

AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



www.adınızsoyadınız.av.tr

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

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

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

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

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

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

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

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

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

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

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

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

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



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

AVRUPA
İNSAN HAKLARI
SÖZLEŞMESİ
ve
İDARİ YARGI

SEMPOZYUM

ÇIKTI !..

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

YIL: 19

SAYI: 63

MART- NİSAN 2006

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

© Copyright: Türkiye Barolar Birliği
Union of Turkish Bar Associations

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

İLETİŞİM ADRESİ / COMMUNICATION ADDRESS

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Bürosu

Karanfil Sokağı 5/62

06650 Kızılay - Ankara

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

Faks: 418 78 57

web: www.barobirlik.org.tr

admin@barobirlik.org.tr

yayin@barobirlik.org.tr

ABONE KOŞULLARI

Yıllık Abone Bedeli: 42 YTL.

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

www.abonet.net

Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0312) 215 70 37

Basım Yeri

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

Basım Tarihi

28.02.2006

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
	19	Başkandan
Kerem ALTIPARMAK	29	Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu
Güneş GÜRSELER	67	Bir Avukat Yanında Aylıklı Olarak Çalışan Avukatın Durumunun Avukatlık Yasası Açısından Değerlendirilmesi
Murat AYDIN	72	04.12.2005 Tarihli Avukatlık Asgari Ücret Tarifelerinin Genel Hükümleri ve Bu Tarife Hükümlerinin Eleştirisi
Mustafa ÖZEN	96	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler
İnci BIÇKIN	109	Elektronik İmza ve Elektronik İmza İle İlgili Yasal Düzenlemeler
Halûk ÇOLAK	127	Yeni Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Cezai Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolu Olarak; Uzlaşma (Mediation)
Ahmet Emrah AKYAZAN	146	Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun Bankalara El Koyma ve Denetleme Yetkisi
İsmail ERCAN	173	Kamu Yönetimi Yasa Tasarısı'nın Hukuksal Boyutu
Kublay ATASAYAR	197	Rekabet Hukuku Uygulamalarında Zamanaşımı
Alper KARAKURT	207	Rekabet Hukukunda Muafiyet Rejimi: Potansiyel Etki Analizinin, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Sistematiğindeki Yeri
Murat DÖNMEZ	226	Limited Şirketlerde Hisse Haczi
Saffet CAN	237	Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Türkçesi Üzerine
Cüneyd ALTIPARMAK	244	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları
Serkan AĞAR	271	Türk Spor İdaresinde Türkiye Futbol Federasyonu'nun Yeri ve İşlevi -Kurumsal İnceleme-
Talih UYAR	321	İstihkak Davalarında Yargılama Usulü
Yargıtay Kararları	341	
Danıştay Kararları	374	
Disiplin Kurulu Kararları	377	
AIHM Kararları	395	Sunal/Türkiye - Çev. Senem UYGUR
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	409	
Ekler	429	
Kitaplar - Dergiler	439	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Yayımlanacak Yazılardan Bazıları

Hakan DURSUN

Hukuku Bilim Kılabilmek

Tayfun AKSOYAK

İnsan HAKları ve Hukukun Üstünlüğü

R. Murat DÖNMEZ

Ödeme Emrinin Tebliği

Mehmet KAYIHAN

İdari Yargıda Gereksiz Kararlar
Silahların Eşitliği ve Adil Yargılanama Hakkı

Doç .Dr. Mesut ERYILMAZ

Demokratik Ülkelerde

Kolluk Güçleri Arasındaki Yetki ve Geçici Paylaşım: Türkiye Örneği

Av. Serkan AĞAR

Fransız İdari Yargılama Hukukunda
Medeni Usul Hükümlerinin Uygulama Alanı

Sercan Coşkun KULAK

Anayasa Md. 90/5 ve AİHS md. 6/1 Karşısında Uyarma-Kınama Cezaları
ve Yargısal Denetimi

M. Reşat Koparan

YTCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Ve Azaltan Sebepler
(24.-34.Maddeler)

M. Reşat Koparan

Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama

Av. Saffet CAN

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki Poliçeye İlişkin Bazı Maddelerin
Kaynağa Uygunluğu Üzerine

editör' den...

Geçen yılın son aylarında, bir yazar, "Artık Hukuk Tartışılacak" ve "Hukuk Tartışması Kızıyıyor" başlıklı iki fıkra yazdı. (Haluk Şahin, *Radikal* 23.12.2005, 11.10.2005) Bu yazılarda ileri sürülen tespite başka yazarlar da katıldı Böylece, eskiden sadece habersiz kalınan sıcak yaz aylarında gazete sütunları dolsun diye tartışılan "hukuk", "adalet", "yargı reformu" güncelleşti.

Aslında sorunu ortaya atan yazar dar bir zaman dilimi ile ilgili gözlemler sundu bizlere. "1980'lere kadar gündem siyasetti", "1980'den sonra ekonomi manşetlerdeydi" tespitlerinden yola çıkarak günümüzde sansasyonel bazı adli vak'alar sayesinde hukukun ön plâna çıktığı yargısına varıyordu. Sorunun ve çözümünün, sayın yazarın söylediği gibi Avrupa Birliği "eğik düzlemi" ile bir ilgisi yoktur. Türk hukukçuları sorunları sürekli yaşamışlar, çözümler üretmişlerdir. Ama kamuoyu oluşturucular ile toplum önderleri ve siyasal partilerin durumu yeni yeni kavramaya başladıklarını görüyoruz. Hukuk, altyapıyı ciddi biçimde etkileyen bir üst yapı kurumudur. Bunun içindir ki, İngiltere ve Roma'da alt yapıdan bağımsız olarak büyük gelişmeler göstermiştir. Hukuksal düzenlemeler İngiliz Deniz Ticaretini tartışılmaz boyutlara taşımıştır. Hiç kimsenin teknik ve iş güvenliği açısından zorunlu Plimsol çizgisi ile oynamak aklına gelmemiştir.

Bizde ise belki de siyaset ile ekonominin önceliği kabul edildiği için pek çok konuda toplum yerinde saymak, patinaj yapmak durumunda kalmıştır. Sayın yazarın yeni farkına vardığı önceliğin başkaları tarafından çok önceleri altı çizildiği halde bizim hukuku önemsememiz nedeniyle karışıklıklar yaşanmaktadır.

Bu çok hayati değerdeki algılayışta tartışılmasında büyük faydalar gördüğüm önemli bir konuya değineceğim. "Kanun", hukuk fakültelerinde "soyut", "kişilik dışı", "genel", "süreklili" kurallar olarak öğretilir. Ancak, İkinci Meşrutiyet döneminin sloganı "yap kanun, boz kanun" olarak belirginleşmiştir. Kişilere ve karşılaşılan olaylara kanunlar uygulanacağı yerde, kanunların kişilere ve olaylara uydurulmaya çalışılması günümüzde de sürüp gidiyor. Aflar, imtiyaz yasaları, kişiye özgü imar düzenlemeleri hep bu anlayışın uygulamalarıdır. Yıllardır reformu anlayış ve uygulamadan bağımsız, yalnızca kanun değişiklikleri ile yapmaya çalışıyoruz. Kanuna uyacağımıza, kanunu kendimize, sorunlarımıza uydurmakla batağa saplandığımızın farkına varamıyoruz.

İngiltere'de Magna Cartha, Fransa'da ihtilalle birlikte yapılan hukuk düzenlemelerinden sonra, sosyal ve ekonomik devrimlerin gündeme geldiğini çok öncelerden görmemiz gerekmez miydi? Çünkü her toplumsal ve beşeri eylem ve işlemin tabi olacağı sağlıklı, güvenilir ve vazgeçilmez bir hukuk düzeni bulunması temel hak ve özgürlükler kadar ekonomik hakların da güvence altına alınması anlamına gelmektedir.

Bugün hukukçularımız bile yargının önemi, yargılamanın niteliği ve özellikleri ile hukukun üstünlüğünü içselleştirmemişlerken basından duyarlılık ve çözüm beklemek o kadar kolay değildir ve haksızlıktır.

Saygılarımla.

Teoman ERGÜL

Afların hatası Van diyen yandı.

Afların tahliye edilmiş haberi üzerine Ankara'da DGM'de Hazine Karşılığı "Adalete uygun değil", Prof. Bayraktar, "Alınmaz hata çıkartıyor" dedi. Prof. Sancu, "Yatırım, malîte hayati önem" dedi.



16 AĞÇA OLAYI

Tahliye soruşturmasına karşı çıkan Çiçek'e eleştiri

'Pardon deyip köşeye çekilemez'

Hukukçular: Aflın erken tahliyesine karar veren Anayasa Mahkemesi'ne gerek çıkmadığı söyleniyor. Adil Hakimler Kurulu'nun kararına karşı çıkan Çiçek'e eleştiri yapıyorlar.

Van Bassavcısı'yla ilgili açıklamalar

Barolardan TBB Başkanı'na destek

ANKARA (Cumhuriyet) - 16 Ağca olayı, Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Doğanur Ok, Van Bassavcısı'na yönelik soruşturmaya karşı destek veriyor. Ok, "Yargıtay'ın tahliye kararına karşı çıkan Çiçek'e eleştiri yapıyor" dedi. Ok, "Yargıtay'ın tahliye kararına karşı çıkan Çiçek'e eleştiri yapıyor" dedi.

Hukukçulardan Adalete Bakanlığı'na çağrı

'Afla ilgili hata çıkartıyor'

Hukukçular: Aflın erken tahliyesine karar veren Anayasa Mahkemesi'ne gerek çıkmadığı söyleniyor. Adil Hakimler Kurulu'nun kararına karşı çıkan Çiçek'e eleştiri yapıyorlar.

Yargıya hesap sorulsun

Adalete güven sarsılıyor

Hukukçular: Aflın erken tahliyesine karar veren Anayasa Mahkemesi'ne gerek çıkmadığı söyleniyor. Adil Hakimler Kurulu'nun kararına karşı çıkan Çiçek'e eleştiri yapıyorlar.

Mahkeme kararlarının bozulması adalete gü

Erdoğan'ın yasa çarpıtması

Hukukçular: Aflın erken tahliyesine karar veren Anayasa Mahkemesi'ne gerek çıkmadığı söyleniyor. Adil Hakimler Kurulu'nun kararına karşı çıkan Çiçek'e eleştiri yapıyorlar.

İktidarın oyunu bozuldu

CMK bütçesi iflas etti

Hukukçular: Aflın erken tahliyesine karar veren Anayasa Mahkemesi'ne gerek çıkmadığı söyleniyor. Adil Hakimler Kurulu'nun kararına karşı çıkan Çiçek'e eleştiri yapıyorlar.

Ücretsiz avukatlık sistemi tıkandı

Yeni Ceza Muhakemeleri Kanunu'yla kararkol düzenleme ücretsiz avukat atanması karar verildi.

Hukukçular: Aflın erken tahliyesine karar veren Anayasa Mahkemesi'ne gerek çıkmadığı söyleniyor. Adil Hakimler Kurulu'nun kararına karşı çıkan Çiçek'e eleştiri yapıyorlar.

Mustafa Koç ile YÖK Başkanı Teziç'ten sonra, 77 rektör Baykal, CHP'li Anadol, Koç ile Özkök da incelemeeye alındı

HUKUKÇULAR ELEŞTİRDİ

'Erdoğan çarpıttı'

Doç. Dr. Adem Sözüer, "Yasal bir engel yok. Ancak açıklanacak istemeyen kişi yasayı geçirecek yapılabiliyor" dedi.

YORUM

Yargıyı etkileyen kim?...

Yargıtay'ın tahliye kararına karşı çıkan Çiçek'e eleştiri yapıyorlar.

HUKUKÇULARDAN DANIŞTAY'A FARKLI TEPKİ

Hukukçular: Aflın erken tahliyesine karar veren Anayasa Mahkemesi'ne gerek çıkmadığı söyleniyor. Adil Hakimler Kurulu'nun kararına karşı çıkan Çiçek'e eleştiri yapıyorlar.

HUKUKÇULAR: REFORMA EVET YARGIYA MÜDAHAYELE HAYIR

Hukukçular: Aflın erken tahliyesine karar veren Anayasa Mahkemesi'ne gerek çıkmadığı söyleniyor. Adil Hakimler Kurulu'nun kararına karşı çıkan Çiçek'e eleştiri yapıyorlar.

2006 BÜTÇESİ BİLE TÜKENDİ

Ödenek çıkmazsa muhtaç vatandaş kendisini savunacak.

Hukukçular: Aflın erken tahliyesine karar veren Anayasa Mahkemesi'ne gerek çıkmadığı söyleniyor. Adil Hakimler Kurulu'nun kararına karşı çıkan Çiçek'e eleştiri yapıyorlar.

YORUM

Yargıyı etkileyen kim?...

Yargıtay'ın tahliye kararına karşı çıkan Çiçek'e eleştiri yapıyorlar.

HUKUKÇULARDAN DANIŞTAY'A FARKLI TEPKİ

Hukukçular: Aflın erken tahliyesine karar veren Anayasa Mahkemesi'ne gerek çıkmadığı söyleniyor. Adil Hakimler Kurulu'nun kararına karşı çıkan Çiçek'e eleştiri yapıyorlar.

HUKUKÇULAR: REFORMA EVET YARGIYA MÜDAHAYELE HAYIR

Hukukçular: Aflın erken tahliyesine karar veren Anayasa Mahkemesi'ne gerek çıkmadığı söyleniyor. Adil Hakimler Kurulu'nun kararına karşı çıkan Çiçek'e eleştiri yapıyorlar.

**ADALET BAKANLIĞI,
HOLLANDA YARGI KONSEYİ
VE İSVEÇ ULUSAL
MAHKEMESİ'NİN İSTİNAF
MAHKEMELERİNİN
KURULMASININ
DESTEKLENMESİ
EŞLEŞTİRME PROJESİ**

“Adalet Bakanlığı, Hollanda Yargı Konseyi ve İsveç Ulusal Mahkemesi'nin İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasının Desteklenmesi Eşleştirme Projesi” çalışmalarına Hâkimevi'nde düzenlenen bir toplantı ile başlandı.

Açılış töreninden sonra 2 Şubat 2006 ve 7 Şubat 2006 günleri iki gurup halinde (hukuk ve ceza) TBB ziyaret edildi. İstinaf Mahkemeleri hakkında görüş alışverişinde bulunuldu. TBB Başkanı Özdemir Özok, ziyarete gelen yerli ve yabancı hukukçulara İstinaf Mahkemeleri adlı kitap ile özel olarak hazırlanmış bir bilgi notu verdi.

Özdemir Özok yaptığı konuşmada, *“İstinaf Mahkemeleri'nin Türk yargı sistemi içerisinde denenmiş olduğunu ve başarısız olduğu için vazgeçildiğini, yargı ve savcı sayısı ve yeterliliği nedeniyle tereddüt edildiğini, yeterli bina, araç, gereç ve yardımcı personelin bir sorun olabileceğini, içtihat farklılıklarının sorun yaratabileceğini, Yargıtay'ın işini azaltma amacının İdare Mahkemeleri deneyimi ışığında çözüm yolu olamayacağını anlaşıldığını, yürürlükteki yasanın tam bir istinaf hedeflememesi sebebiyle adil yargılanma hakkında katkısının olamayacağını, Türk yargısının sorunları bulunduğunu, bunlar halledilmeden İstinaf Mahkemeleri kurulmasının sorunları*

karmaşıklıştırabileceği endişesinin bulunduğunu” anlattı.

Proje yetkilileri ise hâkim, savcı ve yardımcı personel eğitimine ağırlık verileceğini, uygulamada kolaylık sağlamak üzere üç kitap (yardımcı personel, hukuk hâkimleri ve ceza hâkimleri ile savcılar için) hazırlanacağını ve Türkiye Barolar Birliği'nden bu kitaplar için öneri ve katkı beklendiklerini söylediler.

**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
BAŞKANI'NIN BAŞKENT
PROTOKOL LİSTESİNDEKİ
YERİ AVUKATLIK YASASI'NIN
111. MADDESİNE UYGUN
KONUMA GETİRİLDİ.**

“Yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden” avukatların birliği Türkiye Barolar Birliği'nin Başkanı'nın protokolde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın yanında yer alacağına ilişkin Avukatlık Yasası'nın 111. maddesinin bugüne kadar uygulanmayan hükmü nihayet uygulamaya konuldu.

Başkent Protokol Listesi'nde 80. sırada olan Türkiye Barolar Birliği Başkanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın bulunduğu 22. sıraya alındı.

**ONUNCU BARO BAŞKANLARI
TOPLANTISI YAPILDI**

Ceza Muhakemesi Kanunu dolayısıyla yapılan ödemelerin ödenek yokluğu nedeniyle ödenememesi tehlikesinin belirmesi üzerine alınacak tedbirlerin kararlaştırılması amacıyla 18 Şubat 2006 tarihinde

Onuncu Baro Başkanları Toplantısı Ankara'da yapıldı.

Toplantının açış konuşmasında Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok konuyu ortaya koydu:

“15 Ekim 2005 günlü toplantının açış konuşmasında bilgilerinize sunduğum ve her fırsatta bire bir görüşmelerimizde de ilettiğim gibi, daha Ceza Muhakemesi Kanunu yasası yürürlüğe girmeden çok önce, gerekli ödenek düşünülmeden yapılan düzenlemeler nedeniyle bu sorunların yaşanacağını ısrarla dillendirmiştik. O gün için CMUK ödeneğinin artırılması konusunda Adalet, Maliye ve Hazine-den Sorumlu Devlet Bakanlıklarına başvurularda bulunduk. Ancak tüm bu girişimlerimize olumlu yanıt verilmedi ve korkulan sonuçlar bir bir gerçekleşti. Tüm bunları adım adım birlikte yaşadık.

Sorun neydi?

Yaşadıklarımızı bir kez daha hatırlayacak olursak, yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile birlikte avukat görevlendirmelerinde büyük patlamalar oldu, bunun doğal sonucu olarak barolarımızın para talepleri de görevlendirmelerle doğru orantılı olarak arttı. Türkiye Barolar Birliği olarak kasım ayı başına kadar mevcut talepleri karşılamaya çalıştık, ancak onbirinci aydan sonra hiçbir baromuzda para yollayamadık.

Kuşkusuz bu durum, öncelikle görevlerini tüm zor koşullara karşın özveriyle sürdüren Ceza Muhakemesi Kanunu görevlisi meslektaşlarımızı büyük sıkıntıya sokmuştur. Onların haklı ve geçerli yakınmaları barolarımız tarafından Türkiye Barolar Birliği'ne aktarılmıştır.

Kaynak ve ödenek sıkıntısı olmayan dönemlerde doğal olan uygulamalar, girilen sıkıntılı süreçte çok ciddi eleştiri konusu haline gelmiştir. Özellikle barolardaki kimi gruplar konuyu geleceğe yönelik bir iktidar yarışının malzemesi haline getirerek yaşanan olumsuzluklar üzerinden siyaset yapmak istemişlerdir. Bunların hiçbirisi doğru davranışlar değildir. Ceza Muhakemesi Kanunu uygulamasıyla ortaya çıkan sorunlar yıllar, aylar, günler önce ben geliyorum diye sürekli sinyal veriyordu ve bizler de bu durumun giderilmesi için gerekli girişimleri sürdürüyorduk. Bütün bu gerçekler ortadayken kimilerinin yapılanları görmezden gelerek konuyu başka alanlara taşımasının hiçbir anlamı yoktur.

Türkiye Barolar Birliği yönetimi barolarımızdan gelen yazılı talepler ve gönderilen raporlar doğrultusunda para yollamış, hiç bir baromuzda re'sen para göndermemiştir. 2001 yılında göreve geldikten sonra, bilgi işlem servisinin oluşturduğu Web sayfamızda eski adıyla CMUK yeni adıyla Ceza Muhakemesi Kanunu ile ilgili olarak barolarımıza gönderdiğimiz paralar günü gününe tüm ayrıntılarına kadar yayımlanmaktadır. Her nedense, son yaşanan krize kadar hiçbir baromuzdan dağıtım ilkeleriyle ilgili olarak eleştiri gelmemiş, ancak geline bu noktada kimi barolarımızdan bu yönde yakınmalar gelmeye başlamış ve sanki Birliğimizin bazı barolara re'sen para yolladığı iddia edilmiştir. Bu yaklaşım son derece haksızdır. Çünkü asla bir baronun, başka bir barodan daha farklı bir konumu ve önceliği yoktur. Kesinlikle yollanan paralar baroların üye

sayısı baz alınarak değil, ilgili baronun talepleri ve gönderdiği raporlar doğrultusunda Türkiye Barolar Birliği sayman üyesi, Mali İşler Müdürü ve Muhasebe Müdürü tarafından tespit edilerek yollanmaktadır. Türkiye Barolar Birliği Başkanı olarak ben ve yönetim kurulu üyesi arkadaşlar paralar gönderildikten ve düzenlenen listeler önümüze geldikten sonra dağıtımdan haberdar olmaktadır. Öncelikle bu gerçek durumu saptadıktan sonra kimi haklı eleştirilerimizi yapalım. Kuşkusuz yönetim olarak her türlü yapıcı, yönlendirici ve içtenlikli eleştiriye açığız, ancak hiç hak etmediğimiz barolara farklı uygulama getiriliyor yaklaşımını asla, ama asla kabul edemeyiz. Gelinen noktada yönetim olarak bizim de kusurumuz olabilir, yanlış uygulamamız olabilir, bunlar

tabii ki tartışılacaktır. Ancak bir koşul-la, Türkiye Barolar Birliği yönetiminin tüm barolara eşit uzaklıkta olduğu ve dağıtımın baro taleplerine uygun olarak, adil bir biçimde yapılmaya çalışıldığı unutulmadan.

Kasım ve aralık aylarında barolarımıza para yollayamayacağımız gerçeği ile karşı karşıya kalınca yeni arayışlar içine girilmiş bu bağlamda Maliye Bakanlığı, Hazine'den sorumlu Devlet Bakanlığı ve Adalet

Bakanlığı yetkilileriyle toplantılar yapılmış özellikle Maliye ve Adalet Bakanlığı müsteşarlarıyla birkaç kez toplantı yapılarak yaşanan sorunlara çözümler aranmıştır. Görüşmeler sonunda yeni bir kaynak yaratmanın ancak yasa değişikliğiyle mümkün olabileceği ortaya çıkmıştır. Yeni bir yasal düzenlemenin yapılmasının ise,

hem hükümet yetkililerini ikna etmek hem de, yasalaslaşma sürecinin uzun olacağı gerçeği karşısında hiç olmasa 2006 yılı ödeneğinin peşin ödenmesi konusu tarafımızdan gündeme getirilmiştir. Çünkü geçmiş yıllarda CMUK ödenekleri bir yıla bölünerek taksitler halinde ödenmekteydi. Bu girişimimiz olumlu yanıt verdi ve Adalet Bakanı başta üzere, Maliye ve Hazine'den sorumlu Devlet Ba-

kanlığı gerekli duyarlılığı göstererek, 2006 yılı Ceza Muhakemesi Kanunu ödeneği olan 48 milyon YTL'yi Ocak ayı ortalarında Türkiye Barolar Birliği hesabına aktarmıştır. Bunun üzerine barolarımıza yazı yazılarak, birikmiş Ceza Muhakemesi Kanunu ödentilerinin ne kadar olduğunun bildirilmesini istenmiştir. Barolarımızdan bize iletilen toplam para talebi ise 41 Milyon YTL olarak gerçekleşmiştir. Bunun üzerine yukarıda bildirdiğim kurul tüm barolara belirlediği bir formül karşılığı

ve yaklaşık 15 milyon YTL tutarında para yollamıştır.

Ödenek yollandıktan sonra gelişen olayları birlikte yaşadık. Bu aşamada geriye kalan paranın paylaşım ilkelelerini, bunun yanı sıra karşılığı olmayan Ceza Muhakemesi Kanunu hizmetinin sürdürülüp, sürdürülmeyeceği ve yaşanan diğer olumsuzlukların nasıl çözüleceği konusunda sayın başkanlarımızın görüş ve düşüncelerini alacağız. Buradan çıkacak ortak kararı Türkiye Barolar Birliği yönetimi olarak eksiksiz bir biçimde uygulayacağız.”

Baro başkanları veya temsilcilerinin yanında CMK işlerini yürüten avukatların da katıldığı toplantıda baro başkanlarının çoğunluğu söz alarak çeşitli önerilerde bulundular. Toplantı tutanağı yakın zamanda basılarak ilgililenenlerin alınan kararlar bir bildiri ile kamuoyuna duyuruldu.

UĞUR MUMCU VE MUAMMER AKSOY ANILDILAR

Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu ile pek çok sivil toplum örgütünün Uğur Mumcu ile Muammer Aksoy'un katledişlerinin haftasında düzenledikleri *“Adalet ve Demokrasi Haftası”* nda bu yılda çeşitli etkinlikler yapıldı.

Etkinlikler arasında Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu'nun birlikte düzenlediği *“İnsan Hakları, Terör, Demokrasi”* başlıklı açık oturumda gazeteci Tuncay Özkan, Prof. Dr. İ. Metin Yıldızhan ve Av. Tuncay Alemdaroğlu konu ile ilgili konuşmalar yaptılar.

YARGI REFORMU ŞART

Radikal (İstanbul) Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği'nin (TÜSİAD) 36. genel kurul toplantısına 'yargı' damgasını vurdu.

TÜSİAD Başkanı Ömer Sabancı, son zamanlarda yargıya ilişkin meselelerin ülke gündemini fazla işgal etmeye başladığını belirterek:

“Bunda yargı sistemimizin çok uzun süredir ihtiyaç duyduğu reformun bir türlü yapılamamış olmasının çok büyük rolü var. Mevcut durum, hem yargının siyasallaşması görünümünü veriyor hem de Türkiye'nin uluslararası itibarını olumsuz etkiliyor” dedi.

TÜSİAD yargı reformu için yapılması gerekenleri 10 madde halinde sıraladı:

- Yargının önündeki en büyük engel, yargı bağımsızlığı konusunun hâlâ çözüme kavuşmamış olmasıdır. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısı değiştirilmeli, kurulun sekretaryası Adalet Bakanlığı'ndan ayrılmalı ve atama taslakları kurul tarafından hazırlanmalıdır.

- Yargıda kazanılmış hakların ihlali, hukuk güvenliği ilkesinin de ihlalidir. Devletin geçmişe yönelik sonuç doğuran tek taraflı işlemleri, yerli ve yabancı sermayeyi yatırımdan uzaklaştırdığı gibi toplumda da güvensizlik yaratmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'daki kamu

yararı ilkesi, yeniden düzenlenmelidir.

- Yargılama süresinin uzunluğu, adil yargılanma hakkını ihlal ediyor. Dosya sayısının çokluğu kadar, ceza davalarında hazırlık soruşturmasının iyi yapılmamasının, hukuk davalarında ise bilirkişilik kurumu ve tebligat sisteminin de bu süreye olumsuz etkileri vardır.

- Kopenhag Siyasi Kriterleri'ne uyum amacıyla mevzuatta yapılan değişiklikler uygulamaya yansımakça amacına ulaşmayacaktır.

Özellikle düşünce ve ifade özgürlüğü ile kültürel haklar gibi hassas konularda, yargının adeta kanunlar değişmemiş gibi yorum yapması, olumlu sonuçlar doğurmamaktadır.

- Tutuklama kararlarının verilmesiyle, uzatılmasında hassas davranılmalı ve gerekçeli olmalıdır.

- Sanık hakları uygulanmalı.
- Af kanunları istisna olmalı.
- Yargı ve infaz sürecinde hata, soruşturulması gereken bir sistem sorunu olarak ele alınmalıdır.

- Yargının mali kaynak ve kadro sıkıntısı sonlandırılmalıdır.

- Yargı mensuplarının eğitimi sürekli ve etkin olmalıdır

Toplantını açış konuşmalarını yapan TBB Başkanı Av.Özdemir Özok ile Ankara Barosu Başkanı Av. Vedat Ahsen Coşar, her iki değerli hukukçuyu rahmetle andılar terörü lanetlediler.

TBB AVUKATLIK STAJ YÖNETMELİĞİ'NİN BİR MADDESİ DEĞİŞTİRİLDİ

19.12.2001 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunan TBB Avukatlık Staj Yönetmeliği'nin Staj Eğitimi başlıklı bölümünün 13.maddesinin "*Düzenli, sistemli ve programlı olarak yeterli ve gerekli staj eğitimi yaptırma olanağı bulunmayan barolarda staj yapan stajyerler için bu eğitim; Türkiye Barolar Birliğinin Ankara'da oluşturacağı staj eğitim birimlerinde verilir. Bu birimlerin kuruluş, işleyiş, yetki ve sorumlulukları Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunun hazırlayacağı yönetmelikle belirlenir*" şeklindeki üçüncü fıkrası kaldırılmıştır.

Yönetmelikte yapılan değişiklik Adalet Bakanlığı'na gönderilmiştir. Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra yürürlüğe girecektir.

BARO BAŞKANLARI HAKKINDAKİ SINIRLAMA KALDIRILYOR

Avukatlık Kanunu'nun 96. maddesinin birinci fıkrasına 2001 yılında eklenen görev süresini iki dönemle sınırlayan hükmün kaldırılması için girişimlerde bulunmaktadır.

Konuda CHP ve AKP milletvekilleri yasa değişikliği teklifinde bulunmuşlardır. Fıkra yasa metninden çıkarıldığı takdirde baro başkanlığı görev süresinde sınırlama ortadan kalkmış olacaktır.

ERDOĞAN'IN YARGIYLA BULUŞMASI

Yüksek yargı temsilcileri Başbakan ile dün sürpriz bir şekilde bir araya geldi.

Başbakan Tayyip Erdoğan dün yargının en üst düzey temsilcileriyle beklenmedik bir görüşme yaptı. Beklenmedik olması, Başbakan'ın açıklanan programında böyle bir görüşmenin yer almayacağından kaynaklanıyor. Çankaya'daki Başbakanlık Konutu'ndan çıktuktan bir süre sonra, Anayasa Mahkemesi Başkanı Tülay Tuğcu, Yargıtay Başkanı Osman Arslan ve Danıştay Başkanı Ender Çetinkaya'nın, yanlarında Adalet Bakanı Çiçek olduğu halde Başbakan ile görüştüğü anlaşıldı. Başbakanlık kaynakları, kendilerinin de son anda böyle bir toplantıdan haberi olduklarını açık Hâkimevinde 26 Aralık'ta bu üç ismin yaptığı toplantıda yalnızca yargının özlük haklarının yani maaş ve çalışma koşullarının ele alındığını düşünmek doğru değil. Sorunun büyüğü, yargının son zamanlarda içine girdiği imaj sorunu. Son zamanlarda, özellikle Orhan Pamuk, Yücel Aşkın davalarında ve Mehmet Ali Ağca'nın tahliyesinin yanlış hesaplanması örneğinde, yargı ağır eleştiri aldı. Evet bu sorunlar, yine yargı içindeki mekanizmalarla çözüldü. Ancak Pamuk ve Ağca örneklerinde, siyasi otoritenin, yani Adalet

Bakanı'nın devreye girmesi gerekti. Ana muhalefet lideri CHP Genel Başkanı Deniz Baykal, yargıdaki sorunu, Türkiye'nin bir numaralı sorunu ilan etti. Baykal, yargının siyasallaşmasının önüne geçilmesini istiyor. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer de öyle. Başbakan Erdoğan da yargıdan şikâyetçi. Onun şikâyeti ise, hükümet icraatının bazen yargı kararlarıyla engellenmesinden. Son zamanlarda Başbakan'ın yazar ve karikatüristler aleyhine açtığı tazminat davalarını üst üste kaybetmesi de, yargıyla arasındaki ilişkinin farklı algılanmasına yol açıyor. Erdoğan ile yargı arasında gerçekten bir zıtlık olup olmadığı burada ikinci planda. Önemli olan bu görüntünün mevcudiyeti. Siyasette gerçeklik, çoğu zaman algılanan gerçekliktir. Dünkü toplantı önemli görünüyor. Yankılarını, sonuçlarını izlemek ilginç olacak.

“HUKUK KURULTAYI 2006” YAPILDI

3-7 Ocak'ta Ankara Barosu tarafından dördüncüsü düzenlenen, bu yılki Hukuk Kurultayı'nın konusunu oluşturan üst başlıklar, “Uluslararası Hukukta Yeni Gelişmeler”, “Feminizm ve Hukuk”, “Hukuk ve Felsefe”, “Bilişim ve Hukuk”, “Yargılama Hukuku” ve “Adliye Yönetimi” şeklindeydi. Bilkent Otel'de yapılması gelenekselleşen Kurultaya'a katılım, diğer yıllara göre daha azdı. Genel Yayın Yönetmenimiz Av. Teoman Ergül de, “Yargı Örgütü Hukukunda Gelişmeler” konulu oturumda konuşmacı olarak Kurultay'a katkıda bulunanlar arasındaydı.

KADIN DEĞİL!... İNSAN

Gündemden düşmeyen, kadının aile, toplum, iş yaşamı ve siyasetteki rolünden sonra, bu kez de hukukun farklı alanlarındaki durumu, Ankara Barosu tarafından iki yılda bir düzenlenen Hukuk Kurultayı'nda tartışıldı. Kadın ağırlıklı konular Kurultay'a damgasını vurdu. Gönül isterdi ki, spesifik bir grubun hakları diye ortaya çıkılmasın, insan haklarının korunması başlığı altında kadınlar da haklardan payını alsın.

İşte Kurultay boyunca gözlemlediğim, farklı alanlarda, farklı başlıklar altında da olsa, tebliğ sunan hemen hemen tüm katılımcıların gönlünde yatan aslında buydu. Tartışıldıkça da görüldü ki, bir konu ne kadar söze dökülüyorsa, ne kadar iç dünyanızdan dış dünyaya o konuyu haykırmak istiyorsanız, o konudan o kadar yoksunsunuz, o kadar tatminsizsiniz demektir. Tıpkı “kadın hakları” gibi.

Uluslararası insan hakları belgelerinde kadın haklarının, evrensel insan haklarının vazgeçilmez, ayrılmaz ve bölünmez bir parçası olduğunun önemle vurgulandığı ve 1993 Viyana Konferansı ile uluslararası alanda “**kadın hakları insan haklarıdır**” anlayışının benimsendiği; 1995 Pekin Sonuç Bildirgesi'nin 14. maddesinde bu hususa yer verildiği; böylece kadın hakları ihlallerinin özde insan hakları ihlali olduğunun tescil edildiği, Kurultay'da tebliğ edilen bilgiler arasındaydı.

Peki ya realite?.. Zihinlerde tescil edilmedikçe, istediğiniz uluslararası sözleşmeyle bunu tescil edin, ne fayda kadınlara. Bu noktada uygulamadaki aksaklıklara değinildi elbet. Tebliğ sunan kadın hukukçular, hem kadın hem de hukukçu oldukları için, kendilerinin de içinde olduğu bu yoksunluğu, hakların yoksunluğunu, yaşadıkları eşitsizliği çok iyi irdeleyebildiklerinden, gerek sorunların tespitinde, gerek çözüm arayışlarında çok gerçekçydiler.

Eşitlik diye haykırdı bayan hukukçu akademisyenler ve meslektaşlarımız. Özellikle mi düşünülmüştü bilemiyorum ama kadın konulu tebliğlerin –birkaç istisna dışında– tümünü bayanlar sundu. Bu durum, Kurultay'daki konuşmacılardan Prof. Dr. Necla Arat'ın da gözünden kaçmamış olmalı ki, salondaki erkek sayısının çok az olduğunu, kadınların konuyu zaten bildiklerini, erkeklerin bu konuya her zaman ilgisiz kaldıklarını söyledi. Onca söylem, onca bilimsel tebliğ arasında, kanaatimce, en çok bu tespitle, kadın hakları konusunun neden toplumda bu kadar yavaş yol aldığı sorusunun cevabına yaklaşılmıştı.

Eşitlik kavramının öyle çok yansıması var ki, “*Hangi eşitlik?*” sorusu gündeme getirildi çokça ve cevabı arandı. Eşitlik kavramı, prizmatik bir

yapıya sahip özelliği ile, tek başına, önüne onu niteleyen bir sıfat getirilmedikçe adalete hizmeti mümkün olmayan bir kavram. Anayasal eşitlik, formel eşitlik, hukuksal eşitlik ya da fiili eşitlik. Kurultay'da, 7 Mayıs 2004 tarihli Anayasa değişikliği ile 10. maddenin 2. fıkrasına "*kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür*" şeklinde eklenen düzenlemenin amacına değinildi. Buna göre, cinsiyetler arası hukuki eşitlik, sadece kanun önünde eşitlik ilkesiyle sağlanamadığı için bu düzenlemeye ihtiyaç duyuldu ve biçimsel eşitliğin güvence altına alınmasının ötesinde etkili tedbirler gerekiyordu. Böylece, biyolojik ve toplumsal cinsiyeti bir arada düşünülen tedbirlerin alınması gerekliliği vurgulandı. Formel eşitlik anlayışı ile gerçek anlamda eşitliğe ulaşamayacağı, yeni TMK'deki değişikliklerin, trajikomik mahkeme ve Yargıtay kararlarının sunulmasıyla da ispatlanır bir biçimde, eşitliği sağlamada çok zayıf kaldığı, Kurultay'da tespit edilen gerçekler arasındaydı. Ve sonuçta Anayasal eşitlik ilkesinin, uygulamada sınıfta kaldığı, gerek akademisyenler gerek avukatlar tarafından ortaya konulmuş oldu. Öyle tespitleri bir arada görme şansını bulduk ki, kanun koyucuların AİHM'ye bariz bir şekilde aykırı kanunlar koyduğunu, AİHM'nin de bunları çadır çadır geri gönderdiğini...

Kurultay boyunca sunulan bilimsel söylemler gerçekleri yine kolay kolay değiştiremeyecek elbet. Çünkü biliyoruz ki, değişim "*özgürsünüz, erkeklerle eşitsiniz*" diyerek, kadınlarımızı da kendimizi de kandırarak ve uygulamada da bu söylemin tam aksi davranışlarda bulunarak gerçekleştirilemez. Değişim, toplumun bilinçaltına çok önceleri, sinsice yerleşen, kadınların yalnızca erkekleri hoşnut etmek için yaratıldığına dair yanlış ve tehlikeli düşünceden arınıldığında gerçekleşebilir. Sistemin kadına uygun bulunduğu bu edilgenlik rolünün reddi için, kadınların, erkeklerin, annelerin, babaların, kocaların, önce bu konuda istekli olmaları, böyle gelmiş böyle gider düşüncesinden vazgeçip, silkinmeleri; kadınlığın edilgenlik olarak anlaşılmayacağı rol modellerinin oluşturulmasında yüksek bir bilince ulaşmaları sağlanmalıdır. Kadın-erkek-çocuk, toplumu oluşturan her birey tarafından, kadının sosyal ve siyasal yaşamda erkekle aynı muameleyi görmesinin ve aynı ahlak ölçüleriyle değerlendirilmesinin, toplumsal her kanunun üstünde, aslında doğanın kanunu gereği, eşitliğin gerçekleştirilmesi olduğunun içselleştirilmesi gereklidir. Bu da her zaman söylenegelen ve söylemekten vazgeçilmeyecek olan, bireylerin bu konuda eğitilmelerine bağlıdır.

Konuyu bir kez daha gündeme getirip, ortamı biraz da bu konuda ısıtma yürekliliğini gösterdiği için, meslektaşlarımız adına Ankara Barosu'na teşekkür ederiz.

Av. Oya GÜNENDİ

(İSTİNAF MAHKEMELERİ) “BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ” YA DA “ÜST MAHKEMELER” AÇILIRKEN DUYULAN KİMİ KAYGILAR

Av. Özdemir ÖZOK*

Uzun tartışmalar sonunda yasalaşan “İstinaf” mahkemelerinin kurulması ve çalışmalarıyla ilgili ön hazırlıkların başlatılması kapsamında 31 Ocak 2006 günü Ankara Hakimevinde Hollandalı, İsveçli yargıçlar yanında Türk yargıçlarında katıldığı, Hollanda Büyükelçisi, Yargıtay Genel Sekreteri ve Adalet Bakanı’nın yaptığı konuşmalar sonunda çalışmalarla ilgili ilk adım atılmıştır. Aynı konuyla ilgili olarak 2 Şubat 2006 günü “İstinaf”ın ceza bölümünü, 7 Şubat 2006 günü hukuk bölümünü tartışmak için, yabancı ve yerli yargıçlarla bilim adamlarından oluşan heyetler, Türkiye Barolar Birliği’ni ziyaret etmişlerdir. Her iki toplantıda da “İstinaf”, “Bölge Adliye” ya da “Üst Mahkeme”leriyle ilgili kimi endişe ve kaygılarımızı belirttik. Bu düşüncelerimizi sizlerle de paylaşmak istedim. O nedenle derginin bu sayısında yazımı, bir makale kapsamında bu konuya ayırıyorum.

Bildiğiniz gibi, “Bölge Adliye Mahkemeleri” ve “Üst Mahkemeler” olarak tanımlanan mahkemelere kısaca “İstinaf” denilmekte ve böyle tanımlanmaktadır.

İstinaf mahkemeleri, Türk yargı sisteminin tanıdığı bir kurum olup, Türk Hukuk Reformu’nun başlangıcında, 1924 yılında kaldırılmıştır. Kaldırılmasının nedenleri arasında, davaların aşırı derecede uzamasına neden olması gösterildiği gibi örgütlenme yetersizliği de başka bir neden olmuştur. Kaldırılmasına neden olan her iki olumsuzluk, bugün de geçerli olmasına karşın bu mahkemelerin kurulması konusunda ısrar

* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

edilmiştir. Bu ısrarın önemli bir sebebini AB istişari raporlarında yapılan vurgular oluşturmaktadır.

AB yönünden istinafin önemi, istişari raporlarda ve yargı ile ilgili belgelerde kendisini göstermektedir.

1. 2003 tarihli İstişari Ziyaret Raporu'nda istinaf mahkemelerinin kuruluşu, iş yükünün azaltılması bağlamında önerilmektedir:

"i- İstinaf Mahkemelerinin Kurulması

Hukuk ve ceza mahkemelerinde iki aşamalı sistem bulunmaktadır; bütün Türkiye'de bulunan ilk derece mahkemeleri ve Ankara'da bulunan Yargıtay, Türk İdari Yargı Sisteminde bulunan diğer bir çok ülkenin yargı sisteminde bulunan bölgesel düzeyde temyiz üzerine hukuk ve ceza davalarına bakacak istinaf mahkemeleri bulunmamaktadır.

Yargıtay büyük ölçüde iş yüküyle karşı karşıya. Adalet Bakanlığı'ndan alınan rakamlara göre 2002 yılı içinde Yargıtay'ın 11 ceza dairesine gelen dosya sayısı 244.223 dür.1986 yılında toplam103918 davayla karşılaştırsak, bu rakam bu periyod içinde dava sayısının ikiye katladığını göstermektedir.Benzer şekilde sona eren dava sayısı yaklaşık ikiye katlayarak 1986'da 88.479'dan 2001 yılında 156.349'a çıkmıştır Yargıtay ceza dairelerinin ortalama yargılama süresi 2002'de 138 gün iken 1986'da 49 gün idi. Yargıtay hukuk dairelerine gelen dosya sayısı 2002 yılında 320.547 iken 1986 yılında 233.076 idi.Bu periyod içerisinde dava sayısında %27 artış olmuştur. Benzer şekilde sona eren dava sayısı artış göstermiştir,1986 da 167.710 iken 2002 yılında 248.478'e çıkmıştır artış %58'dir. Yargıtay hukuk dairelerinin ortalama yargılama süresi 2002 yılında 67 gün iken,1986'da 134 gün idi.

Yargıtay Hukuk dairelerinde ortalama yargılama süresi düşmesine rağmen, Yargıtay'daki ortalama yargılama süresinin çok uzun olduğu çok açıktır Bunun da ötesinde resmi istatistiklerin gösterdiği gibi Yargıtay iş yığılması ile karşı karşıyadır.2003 yılının başında henüz sonuçlandırılacak ceza dairelerinde 87874 dava bulunmakta idi ve 36.069 dosya Hukuk dairelerinde bulunmakta idi. Daha da ileri olarak istatistikler Yargıtay üyelerinin aşırı iş yüküyle karşı karşıya olduklarını göstermektedir. 2002 yılında, her ceza dairesi ortalama olarak 14.214 dava sonuçlandırmıştır ve 21 hukuk dairesi ortalama 13546 dava sonuçlandırmıştır.

Bölgesel düzeyde ikinci derece Yargıtay'ın iş yükünü hafifletecek istinaf mahkemelerinin kurulması belirli dönemlerde tartışılmıştır.^{1,2} İkinci derece mahkemelerin davaların hukuki ve esas açısından inceleme yapması böylece Yargıtay'ın sadece hukuki inceleme yapan son derece mahkemesi olması önerilmiştir.

Bizim açımızdan, bütün kalbimizle böyle bir öneriyi destekliyoruz. Yargıtay üyelerinin şu an 250 olan sayılarının artırılması uygulanabilir bir çözüm olmayacaktır. Çünkü bu farklı dairelerin büyük ölçüde benzerlikler bulunan olaylar hakkında verdiği kararlar arasında muhtemel ek farklılıklar yaratacaktır. İstinaf mahkemelerinin kurulması sadece Yargıtay'ın iş yükünü azaltmakla kalmayacak aynı zamanda Yargıtay'ın gerçek fonksiyonunu yasal uygulamaların yeknesaklığını kanun hükümlerinin doğru yorumlanmasının sağlanması fonksiyonunun yerine getirilmesi imkanını sağlayacaktır. Kanaatimizce yargı sistemine ikinci derece mahkemelerinin uyarlanması her iki adil yargılanma ve yargının etkinlik ve hızının artırılması konusunda önemli bir adım olacaktır. Yargıtay tarafından son derece mahkemesi olarak daha az karar verilmesi bugünkünden daha etkili olacaktır. İkinci derece bölgesel istinaf mahkemelerinin kurulması şu anki parlamentonun gündemindedir.”³

Aynı Rapor'da Türk adalet sisteminde kalite ve etkinliği geliştirme tedbirleri ana başlığı altında, (1) Çalışma koşulları, (2) İş yükü, (3) Temel ihtiyaçlar ve (4) Diğer etkenler irdelenmiştir. 1. ÇALIŞMA KOŞULLARI, a. Mali kaynak, b. Hakim ve savcı sayısı, c. Kullanılabilir mahkeme salonu sayısındaki artış, d. Hâkim ve savcılarının eğitiminin artırılması, e. Hâkim ve savcılarının maaşlarında artış, f. Bilgi ve iletişim teknolojisi kullanımında artış; 2. İŞ YÜKÜ, a. İstinaf mahkemeleri, b. Alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının kurulması, c. Suni dava sayısının

¹ Teklif 1932'den beri tartışılmaktadır. Gerçekten tasarı hazırlandı, bununla birlikte konu üzerinde konsensus sağlanamadı. Tasarı hiç bir zaman meclisten geçmedi. ("Türkiye'de Kalite ve Adalet ", Oğuz Onaran ve Koray Karasu, Grotius projesi çerçevesinde hazırlanan Avrupa da Adaletin Kalitesinin Değerlendirilmesi" isimli çalışma 2001-2003, paragraf. 4.3.3) Avrupa Komisyonu'nun 2000 yılında Adalet ve İçişleri Konusundaki Ziyaret Raporu, 18-29 Eylül 2000, s. 84'te Bölgesel İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konusunda Tasarı bulunduğu değinmektedir, Türkiye'de Hâkimlerin ve Avukatların Bağımsızlığı Konusunda Uluslararası Hukukçular Komisyonu Raporu'nun değindiği gibi, 14-25 Kasım 1999, s. 69.

² Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya'nın 2003-2004 Yılı Adli Yılı Açılış Konuşması; Yargıtay Personelinin Azlığı Konusundaki Yorumu (8 Eylül 2003).

³ Türk Yargı Sisteminde Bilgi Notu, Adalet Bakanlığı, 4 Haziran 2003, s 3.

szaltılması, d. Suçu kabullenmek suretiyle cezada pazarlık, e. Soruşturma sonucu elde edilen delillerin sunulması konusunda uygulamadaki değişiklik, f. Mahkeme heyetinde yedek üye bulunması uygulamasının kaldırılması, g. İddianamenin reddi müessesesinin getirilmesi, h. Cumhuriyet savcısının rolü ve çalışması konusundaki değişiklikler; 3. TEMEL İHTİYAÇLAR, a. Bilirkişi kullanımında azaltma, b. Mahkemelerdeki tercüme olanaklarının artırılması, c. Yargısal Meslekî Etik Kuralları Kanunu'nun kabul edilmesi; 4. DİĞER, a. Çocuk mahkemelerinin kalite ve etkinliğinde ilerleme, b. Aile Mahkemelerinin kalitesinde ve etkinliğindeki ilerlemeler, c. Ticaret mahkemelerindeki hâkim sayısının azaltılması başlıkları altında incelenmiştir.

Görüldüğü gibi istinaf mahkemeleri, bu raporda, iş yükü bağlamında ele alınmıştır. Ancak iş yükünün azaltılması konusunda pek çok başka argüman da ileri sürülmüştür. Bunların hemen görülmesi açısından başlıklarını buraya almayı uygun görmekteyiz.

2. Bu durum 2004 tarihli İstişari Ziyaret Raporları'nda da aynen devam etmektedir. Ancak, ikinci derece mahkemelerinin kurulması gerekçesi olarak adil yargılamanın ve yargılamada süratin ve verimliliğin sağlanması öğeleri de eklenmiştir.

"İstinaf mahkemelerinin kurulması projesi planlanan takvime göre yürümemektedir.

İlk Derece ve Bölge Adliye Mahkemelerinin Kurulması Hakkında Kanun TBMM tarafından kabul edilmiştir. Adalet Bakanlığı, 3 model istinaf mahkemesinin inşa edileceği, 1000 hâkim ve savcının, 1.200 yardımcı personelin eğitileceği ve 25 istinaf mahkemesinin tüm donanım ve yazılım ihtiyacının karşılanacağı Avrupa Birliği finansmanlı bir proje hazırlamıştır. Bizce, adil yargılamanın ve yargılamada süratin ve verimliliğin sağlanması bakımından, yargı sistemine ikinci derece mahkemelerin (istinaf) dâhil edilmesi çok önemli bir adımdır."

3. Bu konuda 2005 yılı İstişari Ziyaret Raporu'nda öngörülen istinaf mahkemeleri ile ilgili değerlendirme ve istekler şöyledir:

"Bölge İstinaf Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunu'nun⁵ ziyaretimizi arifesinde yürürlüğe girmesi oldukça ümit verici gelişmelerdir. Örnek mahkemelerin kurulması ve gerekli personelin işe alınması

göz korkutucu bir görev olacaktır. İkinci İstisari Ziyaret raporunda belirtildiği gibi, yeni mahkemeler adil yargılanma hakkı, yargının hızının ve verimliliğinin artması için önemli bir adım olacaktır. Bundan başka bölge mahkemelerinin yargının bağımsızlığına doğrudan etkisi olacağını düşünüyoruz. Bu sebeple, mahkeme binalarının tasarlanması ve özellikle hâkimler ve Cumhuriyet savcuları arasındaki ilişkinin nasıl sembolize edileceği son derece önemlidir. Mimari, ilişkiye karar veremez, fakat kesinlikle onu kalıba dökebilir. Planları görmeyi dört gözle beklemekteyiz. Atılan olumlu adımları istinaf mahkemelerinin kurulmasına ilişkin eşleştirme projelerinin hazırlıklarında da dikkate almaktayız.”

AB belgelerinde “istinafla” ilgili düzenlemeler;

Avrupa Birliği Sözleşmesi’ne ek 7 numaralı Protokol’e göre, üst yüksek dereceli bir mahkemeye başvuru imkânının bulunması gerekmektedir.

“Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, az önemli suçlar bakımından ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi en yüksek mahkeme olması halinde istisnaya tabi tutulabilir.”

Bu hükme göre, üçlü bir sitem emredici nitelikte sayılamaz. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, böyle bir başvuru imkânının bulunmamasından dolayı hiçbir ülkeye eleştiri yöneltmemiştir.

Diğer yandan Avrupa Birliği üyesi olan ülkelerin bazılarında istinaf mahkemesi bulunduğunu görmekteyiz. İstinaf mahkemesi bulunan bazı ülkelerde de sıkıntılardan dolayı vazgeçme temayülü güçlenmiştir.⁶

Türk hukukçuları ve bilim adamlarının bilgi sahibi oldukları bu kurumun yeni baştan hukuk sistemine dâhil edilmesi kuşkulara neden olmaktadır. Hukuk yargılama yönteminin büyük ustalarından Prof. Dr.

⁵ 5235 sayılı, Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun; 5236 sayılı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu; 5311 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

Bu kanunlarda sözü edilen istinaf hükümlerini uygulayacak istinaf mahkemelerinin kuruluşu 5238 sayılı Kanunu’un geçici 1/a maddesine göre 1 Haziran 2007 olarak tespit edilmiştir.

⁶ *İstinaf Mahkemeleri*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2003.

Baki Kuru, bu konudaki endişelerini somut olarak şöyle ifade etmektedir: *“Prensip olarak istinaf mahkemelerinin yeniden kurulması yararlı olur. Ancak istinaf mahkemelerinin yeniden kurulması için vakit henüz erkendir. Çünkü istinaf mahkemelerinin kurulması için gerekli ortam; ancak mahkemelerimizi gerek nicelik, gerekse nitelik bakımından yeteri kadar hâkim, savcı, başkâtip ve zabıt kâtibi ile donatmak, mahkeme kalem teşkilatını islah etmek, davaların çabuk, basit ve ucuz bir şekilde sonuçlandırılabilmesi için gerekli tedbirleri almak suretiyle sağlanabilir. Ancak bundan sonra kurulacak istinaf mahkemeleri faydalı olabilir Gerekli ortam hazırlanmadan istinaf mahkemeleri kurmak yararlı değil, bilakis zararlı olur.”*

Türkiye Barolar Birliği çeşitli zamanlarda, özellikle Yargıtay’ın iş yükünü azaltmak, Yargıtay’ın gerçek işlevi olan içtihat üretmeye yönelik çalışmasını sağlamak üzere ortaya atılan istinaf mahkemeleri kurulması düşüncesine, aşağı yukarı aynı nedenlerle, yüksek sesle karşı çıkmıştır. Bu konuda 1984 yılında Üst Mahkemeler Kanun Tasarısı olarak gündeme gelen istinaf mahkemeleri ile ilgili olarak çalışmalar yapmış, bunları kamuoyuna ve ilgililerin bilgilerine sunmuştur. 2003 tarihli bugün yasalaşmış tasarı hakkındaki düşüncelerini ilgili mercilere bildirmiştir. Aynı zamanda 7-8 Mart 2003 tarihinde Uluslar arası bir toplantı düzenleyerek, konuşmaları, tebliğleri kitap halinde bastırmıştır.⁷

Bu toplantının sonuç bildirisini hazırlayan Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, tasarımı şöyle değerlendirmiştir:

“Görüldüğü üzere, iki günlük toplantı boyunca, istinaf kurumunun yanında ve karşısında değişik düşünceler ileri sürülmüştür. İstinaf mahkemesine taraftar olanlar, istinaf mahkemelerinin teminatlı olduğunu, davanın iki dereceli görülebilmesi yani iki defa incelenebilmesinin Yargıtay’ın işini azaltacağı, ilk derece mahkemesi ile Yargıtay arasında süzgeç vazifesi gördüğü, istinaf mahkemelerinde tecrübeli hakimlerin yer aldığı ve fazla hakimden oluşan mahkemeler olduğu, böylece adaletin daha iyi gerçekleşebileceği ileri sürülmüştür.

İstinaf mahkemesinin kurulmasına karşı olanlar ise, davaların uzayıp gidebileceği, istinaf mahkemelerinin davanın esasına bakacağı göz önüne alındığında, davanın yeni baştan görüleceği, makul süre içinde yargılamanın zedelenebileceği, zaman geçtikçe suçun etkilerinin azalacağı ve delillerin kaybolacağı, tecrübeli hakimlerin istinaf mahkemesinde yer almasının birinci

⁷ 6 numaralı dipnotta sözü edilen kitap.

derece mahkemelerindeki hakimlerin çalışmalarını etkileyebileceği, birinci derece mahkemelerinin Alman sisteminde olduğu gibi kuvvetlendirilmesi gerektiği, alt yapı kuvvetlendirilmeden, insan unsuruna yer verilmeden arzulan reformların gerçekleşemeyeceği, Türkiye Cumhuriyeti bütçesinin %0.71'inin Adalet Bakanlığı bütçesi olarak tespit edilmesi karşısında, alt yapı sorunlarının giderilemeyeceği, adil yargılanmanın gerçekleşemeyeceği, zira ilk derece mahkemesi hakimlerinin istinaf mahkemesi var diye işleri daha hafiften ele alabileceği, içtihatlarda yeknesaklığın birden fazla istinaf mahkemelerinin kurulmasıyla kaybolacağı, değişik yerlerde kurulmuş olan Bölge Adliye Mahkemelerinin yargısal işlemlerinin yapılamayacağı, temyiz mahkemesinin görev gördüğü süre içinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 numaralı protokolünde yer alan prensibin ihlal edilmediği, dolayısıyla istinafin zorunlu olmadığı ileri sürülmüştür.

Aynı zamanda bazı öneriler de ileri sürülmüştür. Bu önerileri toplamak gerekirse, Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yaparak zorunlu avukatlık müessesesinin Türk hukukuna getirilmesi, her derece mahkemesinde görev görece avukatlar konusunda sınırlamalar yapılması, hali hazırda kurulmuş bulunan DGM'lerin istinaf mahkemesi rolünü oynaması, genişletilmiş temyiz mahkemelerinin değişik bölgelerde kurulması, medeni hukuk yargılamasına sözlülük prensibinin getirilmesi, medeni hukuk yargılamasında teksif prensibinin yumuşatılmasının gerekliliği, yine medeni hukuk yargılamasında yeni vakaların istinaf mahkememsi önünde de ileri sürülebilirliğinin sağlanması olarak özetlenebilir."

