan sosyal yardımların karşılığının Üyeler tarafından ödenen kısmını, ifade eder.

## İKİNCİ BÖLÜM

### Yönetim, İşleyiş Görev ve Yetkiler

#### Temsil ve Yönetim

**Madde 4.** Fon, Yönetim Kurulu tarafından temsil edilir. Yönetim Kurulu, Fonu, Yürütme Kurulu'nun görüş ve önerilerini alarak yönetir.

#### Yönetim Kurulunun Görev ve Yetkileri

**Madde 5.** Yönetim Kurulu;

a. Yürütme Kurulu üyelerini atar, Fon'la ilgili işlerin yürütülmesi için sayman üyesini Fon işleriyle görevlendirir.

b. Fon'a ait nakitleri, menkul değerleri, menkul ve gayrimenkul malları, kuruluşları ve işletmeleri yönetir.

c. Fonun yıllık bilançosu ile çalışma raporunu onaylar.

d. Yürütme Kurulu tarafından hazırlanarak sunulan, bir sonraki yıl uygulanacak iş programını ve tahmini bütçeyi onaylar.

e. Fon için taşınmaz mallar satın alınması, bağış kabul edilmesi, bağışlanan veya satın alınan malların satılması ve bunlar üzerinde her çeşit ayni hakların kurulması, taşınmaz mallar üzerinde ipotek tesis edilmesi ve Fon'un varlığının üyelerin yararına ve verimli şekilde işletilmesi konularında her türlü kararı alır ve iktisadi işletmeler karar.

f. Fon Yürütme Kurulu'nun önerisi üzerine, bu Yönetmeliğin 17. maddesinde yer alan sosyal yardımlardan;

1. Sağlık yardımlarının Fon'un tesis edeceği sağlık kuruluş veya kuruluşlarından yahut doğrudan anlaşma yapacağı sağlık kuruluşlarından alınması,

2. Munzam emeklilik yardımının Yürütme Kurulu tarafından oluşturulacak emeklilik sistemi vasıtasıyla yapılması ve ayrıca üyelere hizmet vermek üzere huzurevi kurulması,

3. Sağlık ve munzam emeklilik yardımlarının Türkiye’de yerleşik özel sağlık sigorta şirketleri veya özel emeklilik fonları vasıtasıyla, bu hizmetleri veren kurum ve kuruluşlardan birlikte veya ayrı ayrı olmak üzere alınması ve sigorta şirketleri ile acente sözleşmesi yapılması,

konularında karar verir, üyelerden alınacak dayanışma aidatı ve katılım paylarının miktar ve esaslarını belirler,

g. Fon uygulama esaslarını içeren Yürütme Kurulu’nca hazırlanacak yönergeleri onaylar.

### **Yürütme Kurulu**

**Madde 6.** Bu Yönetmelik’te öngörülen işlerin yapılabilmesi için, Yönetim Kurulu’nca aktüerya, sağlık sigortası, finans yönetimi ve benzeri konularda uzman olanlar arasından görevlendirilecek dört üye ve Yönetim Kurulu’nun görevlendirmiş olduğu sayman üyesinin katılımı ile beş kişilik Yürütme Kurulu oluşturulur.

Yürütme Kurulu çalışmalarını görevli Yönetim Kurulu Sayman Üyesi başkanlığında yürütür. Onun yokluğunda, toplantıya üyelerden en yaşlı olan başkanlık eder. Toplantı ve karar yeter sayısı üç kişidir.

Yürütme Kurulu üyelerine, Yönetim Kurulu’nca belirlenecek miktarda ücret veya huzur hakkı ödenir.

### **Yürütme Kurulu’nun Görev ve Yetkileri**

#### **Madde 7. Yürütme Kurulu;**

a. Fon’un ve üyelerin yararına araştırmalar yapar, öneriler geliştirir ve Yönetim Kurulu’nun verdiği yetki çerçevesinde; Fon’a ait nakit, menkul değerler, menkul ve gayrimenkul mallar, kuruluş ve işletmelerin yönetimiyle ilgili gerekli gördüğü her türlü sosyal ve ekonomik önlemleri alır.

b. Risk ve verimlilik ilkeleri bakımından Fon kaynaklarının rasyonel kullanımına yönelik portföy yatırımlarını planlayıp gerçekleştirir.

c. Fonun yıllık bilançosu ve çalışma raporunu hazırlayarak Yönetim Kurulu’nun onayına sunar.

d. Bir sonraki yıl uygulanacak olan iş programı ile tahmini bütçeyi Yönetim Kurulu’nun onayına sunar; onaylanan programı tahmini bütçe limitleri içinde uygular.

e. Sosyal Yardım ve Dayanışma Yönergesi ile Çalışma Yönergesi’ni hazırlayarak Yönetim Kurulu’nun onayına sunar.

f. Yönetim Kurulu’nca verilen Fon ile ilgili diğer işleri yapar.

### **Fon Müdürlüğü**

**Madde 8.** Fon işlerinin yürütülmesinden sorumlu olmak üzere, Türkiye Barolar Birliği bünyesinde bir Müdürlük oluşturulur. Müdür,

## ekler

işlerin yürütülmesinden Yönetim Kurulu'na ve Yürütme Kurulu'na karşı sorumludur.

Fon işlerinin yürütülebilmesi için yeteri kadar sürekli ve geçici eleman çalıştırılır. Müdür ve diğer çalışanların atanma biçimleri, yetki ve sorumlulukları ile özlük hakları, Yürütme Kurulu'nca hazırlanacak ve Yönetim Kurulu'nca onaylanacak olan Çalışma Yönergesi ile belirlenir. Fon'da çalışacak sürekli ve geçici elemanlar Yürütme Kurulu'nun önerisi üzerine Yönetim Kurulu'nca belirlenerek karara bağlanır.

### Fon Temsilcilikleri

**Madde 9.** Yürütme Kurulu'nun önerisi ve Yönetim Kurulu'nun kararıyla, iş yoğunluğu, coğrafi bölge, avukat sayısı ve diğer kıstaslar göz önünde bulundurularak, ihtiyaç duyulduğu takdirde, Fon Temsilcilikleri kurulabilir. Temsilciliklerin görev ve yetki alanının hangi baro ya da baroları kapsayacağı kararda belirtilir. Bu karara uygun olarak temsilciliklerin görev ve yetki alanları, çalıştırılacak personele ilişkin düzenlemeler de Çalışma Yönergesi'nde gösterilir.

### Baro Görevli Yönetim Kurulu Üyesi

**Madde 10.** Baro Yönetim Kurulları, her seçim dönemini takip eden ilk Yönetim Kurulu toplantısında kendi içinden bir üyesini belirleyerek Fon'un, baro kapsamındaki çalışma-

larında görevlendirir ve Yürütme Kurulu Başkanlığı'na bildirir. Baro görevli yönetim kurulu üyesinin Fon kapsamındaki çalışmalarına ilişkin düzenlemeler Çalışma Yönergesi'nde gösterilir.

### Tutulacak Kayıtlar

**Madde 11.** Yürütme Kurulu'nun kararları, onaylı ve sıra numaralı karar defterlerine yazılır ve imzalanır. Fon hesapları tek düzen muhasebe esasına göre tutulur. Fon yönetimi ile ilgili tutulacak kayıtlar, Yürütme Kurulu'nca hazırlanıp Yönetim Kurulu'nca onaylanacak Çalışma Yönergesi ile belirlenir.

Fon'u yükümlülük altına alacak yazılar, belgeler ile suretlerini, Birlik Saymanı Birlik Başkanı ile, Birlik Başkanı'nın yokluğunda Birlik Başkan Yardımcılarından biri veya Birlik Genel Sekreteri ile birlikte imzalar.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### Denetim

#### Denetim

**Madde 12.** Fon gelirlerinden olan pul bedelleri mali yönden Sayıştay'ın denetimine tabidir.

Fon gelir ve harcamaları her yıl Türkiye Barolar Birliği Denetleme Kurulu tarafından, ayrıca Adalet Bakanlığı tarafından, Kanun'un Ek 4. maddesindeki esas ve usullere göre denetlenir.

### Denetleme Kurulu'nun Görev ve Yetkileri

**Madde 13.** Türkiye Barolar Birliği Denetleme Kurulu en az üç ayda bir Fon'u denetlemekle yükümlüdür.

Denetçiler, yıl içinde yapacakları denetlemeler sırasında Fon müdüründen gerekli bilgileri isteyebilir, Fon'un evrak ve kayıtlarını inceleyebilir ve denetlemeye ilişkin raporlarını Yönetim Kurulu ve Yürütme Kurulu'na yazılı olarak bildirirler.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### Gelirler ve Giderler

#### Gelirler

**Madde 14.** Fonun gelirleri;

a. Kanun'un 27. maddesinin ikinci fıkrasında sözü geçen;

1. Pul bedellerinin yarısı,

2. Vekalet Pulu Satış Hesabı'nda tutulan paraların Fon'a ait kısmına isabet eden nemaları,

b. Fon'a yapılacak bağışlar,

c. Fon'un sahip olduğu mal, kuruluş ve işletmelerden elde edilen gelirler,

d. Faizler, menkul ve gayrimenkul sermaye iratları,

e. Üyelerden elde edilecek gelirlerdir.

#### Giderler

**Madde 15.** Fonun giderleri;

a. Üyelere bu Yönetmelik çerçevesinde yapılacak yardımlar,

b. Fon ihtiyacı için alınacak menkul ve gayrimenkullar için yapılacak giderler,

c. İştirak edilen kuruluş ve işletmeler için ödenen sermayeler ve ilgili giderler,

d. Yürütme Kurulu üyelerine verilecek ücret veya huzur hakkı ile Fon Müdürlüğü'nde ve Fon Temsilcilikleri'nde çalışanlara verilecek ücretler dahil tüm yönetim giderleri,

e. Vekalet pulu maliyetlerinin yarısı,

f. Kira giderleri,

g. Bu Yönetmeliğin uygulanmasıyla ilgili yapılacak diğer giderlerdir.