Bugün Türk yargı sisteminin ciddi yapısal ve uygulamadan doğan sorunları bulunmaktadır. Bunlar çeşitli vesilelerle Türkiye Barolar Birliği tarafından dile getirildiği gibi, her adli yıl konuşmasında Yargıtay başkanları tarafından da dile getirilmiştir. Ayrıca Avrupa Birliği Konseyi istişari ziyaret raporlarında (2003,2004 ve 2005); Avrupa Birliği ilerleme raporlarında da Türk yargı sisteminin zaafı, noksanlıkları sıralanmaktadır.

Bunlar hukuk eğitiminden, mahkemelerin kuruluş ve konuşlanmalarına, hâkimlerin bağımsızlığı ile Adalet Bakanlığı'nun yargı üzerindeki etkisine, Cumhuriyet Savcıları ile hâkimlerin birlikteliğine, savunmanın zayıflığına ve yargılama sürecine katkısının azlığına kadar pek çok hukuk dışı faktör söz konusudur.

Bağımsızlığı tam olmayan hâkimlerle kurulabilecek istinaf mahkemeleri de şimdiki sorunları aynen yaşayacaktır.

İkinci bir kademe olarak yargı üzerindeki etkisi ve etkinliği aşikâr olan Adalet Bakanlığı'nın koordinasyonunda istinaf mahkemelerinin kuruluşu, ilk andan itibaren ciddi eleştirilerin yapılmasına, kuşklar doğmasına neden olabilecektir.

Diğer yandan Türk yargı sistemine ithal edilmek istenen istinaf mahkemeleri, gerçek anlamda bir delil mahkemesi, başka bir deyişle itiraz edilen delillerin yeni baştan sağlıklı bir şekilde toplanmasına imkân verecek bir yetki ve görev ile doğmamaktadır. Bunun en büyük sakıncası, birinci derece mahkemelerin "*nasıl olsa istinaf var*" kolaycılığına kapılmaları, istinafin da yetki darlığı nedeniyle eski kararda ısrar etmesidir. Türk hâkimlerinde yakından izlediğim özelliklerden birisi de itiraz yolunun, meslek içi dayanışma nedeniyle işletilememesidir. Aynı akıbetin istinaf aşamasında da yaşanması kaçınılmaz görünmektedir.

Yargıtay bugün takdir hakkında, sübuta ilişkin konularda bazen karar vermekte, bazen de vermemektedir. Bunun objektif koşulları belirsizdir. Bu belirsizlik istinaf mahkemeleri ve temyiz mahkemesi için de geçerli olabilecektir.

Üçüncü İstişari Ziyaret Raporu, Türk yargı sistemini inceden inceye gözden geçirdiği için, bu konuda binalardan başlayarak hâkimler ve savcılar arasındaki ilişkinin düzeltilmesi gibi ögeler öne sürmektedir.

Adalet Bakanlığı, Hollanda Yargı Konseyi, İsveç Ulusal Mahkeme İdaresi'nin birlikte düzenlediği "*Türkiye Cumhuriyeti'nde İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasınının Desteklenmesi Eşleştirme Projesi*" açılış konuşmasında Adalet Bakanı, bu konudaki kanunların Avrupa Birliği'nin isteği üzerine çıkarıldığını beyan ederek bundan sonraki aşamada istinaf mahkemelerinin gerekliliği üzerinde değil, nasıl daha iyi çalışabilecekleri üzerinde tartışma ve çalışma yapmak gerektiğini ileri sürdüler.

Yukarıda sözü edilen Avrupa Birliği İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 numaralı Protokol'ün böyle bir dayatması söz konusu değildir.

Bu konuda "*Beş Yıllık Planlar*"da istinaf mahkemelerinin kurulmasının öngörüldüğü iddiası ise gerçeklerle pek örtüşmemektedir. Bu konuda Bakana yanlış bilgi verildiği anlaşılmaktadır. Bunun böyle

dayatılması ise kabul edenin bakış açısı ile ilgilidir. İkinci olarak kanunların çıkması mutlaka uygulanması anlamına gelmez. Bu kanunların yanlışlıklarının sonradan düzeltilebileceği ise, pek çok haksızlığa neden olduktan sonra yapılacak düzeltmelerin işe yaramayacağı düşüncesinde saklıdır.

1 Haziran 2007 tarihinde yürürlüğe girmesi kararlaştırılmış bulunan istinaf sisteminin temel ilkelerini Prof. Dr. Ejder Yılmaz şöyle sıralamaktadır.⁸

Buna Göre Kanunlarla Kabul Edilen İstinaf Yolu, Klasik İstinaf Değil, Dar Anlamda İstinaf Yoludur. Yani İstinaf Mahkemesi Her Olayda Mutlaka İlk Derece Mahkemesinin Yaptığı Bütün Yargılamayı Tekrarlamayacaktır.

İlk derece mahkemesi kararının, usul ve esas yönünden hukuka uygunluğunun tespiti halinde, istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilecektir.

Yargılamada noksanlık bulunmamakla birlikte kanunun olaya uygulanmasında hata edildiği saptandığında, bu durum yeniden yargılama yapılmasını gerektirmiyorsa, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını düzelterek yeniden esas hakkında karar verecektir.

Kararın gerekçesinde hata edilmesi durumunda da bu kural uygulanacaktır.

Yargılamada bulunan eksikliklerin duruşma yapılmaksızın tamamlanabilecek nitelikte bulunması durumunda, istinaf mahkemesi bunların tamamlanmasını takiben yeniden esas hakkında karar verecektir.

İstinaf mahkemelerinin miktar ve değeri belli meblağı geçmeyen davalarda verecekleri kararlar kesin olacaktır.

İstinaf mahkemesi, ancak maddi hukuk ve usul hukukunda yer alan kamu düzenine ilişkin hükümlere aykırılık oluşturan bazı hallerde, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak, yeniden yargılama yapılması için dosyayı mahkemesine veya yargı çevresinde uygun göreceği bir mahkemeye gönderecektir.

⁸ Ejder Yılmaz, *İstinaf*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2005.

İstinaf mahkemesi, yeniden yargılama yapılmadan sonuca ulaşılmasına olanak bulunmayan durumlarda, kuşkusuz davaya başından itibaren bakarak karar verebilecektir.

İstinaf mahkemelerinde bazı işlemlerin yapılması söz konusu olmayacaktır. (Karşılık dava açılmayacak, davaya katılma isteminde bulunulmayacak, ıslah ve davaların birleştirilmesi istenemeyecek, yeni delil ileri sürülemeyecek, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenmeyecek, bu mahkemeler için yetki sözleşmesi yapılamayacaktır.)

Sonuç olarak; istinaf mahkemeleri “*adil yargılanma hakkı*” açısından zorunlu bulunmadığı gibi, Türkiye Cumhuriyeti’nin bu konuda imzaladığı sözleşmelerle de ilgisi bulunmamaktadır.

Dar anlamda bir istinaf öngörülmesi nedeniyle ne “*vicahilik*”, ne de sonradan akla gelen, elde edilen delillerin ibrazı söz konusudur.

İlk mahkemelerin çalışma düzenini de bozacağı için, Türk hukuk sisteminin bugünkü yapısal ve uygulamadan kaynaklanan önemli sorunları çözümlenmeden başvurulması halinde, endişe verici boyutlarda kaotik bir ortam yaratacaktır.

Tüm bu endişelerimize karşın TBB olarak, yasa buyruğuyla kurulmasına karar verilen mahkemelerin en verimli bir biçimde çalışması ve ülkemizde adil yargılanma koşullarının gerçekleşmesi için gereken her türlü desteği vereceğimizi bir kez daha yineleriz.

BÜYÜK BİRADERİN GÖZETİMİNDEN ÇIKIŞ: TELEFONLARIN İZLENMESİNDE DEVLETİN SORUMLULUĞU

Kerem ALTIPARMAK*

“SAVAŞ BARIŞTIR
ÖZGÜRLÜK KÖLELİKTİR
BİLGİSİZLİK KUVVETTİR” **

““Smith!” diye haykırdı, tele ekrandan kulakları yırtan o ses. “6079, Smith W. Evet, sen! Lütfen daha çok eğil! İstesen daha iyisini yapabilirsin. Çaba göstermiyorsun. Eğil daha lütfen! Şimdi oldu yoldaş. ... Görüyorsunuz, dizlerimi bükmüyorum. Eğer isterseniz bunu hepimiz yapabilirsiniz.” Ve Winston, büyük bir çaba harcayarak yıllardır ilk kez, dizlerini bükmeden ayakuçlarına dokunma başarısını gösterdi.”¹

Giriş

1 Haziran 2005 günü, Kemal Göktaş imzasıyla, *Vatan Gazetesi*'nde yayımlanan “*Türkiye’yi Sarsacak Belge*” başlıklı haber, ülkemizde uygulandığı sıklıkla ileri sürülen ancak çoğunlukla belgelenemeyen hukuka

* Yrd. Doç. Dr. A. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi, İnsan Hakları Merkezi.

** George Orwell’in *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört* romanında, Okyanusya Devleti’ni yöneten partinin üç sloganı. G. Orwell (1984), (Çev.: Nuran Akgören) *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört*, (İstanbul: Can Yayınları)

¹ Orwell, s. 47.

aykırı telefon dinleme (ve izleme) konusunu bir kez daha kamuoyu gündemine taşıdı. Haber, Milli İstihbarat Teşkilatı'nın 8 Nisan. 30 Mayıs 2005 arasında, Türkiye'de telekom hizmeti veren bütün şirketlerin telefon üzerinden gerçekleşen iletişimin dökümlerini elde etmek için hukuksal girişimde bulunduğunu bildirmekteydi. Haberde iletildiğine göre, Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi, Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan konuyla ilgili yapılan başvuruya onay verirken şu ifadeleri kullanmıştı: *"Yurtdışı bağlantılı illegal silahlı terör örgütlerinin yasadışı faaliyetlerine yönelik olarak faillerin belirlenmesi, ele geçirilmesi ve suç delillerinin elde edilmesi ve eylem planlarının önceden öğrenilmek sureti ile engellenmesi başka yollarla mümkün olmadığından yurtdışı çıkışlar ve girişler dâhil olmak üzere Telsim, Turkcell, Avea, Türk Telekom AŞ uzak mesafe telefon hizmeti vermeye yetkili A, B, C tipi lisansı olan iletişim şirketleri tarafından işletilen ve telefon üzerinden yapılan iletişime ait tüm detay bilgilerin MİT Müsteşarlığı'nca detay kayıtlarının alınması ve incelenebilmesi konusunda Anayasa'nın 22. maddesi ile 4422 sayılı Yasa'nın 2., 4., 11. ve 16. maddeleri uyarınca 08.04.2005 tarihleri ile 30.05.2005 tarihleri arasını kapsayacak şekilde izin verilmesine karar verilmiştir."*

Her ne kadar söz konusu kararlar elde edilen yetkinin dinleme değil, izleme olduğu söylenmişse de, emniyet yetkililerinin bu izlemeler sayesinde birçok olası olayın engellendiğini açıklamalarından da anlaşılacağı gibi, kayıtların izlenmesi sonucunda bazı kişilerin telefonları da dinlenmiştir.

Bu uygulamanın son derece yaygın bir şekilde yürütüldüğü ise 2 Haziran 2005 tarihli *Hürriyet Gazetesi*'nde yayımlanan *"10 Yıldır Sadece Geçen Mart Telefon İzlemedik"* başlıklı haberde görülmektedir. Nur Batur haberinde, ismi verilmeyen, emniyette istihbarattan sorumlu üst düzey bir yetkilinin, MİT'in Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nden aldığı izleme kararı konusunda, *'Biz 10 yıldır 90'a yakın mahkeme kararıyla izleme uygulamasını sürdürüyorduk'* dediğini aktarmaktadır.²

Dinleme ve izleme yönünde verilen kararlar muhatapları tarafından bilinmediği için bu kararlara itiraz edilememekte ve bugüne kadar kaç tane bu yönde karar verildiği tespit edilememektedir. Ancak, gazetelerde

² Benzer bir açıklama Emniyet Genel Müdürlüğü Sözcüsü İsmail Çalışkan tarafından yapılmıştır. Bkz., *"Telefon izlemeleri gerekirse yeni yasal düzenlemeler yapılır"*, *Vatan*, 4 Haziran 2005.

yer alan haberlere göre MİT aynı talebi Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'ne yapmış, olumsuz cevap alınca Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'ne başvurmuştur. Biz MİT tarafından yapılan başvurunun aynısının, 2000 yılında Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından yapıldığını ancak bu başvurunun Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcısı tarafından reddedildiğini bir Yargıtay kararı sayesinde tespit edebildik.³ İşin ilginç yanı, konu Yargıtay önüne Başsavcı'nın talebi olmaksızın dinleme kararı alınamayacağı yönünde usulden red kararı veren Devlet Güvenlik Mahkemesi kararına karşılık Adalet Bakanlığı'nın yazılı emriyle gönderilmiştir. Bir başka deyişle, ilgili kararın da gösterdiği gibi 5 yıl önce de dönemin Adalet Bakanı, Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararın aynısının mahkemeler tarafından verilmesi gerektiğini düşünmektedir. Benzer kararların 1990'lı yıllarda alındığı da bilinmektedir.⁴

Türkiye 1990'ların sonlarına kadar iletişimin dinlenmesi ve takibi için hiçbir kanuni düzenleme olmamasına rağmen yaygın bir şekilde telefonların dinlendiği bir ülke olagelmıştır.⁵ Bir ihtiyaç olan düzenlemenin bir türlü yapılmaması, buna karşılık hukuka aykırı dinlemelerin kesintisiz devam etmesi, en azından özel hayatın gizliliğine açık bir müdahale oluşturan bu uygulamanın yargı denetimine tabi olması için birçok hukukçuyu bu faaliyete bir kılıf bulmaya zorlamıştır.⁶

Keyfi uygulamalarla büyük bir "*Biri Bizi Gözetliyor Evi*"ne dönen Türkiye'de 4422 sayılı Kanun, bu keyfiliğe son verme amacıyla çıkarılmış⁷ ama bu yazıda verilen örneklerde de görüleceği gibi toplumu "*Büyük Birader*"in gözetiminden çıkarmaya yetmemiştir. Gerek Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararı, gerekse Adalet Bakanı'nun karar hakkındaki yorumları, dinleme için alınacak Mahkeme kararları'nın bir formaliteden ibaret olduğunu düşündürmektedir. Kanun, kimi yargı yerleri⁸ ve idare tarafından biraz daha bürokrasiyle faaliyete devam

³ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 21.12.2000, E. 2000/27613, K. 2000/21500.

⁴ Bkz., Faruk Bildirici (2001), *Gizli Kulaklar Ülkesi*, (Ankara: İletişim), s. 348.

⁵ Bu konuda ilginç bir çalışma için bkz. Bildirici, *a.g.e.*

⁶ Bkz., aşağıda dipnot 33.

⁷ Kanun'un gerekçesi için bkz. Hasan Köroğlu (2001), *Örgütlü Suçluluk, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele (4422) Sayılı Kanun ve Cürüm İşlemek için Teşekkül Oluşturmak*, (Ankara: Seçkin Yayınları).

⁸ Yukarıdaki Yargıtay kararı örneğinde görüldüğü gibi, herkesin bu düşüncede olmadığını not etmek gerekir. Bkz., yukarıda dipnot 3'deki karar.

şeklinde anlaşılmaktadır. Bu şartlar altında, iletişimin denetlenmesi konusunu yeniden düzenleyen yeni Ceza Muhakemeleri Kanunu'ndan⁹ ve idari dinlemeyi çok daha kötü bir şekilde düzenleyen 5397 sayılı Kanun'dan¹⁰ da çok şey beklememek gerekir.

İşin daha vahim yönü şudur. Telemekulak skandalının patlamasından sonra Türkiye'de ve dünyada meydana gelen terör faaliyetleri tekrar güvenlik uğruna insan haklarının aksıya alınması konusunu gündeme getirmiştir. Bu ortamda ilk feda edilecek özgürlüklerden birinin haberleşme hürriyeti olduğunu tahmin etmek güç değildir. Bu ise zaten mevcut "*Büyük Birader*" psikolojisinin artarak devam edeceğini göstermektedir. Bu ruh halinden çıkmanın tek yolu sağlıklı bir hukuksal çözüm formüle etmektir. Bu çalışmanın amacı işte bu çıkış yolunu tespit etmektir.

Bu amaçla ilk önce iletişiminin takip edildiğini kanıtlayamayanların hak ihlalinin mağduru olup olmadığı tartışılacak, ardından hak ihlalinin kaldırmak için en uygun yolun hangisi olabileceği üzerinde durulacaktır.

Tazminat Talebi

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre tam yargı davaları idari eylem ve işlemlerden¹¹ dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılacak davalardır.¹² Bu hükümden hareket eden bir grup hukukçu "[*Telefon*] izlemenin ancak yargılama süreci içinde ortaya çıkması halinde, o kişinin hizmet kusuru nedeniyle tazminat talebiyle idare aleyhine dava açmasının mümkün" olduğunu ileri sürmüşlerdir.¹³ Bu görüş doğru fakat eksiktir. Doğrudur, çünkü hukuka aykırı bir şekilde

⁹ Bkz., 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, RG, 17 Aralık 2004, s. 25673, md. 135-137.

¹⁰ 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG, 23 Temmuz 2005, s. 25884. Aşağıda belirtileceği gibi zaten bu kanun birçok olumsuzluğu içerisinde barındırmaktadır.

¹¹ İletişimin izlenmesine onay veren yargı kararının varlığının söz konusu idari faaliyetin idari işlem veya eylem niteliğini ortadan kaldırıp kaldırmadığı aşağıda tartışılmıştır.

¹² RG, 20 Ocak 1982, s. 17580, Md. 2 (b).

¹³ Örneğin bkz., Ankara Barosu avukatlarından Tezcan Çakır'ın *Hürriyet* gazetesine verdiği görüş: "İzlenene dava hakkı", *Hürriyet*, 03.06. 2005.

haberleşmesi izlenen veya dinlenen kişiler idareye karşı tazminat davası açabilirler. Eksiktir, çünkü izlendiğini veya dinlendiğini kanıtlayamasa bile, Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi kararı gibi kararlarla Türkiye’de yaşayan herkesin haberleşme ve özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmek mümkündür. Bu ikinci durumda dava açılabilmesi çok önemlidir, çünkü gizli dinleme ve izleme durumunda ilgililerin dinlendiklerin öğrenmeleri ve dava konusu yapmaları oldukça zordur. Bu nedenle, bu kişilerin açacakları davalarla idareyi hukuka uygun davranmaya zorlamaları hayali değilse bile çok zordur. Oysa yukarıdaki haberlerde verilen örneklerde görüldüğü şekilde alınan telefon izleme kararları herkesin hakkını ihlal etmekte ve herkese idareden hak talep etme hakkı vermektedir.

Hak İhlali-Mağdur

Şüphesiz, telefonu hukuka aykırı olarak dinlenen (veya izlenen) kişinin hakkı doğrudan ihlal edilmiştir ve bu eylem nedeniyle idareden tazminat talep edebilir, ancak aynı durumun telefonunun dinlendiğinden (izlendiğinden) haberi olmayan ama potansiyel olarak bu kapsamda bulunan kişiler açısından geçerli olup olmadığı tartışmaya açıktır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda kullanılan, hakları doğrudan muhtel olanlar ifadesinden, ilk bakışta haberleşme hürriyetine müdahale edildiğini kanıtlayamayan kişinin tazminat talebinin kabulüne imkân olmadığı ileri sürülebilir. Ancak böylesi bir yaklaşım, telefon dinlemenin özelliğini göz ardı eden bir yaklaşımdır. Telefon dinleme, tamamen gizli olarak yürütülen bir faaliyettir. İdarenin bu faaliyetine karşın gerekli güvencelerin olmadığı bir ortamda, vatandaşın telefonunun dinlendiğini kanıtlamasını istemek onu tüm hukuksal güvencelerden yoksun bırakmak anlamına gelecektir. Devlet, yetkisi altında yaşayanların haklarının ihlal edilmemesi için gerekli hukuksal alt yapıyı hazırlamak ve bu yapıyı uygun bir şekilde işletmekten sorumludur. Gerek hukuksal yapının oluşturulmasında, gerekse bu yapının işletilmesinde yaşanan aksaklıklar nedeniyle sorumluluk tamamen devlete aittir.

Bu ilkeler ışığında, telefon dinleme veya izlemeye ilişkin davalarda, telefonunun dinlendiğini (veya izlendiğini) kanıtlayamayan kişilerin tazminat talep edip edemeyecekleri iki aşamalı bir şekilde tespit edilmelidir. İlk aşamada, kararın kendisine uygulanıp uygulanmadığı belli

olmayan kişinin hak ihlalinin “mağdur”u olup olamayacağı saptanmalıdır. Eğer gerekli güvencelerin mevcut olmadığı durumda izlendiğini kanıtlayamayan kişinin mağdur olabileceği kabul edilecek olursa, ikinci aşamada dinleme veya izlemede takip edilen usul nedeniyle bu kişinin hakkının ihlal edilip edilmediği de ayrıca tartışılmalıdır.

Mağdur

Bir kişinin iletişiminin kontrol edilip edilmediği konusunda kanıt sunamamasına rağmen mağdur sıfatını alıp alamayacağı sorunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından tartışılmıştır. Klass davasında, başvuru emniyet yetkilileri tarafından dinlendiklerini kanıtlayamayan, ancak o tarihte Federal Almanya’da geçerli olan kanun nedeniyle “dinlenmiş olabileceklerini” ileri süren kişilerdir. Hükümet savunmasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin¹⁴ dava tarihinde yürürlükte olan 25. maddesinde¹⁵ düzenlenen kurala göre başvuru sahiplerinin “mağdur” sayılmayacağını ileri sürmüştür. İlgili hükme göre: “1. İşbu Sözleşme’de tanınan hakların Yüksek Akidlerden biri tarafından ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her hakiki şahıs, hükümet dışı her teşekkül veya her insan topluluğu, hakkında şikâyet vaki Yüksek Akid Tarafın bu konuda Komisyonun selahiyetini tanıdığını beyan etmiş olması halinde [...] Komisyona müracaat edebilir.”

Resmi çeviride “zarar gördüğü iddiasında bulunan” şeklinde ifade edilen bölümün, İngilizce¹⁶ ve Fransızca¹⁷ orijinallerinden “ihlalin mağduru olduğunu iddia eden”¹⁸ anlamı çıkmaktadır. Alman hükümeti anılan kişile-

¹⁴ İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi. Sözleşme’nin resmi çevirisi için bkz., RG, 19 Mart 1954, s. 8662.

¹⁵ Sözleşme’ye ek 11. Protokol’le yapılan değişiklik sonucunda bu madde değiştirilmiş, Komisyon kaldırılmış, başvurunun aynı kişiler tarafından Mahkeme’ye yapılacağı kuralı düzenlenmiştir. Konuya ilişkin 34. madde şu şekildedir: “İşbu Sözleşme ve Protokollerinde tanınan hakların yüksek taraf devletlerden biri tarafından ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her hakiki şahıs, hükümet dışı her teşekkül veya her insan topluluğu Mahkeme’ye başvurabilir.” Maddenin resmi çevirisi Bakanlar Kurulu’nun 30 Mayıs 1997 tarih ve 97/9506 sayılı kararının ekinde yayımlanmıştır. Bkz., RG, 20 Haziran 1997, s. 23035.

¹⁶ “[...] claiming to be the victim of a violation [...]”

¹⁷ “[...]qui se prétend victime d’une violation [...]”

¹⁸ Bu yönde bir Türkçe çeviri için bkz., M. Semih Gemalmaz (2003), *İnsan Hakları Belgeleri: Avrupa Konseyi Birinci Bölüm*, C. I, (İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi), s. 50.

rin şikâyetlerinin telefonlarının dinlendiği gerekçesine değil, yürürlükte olan kanunun kendilerinin de dinlenmesine yol açacağı gerekçesine dayandığını, bu durumda anılan uygulamanın “mağdur” olmadıkları için başvurularının kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür.¹⁹

AİHM, Sözleşme’nin “*actio popularis*”e izin vermediğini not etmekle birlikte, bazı durumlarda kişiye doğrudan uygulanmamakla birlikte, kişiyi doğrudan etkilemek şartıyla bir yasanın varlığının bile kişinin haklarını ihlal edebileceğini belirtmiştir.²⁰ Bu yaklaşımın sonucunda bir kişinin, kendisine doğrudan uygulandığı iddiası olmasa bile, gizli önlemler alınmasını olanaklı kılan bir yasal işleme karşı başvuru yapması mümkündür. AİHM’nin burada oluşturduğu mantık şu şekilde açıklanabilir: Eğer devletlere kişilerin haberleşmelerini gizlice izleme imkânı verilir, izleme faaliyeti kişilere haber verilmeksizin yapılır ve ardından izlenme ihtimali olan kişinin başvurusu, mağdur olmadığı gerekçesiyle reddedilirse, Sözleşme’nin 8. maddesi tüm anlamını yitirebilir. Zira böyle bir senaryoda, dinlenen kişi haklarına yapılan müdahaleyi hiçbir zaman öğrenemeyeceği için kanunun doğrudan kendisini uygulanıp uygulanmadığını bilemeyecek, bunun sonucu olarak da özel hayatının ihlal edildiğini hiçbir zaman iddia edemeyecektir. Bu durumda, devlet yetkilileri bu tip gizli izleme faaliyetlerini ne kadar gizli tutarlarsa, müdahalelere hukuken karşı çıkma şansı o kadar azalacaktır.²¹

Klass vakasında Mahkeme, Federal Almanya’da yaşayan herkesin mektup, posta ve telekomünikasyonunun potansiyel olarak takip edilebileceğini, bu nedenle tartışma konusu yasanın tüm posta ve telekomünikasyon kullanıcılarını etkilediğini belirtmektedir. Türkiye’deki telekulak skandalına ilişkin olarak AİHM’nin şu vurgusu özellikle hatırlatılmalıdır: “[...] bu izlenme tehdidinin bizzat kendisinin, posta ve telekomünikasyon hizmetleri yoluyla özgür iletişimi sınırlayan, dolayısıyla tüm kullanıcılar veya potansiyel kullanıcıların 8. Maddeyle korunan haklarına doğrudan bir müdahale niteliğinde olduğu ileri sürülebilir.”²² Yani Almanya’da yaşayan herkes, 25. maddedeki anlamda “potansiyel mağdur” durumundadır ve AİHM’ye başvurabilir. AİHM, bu yaklaşımını daha sonra Malone kararında da

¹⁹ Klass ve Diğerleri/Almanya, 06.09.1978, Series A no. 28, para. 28 ve 30.

²⁰ Id., para. 33. Farklı bir bağlamda bkz., Dudgeon/Birleşik Krallık, 22.10.1981, Series A no. 45; Norris/İrlanda, 26.10.1988, Series A no. 142.

²¹ Id., para. 34.36.

²² Id., para. 37.

tekrarlamıştır.²³ Mahkeme'nin bu içtihadı takip ettiği, 2005 yılında verdiği bir kabul edilebilirlik kararında da görülmektedir.²⁴

AİHM'nin söylediklerini Türkiye'deki telefon dinleme vakasına uygularsak şunları söylemek mümkündür: Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi kararıyla MİT, *Hürriyet*'te yayımlanan habere göre 90 başka Mahkeme kararıyla diğer emniyet birimleri Türkiye'nin her tarafında yaşayan kişilerin iletişim araçlarının izlenmesi ve bazı durumlarda da dinlenmesini ve incelenmesini mümkün kılmışlardır. Bir başka deyişle, Türkiye'de tüm telefon şirketlerinin müşterileri sürekli olarak rızası alınmadan izlenme ve dinlenme tehdidi altındadır. Bu tehdit uzak bir tehdit de değildir. Bir istihbaratçı'nın verdiği bilgilere göre sadece 2004 yılında toplam 22.938 telefon dinlenmiştir.²⁵

Klass ve Iordachi davalarından farklı olarak Türkiye'deki durum sadece yasal mevzuattan²⁶ değil, yargısal ve idari pratikten ileri gelmektedir. Bu kararların ülkede yaşayan herkesin Anayasa'da korunan özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetlerine müdahale olduğuna şüphe yoktur. Her an bir emniyet birimi tarafından dinlenebileceği düşüncesinde olan kişilerin özgürce iletişimde bulunabileceklerini söylemek mümkün değildir. Bir başka deyişle Türkiye'deki telefon abonelerinin mağdur olduklarını kanıtlamak için telefonlarının dinlendiğini veya izlendiğini göstermelerine gerek yoktur, çünkü idare herkesin telefonunu izlemekte, azımsanmayacak sayıda insanın telefonunu ise dinlemektedir.

Ne var ki, gizli bilgi edinmeye ilişkin bir kanunun varlığı her ne kadar herkesin haklarına müdahale anlamına gelse bile, müdahalenin hukuka aykırı olduğu anlamına gelmez. Bu konunun ayrıca incelenmesi gerekir.

²³ Malone/Birleşik Krallık, 02.08.1984, Series A no. 82, para. 64 ve 86; Halford/Birleşik Krallık, 25.6.1997, RJD 1997-III, para. 56.

²⁴ Iordachi ve Diğerleri/Moldovya, Başvuru no. 25198/02, 05.04.2005. Bu davada da başvuruçular kendilerinin telefonlarının dinlendiği iddiasıyla değil, mevcut mevzuatın Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlalini engelleyecek güvenceler taşımadığı iddiasıyla Mahkemeye başvurmuştur.

²⁵ Saygı Öztürk'ün haberine göre 2002 yılında 15 bin 874 ve 2003 yılında 16 bin 18 telefon dinlenmiştir. Bkz., "Seçmen kütüğü ÖSYM belgesi bile izleniyor", *Hürriyet*, 02.06.2005.

²⁶ Aşağıda görüleceği gibi 5397 sayılı Kanun'un çıkarılmasıyla mevzuat da AİHS'ye aykırı hale gelmiştir.

Müdahalenin Hukuka Uygunluğu

Genel Öngörülebilirlik Kuralı

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması" başlıklı 13. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırabileceğini düzenlemektedir. Burada aranan kanun şartı elbette öyle veya böyle bir kanunun bulunması gerekliliği değil, bu hak ve hürriyetlerden yararlanılan kişilerin haklarının keyfi olarak sınırlandırılmasına engel olacak nitelikte bir hukuksal düzenlemenin olmasıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin yine özel hayatın gizliliğine ilişkin bir kararında belirttiği gibi, yasa koyucu Anayasa'daki genel sınırlama nedenlerini aynen kanunlara aktarmak suretiyle, Anayasa'daki kanunilik şartını yerine getirmiş olmaz. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "millî güvenlik" ve "kamu düzeni" uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilir çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavramlardır ve bu nitelikte bir kuralın olduğu gibi yasaya geçirilmesi Anayasa Koyucunun ereğine ve yönergesine uygun düşmez ve bir yasal düzenleme işini göreceği düşünülemez.²⁷

Anayasa Mahkemesi'nin burada kanun koyucudan beklediği "yasa kalitesi", AİHM'nin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kullanılacak hukuksal metinlerde aradığı öngörülebilirlik özelliğinden başka bir şey değildir. AİHM'ye göre, bir vatandaşın davranışlarını kendisine göre ayarlamasına imkân verecek yeterlilikte açıklıkla formüle edilmemiş bir hukuk kuralı, Sözleşme anlamında sınırlamaya dayanak olabilecek bir hukuk kuralı değildir.²⁸ Bu elbette, yasanın yoruma yer bırakmayacak şekilde yazılması anlamına gelmez ama en azından kişi, gerektiğinde hukuksal bir yardım alarak, davranışının sonuçlarının neler olabileceğini makul bir ölçüde öngörebilmelidir.

AİHM, telefon dinlemeye ilişkin olarak, öngörülebilirlik testini değerlendirirken önleyici veya kovuşturma amaçlı telefon dinlemenin

²⁷ 25.4.1974 gün ve E. 1973/41, K. 1974/13 sayılı karar, AYMKD. Sayı 12, s. 152. Aynı ilke Mahkeme'nin 18-22.11.1976 gün ve E. 1976/27, K. 1976/51 sayılı Kararı'nda da tekrarlanmıştır. AYMKD, Sayı 14, s. 364-365.

²⁸ *Sunday Times/Birleşik Krallık*, 26.4.1979, Series A. 30, para. 49; Kopp/İsviçre, 25.3.1998, RJD 1998-II, para. 55.

öngörülebilir olmasının, ilgiliye haber verme anlamına gelmediğini, ancak düzenlenmelerin kişilere kamu otoritelerinin hangi şartlar altında bu gizli müdahaleyi gerçekleştirebilecekleri konusunda fikir vermesi gerektiğini belirtmiştir. İletişimin gizli olarak izlenmesi usulü ilgili kişiye veya kamuya açık olarak gerçekleştirilmediği için, idareye veya yargıçlara dinlemeye ilişkin olarak verilecek yetkinin sınırsız bir şekilde ifade edilmesi hukukun üstünlüğüne aykırı olacaktır.²⁹

Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin bu kararları ışığında, Türkiye'de telefon dinleme için dayanak olarak gösterilen bazı hükümlere ilişkin dinlemenin her halde haberleşme hürriyetini ihlal ettiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Yukarıda bahsedilen 2 Haziran 2005 günlü *Hürriyet Gazetesi* haberinde devamlı alınan mahkeme kararlarının 2937 sayılı MİT Yasası'nın³⁰ 4. maddesiyle, Polis Görev ve Salahiyet Yasası'nın³¹ ek 7. maddesine dayandırıldığı bildirilmektedir. İlgili kanun hükümleri şu şekildedir:

2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

"Ek Madde 7. (Ek: 16.6.1985 – 3233/7 md.)

Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlama üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar."

2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu:

"Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri

Madde 4. Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri şunlardır;

²⁹ Kruslin /Fransa, 24.4.1990, Series A no. 176-A, para. 30 ve Huvig / Fransa, 24.4.1990, Series A no. 176- B, para. 29; Kopp/İsviçre, 23224/94, 25.3.1998, para. 64; Khan/Birleşik Krallık, Başvuru no. 35394/97, 12.5. 2000, RJD 2000-V, para. 26.

³⁰ Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu, RG, 3 Kasım 1983, Sayı: 18210.

a) Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını Deolet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

Her iki kanun hükmü de yukarıda bahsedilen kararların gerektirdiği genel öngörülebilirlik şartları açısından bile iletişimi denetlemek için gerekli hukuksal zemini sunmamaktadır. Ne bu hükümlere dayanarak yapılan idari kolluk faaliyeti niteliğindeki dinlemelerin,³² ne de Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 91. maddesine dayanılarak yapılan adli kolluk faaliyeti niteliğindeki telefon dinlemeleri "kanunla sınırlandırma" kuralının gereklerini yerine getirebilir.³³ İletişimin izlenmesine ilişkin kuralların, ilgili hukuk kurallarında açıkça düzenlenmeden, farklı kurallardan içtihat yoluyla çıkarılması "öngörülebilirlik" şartının yerine getirilmesi için yeterli değildir.³⁴ Bu nedenle, bu hükümlere dayanarak yapılan tüm genel nitelikli telefon dinleme ve izleme faaliyetleri herkes bakımından hak ihlali anlamına gelmektedir.³⁵

³¹ Polis Görev ve Salahiyet Kanunu, RG, 14 Temmuz 1934, Sayı: 2751.

³² PVSK Ek Madde 7'nin bu yönde kullanılamayacağı yönünde bkz., Mustafa Ruhan Erdem (2001), *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, (Ankara: Seçkin Yayınları), s. 170.

³³ Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu yürürlüğe girmeden önce 1412 sayılı CMUK'taki postada el koyma hükümlerinin kıyas yoluyla telefon dinlemeye de uygulanabileceği veya alternatif olarak 91. maddedeki "vesair mersule" teriminin telefon, teleks gibi araçları da kapsayacak şekilde geliştirmeci yorumla okunabileceği ileri sürülmüştür. Yukarıdaki açıklamalar ışığında bu görüşlere katılmak olanaksızdır. İlk görüş için bkz., Ö. Tosun (1984), *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C. 1, (İstanbul: Acar Matbaacılık), s. 911; Ersan Şen (1999), "Türk Hukuku'nda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen 'Hukuka Aykırılık Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler'", *Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan*, (İstanbul: Alfa), 723, 732. İkinci görüş için bkz., B. Öztürk (1995), *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Bası, s. 478-479, (Ankara: DEÜ Yayınları) Bu görüşlerin genel bir değerlendirmesi için bkz. Âdem Sözüer (1997), "Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon. Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi", *İHFM*, C. LV, 67, s. 76 vd.; Bahri Öztürk/Veli Ö. Özbek/Mustafa R. Erdem (2001), *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 6. Baskı), s. 656-657.

³⁴ Örn. bkz., Huvig/Fransa, 24.4.1990, Series A. no. 176-B, para. 33-34; Kruslin/Fransa, 24.4.1990, Series A. no. 176-A; Valenzuela Contreras/İspanya, 30.7.1998, başvuru no. 27671/95, RJD 1998-V, para. 57; Mutatis mutandis, Kopp/İsviçre, 25.3.1998, RJD 1998-II, para. 73.

³⁵ Türkiye'deki telefon dinlemelerin Sözleşmeye aykırılığı konusundaki daha önceki bir çalışma için bkz. Ömer Anayurt (1997), "Strasbourg İçtihatlarında, Türk ve Fransız

Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu

Yukarıda anılan genel öngörülebilirlik ilkesi dışında, iletişimin dinlenmesi ve izlenmesi çok daha ayrıntılı güvencelerin varlığını gerektirmektedir. Sonuçta dinleme, tamamen gizli bir şekilde ve muhatabının bilgisi dışında yapılmaktadır. Bu konuda sıkı güvenceler getirilmediği takdirde, idarenin yetkisini keyfi bir şekilde kullanması mümkündür ki, bu bir hukuk devletinde kabul edilemez.³⁶ MİT yetkililerinin ifade ettiği gibi, hemen her ülkede gizli dinleme yapılmaktadır. Ancak, bugüne kadar AİHM tarafından belli ölçütleri yerine getirmeksizin bu dinlemeleri yapan devletlerin AİHS'i ihlal ettiklerine dair çok sayıda karar verilmiştir.³⁷

AİHM'ye göre, iletişim alanında yetkinin kötüye kullanılmaması için iç hukuk düzenlemesi en azından şu güvenceleri sağlamalıdır: ilgili düzenleme yargı kararıyla telefonları dinlenecek kişi kategorilerinin, böyle bir karara neden olabilecek suçların niteliğinin, telefon dinleme süresinin, elde edilen konuşmaları da içeren özet raporların hazırlanmasında takip edilecek usulün, hâkim ve savunma tarafından gerçekleştirilecek olası inceleme için kayıtların bozulmamış ve tam olarak nakledilmesi amacıyla alınacak tedbirlerin ve özellikle sanık hakkında son soruşturmaya geçilmediğinde veya sanık beraat ettiğinde kayıtların hangi şartlar altında silinebileceği veya silinmesi gerektiği veya teyp kasetlerinin hangi şartlar altında imha edileceğinin bir tanımını vermelidir.³⁸

Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu yukarıda anılan kanunlardan farklı olarak iletişimin dinlenmesi veya tespiti konusunda

Hukuklarında Telefon Dinlemeleri", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, C. XXI, S. 197, s. 50.

³⁶ Halford/Birleşik Krallık, 25.6.1997, RJD 1997-III, para. 49

³⁷ AİHM; Hollanda, İsviçre, Fransa, İtalya, İspanya ve Birleşik Krallık aleyhine çeşitli tarihlerde yapılan telefon dinlemeye (izleme) ilişkin başvurularda Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

³⁸ Kruslin /Fransa, 24.4.1990, Series A no. 176-A, para. 35 ve Huvig / Fransa, 24.4.1990, Series A no. 176- B, para. 34.

³⁹ Kanun'un ve uygulamasının genel bir değerlendirilmesi konusunda şu eslere bakılabilir. Hasan Köroğlu (2001), *Örgütlü Suçluluk, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele (4422) Sayılı Kanun ve Cürüm İşlemek için Teşekkül Oluşturmak*, (Ankara: Seçkin Yayınları); M. Naci Ünver (2002), *Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek için Teşekkül Oluşturmak*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2. Baskı); Mustafa Ruhan Erdem (2001), *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*,

ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır.³⁹ Nitekim telefonların izlenmesine ilişkin haberlerin yayımlanmasının hemen ardından Adalet Bakanı Cemil Çiçek, söz konusu izleme faaliyetlerinin anılan dönemde yürürlükte olan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'na uygun yapıldığını ifade etmiştir.⁴⁰ Konuyla ilgili yapılan suç duyurusunu inceleyen Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı da aynı fikirdedir.⁴¹ Anılan Kanun'un 2. maddesi hangi şartlarda iletişimin dinlenmesi veya tespitin mümkün olduğunu göstermektedir. Bu düzenlemeye ek olarak çıkarılan Yönetmelik ise ilgili Kanun hükmünü çok daha ayrıntılı bir şekilde düzenlemiş ve ek güvenceler getirmiştir.⁴² Kanun, yönetmelikle birlikte doğru bir şekilde uygulandığında, bazı şüpheler yaratmakla birlikte⁴³ Strasbourg standartlarını büyük ölçüde yerine getirecek düzeydedir.

4422 sayılı Kanun'un anılan hükmü şu şekildedir:

“İletişimin dinlenmesi veya tespiti⁴⁴

Madde 2. Bu Kanun'da öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra failere her ne suretle olursa olsun yardım

(Ankara: Seçkin Yayınları)

⁴⁰ Bakan Çiçek, basın toplantısında “Hâkim kararı olmadan böyle bir işlem yapılsaydı bu eleştirilebilirdi. Ama burada hâkim kararı var” ifadelerini kullanmıştır. “Telefon izlemeleri gerekirse yeni yasal düzenlemeler yapılır”, *Vatan*, 4 Haziran 2005. Aynı haberde, Emniyet Genel Müdürlüğü Sözcüsü İsmail Çalışkan'ın da dinlemenin hukuka uygun yapıldığını kendilerinin de benzer faaliyetlerde bulduklarını ifade ettiği bildirilmektedir.

⁴¹ “MİT'te 'telekulak şikâyeti' işleme konulmadı”, *Hürriyet*, 24.6.2005.

⁴² Bkz., 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Bakanlar Kurulu karar no. 2000/1820, *RG*, 26 Ocak 2001, s. 24299.

⁴³ Örneğin Kanunun haklarında dinleme yapılamayacak kimseleri saymaması, özellikle müdafiyeye sanığın görüşmelerinin de kanun kapsamında dinlenmesi durumunda Sözleşmeyi ihlal etme ihtimali söz konusudur. Bu sakınca 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun dinlemeye ilişkin hükümlerinde giderilmiştir. Bkz., md. 135-137. Öte yandan kanunun 1. maddesindeki suç tanımı da yeterince açık olmadığı gerekçesiyle kanunla düzenlenme şartına aykırı bulunabilir. Bu yönde bkz., Öztürk/Özbek/Er-dem, s. 654.

⁴⁴ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu iletişimin denetlenmesi konusunda yeni hükümler getirmektedir. 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 18. maddesiyle 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu da yürürlükten kaldırılmıştır. *RG*, 31 Mart 2005, s. 25772 (Mükerrer). Bunun yanında aşağıda incelenecek olan 5397 sayılı kanun da idari amaçlı dinlemeleri düzenlemektedir.

veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimselerin kullandıkları telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri ve diğer nitelikteki bilgileri dinlenebilir veya tespit edilebilir. Tespit edilenler mühürlenerek yetkililerce zapta bağlanır.

İletişimin dinlenmesine veya tespitine ilişkin kararlar, ancak kuvvetli belirtilerin varlığı halinde verilebilir.

Başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin dinlenmesine veya tespitine karar verilemez.

Resmi veya özel her türlü iletişim kuruluşlarının tuttukları, iletişimin içeriği dışında kalan kayıtlar hakkında da yukarıdaki hükümler uygulanır.

Dinlenme veya tespiti veya kayıtların incelenmesine hâkim karar verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da bu hususlarda yetkilidir. Hakim kararı olmaksızın yapılan bu gibi işlemlerin yirmi dört saat içinde hâkim kararına bağlanması şarttır. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal kaldırılır.

Dinleme ve tespit kararları en çok üç ay için verilebilir, bu süre en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabilir.

İletişimin dinlenmesi ve tespiti sırasında bu Kanun'da öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından kaldırılır. Bu gibi hallerde tedbir uygulaması sonucu elde edilen veriler, Cumhuriyet savcısı'nın denetimi altında derhal ve nihayet on gün içinde yok edilir ve durum bir tutanakla belirlenir.

Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği kolluk mensubu, iletişim kurum ve kuruluşların da görevli veya böyle bir hizmeti vermeye yetkili olanlardan, dinleme ve kayda alma işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların kurulmasını istediğinde, bu istem derhal yerine getirilir ve işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat bir tutanakla saptanır."

Kanun'un verilerin kayıt ve incelenmesine ilişkin 4. maddesi ise şu şekildedir:

“Kayıt ve verilerin incelenmesi

Madde 4. Bu Kanun’da öngörülen suçların veya delillerinin ortaya çıkarılması için, suçların işleniş biçimlerine benzer tutum ve davranışlarda bulunan kişilere ilişkin yer, kuruluş, çevre ve kurumdaki, Devletin ulusal güvenliği bakımından gizli kalması zorunlu olanlar hariç her türlü resmi ve özel kayıtlarla verileri incelenebilir.”

Ağır Ceza Mahkemesi’nin Kararı Kanun’a ve Dolayısıyla Anayasa’ya ve Sözleşme’ye Aykırıdır

Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi’nin telefonların izlenmesine ilişkin kararı, Adalet Bakanı’nun iddiasının tersine, 4422 sayılı Yasa’ya birçok açıdan aykırıdır. Bir kere, Kanun’a göre sadece Kanun’da öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimselerin kullandıkları telefonlar dinlenebilir veya tespit edilebilir. Oysa Mahkeme kararında bu şekilde bir sınırlandırma yoktur. Yönetmelik bu konuyu daha da somutlaştırarak “İletişimi dinlenecek veya tespit edilecek kişinin eğer biliniyorsa kimliği”nin ve “Dinlenecek veya tespit edilecek iletişim araçlarına ait tür, numara, frekans gibi bilgiler”in de karara işlenmesi gerektiğini belirtmiştir (md. 9/a). Daha da önemlisi Yönetmeliğe göre “Dinleme veya tespitte belirli kişi bakımından karar verilir” (md. 10). Oysa Ağır Ceza Mahkemesi kararının kim hakkında verildiğini tespit etmek mümkün değildir.

4422 sayılı Kanun’un 2. maddesine göre “İletişimin dinlenmesine veya tespitine ilişkin kararlar, ancak kuvvetli belirtilerin varlığı halinde verilebilir.” Yönetmelik bu konuda da daha ayrıntılı bir düzenleme getirmektedir. Buna göre, hem talepte hem de kararda “Kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli belirtilerin neler olduğu” belirtilmelidir (md. 9/c).⁴⁵ Burada söz konusu edilen “suç” genel anlamda bir suç değildir. Kararda belirtilmesi gereken somut bir suçtur. Buna rağmen, Ağır Ceza Mahkemesi “Yurtdışı bağlantılı illegal silahlı terör örgütlerinin yasadışı faaliyetlerine yönelik olarak faillerin belirlenmesi” demek suretiyle

⁴⁵ AİHM, Huvig ve Kruslin davalarında hangi kategorideki kişilerin telefonlarının dinlenebileceğinin ve telefon dinlemeyi gerektirecek nitelikte suçların Fransız hukukunda tanımlanmamış olmasını bir ihlal sebebi olarak değerlendirmiştir. Huvig, para. 34.

MİT'e olası tüm faaliyetleri somutlaştırmadan, bu karara göre iletişimi izleme imkânı vermiştir. Böylesi bir karar, kuvvetli belirtilerin neler olduğunu ortaya koymaktan da tamamen uzaktır.

Bilgilerin somut bir suça ilişkin olarak edilmesi kanunun güvencelerini etkili bir şekilde kullanılabilmesi için de hayati önemdedir. Kanun'a göre: "İletişimin dinlenmesi ve tespiti sırasında bu Kanun'da öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından kaldırılır. Bu gibi hallerde tedbir uygulaması sonucu elde edilen veriler, Cumhuriyet savcısı'nın denetimi altında derhal ve nihayet on gün içinde yok edilir." Eğer bu Kanun kapsamındaki her türlü faaliyetin bir tek kararla incelenmesi mümkün olsaydı kanun koyucunun böyle bir hükmü öngörmesinin bir anlamı kalmazdı, çünkü bu tehlikenin her zaman devam ettiğini savunmak mümkün olduğunda verileri yok etmeye de gerek olmayacaktır. Oysa Kanun her bir somut önlemin ardından önleme ilişkin ihtiyaç ortadan kalkınca kayıtların da silinmesi gerektiğini düzenlemektedir.

Benzer şekilde Kanun'un ölçülülük ilkesini sağlamayı amaçlayan "Başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin dinlenmesine veya tespitine karar verilemez" hükmü de anılan kararda hiçe sayılmıştır. Çünkü bu hüküm her bir özel durumda, başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesinin mümkün olup olmadığını değerlendirmeyi gerektirir. Nitekim Yönetmelik hâkim kararının bu konuda bir açıklama yapmasını gerektirmektedir. (md. 9/g) Şüphesiz bu değerlendirme genel bir değerlendirme olamaz. Yapılacak değerlendirme, bu imkânlılığı somut olayda denenilen yöntemler ve olası alternatifleri dikkate alarak test etmelidir. Ülkedeki her türlü iletişim hakkında alınan bir kararın böylesi bir değerlendirme yapmadığını tahmin etmek güç olmasa gerekir.

Yukarıda açıklandığı üzere, AİHM'ye göre telefon dinlemeye ilişkin düzenlemenin belli şartları içermesi gereklidir. Ancak daha önemlisi, Sözleşmenin 8. maddesi uyarınca yapılacak müdahalenin yasaya uygun olması gerekir.⁴⁶ Ulusal mevzuata uygun olmayan dinlemeler, mevzu-

⁴⁶ Resmi çeviride "kanunla derpiş edilmesi şartıyla". Fransızca metinde "prévüe par la loi", İngilizce metinde ise "in accordance with law" ifadeleri kullanılmaktadır. Burada İngilizce metin anlamı daha iyi karşılamaktadır ve Türkçeye "yasaya uygun olarak" şeklinde çevrilmesi mümkündür. Bu yönde bir Türkçe çeviri için bkz., Gemalmaz, s. 41.

atın “öngörülebilirlik” şartlarına uygun olup olmadığına bakılmaksızın hem Anayasa’yı hem de AIHS’i ihlal eder.⁴⁷ Bir başka deyişle kanunun yanlış uygulanması ikinci şartın, yani müdahalenin hukuka aykırılığı şartının oluşması için yeterlidir.

Kaldı ki, böylesi bir uygulama kanuna uygun olsaydı da yukarıdaki bilgiler ışığında Sözleşmeye uygun olduğunu iddia etmek mümkün olmayacaktı. Daha önce de belirtildiği gibi, iletişimin gizli olarak izlenmesi usulü ilgili kişiye veya kamuya açık olarak gerçekleştirilmediği için, idareye dinlemeye ilişkin olarak verilecek yetkinin sınırsız bir şekilde ifade edilmesi hukukun üstünlüğü ilkesine aykırıdır.⁴⁸

Dinleme-Takip

Görüldüğü gibi mevcut kararlarla Türkiye’deki tüm telefon aboneleri için idareden tazminat talep etme imkânı doğmuştur. Bununla birlikte, olayın basında duyulmasından sonra, izleme faaliyetinin hukuka uygun olduğu yönünde bazı açıklamalar yapılmıştır. Bunlardan en önemlisi Hükümet Sözcüsü ve Adalet Bakanı Cemil Çiçek’in yaptığı açıklamadır. Çiçek’e göre “yasalara aykırı bir durum söz konusu değil[dir], telefonların dinlenmesi farklı, izlenmesi farklı[dir].”⁴⁹

Bakan Çiçek bu şekilde, söz konusu olanın dinleme değil izleme olduğunda ayrıntılı bir karara gerek olmadığını, Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi kararı benzeri kararlarla Türkiye’de herkesin telefonunun izlenebileceğini ifade etmektedir. Bu ifadeler, iki nedenle, tamamen yanlıştır.

İlk olarak, bu karara dayalı olarak sadece izleme yapıldığı, dinlemeye başvurulmadığı ifadesi gerçekçi gözükmemektedir. Hem bizzat Adalet Bakanı basın açıklamasında, hem diğer emniyet yetkilileri başka vesilelerle yaptıkları açıklamalarda, bu faaliyet sayesinde birçok suçun

⁴⁷ M.M./Hollanda, Başvuru no. 39339/98, 8.4.2003, para. 45; Craxi (No. 2)/İtalya, Başvuru no. 25337/94, 17. 7. 2003, para. 82; A/Fransa, 23.11. 1993, Series A no. 277-B, para. 38.

⁴⁸ Bkz., yukarıda not 29.

⁴⁹ “MİT dinlemedi, izledi”, 6 Haziran 2005, CNNTürk İnternet Portalı, <http://www.cnnturk.com.tr/TURKIYE/haber_detay.asp?PID=318&HID=1&haberID=101762>; “Çiçek: MİT dinlemedi, izledi”, 7 Haziran 2005, ntvmsnbc.com İnternet Portalı, <http://www.ntvmsnbc.com/news/327463.asp>

engellendiğini ifade etmişlerdir. Bu örneklerden birinde, Emniyet'e bombalı eylem yapmak isteyen bir kadın militanın son dakikada düzenek çalışırken ele geçirildiği belirtilmektedir.⁵⁰ Böylesi bir bilginin sadece telefon izlenerek elde edilemeyeceği açıktır. Belli ki, emniyet güçleri bu ve benzeri kararlara dayanarak aynı zamanda dinleme de yapmışlardır. Bu konudaki haberlerin ardından hiçbir yetkili "önce izleme emri aldık, buradan elde ettiğimiz bilgiler doğrultusunda da şu kişiler hakkında dinleme kararı çıkardık" şeklinde bir açıklama yapmamışlardır. Bu durumda, izleme için alınan kararların dinleme için de kullanıldığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Bir gazete haberine göre MİT bir bilgi edinme başvurusuna verdiği yazılı cevapta "dinlemenin terörü önleme amaçlı gerçekleştirildiğini, herkesin dinlenmesi'nin söz konusu olmadığını belirterek" aslında Ağır Ceza Mahkemesi kararının dinlemeyi de kapsayacak şekilde elde edildiğini kabul etmektedir.⁵¹ Nitekim istihbaratçıların verdikleri sayılar, açıkça Türkiye'de telefon dinlemelerinde de bu genel nitelikli kararlarla yetinildiğini göstermektedir.⁵²

İkinci olarak, telefonlar sadece izlenmiş olsa bile böylesi bir karar hukuka aykırı olacaktır. Bir kere 4422 sayılı Kanun'un 2. maddesindeki usul kuralları sadece dinlemeye değil ve fakat "dinleme ve takip"e ilişkindir. Bunun da ötesinde 4422 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 4. fıkrası "Resmi veya özel her türlü iletişim kuruluşlarının tuttukları, iletişimin içeriği dışında kalan kayıtlar hakkında da yukarıdaki hükümler uygulanır" hükmüne yer vermektedir. Öğretide "yukarıdaki hükümler uygulanır" ifadesinden hareketle, maddenin 4. fıkrasından sonraki güvencelerin bu tür kayıtlar hakkında uygulanamayacağı ileri sürülmekle birlikte,⁵³ bu konudaki belirsizlik uygulama Yönetmeliğinin 15. maddesiyle giderilmiştir. Yönetmeliğin 15. maddesi resmi veya özel her türlü iletişim kuruluşlarının tuttukları, iletişimin içeriği dışında kalan kayıtlar hakkında da, dinleme ve takibe ilişkin güvencelerin uygulanacağını belirtmiştir. Bu hükümler karşısında, Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararı doğrultusunda sadece telefon kayıtlarının alınıp incelendiği varsayılsa bile karar yasaya aykırı bir şekilde alınmış olacaktır.

⁵⁰ "10 yıldır sadece geçen mart telefon izlemedik", *Hürriyet*, 2 Haziran 2005.

⁵¹ "MİT: Herkes dinlenmedi", *Radikal*, 7 Haziran 2005.

⁵² Bir istihbaratçının Türkiye'de dinlenen telefonlarla ilgili verdiği istatistikî bilgiler için bkz., dn 25.

⁵³ Öztürk/Özbek/Erdem, s. 658.