## BEŞİNCİ BÖLÜM

### Sosyal Yardımlar ve Bütçe

#### Üyeler

**Madde 16.** Fon kapsamında sağlanan sosyal yardımlardan avukatlar yararlandırılır.

Ancak, aşağıda belirtilenler de Yönetim Kurulu kararıyla söz konusu sosyal yardımlardan tamamen veya kısmen yararlandırılabilir.

a. Avukatın bakmakla yükümlü olduğu eşi ve çocukları,

b. Çalışmayan avukat,



c. Çalışmayan avukatın bakmakla yükümlü olduğu eşi ve çocukları,

d. Stajyer avukatlar.

### Sosyal Yardımlar

**Madde 17.** Üyelere yapılacak yardımlar aşağıda maddeler halinde belirtilmiştir. Buna göre;

**a. Sağlık Yardımları:** Tıbbi bakım, tedavi ve cerrahi müdahaleyi gerektirecek bedeni rahatsızlıkla karşılaşılması durumunda üyelerin sağlığını koruma, çalışma ve kendi ihtiyaçlarını görme kabiliyetini yeniden kazandırma amacına yönelik ayakta ve/veya yatarak tedavi edilmesini kapsar.

**b. Geçici İş Göremezlik Yardımı:** Bu yardım, hastalık, analık ve olağan dışı haller nedeniyle yapılır;

**1. Hastalık Sebebiyle Yapılacak Geçici İş Göremezlik Yardımı:** Avukatın hastalık, ameliyat gibi sağlık sorunları veya uğradığı kaza sonucu mesleki çalışmasını sürdürmemesi ve bu sürenin yirmi gün üzerinde olduğunu sağlık kuruluşundan alacağı raporla belgelemesi durumunda, geçici gelir kayıplarının karşılanabilmesi için yapılacak olan yardımdır.

**2. Analık Sebebiyle Yapılacak Geçici İş Göremezlik Yardımı:** Sadece bayan avukata verilmek üzere, doğum yapmasından ötürü yapılacak olan yardımdır.

**3. Olağan Dışı Haller Nedeniyle Yapılacak Yardımlar:** Kaza, organ yetmezliği, kanser ve kalp rahatsızlıkları gibi uzun süreli tedaviyi gerektiren ve güç çareli hastalıklarda, durumun sağlık raporuyla belgelenmesi şartıyla (1) numaralı alt bentte belirtilen yirmi günlük süre aranmaksızın Yönetim Kurulu tarafından belirlenecek miktarda yardım yapılabilir.

**c. Olağanüstü Yardım:** Avukatın yangın, sel, deprem ve benzeri olaylar nedeniyle bürosu ve/veya meskeninin kullanılmayacak hale gelmiş olması ve bunun barosunca hazırlanacak zarar tespit tutanağı ile belgelemesi durumunda ve ayrıca Yürütme Kurulu'nca lüzum görülen hallerde olağanüstü yardım yapılabilir.

**d. Cenaze Yardımı:** Avukatın, çalışmayan avukatın ve stajyer avukatın, vefatı halinde, cenaze masraflarının karşılanabilmesi için yapılacak yardımdır.

**e. Munzam Emeklilik Yardımı:** Avukatlık hizmetlerinden emekli olanlara munzam emeklilik yardımı yapılabilir. Munzam emeklilik yardımı, Fonun kaynakları yeterli olduğunda, üyelerin sağlayacağı dayanışma aidatı ve katılım payları da dikkate alınarak yapılır.

### Yardımlardan Yararlanma Yöntemi

**Madde 18.** Sosyal yardımların hangilerinin ve ne nispette olacağı,

ödemelerinin ne şekilde yapılacağı, Sağlık yardımlarının sınır ve yüzdeleri, Geçici İş Göremezlik Yardımı'nın günlük tutarı ile azami ödeme tutarı, Yürütme Kurulu'nca hazırlanacak ve Yönetim Kurulu'nca onaylanacak Sosyal Yardım ve Dayanışma Yönergesi'nde düzenlenir.

Fon kapsamındaki sosyal yardımlardan faydalanmak isteğe bağlıdır. Bu yardımlardan, Fon Müdürlüğü tarafından istenen bilgi ve belgeleri ulaştırmak ve yükümlülükleri yerine getirmek suretiyle yararlanılabilir.

Üyeler, harcama belgelerini ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde ilgili fon birimine eksiksiz ibraz etmek zorundadırlar. Yararlanma hakkı, ödeme tarihinden itibaren bir yıl sonra sona erer.

### **Tahmini Bütçe ve Uygulama**

**Madde 19.** Fon'un bütçe dönemi takvim yılıdır. Yürütme Kurulu, bir sonraki takvim yılına ait gelirleri ve yapılacak faaliyetleri esas alarak hazırlayacağı tahmini bütçeyi en geç 15 Aralık tarihine kadar Yönetim Kurulu'na sunar.

Yürütme Kurulu, bütçe ile ilgili işlemleri en geç üçer aylık dönemler itibarıyla değerlendirerek, gelişmeler hakkında Yönetim Kurulu'na yazılı olarak bilgi sunar. Değerlendirmeler sonucunda tahmini bütçe ve uygulama arasın-

da önemli farklılıkların ortaya çıkması veya ihtimalinin bulunması halinde, bunun nedenleri, alınacak önlemler ve öneriler Yönetim Kurulu'nun bilgi ve onayına sunulur.