Yine belirtmek gerekir ki, izleme faaliyeti de haberleşme hürriyetine ve özel hayatın gizliliğine karşı yapılmış bir müdahale niteliğindedir. Haberleşmenin içeriği yanısıra, haberleşmenin gerçekleşme şekli, süresi ve yerine ilişkin bilgiler de özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetlerinin koruma alanı içindedir.⁵⁴ Kamu otoritesinin, içeriğine bakmadığı gerekçesiyle, keyfi olarak, kimlerin kimlerle hangi saatlerde, ne kadar süre ile konuştuğunu saptama ve bundan kimi sonuçlar çıkarma hak ve yetkisi olamaz. Bu yönde yapılacak faaliyetlerin de belli ilkeler ışığında gerçekleştirilmesi gerekir. Strasbourg içtihadı da bu yaklaşımı doğrulamaktadır. AİHM'in ifade ettiği gibi, telefon konuşmalarının fiyatlandırılması ve buna ilişkin ortaya çıkabilecek sorunlar nedeniyle telefon şirketlerinin konuşma dökümlerini çıkarması tek başına özel hayata müdahale sayılamaz. Ancak bu verilerin, kişinin bilgisi haricinde ve hukuka aykırı olarak emniyet birimleri tarafından ele geçirilmesi ve kullanmasının özel hayata müdahale niteliğinde olduğuna da şüphe yoktur.⁵⁵ Bunun sonucu olarak AİHM, hukuka aykırı olarak yapılan izlemenin de Sözleşmeyi ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.⁵⁶

5397 Sayılı Kanun Sonrası İletişimin Denetlenmesi Çok Daha Kolay Hale Gelmiştir

Bilindiği üzere, yeni çıkan CMK'nın, önleme amaçlı dinlemeye olanak vermediği ve bu nedenle emniyet güçlerinin özellikle örgütlü suçlarla mücadelede zafiyete uğratıldığı sıklıkla ifade edilmekteydi. Bu durumun önüne geçmek amacıyla, bu yazının yazıldığı dönemde Meclis Polis Vazife ve Selahiyet, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda değişikliğe giderek bu örgütlerin önleyici telefon dinleme ve takibinde bulunabilmelerini sağladı. Bu düzenlemeleri getiren 5397 sayılı Kanun'un Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmakla birlikte Anayasa Mahkemesi'ne götürüldüğü bildirildi.⁵⁷ 5397 sayılı Kanun, önleme dinlemesi açısından 4422 sayılı Kanun'un yerini aldığı

⁵⁴ Sözüer, 72.

⁵⁵ Malone/Birleşik Krallık, para. 84. Ayrıca bkz., P.G. ve J.H./Birleşik Krallık, Başvuru no. 44787/98, 25,9. 2001, para. 42 vd.

⁵⁶ Malone/Birleşik Krallık, para. 87. İngiltere'deki uygulamaya "metering" denmektedir.

⁵⁷ "Telekulak Yetkiye Takıldı", *Hürriyet*, 4 Ağustos 2005.

ve bu yazıda incelenen ihlallerin ağırlaşmasına yol açabilecek çok sayıda hüküm içerdiği için burada kısaca yeni yasadanda bahsetmekte fayda vardır.

Yasaya göre telefonların dinlenmesi için Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" kurulacak, bu kurulun başına ise Telekomünikasyon Kurumu Başkanı'nın teklifi üzerine Başbakan tarafından bir başkan atanacaktır. Yine Kanun'un 1-3. maddelerinde yer alan faaliyetlerin denetiminin, sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları yanında Başbakan'ın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyonlar tarafından yapılacağı belirtilmektedir. Cumhurbaşkanı, haklı olarak bu hükümlerin Anayasa'ya aykırı olduğunu belirterek yasanın iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Ne var ki 5397 sayılı Yasa'nın sorun oluşturan tek hükmü Başkan'ın yetkilerine ilişkin olanlar değildir. 5397 sayılı Yasa aynı zamanda 4422 sayılı Yasa'da belirtilen güvencelerin birçoğunu da içermemektedir. Yukarıda belirtildiği gibi 4422 sayılı Yasa'da kimlerin telefonlarının dinlenebileceğini tahdidi olarak belirtmiş "suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan" kimselerin iletişimlerinin dinlenebileceğini belirtmekteydi. 5397 sayılı Yasa ise "suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla" demek suretiyle bu sınırlamayı tamamen ortadan kaldırmıştır. Bu durumda, Kanun'un bu hükmüne dayanarak suç işleme kuşkusu altında bulunmayan kişilerin de iletişimi denetlenebilecektir. Bu düzenleme, telefonları dinlenecek kişi kategorilerinin Kanun'la açık bir şekilde belirlenmesi gerektiğini söyleyen AİHM içtihadına aykırıdır.⁵⁸

Yine 4422 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde öngörülen "ancak kuvvetli belirtilerin varlığı halinde" dinleme ve takibe başvurulacağına ve "başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin dinlenmesine veya tespitine karar verilemeyeceğine" ilişkin güvenceler de yeni kanunda yer almamaktadır.⁵⁹ Bu kural ölçsüz müdahalelerin kapısını açmaktadır.

⁵⁸ Bkz., 38 nolu dipnot ve ilgili metin

⁵⁹ Adli dinlemeye olanak sağlayan 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesi bu güvenceleri öngörmektedir.

Ayrıca 5397 sayılı Kanun uyarınca, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için hakim kararı almaya gerek kalmamıştır. Bu kurumlardaki bilgiler için hâkim kararı alınması ancak bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde gereklidir. Bir başka deyişle, bu yazıda hâkim kararıyla yapılması eleştirilen herkesin iletişimini takip faaliyeti bundan sonra hâkim kararı olmaksızın doğrudan idare tarafından yapılacak ve vatandaşlar da bu durumdan hiçbir şekilde haberdar olmayacaktır. Bu hüküm, iletişimin izlenmesine ilişkin yargısal denetimi tamamen aradan çıkardığı için özel hayatın gizliliğinin açık bir ihlalini oluşturmaktadır.

Görüldüğü gibi, 5397 sayılı Yasa, 4422 sayılı Yasa'nın layıkıyla uygulanmaması nedeniyle söz konusu olan olumsuzlukları çok daha ağırlaştıracak bir şekilde düzenlenmiştir. 5397 sayılı Yasa'nın kayıtların kamu hizmeti veren kuruluşlardan elde edilmesine ilişkin hükmü, yukarıda açıklanan gerekçelerle, uygulanmaya gerek olmaksızın Anayasa ve uluslararası sözleşmeleri ihlal edecek niteliktedir.

5397 sayılı Kanun'un izlemeye ilişkin hükümleri açısından aşağıda önerdiğimiz hukuk yollarına başvurma imkânı da yoktur. Bu durumda Kanun'un izlemeye ilişkin hükümleri aleyhine doğrudan AİHM'e başvurulması mümkündür.

İhlalin Giderimi

İletişimin denetlenmesine ilişkin faaliyetlerden kaynaklanan hak ihlallerinde, ihlali ortaya koymaktan belki de daha zor olan ihlalin giderimi için izlenecek doğru yolun bulunmasıdır. Bir yolun hak ihlalini gidermek için önerilebilmesi için aranacak en önemli şart bu yolun etkili olmasıdır.⁶⁰ Biz "*etkili*" kavramını sadece münferit olayda çözüm getirme anlamında değil ve fakat Türkiye'deki yaygın bir hak ihlali yöntemini

⁶⁰ Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerine göre de devlet hak ihlali iddialarının incelenebilmesi için etkili iç hukuk yollarının sağlanmasını devletin ödevi olarak saymaktadır. AİHS, md. 13; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, md. 2. Bkz., Bakanlar Kurulu'nun 5851 sayılı Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin İlişik Beyanlar ve Çekince ile Onaylanmasına Dair Kararı, RG, 21 Temmuz 2003, Sayı 25175.

ortadan kaldırma potansiyeli olarak da algılıyor. Aşağıdaki çeşitli yöntemler bu bakış açısıyla değerlendirilecektir.

Bilgi Edinme Hakkı ve Etkili Denetim

Tüm Türkiye'deki iletişimin dinlendiğine ilişkin haberlerin gazetelerde yer almasından sonra, idarenin bu eylemine karşı neler yapılabileceği konusunda görüşler ileri sürülmüştür. Dinleme muhatabının bilgisi dışında gerçekleştirilen bir eylem olduğu için ilk akla gelen yol bu konuda Başbakanlığa bir bilgi edinme başvurusu yapmaktır. Bu görüş çeşitli hukukçular tarafından ileri sürüldüğü gibi, İstanbul bağımsız milletvekili Emin Şirin bu hakkını kullanmış ve MİT Müsteşarlığı kendisine verdiği cevapta dinlemenin terörü önleme amaçlı gerçekleştirildiğini, herkesin dinlenmesinin söz konusu olmadığını belirterek, dolaylı bir anlatımla dinlenenler arasında Emin Şirin'in bulunmadığını belirtmiştir.⁶¹

Kişinin dinlenip dinlenmediği konusunda bilgi edinme başvurusunda bulunması yararlı bir yöntem olmakla birlikte, hukuken "etkili" bir yöntem olduğunu savunmak güç gözükmektedir.

Birincisi, yukarıda açıklandığı gibi herkesi dinlemeye yönelik olarak alınan bir kararın kendisi bir hak ihlali oluşturmakta ve kişinin yapacağı başvuru ile dinlenmediğini öğrenmesi bu anlamda hak ihlalini ortadan kaldırmamaktadır. İkinci olarak, idarenin bu konuda vereceği cevabın doğru olacağını düşünmek de gerçekçi değildir. İdare tehlikeli olduğunu düşündüğü kişileri takip ettiğini iddia etmektedir. İdarenin tehlikeli olduğunu düşündüğü kişilerin böylesi bir başvuru yapması halinde kendilerine dinlenildiklerini söylemesini beklemek mümkün değildir. O halde idare rahatlıkla iletişimin takip ettiği bir kişinin başvurusunda, "hayır böyle bir faaliyetimiz olmamıştır" diyebilir. Bu durumda, bilgi edinme başvurusunun etkili bir hukuk yolu olmadığı açıktır. AİHM'nin yerleşik içtihadında belirtildiği gibi, idarenin kişilerin haklarına müdahaleleri etkili bir denetime açık olmalıdır. Bu denetim ise normal şartlarda, tarafsızlık, bağımsızlık ve usul güvenceleri sunan Mahkemeler tarafından yürütülür.⁶² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de "İnsan

⁶¹ "MİT: Herkes dinlenmedi", *Radikal*, 7 Haziran 2005.

⁶² Rotaru/Romanya, başvuru no. 28341/95, RJD 2000-V, para. 59

Hakları ve Terörizmle Mücadele Konusunda Yol Gösterici İlkeler” başlıklı tavsiye kararında, telefon dinleme benzeri özel hayata müdahale niteliğini taşıyan önlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi için Mahkemeye başvuru hakkının tanınması gerektiğini belirtmiştir.⁶³

Devletin dinlediği kişiyi dinleme sonrasında haberdar etmesi gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır.⁶⁴ Aksi yönde görüşlerin varlığına rağmen,⁶⁵ kanımızca Strasbourg içtihadından dinlemenin sona ermesini takiben ilgililere dinlendiklerini bildirmek yönünde bir zorunluluk olduğuna dair bir sonuç çıkarmak mümkün değildir. AİHM, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun aksine,⁶⁶ telefon dinleme konusunda temel ilkeleri belirlediği *Kruslin ve Huvig*⁶⁷ davalarında dinlenen kişilere sonradan bilgi verilmemesi konusuna değinmemiş, bu konu daha sonra Mahkeme önüne gelen davalarda da incelenmemiştir.⁶⁸ Bu konunun doğrudan tartışma konusu yapıldığı *Klass* davasında da Mahkeme, dinlemenin sona erdiği anda kişiye dinlendiğine ilişkin bilgi verilmemesinin tek başına ihlal doğuramayacağını, çünkü dinleme önleminin etkili olmasını sağlayan olgunun bu olduğunu belirtmiştir.⁶⁹ Ancak *Klass* kararında Mahkeme, aksine delil olmadığı sürece dava konusu dönemde ilgili yasanın Alman makamları tarafından tam olarak uygulandığını varsayması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁰ Daha yakın tarihli bir kabul edilemezlik kararında, Mahkeme açıkça devletin hakkında

⁶³ Bakanlar Komitesi’nin Temmuz 2002’de kabul ettiği “Guidelines on human rights and the fight against terrorism” tavsiyesi, VI (Measures which interfere privacy), <www.coe.int/T/E/Human_rights/h-inf(2002)8eng.pdf.>

⁶⁴ u yönde bir şart 1999 yılında hazırlanan CMUK tasarısında öngörülmüş ancak 5271 sayılı CMK’ya alınmamıştır. Bkz., Sulhi Dönmezer/Feridun Yenisey (1999), *Karşılaştırmalı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve 1999 Tasarısı: Gerekçeler*, (Alkım: İstanbul), md. 104/4.

⁶⁵ Erdem, s. 154; Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar (2003), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, (Ankara: Seçkin Yayınları), s. 294; Öztürk/Özbek/Erdem, s. 695.

⁶⁶ Komisyon *Kruslin* davasında telefonları dinlenen kişilerin hakkında daha sonra takipsizlik kararı verilmesi halinde bu kişilerin bilgilendirilmesine ilişkin bir kuralın iç hukukta bulunmamasını Sözleşmeyi ihlal eder nitelikte bulmuştur. Bkz., *Kruslin/Fransa*, 14.12.1988, Kom. Raporu, para. 69.

⁶⁷ *Kruslin*, para. 35 ve *Huvig*, para. 34.

⁶⁸ Örn. bkz., *Valenzuela Contreras/İspanya* kararında *Huvig/Kruslin* standartları tekrar sayılmış, muhatabın bilgilendirilmesinden burada bahsedilmemiştir. 30.7. 1998, başvuru no. 27671/95, RJD 1998-V, para.46.

⁶⁹ *Klass*, para. 58.

⁷⁰ *Id.* para. 59.

kovuşturma açılmayan kişiye telefonunun dinlendiğini bildirmemesinin diğer güvencelerin bulunması durumunda Sözleşme'yi ihlal etmeyeceği sonucuna ulaşmıştır.⁷¹ Mahkeme'nin eleştiriye açık⁷² bu yaklaşımından şu sonuca ulaşmak mümkündür: Eğer kanun, dinleme öncesi etkili bir yargısal denetim mekanizması öngörüyorsa ve bu sistem layıkıyla işletiliyorsa, dinleme sonrası bilgi verme yönünde bir mekanizma olmaması sorun yaratmaz.

Türkiye'de devletin telefon dinleme ve izleme faaliyetlerini vatan-
daşa bildirme yükümlülüğü iki gerekçeye dayandırılabilir. Birincisi,
gündeme gelen olaylarda mevcut kanunlar gereği gibi uygulanmadığı
için dinleme ve izleme öncesi güvenceler anlamsız kılınmış, bu nedenle
alınan önlemin dinleme sonrası yargısal denetimi özel bir önem ka-
zanmıştır. Bu imkânı sağlamak için kişilerin dinleme faaliyetlerinden
haberdar edilmesi gerekir. Ayrıca, Anayasa'nın 40. maddesine göre
"Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvu-
racağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." Bu hüküm uyarınca dinleme
faaliyeti sona erip, dinlemenin nedeni olan tehlike ortadan kalktığında
dinlenen kişinin bilgilendirilmesi devletin görevidir. Ancak bu yolun
etkili sayılabilmesi için, devletin kişiye olası ihlalin sonuçlarını ortadan
kaldırabilecek hukuk yollarını göstermesi gerekir. Bir başka deyişle, bilgi
edinme veya bilgi edindirme yargısal denetimin yerini alamaz.

Suç Duyurusu-Tazminat Talebi

Telekulak haberinin basında duyulması sonrasında ileri sürülen
iddialardan biri de dinleme ve izleme karar mekanizmasında rol alan
kişilerin cezai sorumluluğuna başvurulacağıdır. Nitekim Diyarbakır
Barosu başkanı Sezgin Tanrıku ve DEHAP Genel Başkan Yardımcısı
Hatice Korkut Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'nin telefon izleme ka-
rarı aleyhine Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı nezdinde suç duyuru-
sunda bulunmuşlardır.⁷³ Elbette bu suç duyurusunun savcılık tarafından

⁷¹ Greuter/Hollanda, Başvuru No. 40045/98, 19 Mart 2002 tarihli kabul edilemezlik kararı.

⁷² Van DIJK P./van HOOFF G.J. H./ vd. (1998), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, (The Hague : Kluwer Law International, 3rd ed), s. 707-709.

⁷³ "Emniyet: Dinleme Hukuki", *Radikal*, 04.06.1005; "İzleme' Kararına Diyarbakır Barosu'ndan Dava", BİA Haber Merkezi, 08.06.2005 (<<http://www.bianet.org/2005/06/08/62120.htm>>)

ciddi bulunması durumunda, iddialar yargı tarafından inceleneceği için suç duyurusunda bulunma bilgi edinme talebinden farklı olarak etkili bir hukuk yolu olarak değerlendirilebilir.

Bununla birlikte, bu yönde yapılacak bir başvuru tazminat talebinin geçerliliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bir kere, kişiler kendileri açısından kullanılabilir etkili hukuk yollarından birini veya birkaçını bir arada kullanabilirler. Bu nedenle suç duyurusu ile birlikte tazminat talep etmenin önünde hiçbir hukuki engel yoktur.

İkinci olarak, suç duyurusunda sonuca ulaşmak daha zor gözükmektedir. Ortada bir suç bulunduğunu kanıtlamak, hizmetin kusurlu ve hukuka aykırı bir şekilde işletildiğini kanıtlamaktan daha zordur. Söz konusu ihlalin mahkeme kararına dayandığı düşünüldüğünde, böylesi bir girişimin başarı şansının çok düşük olduğunu tahmin etmek güç olmayacaktır. Nitekim, Cumhuriyet Savcılığı bu yönde yapılan başvuruyu MİT'in, Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararına dayanarak yaptığı takip ve dinlemenin usul ve mevzuata aykırılık teşkil etmediği gerekçesiyle işleme koymamıştır.⁷⁴

4422 sayılı Kanun, bu Kanun'dan kaynaklanabilecek suçları "Gizliliğin ihlali, yetkililerin sorumluluğu ve cezalandırılması" başlığı altında 10. maddesinde düzenlemiştir. Maddenin 1. fıkrasına göre "Bu Kanun gereğince yürütülen işlemler ve hazırlık soruşturması sırasında alınan kararlar gizlidir. Gizliliği ihlal edenler hakkında iki yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."⁷⁵ Görüldüğü gibi, bu hüküm, doğrudan alınan kararın hukuka aykırılığına değil, kararı açıklamanın hukuka aykırılığına ilişkindir. Aynı maddenin 3. fıkrası "Bu Kanun'un uygulanması ile ilgili yetkilerin suiistimal edilerek başka kanun hükümleri ihlal edilirse, o kanunlarda yazılı cezalar yarıdan bir katına kadar artırılır" diyerek hukuka aykırı bir şekilde dinleme veya izleme yapanların ancak başka kanunlar yoluyla cezalandırılacağını belirtmektedir.

⁷⁴ "MİT'te 'telekulak şikayeti' işleme konulmadı", *Hürriyet*, 24.6.2005. Takipsizlik kararındaki "usul ve mevzuata uygunluk" saptaması kesinlikle yanlıştır. Bu konu yukarıda tartışıldığı için tekrar burada üzerinde durulmayacaktır.

⁷⁵ İlginç bir şekilde mahkemeler bu hükme dayanılarak açılan davalarda, yeni TCK'ya bakmadan 4422 sayılı Yasa'nın yürürlükten kalktığı gerekçesiyle beraat kararı vermektedir. Bkz., "Milliyet'e bir Beraat Daha", *Milliyet*, 18 Haziran 2005.

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu⁷⁶ bu konuyu açık bir şekilde düzenlemiştir. Anılan Kanun'un 132. maddesinin 1. fıkrasına göre *"Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."* Kanun'un 136. maddesine göre ise, *"Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* 137. maddeye göre bu suçların kamu görevlileri tarafından işlenmesi halinde ise ceza yarı oranında artırılabacaktır.

Ne var ki, bu yazıda söz konusu edilen izleme ve dinleme faaliyetlerinin hiçbiri 5237 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 1 Haziran 2005 tarihinden sonra gerçekleştirilmemiştir. Bu durumda, söz konusu faaliyetlere aleyhe bir hüküm içermediği takdirde Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun⁷⁷ hükümleri uygulanacaktır. Bu Kanun'un ilgili hükümleri ise 5237 sayılı Yasa'da olduğu gibi açık değildir. Bir kere, 765 sayılı Yasa'nın konuyu düzenleyen 195. maddesi genel olarak haberleşmenin gizliliğini ihlal etme hükmünü içermemekte, hangi iletişim araçlarına müdahalenin suç sayılacağını açıkça saymaktadır. Her ne kadar maddede *"[f]ail telefon mükalematı mahremiyetini ihlal ederek bir zarar husulüne sebep olursa [...] hapsolunur"* demekteyse de telefon kayıtlarının izlenmesi bu kapsamda değerlendirilemez. Ayrıca, Kanun'un 199. maddesi uyarınca, bu cürüm hakkında takibat yapılması alakadar olanların şahsi davasına bağlıdır. Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin dinleme faaliyetine ilişkin yapılan başvuruda yapılacak olası savunmada, bu karar sadece telefonların izlendiği, içeriklerinin dinlenmediği bu nedenle konuşma mahremiyetinin ihlal edilmediği ileri sürülecektir. Bu karara dayanarak dinleme yapıldığına dair şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık bir delil bulunmadığı sürece bizce de bu hükümler karşısında hukuka aykırı izlemenin cezalandırılması mümkün gözükmemektedir. Dinlemenin kanıtlanamadığı durumlarda, hem konuşma mahremiyetinin ihlal edildiğinin hem de doğan zararın ispatı zor olduğundan sorumluların cezalandırılması kanımızca güçlü bir ihtimal olarak gözükmemektedir.

⁷⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, RG, 12 Ekim 2004, Sayı: 25611.

⁷⁷ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, RG, 13 Mart 1926, Sayı: 320.

Hâkimlerin Sorumluluğu

Telefon dinlemeden kaynaklanan sorumluluk tartışmasında göz ardı edilmemesi gereken bir nokta da kararı veren hâkimin sorumluluğudur. MİT yetkilileri, ellerinde bir yargı kararı bulunduğunu, kendilerinin buna uygun olarak izleme yaptıklarını ileri sürmektedirler. Bilindiği üzere, kural olarak hâkimler verdikleri yargı kararları nedeniyle sorumlu tutulamazlar.⁷⁸ Ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu⁷⁹ bazı istisnai durumlarda hâkimlerin yargısal faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğuna dayanarak tazminat davası açılabilirliğini öngörmüştür. HUMK'un 573. maddesine göre, hâkimler hâkimlik görevini yaparken yargısal faaliyet nedeniyle vermiş oldukları zararlar nedeniyle sorumlu tutulabilirler. Telefon dinleme ve izleme konusunda, 573. maddenin karar veren hâkimin sorumluluğuna yol açabilecek 3 ayrı fıkrası dikkati çekmektedir. Maddenin 1. fıkrasına göre hâkim; iki taraftan birini tesahüp ve iltizam veya gazez ve nefsaniyet dolayısıyla diğeri aleyhine karar verirse, 2. fıkrasına göre kabili tevil ve izah olmayacak surette vazih ve sarahati katiye kanuniye'ye mugayir karar verirse ve nihayet 7. fıkrasına göre memuriyet vazifesini yapmakta ihmal ve terahi gösterirse tazminat yükümlülüğü doğar.

Genel izleme yönünde karar verilmesi durumunda, hâkimin 1. fıkradaki benzeri bir gazezinin olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle 1. fıkranın genel izleme aleyhine açılacak davalarda uygulanması mümkün değildir. 2. fıkra ise, kabili tevil ve izah olunamayacak surette açık kanun hükümlerinden bahsetmektedir. Bu fıkradan kaynaklanan sorumluluk hali için yargıcın kasıtlı hareket etmesine gerek yoktur, basit bir ihmal dahi yeterlidir ve yukarıda açıklandığı üzere anılan karar 4422 sayılı Yasa'ya birçok açıdan aykırıdır. Ancak, bu durum 4422 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin kabili tevil ve izah olunamayacak surette açık olduğu anlamına gelmeyebilir. Gerçekten de, gerek haberin gündeme gelmesiyle Adalet Bakanı'nın yaptığı açıklamalar, gerek 2000 yılında Emniyet Genel Müdürlüğü'nün yaptığı başvurunun

⁷⁸ Aşağıda görüleceği gibi yargıçların idari faaliyetleri nedeniyle verecekleri zararlar tam yargı davasına konu olabileceği gibi, yargıçların haksız fiillerinden kaynaklanan sorumluluk da genel hükümlere tabidir. Örn. bkz. Yargıtay 4. HD, 10.6.1999, K. 4284/5514, aktaran E. Günay (2000), *Yargısal Görevlerinden Dolayı Hakimlerin Tazminat Sorumluluğu ile Hakimlere, C. Savcılara ve Avukatlara Karşı İşlenen Hakaret Suçları*, (Ankara: Seçkin) s. 98.

reddedilmesi üzerine dönemin Adalet Bakanı'nın yazılı emirle bozma isteminde bulunması ve gerekse olay sonrasında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın takipsizlik kararında yaptığı yorumların da gösterdiği gibi, en üst düzeydeki yetkililer bile Kanun'un bu şekilde yorumlanabileceği görüşünü ileri sürmüşlerdir. Ayrıca, yukarıda anılan haberlerin doğru olduğu varsayılırsa bugüne kadar Türkiye'de bu yönde onlarca karar verilmiştir. Bu durumda, hükmün şüpheye yer bırakmayacak düzeyde açık olmadığı ileri sürülebilir.

Nihayet, Kanun'un 7. fıkrasında hâkimin görevini yapmakta ihmal ve terahi göstermesi halinde sorumluluğu doğabileceği düzenlenmektedir.⁸⁰ Yargıtay'a göre hâkimin bu hükme göre sorumlu tutulması için özensiz olduğunun saptanması yeterlidir, kasıtlı olarak hareket ettiğinin tespit edilmesine gerek yoktur. Hatta telefon dinleme gibi acil bir şekilde karar alınması gereken durumların varlığı, özensiz davranmanın varlığını haklı kılmayacaktır.⁸¹ Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi, Kanun'un ilgili hükmünün uygulanması için gerekli şartların oluşup oluşmadığını incelememiş, herkesi kapsayacak bir izleme kararı çıkarmıştır. Bu nedenle özensizce verilen kararın sorumluluk yaratacağı düşünülebilir. Ancak, herkesi kapsayacak şekilde verilen telefon izleme vakalarında ihmalden çok, yasayı bu şekilde yorumlama durumu söz konusudur ki, yukarıda açıklandığı üzere yasanın bu şekilde yorumlanabileceğini söyleyenlerin sayısı da az değildir.

Hâkimin yargılama faaliyetinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, hukuka aykırılık yanında zararın da doğması gerekmektedir. Yargıtay hukuka aykırı bir telefon dinleme kararının 573. madde uyarınca hâkimin sorumluluğunu doğurup doğurmayacağını incelediği yakın tarihli

⁷⁹ 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, RG, 2, 3, 4 Temmuz 1927, Sayı: 622-624.

⁸⁰ Bu fıkranın, hâkimlerin hiçbir makamdan emir almayacağı esastan hareketle sadece hâkimlerin idari faaliyetlerinden dolayı sorumluluklarına ilişkin olduğu ileri sürülmüştür. Bir diğer görüş maddenin sadece hâkimlerin yargısal faaliyetlerinden sorumluluğuna ilişkin olduğunu dikkate alarak, burada da söz konusu olanın nizasız kaza faaliyetleri olduğunu ileri sürmektedir. Bkz., Baki Kuru (2001), *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. V, (İstanbul: Demir-Demir, 6. Baskı), s. 5838. Bununla birlikte, aşağıda görüleceği gibi Yargıtay bu fıkrayı da tüm yargı faaliyetleri açısından uygulamaktadır. Aynı yönde bkz., S. Aydınalp (1997), *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, (Ankara: Dayınlarlı), s. 142-43.

⁸¹ 4. HD, E. 2001/9259 K. 2001/12483 T. 11.12.2001.

bir kararda “*Karar, hukuka aykırı olsa bile, uygulamaya konulmadığından zararın doğduğu da söylenemez*” demektir. Yargıtay’a göre davacı, karar gereğince, telefonlarının dinlendiğini ve izlendiğine ilişkin kanıt getiremezse, zararın doğduğunu ortaya koyamamış demektir. Sorumluluk için hukuka aykırılık yeterli olmayıp zararın varlığı da gereklidir.⁸² Biz yukarıda açıklanan AİHM kararları ışığında herkesi etkileyecek nitelikteki iletişimin denetlenmesi kararlarında, zararın dinleme olmasa bile gerçekleşmiş sayılması gerektiğini düşünüyoruz. Bununla birlikte, hakkında dinleme kararı verilmiş kişi hakkında bile dinlendiğine ilişkin kanıt istendiği düşünülürken, izlendiği veya dinlendiği konusunda kanıt sunamayan kişiler açısından hâkimlerin sorumluluğunu talep etmenin zorluğu ortadadır.

Aslında, sorunun çözümü açısından hâkimlerin hukuki sorumluluğuna gitmek doğru bir tercih de değildir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hâkimlerin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığını her kararda tartışmaya açmak, verdikleri her kararın bir tazminat davasına yol açacağı sanısı doğuracağı için adaletin sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesine engel olacaktır. Daha da önemlisi, yukarıdaki haberlerin de gösterdiği gibi, Türkiye’de telefon dinleme sorununun kaynağı bir hâkimin hukuka aykırı karar vermesi değil, bir kamu hizmetinin yanlış örgütlenip, kötü işlemesidir. Özellikle, telefonunun dinlendiğini kanıtlayamayan kişiler açısından söz konusu hak ihlali, herhangi bir hâkim kararından değil, herkesi izlemeye ilişkin alınan onlarca kararla oluşturulan paranoya ortamından kaynaklanmaktadır. Bu yönde şikayeti olabilecek çok sayıda kişinin bir yargıcı dava etmesi adil olmayacağı gibi sorunu ortadan kaldırmak için de doğru yöntem sayılabileceği şüphelidir. Her ne kadar, kötü işleyen bu hizmetin belirli aşamalarında hâkim kararı varsa da, kanımızca bu karar telefon dinleme faaliyetini bir bütün olarak yargı faaliyetine dönüştürmez. Bu nedenle, telefonların izlenmesinden kaynaklanan hak ihlali iddialarında esas incelenmesi gereken devletin sorumluluğunun bulunup bulunmadığıdır.

Devletin Sorumluluğu

Anayasa’nın 40. maddesine göre “*Kişinin, resmî görevliler tarafından*

⁸² 4. HD, E. 2001/9259 K. 2001/12483 T. 11.12.2001. Karar daha sonra Hukuk Genel Kurulu tarafından da onanmıştır. Bkz. HGK, E. 2002/4-277, K. 2002/344, T. 1.5.2002.

vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, Kanun'a göre, Devletçe tazmin edilir." İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açık olduğu için faaliyet idari bir faaliyet olarak değerlendirildiğinde, devletin faaliyetinden dolayı sorumlu tutulacağına da şüphe yoktur. Devletin yargı faaliyetlerinden sorumluluğu söz konusu olduğunda ise farklı bir rejim uygulanmaktadır. Biz burada devletin sorumluluğu meselesini, yargı faaliyetinden sorumluluk ve idari faaliyetten sorumluluk olarak iki ayrı başlık altında inceleyeceğiz. İlk alt başlıkta, izleme yönünde alınan mahkeme kararlarının idarenin sorumluluğunu kaldırdığını varsayarak devletin bu yargı kararı nedeniyle sorumlu olup olamayacağını tartışacağız. İkinci alt başlıkta ise, izleme yönünde verilen kararın faaliyetin idari niteliğini ortadan kaldırmadığı tezini açıklamaya çalışacağız.

Bir Yargı Kararı Olarak İzleme Kararı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, devletin yargı organlarının faaliyetlerinden sorumlu olup olmayacağı tartışılırken organik değil fonksiyonel bir ayrıma gidilmektedir. Bunun sonucu olarak, yargı makamlarının idari nitelikteki faaliyetlerinin tam yargı davasının konusu olacağına dair bir fikir birliği olduğunu söylemek mümkündür.⁸³ Bu konuya, telefon dinleme veya izlemeye izin kararının idari faaliyeti yargısal faaliyete çevirip çevirmediğini değerlendirirken aşağıda tekrar döneceğiz. Ancak burada öncelikli olarak incelenmesi gereken konu, mahkemelerin telefon dinleme konusunda verdikleri kararların bir yargı faaliyeti olduğu kabul edildiğinde bu faaliyetten dolayı devletin sorumlu tutulup tutulamayacağıdır.

Türkiye'de devletin yargı faaliyetlerinden dolayı sorumlu olup olmayacağı sorunu çok sınırlı bir şekilde tartışılmış, yargı yerlerinin bu konudaki cevabı ise genellikle olumsuz olmuştur. Öğretide ise devletin yargı yerlerinin faaliyetlerinden dolayı sorumluluğu konusunda genelde üç görüş ileri sürüldüğü görülmektedir.⁸⁴ İlk görüşe göre devlet hiçbir

⁸³ Bu yönde bkz., Danıştay 5. D., 17.05.1996, E. 1995/4416, K. 1996/1911, DD., S. 92; Yargıtay HGK, 28.5.1997, E. 1997/4-2, K. 1997/33; Yargıtay HGK, 24.9.1997, E. 1995/5, K. 1997/36. Kuru, s. 5381; N. M. Berkin (1977), "Mahkeme Kararlarından ve Yargısal Tasarruflardan Devletin Sorumluluğu", *İÜHFD*, C. 43, s. 181, 187. Yargıcın vesayet dairesi sıfatıyla yaptığı faaliyetlerden doğan sorumluluğu da bu kapsamda değerlendirmek mümkündür. Bkz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, md. 468.

⁸⁴ Farklı görüşlerin tezleri için bkz., Aydınalp, s. 231 vd.

şekilde yargı faaliyetlerinden dolayı sorumlu tutulamaz. İkinci görüşe, göre devletin yargı fonksiyonunun faaliyetlerinden dolayı olarak sorumlu tutulması mümkündür. Nihayet üçüncü görüşe göre devlet hâkimlerin davranışlarından dolayı doğrudan sorumlu tutulabilir.

Devletin yargı faaliyetlerinden hiçbir şekilde sorumlu olmayacağı görüşü doğru değildir. Yukarıda da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 40. maddesine göre kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar Devletçe tazmin edilir. 40. maddede, 125. maddenin aksine idarenin işlem ve eylemlerinden değil devlet faaliyetlerinden söz edilmektedir. Gerçekten de doğru olan devletin yargı da dâhil olarak her türlü faaliyetinden dolayı hak ihlallerinden sorumlu olmasıdır.

40. madde zararın "*Kanun'a göre*" tazmin edileceğini belirtmektedir. Kanun koyucu, yargı organlarının bazı faaliyetlerinden doğan zararın devlet tarafından karşılanacağını açıkça düzenlemiştir. Örneğin, mülga 466 sayılı Kanun haksız tutuklama ve yakalamalarda yargıcın kusuru olsun olmasın devlete karşı dava açılabilmesini öngörmekteydi.⁸⁵ Yeni CMK, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat başlığı altında (md. 141), devlete karşı dava açılacak koruma tedbirlerinin kapsamını genişletmiştir. 141. maddede, yakalama ve tutuklamanın yanında arama ve el koymadan doğan zararlardan dolayı devletten tazminat istenmesi öngörülmüşken aynı durum telekomünikasyonun denetlenmesinden kaynaklanan zararlar için öngörülmemiştir. Muhtemeldir ki, kanun koyucu burada maddi bir zararın söz konusu olmadığını düşünmektedir. Ancak, 141. madde hem maddi hem de manevi zararların karşılanacağını öngördüğüne göre hükmün her türlü koruma tedbirini içerecek şekilde genişletilmesi gerektiği söylenebilir.

Devletin yargı faaliyetinden sorumluluğu bazen de uluslararası yargı kararları ile tespit edilmektedir. Mahkemelerin tarafsız ve bağımsız olmaması⁸⁶ veya yargılamanın makul süreyi aşması⁸⁷ gibi. Taraf olduğumuz uluslararası anlaşmaların, bu anlaşmalardaki hakların

⁸⁵ Bkz. Kanun Dışı Yakalanan Veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun, RG, 15.5.1964 -11704.

⁸⁶ Örn. İncal/Türkiye, başvuru no. 22678/93, 9.6.1998; Çıraklar/Türkiye, başvuru no. 19601/92, 28.10.1998; Hulki Güneş/Türkiye, başvuru no. 28490/95, 19.6.2003.

⁸⁷ Örn. Yağcı ve Sargın/Türkiye, başvuru no. 16419/90, 16426/90, 8.6.1995; Bükler/Türkiye, başvuru no. 29921/96, 24.10.2000.

ihlali karşısında iç hukukta etkili başvuru yollarının mevcudiyetini bir zorunluluk olarak gördüklerine göre, eğer bu andlaşmalarla korunan hakların ihlaline yargılama faaliyeti sebebiyet veriyorsa, bu faaliyetler karşısında devlete karşı tazminat davası açılabilmesinin mutlak gerektiğine şüphe yoktur.

Yasayla açıkça devletin yargı faaliyetinden ne şekilde sorumlu olacağı belirtilmemişse yine de Anayasa'nın 40. maddesi dayanak yapılarak devletten tazminat istenebilir mi? Bir görüş bunun mümkün olmadığı yönündedir.⁸⁸ Yukarıda belirtildiği üzere devletin hâkimlerin faaliyetlerinden sorumlu olabileceğini ileri süren görüşler, devletin bu sorumluluğunun doğrudan ya da dolaylı olmasına göre ikiye ayrılmaktadır. Devletin dolaylı sorumluluğu bulunduğunu savunan görüşe göre, yargıç devlet tarafından istihdam edildiğine göre devletin tıpkı özel hukuktaki hizmet akdindeki gibi çalıştırdığı kişinin hatalarından dolayı sorumlu tutulması mümkündür.⁸⁹ Devletin sorumluluğunu Borçlar Kanunu'nun 55. maddesine dayandıran bu görüşün öğretilde çok taraftarı olmadığı gibi⁹⁰ bu görüş Yargıtay tarafından da kabul edilmemektedir.⁹¹ Yargıtay'ın haklı olarak belirttiği gibi BK 55. maddesinde öngörülen sorumluluğun gerekçesi çalışanın, çalıştırının emir ve talimatı, denetim ve gözetimi altında çalışmasıdır.⁹² Oysa hâkimler Anayasa gereği kimsenin emir ve talimatı altında çalıştırılmazlar. Bu nedenle BK 55. maddesine dayanarak devletin yargıçların faaliyetleri nedeniyle sorumluluğuna gitmek mümkün değildir.

İkinci görüş ise, yargısal faaliyetin devlet adına ve onun organı olarak yürütülmesi karşısında yargıcın faaliyetleri nedeniyle devletin sorumluluğunun Medeni Kanun'un "*Organlar, hukukî işlemleri ve diğer*

⁸⁸ R. Sarıca (1949), *İdari Kaza*, C.I, s. 205.

⁸⁹ Bkz., İ. H. Karafakih (1956), "Hâkimlerin Verdikleri Kararlardan Dolayı Şahsen ve Devletin Dolayısıyla Hukuki Mesuliyetleri", *AÜSBFD*, C. XI., S. 3, s. 39, 46.

⁹⁰ M. R. Belgesay (1960), "Devletin Adli Faaliyetten Hukuki Mesuliyeti", *AD*, C. 51, s. 343, 346, O. Özdeş (1971), "Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu ve Devlet", *DD*, S. 2, s. 9, 16; A. Kılıçoğlu (1973), "Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu", *AÜHF*, C. XXX, s. 233, 266; Berkin, 183; Aydınalp, 252.

⁹¹ Yargıtay HGK, 20.2.1991, E. 1990/4, K. 1990/1, YKD, C. 17, S. 6., s. 826; Yargıtay 4 HD, 22.2.1999, 9027/1342, YKD. 1999/7, s. 915.

⁹² BK 55. maddesinin uygulanması halinde devlet istihdam eden olarak gereken özene gösterdiği gerekçesiyle sorumluluktan kurtulabilir. Oysa bilindiği üzere kamu hukuku kuralları uygulandığında, devletin kusursuz sorumluluğuna da gidilebilmektedir.

bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar” hükmüne⁹³ dayandırılabilceğini ileri sürmektedir.⁹⁴ Burada ileri sürülebilecek bir tez, bir kamu hizmeti yerine getiren yargı organlarının faaliyetlerine özel hukuk değil, kamu hukuku kurallarının uygulanması gerektiğidir. Buna karşı ileri sürülen bir görüş, kamu kurumlarının sadece kurumun teşkilatı ve işleyişi açısından kamu hukuku kurallarına tabi olacağı, özel kişilerle devletin ilişkileri açısından Medeni Kanun hükümlerinin uygulanması açısından herhangi bir sorun bulunmadığıdır.⁹⁵

Kanımızca, devletin yargı faaliyetlerinden doğan sorumluluğunu Medeni Kanun’un 50. maddesine dayandırmaya hukuken bir engel yoktur. Ancak devletin yargı faaliyetlerinden sorumlu tutulmasının başka anayasal güvenceleri ihlal edip etmeyeceği de tartışılmalıdır.

Fonksiyonel açıdan yargı faaliyetlerinden dolayı devletin sorumlu tutulamayacağına ilişkin öğretti⁹⁶ ve yargı kararlarına⁹⁷ hâkim olan görüşün iki önemli dayanağı vardır. Bunlardan birincisi, Anayasa’nın 138 vd. maddelerinde düzenlenen mahkemelerin bağımsızlığı güvencesinin yargılama faaliyetlerinin dava konusu olması halinde zedelemeyeceği düşüncesidir.⁹⁸ İkinci önemli dayanak ise hâkimlerin yargılama faaliyetlerine karşı öngörülmüş olan kanun yollarının böyle bir ihtiyacı anlamsız kılacağı,⁹⁹ hatta kesin hükümlerin yeniden ele alınarak tartışma konusu yapılması ve yanlış karar verildiğinden bahisle Devletin tazminatla sorumlu tutulmasının, kesin hükmün bağlayıcılığı ilkesine de aykırı olacağı düşüncesidir.¹⁰⁰

Devletin yargı faaliyetlerinden idari faaliyetler gibi sorumlu olmasının zorunlu olarak yargıçlık güvencesini tehlikeye atacağı doğru değildir. Bir kere, yargı faaliyetlerinden doğan zarar çoğu durumda

⁹³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu md. 50. Aynı konu 743 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 48. maddesinde de düzenleniyordu. Devletin doğrudan sorumluluğunu savunanlar genelde bu hükme dayanmaktaydılar.

⁹⁴ Berkin, 188; Belgesay, 346; Kılıçoğlu, 266.

⁹⁵ Belgesay, 344.

⁹⁶ T. Tan ve Ş. Gözübüyük (1999), *İdare Hukuku –İdari Yargılama Hukuku*, C.2, (Turhan: Ankara), s. 296; Özdeş, 9.

⁹⁷ Yargıtay HGK, 14.1.1976, E. 1975/5, K. 1976/4 ve 14.1.1987, E. 1986/1, K. 1987/1

⁹⁸ Yargıtay HGK, 20.2.1991, E. 1990/4, K. 1990/1, YKD, C. 17, S. 6. s. 826, 829; Belgesay, 345; Aydınalp, 236.

⁹⁹ Kılıçoğlu, 235.

¹⁰⁰ Yargıtay HGK, 20.2.1991, E. 1990/4, K. 1990/1, YKD, C. 17, S. 6. s. 830.

yargıcın kusurundan kaynaklanmaz. Örneğin, davanın yargıcın kusuru dışında, vakanın karmaşıklığı nedeniyle uzaması nedeniyle kişinin zarara uğraması durumunda, yargıç tamamen hukuka uygun da davransa kişinin zararının doğmasına engel olamamış olabilir. Bu nedenle ödenen tazminatın yargıca rücu edilmesi gibi bir sorun bu gibi durumlarda söz konusu olmayacaktır. Öte yandan yargıcın kusuruyla doğan zararlarda da yargıcın rahat çalışabilmesi için zararın yargıca rücu edilmesi yasaklanabilir ya da çok sıkı şartlara bağlanabilir ki bu durum devletin yargı faaliyetlerinden dolayı sorumlu tutulmasının yargı faaliyetlerini olumsuz etkileme ihtimalini ortadan kaldırır.

Yargı faaliyetlerinden doğan zararların kanun yolları kullanılarak giderilmesi ve bunun kesin hüküm olarak tekrar tartışmaya açılmaması gerektiği iddiası da ayrıca incelenmelidir. Gerçekten de yargılama faaliyetinden kaynaklanan bir aksaklık kanun yolları ile giderilebilecektir. Hatta doğrusu da budur, aksi takdirde ortada kesin bir hüküm bulunan hallerde, zarar gördüğünü iddia eden kişi bu kesin hükmün tekrar yargılanması yolunu açar ki, bu hukuk sistemimiz açısından kabul edilemez bir durumdur. Ne var ki, bu yazının konusunu oluşturan telefon dinleme vakası, bu tezin her zaman için geçerli olmadığını açıklıkla ortaya koymaktadır.¹⁰¹ Yargı tarafından verilen bazı kararlar, hakkı ihlal edilenler tarafından zamanında öğrenilemediği için bu kararlara karşı kanun yoluna başvurmak ve söz konusu zararı ortadan kaldırmak mümkün olmamaktadır.

Kaldı ki, zarar gören taraf haberdar olsa bile bazı yargı faaliyetlerinden doğan zararların kanun yollarına başvurmak yoluyla giderilmesi mümkün değildir. Çoğu durumda yargılamanın sebep olduğu zararın nedeni olan olaylarla, kesin hükmün konusunu oluşturan olaylar örtüşmez.¹⁰² Bu açıdan bir Danıştay kararı ilginçtir. Sözü geçen davada davacı, maliki olduğu ve içerisinde alt kiracısının ölü bulunması nedeniyle mühürlenmiş evin, gereksiz biçimde uzun süre mühürlenerek kapatılması nedeniyle mahrum kaldığını ileri sürdüğü kira gelirinin yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle dava açmıştır. Danıştay 10. Dairesi dava konusunun bir yargı faaliyeti olduğu gerekçesiyle davanın reddi gerektiğine karar vermiştir.¹⁰³ Oysa bu davada davacı lehine

¹⁰¹ Benzer olarak bkz., Karafakih, 41; Belgesay, 347-348.

¹⁰² Kılıçoğlu, 234.

¹⁰³ Danıştay 10. D. 15.06.1995, E. 1994/557, K. 1995/3190, DD. 91.

hükmedilecek tazminatın, adam öldürme davasına ilişkin verilen adli mahkeme kararlarına etki etmeyeceği açıktır.

Sonuç olarak, Devlet, Anayasa'daki diğer güvenceler ihlal edilmediği takdirde Medeni Kanunu'nun 50. maddesi uyarınca, yargı faaliyetlerinden dolayı sorumlu tutulabilecektir. Telefon izleme ve denetlemeye ilişkin kararlarda da bu ilkelerin ihlali söz konusu olmadığından devlete karşı dava açılması mümkün görülmektedir.

İdari Faaliyet Olarak İzleme ve Dinleme

Buraya kadar yapılan tartışma, iletişimin denetlenmesi yönünde verilen yargıç kararının denetleme faaliyetini idari bir faaliyet olmaktan çıkarıp yargısal faaliyet haline getirdiği varsayımından hareket ederek yapıldı. Kanımızca bu varsayım da çok doğru değildir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yargı fonksiyonunun klasik tanımı, hukuk düzeninin ihlal edildiğine dair bir iddiannın gerçekliğinin tespit edilmesi ve ihlalin gerçek olması üzerine hukuk düzeninin yeniden tesisi olarak yapılmaktadır.¹⁰⁴ Özellikle idari telefon dinleme faaliyetinde bu unsurların gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir.

Bunun da ötesinde, Azrak'ın çarpıcı bir şekilde ortaya koyduğu gibi yargı ve idare faaliyetleri arasındaki fark sanıldığı gibi büyük değildir.¹⁰⁵ Yargı fonksiyonu ile idare fonksiyonu arasındaki en önemli ve belki de yegâne fark, birincisinin organik bakımdan tam bağımsız ve önüne gelen meselelerle bizzat ilişkisi olmayan merci ve ajanlar tarafından yerine getirilmesidir.¹⁰⁶ Bu farklılığın asli amaçlarından biri kişilere idare tarafından yönelebilecek tehditleri idareden bağımsız bir organa başvurmak suretiyle engellemek veya zararın giderilmesini sağlamaktır.

Danıştay'a göre bir yargı merciinin tesis ettiği işlemin, yargısal değil, idari olduğunu kabul edebilmek için de, söz konusu işlemin bütünüyle idare işleviyle ilgili olması, yargısal nitelikte bir yetkinin kullanılmasına

¹⁰⁴ M. Günday (2003), *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi), s. 11.

¹⁰⁵ Ü. Azrak (1969), "Yargı ve İdare: İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme", *İÜHFİM*, C. 34, s. 129.

¹⁰⁶ Azrak, 155.

ilişkin bulunmaması gerekir.¹⁰⁷ Kanımızca burada incelenmesi gereken konu sürecin bir aşamasında yargı kararının bulunup bulunmaması değil, yürütülen faaliyetin niteliğinin ne olduğudur. Suçları önleme amacıyla yapılan iletişimin denetlenmesi faaliyetleri özü itibariyle idari bir faaliyettir ve bu hizmetin yürütülmesinde ortaya çıkan kusurlar da hizmet kusuru olarak nitelendirilmelidir.

Bu söylenenler yargıç kararının varlığına bağlanan kolluk tedbirlerinin uygulanması açısından özel bir öneme sahiptir. Şöyle ki, özellikle önleme amaçlı yapılan arama, izleme, dinleme faaliyetleri tam bir idari kolluk faaliyeti olup, Anayasa tarafından korunan temel hak ve hürriyetleri korumak amacıyla, hâkim kararının varlığı şartına bağlanmıştır. Bir başka deyişle, hâkim kararı koşuluna bağlama bu alanlarda idarenin keyfi hareket etmesini engellemeyi amaçlamaktadır. Ancak, unutulmaması gereken şudur; eğer böyle bir güvence olmasa, bu alanlarda hukuka aykırı olarak yapılacak idari faaliyetler daha sonra idari dava yoluyla ayrıntılı bir yargılama sürecinin konusu olabilecektir. Telefon dinleme vakalarında olduğu gibi idarenin tüm Türkiye’yi kapsayacak kararları mahkemelerden alıp, daha sonra bu kapsamda yapacakları faaliyetlere karşı devlete dava açılmayacağı kabul edilecek olursa, temel hakları güvenceye almak amacıyla getirilmiş olan hâkim kararı şartı, tam tersine temel hak ve hürriyetleri onarılmaz bir şekilde zedelemeye başlayacaktır. Çünkü idare tüm sorumluluğu kararı veren Mahkemeye devredecek, Mahkeme de yargılama faaliyetinde bulunduğu için devlete dava açılmayacak ve bu durumda hak ihlali muhatapsız kalacaktır. Gerek Adalet Bakanı’nun, gerekse yapılan suç duyurularını takipsizlik kararı ile sonuçlandıran Savcının tavrı söylediklerimizi doğrulamaktadır. Bu olayda MİT’in yaptığı gibi Türkiye’deki herhangi bir mahkemeden tüm Türkiye’yi kapsayacak bir karar almak, bu yaklaşımla tüm yargısal güvenceyi yok etmek için yeterlidir. Gerçekten de haberlere göre MİT önce Ankara Ağır Ceza Mahkemesi’nden karar almak istemiş, bunda başarısız olunca Diyarbakır’a yönelmiştir.

Bu konuda Bilgen’in gazete toplatma konusunda verdiği bir örnek, telefon dinleme için de aynen geçerlidir: *“İdarenin emriyle günlük bir gazetenin dağıtımının önlenmesi veya toplatılması mümkün bulunmaktadır. İdare tarafından alınan dağıtımın önlenmesi veya toplatma kararlarının yetkili*

¹⁰⁷ Danıştay 10. D., 20.9.1990, E. 1990/2918, K. 1990/1760, DD., S. 82-83, s. 1001; Danıştay 10. D., 15.1.1992, E. 1991/3500, K. 1992/46, DD., S. 86., s. 584.

*hâkim tarafından onaylanmaması halinde ilgililerin zararları devlet tarafından tazmin edilecek ve fakat kararın hâkim tarafından verilmesi halinde açılan ceza davası beraetle sonuçlanırsa 'adaletin kestiği parmak acımaz' denilecek ve tazmin edilmeyecektir... Bu çözüm kabul edilmemelidir. ... Mahkemelerin kullandığı egemenlik de 'kutsal, mistik, metafizik, hukuk dışı ve sınırsız' olma niteliğini kaybetmiştir."*¹⁰⁸

Bu yazıda tartışılan kararlar Türkiye'de idari kolluk faaliyetinin kusurlu bir şekilde işletilmesine sebep olmuş ve bu kusur Türkiye'de yaşayan herkesin özgürce haberleşme olanağını tehdit edecek düzeye gelmiştir. Bu durumun varlık sebebi sadece verilen bir yargıç kararı değil bir bütün halinde bu hizmetin kötü işlermesidir. Takip sürecinin bir aşamasında yargının devreye girmiş olması faaliyetin niteliğini değiştirmez.

Tüm bu anlatılanlar ışığında, biz devlet aleyhine herkesin iletişimini izlemeye yönelik faaliyetlerinden dolayı tam yargı davası açılabileceğini düşünüyoruz. Bu alternatiflerin kabul edilmemesi halinde ise AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiği gerekçesi ile AİHM'ye başvurmak mümkün olacaktır.

Sonuç

Son dönemde üst üste gelen haberler Türkiye'de idarenin özel hayata yoğun ve keyfi bir şekilde müdahalesinin örneklerini sunmaktadır. Türkiye'de her yıl milyonlarca insanın iletişimi izlenmekte, onbinlercesinin ise iletişimi dinlenmekte ve kaydedilmektedir. Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu yürürlüğe girinceye kadar hukuki dayanağı olmaksızın yürütülen bu faaliyet, şimdilerde Mahkemelerden genel ve soyut nitelikli kararlar alınmak suretiyle devam ettirilmektedir. Bir şeyler yapılmazsa aynı uygulamanın, güvenceleri ciddi bir şekilde budayan 5397 sayılı Yasa döneminde de devam edeceğine şüphe yoktur.

"Büyük Birader" ısrarla bizlere telefon dinlemenin faziletlerini açıklarken,¹⁰⁹ aslında bizden BBG evinden çıkmamamızı talep etmektedir.¹¹⁰

¹⁰⁸ P. Bilgen (1995), *İdare Hukuku Ders Notları, İdari Yargıya Giriş*, İstanbul, s. 374'den aktaran, Aydınalp, s. 246.

¹⁰⁹ Büyük Birader terimini geniş anlamak gerekir. Gerçekten, yöneticilerin iletişimi

Dünyada ve özellikle Türkiye’de artan şiddet olayları, önümüzdeki günlerde bu faziletleri daha da yoğun bir şekilde hissettirecektir. Bu yazı bir kez daha hukuka bağlı kalınarak da bu faziletlerden yararlanmanın mümkün olduğunu savlamaktadır. Ne var ki, bu sav bugüne kadar “*Büyük Birader*”in gözetiminden çıkmak için yeterli olmamıştır.

“*Büyük Birader*”in gözetiminden çıkışın tek yolu iletişiminin izlendiğini kanıtlayamayanların etkili bir hukuk mücadelesi vermesi, yani devletten tazminat istemesidir. Böyle bir talebin hukuken geçerlilik kazanabilmesi üç şartın varlığına bağlıdır: 1. Telefonunun dinlendiğini kanıtlayamayanların da genel nitelikli dinleme ve izleme kararlarının mağduru olduğunu ortaya koymak, 2. İdarenin haberleşme hürriyetine yaptığı bu müdahalenin hukuka aykırılığını kanıtlamak, 3. İhlalin giderilmesi için etkili hukuk yollarını kullanmak. Biz, yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığı üzere, her üç şartın da güncel izleme haberleri açısından mevcut olduğunu düşünüyoruz.

Tabii bir alternatif daha var. “*Winston: Ama olsun, her şey yolundaydı, çekişme son bulmuştu. Kendisine karşı zafer kazanmıştı. “Büyük Birader”i seviyordun.*”¹¹¹

izlemenin ne kadar gerekli olduğuna dair açıklamalarının yanında, son telekulak skandalının ardından sözkonusu faaliyeti meşrulaştırmak için yapılmış şu haberler gözden kaçmamıştır: “Hepsi Reis’e hayran” (Sedat Peker’in özel görüşmelerinin yayımlandığı haber), *Milliyet*, 05.06.2005; “İzlemeye Takıldılar” (İstanbul Emniyeti’nin İzlemesine takılan üç terörist hakkında haber), Halka ve Olaylara Tercüman, 8 Haziran 2005. İkinci haber şu ifadeleri içermektedir: “Telefonda teknik izleme’nin son ödülü İstanbul’da alındı.”

¹¹⁰ Burada üzümlere belirtelim ki, Büyük Birader bu faaliyetinde fazlasıyla başarılıdır. Bu çalışma dolayısıyla ziyaret ettiğimiz internet forumlarında katılımcılar ezici bir şekilde MİT ve Emniyet tarafından takip edilmekten hiç çekinmediklerini, bundan çekinenlerin bölücü ve teröristler olduklarını ifade etmişlerdir.

¹¹¹ Orwell, 239.

BİR AVUKAT YANINDA AYLIKLI OLARAK ÇALIŞAN AVUKATIN DURUMUNUN AVUKATLIK YASASI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Güneş GÜRSELER*

Hiçbir planlama yapılmadan birbiri ardına açılan hukuk fakültele-
rinin yılda ortalama üç bin mezun vermesi, hukuk diploması alanların
avukat olmaları önünde herhangi bir engel bulunmaması, yaş ortala-
ması çok genç, yaklaşık ellibeşbin avukatı yaşam ve hukuk mücadelesi
içinde bırakmıştır. Kendi bürolarını çeşitli sosyal ve kişisel nedenlerle
açamayan genç avukatlar, bir başka avukatın yanında aylık ücretli
olarak çalışma yolunu seçmişler ve uygulamada “işçi avukat” tipini
oluşturmuşlardır.

“İşçi Avukat”ın özellikleri:

- Baroya kayıtlıdır.
- Kendine ait bir bürosu yoktur.
- Gelir Vergisi mükellefi değildir.
- “Topluluk Sigortası” üyesi değildir.
- “İşveren avukat”ın işyerinde çalışan “işçi” konumu ile SSK kap-
samında sigortalıdır.
- Sigorta primi işçi asgari ücreti üzerinden ödenmektedir.
- “İşveren avukat”, geçerli işçi asgari ücretine göre “işçi avukat”a öde-
diği ücreti giderleri arasında göstermekte ve vergisini ödemektedir.
- “İşçi avukat” adına vekaletname düzenlenmesinde çok farklı
uygulamalarla karşılaşılmaktadır. Genelde vekaletname almamakta,

* Avukat, TBB Genel Sekreteri.

vekaletnameler “işveren avukat” adına düzenlenmekte ‘işçi avukat’ yetki belgesi ile işleri takip etmektedir. Bazen her ikisine birden ortak vekaletname düzenlenmekte ve “işçi avukat”ın SSK sicil numarası vekaletnameye yazılmaktadır. Bazen de gelir vergisi mükellefi olarak vergi sicil numarası olmadığı halde genel vergi sicil numarasını kullanarak “işçi avukat” adına da vekaletname düzenlenmektedir.

- Yapılan iş genel olarak icra dairelerinde ve mahkeme kalemlerinde iş takibi, bazen de “işveren avukat”ın talimatı doğrultusunda duruşmalara girmektir.

- Bağımsız ve serbest değildir.
- Mesleki kimliği öne çıkmamaktadır.
- Çalıştığı büronun avukat elemanı olarak baroya kayıtlı değildir.

Bu nitelikte bir avukatlık faaliyeti Avukatlık Yasası’na uygun mudur?

Aynı büroda birlikte çalışma yönünden:

- “Bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığında avukatlık” yapılmasını Avukatlık Yasası’nın 12. maddesinin 1. fıkrasının c bendi ile avukatlıkla birleşebilen işler arasında saymaktadır.

- Yasa bu olanağı tanıdıktan sonra, büro edinme zorunluluğunu ve avukatların birlikte çalışmalarını düzenleyen maddelerinde buna aykırı hükümler getirmiştir.

- Avukatlık Yasası’nın 43. maddesindeki “Büro Edinme Zorunluluğu” büro sahibi bir avukatın bürosunda “işçi” olarak çalışarak yerine getirilmiş sayılabilir mi? Yasa; “Her avukat, levhaya yazıldığı tarihten itibaren üç ay içinde baro bölgesinde bir büro kurmak zorundadır.” hükmü ile “her avukat”ın “bir büro kurmak zorunda” olduğunu açıkça belirtmiştir. “İşçi avukat” bu anlamda bir büro kurmamaktadır.

- 2001 yılında yapılan değişiklikle, Avukatlık Yasası 44. maddesinde avukatın kişisel bir büro kurma zorunluluğuna iki istisna getirmiştir; “aynı büroda birlikte çalışma” ve “avukatlık ortaklığı”, “işçi avukat”ın fiili durumu bu iki istisnai düzenlemeye de uymamaktadır.

Bu tespitler karşısında; “işçi avukat”ın yürüttüğü faaliyetin Avukatlık Yasası’nın sadece 12. maddesi açısından avukatlıkla birleşebilen iş olarak Yasa’ya uygun olduğu buna karşılık 43. ve 44. maddeler kapsamında aykırı olduğu ortaya çıkmaktadır.

Yeni Avukatlık Yasası hazırlıkları sırasında bu aykırılığın giderilmesi gerekmektedir.

Avukatlık mesleğinin genel ilke ve kuralları yönünden

- Avukatlık Yasası’nın 1. maddesinde belirtildiği gibi avukatlık kamu hizmeti niteliğinde bir serbest meslektir, bağımsızdır. Avukat, yargının kurucu unsuru olan bağımsız savunmayı temsil eder. Yargının kurucu unsuru olduğu için, sav ve hüküm ile birlikte yargıyı kurduğu için gördüğü hizmet kamu hizmeti niteliğindedir. Avukatlığın amacı hukuki ilişkilerin düzenlenmesine, her türlü hukuki sorun ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesine ve genellikle hukuk kurallarının tam olarak uygulanması hususunda yargı organlarına, resmi ve özel kurul ve kurumlara yardım etmektir. Bu nedenle avukat üzerine aldığı işin yapılmasında ne müvekkilin buyruğu altında ne de yalnız onun çıkarları ve yararları peşindedir. Kamu görevi yapmaktadır. Avukat sadece müvekkiline karşı değil, devlete karşı ve hatta topluma karşı da bağımsız olmalıdır. Çünkü avukatın aynı zamanda hem hukuka hem de müvekkilin çıkarlarına hizmet edebilmesi gerçek anlamda bağımsızlığının sağlanması ile mümkün olur. “İşçi avukat”ın ise bu anlamda “serbest” ve “bağımsız” olması mümkün değildir. Birlikte çalışma durumunda bu niteliklerin kazanılabilmesi de ancak Avukatlık Yasası’nın tanımladığı “avukatlık bürosu” ya da “avukatlık ortaklığı” ile mümkündür.

- **Avukatlık ücreti avukatın bağımsızlığı ile doğrudan ilgilidir.** Vekil eden ile avukat arasındaki ilişkinin en önemli unsurlarından biri avukatlık ücretidir. Bu nedenle vekalet ücreti Avukatlık Yasası ile Meslek Kuralları’nda önemle ve öncelikle düzenlenmiş, ayrı bir tarifeye bağlanmıştır. Ayrıca, vekil eden, vekalet ücreti ödemiş olmasına dayanarak avukata her istediğini yaptıramaz. Ücret ödemiş olmak avukatın bağımsızlığına gölge düşüremez. Avukat bir işi kabul etmekle vekil edeninin emri altına girmiş olmaz. Vekalet ücreti herhangi bir malın değeri gibi düşünülemez.

Vekil eden ile avukat arasındaki ücret bu kadar özenle düzenlenirken, avukatı bütün bağımsızlığını ortadan kaldıracak bir işçi-işveren ilişkisi içine hapsetmek yerinde değildir.

Görüldüğü gibi; bir avukat yanında aylıklı olarak çalışan avukatın yani “işçi avukat”ın durumu, 12. madde dışında Avukatlık Yasası’na, Meslek Kuralları’na aykırıdır. Ülke koşulları ve zorunluluklar böyle bir uygulamayı yaratmıştır. Ancak bu fiili durum her geçen gün savunma mesleğine, avukatlığa, bunların saygınlığına zarar vermektedir. Çözümü Avukatlık Yasası’nın 44. maddesindeki “avukatlık bürosu” ya da “avukatlık ortaklığı” şeklindeki uygulamalara geçilmesidir. Türkiye Barolar Birliği, mesleğe aykırı bu fiili durumun sakıncalarına dikkat çekmek ve yasaya uygun uygulamaya yönlendirmek üzere Avukatlık Yasası’nın verdiği yetkiyi kullanarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’nde düzenleme yapmıştır.

II. TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ’NİN AVUKATLIK ASGARI ÜCRET TARİFESİNİN DÜZENLENİP UYGULANMASINDAKİ YETKİLERİ:

Barolar ve Türkiye Barolar Birliği avukatlık mesleğinin yürütülmesinde etkin kuruluşlardır. Avukatlık ücretinin asgari hadlerini gösteren tarife taslağı Avukatlık Yasası’nın 168. maddesi gereğince baro yönetim kurulu tarafından hazırlanmakta ve Türkiye Barolar Birliği tarafınca son şekli verilip Adalet Bakanlığı incelemesinden geçirilerek yürürlüğe girmektedir.

Bu nedenle baroların avukat ücretinin belirlenmesindeki yasal yetkisi yadsınamaz. Ayrıca; Avukatlık Yasası 76. maddesine göre avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirlerini ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını ve hukukun üstünlüğünü sağlamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten baroların, avukatlık mesleğinin en önemli unsurlarından birini oluşturan vekalet ücreti hususunda yasaya aykırılıkların doğrudan takibi en başta gelen görevidir

Avukatlık Yasası’nın Baro Yönetim Kurulu’nun görevlerini düzenleyen 95. maddesi, “Avukatlık Onurunun ve Meslek Düzeninin Korunması” görevini vermektedir. Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu’nun gö-

revlerini belirleyen 121. maddenin 18.bendi de; *“Mesleki dayanışmanın sağlanması ve devamlılığı için her türlü çalışmalarda bulunmak, mesleğe ve meslek mensuplarına yönelik hak ihlallerine karşı avukatlık mesleğini ve meslektaşlarını savunmak ve bu konularda her türlü yasal ve idari girişimlerde bulunmak.”*

Bu görev kapsamında bir avukat yanında aylıklı olarak çalışan avukatın, aldığı eğitim, mesleği, sosyal durumu görmezden gelinerek vasıfsız bir işçi statüsünde *“işçi asgari ücreti”* ile çalıştırılması ya da resmi kayıtların bu şekilde olması mesleğin onurunu çığnemekte ve meslek düzenini bozmaktadır.

Bu durum, Avukatlık Yasası'nın Baro Yönetim Kurulu'nun görevlerini belirleyen 95. maddesinin 4. bendi ve Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun görevlerini belirleyen yukarıda belirttiğimiz 121. maddesinin 18. bendi kapsamında, avukatlık mesleğine ve avukatlara yönelik bir hak ihlalini oluşturmaktadır. Bu hak ihlaline karşı avukatlık mesleğinin ve meslektaşların savunmasında her tür yasal ve idari girişimlerde bulunmak da Türkiye Barolar Birliği'nin görevidir.

Bu görev yerine getirilerek, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde, *“kamu kurum ve kuruluşlarıyla özel kişi ve tüzel kişilerin sözleşmeli avukatlarına ödenecek aylık avukatlık ücreti”* nin belirlenmiş olmasına da dayanarak *“işçi avukat”* in aylık ücretinin en azından vasıfsız işçinin asgari ücretinden fazla olması sağlanmaya çalışılmıştır. Asıl çözüm ise yukarıda belirttiğimiz gibi meslektaşlarımızın birlikte çalışmalarını Avukatlık Yasası'nın 44. maddesinin öngördüğü *“Avukatlık Bürosu”* ya da *“Avukatlık Ortaklığı”* na uygun konuma getirmeleri ile sağlanabilecektir.

AVUKATLIK ASGARİ ÜCRET TARİFELERİNİN ELEŞTİRİSİ

Murat AYDIN*

I. TARİFENİN KONUSU VE KAPSAMI

A. Genel Olarak

Avukatlık asgari ücret tarifesi, avukatın yapacağı bütün hukuki yardımlarda, alacağı en az ücreti belirleyen tarifedir.

Dava veya takiplerde, taraflardan birisi dava ya da takibinde haklı çıktığında, karşı tarafa yargılama giderlerinin yüklenmesi gerekir. Avukatlık ücreti de yargılama gideri olduğundan, kendisini avukat ile temsil ettiren kişi yararına avukatlık ücretine de hükmedilmesi gerekir. İşte karşı tarafa yargılama gideri olarak yüklenecek avukatlık ücretinin miktarı, asgari ücret tarifesindeki hükümlere göre belirlenir.

Avukatlık asgari ücret tarifesinin bir başka uygulama alanı ise; avukat ile iş sahibi arasında belirlenecek ücrete taban oluşturmasında kendisini gösterir. Nitekim, avukat ile iş sahibi yasa kuralları çerçevesinde ücreti serbestçe kararlaştırabilirler. Ancak, kararlaştırılacak ücretin avukatlık asgari ücret tarifesinin altında olmaması gerekir.

Bu yazıda gerek avukatlık asgari ücret tarifesine ve gerekse de CMK hükümleri uyarınca atanacak müdafî ve vekillere ilişkin ücretleri belir-

* Hakim, Adana.

leyen tarife hükümlerinin hazırlanmasına ve yapısına genel olarak yer verilecek, TBB tarafından hazırlanarak 04.12.2005 tarihli *Resmi Gazete*'de yayınlanarak yürürlüğe giren son tarifelerin eleştirisine yer verilecek, bundan sonraki tarifelerin hazırlanmasına bu şekilde katkı yapılmaya çalışılacaktır.

B. Maktu Ücret - Nisbi Ücret

Avukatlık asgari ücret tarifesinde, ücret; maktu ve nisbi olmak üzere iki türdür.

Maktu ücret görülmekte olan davanın konusunun para olmadığı veya para ile ölçülemediği durumlarda verilen ücrettir. Bazı durumlarda da davanın veya hukuki yardımın konusunun değerinin önemi yoktur. Bu tür ücretler, davanın görüldüğü mahkemeye göre değişir ve o mahkemede görülen ve maktu ücrete tabi olan bütün davalar için aynı ücrete hükmedilir. Maktu ücretler tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde gösterilmiştir.

Nisbi ücret, görülmekte olan davanın konusunun para olması veya para ile ölçülebilmesi durumunda, değere göre hesaplanan ve değere göre belirli oranlarda artıp azalan ücrettir. Hangi miktar için hangi oranda ücrete hükmedileceğine ilişkin nisbi ücret oranları tarifenin üçüncü kısmında gösterilmiştir.

Ancak Tarife'nin 12. maddesine burada değinmek gerekir. Bu maddede hükmü uyarınca; belirlenecek bu nisbi ücretin, davanın görüldüğü mahkemeye göre belirlenen maktu ücretin miktarından az olmaması gereklidir. Yani nisbi ücrete bir alt sınır getirilmiş, bu alt sınır olarak da maktu ücretin kendisi belirlenmiştir. Örneğin asliye hukuk mahkemesinde görülen 500 lira değerindeki bir tazminat davası sonunda hesaplanacak nisbi ücret (%12 üzerinden) 60 lira olmasına rağmen, asliye hukuk mahkemesi'nde görülen davalar için belirlenen maktu ücretin 400 lira olması nedeniyle, hükmonulacak vekâlet ücreti 400 lira olarak belirlenecektir.

Talep olunan miktara (dava konusuna, müddeabihe) göre nisbi ücretin belirlenmesinde, davacının dava dilekçesinde belirttiği değer esas alınır. Ancak, yargılama sırasında, davacının belirttiği değer dışında

bir değer belirlenmiş ise ve bu değer davacının dilekçesinde belirttiği değerden çok ise ve davacı fark miktar için harcı tamamlamış ise, harcı tamamlanan bu değer esas alınarak nisbi vekâlet ücretine hükmedilir. Hükmolunan değere göre nisbi ücretin belirleneceği durumlarda ise, mahkemenin kararında hükmettiği değer üzerinden ücret hesaplanacaktır.

II. TARİFENİN HAZIRLANMASI

4667 sayılı Yasa'dan önce, avukatlık asgari ücret tarifesi şu şekilde hazırlanmaktaydı:

Her baronun yönetim kurulu iki yılda bir, kendi seçilmesine ilişkin seçim devresinin başında (Ekim ayı) bir tarife hazırlar ve bunu Türkiye Barolar Birliği'ne gönderirdi. TBB barolardan gelen bu tarifeleri de dikkate alarak baroları gruplandırır ve her grup baro için ayrı bir tarife hazırlayarak Adalet Bakanlığı'na gönderirdi. Adalet Bakanlığı TBB'nin gönderdiği tarifeyi ya aynen onaylar ya da gerekli değişiklikleri yaparak onaylar ve yayınlatırdı. Bu şekilde oluşan tarifeler iki yıl için yürürlüğe girerdi.

4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle, Adalet Bakanlığı'nın barolar üzerindeki vesayetinin azaltılması benimsenmiştir. Bu anlamda, asgari ücret tarifesinin hazırlanmasını düzenleyen 168. madde yeniden yazılmıştır. Yeni yasal düzenlemenin getirdiği en önemli yenilikler; tarifeyi hazırlama görevinin nerede ise tümüyle Türkiye Barolar Birliği'ne geçmesi, tarifelerin bir yıl için hazırlanması ve ücret tarifelerinin her baro için ayrı grup olarak belirlenmesinin kaldırılarak tüm baroların tek grup olarak birleştirilmesi olmuştur.

Yeni yasal düzenlemeye göre, avukatlık asgari ücret tarifesi şu şekilde hazırlanmaktadır:

Baroların yönetim kurulları her yıl eylül ayında, yargı yerlerindeki işlemler ile diğer işlemlerden alınacak avukatlık ücretinin asgari miktarını gösterecek birer tarife hazırlayarak Türkiye Barolar Birliği'ne gönderir. Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, barolardan gelen bu tarifeleri de dikkate alarak, ekim ayının sonuna kadar bir tarife hazırlar ve bu tarifeyi Adalet Bakanlığı'na gönderir.

Adalet Bakanlığı tarifenin kendisine ulaştığı tarihten itibaren bir ay içerisinde, tarife hakkında bir karar verir. Eğer bir ay içinde bir karar verilmez ise, tarife onaylanmış sayılır. Eğer Adalet Bakanlığı tarifeyi onaylarsa, yine sorun yoktur ve tarife TBB tarafından hazırlandığı şekli ile kesinleşir ve yayınlanır. Eğer Adalet Bakanlığı tarifeyi uygun bulmaz ise, bir kez daha görüşülmek üzere TBB'ye gönderir. Tarifeyi yeniden inceleyen TBB yönetim kurulu, ilk hazırladıkları tarifeyi en az 2/3 çoğunlukla aynen kabul ederse, tarife yeniden Adalet Bakanlığı'na gitmesine gerek kalmadan onaylanmış sayılır ve durum Adalet Bakanlığı'na bildirilerek, tarife yayınlanır. Adalet Bakanlığı'nın, Türkiye Barolar Birliği'nin bu kararına karşı, yargı yoluna müracaat hakkı bulunmaktadır. Buna göre, avukatlık asgari ücret tarifelerinin hazırlanmasında ve yürürlüğe girmesinde son söz Türkiye Barolar Birliği'ne ait bulunmaktadır. Bu nedenle, tarifede yazılı ücretlerin gerçek ücretlerle ilgisinin bulunmadığına, bu ücretlerin yükseltilmesini gerektiğine ilişkin eleştirilerin muhatabı artık Türkiye Barolar Birliği'dir.

III. TARİFENİN YÜRÜRLÜK ZAMANI

Yukarıda açıklandığı şekilde hazırlanan tarife, *Resmi Gazete*'de yayınlanmakla yürürlüğe girer. Eğer tarifede, yürürlük zamanı olarak yayım tarihinden sonraki bir zaman gösterilmiş ise, o takdirde tarife belirtilen tarihte yürürlüğe girer.

4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önce, Av. K.'nin 168/5 maddesinde, yeni tarife hazırlanuncaya kadar önceki tarifenin geçerli olacağı kuralı getirilmişti. 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonra bu kurala yasada yer verilmemiştir. Ancak, bu hükmün kaldırılmasının, kuralı değiştirmek için olmadığı kanaatindeyim. Yeni düzenlemeye göre, asgari ücret tarifeleri her yıl için hazırlanmaktadır. Tarifenin yayınlanmasının üzerinden bir yıl geçmesine rağmen, yeni bir tarife hazırlanmamış ise, ya da hazırlanıp yürürlüğe girmemiş ise, önceki tarifenin uygulanması gerekir. Yeni tarife *Resmi Gazete*'de yayınlanuncaya kadar önceki tarife hükümleri uygulanır.

IV. ÜCRET TAKDİRİNDE HANGİ TARİHLİ TARİFENİN UYGULANACAĞI SORUNU

Karşı tarafa yargılama gideri olarak yüklenecek avukatlık ücretinin takdirinde avukatlık asgari ücret tarifesinin uygulanacağını belirtmiştik. Peki, ama hangi tarihteki tarifeye göre ücret takdir edilecektir?

Bilindiği gibi, ülkemizde davaların başlaması ile bitmesi çoğu zaman bir tarife dönemini aşan zamana yayılmaktadır. Bu durumda, dava tarihindeki tarifenin mi, yoksa hüküm tarihindeki tarifenin mi uygulanacağı tartışma konusu olacaktır. Yine, başlayıp devam etmekte olan bir davada, tarafın yargılamanın belirli bir aşamasından sonra avukat ile kendisini temsil ettirmesi durumunda ücretin hangi tarihteki tarifeye göre hükmedileceği tartışma konusu olmuş, bu tartışma İçtihatları Birleştirme Kararı'na ve yasal düzenlemelere konu olmuştur. Bu konu tartışılırken, hep karşı yargılama gideri olarak yüklenecek ücret düşünülmüştür. Oysa hangi tarihteki tarifenin uygulanacağı sorunu, avukat ile iş sahibi arasında geçerli bir ücret sözleşmesi olmadığında ücretin belirlenmesinin düzenleyen 164/4 maddesi hükmünün uygulanmasında ve avukatın kabul edeceği en az ücretin belirlenmesinde de önem taşır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun ilk olarak yasalaştığı zamanda, 168.m.nin ilk düzenlemesinde, tarifeye göre ücret takdirinde hukuki yardımın başlangıcındaki mi yoksa karar tarihindeki tarifenin mi uygulanacağı konusunda bir hüküm yoktu.

Bir görüş hukuki yardımın veya davanın başlangıcındaki tarihin esas alınarak bu tarihteki tarifenin uygulanmasını isterken diğer bir görüş avukatın emeğinin takdiri anlamına gelen ücretin bu emek tamamlanmadan belirlenemeyeceği dolayısıyla da ücretin karar tarihindeki tarife esas alınarak belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştü.

Yargıtay'da çeşitli kararlarında bu iki ayrı görüşü benimsemiş, son olarak da 23.12.1976 tarihinde verdiği içtihatları birleştirme kararı ile tarifeye göre ücret belirlenirken *"hukuk davalarında dava tarihindeki, ceza davalarında ise kamu davasına katılma isteği veya şahsi dava gününde yürürlükte bulunan avukatlık asgari ücret tarifesinin uygulanması gerektiğine"* karar vermiştir.¹

¹ Bu konudaki tartışma için bkz., Yargıtay İBK, 23.12.1976 gün ve 7-6 sayılı kararı.

Daha sonra çıkarılan 2329 sayılı ve 23.12.1976 tarihli Yasa ile bu görüş ve içtihat maddenin 4. fıkrası olarak kanun hükmü haline geldi. Ancak Bu yasal düzenlemede kanımızca sorunu tam olarak çözülmemiştir. Zira Yasa "hukuki yardımın başladığı veya davanın açıldığı" tarihten bahsetmektedir. Örneğin 1988 yılında açılan bir davaya bir avukat bakarken o avukatın çekilmesi sonucunda 1992 yılında başka bir avukat davaya katılırsa ve bu avukat ile müvekkili arasında bir ücret anlaşmazlığı doğarsa ve tabii ki aralarında ücret sözleşmesi yok ise hangi tarihteki tarife esas alınacaktır? Maddede yer alan "hukuki yardım" terimi açıklık kazanmalıdır. Biz bu son durumda da yeni avukatın hukuki yardımının başladığı tarih esas alınması gerektiğini kabul etmiştik ve bunun aksine olan, Yargıtay 13. HD'nin² kararında yer alan avukatın dava veya takibe katıldığı tarihe bakılmaksızın takibin veya davanın başladığı tarihte yürürlükte bulunan ücret tarifesine göre karara bağlanacağına ilişkin görüşünü, Avukatlık Kanunu'nun ve Tarife'nin amacına aykırı bulmuştuk. Yasa'da "hukuki yardımın veya davanın başladığı" tarihten bahsedildiğini, bu durumda avukatın iş sahibine yaptığı hukuki yardımın başladığı tarihteki tarifenin uygulanması gerektiğini ileri sürmüştük.

Olması gereken hukuk açısından da şu görüşleri ileri sürmüştük; "Tüm bunların yanında bizce avukatın ücreti takdir edilirken karar tarihindeki tarifenin esas alınmasına dair görüş daha doğrudur ve bu tür sorunları çözmeye daha elverişlidir. Bu nedenle bu yönde yasal değişiklik yapılmalıdır. Tabii ki asıl sorun ekonomiktir. Davaların uzun sürmesi ve yüksek enflasyon nedeniyle hangi tarihteki tarifenin uygulanacağı sorunu önem taşımaktadır. Bu aşamada bizim enflasyona yönelik bir müdahalemiz olamayacağına göre kendileri dışında oluşan sebeplerle avukatların emeklerinin karşılığını tam olarak alamamaları sonucunu doğuran bu düzenleme değiştirilmelidir."³

4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrasında, Av. K.'nin 168/3 maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

"Avukatlık ücretinin takdirinde, hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarife esas alınır."

Bu düzenleme ile avukatlık ücretinin takdirinde, hukuki yardımın

² Bkz., Yargıtay 13. HD'nin 24.11.1992 gün ve 5978-9106 sayılı kararı.

³ Aydın, Murat; *Avukatlık Ücreti*, 1. Baskı, Ankara 1997 s. 20, 21.

tamamlandığı tarihte yürürlükte bulunan tarifenin uygulanacağı kabul edilmiş, yargılama gideri olarak belirlenecek ücretin belirlenmesinde de hükmün verildiği tarihteki tarifenin uygulanacağı kabul edilmiştir.

Avukatlık ücreti yargılama giderlerindedir. Yargılama giderlerine ilişkin kurallar da usul hukuku kurallarındandır. Usul hukuku kurallarına ilişkin düzenlemeler değişikliğin yapılması ile derhal uygulamaya girer. Bu nedenle 4667 sayılı Yasa ile değişiklik yapılmadan önce yani 4667 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 10.05.2001 tarihinden⁴ önce açılan davalar hakkında verilecek kararlarda da, hüküm tarihinde yürürlükte bulunan avukatlık asgari ücret tarifesine göre yargılama gideri olan avukatlık ücretine hükmetmek gerekir. Yine, 10.05.2001 tarihinden önce, müdahale talep edilen ceza davaları için de durum aynı olup, bu tür ceza davaları için verilecek ücretin de hüküm tarihinde yürürlükte bulunan avukatlık asgari ücret tarifesine göre hesaplanması gerekir.

Bunun yanında; avukat ile iş sahibi arasında yapılan ücret sözleşmesine taban oluşturan, asgari ücretin, sözleşmenin yapıldığı tarihe göre belirlenmesi gerektiği hususu, işin niteliği itibarıyla izahtan varestedir.

V. TARİFEYE GÖRE YÜKLENECEK ÜCRETİN ALT VE ÜST SINIRI

Av. K.'nin 169. maddesi yargılama gideri olarak dava veya takip sonucu haksız çıkan tarafa yükletilecek ve Av. K. m. 164/son gereği avukata ait olacak vekâlet ücretinin miktarına ilişkindir.

Gerçekten de bu durum maddede "*karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti*" sözü ile açıklanmıştır.

Buna göre hâkim dava sonucunda avukatın harcamış olduğu emeği, işin zorluğunu, yargılamanın sürdüğü zamanı, haksız çıkan tarafın yargılama sırasındaki başta davayı uzatmaya yönelik olanlar olmak üzere bazı davranışları gibi unsurları dikkate alarak avukatlık ücretini belirler. Bu belirleme asgari ücretin altına inmemeye ve üç katından fazlaya çıkmama olarak iki şekilde sınırlandırılmıştır. Bu durum avukatlık

⁴ 02.05.2001 tarihinde kabul edilen 4667 sayılı Yasa 9. ve 22. maddesi hariç olmak üzere, 10.05.2001 gün ve 24398 sayılı *Resmî Gazete'* de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

asgari ücret tarifesinin 3. m.'nin ilk fıkrasında da açıkça belirtilmiştir. Ancak bu hüküm uygulamada hemen hiçbir zaman uygulanmamakta, karşı tarafa yükletilecek vekâlet ücretinin belirlenmesinde tarifedeki miktarın üzerine çıkılmamaktadır. Böyle yapılmaması, yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Kanun'un ve Tarife'nin bu hükmüne göre, hâkim davanın seyrine göre karşı tarafa yükletilecek vekâlet ücretini belirtilen sınırlar içerisinde belirlemelidir.

Bunun yanında başta da belirttiğimiz gibi 169. madde hükmü sadece karşı tarafa yükletilecek olan ve yargılama gideri niteliğinde olan avukatlık ücretini düzenler, yoksa avukat ile müvekkil arasındaki ücrete ilişkin değildir. Avukat ile müvekkili arasındaki ücret belirlenirken aralarında bir ücret sözleşmesi yok ise ücret, Av. K. m. 164/4'e göre belirlenir. Bu belirleme yapılırken avukatlık asgari ücret tarifesi tam olarak uygulanır. Bu durumda ücretin üç katına kadar çıkarılması söz konusu olamaz. Yargıtay'da bir kısım kararlarında bu hususu belirtmiştir.

Av. K.'nin 169. maddesinin ikinci fıkrasında tarifenin belirlenmesinde bir milyar gibi bir sınır konulmuştu. Gelişen ekonomik şartlara tarifenin uydurulmasında zorluklar çıkarabilecek bu düzenleme 4667 sayılı kanun ile kaldırılmıştır.

VI. KARŞI TARAFAYA YÜKLENEN VEKÂLET ÜCRETİNİN KİMİN ADINA HÜKMEDİLECEĞİ SORUNU

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi hükmü, 4667 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce şu şekilde idi;

“Avukat ile iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir.”

Bu hüküm 4667 sayılı Kanun ile şu şekilde değiştirilmiştir;

“Dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti, avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez.”

Bu düzenleme karşısında, karşı tarafa, dava (ya da takip) sonunda, yargılama gideri olarak yüklenecek vekâlet ücretinin, avukata mı yoksa müvekkile mi hükmedilmesi gerektiği sorunu tartışma konusu olmuştur.

Karşı tarafa yargılama gideri olarak yükletilecek olan avukatlık ücretinin, davanın tarafı olan asıl lehine hükmedilmesi gerekir. Söz konusu ücretin aşağıda açıklanan nedenlerle vekâlet görevini ifa eden avukat adına hükmedilemeyeceği kanusındayız. Şöyle ki;

A. Gerek 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önce ve gerekse de değişiklikten sonra, Av. K.'nin 164/son maddesi hükmü, karşı tarafa, yargılama gideri olarak yüklenecek ücretin, kimin adına hükmedileceğine ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonra bu ücretin artık avukat adına hükmedilmesi gerektiğine ilişkin düşünceler yerinde değildir. Zira 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonra, yukarıda yazılan her iki metin incelendiğinde anlaşılacağı gibi, karşı tarafa yüklenen vekâlet ücretinin avukat ile iş sahibi arasında *"aksine yazılı sözleşme olmadığı"* takdirde avukata ait olacağına ilişkin eski düzenlemenin kaldırılmasından ibarettir. Bu değişiklik 163. maddede yapılan ve avukat ile iş sahibi arasındaki avukatlık sözleşmesinin yazılı olması şartını kaldıran düzenleme ile paralel bir düzenlemedir. Yani avukat ile iş sahibi isterlerse karşı tarafa yüklenen vekâlet ücretinin iş sahibine ait olacağına ilişkin sözleşme yapabilirler. Sözleşme özgürlüğü genel ilkesi uyarınca bu durumu yasaklayan herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Avukat ile iş sahibi arasındaki ücret (ve bu arada Avukatlık Sözleşmesi'nin) yazılı olması gerektiğini düzenleyen eski hükümler 4667 sayılı Yasa ile kaldırılınca, 164/son maddedeki yazılı sözleşme ile aksi kararlaştırılmamış olma şartı da kaldırılmıştır. Bu değişikliğin, gider olarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücretinin avukata ait olması gerektiği, yeni düzenlemenin bunu emrettiği şeklinde yorumlanmasının imkânı yoktur. 4667 sayılı Yasa'dan önce, bu konudaki yasal düzenleme ne ise, bugün için de aynıdır.

B. Gider olarak karşı tarafa yüklenecek ücretin, avukata değil, iş sahibi müvekkile hükmedilmesi gerektiğine ilişkin bir başka Yasal düzenleme 164/son maddesinin ikinci cümlesinde yer alan *"Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez"* hükmüdür.

Eğer söylendiği gibi, karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukat adına hükmedilecek ise, bu ücretin zaten iş sahibinin borcu nedeniyle takas edilmesi, mahsup edilmesi veya haczedilmesi mümkün olmayacaktı. Yani mahkeme örneğin *"500 lira vekâlet ücretinin davalıdan alınarak davacının avukatı Av. M.A.'ya verilmesine"* şeklinde bir hüküm

kurulduğunda, Av. K.'nin 164/son maddesinin ikinci cümlesi olmasa bile bu ücretin iş sahibi davacının, davalıya olan bir borcu nedeniyle takas edilmesi, mahsup edilmesi veya iş sahibinin başkalarına olan borcu nedeniyle haczedilmesi mümkün olmayacaktı. Çünkü ücret doğrudan avukat adına hükmedilmiş olacaktı. Böyle bir yorum Yasa koyucunun 164. maddenin son fıkrasına ikinci cümleyi boş yere koyduğu sonucunu doğurur.

Yasa koyucunun amacı, iş sahibi adına hükmedilecek olan ve kural olarak avukata ait bulunan karşı taraf vekâlet ücretinin iş sahibinin borcu nedeniyle takas edilmesini, mahsup edilmesini ve haczedilmesini önlemek ve böylece bu ücretin avukatın eline geçmesini sağlamaktır. Örneğin yapılan yargılama sonucunda mahkemece davanın kısmen kabulü ile kısmen reddine karar verildikten sonra her iki tarafın kendilerini vekil ile temsil ettirmeleri nedeniyle, kabul ve ret oranına göre belirlediği vekâlet ücretini "500 lira vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, 300 lira vekâlet ücretinin de davalıdan alınarak davacıya verilmesine" şeklinde hüküm altına aldığı anda, taraflar, takas talebinde bulunup, sadece 200 liranın davacı tarafından davalıya verilmesi ile yetinemez. Her iki taraf karşılıklı olarak borçlarını ifa etmek zorundadırlar ve bu şekilde tahsil ettikleri ücretleri aralarında aksine sözleşme yok ise avukatlarına vermek zorundadırlar. Yasa koyucunun düzenlemek istediği durum budur.

C. Ücretin iş sahibi adına hükmedilmesi gerektiğini gösteren bir diğer yasal düzenleme ise Av. K.'nin 163/3. maddesidir. Bu düzenleme 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sırasında da korunmuştur. Bu hüküm uyarınca, bir ilamın cebri icra yolu ile infazına girildiğinde, takip talebini alan icra müdürü, ilamı inceleyecek, ilam bir avukatın takibi ile elde edilmiş ve ilamı icraya bu avukat dışında bir avukat veya iş sahibinin kendisi koymuş ise, masrafını takip talebinde bulunandan alarak durumu yani ilamın icraya konulduğunu ilamda adı yazılı avukata bildirecektir. Bu bildirim yapılmadan icranın sonraki aşamalarına geçilemeyecektir.

Bu düzenleme ile sağlanmak istenen, avukatın ilamda yazılı alacağını almasını kolaylaştırmaktır. Avukatından habersiz olarak ya da onun dışında yeni bir avukat tutarak ilamı icraya koyan iş sahibinin karşı taraftan alacağı vekâlet ücretinden avukatın haberdar olması ve varsa avukatın diğer alacaklarını istemesi sağlanmak istenmiştir. Karşı

tarafa yargılama gideri olarak yüklenen vekâlet ücreti doğrudan işi takip eden avukat adına hükmedilecekse bu kurala da gerek yoktur. Zira bu durumda avukatlık ücreti ancak adına hükmedilen avukat tarafından takibe konulacağından, böyle bir bildirim yapılmasının gerekeceği hal meydana gelmez.

D. Ücretin avukat adına hükmedilmesinin mümkün olmadığını gösteren bir diğer düzenleme de, mahkeme kararlarını temyiz etme hakkı bulunan kişilerle ilgili usul hukuku düzenleme yeridir. Gerçekten de mahkeme kararlarını ancak taraflar temyiz edebilir ve taraflar ancak hükmün kendilerine ilişkin kısımlarını temyize konu edebilirler. Örneğin mahkeme tarafından verilen hükümde karşı tarafa yargılama gideri olarak yüklenen avukatlık ücretinin eksik tayin edilmesi üzerine bu kararı, iş sahibinin açık muhalefetine rağmen avukatın temyizi mümkün değildir. Ya da kararın verilmesinden sonra, iş sahibinin avukatını haklı veya haksız olarak azletmesi durumunda avukatın hükmün ücrete ilişkin kısmını temyiz etmesi düşünülemez. Oysa ücret avukat adına hükmedilecek ise, avukatın bu ücretin az olduğuna ilişkin temyiz talebinde bulunma hakkı olmalıdır. Ücret iş sahibi adına hükmedilmez ise, hükmün ücret alacağına ilişkin kısmı iş sahibi lehine ya da aleyhine bir durum yaratmadığından, bu ücretin az olduğuna ilişkin olarak iş sahibinin temyiz talebinde bulunma yetkisinin olmaması gerekir. Oysa bu durumu yargılamanın taraflar arasında cereyan ettiğine ilişkin genel ilkeye aykırıdır. İş sahibi asil, hükmü temyiz yetkisine sahiptir. Bu usul kuralları da ücretin iş sahibi adına hükmedilmesi gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Yargıtay'ın 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önceki uygulaması istikrarlı bir biçimde, yargılama gideri olarak karşı tarafa yüklenen vekâlet ücretinin, avukat adına hükmedilemeyeceğine, bu ücretin iş sahibi asil adına hükmedilmesi gerektiğine ilişkindi.⁵

E. Av. K.'nin 164/son maddesi hükmü, vekil ile iş sahibi arasındaki ücret uyuşmazlıklarının çözümü için konulmuş bir hükümdür. Bu hüküm ile karşı tarafa yargılama gideri olarak yüklenen vekâlet ücretinin kime ait olacağına ilişkin kural konulmaktadır. Bu düzenlemeden

⁵ Yargıtay 2. HD'nin 03.06.1974 gün ve 3643-3556 sayılı kararı, 2. HD'nin 19.12.1977 gün ve 8583-8736 sayılı kararı, 4. HD'nin 02.02.1988 gün ve 8587-1071 sayılı kararı, CGK'nın 20.10.1975 gün ve 2-250/256 sayılı kararı.

hareketle, bir davadaki hak ve yükümlülüklerin o davanın taraflarına ait olduğuna ilişkin genel ilkenin yok sayılması doğru değildir. Yargılamada taraflardan birisinin temsilcisi durumundaki vekil yararına hüküm vermek, yargılamanın tarafı olmayan, talepte bulunmayan, bu nedenle talebi için Harçlar Kanunu uyarınca harç ödemeyen kişi yararına hüküm tesis etmek anlamını taşır.

4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonra, Yargıtay'ın bazı Daireleri ve CGK bu ücretin avukat adına hükmedilmesi gerektiği sonucuna vardılar ve bu sonuca varırken içtihat değişikliğini 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişikliğe bağladılar.⁶ Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi, 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik, bu konuda bir yenilik getirmemiştir ve içtihat değişikliğinin dayanağı bu yeni düzenleme olmamak gerekir.

Halen Yargıtay'ın bazı daireleri, yargılama gideri olarak karşı tarafa yüklenmesi gereken ücretin, avukat adına değil, iş sahibi adına hükmedilmesi gerektiği inancındadır ki, mevcut yasa hükümleri karşısında bu düşüncenin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Zaten Yargıtay'ın genel uygulaması da bu yönde doğru gelişmekte, karşı taraf vekâlet ücretinin iş sahibi adına hükmedilmesi gerektiğine ilişkin uygulama istikrar kazanmaktadır.

VII. KARŞI TARAFA YÜKLENEN VEKÂLET ÜCRETİNİN KİME AİT OLACAĞI SORUNU

Av. K.'nin 164. maddesinde yapılan değişiklikten önce karşı tarafa yargılama gideri olarak yükletilen ücretin kime ait olacağına ilişkin düzenlemede, avukat ile iş sahibi arasında aksine bir sözleşme olmadığı takdirde bu ücretin avukata ait olacağı hükme bağlanmış idi. 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonra, yukarıda da açıklandığı üzere, bu

⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 09.07.2002 gün ve 1-185/300 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir; "Bu itibarla, Yerel Mahkemenin Avukatlık Yasası'nda yapılan ve hüküm tarihinden önce yürürlüğe giren değişiklikler doğrultusunda, hüküm tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre müdahil vekiline verilmek üzere 480.000.000. TL. Avukatlık ücretine hükmetmesi gerekirken, kamu davasına katılma isteği tarihinde yürürlükte bulunan tarife uyarınca müdahile verilmek üzere (vurgular bana ait M.A.) 115.000.000. lira avukatlık ücreti tayini isabetsiz olup, direnme hükmü bu nedenle de bozulmalıdır." Aynı yönde, Yargıtay CGK'nin 24.09.2002 gün ve 2-188/317 sayılı kararı.

ücretin avukata ait olacağı hükme bağlanmıştır. Ancak bu düzenleme ile iş sahibi ile taraflar arasında aksine yazılı sözleşme yapılması yasaklanmamıştır. Özel hukukta asıl olan sözleşme özgürlüğü olduğundan ve kanun ile bu yönde yapılacak sözleşmeler açıkça yasaklanmış bulunmadığından, iş sahibi ile avukat aralarındaki sözleşme ile karşı tarafa yüklenecek ücretin tümünün veya bir kısmının iş sahibine ait olacağı yönünde sözleşme yapabilecekleri kanaatindeyiz.

Kamu avukatlarının, katıldıkları davalarda karşı tarafa yüklenen avukatlık ücretinin kime ait olacağına ilişkin tartışmalarda, 1389 sayılı Devlet Davalarını İntaç Eden Avukat ve Daireye verilecek Ücreti Vekâlet Hakkındaki Kanun'un 2. maddesi uyarınca çıkarılan 12.08.1961 gün ve 5/1560 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Vekâlet Ücreti Tevzi Yönetmeliği ve 22.03.1983 gün ve 83/6259 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Limit dışı Kalan vekâlet Ücretlerinin Dağıtım Esasları Hakkında Yönetmelik hükümleri ile 4667 sayılı Kanun ile değişik 164/son maddesi karşılaştırılmıştır.

Bizimde katıldığımız görüşe göre;⁷ söz konusu yönetmelik ve Yasa hükümleri sonradan yürürlüğe giren özel Yasa niteliğindeki 4667 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Artık, kamu avukatları katıldıkları davalar nedeniyle karşı tarafa yüklenen vekâlet ücretlerini hiçbir sınırlamaya uğramaksızın alabileceklerdir. Ancak, yukarıda açıkladığımız sözleşme özgürlüğü ilkesine göre, kamu kuruluşları ile görev verdikleri avukatlar arasında bu ücretlerin başka şekillerde dağılacağına ilişkin sözleşme yapılabileceği kanaatindeyiz.

VIII. TBB TARAFINDAN HAZIRLANAN 04.12.2005 TARİHLİ TARİFENİN ELEŞTİRİSİ

A. Genel Olarak

Türkiye Barolar Birliği 4667 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra, yukarıda da açıklandığı üzere tarifenin hazırlayıcısı haline gelmiştir. Ancak, bu görevi üstlenen TBB Tarife hükümlerinde özlenen

⁷ Zonguldak İdare Mahkemesi'nin 17.04.2002 gün ve 1206-505 sayılı kararı, Antalya Barosu Hakem Kurulu'nun 24.05.2002 gün ve 22-8 sayılı kararı. Aktaran Karmış, Enver; "Avukatlık Ücret tarifesinin Uygulanması", *İzmir Barosu Dergisi*, Ekim 2003 s. 49-51.

gelişmeyi yerine getirememiş, hazırlanan son tarifede de kanaatimizce bazı eksik ve yanlış düzenlemelere gitmiştir.

Eksik ve yanlış bulduğumuz düzenlemeleri şu şekilde sıralayabiliriz.

B. Tarifenin İçeriği ve Ücretler Eskisi ile Aynı Kalmıştır

Yıllar boyunca, avukatlık asgari ücret tarifesi Adalet Bakanlığı'na hazırlandı ve o dönemde; söz konusu tarifelerde belirtilen ücret miktarlarının gerçekçi olmaktan uzak olduğu, düşük miktarda olduğu, tarifede yer alan kuralların, tüm iş ve işlemleri kapsamadığı, kapsadığı işleri ise ayrıntılarını göstermemesi nedeniyle, haksızlıklara yol açtığı gibi eleştiriler barolarca ve TBB tarafından yapıla gelmişti. 4667 sayılı Yasa ile tarife hazırlama yetki ve sorumluluğu TBB'ne devredildikten sonra, maalesef TBB'nin bu konuda oldukça hazırlıksız olduğunu gördük. Türkiye Barolar Birliği'nin hazırladığı ilk tarife, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan son tarifenin nerede ise tümünün aynen alınmasıyla oluşturulmuş ve vaktiyle yapılan eleştirileri dikkate almamıştır. Bu durumun tarifenin ilk kez hazırlanması nedeniyle "deneyimsizlikten" kaynaklandığı düşünülse bile, sonraki tarifelerde de durum aynıdır. TBB'nin hazırladığı tarifede belirtilen asgari ücretlerin de gerçek ücretlerle ilgisinin olmadığı ortadadır. Bunun yanında, hukuki yardımların ayrıntıları ile düzenlenmesi isteği ise hiç karşılanmamıştır. Tarifelerin TBB tarafından hazırlanmasının hiçbir pratik yararı olmamış, bundan önceki tarifelerin hazırlanması sırasında Adalet Bakanlığı'na yapılan eleştirilerden yararlanılmadığı ortaya çıkmıştır. Bu durumun bir an önce değiştirilmesi ve daha iyi bir tarifenin hazırlanmasını dilemekteyiz.

Ancak bu dileğimiz hayata geçmeyecek gibi görünmektedir. Zira TBB 2001 yılında hazırladığı ilk tarifeden sonra; 2002, 2003, 2004 ve 2005 yılındaki tarifelerinde de birkaç küçük değişiklik dışında önceki tarifelere aynen yer vermiş, ücret miktarlarının hayatın gerçeklerinden uzak oluşu ise sürdürülmüştür.

C. Tarifede Yazılı Sözleşmeye Atıf Yapan Hükümler Kalmıştır

4667 sayılı Yasa ile ücret sözleşmelerinin yazılı olması şartı kaldırıldığı halde, Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan Tarifenin

daha birinci maddesinde yeni yasal düzenlemeye uyum sağlayamamanın işareti ile karşılaşmaktayız. Nitekim Tarife'nin 1. maddesinde "*...avukat ile iş sahipleri arasında yazılı ücret sözleşmesi yapılmamış olan...*" ibaresine yer verilmiştir. Bu ibare yasal düzenleme ile tamamen zıttır. Zira, avukat ile iş sahibi arasında yapılacak ücret sözleşmesinin yazılı olma şartı kaldırılmıştır. Avukat, ücret anlaşmazlığı çıktığında, ücret sözleşmesini yazılı delil dışındaki delillerle de ispatlayabilecektir. Eğer bu şekilde bir ispat olduğunda, artık asgari ücret tarifesi hükümleri uygulanmayacak, avukat ile iş sahibi arasındaki sözleşme hükümlerine göre ücret belirlenecektir. Bu nedenle tarifenin bu hükmünün "*...avukat ile iş sahipleri arasında geçerli bir ücret sözleşmesi yapılmamış olan...*" şeklinde düzenlenmesi gerekir.

D. Ceza Davalarında Ücreti Düzenleyen 13. Maddede Eksiklik ve Hatalar Bulunmaktadır

1. Tarifeye Beraat Eden Sanık Yararına Vekâlet Ücreti Hükmedilmesine İlişkin Hüküm konulmalıdır

Tarifenin 13. maddesinde önceki tarifelerde olduğu gibi; hakkında açılan kamu davasının yapılan yargılamasını sonucunda, beraatine karar verilen sanığın kendisini vekil ile temsil ettirmesi durumunda lehine vekâlet ücreti hükmedilmesine ilişkin hüküm konulmamıştır.

Bizce, ceza yargılaması sonucunda beraat eden sanık kendisini vekil ile temsil ettirmiş ise sanık yararına yargılamayı yaptığı mahkeme için tarifede öngörülen maktu vekâlet ücretine hükmedileceği konusunda tarifeye hüküm konulmalıdır.⁸ Bu durumda, söz konusu davanın davacısı kamu olduğuna göre, vekâlet ücretini Hazine ödemelidir.

Düzenlenecek yeni tarifeye, hakkında açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonucunda beraat eden ve kendisini vekil ile temsil ettiren sanık yararına, Hazine aleyhine maktu vekâlet ücretine hükmedileceğine dair kural konulmalıdır.

⁸ Bu konudaki ayrıntılı görüş ve tartışmalar için bkz., Aydın, Murat; *Avukatlık Ücreti*, Yeniden Yazılmış 2. Baskı, Ankara 2004, s. 281 vd.

2. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davalarına İlişkin Ücret Hükümleri Eksiktir

04.12.2005 tarihli Tarife'nin 13. maddesinin 3. fıkrasında 5271 sayılı CMK'nin 141 ve devamı maddelere göre açılan tazminat davalarına ilişkin ücret kuralı konulmuş, 466 sayılı Kanun'la ilgili hüküm tümü ile kaldırılmıştır. Oysa 5320 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca; 01.06.2005 tarihinden önce uygulanan koruma tedbirlerine ilişkin tazminat isteklerinde 466 sayılı kanun hükümleri uygulanacaktır. Tarife'de 466 sayılı Kanun hükümlerine göre açılacak tazminat davalarında da ücretin aynı şekilde belirleneceğine ilişkin hüküm konulması gerekirken bu yapılmamıştır.

Bu durumda yapılacak şey Tarife'nin 19. maddesi hükmünü kullanmaktır. Bu madde uyarınca; *"Tarifede yazılı olmayan hukuki yardımlar için, işin niteliği göz önünde tutularak, Tarifedeki benzeri işlere göre ücret belirlenir."*

Bu hüküm uyarınca; 01.06.2005 tarihinden önce uygulanan koruma tedbirleri için 466 sayılı Kanun hükümleri uyarınca tazminat istenildiğinde, tarifenin 13/3 maddesi kıyasen uygulanmalı ve ağır ceza mahkemeleri için öngörülen maktu ücretin altında kalmaması koşulu ile maddi ve manevi tazminat davaları için kabul edilen kurallara uygun biçimde nisbi ücret belirlenmelidir.

3. Şahsi Dava ve Şahsi Hak Talebi Kurumları Kaldırıldığı Halde Tarifede Bunlara İlişkin Hükümler Konulmuştur

5271 sayılı CMK ile getirilen düzenlemeler sonucunda şahsi dava ve şahsi hak talebi kurumları kaldırılmıştır. Buna göre; bir ceza davası görülürken suçtan zarar gören kişi, gördüğü zararın karşılığı olarak maddi ve manevi tazminat isteğini ceza mahkemesine yapamayacaktır. Onun bu isteği için hukuk mahkemesinde ayrı bir dava açması gereklidir.

Durum bu olmakla birlikte Tarife'nin 13/1 maddesinde *"... Şahsi hak isteminin bir bölümü kabul edilmiş ise, ret edilen miktar üzerinden sanık vekili yararına hükmedilecek avukatlık ücreti"*nden bahsedilmektedir. Bu düzenleme belki 5320 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi uyarınca 01.06.2005 tarihinden önce yapılan şahsi hak taleplerinin 04.12.2005 tarihinden sonra sonuçlandırılması açısından anlamlı olabilir. Ancak bu hususun

da tarifede geçici madde olarak düzenlenmesi gerekirdi. Tarife’de sanki 01.06.2005 tarihinden sonra da şahsi hak talebi yapılabilecekmiş gibi hüküm konulmuştur.

Yine Tarife’nin 13. maddesinin 4. fıkrasında “*davaya katılanın manevi tazminat istemiyle ilgili*” karardan bahsedilmektedir. Oysa yine söylediği gibi 5271 sayılı CMK ceza davasının görüldüğü mahkemeden manevi tazminat istenmesi usulünü kaldırmıştır. Bu maddenin de tarifeden çıkarılması gereklidir.

4. Çocuk Mahkemelerine İlişkin Hükümler 5395 Sayılı Kanuna Uygun Olarak Düzenlenmemiştir

13. maddenin 5. fıkrasında çocuk mahkemelerinde görülen davalar için yeni bir hüküm getirilmiştir. Buna göre; “*Çocuk mahkemelerinde, suçun vasfına göre; sulh, asliye, ağır ceza mahkemeleri için, bu Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde öngörülen maktu ücretlere ilişkin hükümler uygulanır.*”

TBB. 15.07.2005 tarihinde 5395 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kalkmış bulunan 2253 sayılı Kanun hükümlerine göre tarife hükmü koymuştur. Zira;

5395 sayılı ÇKK ile getirilen düzenlemelerle; Çocuk Mahkemeleri ve Çocuk Ağır Ceza Mahkemeleri kurulmuştur. Çocuk Ağır Ceza Mahkemeleri ağır ceza mahkemelerinin görevine giren suçlara bakmakla görevli iken, çocuk mahkemeleri sulh ceza ve asliye ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlara bakmakta ayrıca çocukların korunmasına, velayet ve vesayetinin düzenlenmesine ilişkin asliye hukuk mahkemesinin görevine giren bir takım işlere bakmaktadır.

Yani 5395 sayılı ÇKK uyarınca, çocuk mahkemeleri ağır cezalı suçlara bakmamaktadır. Bu suçlara bakmakla görevli ayrı bir mahkeme (Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi) kurulmuştur. Çocuk ağır ceza mahkemesinin kurulmadığı yerlerde ise ağır cezalı davalara zaten genel yetkili ağır ceza mahkemeleri bakmaktadır. Oysa tarifede sanki çocuk mahkemelerinde ağır cezalı işler görülebirmiş gibi bir düzenleme yapılmıştır.

Yine açıklandığı gibi çocuk mahkemeleri hukuk mahkemelerinin

görevine giren bazı kararlara da bakacaklarına göre, bu davalarda ücret nasıl belirlenecektir? Bu husus tarifede düzenlenmemiştir.

Maalesef aynı yanlış yaklaşım 5320 sayılı Kanun uyarınca CMK uygulamalarında görev alacak avukatlara baro tarafından ödenecek ücretlerin belirlendiği Tarife’de de yapılmıştır.

Bizce, bundan sonra çıkarılacak tarifede çocuk mahkemelerinin asliye mahkemesi olduğu, çocuk ağır ceza mahkemelerinin de ağır ceza mahkemesi olduğu dikkate alınarak, maktu ücretlerin belirlendiği tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümüne bu mahkemeler de yazılmalı ve bunların gördüğü işlerle ilgili maktu ücretler asliye ve ağır ceza mahkemelerin maktu ücretleri ile aynı şekilde belirlenmelidir. Buna göre, son tarifedeki değerler dikkate alındığında, çocuk mahkemeleri için 400 Lira, çocuk ağır ceza mahkemeleri için 900 Lira maktu ücret olarak belirlenmelidir.

Bu belirleme yapıncaya ya da tarifenin bu hükmü iptal edilinceye kadar çocuk mahkemeleri gördükleri davada vekâlet ücretine karar verirken dava konusunun normalde hangi mahkemenin görev alınana girdiğine bakacaklar; sulh ceza mahkemesi’nin görevine giren bir suçla ilgili yargılama yapılıyor ise 200 Lira, asliye ceza mahkemesi’nin görevine giren bir suçla ilgili yargılama yapılıyor ise 400 Lira, asliye hukuk mahkemesi’nin görevine giren bir dava görülüyor ise 400 lira ücrete hükmedeceklerdir. Dava çocuk ağır ceza mahkemesi’nde veya genel yetkili ağır ceza mahkemesi’nde görülüyor ise maktu ücret 900 lira olacaktır.

5. CMK Uyarınca Yapılacak Hukuki Yardımlara İlişkin Tarifede Hazırlık Soruşturmasından Bahsedilmiştir

5320 sayılı Kanun’un 13. maddesi uyarınca; CMK hükümleri uyarınca Baro tarafından atanacak müdafî vekillere ödenecek ücrete ilişkin hükümler getiren Tarife’nin ücretleri gösteren tablosunun 1. bendinde “Hazırlık aşamasında takip edilen işler için” şeklinde hüküm konulmuştur. Oysa 5271 sayılı CMK yargılama aşamalarını soruşturma ve kovuşturma aşaması olarak ikiye ayırmıştır. Burada söylenmek istenen husus soruşturma aşamasıdır. TBB, Tarife’yi hazırlarken 2. maddede “soruşturmadan” bahsetmiş, ücret tablosunda ise “hazırlık soruşturması”

deyimine yer vermiştir. CMK’da yer alan düzenlemeye paralel olmayan bu hükmün sonraki tarifede düzeltilmesi gereklidir.

Aynı tarifede yer alan çocuk mahkemelerine ilişkin hükmün eleştirisine yukarıda değinilmiştir.

Rücu hakkını düzenleyen 7. maddede; bu hakkın kullanımına ilişkin kural ve koşullar getirilmemiş, kanun hükümlerinin hayata geçmesini sağlayıcı ayrıntılı hükümlere yer verilmemiştir.

E. Tüketici Mahkemeleri ile Fikri ve Sınaî Haklar Mahkemelerine İlişkin Ücret Düzenlemeleri Tereddütlere Yol Açmaktadır

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Kanunu’nun 23. maddesi ile kurulan “Tüketici Mahkemeleri”, bu kanundan kaynaklanan uyumsuzlukların çözümünde görevli kılınmıştır.

04.12.2005 tarihinde yürürlüğe giren tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünün 8. maddesi tüketici mahkemelerinde görülen davalar için 180 Lira avukatlık ücreti verileceğini hükme bağlamıştır. Ancak dava konusunun değeri 1.500 Lirayı aşıyor ise o takdirde vekâlet ücreti nisbi olarak hesaplanacaktır.

Burada uygulamada tereddüt ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki;

Tüketici mahkemeleri’nde, davacı bazen manevi tazminat talebinde de bulunmaktadır. Tarife’nin 10/3. maddesi hükmü uyarınca manevi tazminat talebinin tümü ile reddi halinde karşı yana yükletilecek avukatlık ücreti tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümüne göre belirlenecektir. Bu bölüm uyarınca belirlenecek ücretin dava değeri 1.500 lirayı aşmıyor ise 180 lira aşmıyor ise nisbi olarak belirlenir.