## **ALTINCI BÖLÜM**

### **Çeşitli ve Son Hükümler**

#### **Yürürlükten Kaldırılan Hükümler**

**Madde 20.** 9.2.2005 tarihli ve 25722 sayılı *Resmi Gazete'*de yayımlanan "*Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yönetmeliği*" yürürlükten kaldırılmıştır.

**Geçici Madde 1.** Bu Yönetmelik'te belirtilen yardımlar için Türkiye Barolar Birliği tarafından 1.1.2004 tarihinden itibaren Türkiye Barolar Birliği Yardım Yönergesi'ne uygun olarak yapılan ödemeler, bu Yönetmelik amaç ve kapsamı dahilinde yapılmış sayılır ve Fon tarafından Türkiye Barolar Birliği'ne iade edilir.

#### **Yürürlük**

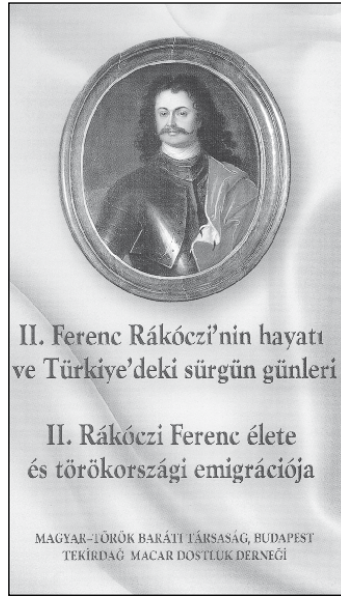
**Madde 21.** Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

#### **Yürütme**

**Madde 22.** Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu yürütür.

## II. FERENC RAKOCZI'NİN HAYATI VE TÜRKİYE'DEKİ SÜRGÜN GÜNLERİ

Türkçe ve Macarca, Macar Dostluk Derneği ile Tekirdağ Macar Dostluk Derneği yayını, Geza David (*II. Ferenc Rakoczi'nin Yönettiği Özgürlük Savaşının Macarlar İçin Örnek Değeri*); Bela Köpeczi (*II. Ferenc Rakoczi 1676-1735*); Edit Tasnadi (*Kelemen Mikes'in Türkiye Mektupları'nın Işığında Prens II. Ferenc Rakoczi'nin Portresi*); Pal Fodor (*Rakoczi Özgürlük Savaşı ve Macar Tarihindeki Yeri*); Ferenc Toth (*Rakoczi Muhaceretinin Taşdığı Önem*); Antal Balla (*Marmara Denizi Kıyısında Türk-Macar-İspanyol İttifakı Planı, Tekirdağ, Prens Rakoczi'nin Ölümü*); Ferenc Nagy (*Kendine Özgü Bir Kültür Diplomasisi, Tekirdağ'daki Rakoczi Evinin Kurtarılması*); Csaba Toth (*Rakoczi Özgürlük Savaşı'nda Para*) ve Greta Somogyi'nin (*Kelemen Mikes'in Türkiye Mektupları'nda Anavatan Sevgisinin İzleri*) yazılarından oluşuyor, Macaristan'da basılan kitap Tekirdağ Rakoczi Müzesi'nden sağlanabilir.

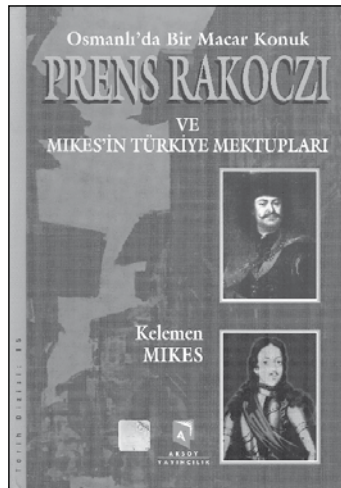


## OSMANLI'DA BİR MACAR KONUK PRENS RAKOCZI VE MİKES'İN TÜRKİYE MEKTUPLARI

Kelemen Mikes, Çev. Edit Tasnadi, Aksoy Yayıncılık, İstanbul 1999.

## TÜRKİYE'NİN ÖZGÜRLÜK SAVAŞ- ÇISI MACAR KONUKLARI

Macar-Türk Dostluk Derneği (Budapeşte) ile Tekirdağ Macar Dostluk Derneği'nin Türkçe ve Macarca yayımlanmış olduğu ve Macaristan'da basılmış bulunan RAKOÇI adlı kitap, İstanbul'a ve Anadolu'ya sığınmış önemli bazı Macar devlet ve siyaset adamlarını anımsamamıza neden oldu.



Osmanlı İmparatorluğu'nun Viyana kapılarında dönmesinden sonra Avusturya sınırlarını genişletmeye ve önceleri Osmanlı idaresi altında bulunan topraklarda egemenlik kurmağa başladı.