Buna göre; örneğin, tüketici mahkemesi’nde açılan 10.000 Liralık manevi tazminat davasının tümü ile reddi halinde karşı yana yükletilecek avukatlık ücreti nisbi olarak mı maktu olarak mı belirlenecektir?

Kanımızca; Tarife’nin manevi tazminatın tümü ile reddi halinde verilmesini istediği ücret maktu ücrettir. Manevi tazminat talebi ve bu talep üzerine verilen karar çoğu kez takdire dayalı bir husus olduğundan, talebin kısmen kabulü ile kısmen reddi halinde davalı yararına

hükmedilecek avukatlık ücreti davacı için hesaplanandan fazla olamayacağı gibi davanın tümünün reddi halinde, davalı yararına maktu ücrete hükmetmek gerekir. Diğer tüm mahkemelerde (örneğin asliye hukuk mahkemeleri'nde) bu şekilde maktu olarak belirlenen ücretin tüketici mahkemelerinde nisbi olarak belirlenmesinin haklı nedeni yoktur.

Bu nedenlerle tüketici mahkemelerinde görülen manevi tazminat davasının tümü ile reddi halinde Tarife'nin 10/3. maddesinin Tarife'nin ikinci kısmının ikinci bölümünün 8. maddesinde belirtilen ücretin maktu kısmına yani 180 Liraya atfı yapıldığının kabulü ile davalı yararına 180 lira maktu vekâlet ücretine hükmetmek gerekir. Tüketici mahkemesinde görülen manevi tazminat davasının kısmen kabulü ile kısmen reddine karar verilmesi durumunda ise; davacı ve davalı yararına ayrı ayrı nisbi vekâlet ücreti belirlenecek ancak davalı lehine hükmedilen nisbi vekâlet ücreti davacı lehine hükmedilen nisbi vekâlet ücretini geçmeyecektir.

04.12.2005 tarihinde yürürlüğe giren tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünün 9. maddesi Fikri ve Sınâî Haklar Mahkemeleri'nde görülen davalar için 1.100 lira avukatlık ücreti verileceğini hükme bağlamıştır. Ancak dava konusu para ile ölçülebilen bir iş ise ve bu dava konusunun değeri 10.000 lirayı aşmıyor ise o takdirde vekâlet ücreti nisbi olarak hesaplanacaktır.

Fikri ve sınâî haklar mahkemelerinde görülen manevi tazminat davalarının tümü ile reddi halinde ücretin nasıl hesaplanacağı konusunda, yukarıda tüketici mahkemeleri için yaptığımız açıklamalara atıfla yetinmek isteriz. Kısaca söylemek gerekir ise; fikri ve sınâî haklar mahkemeleri'nde görülen manevi tazminat davalarının kısmen kabulü ile kısmen reddine karar verilir ise; davalı yararına hesaplanacak avukatlık ücretinin davacı yararına hesaplanandan fazla olmaması gerekir. Davanın tümü ile reddi halinde davalı yararına maktu avukatlık ücretine hükmetmek gerekir.

İşte tarife bu tereddütleri ortaya çıkarmaktadır. Yorum yolu ile bu konuda yukarıdaki gibi bir çözüm tarzı bulunabilmekte ise de, aksine yorumlara da uygulamada rastlanacaktır. Bu nedenle tarifenin bu hükümlerinin tereddüde yol açmayacak biçimde düzenlenmesi, tüketici mahkemeleri ile fikri ve sınâî haklar mahkemelerinde görülen ücretler için ikinci kısmın ikinci bölümünde sadece maktu ücrete yer verilmesi,

nisbi ücret konusunun diğer mahkemelerde olduğu gibi üçüncü kısma göre belirlenmesi gereklidir.

F. Delillerin Toplanmasına İlişkin Ara Kararının Yerine Getirilmesine Göre Farlı Ücret belirlemeye İlişkin Kurallar Yerinde Olmamıştır

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin davanın konusuz kalması, feragat, kabul ve sulh ile sonuçlanması, görevsizlik, yetkisizlik, dava ön şartlarının yokluğu veya husumet nedenlerinden birisiyle reddi halinde ücreti belirlemeyi düzenleyen 6. ve 7. maddelerinde, vekâlet ücreti belirlenirken belirtilen kararlar verilmeden önce, delillerin toplanmasına ilişkin ara kararının gereğinin yerine getirilmiş olup olmamasına göre ikili bir ayırım yapılmıştır. Belirtilen kararlar, delillerin toplanmasına ilişkin ara kararının gereğinin yerine getirilmesinden önce verilmiş ise avukata tarife hükümlerine göre belirlenen ücretin yarısının verileceği kabul edilmiştir.

Burada öncelikle *"delillerin toplanmasına ilişkin ara kararının yerine getirilmesi"* deyiminden ne anlamak gerektiğine değinmek gerekmektedir.

Mahkeme tarafından yargılama sırasında uyuşmazlık konusunda bir soruşturma yürütülür. Taraflara iddia ve savunmalarını ispata yarayacak delillerini bildirmeleri, bu deliller kendilerinde değil ise bunların buldukları yerleri bildirip getirilmesi için gereken masrafları yatırmaları istenir. Bu delillerden birisi de çoğu zaman keşif ve bilirkişi incelemesidir.

Delillerin toplanması çoğu zaman uzun süreler alır. Hatta davanın süre olarak tamamına yakın bir bölümü delillerin toplanması ile geçer. Deliller toplandıktan sonra bu delillerin tartışılması aşamasına geçilir.

Uygulamada deliller toplanmadan duruşma günü verildiğinden, deliller duruşma aşamasında toplanmakta ve her delil elde edildikçe bu delil üzerinde tarafların diyecekleri sorulup delillerin tartışılması aşaması yerine getirilmektedir. Bu nedenle delillerin toplanması ile tartışılması çoğu kez birlikte yürümektedir. Deliller toplanıp tartışıldıktan sonra mahkeme bu delilleri değerlendirir ve hüküm kurar.

Yani, delillerin toplanmış olması çoğu kez davanın sonuna gelinmesi anlamını taşımaktadır.

Uygulamadan kaynaklanan bu durum nedeniyle; delillerin toplanmasına ilişkin ara kararının yerine getirilmiş olması çoğu kez davanın sonunun gelmesi anlamı taşır. Tarife’de “*delillerin toplanmasına ilişkin ara kararının yerine getirilmesi*” kavramına yer verilmiş, bu yerine getirmenin tümü ile bitmesi öngörülmüştür. Yani delillerin büyük bir kısmı toplandığı halde örneğin sadece bir tanığın dinlenmesi için yazılan talimat cevabının beklendiği sırada; sulh, kabul, feragat olur ise yine belirlenen ücretin yarısına hükmetmek gerekecektir. Bu durum çoğu kez haksızlık teşkil etse de Tarife’nin açık hükmü karşısında başka türlü bir yorum yapma imkânı görülmemektedir.

Tarifeyi hazırlayan Türkiye Barolar Birliği’nin bu durumda; toplanan delillerin niteliğine, davanın geçirdiği aşamalara ve süreye göre hâkime takdir hakkı tanıyan ve ücretin tümüne hükmetme imkanı getiren hükümler oluşturmasında yarar olduğu kanısındayız. Örneğin tarifeye “...*Delillerin toplanmasına ilişkin ara kararının yerine getirilmesinden önce karar verilir ise; toplanan delillerin özelliğine, toplanması için harcanan emek ve zamana göre belirlenecek ücretin yarısından tamamına kadarına hükmolunur*” şeklinde bir düzenleme yapılabilir.

G. Tarife, Yetki ve Konusunu Aşarak İşçi-İşveren İlişisine Dair Kural Koymuştur

04.12.2005 tarihli *Resmi Gazete*’de yayınlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’nin birinci kısmının dördüncü bölümüne 2. bent olarak “*Bir avukatın yanında aylıklı olarak çalışan avukatın aylık ücreti*” asgari ücret olarak belirlenmiştir. Bu belirleme Avukatlık Kanunu’nun 168. maddesi hükmüne aykırıdır. Gerçekten de 168. maddenin birinci fıkrasında, “*yargı yerlerindeki işlemler ile diğer işlemlerden alınacak avukatlık ücretinin asgari hadlerini gösteren birer tarife*”nin hazırlanacağından bahsedilmektedir. Buna göre hazırlanacak tarife, yargı yerlerinde veya diğer işlerde görev alan avukatın her iş için alacağı asgari ücreti belirlemek için çıkarılacaktır. İşveren durumundaki avukatın yanında çalıştıracığı avukata ödenecek en az ücretin tarife ile belirlenmesi mümkün değildir.

Bir avukatın yanında ücretli olarak çalışan avukat, yanında çalıştığı avukat ile İş Hukukundan kaynaklanan işçi - işveren ilişkisine girmiştir. Ücretli çalışan avukat ile onu yanında çalıştıran avukat arasındaki sözleşme iş sözleşmesidir ve ücret de İş Hukukuna göre belirlenir.

İş hukukunda geçerli olan asgari ücret konusu 4857 sayılı İş Kanunu'nun 39. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir;

“İş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanun'un kapsamında olan veya olmayan her türlü işçinin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile ücretlerin asgari sınırları en geç iki yılda bir belirlenir.

Asgari Ücret Tespit Komisyonu, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın tespit edeceği üyelerden birinin başkanlığında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürü veya yardımcısı, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürü veya yardımcısı, Devlet İstatistik Enstitüsü Ekonomik İstatistikler Dairesi Başkanı veya yardımcısı, Hazine Müsteşarlığı temsilcisi, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı'ndan konu ile ilgili dairenin başkanı veya yetki vereceği bir görevli ile bünyesinde en çok işçiyi bulunduran en üst işçi kuruluşundan değişik işkolları için seçecekleri beş, bünyesinde en çok işvereni bulunduran işveren kuruluşundan değişik işkolları için seçeceği beş temsilciden kurulur. Asgari Ücret Tespit Komisyonu en az on üyesinin katılımıyla toplanır. Kurul, üye oylarının çoğunluğu ile karar verir. Oyların eşitliği halinde, Başkanın bulunduğu taraf çoğunluğu sağlamış sayılır.

Komisyon kararları kesindir. Kararlar Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girer.

Komisyonun toplanma ve çalışma şekli, asgari ücretlerin tespiti sırasında uygulanacak esaslar ile başkan, üye ve raportörlere verilecek huzur hakları Maliye Bakanlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın birlikte hazırlayacakları yönetmelikte belirtilir.

Asgari Ücret Tespit Komisyonunun sekretarya hizmetleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yerine getirilir.”

Bu madde hükmüne dayanılarak çıkarılan ve 01.08.2004 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Asgari Ücret Yönetmeliği'nde asgari ücretin nasıl belirleneceğine ilişkin ayrıntılı hükümler konulmuştur.

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne konulan hükümle Türkiye Barolar Birliği kendisini asgari ücret tespit komisyonunun yerine koymuş ve kaynağını kanundan almayan bir yetkiyi kullanmıştır. Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesine ve İş Kanunu'nun 39. maddesine aykırı Tarife hükmün iptali gerektiği kanısındayız.

IX. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Avukatlık ücret tarifeleri uygulama alanı oldukça geniş, pek çok hukuki sonucu bulunan belgelerdir. Bu nedenle hazırlanmasında çok titiz olunmalı ve hükümleri ayrıntılı olarak belirlenmelidir. Maalesef özellikle son dönemde çıkarılan kanun hükümleri ile Tarife hükümleri arasında uyumsuzluklar bulunmaktadır. Bu uyumsuzluklarının çoğunun nedeni, önceki tarifenin hükümlerinin adeta "kopyala-yapıştır" yöntemi ile yeni tarifeye taşınmasıdır. TBB tarafından en kısa zamanda ileri dönemler için geniş kapsamlı bir tarife çalışması yapılmalı, oluşturulacak tarife taslağı baroların ve ilgili kişi ve kurumların tartışmasına açılmalı, tartışma için yeterli zaman bırakılmalı ve yeni düzenlemelere uygun, uygulamada çıkan sorunları gideren, miktar olarak gerçekçi tarifeler oluşturulup uygulamaya konulmalıdır.

Oysa son tarifenin taslağı Adalet Bakanlığı'na gönderildikten sonra TBB'nin Internet sitesinde yayınlanmış, tartışmaya açılmadan, konu ile ilgili kurum ve kişilerin görüş ve eleştirileri alınmadan 04.12.2005 tarihli *Resmi Gazete'*de yayınlanarak yürürlüğe sokulmuştur.

Bundan sonraki tarifelerin daha katılımcı bir yöntemle hazırlanmasını ve daha iyi hükümler getirmesini dilemekteyiz.

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN ÖZEL HÜKÜMLERİNE İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

Mustafa ÖZEN *

Bilindiği üzere, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan tercüme yoluyla alınan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 01.06.2005 tarihi itibarıyla 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu tarafından yürürlükten kaldırıldı. Yeni kanun, özellikle genel hükümler kısmında kendine ait bazı kural- lar getirerek, daha önceki kanunun sistematigiinden önemli bir ölçüde sapmıştır. Özel hükümler kısmında da önemli değişiklikler getirmiştir. Yeni bir ceza hukuku sayfası açılmıştır. Bu yeni kanunun neler getirdiği, neler götürdüğü gerek öğretilerdeki görüşlerle, gerekse yargı alanındaki uygulamalar ışığında zamanla ortaya çıkacaktır. Bu süreçte, bir takım sorunların çıkacağı açıktır. Biz bu çalışmamızda, tespit edebildiğimiz veya kendimizce sorun doğurabileceğini düşündüğümüz konulara değineceğiz.

1. Ceza Kanunu'nun 83. maddesinde, '*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*' düzenlenmiştir. Anılan maddenin 3. fıkrası, öldürme fiilinin ihmali davranışla gerçekleşmesini, cezada indirim nedeni saymıştır.

Ceza hukuku alanında, bir suç tipi, hangi hukuki yararın korunması istenirse ona göre düzenlenir. Bu hukuki yararın ihlal şekli, belli bazı ölçütler ışığında cezada artırım veya indirim şekli olarak düzenlenebilir. Mesela, 82. maddede, öldürme suçunun nitelikli şekilleri düzenlenmiştir. 11 bend halinde sayılmış olan bu nitelikli haller, suçun işlenişi ile değil, failin suçu işlemedeki amacı, sıfatı, saiki gibi, faildeki

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, Araştırma görevlisi.

toplum barışı ve düzeni açısından yüksek seviyede kınanabilirlik arz eden özellikler ile ilgilidir. 83. madde, bu bağlamda değerlendirilemez. Öldürme suçu, serbest hareketli bir suçtur. Bu nedenle bir kişi, sayısız türde hareketler gerçekleştirerek öldürme suçunu işleyebilir. Bu hareketler, iki ana şekilde ortaya çıkar. Bunlardan biri icrai, diğeri ihmali davranış şeklidir. Bu hareketler arasında faildeki suç işleme kastı veya başka bir ifadeyle, toplum barışını ihlal etme kastı açısından bir nitelik farkı yüklemek mümkün değildir. Bir kişi pekâlâ, hasmını, ihmali bir davranışla tasarlayarak öldürebileceği gibi, icrai bir davranışla da öldürebilir. Aynı şekilde, kan gütmeye saiki doğrultusunda, hasmını ihmali veya icrai davranışla öldürebilir. Bu durum karşısında, failin toplum barışını, kamu düzenini, ihmali davranışla daha az ama icrai davranışla daha fazla bozduğu söylenebilir mi? Elbette ki söylenemez. Bu nedenle bu madde kaldırılmalıdır.

2. 87. maddede, *'Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama'* halleri düzenlenmiştir. Bu madde özü itibariyle, kasten yaralama fiili sonucu, failin öngörmesi gerekirken öngörmediği veya öngörmesine rağmen gerçekleşmesini istemediği suç teşkil eden halleri düzenlemektedir. Bu açıdan bakıldığında, bu düzenlemedeki durumlar, genel hükümlerdeki taksirle sorumluluk kurumundan hareketle çözülebilir. Bu nedenle bu maddenin ayrıca düzenlenmesine gerek yoktur. Gerçekten bu madde, genel ilkelerden ayrıksı bir özellik göstererek karışıklıklara neden olabilir. Mesela, A kişisi, B kişisini yaralamak amacıyla yumruk vursa ve bunun üzerine B yere düşerek kafasını sert bir cisme çarpıp ölse, A'nın sorumluluğu nasıl belirlenecektir. 87. maddenin 4. fıkrasına bakıldığında bu durum, kastın aşılması şeklinde yorumlanmaktadır. Bu madde, taksirle öldürme suçuna göre çok daha fazla ceza öngörmektedir. Bize göre, bu maddeye gerek yoktur. Fail, hareketi isteyerek yapmış ama neticeyi istememiştir. Bu tanım taksirin tanımıdır. Yani, failin istemediği netice açısından taksiri derecesinde kusuru vardır. O halde, gerçekleşen netice açısından 85. maddeye göre taksirle öldürmeden sorumlu tutulabilir. Burada, şu akla gelebilir. Fail hareketini yaparken, neticeyi öngörmesi gerekirken öngörmemişse, bu durumda bilinçsiz taksir söz konusudur ve dolayısıyla failin kusuru daha azdır. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü, kusur hiçbir şekilde ölçülemez ve derecelendirilemez. Bu nedenle, isnat kabiliyetine sahip bir kişiden, iradi olarak yaptığı hareketlerin neticesini öngörmesini istemek kadar doğal bir şey olamaz.

Eğer öngörmemişse, yaptığı fiil, taksirle de işlenebiliyorsa, o suçtan cezalandırılmalıdır. Öngörmüşse bize göre, sonucu da istemiştir ve olası kasttan sorumluluk yoluna gidilmelidir. Bu açıdan bilinçli taksir kanundan çıkartılmalıdır. Kanunun düzenlemesini esas alacak olursak, öngörmesine rağmen hareketlerinden vazgeçmediği için artık bilinçli taksirden yine taksirli suç kapsamına göre cezalandırmak gerekir.

Son olarak şu örneği vererek maddenin uygulanmasında çıkabilecek zorluğa dikkati çekmekte yarar vardır. Mesela, A kişisi, B kişisini yaralamak için yumruk atsa, B yumruktan sakınmak için kendini geri çekerken elektrik tellerine başını çarparak, elektrik çarpması sonucu ölse, A'nın cezai sorumluluğu ne olacak? A'nın kastı B'yi yaralamaktır. 87. maddenin 4. fıkrasının uygulanabilmesi için, önce bir temel suç olacak, daha sonra bu temel suçtan başka, farklı nitelikte başka bir suç gerçekleşecektir. Olayımızda, temel suç olarak değerlendirebileceğimiz bir suç yoktur. Kasten yaralama suçunu düzenleyen 86. maddeye göre kasten yaralama suçunun gerçekleşebilmesi için, başkasının vücuduna acı verilmesi ya da sağlığının veya algılama yeteneğinin bozulması gerekir. Olayımızda, ölen kişinin ölümden önce vücuduna acı verilmemiş ya da sağlığı veya algılama yeteneği bozulmamıştır. Yani temel suç gerçekleşmeden kastedilenden başka, farklı nitelikte bir suç meydana gelmiştir. Kanun'a baktığımızda, bu olaya, tam olarak uygulanacak bir kanun maddesi yoktur. Ancak, 87. maddenin 4. fıkrasını uygulamak gerektir. Halbuki, 87. maddenin 4. fıkrası olmasaydı, genel hükümlerden yola çıkarak, taksirle öldürmeden sorumluluk yoluna gidebilirdik. Çünkü, kişi iradi olarak yaptığı fiilin sonucunu öngörmelidir. Öngörmemişse veya öngörmesine rağmen hareketlerinden vazgeçmemişse taksiri de-recesinde kusurluluğu vardır.

3. 91. madde, organ ve doku ticaretinin yasak olduğuna ilişkin bir düzenleme getirmektedir.

Maddenin 1. fıkrasında, organ ile doku arasında cezai sorumluluk açısından bir fark gözetilmiştir. Bir kişi, hukuken geçerli bir rızası olmadan bir başka kişiden organ alırsa 5 yıldan 9 yıla kadar, doku alırsa 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilebilecektir. Cezai sorumluluk açısından bu farkın getirilmesinin nedeni açıklanmamıştır. Kan, bir dokudur. Kalp, bir organdır. Bu ikisi arasında, insan sağlığı açısından veya insanın yaşamını devam ettirebilmesi açısından ne gibi

somut bir fark bulunabilir. Her ikisi de insan yaşamı ve sağlığı için, ciddi öneme sahiptir. Bu nedenle, cezai sorumluluk açısından getirilen bu ayrımın kaldırılması gerekir.

3. fıkrada, organ veya dokusunu satan kişi, cezalandırılmaktadır. Burada, suçun faili ile mağduru aynı kişide toplanmaktadır. Bu fıkra göre, suçun faili, kendi rızasıyla organ veya dokusunu satan kişidir. Peki, mağdur kimdir? Organ veya dokuyu alan kişi mi? yoksa kamu mu? Hukuka uygun bir rıza açıklaması çerçevesinde organ veya doku satılmasında kamunun ne gibi bir zararı olabilir. Zaten 1. fıkrada, hukuken geçerli rızayı, hukuka uygunluk sebebi saymıştır. Ancak 3. fıkrada, hukuka uygun bir rızadan bahsedilmemekte ve 1. fıkra atıf da yapılmamaktadır. 1. fıkrada belirtilen hukuka uygunluk oluşturan rıza, kendi organını satan kişiye değil, üçüncü kişiye ilişkindir. O halde, 3. fıkrada, suçun faili ile mağduru aynı kişide toplanabilmektedir.

Son olarak, 1. fıkrada, hukuken geçerli bir rızaya dayanılarak bir kişiden organ veya doku alınması halinde, organ veya dokuyu alan kişinin cezalandırılmayacağı düzenlenmişken, 3. fıkrada, tekrar bu ifadeye yer verilmemesi kanun tekniği açısından yersizdir.

4. 94. maddede, 'işkence ve eziyet' suçu düzenlenmiştir. Söz konusu madde, seçimlik hareketle işlenebilen bir suçtur. Yani bu suç, kanunda sayılan birden çok hareketlerle işlenebilir. Bu hareketlerden biri de, bir kişiye karşı o kişinin 'aşağılanmasına yol açacak davranışların gerçekleştirilmesi suretiyle işkence suçunun' işlenebilmesidir. Burada hemen akla, 125. maddede düzenlenen hakaret suçu gelebilir. Gerçekten, hakaret suçunda korunmak istenen, kişilerin onur ve şerefidir. Yani, kişilerin onur ve şerefine rencide edilmemesi, aşağılanmamasıdır. Bu bakımdan olaya baktığımızda, mesela, bir kişinin herkese açık bir alanda, çıplak soyundurulması, hangi suçu oluşturacaktır. Böyle bir fiilin işlenmesi halinde, mağdurun hem ruhsal yönden acı çekmesi hem de toplum içinde aşağılanması, onur ve şerefine rencide olması mümkündür. Peki, bu durumda hangi suçtan cezai sorumluluğa gidilecektir. Ortada fikri içtima kuralları uygulanabilir mi, yoksa sadece tek işkence veya hakaret suçu mu var? Bu iki suçun ayırt edilmesinde failin kastına mı bakılacak? Yani, eğer fail, mağduru aşağılamak, onur ve şerefine rencide etmek amacıyla gerçekleştirmişse hakaret suçu, kişiyi aşağılayarak ruhsal yönden acı çektirmek ise, işkence suçunun varlığını mı kabul

edeceğiz. Bu ayrımı yapmak için, ilgili suçların işlenebilmesi için, özel kastın varlığı gereklidir. Oysaki, 125. maddede düzenlenen hakaret suçunda böyle bir kast öngörülmemektedir. Acaba, hakaret suçu, işkence suçunun bir unsuru olarak mı düzenlenmiştir. Bize göre burada, fikri ıçtima kuralları uygulanmalıdır ve faile en ağır cezayı içeren suçtan sorumluluk yüklenmelidir.

Aynı maddenin 3. fıkrasında, işkencenin, *'cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde'* cezanın arttırılacağı düzenlenmiştir. Cinsel yönden taciz ifadesiyle ne kastedilmektedir. Bu çok belirsiz ve dolayısıyla kötü sonuçlara yol açabilecek yorumlara müsaittir. 105. maddede, *'bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi'* ifadesi kullanılmıştır. Bu maddeye bakıldığında, özel kastın varlığı aranmaktadır. Ancak sorun cinsel taciz ifadesinden, ne anlaşılması gerektiğidir. Mesela, bir işyerinde bir kaç kişinin özel olarak kurulan rüzgâr üreten aletle birkaç defa bir bayanın eteklerini kaldırıp kendileri ile birlikte başkalarına da izletmeleri, nasıl yorumlanacaktır. Bu bir cinsel saldırı mıdır yoksa işkence veya eziyet midir?

Aynı maddenin 5. fıkrasında, işkence suçunun ihmali davranışla işlenmesi cezada indirim nedeni sayılmayacağı düzenlenmiştir. Bu fıkra, 83. maddede düzenlenen, *'kasten öldürme suçlarının ihmali davranışla işlenmesi halinde cezadan indirim yapılacağı'* şeklindeki düzenlemeyle çelişki göstermektedir. İlgili maddede, bu konuya ilişkin görüşlerimizi açıkladığımız için, burada sadece, ihmali davranışların, suçların bir işleniş biçimi olduğunu ve bu nedenle de icrai davranışlardan farkının olmadığını ve sonuç olarak, bu maddede, bunun ayrıca düzenlenmesine gerek olmadığını söylemek isteriz.

5. 99. maddede, *'çocuk düşürtme, düşürme ve kısırlaştırma'* suçları düzenlenmiştir. Anılan maddenin 2. fıkrasında, *'tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Bu durumda, çocuğun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur'* ifadesi yer almaktadır. Bu fıkrada açıkça görülüyor ki, çocuğunu düşürten anne, çocuğu düşürten kişiye göre daha az ceza hatta adli para cezası ile cezalandırılabilir ve dolayısıyla hürriyeti bağlayıcı ceza bile almayabilecektir. Bu düzenlemenin mantığını anlamak oldukça güçtür. İlk olarak, böyle bir fiil iştirak halinde işlenmiş ve müşterek faillik hükümleri kapsamında yer

almuş ayılır. Bu nedenle her iki kişinin de aynı ceza ile cezalandırılması gerekir. İkinci olarak, birinci ihtimali bir an göz ardı etsek bile, çocuğunu düşürten kadının, çocuğu düşüren kişiye göre, daha fazla ceza alması gerekir. Çünkü, annelik hissi gibi, şefkatin en yüksek noktasını ifade eden bir manevi durumun, adeta yok edilerek, toplum için çok ciddi tehlike arz edecek şekilde kendi evladını öldüren bir ruh halinin şefkate tabi tutulması, indirim nedeni sayılması kabul edilemez. Bu nedenle, her ikisinde cezası eşit olmalıdır. Ama mutlaka fark gözetilecekse, anneye daha fazla ceza verilmelidir.

6. 101. maddede, kısırlaştırmanın suç olduğu hal düzenlenmiştir. Anılan maddenin 1. fıkrasında, rıza olmadan bir erkek veya bayanı kısırlaştırmanın suç olduğu, 2. fıkrada ise, rıza olsa bile, kısırlaştırma fiilini yapan kişi yetkili değilse cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, 1. fıkra gereğince, rıza yoksa, kısırlaştırmanın suç olduğu, 2. fıkraya göre, rıza olsa bile, eğer kısırlaştırmanın fiilini yapan kişi yetkili değilse cezalandırılacaktır. Burada açık bir çelişki vardır. 1. fıkra gereğince yani, rızanın bulunmadığı durumda, failin yetkili olup olmadığına bakılmayacak, mesela, yetkili olan bir kişi kısırlaştırma fiilini gerçekleştirirse bile suç olacak, ama 2. fıkraya göre, rızanın olduğu yerde kişinin yetkili olup olmadığına bakılacaktır. Peki, rızanın olmadığı durumda korunan hukuki yarar ile rızanın olduğu durumda korunan hukuki yarar arasında bir fark var mıdır? Ayrım, neye göre yapılmıştır? Yetkili olmayan kişinin kısırlaştırma yapması, yetkili olan kişinin kısırlaştırma fiilini gerçekleştirmesi arasında hem kısırlaştırılan kişi açısından hem de toplum yararı açısından bir fark var mıdır?

26. maddenin 2. fıkrasında, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edeceği bir hak konusunda açıkladığı rıza çerçevesinde işlenen fiillerden dolayı o fiili gerçekleştiren kişiye ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ışığında, zaten kendi içinde çelişki halinde olan bu madde kaldırılmalıdır. Rızaya dayalı olması halinde kısırlaştırma fiili suç olmaktan çıkartılmalıdır.

7. 102. maddede, cinsel saldırı suçu düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasında, '*Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi.*' ifadesi kullanılmıştır. Burada, cinsel davranış kelimesinden ne anlaşılacağı, anlaşılması gerektiği açık değildir. Bir davranışın hangi durumlarda cinsel, hangi durumlarda cinsel olmayan nitelikte oldu-

ğunu belirlemek için nasıl bir ölçü kullanılacaktır. Fiili gerçekleştiren kişinin, cinsel dürtüleri nesnel bakış açısından farklı olabilir. Mesela, cinsel yönden aşırı tahrike kapılma özelliğine sahip olan bir kişinin, bir kadına zorla çorabını çıkartarak cinsel zevk alırsa, bu fiili cinsel davranış olarak mı değerlendirileceğiz. Aynı şekilde, cinsel duyguları zor tahrik olan bir kişinin, bir kadını karşısında zorla soydurarak onun fiziksel açıdan mükemmel bir vücuda sahip olup olmadığını incelemesini, cinsel davranış olarak değerlendirmeyecek miyiz? Sanırım burada, nesnel bir cinsellik fikrini temel almak gerekecektir. Ancak bunun da tespitinin çok zor olduğunu belirtmek gerekir. Bize göre, kanun maddesine, '*cinsel arzularını tatmin amacıyla*' ifadesinin eklenmesi gerekir. Yine kanun maddesinden anlaşılmamakla beraber, buradaki cinsel davranıştan anlaşılması gereken, cinsel ilişki boyutuna varmayan ve kişinin cinsel dürtülerini karşılayan hareketlerdir. 765 sayılı Yasa'da tasaddi olarak düzenlenen suç tipinin karşılığı şeklinde anlaşılmalıdır. Sarkıntılık şeklinde de anlaşılmamalıdır. Çünkü, bu durum, 105. maddede, cinsel taciz şeklinde düzenlenmiştir.

2. fıkrada, '*Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda...*' ifadesine yer verilmiştir. Bu fıkrada, vücuda organ veya sair cisim sokulması, ifadesinden ne anlaşılacaktır. Organ veya sair cismin ne maksatla sokulacağı açık değildir.

a. Bir kişi, bir kadının rızasına aykırı olarak cinsel organına kızlığını bozmak için parmağını soksa.

b. Bir kişi, bir kadının rızasına aykırı olarak cinsel organına cinsel dürtülerini tatmin etmek için parmağını soksa.

c. Bir erkek, bir kadının rızasına aykırı olarak cinsel organına cinsel dürtülerini tatmin etmek için cinsel organını soksa.

d. Bir kişi, bir kadının rızasına aykırı olarak cinsel organına cinsel dürtülerini tatmin etmek için plastik cisim soksa.

e. Bir kişi, bir kadının rızasına aykırı olarak cinsel organına acı vermek için plastik cisim soksa.

Bu ihtimallerin hepsi, bu fıkra kapsamında mı değerlendirilecek. Bize göre, bu fıkraya da yukarıda belirttiğimiz gibi, '*cinsel arzularını tatmin amacıyla*' ifadesinin eklenmesi gerekir.

Son olarak, 1. fıkrada olduğu gibi, bu fıkrada korunmak istenen hukuki yarar, başka bir ifadeyle cezalandırılmak istenen fiilin ne olduğu açık değildir. Maddenin ifade ediliş biçimine bakıldığında, cezalandırılmak istenen fiilin, cinsel ilişki veya cinsel ilişkiye eş değerdeki hareketler olduğu anlaşılabilir. Ancak, kanun koyucu, kanunilik ilkesi gereğince, cezalandırmak istediği bir fiilin bütün unsurlarını, herkesin anlayabileceği açıklıkta düzenlemelidir. Aksi durum, keyfiliğe yol açabilir. Nitekim 104. maddede, reşit olmayanlarla cinsel ilişkinin cezalandırılacağı açık bir şekilde düzenlenerek, buradaki cezalandırılmak istenen fiil, net bir şekilde ortaya konulmuştur.

4. fıkrada, cinsel saldırı suçu, mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün üzerinde bir cebir kullanılması halinde, hem cinsel saldırı hem de kasten yaralama suçunun işlenmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Bu madde, cinsel saldırı suçunda, basit yaralama suçu derecesine kadar olan cebir kullanımını suçun bir unsuru, bu sınır aşıldığı zaman iki suçun oluştuğunu kabul etmiştir.

5. fıkrada, cinsel saldırı suçu neticesinde, mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması halinde, 10 yıldan az olmamak üzere hapis cezasını gerektirdiği düzenlenmiştir. Fıkraya göre, cinsel saldırı sonucunda, mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması 4. fıkrada olduğu gibi, ayrıca ayrı bir suçun varlığına vücut verip vermeyeceği belirtilmemiştir. Oysa, burada da, 86. maddenin ifade ettiği gibi, sağlığın bozulması sonucunu doğuracak bir neticeden bahsedilmektedir. Sonuç olarak, 5. fıkrada da, cinsel saldırı neticesinde yaralama suçunun işlendiği açıktır. Ama, 4. fıkrada olduğu gibi, iki farklı suçun olduğu kabul edilmemiş, ağırlatıcı neden sayılmıştır. Böyle bir düzenlemenin sakıncası, cinsel saldırı fiili neticesinde, mağdurun hayati tehlike geçirebileceği derecede ağır bir tehlike geçirmesi halinde hâkime, 10 yıldan az olmamak üzere, yukarı sınırı ne kadar olacağı belli olmayan ucu açık bir ceza verme takdir hakkı tanınmış olmasıdır. Eğer iki suçun varlığı kabul edilmiş olaydı, böyle bir sorun doğmazdı.

6. fıkrada, yine 5. fıkrada olduğu gibi, cinsel saldırı sonucu, mağdur bitkisel hayata girer veya ölürse, kaç tane suçun oluşacağı düzenlenmemiş, ne kadar ceza verileceği düzenlenmiştir. 4. fıkranın aksine, ortada iki farklı suçun bulunmasına rağmen 5. fıkrada olduğu gibi, kaç tane suçun işlenmiş sayılacağına değil de, sadece sonuç cezanın düzenlenmiş olması, kanun koyucunun 5. ve 6. fıkralarda, fikri içtimai mi yoksa netice

sebebiyle ağırlaşmış bir suçun varlığını kabul ettiği düşünülecek? Bize göre, 5. fıkrada, hem cinsel saldırı hem de duruma göre kasten veya taksirle yaralama suçu şeklinde iki farklı suç vardır. Aynı şekilde, 6. fıkrada da, ölüm meydana gelirse, hem cinsel saldırı hem de duruma göre kasten veya taksirle öldürme suçu şeklinde iki farklı suç vardır. Şöyle ki, öldürücü olup olmadığını bilmediği AIDS virüsü taşıyan fail, rızaya aykırı olarak cinsel ilişkiye girdiği mağdurun ölebileceğini düşünmüş ama hareketlerinden vazgeçmemiş ve bunun sonucunda mağdur ölmüşse, cinsel saldırı ve kasten öldürme suçu; AIDS virüsü taşıyan fail, rızaya aykırı olarak cinsel ilişkiye girdiği mağdurun ölebileceğini düşünmesi gerekirken düşünmemiş ve bunun üzerine mağdur ölmüşse, cinsel saldırı ve taksirle ölümden sorumlu olacaktır.

8. 106. madde, tehdit suçu düzenlenmiştir. Bu madde, *'Bir başkasını, kendisinin veya yakının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından veya sair kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmedilir'* şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddede, tehdit suçuna konu olan hukuki yaralar arasında bir derecelendirme yapılmıştır. Buna göre, tehdit fiili, hayat, vücut tamlığı veya cinsel dokunulmazlık hedef alınarak yapılırsa, fail; malvarlığı hedef alınarak yapılan tehdit fiiline göre daha ağır ceza ile cezalandırılacaktır. Yani, malvarlığı, cinsel dokunulmazlığa göre daha az korunan bir hukuki değer olarak görülmüştür. Oysa, kanunun genel yapısına ve kanuna hâkim olan felsefeye bakıldığında, cinsel suçlara verilecek en alt ceza üç ay (md. 105), malvarlığı aleyhine ilişkin suçlarda, (md. 151) en alt ceza dört ay olarak öngörülmüştür. Bu nedenle, tehdit suçlarında korunan hukuki yarar bakımından, kanunun genel felsefesine aykırı olacak şekilde, malvarlığı aleyhine işleneceğinden bahisle yapılacak tehdit suçunun daha az cezayla cezalandırılacağı kabul edilmesi yersizdir. Kaldı ki, böyle bir kabulün mantığını anlamak mümkün de değildir. Zira, 148. maddede düzenlenen yağma suçunda, *'Bir başkasını, kendisinin veya yakının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle ya da malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit eden veya cebir kullanarak, bir teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır'* hükmü getirilmiştir. Bu maddede açıkça,

yukarıda yaptığımız tespite uygun olarak, malvarlığı, diğer korunan hukuki yararlarla eşit değerde görülmüştür.

Sonuç olarak, tehdit suçu, yağma suçunda olduğu gibi, malvarlığı ile diğer korunan hukuki yararlar bakımından aynı değerde görülerek tekrar düzenlenmelidir.

106. maddenin 3. fıkrasında, *'Tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verilir'* ifadesi yer almaktadır. Burada tehdit suçu, amaç suç, kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçları, araç suçtur. Bu durumda, iki suç kabul edilmiştir. İlk suç; tehdit suçu, ikinci suç; kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçlarından hangisi işlenmişse odur. Dolayısıyla gerçek içtima kuralları uygulanacaktır. Ancak, 82. maddenin h bendinde, *'bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla,'* öldürme fiili işlenirse, faile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının verileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, amaç suç, bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak araç suç, öldürmektir. Ancak burada, 106. maddenin 3. fıkrasından farklı olarak, iki ayrı suçun varlığı kabul edilmemekte, tek suçun varlığı kabul edilip cezaların en ağırı olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilmektedir.

Sonuç olarak, her iki düzenlemede de, araç suç, kasten öldürme, kasten yaralama olmasına rağmen 106. maddenin 3. fıkrasında, iki farklı suçun varlığı kabul edilip, cezaların toplanması kabul edilmekte, 82. maddenin h bendinde, tek suçun varlığı kabul edilip cezaların en ağırı olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilmektedir. Burada bir çelişki vardır.

9. 113. maddede, *'Kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi'* kenar başlığı altında, *'Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, kamu kurumu faaliyetlerinin yürütülmesine engel olunması'nın* suç olup 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasını gerektirdiği düzenlenmiştir. Maddenin kenar başlığı ile düzenleniş şekli birbirinden farklılık göstermektedir. Gerçekten, kenar başlığa bakıldığında, *'Kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi'nin* suç olacağı düzenlenmişken, maddeye bakıldığında, sadece, kamu kurumu

faaliyetlerinin yürütülmesinin engellenmesi suç olarak düzenlenmiş, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi, suç olarak düzenlenmemiştir. Maddenin kenar başlığının aynen maddede yer alması halinde bile, eksik bir düzenleme niteliğinde olan bu hüküm, kenar başlığın daha da daraltılarak düzenlenmiş haliyle iyice yetersiz hale gelmiştir. Çünkü, mesela, maddeye göre, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından olan derneklerden herhangi birinin faaliyetinin cebir veya tehditle engellenmesi suç oluşturmayacaktır. Aynı şekilde, kenar başlıkta bile düzenlenmeyen, özel eğitim kurumları ve sağlık kuruluşlarının faaliyetlerinin cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, engellenmesi suç oluşturmayacaktır. Böyle bir sonuç, başta, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi ile anayasanın 33. maddesinde düzenlenen dernek kurma hakkına aykırılık teşkil etmektedir.

10. 125. maddede hakaret suçu, *'Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına aldiran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır'* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile 765 sayılı eski Ceza Kanunu'nun 482. maddesinde bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenen *'sövme suçu'*, hakaret suçunun bir unsuru haline gelmiştir. 765 sayılı eski yasanın 480. maddesinde, hakaret suçu bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş olup cezası, üç aydan üç seneye kadar hapis cezası, 482. maddede, sövme suçu ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiş olup cezası, üç aya kadar hapis cezasını gerektirir şeklinde düzenlenmişti. Yeni kanun 125. maddesi ile bu ayrımı kaldırmış, sövme fiilini, hakaret suçunun bir unsuru haline getirerek, 480. maddedeki, düzenleme ile aynı cezaya tabi tutmuştur. Burada önemli bir ayrım kaldırılmıştır. Gerçekten, bir kimseye yönelik, somut bir fiil isnatının yapılmasıyla, sadece soyut bir iddia niteliğindeki sözlerin mağdur üzerinde yapacağı olumsuz etki kesinlikle aynı olamaz. 125. madde, Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının birinci kısmının sekizinci bölümü başlığı altında, *'şerefe karşı suçlar'* kenar başlığı altında düzenlenmiştir. Yani bu suç ile korunmak istenen hukuki yarar, kişinin toplumdaki onur ve şerefine korunmasıdır. Konuya bu açıdan bakılmalıdır. Bu nedenle, mesela, bir kişi hakkında; belli bir gün, yer ve saat belirterek, fuhuş yaptığı, hırsızlık yaptığı veya insan öldürdüğünün söylenmesi ile, o kişinin; zinakar, hırsız veya katil olduğunun söylenmesi durumunda, söz konusu kişinin toplum nazarında aynı seviyede rencide edildiğini

kabul etmek mümkün değildir. Ancak mevcut düzenlemeye bakıldığında, maalesef biz bunu aynı seviyede görmekteyiz. Bu nedenle, mevcut yasa, yürürlükten kaldırılan 765 sayılı yasadaki olduğu gibi, bu iki farklı fiili birbirinden ayırarak farklı ceza öngörmelidir. Sövme fiilini, hakaret suçunun bir unsuru haline getiren kanun koyucu, ne hikmetse, madde gerekçesine bakıldığında, sövme suçundan bahsetmektedir. Bu da ayrı bir çelişkidir.

125. maddenin 5. fıkrası, *'Kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi halinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır'* şeklinde düzenlenmiştir. Zincirleme suçu düzenleyen, 43. maddenin 2. fıkrasında, *'Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükümleri uygulanır'* hükmünü getirilerek, zincirleme suçun varlığı kabul edilmiştir. İlk önce, 125. maddenin 5. fıkrasına bakıldığında, kurul halinde çalışan kişilere karşı tek bir fiille hakaret edilmesi halinde kurulu oluşturan üye sayısına suçun varlığı kabul edilmektedir. Ancak, bu fıkraya, 29.6.2005. tarih ve 5377 sayılı değişiklik içeren Kanun'un 15. maddesi ile, *'Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır'* hükmü getirilerek, aynı fıkroda iki farklı ve birbiriyle çelişen durum meydana getirilmiştir. Değişiklik getirilmeden önceki haliyle, bir fiille birden çok kişiden oluşan kurul üyelerine karşı hakaret suçu işlendiği zaman, kurulu oluşturan üye sayısına suçun oluşacağı haklı olarak düzenlenmişti. Fakat bu hüküm, 43. maddenin 2. fıkrasında yer alan *'Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükümleri uygulanır.'* ifadesiyle çelişmekte idi. Aslında sorun, bu maddede iken ve dolayısıyla bu maddenin değiştirilmesi gerekirken, doğru olarak düzenlenmiş olan 125. maddenin 5. fıkrasının ilk şekline, 29.6.2005. tarih ve 5377 sayılı değişiklik içeren kanunun 15. maddesi ile, hatalı bir düzenleme olan, 43. maddenin 2. fıkrası ile uyumu sağlamak için son bir cümle eklenmiştir. 43. maddenin 2. fıkrası niye hatalıdır? Bu fıkraya göre, mesela, birden çok kişiye karşı; *'hepiniz hırsızınız, hepinizi dün gece saat 23'te Ahmet'in evinden mücevher çalarken gördüm'* şeklindeki hakaret niteliği taşıyan bir fiil gerçekleştirildiği zaman, kendilerine karşı bu fiilin söylendiği kişi sayısına değil, tek suç kabul edilecektir. Bu kabul, birden çok kişinin her birinin kendine ait onur ve şerefine olabileceğini kapalı olarak reddetmektedir. Dolayısıyla, Ceza Kanunu'nun yapılış aşamasındaki temel felsefesi olan kişi hak ve özgürlüğünü öne çıkaran ve dolayısıyla kişisel

değerlere öncelik tanıyan felsefeye aykırıdır. Burada, adeta birden çok kişi, bir kişi içinde eritilmiştir.

Sonuç olarak, 125. maddenin 5. fıkrasının ilk şekline geri dönülmesi, 43. maddenin 2. fıkrası, hakarete maruz kalan kişi sayısının suçun oluşacağı şeklinde değiştirilmelidir.

11. 127. maddede, hakaret suçlarına ilişkin iddiaların ispatı düzenlenmektedir. Bu maddenin 1. fıkrası, *'İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispat edilmiş ayılır'* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye bakıldığında, hakaret eden kişinin cezalandırılmaması için, hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi gerekir. Mahkûmiyet kararı, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde, sanık veya şüphelinin o suçu işlediğine dair delillerin bulunmasına bağlıdır. Yani hâkim, önüne gelen bir olay hakkında, % 99 kanaat ama %1 şüpheye sahip bulursa mahkûmiyet kararı veremeyecektir. Bu açıklama ışığında, bir hakaret suçuna ilişkin olarak, hakaret edilen kişi hakkında, hâkim kanaatini % 100 oluşturamadığı durumda, şüpheden sanık yararlanır = in dubio pro reo = ilkesi gereğince, sanığı mahkûm edemeyecek, hakaret suçunun faili, hakaret suçundan mahkûm edilecektir. Yani, şüpheden sanık yararlanır = in dubio pro reo = ilkesi ters tepip, ilkenin aksine, hakaret suçunun faili cezalandırılacaktır.

Sonuç olarak, şüpheden sanık yararlanır = in dubio pro reo = ilkesi, bir olayda karşı karşıya geldiğinde, birinin lehine diğerinin aleyhine sonuç doğuracaktır.

ELEKTRONİK İMZA VE ELEKTRONİK İMZA İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

İnci BİÇKİN*

I. GİRİŞ

Farklı iletişim araçları kullanılarak yapılan iletişim, zamanla teknolojik gelişmelere de ayak uydurarak elektronik ortama taşınmıştır.

Günümüzde bilgi alış-verişi başta olmak üzere her türlü iletişim elektronik ortamda yapılmaktadır.

Eskiden elle yapılan birçok iş ve işlem hızla elektronik ortama taşınmaktadır. Bu gelişmelerin sonucunda bilgi çağı olarak nitelendirilen çağımızda, hızla gelişen bilgi ve iletişim teknolojileri yaşamımızın her alanına girmiştir.

Elektronik ortamda yapılan işlemlerin, yükümlülük getirdiği kişiler açısından hukuksal boyutu ile bağlayıcı olması için mevzuatta bu işlemlerin geçerliliğini ve bağlayıcılığını kabul ederek hukuksal değer kazandırmak gerekmektedir.

Bu hem elektronik ortama hukuksal bir koruma ve düzen getirecek hem de elektronik ortamda yapılan işlere olan güveni artıracaktır.

Elektronik imza böyle bir ihtiyacın sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bunun için mevcut hukuki düzenlemelerin yeniden yapılandırılmasının yanında 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu hazırlanmış ve kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

* Yargıtay Tetkik Hakimi.

II. TEMEL KAVRAMLAR

A. ELEKTRONİK İMZA

Gelişip değişen ve dinamik bir yapıya sahip olan teknoloji karşısında, hukuki işlemlerin elektronik yoldan yapılmasına olanak verecek şekilde kanunlarda yer alan düzenlemelerin yeniden gözden geçirilmesi zorunluluğu doğmuştur. Elektronik imzanın gündeme gelmesi ve uygulama alanı bulması, bu ihtiyaçlara karşılık verme çabalarının bir sonucudur.¹

Elektronik imza, elektronik ortamda gerçekleştirilen belgelerde el ürünü imzanın doğurduğu hukuki sonuçları sağlamaktadır.

Dijital imza olarak da tanımlanabilecek olan elektronik imza, el yazısı ile atılan imzanın sahip olduğu özellikleri, elektronik belgeler bakımından da sağlamaya çalışan bir yöntemdir. Şifreleme yöntemleri sayesinde, elektronik olarak imzalanan bir belgenin, sadece elektronik imzanın sahibi olan kimse tarafından düzenlendiği tespit edilebilmektedir.

UNCITRAL tarafından 2001 yılında hazırlanan Elektronik İmza Model Kanun Tasarısında elektronik imzanın tanımı şu şekilde yapılmıştır: *“Elektronik imza, veri mesajı ile ilintili olarak imza sahibini teşhis etmede kullanılabilen ve veri mesajında yer alan bilgilerin imza sahibi tarafından onaylandığını gösteren, veri mesajı ile mantıklı bir şekilde ilişkilendirilmiş veya veri mesajına eklenmiş olan elektronik biçimdeki veriyi ifade etmektedir.”*²

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu’nda elektronik imzanın tanımında model olarak alınan Avrupa Birliği’nin 1999/93 sayılı Direktifinin 2. maddesinde: *“Elektronik imza, mantıken diğer elektronik verilere bağlı yada bileşik olan ve bir tasdik yöntemi ile oluşturan elektronik formdaki bir veridir”* denilmiştir.³

¹ Biçkin, İ., Elektronik İmza Kanunu ve Getirdiği Düzenlemeler, *Yargıtay Dergisi*, C. 30, S. 3, s. 351-361.

² Atamer, s. 780.

³ Elektronik İmza Kanunu hazırlanırken kanuna alınacak tanım üzerinde ortak bir görüşe varılması için tartışmalar yapılmış, AB Direktifinde yer alan tanımın çerçeve tanım olması nedeniyle, üye ülkelerin iç hukuklarına ve gelişen teknolojiye göre genişletilebileceği görüşü ile 1999/93/EC nolu Direktifte yer alan tanıma uygun bir tanıma kanunda yer verilmesi konusunda çoğunluk görüşü sağlanmıştır. Bkz., helvacıoğlu, e-imza paneli, VII. Türkiye’de İnternet Konferansı, Aralık 2002, İstanbul.

Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu (ETKK) elektronik imza ile ilgili olarak şöyle bir tanım yapmıştır: *“Elektronik imza, bir bilginin üçüncü tarafların erişimine kapalı bir ortamda, bütünlüğü bozulmadan ve tarafların kimlikleri doğrulanarak iletildiğini elektronik veya benzeri araçlarla garanti eden harf, karakter veya sembollerden oluşmuş bir seti ifade eder.”*⁴

Başka bir deyişle elektronik imza, kişilerin kimliklerinin elektronik ortama taşınmasının bir aracı olup, kısaca elektronik ortamda yaratılan kimlik bilgisidir.⁵

Elektronik İmza Kanunu’nda elektronik imza; başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri olarak tanımlanmıştır.

Kanundaki tanımına göre elektronik imza, güvenli elektronik imza ve basit elektronik imza olarak ikiye ayrılabilir.⁶ Elektronik imzanın kanuni tanımı, güvenli elektronik imzayı tanımlamaktadır. Belli bir sayısal şifre ile kodlanmadan bilgisayar ekranına kalemle atılan imza, biometrik imza, dijital imza ve el ürünü imzanın tarayıcıdan (scanner) geçirilerek taranması, elektronik ortama atılması ve bu şekilde saklanarak elektronik ortamda kullanılması basit elektronik imza olarak adlandırılabilir. Basit elektronik imza, bu şekilde oluşturulduktan sonra elektronik belgelere eklenebilmektedir.⁷ Gelişmiş veya güvenli elektronik imza ise, basit elektronik imzanın tanımına verinin bütünlüğünün korunduğunu göstermesi yanında imzalayanın kimliğinin de tespitinin mümkün olduğu imza denilebilir.

Güvenli ve basit elektronik imza ayrımı, ispat hukuku açısından önem taşımaktadır. Elektronik İmza Kanunu’nda güvenli elektronik imza olarak tanımlanan ancak teknik olarak dijital imza olan elektronik imza, sadece elektronik ortamda kurulan sözleşmelerde değil, bunların dışında teknolojinin diğer imkanları kullanılarak yaratılan kayıtlarda da kullanılabilir.

⁴ Altınışık, s. 78.

⁵ Soydan, s. 128.

⁶ Falcıoğlu, s. 95.

⁷ Seviş, s. 1.

B. ELEKTRONİK SERTİFİKA

Elektronik sertifika Elektronik İmza Kanunu'nda yer alan ifadelerden yola çıkıldığında, imza sahibinin imza doğrulama verisini ve kimlik bilgilerini birbirine bağlayan elektronik kayıt olarak tanımlamak mümkündür.⁸ Elektronik İmza Kanunu'na göre yetkili kurumlar olan sertifika hizmet sağlayıcıları, e-imza oluşturma verisini ve e- imza doğrulama verisini, imza oluşturma araçlarının içerisinde üreterek kullanıcılara güvenli bir yöntemle dağıtır. Sertifika hizmet sağlayıcıları tarafından, bir kullanıcı için imza doğrulama verisini yine elektronik ortamda saklanan ve sertifika adı verilen uluslar arası geçerliliğe sahip bir biçimde oluşturur.⁹

Oluşturulan sertifika içerisinde kime ait olduğu, geçerlilik tarihi gibi bilgilere mevcuttur. Elektronik imza sahibinin kimlik bilgilerini imza doğrulama verisine bağlayan bir elektronik kayıt olduğu için, bir nüfus cüzdanı ile benzerlik gösterdiği söylenebilir. Bu sertifika, elektronik imza sahibi için onu üreten sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından elektronik olarak imzalanır.¹⁰

Elektronik sertifikalar 5070 sayılı Kanun'a uygun olarak faaliyet göstermesi gereken elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları tarafından, belirli ücret karşılığında temin edilebilir.

Elektronik sertifikaların kullanıma başlama ve bitiş zamanı vardır. Bu itibarla elektronik sertifikaların kullanımı süre ile sınırlıdır. Genel uygulamada bu süre bir yıl olarak öngörülmüştür.¹¹

⁸ 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda elektronik sertifikanın tanımı yapılmamış, ancak nitelikli elektronik sertifikada bulunması gereken haklar anlatılmak suretiyle nitelikli elektronik sertifikadan bahsedilmiştir. Bkz., 5070 sayılı Kanun madde 9.

⁹ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ongoren law office, <http://www.ongoren.av.tr/ağustos05.htm>.

¹⁰ Elektronik İmza Semineri, 19-20 Ekim 05, Ankara. Ayrıntılar için bkz. <http://taix.cec.eu.int/images/carte.htm>.

¹¹ Elektronik sertifikanın kullanımı sırasında çoğu uygulamalarda, işlem yapmadan önce sertifikanın geçerlilik süresi kontrol edilir. Eğer kullanım süresi dolmuş ise bu sertifika ile işlem yapılması mümkün değildir. Bkz., <http://www.tk.gov.tr/>.

C. ELEKTRONİK SERTİFİKA HİZMET SAĞLAYICISI

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı (ESHS), elektronik sertifika, zaman damgası ve elektronik imzalarla ilgili hizmetleri sağlayan kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişileridir. Bunlar açık anahtar sahibinin kimliğini sertifikaya bağlar, bu şekilde onaylar, açık anahtarların yayınlanma görevini yüklenir, özel anahtarların güncellenmesi, sertifika bilgilerinin saklanması gibi görevleri üstlenirler ve yaptığı bu işler bakımından hukuksal sorumluluk altına girerler.¹² Verilecek olan sertifika içerisindeki bilgilerin bütünlüğü ve doğruluğu sertifika hizmet sağlayıcıları tarafından bu şekilde garanti altına alınmaktadır.¹³

Hem Avrupa Birliği'nin Elektronik İmzalar Hakkındaki Direktifi'nde hem de 5070 sayılı Kanunda elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları, elektronik sertifika çıkaran ya da e-imza ile ilgili diğer hizmetleri veren gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır.

III. ELEKTRONİK İMZANIN ÖZELLİKLERİ

Elektronik imza, elektronik bir kaydın bütünlüğü ve doğruluğunun ispatı ile kaydın sahibi arasında ilişki kuran elektronik bir kayıttır. Bu itibarla imza sahibinin adı ya da rolü altında işlem gören, reddedilmeyen güvenlik politikası altındaki bazı eylem ve olayların formdaki kanıtı olarak kabul edilen¹⁴ elektronik imzanın, bazı özellikleri ve fonksiyonları vardır. İnkâr edilemezlik, doğrulama, erişim kontrolü ve bütünlük elektronik imzanın temel unsurlarıdır.¹⁵

İnkâr edilemezlik elektronik imzanın en önemli özelliğidir. Gönderici elektronik imza kullanarak gönderdiği mesajdaki imzayı inkâr edemez.¹⁶ Bu şekilde hukuki uyumsuzluk ortaya çıktığı zaman, gönderici taraf mesajından sorumludur. Karşı tarafın bir mesaja, sözleşmeye ya da ödemeye ilişkin isteği, bu mesajın karşı tarafın tek taraflı iradesiyle reddedilemeyeceğine güvenebilmesi ile yakından ilişkili olan bu özellik¹⁷ elektronik ticaret için de hayati bir öneme sahiptir.

¹² İnalöz, s. 42.

¹³ Erzincan, s. 13.

¹⁴ İnalöz, s. 23.

¹⁵ Orta, s. 40.

¹⁶ Anbar, 11.

Doğrulama ise, belgeyi imzalayan kişinin kimliğinin doğrulanması yoluyla, işleme katılanın kim olduğu kesin bir şekilde belirlenir. Elektronik imza, alıcı ve göndericinin kimliğini tanımlayabilir. Kimlik tespiti de denilebilecek bu özellikte tespit çabuk, nesnel ve otomatik olarak yapılmaktadır.¹⁸ Elektronik imza sahibi imza üzerindeki kontrolünü kaybetmedikçe, taklidini yapmak mümkün değildir.

Elektronik imza ile imzalanarak gönderilmiş bir veriye sadece izin verilmiş kişiler ulaşabilir.¹⁹ Bu özellik erişim kontrolü olarak adlandırılmaktadır. Yetkili alıcı, okuduğu deşifre edilmiş mesajı bir başkasına gönderecek ise veya içeriğini değiştirecek ise artık kendi imzası ile şifreleyebilecektir.

Verinin gönderildiği andan itibaren mesaj içeriğinin hiç değişmediği, mesajın hiçbir şekilde alıcının gizli anahtarına sahip olmayan biri tarafından açılmayacağı ve göndericinin de mesajı artık değiştiremeyeceği elektronik imzanın bütünlük özelliği ile ifade edilebilir. Bu şekilde verinin bütünlüğü korunmaktadır. Elektronik bir veride elektronik imzanın bulunması, bu verinin değiştirilmediğinin ve ulaşılmadığının bir kanıtıdır.²⁰

IV. ELEKTRONİK İMZANIN KULLANIMINA İLİŞKİN UYGULAMALAR

Elektronik imzanın uygulamaya konulması ve kullanımının yaygınlaştırılması sürecinde dünyada ve ülkemizde başlatılan faaliyetler ile ya mevcut mevzuatlarda düzenleme yapılmış ya da yeni bazı yasal düzenlemelere gidilmiştir.

¹⁷ Bkz., Smendinghoff, Moving with Change, <http://www.bakernet.com/ecommerce/moveart.doc>.

¹⁸ Ayrıntılar için bkz., Elektronik imza -ETKK Raporu, <http://eticaret.garanti.com.tr>.

¹⁹ Okunabilir bir durumdaki bilginin kimsenin okuyamayacağı bir bilgi haline dönüştürülmesi kriptografi teknolojisinin yardımıyla mümkündür. Bu süreçte bilgi alıcı haricinde kimsenin okuyamayacağı veya değiştiremeyeceği bir şekilde kodlanmaktadır. Mesajın deşifre edilmesi için matematiksel bir formül olan algoritmaya ve bir anahtara ihtiyaç vardır. Bkz., İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim Teknolojisi Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, <http://www.bthukuk>.

²⁰ Anbar, S. 11.

1. Yabancı Ülkelerdeki Uygulamalar

İnternet kullanımının artması, elektronik ticaretin gelişmesi ile birlikte gündeme gelen elektronik imza konusunda ilk olarak yapılan çalışmalardan birisi, Birleşmiş Milletler Uluslar- arası Ticaret Hukuk Komisyonunca hazırlanarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen UNCITRAL Elektronik Ticaret Model Kanunu çalışmasıdır.²¹

Ayrıca Avrupa Birliği tarafından 1999/93/EC sayılı ve 13 Aralık 1999 tarihli Elektronik Elektronik İmzanın Müşterek Çerçeve Şartlarının Belirlenmesi Hakkındaki Hakkındaki Avrupa Birliği Yönergesi ile 2000/31 sayılı ve 8 Haziran 2000 tarihli Elektronik Ticaret Hakkındaki Avrupa Birliği Yönergesi çıkarılmıştır.²² Avrupa Birliği'ne üye ülkeler ise, 30 Kasım 1999 tarihinde "*Elektronik İmza Yönergesi*" adı altında bir yönerge imzalayarak, elektronik ticaretin gelişmesi bakımından önemli bir adım atmışlardır. Üye ülkeler elektronik imza konusunda, kendi kanuni düzenlemelerini yapacaklar ancak iç hukuklarında yapacakları bu düzenlemelerde yönergede öngörülen hususları da göz önünde bulunduracaklardır.²³

Elektronik Ticaret Model Kanun Tasarısı 16 Aralık 1996 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilmiştir.²⁴ Bu kanun ile elektronik ticaret alanında hukuki güvence sağlanmak istenmiştir.

Elektronik İmza Model Taslağı ise, elektronik imzalarla ilgili genel esasları belirlemeyi amaçlayan çerçeve bir yasadır. 30 Ocak 2001 tarihinde yayımlanmış olup, bu model kanun ile elektronik imza konusunda ülkelerin çıkaracakları kanunlar için model taslak oluşturup, çeşitli ülkelerin farklı mevzuatlar geliştirmesi, önlenmek istenmiştir.²⁵

Avrupa Birliği'nin elektronik ticaret ve elektronik imza konusunda önemli iki direktifi bulunmaktadır. Bunlardan birisi 8 Haziran 2000 tarihli ve 2000/31 AB sayılı Elektronik Ticaret Direktifi'dir. Avrupa

²¹ Uncitral'in açılımı, United Nations Commission on International Trade Law'dır. Birleşmiş Milletler Uluslar arası Ticaret Yasası Komisyonu olarak da bilinmektedir.

²² Orta, s. 70.

²³ Keser, L., Şekil ve Dijital İmza, s. 53-157.

²⁴ Şenocak, s. 105.

²⁵ İnalöz, s. 59.

Birliği üyesi ülkeler 16 Ocak 2002 tarihine kadar bu direktifi iç hukuklarında uygulamak zorundadır.²⁶

Diğer direktif, 13 Aralık 1999 tarihli ve 1999/93/EC AB sayılı Elektronik İmza Direktifi'dir. Avrupa Topluluğu Telekomünikasyon Bakanlığı Kurulu 30 Kasım 1999 tarihinde üye ülkelerde elektronik imzanın kabulünü gerçekleştirmeyi hedefleyen Elektronik İmza direktifini kabul etmiştir. Elektronik imza hakkındaki bu direktiflerle sınır aşırı elektronik iş ilişkilerinin karşısında duran engeller kaldırılmak istenmiştir.²⁷

Bu Direktifin 13/1. maddesi Avrupa Birliği'ne üye ülkeler için Elektronik İmza Direktifi'ne uyum sağlamak üzere 19 Temmuz 2001 tarihine kadar gerekli yasa, düzenleme ve idari hükümleri yürürlüğe koymalarını öngörmüştür.²⁸

Elektronik imza ile ilgili düzenleme yapan diğer ülkelerin başında Amerika Birleşik Devletleri gelmektedir. 1 Ekim 2000 tarihinde "Eyaletler Arası veya Dış Ticarete Elektronik Kayıtların ve İmzaların Kullanılmasını Kolaylaştıracak Kanun" ile yapılan yasal düzenleme ile elektronik imza, hukuki bakımdan el ürünü olan imzanın doğurduğu hukuki sonuçları doğurabilecek düzeye gelmiştir. Federal boyutta yapılan bu düzenleme ile elektronik ortamda gerçekleştirilen her türlü işlemin, hukuken korunan yasal işlem haline getirilmesi amaçlanmıştır.²⁹ Bu ülkede elektronik imzaların statüsü, Standart Elektronik İşlemler Yasası, Ulusal ve Uluslararası Ticarete Elektronik İmza Yasası ve Devlette Kırtasiyenin Azaltılması Hakkında Yasa olmak üzere üç kanunla düzenlenmeye çalışılmıştır.³⁰

Avrupa Birliği'ne üye olan, Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, Yunanistan, İtalya, Macaristan, İngiltere, İrlanda, Finlandiya, Portekiz, Lüksemburg, İspanya, Hollanda, Polonya, Slovenya, Malta, Estonya ve Çek Cumhuriyeti 99/93/EC sayılı Direktife uygun olarak başta

²⁶ Şenocak, s. 109..

²⁷ Bkz., <http://www.tk.gov.tr>, UKK Hukuk Çalışma Grubu Raporu, s. 18.

²⁸ Uslu, s. 2.

²⁹ Bkz., Eyaletler Arası veya Dış Ticarete Elektronik Kayıtların ve İmzaların Kullanılmasını Kolaylaştıracak Kanun, <http://www.tbb.org.tr/turkce/gruplar/E-ticaret/EBD>.

³⁰ Ayrıntılar için bkz., <http://www.itu.int>.

elektronik imza olmak üzere elektronik ortamda yapılan işlemlere uygulanacak kanuni düzenlemeleri tamamlamışlardır.³¹

Kanada, Arjantin, Meksika, Kolombiya, Ekvator, Bermuda gibi ülkeler bu konuda taslak metinlerini hazırlamışlar, Ekvator ve Meksika haricindeki diğer ülkeler, elektronik imza ile ilgili mevzuatlarını yürürlüğe koymuştur.³²

Japonya, Singapur, Hindistan, Hong Kong, Çin Cumhuriyeti, Rusya, Malezya ve Tayland elektronik imza konusunda yasal düzenleme yapmış, Tayvan ise yasa taslağını hazırlama sürecindedir.³³

Slovak Cumhuriyeti, İsrail, Avustralya, Gibraltarı, Norveç ve Ukrayna elektronik imza konusunda yasal düzenlemelerinin bir kısmını tamamlamış, Bulgaristan ise bu konuda bir taslak hazırlamıştır.³⁴

2. Ülkemizdeki Uygulamalar

Elektronik İmza kanunu ile ilgili olarak düzenleme yapılmadan önce, elektronik ortamda yapılan işlem ve eylemlere ilişkin olarak bazı yasalarımızda düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir.

27.5.1981 tarihli ve 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 4487 sayılı ve 15.12.1999 tarihle kanunla değiştirilen 22. maddesinin g ve takip eden fıkralarında, kuruma her türlü iletişim araçları ile yapılan yayın, duyuru ve reklamları izleyerek yanıltıcı olup olmadıklarını tespit ederek yasaklamak ve gereğini yapmak görevi yüklenmiştir.³⁵ Bu madde de ifadesini bulan her türlü iletişim araçları içerisine elektronik haberleşme araçları ile bilgi işlem ağı kullanılarak yapılan yayın ve haberleşmeler girmektedir. Bu düzenleme, kanunun teknolojik gelişmelerin gerisinde kalmasını önlemek amacıyla yapılmıştır.

28.3.2001 tarihinde kabul edilen Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'nun 23. maddesinde düzenlenen suç radyo,

³¹ Kabadayı/Erdemir, s. 19.

³² Ahi, s. 3.

³³ Orta, s. 77.

³⁴ Elektronik İmza Semineri, 19-20 Ekim 05, Ankara. Ayrıntılar için bkz. <http://taix.cec.eu.int/images/carte.htm>.

³⁵ Bkz., 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 30.07.1981 tarih, 17416 sayılı *Resmî Gazete*.

televizyon, video, internet, kablolu yayın veya elektronik bilgi iletişim araçları ile işlenmesi halinde verilecek para cezası artırılmıştır.³⁶ Kanun koyucu suçta kullanılan iletişim araçlarının gelişmiş teknolojinin ürünü olması durumunda verilecek cezayı ağırlaştırmıştır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na 21.2.2001 tarihinde 4630 sayılı Yasa'yla getirilen değişiklik ile 25., 72. ve ek 4. maddelerinde, eserin yayınlanmasında her türlü iletişim aracı yanında dijital iletişim de sayılmıştır³⁷ Bu düzenleme de elektronik ortamda yapılan işlemlerin yaygınlaşmasına güzel bir örnektir. Elektronik ortamda yapılan işlem ve eylemlerin hukuki koruma altına alınması ihtiyacını karşılamak için bu tür düzenlemelere gidilmiştir.

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu,³⁸ özellikle e-dönüşüm sürecinde hazırlanmış ve 9.10.2003 tarihinde kabul edilmiştir. Kanunun amacı, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak, kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir. Bu şekilde, kamusal güvenliği ilgilendiren konular saklı kalmak kaydıyla, hakkında yapılan işlemlerle ilgili bilgi edinmek isteyen her vatandaş, elektronik ortamı kullanmak suretiyle dilediği devlet kurumundan bilgi alabilecektir.³⁹

Elektronik imza ile ilgili bir kanuna ihtiyaç duyulması, bilişim teknolojilerindeki son gelişmelere paralel olarak Türk vergi hukukunda da "elektronik defter", "elektronik belge" ve "elektronik kayıt" gibi kavramlara yer verilmesi ile daha da artmıştır. Bu bağlamda Vergi Usul Kanun'un 175. maddesine 4108 sayılı Kanun'la 4. fıkra eklenmiştir. Yine Vergi Usul Kanununun 4369 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile değişik mükerrer 257. maddesinin 3. ve 4. bentleri, bu kavramlara bağlı düzenlemeler getirmiştir. Ayrıca 213 sayılı Kanununun 242. maddesine 4731 sayılı Kanun'la yeni bir fıkra eklenmiştir.⁴⁰

³⁶ Bkz., 4632 Sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu, 24366 sayılı *Resmi Gazete*.

³⁷ Bkz., 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, 7981 sayılı *Resmi Gazete*.

³⁸ Bkz., 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, 25269 sayılı *Resmi Gazete*.

³⁹ Biçkin, İ., Noterlik İşlemlerinin Elektronik Ortamda Yapılmasının Gerekliliği, TNBHD, s. 126,122.

⁴⁰ Bkz., 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu, 10703-10705 sayılı *Resmi Gazete*.

Bazı yasalarda elektronik ortamda işlem yapılmasından ve ileri iletişim teknolojilerinin kullanılmasından kaynaklanan değişikliklere gidilirken, Türkiye’de elektronik imza ile ilgili ilk çalışmalar Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu tarafından başlatılmıştır. Bu Kurul, 8 Mayıs 1998 tarihinde Dış Ticaret Müsteşarlığı’nın koordinasyonunda kurulmuş olup, elektronik imza, elektronik ticaret gibi konularda çalışmalar yapmaktadır.⁴¹

Adalet Bakanlığı ETKK Hukuk Çalışma Grubu bünyesinde yürütülen elektronik ticaretin hukuki boyutuna ilişkin çalışmalara öncelik verilmesi konusunda girişimlerde bulunmuş, elektronik imzanın gerektirdiği teknik ve idari gereksinimleri karşılayan yasal bir düzenleme yapmak için çalışmalara başlamıştır. Daha sonra Adalet Bakanlığı bu konudaki çalışmalarını tamamlayarak, Elektronik İmza Kanunu Tasarısı’nı hazırlayıp, meclis gündemine taşımıştır.⁴²

Kanun taslağı hazırlanırken Adalet Bakanlığı ile ETKK Hukuk Çalışma Grubu karşılıklı olarak toplantılar ve bilgi alışverişi ile çalışmalar yürütülmüştür. AB’nin 1999/93/EC sayılı Elektronik İmza Direktifi ile 2000/31 sayılı Elektronik Ticaret Direktifi ve UNCITRAL tarafından hazırlanan elektronik ticaret konusundaki örnek kanun ve elektronik imza konusundaki yeknesak kurallar dikkate alınmıştır.⁴³

Elektronik İmza Kanunu’nun hazırlanması sırasında ayrıca 22 Mayıs 2001 tarihinde yürürlüğe giren Alman Elektronik İmza Kanunu’ndan da yararlanılmıştır.⁴⁴

V. ELEKTRONİK İMZA İLE İLGİLİ MEVZUAT

A) ELEKTRONİK İMZA KANUNU

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, 15 Ocak 2004 tarihinde TBMM Genel Kurulu’nda görüşülerek kabul edilmiş, 23 Ocak 2004 tarihinde 25355 sayılı *Resmî Gazete*’de yayınlanmıştır. Kanun yayımı

⁴¹ Ayrıntılar için bkz., Elektronik Ticarete Sözleşme Oluşumu, ETKK Raporu, <http://eticaret.garanti.com.tr>.

⁴² Çamurdan, s. 1.

⁴³ Arıkan, s. 50.

⁴⁴ Çamurdan, s.3.

tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe gireceği Kanunun 25. maddesinde belirtilmiş ve 24 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁴⁵ Elektronik imzanın uygulanması için gerekli teknik ve idari ihtiyaçlar göz önüne alınarak çıkarılan Kanun, aynı zamanda 1999/93/EC sayılı AB Direktifi'ne de uygun bir içeriğe sahiptir. Ancak elektronik veri, elektronik sözleşme gibi konulara yer verilmemiştir.⁴⁶

İdari ve teknik açıdan gerekli alt yapıyı sağlaması ve elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları üzerinde denetim ve idari yaptırım yetkisine sahip olması için Kanun'un 20. maddesi ile Telekomünikasyon Kurumunu görevlendirilmiştir. Kanunun altı aylık yürürlüğe girme sürecinde Kurum kendisine verilen görev gereği Elektronik İmza Kanunu ile ilgili yönetmeliği hazırlamıştır.⁴⁷

B. ELEKTRONİK İMZA KANUNU'NUN UYGULANMASINA İLİŞKİN USUL VE ESASLAR HAKKINDA YÖNETMELİK

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 20. maddesinde belirtildiği şekilde Telekomünikasyon Kurumu, bütün kamu kurum ve kuruluşları ile sivil kuruluşların temsilcilerinden oluşan Ulusal Koordinasyon Kurulu (UKK) kurarak çalışmalara başlamıştır. UKK, çalışmaları sırasında alt komisyonlar şeklinde iş bölümü yapıp yönetmeliğin taslağını hazırlamıştır.⁴⁸

Güvenli elektronik imza oluşturma araçları, güvenli elektronik imza doğrulama araçları, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının sorumlulukları, nitelikli elektronik sertifikaların iptal edilmesi, yabancı elektronik sertifikaların çıkarılacak yönetmeliklerle hükme bağlanması yine Elektronik İmza Kanunu'nun 20. maddesinde belirtilmiştir.⁴⁹ Yönetmelik 37 maddeden oluşmaktadır.

⁴⁵ Bkz., 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu, 239 sayılı Yargı Mevzuatı Bülteni.

⁴⁶ Orta, s.81.

⁴⁷ Bkz. Elektronik İmza Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, 06.01.2005 tarih 25692 sayılı *Resmî Gazete*.

⁴⁸ Orta, s.83.

⁴⁹ Bkz., 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu, madde 20, 239 sayılı Yargı Mevzuatı Bülteni.

C. ELEKTRONİK İMZA İLE İLGİLİ SÜREÇLERE VE TEKNİK KRİTERLERE İLİŞKİN TEBLİĞ

Elektronik İmza Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 34. maddesine dayanılarak çıkarılan tebliği, adı geçen yönetmelik ile aynı tarihte 6 ocak 2005 tarihinde 25692 sayılı *Resmi Gazete*'de yayınlanmıştır.⁵⁰ Elektronik imzaya ilişkin çalışma süreçlerini ve teknik kriterleri Yönetmelikten daha detaylı olarak düzenleyen tebliğ, 13 maddeden oluşmaktadır.

Tebliğde, elektronik sertifika uygulama esasları, sertifika ilkeleri, nitelikli elektronik sertifika başvurusu, sertifikanın oluşturulması, yenilenmesi, iptal edilmesi, imza oluşturma ve doğrulama verileri ile araçları, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının işleyişi, kullandıkları sistem, cihaz, personel, zaman damgası, güvenlik gibi konular düzenlenmiştir.⁵¹

D. KAMU SERTİFİKASYON MERKEZİ OLUŞTURULMASI HAKKINDA GENELGE

Elektronik İmza Kanunu, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı olmada bir sınırlama getirmemiştir. Aksine isteyen ve gereken şartları sağlayan kamu kurum ve kuruluşları ile yabancı ve özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri ESHS olabilmektedir.⁵²

Kanununun 15. ve 19. maddeleri gereği kamu kurum ve kuruluşları, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı oldukları takdirde Telekomünikasyon Kurumu'nun denetiminden muaf tutulmaktadır. Aynı statüde sayılabilecek devletin iki kurumunun birbirine denetlettirilmemesi başta makul gibi görülse de, Elektronik İmza Kanunu bahsinde belirttiğimiz bir takım sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Bu nedenlerle denetim yetkisi olmamakla beraber Telekomünikasyon Kurumu, kamusal alanda elektronik imzaya yönelik alt yapı çalışmalarının tek

⁵⁰ Bkz., Elektronik İmza ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ, 06.01.2005 tarih ve 25692 sayılı *Resmi Gazete*.

⁵¹ Bkz., Elektronik İmza ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ, 06.01.2005 tarih ve 25692 sayılı *Resmi Gazete*.

⁵² Ayrıntılar için bkz., [http://www.tk.gov.tr/eimza/E Imza faydalı bilgiler.htm](http://www.tk.gov.tr/eimza/E%20Imza%20faydal%C4%B1%20bilgiler.htm) 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu, madde 8, 239 sayılı Yargı Mevzuatı Bülteni.

elden yönlendirilmesi amacıyla, bir genelge taslağı hazırlayarak E-Dönüşüm Türkiye İcra Kuruluna vermiştir.⁵³ Daha sonra bu taslak 2004/21 sayılı Başbakanlık Genelgesi olarak *Resmi Gazete*'de yayımlanmıştır.⁵⁴

Kamu sertifikasyon merkezi oluşturulması gerekçesi, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı olacak kamu kurum ve kuruluşları ile diğer özel hukuk tüzel ve gerçek kişileri arasında ortaya çıkacak sıkıntıları ortadan kaldırmaktır.

E. SERTİFİKA MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları, Elektronik İmza Kanunu'nun 13. maddesine göre kanundan doğan yükümlülüklerine yerine getirirken doğacak zararların karşılanması için aynı zorunlu trafik mali sorumluluk sigortasına benzer bir yapı ESHS için de getirilmiş ve bunların da sertifika mali sorumluluk sigortası yaptırmaları öngörülmüştür.⁵⁵

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının yaptırmak zorunda olduğu sertifika mali sorumluluk sigortasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla Telekomünikasyon Kurumu tarafından hazırlanan yönetmelik, *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.⁵⁶

10 maddeden oluşan yönetmelik, sertifika mali sorumluluk sigortası yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektedir.⁵⁷ Sertifika mali sorumluluk sigortasının kapsamında, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının güvenli ürün ve sistemleri kullanma, hizmeti güvenilir bir biçimde yürütme, sertifikaların taklit ve tahrif edilmesini önlemekle ilgili yükümlülüklerini yerine getirme-

⁵³ Bkz., Elektronik İmza Bilgilendirme Toplantısı, <http://www.tk.gov.tr>.

⁵⁴ Bkz., 06.09.2004 tarih ve 25575 sayılı Resmi Gazete, 2004/21 sayılı Başbakanlık Kamu Sertifikasyon Merkezi Oluşturulması Hakkında Genelge.

⁵⁵ Orta, 86.

⁵⁶ Bkz., 26.08.2004 tarih ve 25565 sayılı *Resmi Gazete*, Sertifika Mali Sorumluluk Yönetmeliği.

⁵⁷ Bkz., 26.08.2004 tarih ve 25565 sayılı *Resmi Gazete*, Sertifika Mali Sorumluluk Yönetmeliği, madde 1.

mesi dolayısıyla zarar görecektir olanlara karşı doğacak hukuki sorumlulukların teminat altına alınması yer alır.⁵⁸

F. DİĞER KANUNLARDAKİ DÜZENLEMELER

Elektronik imzanın kullanımına işlerlik kazandırmak amacıyla, el ürünü imza ile eşdeğerde görülmüş ve Elektronik İmza Kanunu, el ürünü imza ile düzenlemenin yapıldığı 818 sayılı Borçlar Kanununda⁵⁹ değişiklik yapılmıştır.

Bu amaçla 5070 sayılı Kanun'un 22. maddesi ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 14. maddesine bir cümle eklenmiştir. Bu şekilde, el ürünü imza ile ilgili düzenleme yapan mevcut yasal düzenleme gelişen teknolojinin doğurduğu ihtiyaçlara cevap verebilecek hale getirilmiştir. Düzenlemede, güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı ispat gücüne sahip olacağı belirtilmiştir. Bu durum elektronik imzanın kullanımını yaygınlaştıracak ve güvenilirliğini arttıracaktır. İstisnası 5070 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen özel merasimi gerektiren işlemlerde elektronik imza kullanılmayacak, kullanılmasında durumunda işlem 5070 sayılı Yasa'nın 22. maddesine rağmen geçersiz olacaktır.⁶⁰

Elektronik imza ile imzalanmış belgelerin uygulamada ispat vasıtası olarak kullanılması durumunda hangi delil kategorisinde olacağı konusunda doktrinde çok tartışmalar yapılmıştır. Kimi zaman özel hüküm sebeplerinde takdiri delil olarak değerlendirilebileceği söylenmiş, kimi zamanda el ürünü imza ile aynı hukuki güvenceyi sağlayabilmesi nedeniyle kesin delil olarak değerlendirilebileceği belirtilmiştir.⁶¹ Bu tartışmalar 5070 sayılı Kanun'da 1086 sayılı Kanun'un 295 maddesine ek olarak bir madde getirilmiştir. Elektronik İmza Ka-

⁵⁸ Bkz., 26.08.2004 tarih ve 25565 sayılı *Resmî Gazete*, Sertifika Mali Sorumluluk Yönetmeliği, madde 6.

⁵⁹ Bkz., 22.4.1926 tarih ve 366 sayılı *Resmî Gazete*, 818 Sayılı Borçlar Kanunu, madde 14.

⁶⁰ Biçkin, İ., Elektronik İmza Kanunu ve Getirdiği Düzenlemeler, *Yargıtay Dergisi*, C. 30, S.3, s. 351-361.

⁶¹ Değişik görüşler için bkz., Pekcanitez, *Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, s. 390, Uluslar arası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2002; Arıkan, *Dünyada ve Türkiye'de Elektronik Ticaret Çalışmalarına Hukuki Bir Yaklaşım*, Ankara 1999, s. 134-135.

nunu'nun 23. maddesinin 2. fıkrasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 295. maddesine ek olmak üzere 295/ A maddesi eklenmiş ve bu maddeye göre, *“Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Bu veriler aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılırlar”* denilmiştir.⁶² Elektronik imza ile tanzim edilen elektronik veriler, senet hükmünde sayılmaktadır. Bunun sonucu ispat hukuku bakımından aksi ispat edilinceye kadar kesin delil olarak kabul edilmesi gerekir.

Elektronik imza ile ilgili bir takım görevlerin verildiği Telekomünikasyon Kurumu ile ilgili olarak, 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun⁶³ 7. maddesinde Telsiz İşleri Genel Müdürlüğü'nün 16 bent halinde sayılan görevlerine, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile ek bir görev daha eklenmiştir. 5070 sayılı Kanun'un 24. maddesinde, *“Elektronik İmza Kanunu ile verilen görevleri yapmak”* şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

SONUÇ

Elektronik imza kavramı, uygulamaya ve hukuk sistemimize 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile birlikte girmiştir. Toplumumuzun çoğu tarafından bilinmeyen ancak hem uluslararası ilişkilerde hem de modern toplumlarda günlük hayatta sıkça kullanılan elektronik imza, günlük hayatı ve iş hayatını kolaylaştıran bir vasıttadır.

Avrupa Birliği'ne girme çabalarımızın devam ettiği bir süreçte Avrupa Birliğine üye ülkelerin uygulamaları da bize yol göstermiş, elektronik imzalar için topluluk çerçevesi konusunda 13 Aralık 1999 tarihli 1999/93/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi temel alınarak 5070 sayılı Kanun hazırlanmıştır.

15 Ocak 2004 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilerek resmi gazetede yayımlanan Kanun, 24 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten sonra Kanunda yetkilendirilen Telekomünikasyon Kurumu ikincil mevzuat çalışmalarına başlamış ve ilgili yönetmelik çıkarılmıştır. Ardından yönetmeliğe dayalı tebliğler ve

⁶² 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, 239 sayılı Yargı Mevzuatı Bülteni.

⁶³ Bkz. 2813 sayılı Telsiz Kanunu, *Resmi Gazete*, Sayı 18011, madde 7.

genelgeler ayrıntıları ile uygulamayı belirlemek açısından düzenlenmiş ve yayımlanmıştır.

Elektronik imza konusunda düzenleyici ve denetleyici kurum olarak belirlenen Telekomünikasyon Kurumu, bu yöndeki çalışmalarını 5070 sayılı Kanundan aldığı yetki ile devam ettirmektedir. Ayrıca 2004/21 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile, kamu kurum ve kuruluşlarının çalışanlarıyla birlikte nitelikli elektronik sertifikalarını sağlamak amacıyla kamu sertifikasyon merkezi oluşturulmuştur. Bu merkezin işletimi TÜBİTAK-UEKAE'ye verilmiştir.

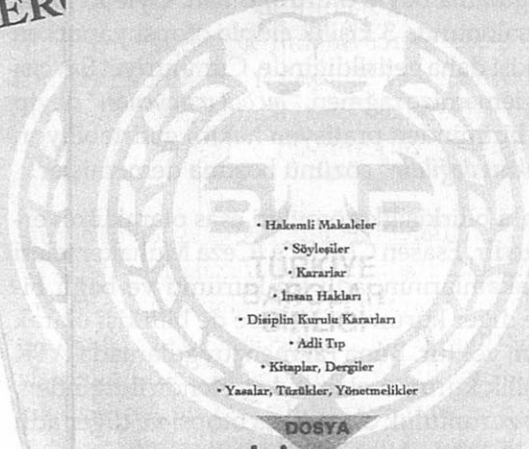
Kaynaklar

- Atamer, Yeşim, *İnternet ve Hukuk*, İstanbul 2004.
- Ahi, M. Gökhan, *Türk Hukukunda Yeni Bir Boyut: Elektronik İmza Kanunu*, http://dergibtbd.org.tr/yazarlar/10052004/m.gokhan_ahi.htm.
- Altınışık, Ulvi, *Elektronik Sözleşmeler*, Ankara 2003.
- Anbar, Adem, Veri Transferi ve İşlem Güvenliğinin Sağlanmasında Kullanılan Şifreleme Yöntemleri ve Sayısal İmza, <http://www.ISGUC.ORG/E-Düşünce/pdf>.
- Arıkan, Ayşe Saadet, *Dünyada ve Türkiye'de Elektronik Ticaret Çalışmalarına Hukuki Bir Yaklaşım*, Ankara 1999.
- Bıçkın, İnci, Elektronik İmza Kanunu ve Getirdiği Düzenlemeler, *Yargıtay Dergisi*, C. 30, S.3, s. 351-361, Ankara 2004.
- Çamurdan, Çiğdem, Elektronik İmza Kanunu Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme http://dergibtbd.org.tr/yazarlar/26052003/cigdem_camurdan.htm.
- Falcioglu, Mete Ö., *Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu*, Ankara 2004.
- İnalöz, Ayşe, Telekomünikasyon Regülasyonları Çerçevesinde Elektronik Ticaretin İncelenmesi, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara 2003.
- Kabadayı Erdoğan, Zübeyde/erdemir, Fikret, *Elektronik İmza, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara 2004.
- keser berber, Leyla, *Şekil ve Dijital İmza*, Ankara 2001.
- Orta, Mesut, *Elektronik İmza ve Uygulaması*, Ankara 2005.
- SEVİÇ, Veysi: Elektronik İmza Sistemlerinde Güvence, *Dünya* 2004, <http://turmobil.org.tr/basin/11-06-2004.htm>.
- Soydan Yaltı, Billur, E-İmza ve E-Belge, Kağıtsız ve Mürekkepsiz Dünyada Hukuk - I, Vergi Sorunları, Nisan 2001, S. 151, s. 128.
- Şenocak, Zarife, *Dijital İmza ve İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması*, Ankara 2001.
- Uslu, İzzet, *Sayısal İmza ve Türkiye*, Ankara 2004.

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

YENİ TÜRK CEZA KANUNU VE CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA CEZAI UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLU OLARAK; UZLAŞMA (MEDIATION)

Dr. Halük ÇOLAK *

I. GİRİŞ

Çağımızda suç mağdurlarına karşı ceza adalet sisteminde, mağdurların yararları yönünde yeni bir duyarlılığın ortaya çıktığı görülmektedir. Çağdaş ceza kanunlarında bir kısım suçlar bakımından koruma ilkeleri meydana çıkmaya başlamıştır. XXI. yüzyıl adalet sistemi, mağdurun tatmin edilmesini de ön plana çıkarmış bulunmaktadır. Bugün anlaşılmıştır ki, suça karşı salt klasik ceza yaptırımları yeterli değildir. Zararın giderilmesi ve onarım, hiç şüphesiz, adaletin temel amacını oluşturmaktadır. Ancak bu, tek görünüm değildir.¹

Uzlaşmanın hedefi suçun işlenmesinden sonra fail ve mağdur arasında meydana gelen çekişmeyi, bir arabulucunun girişimini sağlayarak çözmek ve adaleti sağlamaktır. Failin neden olduğu zararın giderilmesi, fail-mağdur arasındaki barış, uzlaşmanın asıl unsurunu oluşturur. Fail-mağdur arasında uzlaşma dışında da, tazminatın sağlanması olanaklıdır. Ancak uzlaşma kurumunda zararın giderilmesi onarım yanında ayrıca bir moral unsuru da vardır. Bu nedenle fail-mağdur arasındaki uzlaşma suçun faili bakımından cezanın “Özel Önleme” fonksiyonuna yardım ettiği gibi mağdurun ve genel olarak kamunun da yararlarının korunmasını sağlar. Fail, uzlaşma ile, işlediği suçun sorumluluğunu

* Hakim, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdür Yardımcısı.

¹ Tarihsel süreçte, uzlaşma, enformel bir şekilde, uyuşmazlığın tarafı dışında, üçüncü şahısların girişimi ile yapılıyor iken, bugün, yargısal boyutta belli usulî işlemlerle yapılmaktadır. J. Carbonnier, “Reflexions sur la mediation, in la mediation un mode alternatif de resolution des conflit” Lausanne, 14-15 Nov.1991, Publications de “Institut suisse de droit compare”

kabul edip üstlenerek ve sonuçlarını da gidererek toplumla yeniden bütünleşme olanağını elde etmiş olur. Böylece failin cezaî sorumluluğu tespit ve zararın giderilmesi için gereken yapılmış bulunacağından, mağdur bakımından da adalet yerine getirilmiş olur. Fail-mağdur arasındaki uzlaşma, bundan başka, kamuda da, fiille ihlâl edilmiş olan hukuk kurallarının geçerliliğini vurgulamış ve dolayısıyla kamusal barışın yeniden kurulmasına hizmet etmiş olur.

II. MUKAYESELİ HUKUKTA CEZAÎ UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI

A. ALMANYA

1. Hukuki Temelleri

Alman Ceza Hukuku, fail-mağdur arasında arabuluculuğun hukuki temelleri bakımından birden çok hukuk esasları, hükümler içermekte ve failin neden olduğu zararların giderilmesi bakımından yapılması gerekli işlemleri de belirlemektedir. Söz konusu hukuk temelleri önce 1990 yılında çıkarılan ve çocuk mahkemeleri hakkındaki kanunu değiştiren bir kanun tarafından genişletilmiştir. 1994 suçlulukla mücadele ve 1999 arabuluculuğu ceza usulünde kuran kanunlar, usul hukukunda gerekli değişiklikleri gerçekleştirmiştir. 21 yaşından büyük olan bütün şüpheliler hakkında uygulanması olanaklı genel ceza usulüne göre, bazı koşullarla 18 ile 21 yaşları arasında bulunanlar bakımından yapılacak olan arabuluculuk Ceza Usul Kanunu'nun 153. maddesi gereğince dosyanın kesin olarak takipsizlik kararıyla kapatılmasına olanak vermektedir. Bu hüküm savcılığın, mahkemenin kabulü ile, fail tarafından işlenen suçun az vahim olduğu ve ceza kovuşturması yapmak yönünden de kamu yararı bulunmadığı hallerde savcılığın kovuşturma yapmaktan vazgeçebilmesi olanağını sağlamaktadır. Az vahim suçlarda mahkemenin kabulü de gerekli değildir. Usul Kanunu'nun 153. maddesi, fail ve mağdur arasında, başarılı bir arabuluculuktan sonra, doğal olarak kovuşturma yapmak bakımından hiçbir kamusal yarar bulunmadığında, dosyanın kapatılması ve takipsizlik kararı verilmesini ön görmektedir. Bu gibi hallerde kamu davası açılmışsa, mahkeme şüpheli ve savcının uygun görüşü ile dosyayı kapatabilir.

Ceza Usul Kanunu'nun 153 a maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine ve (1) ve (5) numaralı bentlerine göre, mahkemenin ve şüphelinin karar ve rızaları ile, basit bir suç halinde geçici olarak, şüpheliye tamir niteliğinde belirli hususları yerine getirmesini yükleyerek ve aynı zamanda mağdurla da bir uzlaşmaya çalışmaya gayret ederek ve şüpheliye yüklenen yükün itibariyle kamuda, kovuşturma yapılması bakımından herhangi bir yarar bulunmadığı hususunda kanaat meydana gelmesi durumunda ve failin sorumluluğunun ağırlığı da bu konuda böylece karar verilmesi bakımından bir engel oluşturmadığında söz konusu kararı savcı verebilir.

153. madde hükmü nedeniyle az vahim suçlar bakımından mahkemenin kararına da gerek yoktur. Şüpheli, yükümlülüğünü yerine getirince savcılık dosyayı kesin olarak ortadan kaldırır. Kamu davası açıldıktan sonra da mahkeme savcılığın ve şüphelinin karar ve rızası halinde ve şüpheli zararın giderilmesine giriştiğinde, keza dosyayı ortadan kaldırabilir.

Ceza Usul Kanunu'nun 155 a maddesi gereğince, usulün her aşamasında savcılık ve mahkemenin daima fail-mağdur arasında bir arabuluculuk olanağını araştırması ve bu arabuluculuğun gelişmesi koşullarını meydana getirmeye çalışması gerekmektedir.

Şahsi dava yoluyla kovuşturulan suçlarda, sözgelimi hakaret fiillerinde, kovuşturmayı mağdurun kendisi yapabilmektedir. Bu gibi suçlarda bir uzlaşmanın elde edilmesi girişimi çerçevesinde, çekişme ilgililer arasında yapılan düzenlemelerle ve şüphelinin onarıcı işlemleriyle bir çözüme ulaştırılabilir.

Ceza Kanunu'na 46 a maddesinin eklenmesi fail-mağdur arasındaki arabuluculuk bakımından maddi ceza hukukunu ihlal eden fiillerde bir hukuki temel oluşturmuştur. Bu madde mahkemeye, iki halde cezanın indirilmesi veya ceza verilmemesine karar vermek olanağını tanımaktadır. 46 a maddesinin birinci fıkrası failin bir çözüme ulaşma çabası ile, fiilinden doğan zararları bütünüyle veya büyük bir kısmı itibariyle gidermesi veya bu hususta ciddi çabalarda bulunmasını öngörmektedir.

46 a maddesinin ikinci fıkrası ise, zararın giderilmesi failden dikkati çekecek surette büyük miktarda edimlerin yerine getirilme-

sini veya kişisel bir takım fedakârlıklarda bulunmasını gerektirdiği hallerde failin bütünüyle yahut geniş bir kısmı itibariyle mağdurun zararlarını tazmine girişmesini öngörmektedir. Böylece birinci fıkra fail ve mağdur arasında bir arabuluculuğu yani bir moral unsuru içerdiği halde, ikinci fıkrada zararın maddeten giderilmesi hususu vurgulanmaktadır.

Her iki halde de, şüphelinin suçluluğu açıklanmakla beraber mahkeme cezanın indirilmesine veya hiç ceza verilmemesine karar verebilecektir. Ancak hükmedilebilecek olan cezanın bir yıldan az hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi ve para cezasının da 360 gün para cezasını aşmaması gerekmektedir. 46 a maddesinin söz konusu ettiği koşullar bir araya geldiğinde savcılık, Usul Kanunu'nun 153. maddesi gereğince, mahkemenin kararı ile, kamu davası açmaktan vazgeçebilir veya dava açılmışsa mahkeme yine savcılığın kararı ile, duruşmaların başlamasından önce dosyayı kapatabilir. Failin zararın giderilmesi bakımından yahut mağdurla bir uzlaşmaya ulaşılması yönünden gösterdiği çabalar, 46 a maddesinin uygulanması bakımından yeterli olmadığında, Ceza Kanunu'nun 46 a maddesinin ikinci fıkrası cezanın tespitinde, bu çabaların gözönünde bulundurulması gerektiği hükmünü içermektedir.

Çocuk ceza hukuku bakımından, Çocuk Mahkemeleri Kanunu'nun 45. maddesinin ikinci fıkrası, fail-mağdur arasında arabuluculuktan sonra savcının davayı açmayabileceği hükmünü getirmektedir. Ancak bu hal çocuk üzerinde eğitimsel etki meydana getirmek amacını güden tedbirlerin zorunlu görülmediğinde söz konusu olabilecektir. Savcı, çocuk mahkemesi hâkiminin müdahalesini zorunlu görmekle beraber kamu davası açılmasını gerekli bulmuyorsa o zaman 45. maddenin üçüncü fıkrası gereğince hâkimden küçüğün mağdurla bir uzlaşmaya ulaşabilmesi bakımından gerekli çabaları göstermesini olanaklı kılacak usullere başvurmasını veya şahsen mağdura karşı özürlerini bildirmesini isteyebilir. Küçük bu istekleri veya yükümlülüklerini yerine getirdiğinde, savcı artık dava açmaktan vazgeçer. Davanın açıldığı hallerde de çocuk hâkimi aynı şekilde hareket ederek kanunun 47. maddesi gereğince dosyayı kapatabilir.

Küçüğün mahkûmiyeti halinde hâkim, eğitimsel tedbir olarak, mağdurla bir uzlaşmaya gitmesi hususunda çaba göstermesini isteyebilir. Ayrıca 15. madde hâkime bir disiplin tedbiri olarak sahip olduğu

araçlara göre fiilinin neden olduğu zararları ödemesine veya özür dilemesine karar verebilir.

2. Uygulamadaki Durum

1980 ve 1990 yıllarında fail-mağdur arasında arabuluculuğu yerine getiren hizmetlerde büyük artış görüldü. Bununla beraber bu husus bölgeler arasında farklılıklar göstermektedir. Uygulamada fail-mağdur arabuluculuğu bakımından bazı standartlar ortaya konulmuştur.

Bir kere usul bakımından takipsizlik kararı verilebilecek hallerde bu usule başvurulmaması öngörülmektedir.

Diğer bir koşul, fail-mağdur arabuluculuğu usulünün uygulanmasının, failin fiillerini inkâr etmemesidir. Fail kendisine isnat olunan suçları işlemediğini öne sürecek olursa o zaman şekli ceza usulü kuralları uygulanarak durumun aydınlatılması gerekir.

Failin ve mağdurun gönüllü olarak arabuluculuğa katılmaları diğer bir koşul oluşturmaktadır.

Arbuluculuğu yapacak olan kişinin tarafsız olduğunu ortaya koyması zorunludur. Arabulucu, zararın giderilmesi çabalarının etik kurallarına uygun olduğunu sağlamaya çalışmalıdır.

1995 yılında fail-mağdur arabuluculuğuna yönelik istatistiklere göre, arabuluculuk, tümüyle ülkede söz konusu olan suçlardan müessir fiiller % 64, mülkiyet tahripleri % 15, hırsızlık dolandırıcılık suçları % 11 ve saldırı ile birlikteki hırsızlıklar hakkında % 9 oranında gerçekleşmiştir. Bunlar dışında geniş sayıda suçlar da bu usule tabi tutulmuştur.

Evvelce mahkûmiyetleri olan suçlular bakımından da bu usul uygulanmaktadır. Gerçekten 1995 yılına ait fail-mağdur arabuluculuk milli istatistiklerine göre, bu işlemin uygulandığı kişilerin % 31' inin evvelce işlenmiş suçlarının mevcut bulunduğu saptanmıştır. Bu usul iştirak halinde işlenen suçlarda da uygulanmaktadır.

Arbuluculuğun gerçekleştirilmesi Almanya'da arabuluculuk hizmetlerine havale edilmekte, belirlenen arabulucu, genel olarak

önce şüpheli ile temasa geçmekte, ona usul hakkında bilgi vermekte ve bu konuda işbirliği yapmaya hazır olup olmadığını saptamaktadır. Durum uygun ise arabulucu o zaman mağdurla temasa geçmekte, ona usul hakkında bilgi vermekte ve bu konuda işbirliği yapmaya hazır olup olmadığını sormaktadır. Uygulamada mağdurlara göre faillerin bu işleme katılmaya çok daha yatkın buldukları saptanmakta şüphelilerden onda dokuzunun ve mağdurlardan beşte dördünün genel olarak işbirliği yapmaya hazır oldukları görülmektedir. Saldırganlık suretiyle hırsızlık hallerinde olduğu gibi ağır suçlar söz konusu bulunduğunda, mağdurların sayısı daha az olmakta, fakat genel olarak % 50'yi aşmaktadır. Yapılan araştırma sonuçlarına göre şüpheliler başlıca saik olarak, ceza usulünde daha iyi yer işgal etme arzusunu ifade etmişlerdir.

Fail ve mağdurun arabuluculuğa katılmak hususunda aynı düşüncüyü taşıdıkları hallerde olayların % 80'i başarı ile sona ermektedir.

Geçirilen pozitif tecrübeler karşısında ileride fail mağdur arabuluculuğunun daha da genişletileceği (tabi olarak sınırlarına uyulması koşulu ile) anlaşılmaktadır. Bu nedenle ülkenin bütününde nitelikli personelle cihazlandırılmış arabuluculuk servislerinin oluşturulması ve bunların mali olanakların sağlanması gerekmektedir. Uzlaşma, Alman Ceza Adalet Sistemi'nin, önemli ve esaslı bir unsuru olabilecektir.²

B. İTALYA

1990'lı yılların ilk yarısından itibaren, arabuluculuk, uzlaşma, küçükler hakkındaki adalet sisteminde kabul olunmuştu. Normal ceza adaletinde ise aynı tarihlerden itibaren ilk girişimler gerçekleştirilmiştir.

1989 yılında yürürlüğe giren Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, savcıya, sadece takibi şikâyete bağlı suçlarda faille mağdur arasında uzlaşma girişiminde bulunmak yetkisini tanıyordu.

² Dölling, Dieter, "İşlenen Suçlar Nedeniyle, Suç Faileri ve Mağdurları Arasında Arabuluculuk (Mediation)" yayımlanmamış makale, s.3.

2000 yılı başlangıcında girilen çok yeni bir ceza usulü reformundan sonra, bu yetki artık savcıya değil ve fakat hâkime ait bulunmaktadır.

Ceza Usul Kanunu mağdurun zararlarını ödeyen ve gayrimeşru fiilin zarar verici sonuçlarını gideren suç failine ceza indiriminden yararlanma olanağını vermektedir.

Üç yıldan fazla hapis cezasına mahkûm edilen suçlu, bir sosyal hizmet kuruluşunun gözetimi altına konulabilir ve mağdura karşı mahkemece belirlenen edimleri yerine getirmeye mecbur tutulabilir. Para cezasını ödemeyen mahkûm toplum lehine bir kamu hizmeti görmeye mecbur edilebilir. Irk nedeniyle işlediği suçlardan mahkûm edilen kişiye, ücretsiz olarak kamu yararına çalışma mecburiyeti yüklenilir.

1. Mağdurun Korunmasındaki Yeni Eğilimler

Halen suç mağdurlarına karşı genel olarak adalet sektöründe, üniversiteler kültüründe ve siyaset dünyasında adı geçenlerin talepleri yönünden yeni bir duyarlılığın ortaya çıktığı görülmektedir. Bugüne kadar İtalya'da mağdurlara karşı gösterilen özel dikkat sadece adam öldürme, terör ve örgütlü suçlar bakımından söz konusu oluyordu. Özel kanunlar, çok vahim suçlar nedeniyle, suç mağdurlarının ailelerine devletin tazminat ödemesini öngörmektedir.

Bununla beraber, günümüzde İtalya'da genel olarak bütün suçlar bakımından hukuki himaye kültürü meydana çıkmaya başlamıştır. Böylece bu yüzyılın adaletinin, her şeyden önce mağdurun tatminine yönelik bulunması kabul edilmektedir. Bugün anlaşılmıştır ki, suça karşı adli cevap yeterli değildir.

Zararın giderilmesi ve onarım, hiç şüphesiz, adaletin temel görünümünü oluşturmaktadır. Ancak bu, tek görünüm değildir. Arabuluculuk, ceza usulündeki tipik hüküm karakterlerini gösteren bir çerçeve içerisinde ortaya konulmamalıdır. Bu nedenle müşterek hukukta failler hakkında sivil toplum kuruluşları da inisiyatif almaktadır. İtalya'nın birçok şehrinde suç mağduru olan yaşlılara yardım

merkezlerinin kurulduğu görülmektedir. Özellikle dolandırıcılık ve gasp suçlarında arabuluculuk derneklerinin faaliyete geçtikleri görülmektedir.³

2. Düzeni Korumakla Görevli Güçler Bakımından Arabuluculuk ve Onarım

Her iki halde de yani arabuluculuk ve onarım hallerinde suçtan dolayı zıtlaşan taraflar arasında iletişimi sağlayacak yetenekli bir uzlaştırıcıya (mediyatör) gereksinim vardır. Olay, doğru olarak ve iki tarafça kabul edilebilecek şekilde saptanmalı ve bir çözüm yolu bulunmalıdır. Bu nedenle onarım bu iletişim usulünün amacını oluşturmaktadır. Barışı sağlayıcı iç konu ve birbirinden farklı görünüşleri ele alabilen dış konu (özür dilemelerden mağdura ve topluma faydalı faaliyetlere kadar), özellikle bu ikinci kısım ceza adaletini ilgilendirmektedir.

Bu itibarla arabuluculuk ve onarım her zaman davanın karakteristikleri ile bağdaşır nitelikte olamaz. Kararda üçüncü bir kişiyi vekil tayin etmek, usulün formalizmi, dava sürelerinin katı etkileri söz konusu olduğu halde arabuluculuk ve onarım davanın bu ritimlerinden kurtulmuş bir alanda gelişecektir. Bu nedenle, davadan önce tarafların idaresine bırakılabilecek sosyal kaynaklar hazırlanmalıdır. Temel konsept, işin derhal adli sisteme intikalini zorunlu kılmayan bir usul getirmektedir. Böylece şikâyetin kendisine sunulduğu polis güçlerinin makul bir süre içerisinde bir barışma teşebbüsünü organize edebilmesini sağlamak hedeflenmektedir. Bu hususta kamu güvenliği kanununun hükümlerine dayanılmaktadır. Kanunda kamu otoritesinin *“memurları marifetiyle ve tarafların istemleri üzerine özel çekişmeleri iyi niyetle uzlaştırmaya girişmesi”* ifade edilmiştir.

3. Sulh Hâkiminin Arabuluculuğu ve Onarımı

Kanunun, bu konuda, sulh hâkimine verdiği yetkiler en esaslı yenilikleri oluşturmaktadır. Sulh hâkimi, 1995 yılında meydana getirilmiş bir makamdır ve bugüne kadar sadece medeni hukuk

³ 10. Birleşmiş Milletler Konferansında İtalyan Heyetince Sunulan Rapor (A/conf. 187/6/İtalie/1).

bakımından yetkileri mevcut idi. Parlamento küçük ihtilafları içeren suçlar bakımından bu hâkime yeni bir takım yetkiler vermeyi uygun görmüştür. Bu suçlar sövme, hakaret, mülkiyete zarar verme, tehdit ve müessir fiillerdir. Bunlar dışında çok kısa hürriyeti bağlayıcı cezaları gerektiren suçlar da söz konusudur. Bu yasama müdahalesi İtalyan hukukunda daha ağır suçlara tahsis edilebilecek zaman alanını genişletmekte ve küçük suçlarda tamamıyla yenileştirilmiş bir yaptırım sistemini geliştirmektedir. Kanun İtalyan adaletinde onarıcı bir sistemi böylece organik olarak sunmaktadır. 2001 yılında yürürlüğe giren bu kanuna göre sulh hâkimi hapis cezasına hükmedemez. Üç tipte bir yaptırım sistemi öngörülmüştür; Toplum lehine ücretsiz faaliyetlere katlanma, evinden dışarı çıkamama ve belirli tavır ve hareketleri yükümleyen bir kısım tedbirler.

Zarar gören taraf suç failini doğrudan doğruya adalet huzuruna sevk etmek imkânını bu kanunla elde etmektedir. Bu husus İtalyan hukukunda bir yeniliktir. Söz konusu usul sadece takibi şikâyete bağlı suçlarda kullanılacaktır.

Sulh hâkimi suçtan sonra meydana gelmiş olan zararların giderilmesi için bir uzlaştırma teşebbüsüne girecektir. Bunun anlamı şudur ki, geçmişte olduğu gibi sadece tarafların iradelerini tespitten ibaret olan bürokratik bir müdahalede bulunmayacak yani müdahalesi, sadece bir tesbitten ibaret olmayacaktır. Bu reform ile sulh hâkiminden veya delegesinden onarımı veya zararın giderilmesini hedeflemesi istenilmektedir.

Sulh hâkimi suç faili zararını gidermek için çaba gösterdiğinde kovuşturmayla son verebilir. Bu nedenle, failin suçunun zararlı neticelerini gidermek üzere yapacağı hareketler sadece cezanın indirilmesini değil; fakat ceza kovuşturmasına son verilmesini de gerektirmektedir. Sulh hâkimi hukuki alanda da uzlaştırma yetkilerine sahiptir.⁴

C. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Amerika Birleşik Devletleri yasaları, kendisine resmi olarak bir suç isnad edilen kişinin, hakkındaki suçlamaları cevaplamak üzere,

⁴ A/conf. 187/6/İtalie/2

en kısa zamanda hâkim veya adli yetkilere sahip bir görevlinin huzuruna çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır. Esas olarak sanık, bu noktada genellikle hakkındaki suçlamaları reddeder. Sanığın suçsuz olduğunu iddia etmesi durumunda, hâkim, duruşma günü için genellikle iki ayı aşmayacak bir tarih tesbit etmekle yükümlüdür. Duruşma günü için öngörülen süreyi aşan bir tarih tesbiti için sanığın onayı gereklidir. Sanığın suçunu kabullenmesi durumunda hâkim hüküm giyme tarihini belirleyecektir.

Sanığa yöneltilen resmi suçlamalar iddianamede yer alır. Sanığın işlediği suçların birden fazla yasaı ihlali durumunda, iddianamede bir fiil için ayrı kanun maddelerinde düzenlenmiş suçlar isnad edilebilir. Örneğin, silah zoruyla bir araba çalan hırsız daha sonra yine silah zoruyla bir dükkânı soyduğu takdirde, araba hırsızlığı, dükkân soygunu ve iki kez silahlı tehdit gibi dört ayrı suçtan suçlu bulunabilir.

Savcı, genellikle, kanıtlanabilecek her yasa ihlali için ayrı suç isnadlarında bulunur, fakat sanığın isnad edilen suçlardan daha hafif olanından mahkûm edilmesini de kabul edebilir. Sanık bu durumda olay mahkemeye intikal ettiği takdirde tüm isnad edilen suçlardan cezaya çarptırılmamak için, isnad edilen suçlar en az birinden kovuşturulması kaydıyla, suçlarını ikrar ederek uzlaşma yoluna başvurabilir. Sanığın cezasını hafifletebilmek amacıyla iddia uzlaşması yöntemine başvurularak, her iki tarafın da uygun bulacağı bir çözüm arayışına girilir.

Amerikan hukuk sisteminde çok önemli bir konuma sahip olan, iddia uzlaşması yöntemi, bir yandan suçluların uzun bir yargılama sürecine başvurmadan cezalandırılmasını sağlarken, diğer yandan Amerikan ceza yargılaması organlarını ağır bir yükten kurtarmaktadır. Kaliforniya eyaletindeki ceza davalarının % 90'ı iddia uzlaşması yöntemiyle çözümlenmekte ve sadece % 5'i mahkemede görülmektedir. Üstelik iddia uzlaşması yönteminde genellikle temyiz hakkı kullanılmadığından, karar anında tayin edilen ceza kesindir. Bu yöntemin yaygın şekilde uygulanması, vatandaşlardan tahsil edilen vergilerle desteklenen yargı sistemini aşırı yükten kurtarmaktadır.

Birçok olayda, iddia uzlaşması yöntemi, savcı ile savunma avukatı arasında gerçekleşen gayri resmi bir pazarlık niteliğindedir. Bu pazarlık, sanık aleyhine ve sanığın hüküm giymesini sağlamak amacıyla

kullanılabilecek bulguların açıklamasından sonra gerçekleşir. Eğer savcı, sanık aleyhine yukarıdaki örnekteki dört suçtan sadece ikisi için takibat yapmayı kabul ederse, sanık daha az bir cezaya çarptırılmak için bu iki suçu kabul edebilecektir. Böylece, savcı, duruşma süreci ve tanıkları mahkemeye çağırma külfetinden kurtulacak, sanık ise daha hafif bir ceza olarak mahkeme huzuruna çıkmadan savcının uygun göreceği cezayı önceden bilme avantajına sahip olacaktır. Bu sayede, davada her iki taraf da adil olduğunu düşündüğü bir sonuç elde edilmiş olur.

Bazı durumlarda, iddia uzlaşması, suçun hafifleştirilmesi suretiyle indirilerek, hapis süresinin kısalmasını ve savcının elinde çok sağlam deliller olmamasına rağmen sanığın cezalandırılmasını sağlayacaktır. İddia uzlaşmasının bir diğer sonucu, örneğin tecavüz suçundan yargılanarak ömür boyu tecavüzcü damgası yiyebilecek olan bir suçlunun, daha hafif bir suç olan cinsel taciz suçunu kabullenmeye razı olarak bu damgadan kurtulabilmesidir. Ayrıca, iddia uzlaşması yöntemini seçen sanığın, emniyet ve yargı makamlarıyla işbirliği yaparak diğer suçluların yakalanmasına yardımcı olması ve mahkemede onların aleyhine tanıklık yapmayı kabul etmesi, savcının sanığa verilecek cezanın azaltılmasını kabul etmesini de sağlayabilir.