Osmanlı İmparatorluğu'na ilk sığınan Macar devlet adamı, Avusturya yönetimindeki Protestan Macarların lideri Tökeli İmre'dir. 1688-1705 yılları arasında yaşayan Tökeli İmre, Avusturya İmparatoru'nun Katolik mezhebine geçmeleri yolunda yaptığı teklifi kabul etmeyen Macarların başında ayaklandılar. Sadrazam Köprülü Fazıl Ahmet Paşa'nın yardım isteğini reddetmesine karşın savaşlarına devam ettiler. Yukarı Macaristan'ı ele geçirdiler. Yardım isteğini 1681 yılında Kara Mustafa Paşa'ya yinediler. Kara Mustafa Paşa, Tökeli İmre'ye Orta Macaristan Kralı unvanı verdi. Türklerden aldığı güçle bir çok Avusturya kalesini ele geçirdi. Ancak İkinci Viyana bozgunundan sonra aldığı kaleleri kaybetti. Tökeli İmre, Avusturya'ya sığındı. Serbest kaldıktan sonra İstanbul'a geldi.. Türk kuvvetlerinin başında Transilvanya'ya girdi. Avusturya ordusunu bozguna uğrattı. Zenta yenilgisinden sonra İzmit'e çekildi. Avusturyalıların teslim etmeleri önerisini Osmanlılar geri çevirdi. Tökeli İmre 1705 yılında İzmit'te öldü.

Osmanlı'ya sığınan ikinci Macar, yukarıda kitabın bölümlerinden yaşamının ana çizgileri anlaşılan özgürlük savaşçısı Rakoçi'dir. Yalnız bir politikacı olarak değil, yazar olarak da Macar ve yabancı edebiyat tarihinde yeri olan Rakoçi (1676-1735), 1716 yılında kalabalık bir Macar gurubu ile sığındığı Osmanlı topraklarında 1735 yılında öldü. Kendisi ile gelenler oturdukları Tekirdağ'da Macar sokağı adı verilen bir bölgede uzun süre yaşadılar.

Rakoçi'nin yanında gelenlerden Kelemen Mikes *Türkiye Mektupları adlı özgün kitabında Rakoçi'yi anlatmasının yanında o günkü Osmanlı yaşamı hakkında da bilgiler vermektedir. Sanal teyzesine yazdığı mektuplarda vatan hasretinin yoğunluğunu görmekte ve onlarla birlikte üzüntü duymaktayız.*

Rakoçi'nin özgürlük savaşı Avusturyalıları başkaldıran soylulara ve silah altına alınan serflere dayanarak birlik sağlamaya yönelik olduğu için milliyet zıtlıklarını bile ortadan kaldırmıştı. Birliğin yaratılmasında dini tolerans düşüncesine geçerlik kazandırmak da dahildi. Özgürlük savaşı elverişli bir uluslar arası ortamda başlamıştı, fakat Fransa ile Bavyera'nın uğradığı yenilgiler, Rusya'dan yardım görülememesi Rakoçi'nin yalnız kalması sonucu doğurdu. Ülkedeki zıtlıklar, veba ve İmparatorluk ordusunun ilerlemesi uzlaşma düşüncesini ön plana çıkardı ve başarısız oldu.

Ülkemize sığınan Macarların en önemlisi Lajos Kossuth'tur. Soylu bir ailenin çocuğu olan Kossuth (1802- ), özgürlük savaşında başarısız olunca 2000 yandaşı ile birlikte 1849 yılında Osmanlılara sığındı. Bir buçuk yıl kadar kaldığı Kütahya'da Türkçe bir gramer kitabı yazabilecek kadar Türkçeyi öğrenmişti. Çok yakın bir zamanda Kossuth hakkında yayımlanan güzel bir inceleme dolayısıyla buradaki dar yerimizde daha fazla bilgi vermekten kaçın-

maktayım. (Macar ve Polonyalı Mültecileri Ruslara Teslim Etmeyen Osmanlı Hükümdarına Bütün Dünya Hayran Kaldı, Bayram Nazır, Hürriyet Tarih eki 28 Eylül 2005, s. 9-18)

Avrupa Birliği görüşmeleri sırasında sık sık Osmanlı İmparatorluğu ile Avrupa ilişkilerini yönlendiren savaşlar, işgaller, baskılar gündeme getirildi. Türkiye'ye sığınan Macar özgürlük savaşçıları Avusturya-Macar İmparatorluğu'nun baskıcı, Osmanlı İmparatorluğu'nun ise sığınılacak güvenli bir liman olduğunu gösteriyor. İbret alınırsa tarih gerçekten bitmez tükenmez bir hazinedir. Ancak sömürülmemek, çarpıtılmamak gerek!

**Teoman ERGÜL**

### **HUKUKUN İNSAN YÜZÜ** **İrdelemeler**

Adnan Ekinci, Babil Yayınları, 2005

Adnan Ekinci'nin "*Kadir Şinas*" adıyla yazdığı kitapların bu kez yazarın kendi adıyla basılmış bir tanesi elimizde. Kitap, Türkiye'deki hukuk uygulamalarındaki aksaklıkların eleştirildiği, yazarın daha önce gazetede yayınlanmış yazılarından oluşuyor. Yazarın hukukçu-gazeteci kimliği, sorunları ve eleştirilecek konuları teknik hukuk dilinden uzaklaşarak, "*sıcak*" bir dille okuyucuya iletmesini sağlıyor. Günlük yaşamda tanık olunan, çevrede yaşanan hukuki olayların bir başka açıdan anlatılışı, esprili bir eleştirisi yer alıyor bu kitapta.