Eyalet mahkemelerinde hâkim, iddia uzlaşması sürecinde, çok önemli bir göreve sahiptir. Birçok eyalet mahkemesinde uzlaşma görüşmesi niteliğinde olan özel bir süreç yer alır. Bu görüşmeye, davadan sorumlu hükümet avukatı, savunma avukatı ve davaya bakacak hâkim dışında atanmış bir hâkim katılır. Hâkim genellikle mahkemede bu davaya bakması gereken kişi değildir. Uzlaşma görüşmesi, duruşma tarihinden iki veya üç hafta önce, tarafların durum değerlendirmesini yaparak mahkemeye başvurmadan çözüm aramaya hazır oldukları bir zaman yapılır. Taraflar, dava konusundaki görüşlerini, sanığın geçmişine ait bilgileri, anlaşma ve ceza tayini hakkındaki önerilerini paylaşırlar.

Hâkim görevi, mevcut delilleri ve davayı kazanma olasılığını tarafsız şekilde değerlendirmektir. Uzlaşma görüşmelerine katılan hâkimin görüşlerini taraflara kabul ettirebilmesi için ceza hukuku konusunda bilgili olması ve görüşleri her iki tarafça da saygı gören bir kişiliğe sahip olması gereklidir. Görüşmenin amacı tarafların an-

laşmasını sağlamaktır. Müzakerelere aktif olarak katılması gereken hâkim bazı durumlarda mahkemeye gitmenin tek çözüm yolu olabileceğinin bilincinde olmalıdır.

Hâkim bazı durumlarda, taraflara iddia makamının tutumunun çok katı olduğunu bildirerek ve sanığın mahkeme veya hâkim tarafından önerilecek bir hükmü kabul etmesi halinde bir mutabakata varılabileceğini belirtebilir. Kaliforniya yasalarına göre savcı böyle bir alternatif çözümü veto etme hakkına sahiptir. Savcı bazı durumlarda veto hakkını kullanmadan sadece itirazını da belirtebilir. Hâkimin sanığa önerdiği hükmün savunma avukatı tarafından kabul edilmiş olması halinde dahi, eğer daha ileri bir tarihte uzlaşma görüşmesinde açıklanmamış yeni kanıtlar ve suçlayıcı bilgiler ortaya çıkar ise, yapılan anlaşma mahkeme tarafından iptal edilebilir. Bu husus genellikle anlaşma kayıtlarında da açık olarak belirtilir.

Sanık ve savcı arasında bağlayıcı bir mukavele olan iddia uzlaşması, taraflardan birinin anlaşma koşullarına uymaması, sanığın diğer suçlular aleyhine tanıklık yapmayı veya başka suçlar hakkında hükümete bilgi vermeyi reddetmesi gibi durumlarda iptal edilebilir. Savcı, genellikle, suçu kabullenen sanığın cezasını indirmeyi veya sanığın şartlı salıvermesini mahkemeden istemeyi kabul eder. Tarafların anlaşma şartlarına uymaması durumunda mahkeme devreye girerek duruma el koyabilir. Bununla beraber, uzlaşma mahkeme tarafından onaylandıkça ya da sanık bu uzlaşmaya dayanmak suretiyle hareket etmiş olmadıkça tarafları bağlamaz.

Amerika Birleşik Devletleri'ndeki içtihatlere göre, sanığın bilinçli şekilde ve herhangi bir zorlama altında kalmadan suçunu ikrarı ve uzlaşma yolunu seçmesi gerekir. Savcı veya polisin, aile fertleri veya yakınlarından biri aleyhine suç ithamında bulunma tehdidi altında sanığı uzlaşmaya zorlaması yasal olarak kabul edilemez bir durumdur. İddia uzlaşması kararının bilinçli olarak verilebilmesi için, mahkemenin açık bir duruşmada, sanığa, uzlaşmaya varmak suretiyle, zorla suçunu kabul etmeme, suçunu inkâr etme, jüri tarafından yargılanma, tanıklarla yüzleşme ve suçlara karşı kendi tanıklarını ve savunmasını sunma haklarından feragat etmiş olduğunu bildirmesi gerekir. İddia uzlaşmasının kabul edilebilmesi için sanığın bu hakların tümünden vazgeçmiş olması gerekir.

Mahkeme, ayrıca, sanığa, kendisine yöneltilen suçlamaların niteliği ve ikrar ettiği suç için alabileceği asgari ve azami ceza hakkında da bilgi vermek zorundadır. Sanığa, suçu kabullenmesinin doğuracağı sınır dışı edilme veya uzatılmış şartlı salıverme gibi sonuçlara da katlanmak zorunda olacağı bildirilmelidir.

Mahkeme'nin, uzlaşmayı kayıtlarına geçirmeden önce sanığın uzlaşmasını gerektirecek bir dayanağın olduğuna kanaat getirmiş olması gereklidir. Bunun için mahkemenin elinde, uzlaşmanın sağlanmasından önce sanık aleyhine elde edilmiş delillerin bulunması gereklidir. Bu sebeple, bazı bölgelerde sanıktan dava konusu fiilinin kendisine isnad edilen suçun oluşturacak nitelikte olduğunu beyan etmesi ya da kabul etmesini istenilmektedir. Bütün bu koşullar yerine getirilmediği takdirde, iddia uzlaşmasına gitmiş ve suçunu ikrar etmiş olan sanık sonradan bu ikrarını geri alabilir.

D. FRANSA

Fransız hukukunda, uzlaşma kurumuna yer verilmiştir. Fransız Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda 23 Haziran 1999 tarihinde 1328 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle uzlaşmaya ilişkin hükümler Fransız Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 41-1 ila 41-3 maddelerinde bulunmaktadır. Cumhuriyet Savcısı, kamu davası açmadan önce, tarafların da uygun görüşünü alarak uzlaşma yoluna başvurabilir. Ancak suç failinin veya şeriklerinin suçtan doğan zararın giderilmesini garanti etmeleri gerekir. Uzlaşma ancak orta dereceli fiiller için geçerlidir. Örneğin hafif şiddet kullanımı, basit hırsızlık, nafaka yükümünün yerine getirilmemesi, çocukları göstermemek gibi.⁵

Uzlaştırmacı, gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Örneğin mağdurlara yardım derneği uzlaştırmacı olabilir. Uzlaşmanın başarılı olması halinde Cumhuriyet Savcısı takipsizlik kararı verir. (Classemet sans suit).

Fransız hukukunda küçükler hakkında da soruşturmaya başlamadan önce uzlaşmaya benzer bir uygulama bulunmaktadır. 1945

⁵ Heraud, Alain-Maurin, André, Institutions Judiciaires, 3. édit Paris, 2000, s 162-163.

tarihli Ordonance'nin 12-1 maddesine göre, Cumhuriyet Savcısı küçük ve küçüğün kanuni temsilcisi ile uyuşmak suretiyle mağdurun zararlarının giderilmesini önerebilir. Ancak uzlaşmadan farklı olarak bu halde, ceza davası devam etmektedir. Uzlaşma başarıyla sonuçlanmazsa açılmış olan kamu davası genel hükümlere göre devam eder.⁶

III. YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NA GÖRE UZLAŞMA

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin sekizinci fıkrasında, uzlaşmaya tâbi suçlara ilişkin esaslar gösterilmiştir.

Kanun'un kabul ettiği sisteme göre, uzlaşma aşağıdaki esaslar dahilinde gerçekleştirilmektedir.

1. Uzlaşma sadece soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar için geçerlidir: Böylece sadece küçük ihtilafları içeren suçlar bakımından (hakaret, tehdit, basit yaralama gibi) bu yola gidilebilecektir. Bu ayırım ile hukukumuzda yargı organlarının daha ağır suçlara tahsis edilebilecek zaman alanı genişletilmekte ve küçük suçlarda tamamen yenileştirilmiş bir yaptırım sistemi geliştirilmektedir. Kanun, ceza adaletinde onarıcı bir sistemi böylece organik olarak gerçekleştirmektedir.

2. Failin suçu ve sorumluluğunu kabullenmesi gerekir: Fail fiilini inkâr etmemelidir. Fail, kendisine isnat olunan suçları işlemediğini öne sürecek olursa o zaman ceza yargılama kuralları uygulanarak durumun aydınlatılması gerekir ve uzlaşma kurumu işlemez.

3. Fail suçtan doğan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemeli ve gidermelidir: Zararın giderilmesi, failden dikkati çekecek surette büyük miktarda edimlerin yerine getirilmesini veya kişisel bir takım özverilerde bulunmasını gerektirdiği durumlarda, failin bütünüyle veya geniş bir kısmı itibarıyla mağdurun zararlarını tazmin etmeye çalışması aranır.

4. Fail ve mağdur özgür iradeleri ile uzlaşmalıdır: Uzlaşma yoluna gidecek olan fail ve mağdur, bu yolu, gönüllü olarak kabul etmelidir.

⁶ Larguier, Jean, Procedure Pénale, 16. édit, Paris, 1997 s. 67-68.

Fiil, doğru olarak ve her iki tarafça kabul edilebilecek şekilde saptanmalı ve bir çözüm yolu bulunmalıdır.

5. Fail veya mağdurun uzlaştıkları Cumhuriyet Savcısı veya hâkim tarafından saptanmalıdır: Suçtan doğan zararın onarımını veya zararın giderilmesine ilişkin taraf iradeleri ceza yargılama hukuku kurallarına göre saptanacaktır.

6. Soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı fail-mağdur arasındaki uzlaşmayı saptadığında kamu davası açmayacaktır: Bu tespit kovuşturma evresinde hâkim tarafından yapıldığında fail hakkında davanın düşürülmesine karar verilecektir.⁷

7 ŞİKÂYETE TABİ OLUP UZLAŞMA KAPSAMINDA KALAN SUÇ LİSTESİ

Şikâyete Tabi Suçların Madde ve Fıkra Numaraları	Şikâyete Tabi Olduğunu Gösteren Madde Numaraları
88/1	88/1
89/5	89/5
102/1	102/1
102/2, 2.cümle	102/2, 2. cümle
104/1	104/1
105/1	105/1
106/1, 2. cümle	106/1, 2. cümle
116/1	116/1
117/1	117/1
123/1	123/1
125. Maddenin üçüncü fıkrasının (a) bendi 131/1 hariç, diğer fıkra ve bentlerde yazılı suçlar	
129	131/1
130	131/1
132	139/1
133	139/1
134	139/1
144/1	144/1
146/1	146/1
151/1, 2	151/1, 2
155/1	155/1
156/1	156/1
159/1	159/1
160/1	160/1
167/2	167/2
209/1	209/1
233/1	233/1
239/1, 2	239/1, 2
342/2	342/2

Bunun anlamı şudur ki; failin suçun zararlı sonuçlarını gidermek üzere yapacağı hareketler ceza kovuşturmasının başlamaması veya son verilmesi ile sonuçlanacaktır.

IV. UZLAŞMA USULÜ

A. USULİ İŞLEMLER VE SONUÇLARI

Uzlaşma usulü 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253 ile 255. maddelerinde düzenlenmiştir.

1. Cumhuriyet Savcısının Faili Daveti

Cumhuriyet savcısı uzlaşma kapsamına giren bir suç işlendiğinde öncelikle faili Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine uygun olarak davet ederek, suçtan dolayı sorumluluğu kabul edip etmediğini soracaktır.

2. Failin Yükümleri

Fail;

a. Suçu kabullenmesi,

b. Maddi ve manevi zararların tümünü veya büyük kısmını ödemeyi veya zararları gidermeyi kabullendiğini beyan ederse,

durum, Cumhuriyet Savcısı tarafından mağdura veya vekiline veya kanuni temsilcisine bildirilir.

Zararı giderim, suçtan önceki hale getirme aynen iade veya tazmin şeklinde olabilecektir.

3. Mağdurun Yükümleri

Mağdur;

a. Zararın tümüyle veya büyük bir kısmı itibariyle giderildiğini

b. Özgür iradesi ile

c. Uzlaşacağını,

bildirirse, soruşturma sürdürülmez.

Dikkat etmek gerekirse, bu aşamaya kadar, Cumhuriyet Savcısı “fail” ile “mağdur”un uzlaşma işlemi kabul edip etmeyeceklerini tespit etmektedir. Yapılan tespitte fail veya mağdurun iradeleri uzlaşmaya yönelik değilse, uzlaşma usulündeki diğer aşamalara geçilmeyecektir.

4. Uzlaştırıcı Atanması

Cumhuriyet savcısı, uzlaşma işlemlerini idare etmek üzere bir “uzlaştırıcı” atar.

Uzlaştırıcı;

a. Fail ve mağdurun üzerinde anlaşmışları bir avukat olabilir.

b. Anlaşamama halinde, barodan bir avukatın, uzlaştırıcı olarak görevlendirilmesi istenir.

5. Uzlaşma Süresi

Uzlaşma süresi en geç otuz gündür. Cumhuriyet Savcısı bir defaya mahsus olmak üzere bu süreyi otuz gün daha uzatabilir.

6. Uzlaşma Müzakereleri

a. Müzakereler gizli olarak yürütülür.

b. Taraflar izin vermedikçe, bilgi, belge veya açıklamalar daha sonra açıklanamaz.

c. Uzlaşmanın başarısız olması halinde, failin beyan veya ikrarı davada aleyhine delil olarak kullanılamaz.

Esasen, CMK m. 217’ye göre, hâkim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırır. Delilleri vicdanî kanaatiyle serbest olarak takdir eder. Uzlaşma müzakereleri sırasında, failin bir olaya ilişkin beyanı veya suça ilişkin ikrarı CMK. m. 217 kapsa-

mına girmemektedir. Zira, uzlaştıracının işlevi; klasik ceza muhakemesi hukukunda, üç temel yargılama makamı dışındadır. CMK m. 253/6 bu hüküm bulunmasa dahi, sonuç yine değişmeyecektir.

7. Rapor Düzenlenmesi

Uzlaştıracı, yaptığı işlemleri ve uzlaşmayı sağlayıcı girişimleri bir rapor halinde getirecektir. Raporu on gün içinde ilgili Cumhuriyet Savcısına sunacaktır.

8. Uzlaşmanın Sonucu, Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar

- Zarar uzlaştırmaya uygun olarak giderilirse,
- Uzlaştırma işleminin giderleri fail tarafından ödenirse,

Cumhuriyet Savcısınca kovuşturmaya yer olmadığına karar verilecektir. Bu kararın hüküm ve sonuçları CMK m. 172'de yer alan kararlarla örtüşmektedir. Ancak burada önemle üzerinde durulması gereken bir konu bulunmaktadır. CMK m. 172/1'de karara, suçtan zarar gören ile daha önceki ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye "itiraz" hakkı tanınmıştır. Acaba uzlaşma işleminden sonra, yukarıda sayılanların itiraz hakkı devam edecektir mi?

İkinci olarak, CMK m. 253/2, 3 ve 7 birlikte değerlendirildiğinde, suçtan zarar gören zararının giderilmesi halinde uzlaşma tutanağını imzalayacaktır. Dolayısıyla, mağdurun bu iradesi bir anlamda, uyuşmazlığın yargı dışı çözüldüğüne dair bir beyandır. Hatta amaçları itibarıyla şikâyetten vazgeçmeye de benzetilebilir. Bu hâli ile suçtan zarar görene, itiraz hakkı tanınmaması gerekir.

B. UZLAŞMANIN ÇEŞİTLERİ

1. Mahkeme Tarafından Uzlaştırma

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 254. maddesinde düzenlenmiştir.

Uzlaşma işlemi uygulanabilecek bir suç nedeniyle Cumhuriyet

Savcısı 253. maddeye uygun olarak işlem yapmaksızın kamu davasının açıldığı mahkeme, söz konusu maddede yer alan ve Cumhuriyet Savcısı tarafından yerine getirilmesi gereken bütün işlemleri yapar ve tazminat 253. madde gereğince ödendiğinde davanın düşmesine karar verir.

Bu halde de yargılama ve bütün uzlaştırma giderleri suç faili tarafından ödenecek ve bunlar ödenmedikçe davanın düşmesine karar verilmeyecektir (CMK. m. 254/2).

2. Birden Çok Fail Bulunması Halinde Uzlaşma

5271 sayılı CMK'nın 255. maddesinde düzenlenmiştir.

Aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın, birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır (CMK. m. 255)

İştirak halinde işlenen suçlarda, şeriklerin uzlaşmadan yararlanabilmeleri için, neden oldukları zararı birlikte ortadan kaldırmış, maddî ve manevî zararları ödemiş bulunmaları gerekir. İşlemlerin giderleri hakkında da aynı esaslar geçerlidir.

Şikâyet hakkı olan mağdurun, ödeme çabasında bulunmayan şerikler hakkında, şikâyetten vazgeçmesi olanağı bulunmaktadır.

Kaynakça

- Blanc, G., La Médiation Pénale, J. C. P., 1994.
- Dölling, Dieter, "İşlenen Suçlar Nedeniyle Suç Failleri İle Mağdurlar Arasında Arabuluculuk (Mediation)" Yayınlanmamış Makale.
- Fayon, M., La Médiation Pénale, A. P. C., 1994.
- Heraud, Alain-Maurin, Andre, Institutions Judiciaires, 3 édit; Paris, 2000.
- Kunter, N. Yenisey, F., Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, 2003.
- Larguier, Jean, Procedure Pénale, 16. édit, Paris, 1997.
- Pradel, Jean, Procedure, Pénale, 10. édit, Paris, 2000.

BANKACILIK DÜZENLEME VE DENETLEME KURUMU'NUN BANKALARA EL KOYMA VE DENETLEME YETKİSİ

Ahmet Emrah AKYAZAN*

1. GİRİŞ

Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumları veya Bağımsız İdarî Otoriteler olarak ifade edilen kurumlar arasında yer alan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK), 18.06.1999 tarihinde kabul edilen 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile oluşturulmuştur.

Türkiye'nin yaşadığı ekonomik krizlerde önemli bir yeri olan bankacılık sisteminin sorunlarının çözümü için bağımsız yapıda bir kurumun ortaya çıkmasında, International Monetary Found (İMF)'un bu konudaki talebi de etkili olmuştur. Ekonomik kriz nedeniyle İMF ile sürdürülen kredi görüşmelerinde İMF, bankacılık sisteminin ciddi bir kontrol altına alınmasını ve bunun için bankaların bağımsız bir kuruluş tarafından denetlenmesinin zorunlu olduğunu öne sürmüştür.

BDDK kuruluncaya kadar Türkiye'de bankalar, Maliye Bakanlığı bünyesindeki Bankalar Yeminli Murakıpları Kurulu tarafından denetleniyor ve hazırlanan raporlar Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu bakanlık tarafından değerlendirilerek, gerekli önlemler alınıyordu. Ancak siyasi nedenlerle, bazen alınması gereken önlemlerin geciktirildiği veya hiç alınmadığı, bu nedenlerle bankacılık sistemi içinde problemler bankaların da faaliyetlerine devam edebildikleri görülüyordu. Bu durum, bankacılık sisteminin zayıflamasına ve ekonomik krizlerde ek sorunlar çıkmasına sebep oluyordu.

* Avukat, Ankara Barosu.

Tüm bu nedenlerle, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda BDDK'nın kuruluşu, görevleri ve yetkileri belirlenerek, bankaların denetlenmesi ve bankaların faaliyetleri ile ilgili düzenlemelerin yapılması görev ve yetkileri Bakanlar Kurulu'ndan alınmış ve bağımsız bir idari otoriteye verilmiştir. Bu suretle BDDK, bankacılık alanında Düzenleme ve Denetleme görevini yerine getiren, icraî karar alma yetkisine sahip, bağımsız nitelikte bir kuruluş olarak ihdas edilmiştir.

Türkiye'nin ciddi ekonomik krizlerin içinden geçtiği bir dönemde kurulan BDDK ile ilgili olarak bir yıl kadar süren hazırlık dönemini takiben, 23.03.2000/313 tarih ve sayılı kararname ile (31.03.2000/Mükerrer 24006 tarih ve sayılı RG,) başkan ve üyeleri tayin edilmiş; 21.05.2000/730 tarih ve sayılı kararname ile (22.06.2000/24087 tarih ve sayılı RG,) BDDK üyeleri ile personelinin uyacakları meslekî ilkeler belirlenmiş; 21.05.2000/729 tarih ve sayılı kararname ile (22.06.2000/24087 tarih ve sayılı RG,) BDDK Teşkilât Yönetmeliği yürürlüğe konulmuş; 03.07.2000/1005 ve 1007 tarih ve sayılı kararnameler ile (05.08.2000/24231 tarih ve sayılı RG,) BDDK başkan ve üyeleri ile personelinin ücret ve diğer mali hakları tespit edilmiştir.

BDDK 2000 yılı Ağustos ayından itibaren faaliyete geçmiş ve ilk düzenlemesini 26.08.2000/24152 tarih ve sayılı *Resmî Gazete'* de yayınlanan "*Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yönetmeliği*"ni hazırlayarak yapmıştır.

2. BANKACILIK DÜZENLEME VE DENETLEME KURUMUNUN YAPISI, ÇALIŞMA ESASLARI, GÖREV VE YETKİLERİ

BDDK ile ilgili hükümler, 03.12.1999/4491, 12.05.2001/4672, 30.01.2002/4743 ve 12.12.2003/5020 tarih ve sayılı kanunlarla da bazı değişikliklere uğramıştır.

I. BDDK'nın Yapısı ve Çalışma Esasları

BDDK kamu tüzel kişiliğine sahiptir. İdari ve Mali özerkliği vardır. Kurumun merkezi Ankara'dadır. Kurum gerekli gördüğü yerlerde teşkilat kurabilir.

Kurumun karar organı, biri başkan, biri ikinci başkan olmak üzere

yedi üyeden oluşan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'dur. Kurul başkanı kurumun da başkanıdır. Üyelerin, hukuk, iktisat, maliye, bankacılık, işletme, siyasal bilgiler, kamu yönetimi ve dengi dallarda veya bu dallarla ilgili mühendislik alanlarında en az lisans düzeyinde, mühendislik dalında lisans düzeyinde eğitim görmüş olanların ise, belirtilen alanlarda lisansüstü öğrenim görmüş olmaları gerekir.

Üyeler, en az üçü bankacılık olmak üzere, maliye-finans alanında en az 10 yıl deneyim sahibi ve üst düzey yöneticilik yapmış veya yukarıda sayılan öğrenim dallarında en az 10 yıl öğretim üyeliği yapmış olan adaylar arasından, ilgili Bakanın önerisi üzerine Bakanlar Kurulu'nca atanır. Bakanlar Kurulu, üyelere birini başkan, birini de ikinci başkan olarak görevlendirir.

Kurul başkan ve üyelerinin görev süreleri altı yıldır. Süreleri biten üyeler yeniden seçilebilirler. Başkanlık ve üyelikler görev süreleri dolmadan herhangi bir sebeple boşaldığı takdirde, boşalan yerlere yukarıda belirtilen esaslar dâhilinde iki ay içinde seçim ve atama yapılır. Bu şekilde atananlar, yerine atandıkları kişinin süresini tamamlar.

Kurul başkan ve üyelerinin görev süreleri dolmadan görevlerine son verilemez. Ancak atanmaları için gerekli şartları kaybettikleri veya yasaklı buldukları faaliyetlerde buldukları anlaşılan, ya da görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı, haklarında verilen mahkûmiyet kararı kesinleşen Kurul başkan ve üyeleri, süreleri dolmadan Başbakan'ın onayı ile görevden alınır. Bu durumda en geç iki ay içinde üye ataması yapılır.

Kurul üyeleri, özel bir kanuna dayanmadıkça resmî veya özel hiçbir görev alamaz, dernek, vakıf, kooperatif ve benzeri yerlerde yöneticilik yapamaz, ticaretle uğraşamaz, serbest meslek faaliyetinde bulunamaz, ücret karşılığı ders ve konferans veremez, sınav ve benzeri görev alamaz, her türlü ortaklıklarda pay sahibi olamazlar. Kurul üyeleri bu görevlerine atanmalarını izleyen 30 gün içinde maliki oldukları payları üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar sıhrî hususları dışındakilere satmak veya devretmek suretiyle elden çıkarmak zorundadırlar.

Kurul üyeleri, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu huzurunda, görevlerinin devamı süresince görevlerini tam bir dikkat ve dürüstlük ile yürüteceklerine, kanun hükümlerine aykırı hareket etmeyeceklerine ve ettirmeyeceklerine dair yemin ederler.

Kurul, Başkan veya bulunmadığı hallerde İkinci Başkan'ın başkanlığında, en az beş üyenin hazır bulunması ile toplanır. Kurul kararları en az dört üyenin aynı yöndeki oyuyla alınır. Kurul kararları kesindir.

Kurumun genel yönetim ve temsili ile Kurulca alınan kararların yürütülmesi başkana aittir.

Kurul üyeleri ile Kurum'un her türlü personeli, çalışmaları ve denetlemeleri sırasında ilgililere ve üçüncü kişilere ait öğrendikleri sırları, bu konuda yetkili mercilerden başkasına açıklayamazlar ve kendi yararlarına kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder.

Kurum'un, para, evrak ve her çeşit malları devlet malı hükmündedir. Kurul üyeleri ve Kurum personeli, görevleri esnasında veya görevleri nedeniyle işledikleri ve kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından devlet memuru sayılırlar.

Kurum, görevleri ile ilgili konularda bakanlıklardan, ilgili resmî ve özel kuruluşlar ile kişilerden, gizli olsalar dahi, her türlü belge ve bilgiyi isteyebilir.

Kurum çalışmaları için başkana, görevlerinde yardımcı olmak üzere, Kurul kararıyla üç Başkan Yardımcısı atanır.

Kurumun hizmet üniteleri; görev ve yetkilerin gerektirdiği sayıda Daire Başkanlıkları, Bankalar Yeminli Murakıpları Kurulu, Danışma Birimleri ve yardımcı hizmet birimlerinden oluşur.

Bankalar Yeminli Murakıpları Kurulu Başkanı, Kurum Başkan Yardımcısı statüsündedir.

II. BDDK'nın Görev ve Yetkileri

BDDK, Bankalar Kanunu'nun ve ilgili diğer mevzuatın, Bankalar Kanunu'nda gösterilen yetkiler çerçevesinde düzenlemeler de yapmak suretiyle uygulanmasını sağlamak, uygulamayı denetlemek ve sonuçlandırmak, tasarrufların güvence altına alınmasını sağlamak ve Bankalar Kanunu ile verilen diğer görevleri yapmak ve yetkileri kullanmakla görevlidir.

Belirtilen bu görev ve yetkiler, Bakanlar Kurulu'nun bankacılık alanındaki tüm yetkilerini BDDK'ya devretmiş olduğunu göstermektedir.¹

Bankaların kurulması, denetlenmesi, şube açması, bir başka banka ile birleştirilmesi ve gerekli hallerde tasfiyesi ile ilgili karar ve işlemler BDDK tarafından ifa edilecektir.

Mevduata verilecek güvence sınırları, BDDK tarafından, ekonomideki ve bankacılık sektöründeki gelişmelere göre yeniden belirlenebilecektir. Nitekim daha önce sınırsız mevduat güvencesi mevcutken, 2004 yılı Ağustos ayından itibaren BDDK kararıyla bir kişiye ait mevduatın her bankadaki 50 milyar TL'lik (50.000YTL) kısmı mevduat güvencesi içinde kabul edilmiştir.

Bir kişinin doğrudan veya dolaylı olarak banka sermayesinin %10'unu ve fazlasını temsil eden payları alması, BDDK'nın iznine tâbidir. Aynı şekilde, banka sermayesinin %10 veya daha fazlasına sahip olan kişilerin sermaye paylarının doğrudan veya dolaylı olarak el değiştirmesi de BDDK'nın iznine tâbidir.

Bir bankanın faaliyetleri tehlike sınırlarına doğru gittiği takdirde, BDDK bu bankadan bir plan çerçevesinde bu durumun düzeltilmesini istemeye yetkilidir.

BDDK tarafından hazırlanan plana rağmen mali yapısını düzeltemeyen bir banka, Kurul'un en az 5 üyesinin olumlu oy kullanmasıyla Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (TMSF) devredilebilecek veya bu bankanın bankacılık işlemleri yapma ve/veya mevduat kabul etme yetkisi kaldırılabilir.

Bankaların devir ve birleşmelerine ilişkin usul ve esaslar BDDK tarafından belirlenerek, Kurul tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle yürürlüğe konulacaktır.

Esas itibarıyla BDDK, Kurul kararıyla, Bankalar Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkilidir. BDDK yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar

¹ Sarısu, Ayhan, *Tüm Yönleriyle Bankalar Kanunu*, s. 5, *Ekonomist Dergisi Eki*, 20 Şubat 2000.

olarak kullanır. Düzenleyici işlem niteliğindeki yönetmelik ve tebliğler, *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe konulur. Özel nitelikli BDDK kararlarından gerekli görülenler, Kurum'un haftalık bülteni ile kişi ve kuruluşlara duyurulur.

III. BDDK'nın Denetlemeler Sonucunda Alacağı Tedbirlerle İlgili Yetkileri

A. BDDK, bir bankada yapılan denetlemeler sonucunda;

- Bankalar Kanunu'na aykırı,
- Bankalar Kanunu'na dayanılarak alınan kararlara ve yapılan düzenlemelere aykırı,
- Bankacılık ilke ve teamüllerine aykırı,
- Bankanın emniyetli şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek nitelikte,

İşlemleri tespit etmesi halinde, bu bankaya belirli bir süre vererek söz konusu aykırı ve hatalı işlemlerin düzeltilmesini ve tekrarına meydan verilmemesi için gerekli tedbirlerin alınmasını ister. Hatalı ve aykırı işlemleri yapan banka sorumluları için cezaî işlemler ayrıca uygulanır.

Banka, verilen süre içinde BDDK'nın alınmasını istediği tedbirleri almak ve bu tedbirlerin uygulamasını BDDK'ya bildirmek zorundadır.

BDDK'nın istediği tedbirlerin banka tarafından alınmaması veya bankanın emniyetli şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek nitelikte işlemlerin tekrarlanması halinde BDDK, bu aykırı ve hatalı işlemlerin mahiyet ve önemine göre, aşağıdaki önlemleri almaya yetkilidir:

a. Bankanın faaliyetlerini, faaliyet türleri itibariyle tüm teşkilâtında veya gerekli gördüğü şubelerinde veya muhabirleriyle olan ilişkilerinde kısıtlamak.

b. Bankanın yönetim kurulu üyelerinin hepsini veya bir kısmını görevden alarak veya üye sayısını artırarak yönetim kuruluna yeni üyeler atamak.

c. Bankanın mevduat sigortası primlerini yükseltmek veya kabul ettiği mevduatı yüzde yüz karşılığa tâbi tutmak.

BDDK'nın bankaya atayacağı yönetim kurulu üyelerinin ücretleri Kurul'ca tespit olunur ve BDDK tarafından ödenir.

B . BDDK, bir bankada;

- Bankanın varlıklarının vade itibariyle taahhütlerini karşılayamadığını,

- Bankanın likiditeye ilişkin düzenlemelere uymadığını, tespit ettiği takdirde, uygun bir süre vererek:

- a. Bu durumun düzeltilmesini isteyebilir.

- b. Uzun vadeli veya duran değerlere yatırım yapılmamasını isteyebilir.

- c. İştirakler ve gayrimenkuller gibi duran değerlerin satılmasını isteyebilir.

C . BDDK, bir bankanın özkaynaklarının, sermaye yeterliliğine ilişkin düzenlemelere göre yetersiz kaldığını tespit ettiği takdirde;

- a. Sermaye artırımını ve sermaye benzeri kaynak temin edilmesi suretiyle bu durumun düzeltilmesini isteyebilir.

- b. Kâr dağıtılmamasını, yönetim kurulu üyeleri ile genel müdür ve yardımcılara her ne ad altında olursa olsun verilen ek ödemelerin durdurulmasını isteyebilir.

- c. Zarar doğurduğu tespit edilen faaliyetlerin sınırlandırılmasını veya durdurulmasını isteyebilir.

- d. Verimi düşük veya verimsiz varlıkların elden çıkarılması isteyebilir.

D. BDDK, bir bankanın;

- a. Yukarıdaki (B) ve (C) bölümlerinde belirtilen tedbirleri alma-

dığını veya bu tedbirleri almasına rağmen mali bünyesinin güçlenmediğini,

b. Yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğini,

c. Yükümlülüklerinin toplam değerinin, varlıklarının toplam değerini aştığını,

d. Faaliyetine devamının, mevduat sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arzettiğini,

tespit ettiği takdirde, Kurul en az beş üyesinin aynı yöndeki oylarıyla alınan kararlar, temettü hariç ortaklık hakları ile bankanın yönetim ve denetimini TMSF'ye devretmeye veya bu bankanın bankacılık işlemleri yapma ve/veya mevduat kabul etme iznini kaldırmaya yetkilidir.

E . BDDK bir bankanın yönetim ve denetimini doğrudan ya da dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortakların, banka kaynaklarını bankanın emniyetli şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde, doğrudan veya dolaylı olarak kendi lehlerine kullandıklarını veya bankayı bu suretle zarara uğrattıklarını tespit ettiği takdirde, Kurul en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınan kararlar bankanın temettü hariç ortaklık hakları ile bankanın yönetim ve denetimini TMSF'ye devretmeye yetkilidir.

Görüldüğü gibi BDDK'nın bankaları denetlemesi sonucunda alacağı tedbirler iki ana grupta toplanmaktadır:

1. Belirlenecek çeşitli tedbirlerin bankalara bildirilmesi ve bu tedbirlerin eksiksiz olarak uygulanması suretiyle bankaların sağlıklı bir yapıya kavuşturulması.

2. Bankaların bu tedbirlerle sağlıklı bir yapıya kavuşturulamaması veya banka ortaklarının banka kaynaklarını kendileri için kullanmaları halinde, bankanın yönetim ve denetiminin TMSF'ye devredilmesi.

TMSF Bankalar Kanunu'nun 15. maddesindeki düzenlemeye göre tüzel kişiliği haiz bir kuruluş olup, bankalardaki tasarruf mevduatının sigortasını yapar. Bu temel görevinin yanında TMSF yukarıda açıklanan şekilde BDDK'nın kararıyla kendisine intikal ettirilen bankaların mali bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, kurulacak yeni

bir bankaya veya mevcut bankalara ya da üçüncü kişilere devredilmesi işlemleri ile de görevlidir.

TMSF kendisine intikal ettirilen bankanın güçlendirilmesini veya devredilmesini sağlayamadığı takdirde, bu bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izinlerinin kaldırılmasını BDDK'dan isteyebilir.

BDDK tarafından bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izinlerinin kaldırılması halinde, Bankalar Kanunu'nun 16. maddesi hükümleri çerçevesinde TMSF bankadaki mevduat sahipleri ile diğer alacaklıların haklarını korumaya yönelik tüm tedbirleri almakla görevlidir.

TMSF, bankadaki sigortalı mevduatı hak sahiplerine ödeyerek, mevduat sahipleri yerine bankanın doğrudan doğruya iflasını ister. İflas kararı alınması halinde TMSF, iflas masasına imtiyazlı alacaklı sıfatıyla iştirak eder ve kanunlardan doğan özel ayrıcalıklı yetkileriyle bankayı tasfiye eder.

İflasına karar verilen bankanın TMSF'ye olan borçları, masanın nakit durumuna göre, sıra cetvelinin kesinleşmesi beklenmeksizin ödenir.

Kanuna aykırı eylem ve işlemleriyle bankanın iflasına neden olan yönetim kurulu ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile imtiyazları bankayı ilzam eden memurları ile kanunsuz şekilde menfaat temin eden banka ortakları hakkında şahsi sorumluluk davalarının açılmasına ve/veya şahsen iflaslarının istenmesine de TMSF karar vermektedir. (Bankalar Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca)

Bu şahıslardan mahkemece iflasına karar verilenler hakkındaki takibi, alacaklı sıfatıyla TMSF yürütür.

3. BANKACILIK DÜZENLEME VE DENETLEME KURUMUNUN BANKALARA EL KOYMA KARARLARI

BDDK, bankacılık sektörünün sorunlarının en yoğun şekilde yaşandığı bir dönemde kurulmuş olmasının sonucunda, faaliyetlerini izleyen dönemde çok sayıda bankanın, bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izinlerini kaldırmış, bazılarını de TMSF'ye devretmiştir.

BDDK, bu konuda ilk uygulamasını, 28.09.2000/59 tarih ve sayılı kararı ile gerçekleştirmiş ve merkezi Lefkoşe'de bulunan Kıbrıs Kredi Bankası Ltd. İstanbul - Türkiye Merkez Şubesinin, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izinlerini, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin 3 numaralı fıkrasına istinaden kaldırmıştır. (28.09.2000/24184 tarih ve sayılı RG,)

BDDK, ikinci uygulamasını, 06.12.2000/122 ve 06.12.2000/123 tarih ve sayılı kararları ile gerçekleştirmiştir. 122 sayılı kararı ile Park Yatırım Bankası AŞ'nin bankacılık işlemleri yapma iznini, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin 3 numaralı fıkrası ile 20. maddesinin 2 numaralı fıkrasına istinaden kaldırmıştır. Park Yatırım Bankası AŞ mevduat kabul eden bir banka olmadığı için, mevduat kabul etme izninin kaldırılması söz konusu olmamıştır.

BDDK'nın, 123 sayılı kararı, o dönemde bankacılık sisteminde önemli bir payı olan Demirbank T.AŞ ile ilgilidir. BDDK, Demirbank TAŞ'ni, zararları özkaynaklarını aştığı, yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediği, faaliyetine devamının mali sistemin güven ve istikrarını tehlikeye düşüreceği gerekçeleriyle, TMSF'ye devretmiştir. (06.12.2000/Mükerrer 24252 tarih ve sayılı RG,)

BDDK'nın Demirbank T.AŞ ile ilgili kararı, gerek kararın alındığı dönemde, gerekse sahiplerinin daha sonraki hukuki girişimleri çerçevesinde, çok tartışılan bir karar olmuştur.

BDDK'nın TMSF'ye devir kararından sonra Demirbank T.AŞ 20.09.2001'de HSCB Bank Plc'ye satılmış ve hisse devir sözleşmesi imzalanmıştır.

Fiili hisse devri 30.10.2001'de gerçekleştirilmiştir. Devir işlemi 14.12.2001'de tescil edilmiş olup, banka halen HSCB Bank AŞ olarak faaliyet göstermektedir.^{2,3}

22.12.1999 tarihinde, BDDK'nın kurulmamış olduğu dönemde, Bakanlar Kurulu kararıyla (22.12.1999/Mükerrer tarih ve sayılı RG,)

² Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Yıllık Raporu 2001, s. 15, BDDK Yayını.

³ Bankacılık Sektörü Yeniden Yapılandırma Programı, Kasım 2002, s. 28, BDDK Yayını.

TMSF'ye devredilen ve TMSF tarafından Sümerbank AŞ bünyesinde birleştirilen Egebank AŞ'nin Yurt Ticaret ve Kredi Bankası AŞ'nin, T. Tü-tüncüler Bankası Yaşarbank AŞ'nin ve Bank Kapital TAŞ'nin bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izinleri, BDDK'nın, 18.02.2001/178 tarih ve sayılı kararı ile kaldırılmıştır. (18.02.2001/24322 tarih ve sayılı RG,)

BDDK 27.02.2001/189 tarih ve sayılı kararıyla, Ulusal Bank TAŞ'nin, temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin 3 numaralı fıkrasına istinaden TMSF'ye devredilmesine karar vermiştir. (28.02.2001/Mükerrer 24332 tarih ve sayılı RG,)

BDDK'nın bir sonraki önemli kararı, bankacılık sisteminde önemli bir payı olan İktisat Bankası TAŞ hakkında olmuştur. BDDK, 14.03.2001/198 tarih ve sayılı kararıyla, İktisat Bankası TAŞ'nin, temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimini, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin 3 ve 4 numaralı fıkralarına istinaden TMSF'ye devretmiştir. Kararda dikkati çeken husus, bankanın kaynaklarını, hissedarların oluşturduğu sermaye grubuna aktararak, bankanın emniyetli bir şekilde çalışmasının tehlikeye düşürüldüğünün vurgulanmasıdır. (15.03.2001/Mükerrer 24343 tarih ve sayılı RG,)

İktisat Bankası TAŞ'nin bankacılık lisansı 28.12.2001'de kaldırılmış ve 04.02.2002'de Bayındırbank ile birleştirilmiştir.

TMSF'ye devredilmiş bulunan Ulusal Bank T.AŞ TMSF tarafından Sümerbank ile birleştirilmiş ve BDDK, 08.05.2001/290 tarih ve sayılı kararı ile Ulusal Bank TAŞ'nin bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izinlerini kaldırmıştır. (20.05.2001/24407 tarih ve sayılı RG,)

15.06.2001 tarihli ve 346 sayılı kararında BDDK üç banka hakkında önemli uygulamalar başlatmıştır. BDDK bu tarihte, daha önce TMSF'ye devredilen ve TMSF tarafından satış prosedürleri gerçekleştirilemeyen İnterbank AŞ ve Eskişehir Bankası TAŞ'nin tüm aktif ve pasifleriyle Etibank AŞ bünyesinde devren birleştirilmesine ve Etibank AŞ bünyesinde devren birleştirilen bu iki bankanın mevduat kabul etme ve bankacılık işlemleri yapma izinlerinin 02.07.2001 tarihi itibarıyla kaldırılmasına ayrıca tüm hak ve yükümlülüklerinin Etibank AŞ'ye hukuken devrinin temin edilmesinden sonra, tüzel kişiliklerinin sona erdirilerek Ticaret

Sicili'nden terkin edilmelerinin sağlanmasına karar verilmiştir.

BDDK 346 sayılı kararının 6. maddesi ile de, Türk Ticaret Bankası AŞ'nin, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin, bankanın zarar üretmesinin önlenememesi ve satış imkânının bulunmaması nedeniyle, 01.07.2001 tarihi itibarıyla kaldırılmasına ve tasfiyesinin TTK'nın infisah ve tasfiyeye ilişkin hükümleri ile 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 18. maddesi kapsamında ve banka ana sözleşme hükümlerine göre gerçekleştirilmesini ve tasfiye işlemlerinin yürütülmesi hususunda TMSF'nin yetkili olmasını öngörmüştür.

Türk Bankacılık Sistemi'nin en eski ve bir dönemde ilk beş bankası arasında yer almış bulunan Türk Ticaret Bankası AŞ'nin bankacılık sisteminden çıkarılması, BDDK'nın yukarıdaki kararından da anlaşılacağı gibi, daha değişik bir hukuki çerçeve içinde gerçekleştirilmiştir.

BDDK 09.07.2001 tarihli kararıyla 5 bankayı TMSF'ye devretmiş, 2 yatırım bankasının da bankacılık yapma izinlerini kaldırmıştır: (10.07.2001/24458 tarih ve sayılı RG,)

- 379 ve 381 sayılı kararlarla Sitebank AŞ'nin ve Millî Aydın Bankası TAŞ'nin (Tarişbank) temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin 3 numaralı fıkrasına istinaden TMSF'ye devredilmiştir.

- 382, 383, 384 sayılı kararlarla, Kentbank AŞ, Bayındırbank AŞ ve Ege Giyim Sanayicileri Bankası AŞ (EGS Bank) banka kaynaklarını bankaların emniyetli bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde, hissedarların oluşturduğu sermaye gruplarına aktardıkları için ve mali bünyelerindeki zayıflığın mevduat sahiplerinin haklarını tehlikeye düşürmesi nedeniyle, Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin 3 ve 4 numaralı fıkralarına istinaden TMSF'ye devredilmiştir.

Kentbank AŞ'nin ve EGS Bank'ın bankacılık lisansları sırasıyla, 28.12.2001 ve 18.01.2002 tarihlerinde kaldırılmış ve bu bankalar sırasıyla, 04.02.2002 ve 18.01.2002 tarihlerinde Bayındırbank ile birleştirilmiştir.

- 378 ve 380 sayılı kararlarla, Atlas Yatırım Bankası AŞ'nin bankacılık işlemleri yapma yetkileri kaldırılmıştır.

30.11.2001 tarihinde Toprakbank AŞ BDDK kararıyla TMSF'ye devredilmiş, 30.09.2002 tarihi itibarıyla de bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izinleri kaldırılarak, Bayındırbank ile birleştirilmiştir.⁴

BDDK tarafından yapılan denetimler sonucunda 31.12.2001 itibarıyla yaklaşık 2 milyar dolar tutarında sermaye açığı olduğu tespit edilen Pamukbank'ın yönetim ve denetimi, BDDK'nun 18.06.2002/742 tarih ve sayılı kararı ile 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin 3 ve 4 numaralı fıkralarına istinaden TMSF'ye devredilmiştir.

Pamukbank 2004'ün sonlarında da Halk Bankası ile birleştirilerek, bankacılık sisteminden tasfiye edilmiştir.

BDDK'nun, bankalara el koyma kararları arasında en büyük sansasyon yaratan uygulaması ise, T. İmar Bankası AŞ ile ilgili olanıdır. BDDK 03.07.2003 tarihinde bu bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izinlerini kaldırmıştır. Bu tarihten sonra BDDK tarafından T. İmar Bankası AŞ'de yapılan denetlemeler sonucunda:

- Gerçek mevduat tutarının gizlendiği,
- İzinsiz olarak Devlet İç Borçlanma Senetleri satıldığı,
- İşlemlerin kayıt dışı bırakıldığı,
- Vergi kaçırıldığı,
- Şubelerce gerçekleştirilen muhasebe kayıtlarında, Genel Müdürlük tarafından düzenlenen muhasebe kayıtları ile, hesap bakiyelerinin değiştirildiği,
- Bankanın gerçek varlıklarını fazla, yükümlülüklerini ise az göstermek amacıyla bilgisayar teknolojisinin kullanıldığı,
- Kamu otoritelerine yanıltıcı bilgi verildiği,

tespit edilmiştir.⁵

Ancak bütün bu hususların, özellikle izinsiz olarak Devlet İç Borç-

⁴ Bankacılık Sektörü Yeniden Yapılandırma Programı, Nisan 2003, s. 38, BDDK Yayını.

⁵ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Yıllık Raporu 2003, s. 63 – 64, BDDK Yayını.

lanma Senetleri satışlarının, BDDK başta olmak üzere, Maliye Bakanlığı, Hazine, Merkez Bankası, Sermaye Piyasası Kurulu gibi konu ile ilgili kamu otoriteleri tarafından niçin daha önce tespit edilememiş olduğu da, olayın karanlıkta kalan önemli bir yönüdür.

T. İmar Bankası'nın, gerek Devlet İç Borçlanma Senetleri satışları, gerek Döviz Tevdiat Hesaplarına verdikleri yüksek faizlerle ilgili televizyon ve gazete reklâmları ve bunların yoğunluğu hatırlanacak olursa, yukarıda belirtilen kamu otoritelerinin niçin yıllarca bu büyük sahtekârlıkları tespit edememiş olduklarını anlayabilmek de mümkün değildir.

T. İmar Bankası'nın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme yetkilerinin kaldırılması sonucunda, 4389 sayılı Bankalar Kanunu uyarınca kuruculara aranan nitelikleri kaybeden ortakların Adabank AŞ'deki temettü hariç ortaklık hakları TMSF tarafından kullanılmaya başlamış ve BDDK tarafından, Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin 1 numaralı fıkrası uyarınca önce 04.07.2003 tarihinde Adabank AŞ'ye iki yönetim kurulu üyesi atanmış, 25.07.2003 tarihinde ise diğer üyeler de görevden alınarak yerlerine atamalar yapılmıştır.

Görüldüğü gibi, BDDK kararlarıyla çok sayıda banka bankacılık sisteminden çıkarılmıştır. BDDK, bankalara el koyma kararları dışında, özellikle kendi görevleri ve bankaların çalışmalarında uyacakları esaslarla ilgili çok sayıda yönetmelik, tebliğ ve genelge de çıkarmıştır.

BDDK yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikte kararlar alarak kullanmaktadır.

4. BANKACILIK DÜZENLEME VE DENETLEME KURUMUNUN BANKALAR ÜZERİNDEKİ DENETLEME YÖNTEMLERİ

BDDK'nın bankaları denetleme faaliyetleri; bankaların uzaktan gözetimi, yerinde denetim ve gerekli tedbirlerin zamanında alınarak uygulamaya konulması olmak üzere üç temel yöntemden oluşmaktadır.⁶

⁶ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Yıllık Raporu 2003, s. 62 – 63, BDDK Yayını

BDDK'nın gözetim yöntemi, erken uyarılı uzaktan gözetim esasına dayanmaktadır. Gözetim formlarından, bankaların mali tablolarının düzenlemelere uygunluğunu denetleyen bağımsız denetleme şirketlerinin raporlarından ve BDDK'nın diğer birimlerinden elde edilen veriler, gözetim yönteminin kaynaklarını oluşturmaktadır. 2003 yılında bankalar hakkında 335 adet uzaktan gözetim raporu hazırlanmıştır.⁷

Bankaların yerinde denetimi yöntemi, Bankalar Yeminli Murakıpları tarafından uygulanmaktadır. Bu denetim yöntemi çerçevesinde, bankaların mali bünye analizi, mevduat denetimi, ihbar ve şikâyetlerin incelenmesi ve diğer bankacılık işlemlerinin denetimi yapılmaktadır.

Bu denetlemelerde "*Mali Bünye İnceleme Rehberi*" ve "*Mevduat İnceleme Rehberi*" gibi inceleme esaslarını belirleyen kaynak kitaplar esas alınmaktadır. 2003 yılında 204 rapor düzenlenmiş ve bankaların %98'i incelenmiştir.⁸

BDDK'nın üçüncü temel denetleme yöntemini oluşturan, tedbirlerin alınıp uygulanması aşamasında ise, tespit edilen ve bankalardan toplanan bilgi ve verilerin ışığında her bankanın alması gerekli önlemler ve yapacağı uygulamalar BDDK talimatları olarak ilgili bankalara gönderilmekte ve bankaların bu talimatların gereğini yerine getirmesi yakından izlenmektedir.

2003 yılında BDDK'nın bankalara verdiği talimatların sonuçları izlenmiş ve bankaların uygulamaları dikkate alınarak çeşitli bankalarda sorumlulukları tespit edilen kişiler hakkında toplam 39 suç duyurusunda bulunulmuş, 7 idarî para cezası uygulanmış, Bankalar Kanunu'nun 9. maddesinin 5 numaralı fıkrası uyarınca 22 kişinin bankalarda imza yetkili personel olarak çalıştırılması geçici olarak yasaklanmıştır.⁹

⁷ *Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Yıllık Raporu 2003*, s. 62 – 63, BDDK Yayını.

⁸ *Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Yıllık Raporu 2003*, s. 62 – 63, BDDK Yayını.

⁹ *Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Yıllık Raporu 2003*, s. 64, BDDK Yayını.

5. BANKACILIK DÜZENLEME VE DENETLEME KURUMUNUN İŞLEMLERİ NEDENİYLE SORUMLULUKLARI

1. Cezai Sorumluluklar

4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 3. maddesinin 9. fıkrası uyarınca Kurul üyeleri ve Kurum personeli, görevleri esnasında veya görevleri nedeniyle işledikleri ve kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından Devlet memuru sayılırlar. Bunlara ilişkin soruşturmalar, Kurul üyeleri için ilgili bakanın, Kurum personeli için ise Kurul'un izin vermesi kaydıyla genel hükümlere göre yapılır.

2. Diğer Sorumluluklar

Kurum, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbi değildir (4389 sayılı Bankalar Kanunu m. 6/4). Bankalar Kanunu'nda, BDDK ile ilgili hükümler arasında Kurul üyelerinin ve Kurum personelinin idari, mali ve kişisel sorumluluklarını düzenleyen hükümlere yer verilmemiştir. Ancak Bankalar Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında; *"Bu kanunda açıklık olmayan hallerde genel hükümler uygulanır"* hükmü bulunmaktadır.

Anayasal kural olarak, kişilerin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır (Any. m. 40/3). Ayrıca; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir (Any m. 129/5).

Bu anayasal kurallar ışığında BDDK, bir banka için TMSF'ye devretme ve/veya bankacılık yapma ve/veya mevduat kabul etme yetkilerini kaldırma kararlarını verirken, kişisel kusurlarla haksız uygulamalara yol açmışsa ve bu nedenle BDDK zarar görenlere tazminat ödemeye mahkûm edilmiş ise, Devlet (Hazine) bu zararlar için kişisel sorumluluğu bulunan Kurul üyelerine rücu edebilir. Bunun için özel hukuka göre, adliye mahkemelerinde rücu davası açması gerekir.

Bu durumda Kurul üyelerinin, kişisel kusurları halinde mali sorumlulukları bulunduğu sonucuna varılmaktadır. Burada söz konusu olan kişisel kusurları, çok ağır değerlendirme hataları olarak düşünmek gerekir.

BDDK'nın bir bankayı TMSF'ye devretme ve/veya bankacılık yapma ve/veya mevduat kabul etme yetkilerini kaldırma kararları, kamu hukukuna tâbi faaliyetler olduğu için, zarara uğrayan kişilerin zararını idare, idare hukuku esaslarına göre (idari sorumluluk) tazmin edecektir. Bu konuda açılacak tazminat davalarına da idari yargıda bakılacaktır.

İdarenin verdiği zararın, idari yargı kararıyla tazminine idari sorumluluk denmektedir.

6. BANKACILIK DÜZENLEME VE DENETLEME KURUMUNUN YAPISAL ÖZELLİKLERİ

İdari teşkilat içinde Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kuruluşları veya Bağımsız İdari Otoriteler grubunda yer alan BDDK'nın yapısal özellikleri şu şekilde ortaya çıkmaktadır:

1. BDDK bağımsız bir kuruluştur. Kanunda, üyelerinin bağımsızlıklarını sağlayıcı usul ve güvenceler getirilmiştir. Merkezi otorite, yani başbakanlık veya ilgili bakanlık BDDK'ya emir ve talimat veremez, işlemlerini iptal edip değiştiremez. Merkezi idarenin BDDK üzerinde hiyerarşik yetkileri mevcut değildir.

2. BDDK kamu tüzel kişiliğine sahiptir. Bunun sonucunda, mali, teknik ve personel bakımından kendi olanakları vardır. İdari ve mali açıdan özerk bir yapıdadır.¹⁰ BDDK'nın giderleri Kurul kararıyla yürürlüğe giren bütçeye göre yapılır.

3. BDDK, icraî karar alma yetkisine sahiptir. Bu itibarla aktif idare içinde yer alır. Kamu gücü ayrıcalıklarına sahiptir, buna dayanarak gerek düzenleyici işlemler, gerekse bireysel işlemler yapabilir ve idari yaptırımlar uygulayabilir.¹¹

¹⁰ Akyılmaz, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, s. 236, Sayram Basım Yayım Ltd. Şti., Konya Ocak 2004

¹¹ Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 186, İkinci Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2004

4. BDDK mali açıdan denetime tâbidir. İlgili bakan BDDK'nın yıllık hesapları ile harcamalarına ilişkin işlemlerini, Sayıştay denetçisi, Başbakanlık müfettişi ve Maliye müfettişinden oluşan bir komisyona denetletir ve denetleme sonuçları ile ilgili gerekli tedbirleri alır. Denetim sonuçları ile bunlara ilişkin işlemleri ve alınan tedbirleri gösteren bir rapor, Kurum'un yıllık faaliyet raporu ile birlikte ilgili bakan tarafından Bakanlar Kurulu'na sunulur. Kurum'un Kurul tarafından yapılan, yıllık bütçesinin uygulama sonuçlarına ilişkin yıllık mali rapor ve bütçe kesin hesabı Bakanlar Kurulu kararı ile ibra edilmektedir.¹²

5. Kanunda BDDK'na yani "Kurum"a verilen görev ve yetkileri, karar organı olan "Kurul" kullanır.

6. BDDK ile ilgili hükümlere yer veren Bankalar Kanunu'nda Kurul üyelerinin, ilgili bakanın önerisi üzerine, Bakanlar Kurulu tarafından atanacağı öngörülmüştür.

7. BDDK bankacılık sektöründe ve özel finans kurumları sektöründe geniş düzenleme yetkisine sahiptir. Düzenleyici işlemlerle kurallar koyar. Anayasa'nın 124. maddesine göre, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanun ve tüzüklerin uygulanması amacıyla yönetmelikler çıkarabilir. Uygulamada karar, tebliğ ve genelgeler de çıkarmaktadır. Ayrıca 4389 sayılı Bankalar Kanunu BDDK'nın yetkilerini "özel nitelikli kararlar" kullanabileceğini de öngörmektedir.

Düzenleyici işlem niteliğindeki yönetmelik ve tebliğlerin *Resmî Gazete*'de yayımlanması esası getirildiğine göre, "özel nitelikli kararlar"ın düzenleyici işlem niteliğinde olması gerekmediği anlaşılmaktadır.¹³

8. BDDK'nın kararları yargı denetimine tâbidir. BDDK'nın işlemlerine karşı "iptal davası" açılabilir. Ayrıca bu işlemler nedeniyle ortaya çıkmış zararın giderilmesi için "tazminat davası" da açılabilir.¹⁴

Bankalar Kanunu'nun 20. maddesinin 5/a ve 5/b fıkraları uyarınca, BDDK aleyhine Kurul kararları nedeniyle açılacak idari davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür ve acele işlerden sayılır.

¹² Gözübüyük, A. Şeref / TAN, *Turgut, İdare Hukuku*, Cilt 1 Genel Esaslar, s. 370, 376, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2004

¹³ Gözübüyük, A. Şeref / TAN, *Turgut, a.g.e.*, s. 383

¹⁴ Gözler, Kemal, *a.g.e.*, s. 187

Bu davalarda yürütmenin durdurulması talebinin kabul veya reddi kararına yapılan itirazların karara bağlanmasından önce, tarafların istemi üzerine duruşma yapılmasına karar verilebilir.