Çetin Altan'ın giriş yazısının da yer aldığı kitabın önsözünden: "... Hukuk, ilk görüşte kanımızın kaynamadığı ve bir daha da sevemediğimiz insanların kategorisine girmiştir. Oysa yakından tanıdığımızda 'meğerse ne kadar cana yakın birisiymiş' denilen bir yapıya sahiptir ..."

### **HER TÜRK ENTELEKTÜEL** **DOĞAR - Toplumsal Tespitler**

Kadir Şinas, Babil Yayınları, 2005

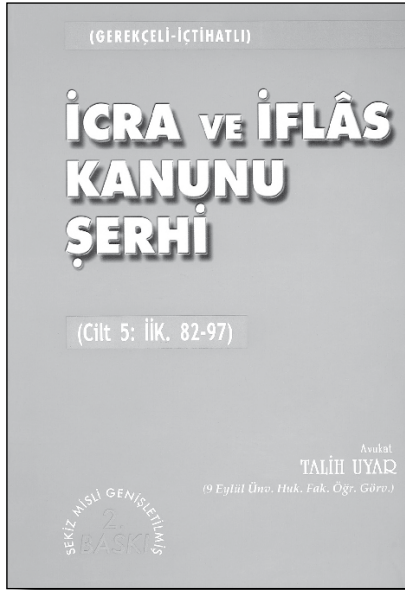
Metin Üstündağ'ın "*boş zamanlarında avukatlığa heves eden iyi bir mizah yazarı*" olarak tanımladığı giriş yazısıyla başlayan kitapta, yaşanan olaylardaki ayrıntıların esprili ve acı bir dille vurgulandığı, hukuksal veya hukuksal olmayan eleştiriler içeren yazılar yer alıyor. Yazarın kendi yaşamındaki olayları, çocukluk deneyimlerini güncel olayları yorumlamada kullandığı samimi üslubuyla, keyifle okunacak bir kitap meydana çıkmış.

Yazarın giriş yazısından: "... Bir durum olarak toplumun içinde bulunduğu entelektüellik ne kadar şenlikli bir coşku içindeyse, bireysel olarak yaşanan entelektüellik de o kadar melankolik izler taşır. Toplum yaşadığı bu zenginliği ağız dolusu bir gülümsemeye gittiği her alana taşırken, benim gibi entelektüelliği suni bir şekilde yaşayanlar, bütün olup bitenleri dudak bükerek anlamaya dönük bir hayretle izlemeye çalışır. Ve bu kitap, entelektüel bir bireyin toplumla yaşadığı yabancılaşmanın acılı bir ürünüdür..."

## İCRA VE İFLAS KANUNU ŞERHİ (İİK 82-97)

Talih Uyar 5. Cilt, Ankara 2005

Daha önceki sayılarımızda tanıttığımız şerhin beşinci cildi çıkmış bulunmaktadır. On cilt olarak tasarlanan kitap hukukçularımızın vazgeçilmezliği niteliğini korumaya devam edecek gibi görünmektedir.



### DERGİLER

#### YENİ HUKUK

Aylık Popüler Hukuk Dergisi, Ekim/2005, Yazıhane Yayınevi Dağıtım Tic. Ltd. Şti. adına İmtiyaz Sahibi ve Genel Yayın Yönetmeni Adnan ....

Hukuk dergilerine bir yenisi katıldı: *Yeni Hukuk*. Dergimizin kitap ve tanıtım sayfalarında daha önce

yeni bir hukuk yayını dolayısıyla söylediğimiz gibi hukuk alanındaki çoğalma, hukuk yolundaki savaşım da bizlere yeni bir gücün katılması anlamını taşımaktadır. Bu nedenle sevinç nedenidir. *Yeni Hukuk* dergisini de aynı duygularla karşılıyor, aramıza hoş geldin diyoruz. Hukuk adına öğreteceğin her kavram ve hatıta kelime bizlere güç katacaktır.

Hukuk konularının popüler bir biçimde kaleme alındığı dergide, hukuk kitaplığı, alışveriş, bilişim, ajanda, mizah sayfaları ve bulmaca eki yenilikler olarak sıralanabilir. Murat Belge ile Ali Bayramoğlu'nun Adnan Ekinci ile hukuk üzerine söyleşisi yanında Ayten Akgül ile Derya Edis'in "Cübbene Bak Gör Halini" başlıklı incelemesi ilgi çekici yazılar.

Yaşamını hukuka katkılarıyla sürdürmesi dilekelerimizi sunuyoruz.

#### DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

C. 7 S. 1 2005-10-06

Hakemli bir dergi olan ve içinde hem Türkçe hem de yabancı dilde makalelerin bulunduğu *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*'nin bu sayısının başlıkları şöyle:

- Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi - Yrd. Doç. Dr. Emre Gökyayla,
- Evli Kadının Yerleşim Yeri - Doç. Dr. Ayşe Havutçu,
- Die Beziehung Zwischen Den Schlichtungswegen Und Dem Gerichtlichen Verfahren Über Die Steu-

erstreitigkeiten Im Türkischen Recht  
- Doç. Dr. Yusuf Karakoç,

• The Question Of Sources Of Law  
Concerning International Watercour-  
ces - Yrd. Doç. Dr. İbrahim Kaya,

• Borç Ödemededen Aciz Sebebiyle  
Mirasçılıktan Çıkarma (MK m. 513)  
- Yrd. Doç. Dr. Köksal Kocağa,

• Yargıtay Kararları Açısından  
Limited Şirket Genel Kurul Kararla-  
rının Hükümsüzlüğü - Yrd. Doç. Dr.  
M. Fahrettin Önder - Yrd. Doç. Dr. M.  
Fahrettin Önder,

• Avrupa Konseyi Bakanlar Ko-  
mitesi'nin "Ceza Uyuşmazlıklarında  
Arabuluculuk" Konulu Tavsiye Kararı  
- Dr. Mustafa Özbek,

• Roma Medeni Usul Hukukunda  
Formula Yargılaması - Yrd. Doç. Dr.  
Gökçe Türkoğlu Özdemir,

• Alacağı Gemi İpotegi ile Temi-  
nat Altına Alınmış Olan Alacaklının  
İhtiyati Haciz Talep Edememesi So-  
runu - Yrd. Doç. Dr. Vural Seven,

• CMR-Taşıma Senedinin İspat  
Kuvveti - Arş. Gör. Ecehan Yeşilo-  
va,

• 2005 ELSA Avrupa Genç Hu-  
kukçular Derneği Ord. Prof. Hıfzı  
Veldet Velidedeoğlu Kurgusal Du-  
ruşma Yarışması - Pınar Çiftçi - Eda  
Mukannasgil - Hülya Aslantürk -  
Bengi Gümgüm - Betül Fitnat Böke.

## İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

C. 79 S. 2005/4 Temmuz-Ağustos

• Anayasa Mahkemesi - Prof. Dr.  
Ersan Şen,

• Tarifeye Dayanılarak Karşı Ta-  
rafa Yükletilecek Avukatlık Ücreti  
Hakkındaki 1136 sayılı Avukatlık  
Kanununun 164/son Maddesiyle  
İlgili Bir İnceleme - Av. Osman  
Kuntman,

• Elektronik İmza Kanunu ve  
Türk İspat Hukukundaki Etkileri  
- Prof. Dr. Mehmet Kamil Yıldırım  
- Arş. Gör. Hatice Selin Pürselim,

• Adli Yardım İsteminin Zama-  
naşımı Üzerine Etkisi ve Konuya  
İlişkin Bir Yargıtay Kararının De-  
ğerlendirilmesi - Doç. Dr. Seyithan  
Deliduman,

• Çerçeve Sözleşme Kavramı ve  
Genel Kredi Sözleşmesi kavramı İle  
İlişkisi - Göktürk Uyan,

• Bir Yargıtay Kararı Üzerine  
Düşünceler - Orhan Yılmaz,

• Kuruluş ve Faaliyet Koşullarını  
Yitiren Aracı Kuruluşların Faaliyet-  
lerinin Durdurulması veya Faaliyet  
İzinlerinin İptali - Yrd. Doç. Dr. Me-  
likşah Yasin,

• Devlet İhalesine Fesat Karış-  
tırma Suçu ( YTCK m. 235) - Av.  
Cüneyd Altıparmak,

• Borçlu Cari Hesap Ya da Kısa,  
Orta, Uzun Vadeli Kredi Şeklinde  
İşleyen Kredilerde İtirazın Kesin  
Olarak Kaldırılması - Av. R. Murat  
Dönmez,

• Yunan Uyruklular Türk Uyruk-  
lulara Mirasçı Olabilir Mi? Yaşanmış  
Bir Dava Üzerine Düşünceler - Erdo-  
ğan Gökçe.

Dergide, bu makalelerden başka  
Yargıtay Hukuk Dairelerine ait karar-

lar, AİHM kararları, ( A. K. ve V. K. Türkiye Davası, Abdülsamet Yaman - Türkiye Davası, Baran - Türkiye Davası, Zana ve Diğerleri - Türkiye Davası, Tuncer ve Durmuş - Türkiye Davası, Ünal Tekeli - Türkiye Davası, Mustafa Güçlü ve Diğerleri - Türkiye Davası) ile Avukatın Disiplin Hukuku başlığı altında Disiplin Kurulu Kararları yer almaktadır.

### BURSA BAROSU DERGİSİ

Y. 29 S. 77 Nisan-Mayıs-Haziran 2005

Edebi metinlere de yer vererek farklı bir içerik sunan *Bursa Barosu Dergisi*'nin bu sayısındaki konu başlıkları şöyle:

- Keşif - Cihat Koçak (İnegöl Cum. Savcısı),
- Cezada Ölçü - Av. Tekin Öztürk,
- Yolcu - Av. Füsün Yurtdaş,
- İlk Başta Eğlenceli Gelmişti - Banu Acun,
- Avukatın Hukuki ve Cezai Sorumluluğu - Av. Sinan Yumitkan,
- Eskiden - Can Dündar,
- Ermeni İddiaları Üstüne İki Görüş - Av. Hasip Öztürk,
- CMK Ücret Tarifesi Hukuka ve Kanuna Aykırı - Av. Ebru Bahçe,
- Uzman Raporlarından Kaynaklanan Sorumluluk - Av. Erol Çiçek,
- Bir Karar Bir Haber - İkbâl Polat,
- Yıldız Tozlarının İzinde-3 - Av. Füsün Yurtdaş,

- Bir Düşünürün Eşliğinde Modernizm, Postmodernizm ve Hukuk - Av. Harun Bodur - Av. Seda Türk,
- Sokakta Yaşayan Çocuklar - Çalışma Grubu,
- Hint-Avrupa ve Sami Halklarında Din Kültürü - Av. Cahit Arkan,
- Arazilerin Kıymet Takdiri - Doç Dr. Hasan Vural,
- Savunmalardan Seçmeler - Av. Adnan Ekinci,
- Bir Romandan Aşk Üzerine Alıntılar-3 - Av. Sedat Kartal,
- Ailelerde Cinsel İşlev Bozukluğu - Doç. Dr. Mustafa Yıldız
- Tutsak - Eduardo Galeano,
- Tarafsızlar - Orhan Veli Kanık,
- Dost Bir Ülke ve Machbeth'in Cadıları - Prof. Dr. M. Ali Korpınar,
- Eski Günler ve Bir Kitap - Av. Sezer Öndül,
- Yunanistan Gezisi - Av. Özce Öztürk,
- Kulluğu Üzerinden Atmak - Veysel Gültaş (Karşıyaka Hakimi),
- Sorumluluk Davaları - Cihat Koçak ( İnegöl Cum. Savcısı),
- Şiir - Cahit Külebi,
- Kitap İncelemesi - Prof. Dr. Öztekin Tosun,
- Vekile Tebligat - Av. Sinan Yumitkan,
- Hukuk Dünyasından Haberler - Notlar,
- 4483 Sayılı Kanun Nasıl Yozlaştırıldı - Av. Nezh Sütçü,



- Arıyorum - Yusuf Yağç,
- Başka Türkiye Yok - Cebbar Akbaş (Sulh H.M. Yazı İşleri Müdürü),
- Avukat Şükrü Uyar ile Röportaj - Av. Ali Sarper Sarp.

### MANİSA BAROSU DERGİSİ

Temmuz 2005 S. 94 Y. 24

- Rapor - Yeni Ceza Yasalarımız - Av. Remzi Demirkol,
- Devlet temsilcileri çeşitli görevlilerin zararlı, hatalı davranışları nedeniyle memleket ekonomisi ve Devlet Hazinesinin katlanarak zararlar görmesinin en önemli sebebi: Anayasamızla Diğer İlgili Kanunlarımızın Kusurlu Memurun Doğrudan Dava Edilmesine Engel Olmasıdır - Prof. Dr. Hayri Domaniç,
- İkrarın Bölünmezliği - Dr. Taylan Özgür Kiraz
- Genel Haciz You ile İlamsız Takiplerde "İtiraz Şekli", "İtiraz Yeri" ve "İtiraz Süresi" (İİK m. 62) - Av. Talih Uyar,
- İflasın Ertelenmesi (Özellikle Usul Açısından Değerlendirmeler) - Av. Şakir Balcı,
- Avukatlık Mesleği ve Hukuku Üzerine Düşünceler V - Av. Mustafa Yılmaz,
- Neo - Ortaçağın Göstergesi Olarak Şiddetin Metalaşması, Özel Güvenlik Şirketleri ve Hukuk - Av. Ulaş Şahin,
- Yargıtay Hukuk Daireleri Kararları,
- Meslek Haberleri.

### LEGAL MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKU DERGİSİ

S. 1 2005

2002 yılında başlamış olan Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları toplantılarının bir parçası ve devamı olarak hazırlanan dergi, alanında amaçlanan gelişmeyi ve katkıyı sağlayabilmek için hakemli olarak çıkarılmaktadır. Bu ilk sayının içeriği şöyledir:

- Taşınırların Üçüncü Kişiler Elinde Haczi ve Muhafaza Altına Alınması (İİK m. 88/II Üzerine Bir Eleştiri) - Doç. Dr. Oğuz Atalay,
- Yargılamada Dürüstlük Kurulmasına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekalet Ücreti (HUMK m. 421; Av. K. m. 169) - Doç. Dr. Muhammet Özekes,
- Taşıma Hukukunda Taşıyıcının Kusur Derecesine Bağlı Sonuçlardan Kaynaklanan İspat Sorunları - Yrd. Doç. Dr. Vural Seven,
- Türk ve Alman Hukukunda Tanık İfadesinin Değerlendirilmesi - Arş. Gör. Nedim Meriç,
- İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı - Çev. Dr. Murat Atalı,
- Yargıtay Medeni Usul Hukuku Kararları,
- Yargıtay İcra ve İflas Hukuku Kararları,
- Yüksek Mahkeme Kararları Arama Dizinleri.



# DIGESTA TURCICA

JOURNAL OF THE  
UNION OF TURKISH BAR  
ASSOCIATIONS

1

Özdemir ÖZOK

Richard HONIG

Georgetta DUCULESCU

Yücel ERSOY

Rona AYBAY

Deniz TEZCAN

Helmut FURY

Ahmet MUMCU

Güneş KOPTAGEL-İLAL

Christian PUMPF

Feriz Demir YAŞAMŞ

Özen ERGİL

ISSN: 1305-1081