7. BANKACILIK DÜZENLEME VE DENETLEME KURUMUNUN BANKALARA EL KOYMA KARARLARI ALEYHİNE AÇILAN DAVALAR

BDDK'nın kuruluşundan itibaren el koyduğu bankaların eski ortakları tarafından Kurul kararları aleyhine çok sayıda dava açılmıştır.

Esasen BDDK'nın taraf olduğu çok sayıda adli ve idari dava olduğu müşahade edilmektedir. 2003 yılsonu itibariyle BDDK, devam etmekte olan toplam 1295 idari, 146 hukuk ve 108 ceza davasının tarafıdır. 2003 yılı sonunda kesinleşen sadece 11 karar vardır ve bunların 7 tanesi hukuk, 2 tanesi ceza, 2 tanesi de idari davalara ilişkindir.¹⁵

BDDK'nın bankalara el koyma kararlarına karşı eski ortaklar tarafından açılan bazı davalar aşağıda incelenmiştir:

I. Millî Aydın Bankası T.A.Ş (Tarişbank)

BDDK'nın 09.07.2001/381 tarih ve sayılı kararı ile TMSF'ye devredilen bankanın eski ortaklarını temsilen Tariş Pamuk Birliği'nin Danıştay'da yürütmenin durdurulması talebi ile açtığı davanın görülmesi sürecinde, ilk aşamada Tariş Pamuk Birliği'nin yürütmenin durdurulması istemi Danıştay 10. Dairesi tarafından reddedildi. Ancak Tariş Pamuk Birliği'nin yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin bu karara karşı yaptığı itirazı görüşen Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, itirazı kabul ederek, 23.11.2001 tarihinde, söz konusu BDDK kararının yürütmesini durdurmuştur.

Bu karar sonrasında, BDDK'nın 18.02.2002/623 tarih ve sayılı kararı ile banka eski ortaklarının ortaklık hakları iade edilmiştir. Yani Tarişbank'ın TMSF'ye devrine ilişkin işlemin yürütmesi Danıştay tarafından

¹⁵ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Yıllık Raporu 2003, s. 75, BDDK yayını.

durdurulmuş olduğundan, hukuki süreç tamamlanuncaya kadar, tesis edilen işlem BDDK tarafından geri alınmıştır.¹⁶

Daha sonra Tarişbank, Denizbank AŞ ile anlaşarak, iki bankanın birleşmesine karar verilmiş ve Tarişbank'ın Denizbank AŞ'ye devrine ilişkin hisse devir sözleşmesi 21.10.2002 tarihinde imzalanmış ve fiili hisse devri 25.10.2002 tarihi itibariyle tamamlanmıştır. Tarişbank ile Denizbank'ın birleşmesi 19.12.2002 tarihinde BDDK tarafından uygun görülmüş ve birleşme 27.12.2002 tarihinde tamamlanmıştır.¹⁷

II. T. Tütüncüler Bankası Yaşarbank AŞ

BDDK'nın kuruluşundan önce, 22.12.1999 tarihinde 99/13767 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla TMSF'ye devredilen ve TMSF'nin talebi üzerine BDDK'nın 18.02.2001 tarihindeki 178 sayılı kararıyla bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izinleri kaldırılan Yaşarbank, TMSF tarafından 26.01.2001'de Sümerbank ile birleştirilmiş ve hukuki varlığı sona erdirilmiştir.¹⁸

Yaşarbank'ın eski ortakları önce Bakanlar Kurulu'nun Yaşarbank'ın TMSF'ye devrini öngören 21.12.1999/99 - 13765 tarih ve sayılı kararı aleyhine iptal istemiyle dava açmışlardır. Bu dava Danıştay'da devam ederken, BDDK'nın, TMSF'nin talebi üzerine, bankanın bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izinlerini kaldırması ve Yaşarbank'ın TMSF tarafından 26.01.2001'de Sümerbank ile birleştirilmesi üzerine, Yaşarbank'ın eski ortakları bu defa, BDDK'nın ve TMSF'nin Yaşarbank'ın hukuki varlığının ortadan kalkmasına neden olan bu kararları aleyhine iptal istemiyle Danıştay'da yeni bir dava daha açmışlardır.

Bu yeni davada Yaşarbank eski ortaklarının iptal istemlerine dayanak yaptıkları gerekçe, ilk iptal davasının sonucu beklenmeden BDDK'nın ve TMSF'nin aldığı ve Yaşarbank'ın hukuki varlığına son verilmesine yol açan bu kararların hukuka aykırı olduğu idiasıdır.

Danıştay 10. Dairesi, 2001/2568 Esas sayılı bu davayı aşağıdaki 2003/4140 sayılı kararıyla sonuçlandırmıştır:

¹⁶ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Yıllık Raporu 2001, s. 14 - 15, BDDK yayını.

¹⁷ Bankacılık Sektörü Yeniden Yapılandırma Programı, Nisan 2003, s. 38, BDDK Yayını.

¹⁸ Bankacılık Sektörü Yeniden Yapılandırma Programı, Nisan 2003, s. 38, BDDK Yayını.

“Davacıların, Bakanlar Kurulu’nun 21.12.1999/99 – 13765 tarih ve sayılı kararının iptali istemiyle açtıkları dava, Dairemizin 27.02.2002 tarih ve E. 2000/279, K. 2002/501 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

Bu durumda, ilgili yasa kuralları ile... hakkında beş yıldır yapılan yoğun denetimler sonucunda düzenlenen raporların, bu raporlara dayanılarak bankaya verilen talimatların ve bankaca verilen cevapların birlikte değerlendirilmesinden; bankanın faaliyetinin devamının tasarruf sahiplerinin haklarının korunmasını imkânsız hale getireceğinin, mali sistemin güven ve istikrarını bozacağı ve mali bünyesi nedeniyle yatırımcıların hiç ilgi göstermediğinin... anlaşılması karşısında dava konusu edilen işlemlerde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine... oybirliğiyle karar verildi.”¹⁹

III. Pamukbank TAŞ

BDDK’nın 18.06.2002/742 tarih ve sayılı kararı ile TMSF’ye devredilen Pamukbank’ın eski büyük ortağı Çukurova grubu Danıştay’da yürütmenin durdurulması istemi ile dava açmıştır. Danıştay 22.11.2002 tarihli kararıyla Pamukbank’ın TMSF’ye devrine ilişkin BDDK kararını durdurmuştur.

Ancak Çukurova grubunun Yapı ve Kredi Bankası’ndaki büyük hisse payı ve Pamukbank ile Yapı ve Kredi Bankası’nın iç içe girmiş kredi ilişkileri nedeniyle, Yapı ve Kredi Bankası’nın mülkiyet sorununa çözüm getirmek ve mali sistemin istikrarını sürdürmek bakımından, Çukurova grubu ile BDDK arasında 27.01.2003 tarihinde bir protokol imzalanmıştır. Bu protokol çerçevesinde, Pamukbank’ın ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi TMTF’de kalmış ve bu amaçla, devir tarihinde mevcut hâkim ortaklar, Danıştay nezdinde açmış oldukları ve 22.11.2002 tarihli yürütmenin durdurulması kararına konu davadan feragat etmeyi kabul ve taahhüt etmişlerdir.

Söz konusu protokole ek olarak 31.01.2003 tarihinde BDDK/TMSF ve Çukurova grubu arasında imzalanan bir sözleşme ile grubun Pamukbank’a ve diğer TMSF bankalarına toplam 3 milyar dolar borcu

¹⁹ Danıştay Kararlar Dergisi, s. 280, Yıl: 2, Sayı: 3

için 3 yılı sadece faiz ödemeli, 15 yıllık bir geri ödeme planını içeren bir anlaşmaya varılmıştır. Anlaşma kapsamında, grubun Yapı Kredi Bankası'ndaki hisselerini iki yıllık bir süre içinde üçüncü şahıslara satışını gerçekleştirmesi üzerinde mutabakata varılmıştır.²⁰

IV. Demirbank TAŞ

BDDK'nın 16.12.2000'de 123 sayılı kararı ile Demirbank TAŞ'yi TMSF'ye devri, çeşitli tartışmalara neden olmuştur. BDDK'nın devir kararında belirttiği gerekçeler; Demirbank TAŞ'nin zararlarının öz-kaynaklarını aştığı, yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediği ve faaliyetine devam etmesi halinde, mali sistemin güven ve istikrarını tehlikeye düşüreceği hususlarıdır. BDDK kararından önceki günlerde Demirbank'ın büyük bir nakit sıkıntısı içine düştüğü ve bir gecelik mevduata "%7000" faiz ödediği hatırlanacak olursa, BDDK'nın devir kararında belirttiği gerekçelerin yerindeliği kolayca anlaşılmaktadır. Ancak Demirbank TAŞ'nin eski ortaklarının öne sürdükleri savunma; bu durumun sebebinin bankanın satın aldığı büyük miktarlardaki Devlet İç Borçlanma Tahvilleri olduğu ve bu tahvilleri almaları için kamu mali otoritelerinin bu konudaki taleplerinin çok etkili olduğudur. Yani Demirbank TAŞ, kamu mali otoritelerinin talebi üzerine çok fazla miktarda Devlet İç Borçlanma Senetleri satın almış ve bu nedenle nakit sıkıntısına düşmüştür. Yine banka eski ortaklarının iddiasına göre, Demirbank TAŞ'nin nakit sıkışıklığı içinde olduğu dönemde, Merkez Bankası bu tahviller karşılığında kredi vermemiş ve banka bu nedenle "%7000"lere varan faizler ödemesine rağmen, yükümlülüklerini yerine getiremez hale düşmüştür. Bu çerçevede, Demirbank TAŞ'nin bu duruma düşmesinde kamu mali otoritelerinin de büyük sorumluluğu vardır.

Demirbank TAŞ'nin eski ortaklarının bu iddialarla, BDDK'nın 123 sayılı kararıyla Demirbank TAŞ'nin TMSF'ye devir işleminin iptali talebiyle, 06.12.2000 tarihinde açtıkları dava, Danıştay 10. Dairesi tarafından reddedilmiştir. Danıştay 10. Dairesi red kararında, BDDK'nın, "*alınan tedbirlere rağmen mali durumun tehlikeye girmesi*" halini öngören Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin 3 numaralı fıkrası uyarınca verdiği TMSF'ye devir kararının doğruluğunu vurgulamaktadır.

²⁰ Bankacılık Sektörü Yeniden Yapılandırma Programı, Nisan 2003, s. 27, BDDK Yayını.

Banka eski ortaklarının temyiz talebi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 18.12.2003 tarihinde, Danıştay 10. Dairesi'nin kararını 8'e karşı 21 oyla esastan bozmuştur. Bozma kararında, Demirbank TAŞ'nin içinde bulunduğu koşulların, Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin 3 numaralı fıkrasında öngörülen TMSF'ye devredilme koşullarına uymadığı görüşüne yer verilmiştir.

Bu kararı izleyen hukuki aşamalar sonrasında vazedilecek nihaî kararın, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun ortaya koyduğu görüş doğrultusunda olması beklenmektedir.

Danıştay'ın nihaî kararı BDDK'nın TMSF'ye devir işleminin iptali yönünde olduğu takdirde, Demirbank TAŞ eski ortaklarının bankayı geri isteme hakları doğacaktır. Ancak Demirbank TAŞ TMSF tarafından HSCB Bank'a satıldıktan sonra, HSCB Bank bünyesine katılmış ve hukuki varlığı ortadan kalkmıştır. Bu nedenle Demirbank TAŞ'nin eski sahiplerine aynen iade edilmesi mümkün değildir. Bu durumda Demirbank eski ortaklarının BDDK'dan ve TMSF'den tazminat hakları doğacaktır.²¹

Diğer taraftan Demirbank TAŞ'nin eski ortaklarının, TMSF'nin Demirbank TAŞ'yi HSCB Bank'a satış işleminin iptali ve yürütmenin durdurulması talebiyle açtığı dava, Ankara 10. İdare Mahkemesi tarafından kabul edilerek, Demirbank TAŞ'nin satış işlemi iptal edilmiştir.

Bunun üzerine TMSF bu kararı, yürütmeyi durdurma talepli olarak temyiz etmiş ve Danıştay 10. Dairesi, 27.09.2004/E. 2004/10395 tarih ve sayılı kararıyla, Ankara 10. İdare Mahkemesi kararının yürütülmesini oy birliğiyle durdurmuştur.

Danıştay 10. Dairesi bu kararında;

"Mahkemece, Demirbank TAŞ'nin TMSF'ye devredilmesine ilişkin BDDK kararının iptal edildiğinden bahisle, satış işleminin iptali yolunda hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir"

değerlendirmesine yer vermiştir.

Danıştay 10. Dairesi, Ankara 10. Mahkemesi kararının temyiz incelemesini ise, daha sonra esastan karara bağlayacaktır.

²¹ Milliyet Gazetesi, 19 Aralık 2003 Tarihli Nüsha.

Görüldüğü gibi, Demirbank TAŞ'nin TMSF'ye devri ve TMSF tarafından HSCB Bank'a satılması konularındaki hukuki ihtilâflar çok yönlü davalarla devam etmektedir.

V. Kentbank AŞ

BDDK'nın 09.07.2001/382 tarih ve sayılı kararı ile TMSF'ye devrettiği Kentbank AŞ'nin eski sahibi Mustafa Süzer'in bu kararın iptali için Danıştay'da açmış olduğu iptal davası, Danıştay 10. Dairesi'nin verdiği iptal kararından sonra, 18.02.2005'te Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından onaylanmıştır.²²

TMSF'ye devrinden sonra, 07.12.2001'de bankacılık lisansı kaldırılan Kentbank AŞ'nin tasfiye süreci başlatılmıştır. Daha sonra 04.04.2002'de Kentbank AŞ genel kurulunda alınan karar gereğince bankanın tasfiyesi durdurulmuş ve Bayındırbank ile birleştirilerek hukuki varlığı sona erdirilmiştir.

Kentbank AŞ eski sahibinin, hukuki varlığı sona ermiş olan Kentbank AŞ'yi BDDK'dan aynen geri alması mümkün olmadığına göre, tazminat talep etme hakkı doğacaktır.

Kentbank konusundaki gelişmelerin, BDDK'nın bankalara el koyma kararlarının yeniden tartışmaya açılmasına neden olacağı anlaşılmaktadır. Bankalar Kanunu'nda değişiklik tasarısının TBMM'ne sevk edildiği bu günlerde, BDDK yetkilerinin kısıtlanması ve hükümet denetimine alınması yönündeki görüş sahipleri, Kentbank ile ilgili hukuki gelişmeleri de bir gerekçe olarak öne sürebileceklerdir.

VI. İktisat Bankası TAŞ

BDDK'nın 14.03.2001/198 tarih ve sayılı kararıyla TMSF'ye devredilen İktisat Bankası TAŞ'nin eski büyük ortağı Amerika-Avrupa Holding tarafından, BDDK'nın devir kararının iptali için Danıştay'da dava açılmıştır. Danıştay 10. Dairesi bu iptal istemini reddetmiş, bunun üzerine kararı temyiz eden eski büyük ortağın bu itirazı da, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 19.02.2005 tarihli kararıyla reddedilerek,

²² *Milliyet Gazetesi*, 19 Şubat 2005 Tarihli Nüsha.

Danıştay 10. Dairesi'nin kararı onaylanmıştır. Bu suretle İktisat Bankası TAŞ'nin TMSF'ye devri konusundaki hukuki itiraz ve dava süreci tamamlanarak, BDDK'nın devir kararı hukuken kesinleşmiştir.²³

Esasen İktisat Bankası TAŞ'nin bankacılık lisansı 07.12.2001 itibariyle kaldırılmış ve tasfiye süreci başlatılmıştır. Daha sonra, 04.04.2002'de İktisat Bankası TAŞ genel kurulunda alınan karar ile bankanın tasfiye kararı kaldırılmış ve İktisat Bankası TAŞ Bayındırbank ile birleştirilerek, hukuki varlığı sona erdirilmiştir.²⁴

8. SONUÇ

Türkiye ekonomisinin krizli bir döneminde kurulan BDDK, bankaların krizden çok fazla etkilendiği bu süreçte son derecede radikal işlemler yapmıştır. Ekonomik kırılganlığın devam ettiği dönemlerde çok sayıda bankaya el koyma kararları alan BDDK, Ağustos 2000 - Mart 2005 döneminde toplam 22 bankanın hukuki varlığının sona ermesine yol açan karar ve uygulamaları gerçekleştirmiştir. 24 Mart 2005 tarihi itibariyle Türk Bankacılık Sistemi'nde faaliyetine devam eden 48 banka kalmıştır.

Farklı hesaplama yöntemleri nedeniyle, bankalara el koyma operasyonlarının gerçek mali portesi şeffaf şekilde ortaya konamamıştır. Ancak bu 22 bankanın devir tarihleri itibariyle toplam zararlarının yaklaşık 35 milyar dolar olduğu, bunlara Hazine'den yapılan kaynak transferleri ile bu miktarın günümüzde 50 milyar doların üzerine çıktığını ifade etmek mümkündür.

Türkiye bütçesinin üçte birine yakın bir kaynağın bu şekilde kaybedilmesi, diğer bir deyimle vergi mükellefinin daha fazla vergi ödemek zorunda kalarak veya devletten alabileceği hizmetlerden mahrum kalmak suretiyle katlandığı bu büyük maliyet, demokratik bir ülkede kabul edilemez bir sosyo-ekonomik skandaldır. Ve bu nedenle Türkiye, en fazla yolsuzluk yapılan ülkeler sıralamasında üst sıralarda yer almıştır.

²³ *Milliyet Gazetesi*, 20 Şubat 2005 Tarihli Nüsha.

²⁴ *Bankacılık Sektörü Yeniden Yapılandırma Programı*, Nisan 2003, s. 38, BDDK Yayını.

Diğer taraftan Danıştay'daki iptal davalarını kazanarak, el konulan bankalarını BDDK'dan ve TMSF'den geri alma hakkını kazanan bazı eski banka sahiplerinin, bu kuruluşlardan yüklü tazminatlar alabileceğini de hesaba katmak gerekir. Bu tazminatların da yine Hazine'den, yani vergi mükellefinin cebinden ödeneceği düşünüldüğünde, bu mali skandalın boyutu daha da büyümektedir.

BDDK'nın bankalara el koyma uygulamalarının, bütün sonuçları ile değerlendirildiğinde, olumsuz bir bilanço gösterdiği anlaşılmaktadır. Ancak bu sonuç, el koyma kararlarının yanlış olmasından değil, gerekli ön şartlar oluşturulmadan, büyük bir hızla bu yola gidilmiş olmasından kaynaklanmıştır. Özellikle sorumlu eski banka sahiplerinden gerekli tahsilâtın yapılamaması da, el koyma kararlarından önce hazırlanmış olması gereken, etkin hukuki takip mevzuat düzenlemelerinin yapılmamış olduğunu göstermektedir. Daha sonra yapılan mevzuat değişiklikleri ise, gecikme nedeniyle sonuç vermemiştir.

Son günlerde hazırlanan yeni Bankalar Kanunu taslağında, BDDK'nın el koyma kararlarına ilgili bakanlığın denetim yetkisinin getirilmesi düşünülmektedir. Ayrıca ilgili bakana, BDDK kararlarını yargıya götürme yetkisi de verilmek istenmektedir. Taslakta, BDDK'nın bankalara el koyma kararları başta olmak üzere, her türlü kararının ilgili bakanlık tarafından yerindelik denetimine tâbi tutulacağı, yani yerinde olup olmadığının değerlendirileceği ifade edilmektedir. Bir diğer olasılık da, BDDK kararlarının Sayıştay'ın hukukilik denetimine tâbi hale getirilmesidir.

BDDK'nın düzenleyici ve denetleyici nitelikteki kararları ile ilgili yerindelik denetimi, Sayıştay'ın hukukilik denetimi ve bu kararlar aleyhine ilgili bakanlık tarafından Danıştay'da iptal davası açılabilmesi gibi hususlar kanunlaştığı takdirde, BDDK'nın bağımsız idari otorite olma niteliğinin de ortadan kalkması sonucu ile karşılaşılacaktır.

KAYNAKLAR

- Akyılmaz, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, Sayram Basım Yayım Ltd. Şti., Konya Ocak 2004.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, İkinci Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2004.
- Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt 1 Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2004
- Sarısu, Ayhan, *Tüm Yönleriyle Bankalar Kanunu*, *Ekonomist Dergisi* Eki, 20 Şubat 2000.
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu*, Yıllık Raporu 2001, BDDK Yayını.
- Bankacılık Sektörü Yeniden Yapılandırma Programı*, Kasım 2002, BDDK Yayını.
- Bankacılık Sektörü Yeniden Yapılandırma Programı*, Nisan 2003, BDDK Yayını.
- Bankacılık Düzenleme Ve Denetleme Kurumu*, *Yıllık Raporu 2003*, BDDK Yayını.
- Danıştay Kararlar Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 3, 2004.
- Milliyet Gazetesi*, 19 Aralık 2003 Tarihli Nüsha.
- Milliyet Gazetesi*, 19 Şubat 2005 Tarihli Nüsha.
- Milliyet Gazetesi*, 20 Şubat 2005 Tarihli Nüsha.
- Resmi Gazete*, 22.12.1999/Mükerrer 23914 Tarih ve Sayılı Nüsha.
- Resmi Gazete*, 31.03.2000/Mükerrer 24006 Tarih ve Sayılı Nüsha.
- Resmi Gazete*, 22.06.2000/24087 Tarih ve Sayılı Nüsha.
- Resmi Gazete* 05.08.2000/24131 Tarih ve Sayılı Nüsha.
- Resmi Gazete*, 26.08.2000/24152 Tarih ve Sayılı Nüsha.
- Resmi Gazete* 28.09.2000/24184 Tarih ve Sayılı Nüsha.
- Resmi Gazete*, 06.12.2000/Mükerrer 24252 Tarih ve Sayılı Nüsha.
- Resmi Gazete*, 18.02.2001/24322 Tarih ve Sayılı Nüsha.
- Resmi Gazete*, 28.02.2001/Mükerrer 24332 Tarih ve Sayılı Nüsha.
- Resmi Gazete*, 15.03.2001/Mükerrer 24343 Tarih ve Sayılı Nüsha.
- Resmi Gazete*, 20.05.2001/24407 Tarih ve Sayılı Nüsha.
- Resmi Gazete*, 10.07.2001/24458 Tarih ve Sayılı Nüsha.

KAMU YÖNETİMİ YASA TASARISI'NIN HUKUKSAL BOYUTU*

İsmail ERCAN**

I. GİRİŞ

Bilişim çağı, dönüşüm çağı, neo liberalizm çağı olarak da anılan 2000'li yıllar her alanda olduğu gibi hukuk alanına da değişim ve dönüşümlere kucak açmaktadır. Özellikle İdare Hukuku alanında bu değişimim ve dönüşümün kalıcı izlerine rastlamak mümkündür. Zira, önceleri *"tek egemen, buyurucu, üstün otorite önadlarıyla/sıfatlarıyla anar olduğumuz bu hukuk dalının aktörleri; kamu gücü kullanma ve tek yanlı işlemlerle karşısındakinin hukukunu belirleme/etkileme gibi ayrıcalıklarından ya vazgeçmekte ya da özel kesime doğru kısmi bir aktarım yapmak zorunda kalmaktadır"*. Sözgelimi, önceleri kamu yararı amacı taşımak ön koşuluyla malikin rızasını aramadan kamulaştırma yapan kamu makamları artık *"öncelikle malikle anlaşma yolunu"* denemek zorunda kalmaktadır. Eğer bu yol sonuç vermezse o zaman mahkeme kararıyla istediği hukuksal sonucu (gereksinim duyulan taşınmazı) elde edebilmektedir. Ya da önceleri kamu hizmetinin görülmesine ilişkin sözleşmeler idari sözleşme sayılırken ve idareye özel hukuk sözleşmelerinde görülemeyecek üstünlükler ve ayrıcalıklar tanınırken (Örneğin; Sözleşme koşullarında tek yanlı değişiklik yapma gibi) 1999 Anayasa değişikliğiyle *"idare artık özel hukuk sözleşmeleriyle de kamu hizmeti gördürebilecektir"*.¹ Bunun

* Bu yazı Mayıs 2004 döneminde hazırlanmış ve Türkiye Barolar Birliği'ne gönderilmiştir.

** İstanbul Adli Yargı Hakim adayı.

¹ Günday, Metin, *Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler* (Tebliğ) Ankara; Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, s. 325, 326; Bu konuda ayrıca bkz., *Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti* (Ed: Ali Ulusoy), Liberte Yayınevi, 2001.

hukuksal sonucu ise, “idarenin kamu yararı gerektirse bile, eskiden olduğu gibi tek yanlı değişiklikler yapamayacağıdır” Bir başka örnek de kamu çalışanları alanından verilebilir. Kamu hizmetlerinin gördürülmesinde ana (asli) ve sürekli görevler, memur statüsündeki kişilerin tekelindeyken; zamanla bu görevler kadro karşılığında çalışan sözleşmeli personele, son zamanlarda ise “geçici statüde, kadrosuz, dönemlik çalışan” kimselere gördürülmektedir. Sözgelimi, okul koruma derneklerince² ya da ilçe milli eğitim müdürlüklerince yapılan görevlendirmelerle öğretmen çalıştırılması yoluna gidilmektedir.³ Bu durum kamu hizmetiyle ilgili bir çok ilkenin değişmesi ya da en azından dönüşüme uğraması demektir. İdare hukuku alanındaki en belirgin dönüşüm hiç kuşku yok ki kamu yönetiminin örgütlenmesi, çalışanlarını statüsü alanında yaşanmaktadır. Bu çalışmanın konusu da genel olarak bu eksen üzerine oturmaktadır. Daha önce bir çok hükümet tarafından dile getirilmesine rağmen 59. Hükümet tarafından Meclis’e sunulan “Kamu Yönetimi Temel Yasa” Tasarısı mevcut yapıya göre bir çok değişim öngörmektedir. Bazısı köktenci (radikal) değişimleri içeren “yasa taslağı incelendiğinde mevcut sistemin siyasal, toplumsal ve hukuksal yönde olumlu ya da olumsuz değişimlere gebe olduğu söylenebilir.”

Biz Tasarı’yı hukuksal yönden inceleyeceğiz ve onun “yasa yapma tekniği, yönetim örgütü (idare teşkilatı) ve kamu çalışanları” yönünden getirdiklerini ve “Türkiye koşullarında olabilirliğini” tartışacağız. Bunun yaparken de “Tasarı’nın ilk biçimini (halini)” esas alacağız. Dolayısıyla Tasarı’da sonradan yapılan değişiklikler yazımızda değerlendirme dışı bırakılmıştır.

II. HUKUKSAL BOYUT

A. Tasarı ve Yasa Yapma Tekniği

1. Tasarı Türk kamu hukukuna yeni bir yasa tipi getirmektedir: Temel Yasa ya da Çerçeve Yasa: Türk hukukunda, kurallar sıradüzeninde (normlar hiyerarşisinde) temel yasa – temel olmayan (=adi) yasa ayrımı yapılmamaktadır. Zira, “kural olarak bütün yasalar aynı yön-

² Güler, Birgül A., *İkinci Dalga: Siyasal ve Yönetimsel Liberalizasyon, Kamu Yönetimi Temel Kanunu*, Kamu Yönetimi (Panel) - Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2003, s. 217.

³ Bu biçimde çalıştırılan öğretmenlerin bir çoğu KPPS-Öğretmenlik sınavını kazanamayan ya da fen-edebiyat mezunu olduğu için ataması yapılmayan öğretmenlerdir.

temle hazırlanmakta ve hukuksal geçerliliklerini aynı kurulmuş iktidardan almaktadır".⁴ Bunun doğrudan hukuksal sonucu ise, hukuksal değerlerinin aynı olması; bir başka deyişle birinin diğerine uygunluğunun denetlenmesinin söz konusu olmamasıdır. Yani, bir yasa diğer yasaya uygun değil diye iptal edilmez. O ancak tepe norma, Yani, Anayasa'ya aykırı ise iptal edilebilir. Yasalar arasında ise öncelik-sonralık; genellik-özellik ilişkisi kurularak çatışma sorunları çözülebilir. Aslında, Türk hukukunda temel yasa adında başka yasalara rastlamak mümkündür (Örneğin; Milli Eğitim Temel Yasası gibi). Buna rağmen, öğretilerde bu biçimde adlandırmanın Anglo-sakson hukukuna özgü olduğu ve bunun da ancak federal devletlerde söz konusu olabileceği dile getirilerek bu düzenleme eleştirilmiştir.⁵

Kanımızca, bu eleştiriye katılmak mümkün değildir. Zira, bir yasa metninin başlığında temel, ana gibi nitelendirmelerin yer alması onu tek başına temel yasa yapmaya yetmez. "Bir yasanın öteki yasalardan üstün olması ya da en azından onların uymak zorunda olduğu bir belge olması için bunun anayasa tarafından öngörülmesi gerekir." Sözgelimi, uluslararası antlaşmalarda yer alacak "bu antlaşmanın anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemez" ya da "yasalar bu antlaşmaya aykırı yorumlanamaz" biçimindeki bir kuralın hukuksal değer taşıyabilmesi için bu içerikte bir anayasa kuralının olması gerekir. Yani, Anayasa'nın "uluslararası antlaşmaların anayasaya aykırılığı ileri sürülemez" biçiminde bir kural içermesi gerekir. Yoksa aynı değerdeki iki kuraldan (normdan) birinin diğerini kendine bağımlı kılması söz konusu olamaz.

Peki bu ad değişikliğinin anlamı nedir?

Kanımızca, Tasarı'yla getirilmek istenen çerçeve yasanın düzenleme alanındaki öteki yasalar karşısında üstünlüğü anayasal bir değişiklik olmadığı sürece bir anlam ifade etmeyecektir. Yalnızca gerçekten çerçeve yasayı uygulamak isteyen iktidarlar için çıkartılacak öteki yasalar bakımından bir yol gösterici ya da plan olacaktır. Sözgelimi, çıkartılacak bir yerel yönetimler yasası eğer Kamu Yönetimi Yasası'na aykırı hüküm-

⁴ Ve ile başlayan ifade Gözler'den esinlenilerek yazılmıştır. Yazar "Temel Hak ve Hürriyetlerin Arasında Hiyerarşi var mı?" adındaki kutucukta böyle bir hiyerarşinin olmayacağını açıklamaya çalışırken benzer bir ifade kullanmaktadır. Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 152.

⁵ Sözgelimi Prof. Dr. Ülkü Azrak, *Günışığı Dergisi*'nde çıkan bir yazısında böyle bir eleştiri yöneltmektedir.

ler içeriyorsa o zaman çerçeve yasanın bir anlam ifade edebilmesi için bu aykırı hükümlerin ayıklanabileceği bir düzeneğin (mekanizmanın) bulunması gerekir. Yoksa getirilecek yasal düzenlemelerde çerçeve yasaya uymak iktidarların istencine bırakılmış olur. O zaman da böyle bir değişikliğin anlamı kalır mı?

2. Tasarı, Anayasa’da öngörülmediği halde bakanlıklarla kamu tüzel kişilerinin düzenleme yetkisini kısıtlamaktadır: Bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, yönetmelik çıkarabilmesi için o alanın önceden yasayla düzenlenmesi yeterliyken,⁶ Tasarı bunu yeterli görmemekte ve ek bir koşul daha aramaktadır: “*Açıkça yetki verilmesi koşulu*”. Yani, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarabilmesi için yönetmelikle düzenleme yapacakları alanın yalnızca yasayla düzenlenmesi yetmeyecek; buna ek olarak çıkarılan yasa da “*yönetmelik çıkarabilmeleri konusunda açıkça kendilerine yetki verilmesi*” gerekecektir. Bir başka deyişle Anayasa’da yönetmelik çıkarılabilmesi için bunun yasa ya da tüzükte açıkça öngörülmüş olması koşulu aranmazken, Tasarı’yla ikinci bir koşul olarak aranmakta ve yönetmeliğin neden ögesi genişlemiş bulunmaktadır. Yasalar Anayasa’yla tanınmış bir yetkinin kullanılmasını engelleyemezler (güçleştiremezler). Tasarı’nın bu düzenlemesi Anayasa’ya aykırıdır. Burada not edilmesi gereken bir konu da, Anayasa’da yönetmelik çıkarabilecek kuruluşlar arasında yer alan Başbakanlığın, Tasarı’nın ilgili düzenlemesinde yer almamış olmasıdır. Yani, yönetmelik çıkarma yetkisi açısından kamu makamları arasında ayırım yapmıştır.

3. Tasarı’nın yazımı yerleşik yasa yapma tekniğine uymamaktadır: Yerleşik yasa yapma tekniğine kurallar temenni edici biçimde değil emir verici, yasaklayıcı, ya da izin verici (hak tanıyıcı) nitelikte olmalıdır⁷. Zira, hukukun var olma nedeni de toplumsal yaşama yönelik emir, yasak veya hak sağlama içerikli bir kuralla yönlendirmede bulunmaktır. Yoksa temenni de bulunmak değildir. Bu bir “*hukuk kuralıyla, hükümet programı*

⁶ Günday, *a.g.y.*, s. 105.

⁷ Ayrıca her yeni kurum ve kural ayrı bir madde ile düzenlenmelidir (ve numaralandırılmalıdır). Zira bu hem yasalarla getirilen emir ve yasakların net olarak anlaşılabilmesi açısından hem de hukuksal metinlerin yorumu yapılırken kullanılan her sözün bir değer taşıyacağının gözetilmesi nedeniyle önemlidir.

arasındaki ince farkı" da bize göstermektedir. Sözgelimi, hükümet programında "enflasyonu tek haneli rakamlara indireceğiz", "işsizliği önleyeceğiz", "kamu kurumları arasında verimliliği sağlayacağız" biçiminde sözler yer alabilir. Çünkü "hükümet programı seçmenlere yapılan vaatlerden oluşmaktadır ve bu vaatler hukuksal açıdan yurttaşlar için bağlayıcı değildir. Onlara emir ya da yasak getiremez." Yurttaşlar verilen sözlerin yerine getirilmesini yargı erki önünde isteyemez. Hükümetin ise yeniden seçilememe dışında bir sorumluluğuna yol açmaz. Çünkü hükümet programı temennilerden, hedeflerden oluşmaktadır. Hükümetçe "hukuk kuralı biçimine dönüştürülmeden bağlayıcılığı yoktur". Ne yazık ki Tasarı, bir hükümet programını andırır biçimde kaleme alınmıştır. Kamu Yönetimi Temel Yasa Tasarısı incelendiğinde 5. maddenin (i) bendinde şöyle bir ifade geçmektedir: "Kamu kurum ve kuruluşları, insan gücü ve maddi kaynaklarını etkili ve verimli şekilde kullanır, bu amaçla kendi aralarında işbirliği yapar". Şimdi bu bentten bir kural çıkarmak ve ona uymak mümkün değildir. Çünkü fıkra temennide bulunmaktadır. Kısaca "kaynakları verimli kullanın, işbirliği yapın" demektedir. Peki bunu yapmamanın bir yaptırımı var mı? Hayır. Bunu sağlamanın (Yani, temenniye yerine getirmenin) nesnel (objektif) hukuksal bir yöntemi var mı? Hayır. O zaman hukuk düzeni için değeri olmayan bu bendin yasada yer alması bir değişiklik yaratacak mıdır? Tabi ki hayır. Kamu Yönetimi Temel Yasası incelendiğinde bu yasanın bir hukuk metninden çok niyetleri temennileri içeren bir mektubu andırdığı görülecektir. Bu biçimiyle de yorumlanması güç bir metin olarak kalacaktır.

B. Tasarı ve Kamu Yönetimi Örgütü

1. Yönetim örgütlenmemize yeni bir ad, yeni bir model gelmektedir: "Kamu Yönetimi": Aslında bilimsel yapıtlarda kamu yönetimi kavramı çok sık kullanılmakla; hatta bu adla kitaplar, dergiler yayınlanmakla⁸ birlikte, "kavramın hukuk literatürüne girmesi Tasarı'yla olmaktadır." Bu yalnızca bir ad değişikliği değil, aynı zamanda da bir sistem değişikliğini de beraberinde getirmektedir. Kamu kesiminde yeni bir anlayışın getirilmek istenmesi bunun en belirgin yansımasıdır. Sözgelimi, merkezden yönetim kuruluşlarındaki bir çok yetkinin yerel yönetimlere

⁸ Örneğin; Acar Örnek'in, Bilal Eryılmaz'ın *Kamu Yönetimi*; Şeref Gözübüyük'ün *Kamu Yönetimi ve Hukuku* adlarında ki kitapları; TODAİE'nin çıkarttığı sözlük (*Kamu Yönetimi Sözlüğü*) ve dergiler (*Amme İdaresi Dergisi*) bulunmaktadır.

verilmesi, bürokrasideki basamaklardan bazılarının kaldırılması, siyasal müsteşarlık biçiminde bakanlarla gelip giden bir istisnai memuriyet kadrosu oluşturulmak istenmesi, memuriyette kariyer ilkesinin yer yer dışlanması, kamu çalışanlarının ilerlemesinde “performans ölçütlerine” yer verilmesi bu yeni anlayışın yansımalarıdır.

Öğretide bu ad değişikliği eleştirilere uğramıştır. Örneğin; bu kapsamda Ayanoğlu’na göre⁹ “kamu yönetimi hukuksal bir kavram değil. Hele temel olan bir kanunun adının da kamu yönetimi olmaması lazım. Bu kanun idareyi düzenliyor. Dolayısıyla adının da idareye ilişkin bir anlam taşıması gerekir. Nitekim Anayasa’da kamu yönetimi diye bir kavram yoktur” diyerek Tasarı’yı eleştirmiştir.

Kanımızca, bu eleştiriye katılmak mümkün değildir. Zira, neyin hukuksal olup olmadığını belirleyen apaçık bir ölçüt bulunmamaktadır. Bir kavram hukuksal metinlere girdikten sonra onun “hukuksal” olmadığını ya da en azından hukuksal değer taşımadığını söylemek yanlıştır. Zira, hukuk yapıcılarının (yasa koyucu ve diğerleri) yasal düzenlemelere yerleştirdikleri her terim bir gereksinimin ifadesidir. Yasa, tüzük, yönetmelik gibi metinlerde yer alan her kavramın bir anlamı vardır. Ayrıca yönetim sözcüğü idare sözcüğünün Türkçe karşılığıdır. Bütün hukukçularda burada kastedilen idarenin kamu idareleri (dernek vakıf gibi özel idareler olmadığı) olduğu yönünde birleşmektedir. Tasarı’nın dil yönünden en (hatta tek) olumlu yanı “yönetim” sözcüğünü kullanmasıdır.

2. Yasa Tasarısı Türk Kamu Yönetiminde yerel düzeyde genel (asıl) yetkili makamı yerel yönetimler olarak öngörmektedir:¹⁰ Mevcut düzenlemelerimizde asıl yetkili makam merkezi yönetim olarak kabul edilmiştir. “Tasarı’da merkezi yönetimin yetkileri sayma yoluyla sınırlı olarak sayılmış (Tasarı m. 7, m. 8), yerel yönetimler ise yerel ortak gereksinimlere (mahalli müşterek ihtiyaçlara) ilişkin her türlü işleri (görevi) görmeye yetkili kılınmıştır.” Bir başka deyişle “yöresel gereksinimlerde yerel yönetimler genel

⁹ Ayanoğlu, Taner, *Kamu Yönetiminin Merkez ve Taşra Örgütlenmesi Sorunları ve Çözüm Önerileri (Bildiri)*, Kamu Yönetimi (Panel)- Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2003.

¹⁰ Benzer yönde, Karahanoğulları, Onur, *Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısındaki Anayasaya Aykırılıklar* (<http://politics.ankara.edu.tr/~karahan/makaleler/KYTKdegerlendirme.pdf>) s. 6.

yetkili makam durumuna gelmiştir” (Tasarı m. 8). Ayrıca, merkezi yönetimin taşra örgütünün büyük bir kısmı araç, gereç, mal ve haklarıyla birlikte yerel yönetimlere devredilmiştir. Tasarı bununla da yetinmeyerek, “merkezi yönetime yerel yönetimlerin sorumluluk alanına giren görev ve hizmetler için yerel düzeyde örgütlenme, ihale ve harcama yapma yasağı getirmiştir” (Tasarı m. 9/2). Yerel yönetimlerin yetki alanının genişletilmesi yerinde olmakla birlikte bunun yalnız yerel ortak gereksinimlerle sınırlı olması kaçınılmazdır. Tasarı’nın en çetrefil, çözümü belki de en güç sorunları bu alanlarda yaşanabilir. Çünkü Tasarı yalnızca yerel ortak gereksinimlere ilişkin görev ve yetkileri değil; aynı zamanda ulusal düzeyde çözülmesi gereken bazı görev ve yetkileri de yerel yönetimlere vermektedir. Bu uygulama büyük sorunlara yol açabilir. Sözgelimi, kamu görevlilerinin özlük hakları özellikle de nakilleri (yer değiştirme biçimindeki) yerel yönetimlere geçince büyük sorunlar doğacaktır. Çünkü bu gibi işleri ulusal düzeyde örgütleyecek yansız bir örgüt bulunmayacak ve yer değiştirme yerel yöneticilerin inisiyatifine bırakılacaktır. Böylece kamu görevlileri buldukları yerlerde zorunlu olarak kalmaya (ikamete) mahkum bırakılacaktır. Yani, eğer Tasarı’da bir değişiklik yapılmazsa memuriyete Muğla’da devlet hastanesinde doktor olarak başlayan bir kimse, sözgelimi Bursa’ya atanması için öncelikle Muğla’da kendisine bir gereksinim olmayacak, Yani, aynı nitelikteki doktorlardan yetecek kadar bulunacak, sonra da kendi yöneticilerinin olurlarını alacak, gideceği yerde uygun bir kadro bulunacak ve bunlarda yetmezmiş gibi ayrıca Bursa’daki yerel yöneticilerin de bu atamayı uygun bulması gerekecektir. Böylece sözü edilen memur Muğla’da çakılı kalacak istediği yere kadrosunu alamayacaktır. Zira, memurun gideceği yerde ya hiçbir zaman boş kadro bulunmayacak, bulunsa bile yerel yönetimlerce boş olan kadro doldurulacak ya da memura bulunduğu yerde gereksinim hiç bitmeyecektir. Yapılması gereken ise ulusal düzeyde çözülmesi gereken konuların yerel yönetimlere bırakılmamasıdır. Örneğimize dönecek olursak sorunun çözümü; memurların özlük hakları ve özellikle atanmaları konusunda nesnel kurallar çerçevesinde çalışacak merkezi-yansız bir makam oluşturulmasıyla sağlanabilir Bugünkü yapısıyla Devlet Personel Başkanlığı bu işlevi yerine getirebilecek bir kurum değildir. Zira, Başbakanlığa bağlı bir kuruluş olduğu için siyasal etkilerden arındırılmış değildir.

Tasarı’nın merkezi yönetim-yerel yönetim kurgusunda getirdiği en ilginç düzenlemelerden birisi de *“yerel yönetimlerin görev, yetki ve sorumluluk alanlarına giren konularda çıkarılacak tüzük, yönetmelik vb. düzen-*

lemelerde, yerel yönetimlerin yetkilerini kısıtlayıcı, yerel hizmetleri zayıflatıcı ve yerinden yönetim ilkesine aykırı hükümler konulamaz" hükmüdür (Tasarı m. 9/2). Aslında bu hüküm gereksizdir. Zira, Yasa Tasarısı'nda açıkça yazılmasaydı dahi kamusal makamlardan hiçbiri bir diğerinin yetkisini kısıtlayacak işlem ve eylemlerde bulunamaz. Çünkü "kamu (idare) hukukunda yetkiler verilmiş yetkililerdir: Yetkisizlik asıldır. Yetkiler anayasa ve yasadan kaynaklanır."¹¹ Bu nedenle şu anki yasal düzenlemelerde bile tüzük veya yönetmelikle yerel yönetimlere verilmiş yetkileri daraltılamaz. Yasal yönetim/kanuni idare ilkesi gereğince kamu makamları yasal dayanak olmadan bu tür düzenleme zaten yapamaz. Ayrıca tüzüğe yasaya aykırı hükümler konulamacağı da anayasal bir kuraldır.

3. Tasarıyla hizmet yerinden yönetim kuruluşları, mevcut yapıları göz ardı edilerek merkezi yönetim kuruluşu olarak düzenlenmektedir:¹² Temel çatı merkezi yönetim - yerel yönetim olarak öngörüldüğü için aslında yerinden yönetim ilkesinin bir uzantısı olan "kamu kurumları mevcut yapıdaki kamu tüzelkişiliği olma özellikleri yok sayılarak merkezi yönetim kuruluşu olarak düzenlenmişlerdir."¹³ Bu vahim bir yanıltır.¹⁴ Zira, "merkezi yönetim kuruluşlarının kamu tüzel kişiliği yoktur". Oysa ki biraz önce de belirttiğimiz gibi, kamu kurumlarının (=hizmet yerinden yönetim kuruluşları) kamu tüzelkişiliği vardır. Hatta bazılarının ki anayasa güvencesi altındadır. Tasarı bu haliyle çıkarsa Anayasa'ya aykırılık taşıyacağı açıktır. "Tasarı, bir yandan kamu kurumlarının kamu tüzelkişiliğini olduğunu; Yani, onların bağımsız bir hukuk öznesi (kişisi) olduğunu kabul ederken; öte yandan onları, tek bir tüzelkişiliğin söz konusu olabileceği devlet tüzelkişiliği içinde düşünmesi açık bir çelişkidir."

"Bağımsız idari otoriteler"¹⁵ olarak da anılan ilişkili kuruluşlar (düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları)¹⁶ Tasarıyla merkezi yönetim

¹¹ Gözler, Kemal, *İdare Hukuku, İnceleme Kitabı*, Ekin Kitabevi, Bursa Cilt 1, s. 636.

¹² Ulusoy, Ali: *Kamusal Görev-Yetkilerin Yerel Yönetimlere Devri ve Üniter Devlet İlkesi*, Kamu Yönetimi (panel), TBB Yayını, Ankara, 2003, s. 64.

¹³ Ulusoy da bu nedenle Tasarı'nın çatısının bozuk olduğu görüşündedir. *A.g.m.*, s. 65.

¹⁴ Gülan, Aydın, "KYTK Tasarısı ya da Düzeltmeye Çalışırken Bozmak", *Güncel Hukuk*, S. 3, Mart 2004. Gülan, bunu teknik bir yanlış olarak nitilememektedir.

¹⁵ Bu konuda bkz., Ulusoy, Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan kitabevi, Ankara, 2003; Akıncı, Müslüm, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, Beta yayınevi, 1999.

¹⁶ Bazı yazarlar BİO'ları kamu kurumu olarak gördükleri için onların bu niteliklerini belirlemek için böyle bir adlandırma yapmaktadırlar. Bkz., Gözler, Kemal, *İdare Hukuku, İnceleme Kitabı*, C. 1, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 486 vd.; Akyılmaz, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya, 2004, s. 235 vd.

şemsiyesi altına alınmıştır. Böylelikle “anayasal güvenceden yoksun olan bu kurumların, Türk idari örgütlenmesindeki yeri de yapılan tartışmaların tam tersi yönünde bir konumda olmuştur.” Bu kurumların hizmet yerinden yönetim kurumu mu, yoksa üçüncü bir tür yerinden yönetim tüzel kişisi mi olduğu tartışılırken¹⁷; Tasarı’nın bunları merkezi yönetime dahil sayması Kanımızca, yerinde olmamıştır. Zira, “bu tür kuruluşların var oluş gerekçesi olan merkezi yönetimin ve özellikle de siyasetçilerin baskılarından uzakta temel hak ve özgürlüklerle yakından ilgili, özel önem taşıyan, duyarlı kesimlerde (sektörlerde) düzenleme ve denetleme yapmak işlevi, bir anda yok sayılmaktadır.” Yani, yapılan olumlu düzenlemeler bir anda silinmekte ve eski, yakınılan duruma geri dönülmektedir. Oysa ki yapılması gereken bu kurumları Anayasa güvencesi altına alarak, işlevlerini sağlıklı bir biçimde yerine getirmelerine ortam hazırlamak ve siyasi baskılardan bir nebze olsun arındırmak olmalıydı.

4. Cumhuriyet’in kurulmasından beri hemen hemen bütün hükümetlerin ilk zamanlarda olumsuz baktığı, sonradan ise kökleşen vaatleri arasında yer verdiği “Yerelleşme”, Yani, sorunların kaynağında (yerinde) çözülmesi anlayışı ilk kez Tasarı’yla Türk hukukuna girmektedir: Tasarı’nın 5. maddesinin (e) bendi bu konuda ilkeyi koymaktadır: “görev yetki ve sorumluluklar, hizmetten yararlananlara en uygun ve en yakın birime verilir”.

Yerelleşmenin ortaya çıkışı 1990’ların başına, Avrupa Birliği’ni yaratan Maastricht Anlaşması’na denk düşmektedir.¹⁸ Bu kavram hem olumlu hem de olumsuz öğeleri bir arada barındırmaktadır. Güler’e göre bu ilke AB örgütlenmesini federal bir devlet yapısına dönüştürme sürecinde uygulanacak siyasi nitelikli bir yönetim ilkesidir.¹⁹ Avrupa Konseyi’nin Avrupa Bölgesel ve Yerel Yönetimler Kongresi, Türkiye’den 1996 yılında idari vesayet ilkesini kaldırmasını, yerine yerellik ilkesini getirmesini istemiştir. Ayrıca Kongre’nin bu yönde öneri (tavsiye) kararları da vardır.²⁰ Tasarı’da idarenin bütünlüğü ilkesinden söz edildiğine göre idari vesayet yetkisinin ortadan kaldırılması söz

¹⁷ Bu tartışmalar için bkz., Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, s. 509-510; Ulusoy, Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 87 vd.

¹⁸ Güler, Birgül A., *İkinci Dalga: Siyasal ve Yönetimsel Liberalizasyon, Kamu Yönetimi Temel Kanunu*, Kamu Yönetimi (Panel) - Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2003, s. 197.

¹⁹ Güler, a.g.m., s. 197, 198.

²⁰ Güler, a.g.m., s. 198.

konusu olmamalıdır. Zira, idari vesayet idarenin bütünlüğünü sağlayan en önemli hukuksal araçlardan biridir. Ayrıca idari vesayet yetkisinin kaldırılması yerel yönetimlerde büyük keyfiliklere ve yolsuzluklara da kucak açacaktır. Şöyle ki seçmene şirin gözükme ve yine seçilebilmek için yerel yöneticiler başta imar ve yeşil alan konuları olmak üzere bir çok alanda kamu yararını zedeleyecek işlem ve eylemlere girişebilirler. Oysa ki mesleki güvencelerle donatılmış (merkezi yönetime bağlı) kamu görevlilerince yapılacak etkili denetimlerle bu sorun kısmen de olsa aşılabilir. Zira, kamu görevlilerinin yansız olma yükümlülüğü seçmenle aralarında bir bağ olmasını engeller.

Kanımızca, yapılması gereken, *“idari vesayet yetkisine yeni bir anlam vermek”* ve bu günkü işlemeyen sistemi çözecek araçlarla donatmaktır. Çözüm önerimiz şudur: Yerel yönetimlerin bir çok işlemi yapılmakla uygulanabilir duruma gelmeli (izin ya da onama gerekmeksizin), eğer hukuka aykırılık savı ileri sürülüyorsa kamusal makamlar tarafından *“ilgi bulunması ya da menfaat ihlali”* koşulu aranmadan açılan davalar dinlenmeli;²¹ gerekiyorsa yargısal önlemler alınmalıdır. Yani, *“vesayet yetkisi bir çok konu da yalnızca dava yoluyla”* kullanılabilmelidir. Bugünkü durumda bu yetki çok geniş bir kapsamla yerel yönetimleri kuşatmıştır. Sözgelimi, belediye kadroları vesayet denetimine takılmaktadır. Oysa ki belediyeler kayırmacılığı önleyecek nesnel sınavlarla kendi çalışanını (personelini) kendisi seçebilmelidir. Ayrıca mevcut siyasal iktidara yakın olmayan belediyelere sık sık gerekli gereksiz denetimler yapılmakta ve yürütme organları mahkemelik olmaktadır. İdari vesayet yetkisi yerel yönetimlerin özerkliğinin bir kuraldışlığını (istisnasını) ifade ettiğine göre kapsamının dar tutulması ve sınırının net çizilmesi gerekir. Aslında yerel yönetimleri hükümetin gazabından korumak için ya denetimleri bağımsız bir kuruma yaptırmak (yerel yönetimlere ilişkin kurulacak bir bağımsız idari otorite gibi) ya da siyasal iktidar karşısında güvencesi olan uzman kamu görevlilerine yaptırmak en iyi çözüm olacaktır. Yoksa yargılanma endişesi taşıyan bir yürütme organı (örneğin başkan) yetkilerini kullanmayabilir, ya da istenen (zorlanan) yönde kullanabilir.

C. TASARI VE KAMU ÇALIŞANLARI

1. Tasarı, kamu çalışanlarının hukuksal düzenini bir yandan yeni istihdam biçimleri öngörerek genişletmekte; öte yandan mevcut istihdam biçimlerinden bazılarını kaldırarak daraltmaktadır: Tasarı'ya göre kamu hizmetleri aşağıda yer alan çalışanlar (personel) aracılığıyla görülecektir.

- Kamu görevlileri:
- memurlar
- diğer kamu görevlileri (tam veya kısmi zamanlı)
- İşçiler.

Tasarı'nın getirdiklerini incelemeyen önce mevcut yapıda kamu çalışanlarının hukuksal düzeniyle ilgili bazı bilgileri anımsatmak gerekmektedir. Kamu çalışanları, kamu kesiminde unvanı ve görevine bakılmaksızın kamu hukuku ya da özel hukuk bağıyla bir hizmet sunumunda bulunan gerçek kişilerdir.²² Kamu görevlileri ise, kamu kesiminde kamu erkini kullanan ve tek yanlı statüye bağlı kılınan ya da yasa koyucu tarafından bu kapsamda sayılan²³ ve temel özlük hakları kamu hukuku kurallarıyla (yasalarla) düzenlenen kamu çalışanlarıdır. Yani, kamu çalışanlarının yalnızca bir kesimini oluşturmaktadırlar. Kamu görevlileri memurlar ve diğer kamu görevlilerinden oluşur.

Memurlar kamu kesiminde sürekli bir işe, kadro karşılığında, tam zamanlı olarak atanan; idari hiyerarşiye bağlı, aylık almak suretiyle çalışan ve mesleki güvencesi olan kamu görevlileridir.

Memurluk bakımından sistem "*kapalı sistem*"dir; memurluğa en alt kadrodan girilir, atama yapılacak kadro için eğitim koşulu yerine

²¹ Ulusoy, *Bağımsız İdari Otoriteler* adlı yapıtında, BİO'ların ortaya çıkmasıyla idarenin bütünlüğünün nasıl sağlanacağına çözüm olarak ilgi (menfaat) koşulu aramadan merkezi yönetimin idari dava açabilmesi önerisini getirmiştir. Bizim idari vesayetle ilgili görüşümüzün temelinde de Ulusoy'un bu görüşü yatmaktadır (Ulusoy, *a.g.y.*, s. 38).

²² Örneğin kamuda çalışan cumhurbaşkanı, başbakan, milletvekilleri, işçiler, memurlar kamu çalışanları kümesinde yer alır. Yani kamu çalışanları kamu görevlileri ve kamuda çalışanlar diğer kişileri içine alan üst bir kavramdır.

²³ Yardımcı hizmetler din hizmetleri sınıfında yer alan memurların tamamı; genel idare hizmetleri sınıfında yer alan memurların ise bir kısmı kamu erkini kullanmadığı halde yasa koyucu tarafından memur ve dolayısıyla kamu görevlisi sayılmıştır. Bu yanlış bir siyasal ve hukuksal tercihin sonucudur.

getirilmelidir, yükselme esasları ve aylık önceden bellidir, aylık kişi ve performansın değil kadroda bulunmanın karşılığıdır, iş güvencesi süreklidir, özel kesim çalışması hizmet süresi üzerinde etki yaratmaz, hak ve yükümlülükler yasa ile belirlenmiştir.²⁴

Memurların, diğer kamu görevlilerinden farkı, idari hiyerarşiye bağlı olmalarında ve güvencelerinin farklı olmasında görülmektedir.²⁵ Diğer kamu görevlileri kümesinde yer alan yargıçlar, hiyerarşiyle bağlı değilken (bağımsızken) memur güvencesinden önemli farkları olan “yargıç güvencesine” sahiptir. Savcılar “adli hiyerarşi” denebilecek farklı bir düzenlemeyle bağlıyken aynı zamanda yargıç güvencesine de sahiptirler. Askerler, “askeri hiyerarşiyle” bağlıdır. Üniversite öğretim üyeleri üzerinde teknik anlamda bir idari hiyerarşi yoktur. Seçilmiş kamu görevlileri ise kural olarak hiyerarşiyle bağlı değildir. Tasarıda memurların tanımı verilmemiş ve ayrıca kimlerden oluşacağı da sayılmamıştır. Doğal olarak bunların hazırlanmakta olan kamu çalışanları yasasında düzenlenmesi düşünülmektedir. Mevcut sistemimizde kamu hizmetlerinin sunulmasında kural olarak ana (asıl) görevler memurlar ve diğer kamu görevlilerine verilmiştir. Buradaki diğer kamu görevlileri kamu hukuku kuralları uyarınca seçimle ya da atamayla göreve gelen ve kamu erkini kullanan gerçek kişilerdir. “Atamayla göreve gelen diğer kamu görevlilerinden kast”, en az memurlar kadar mesleki güvencelerle (yargıç güvencesi gibi) donatılmış, yönetime kamu hukuku bağıyla bağlı olan, kadrolu, sürekli (atanmış) istihdam biçimidir.²⁶ “Seçimle göreve gelen kamu görevlileri” ise seçildikleri dönem boyunca kamu erkini kullanan ve statüsü kamu hukuku kurallarınca düzenlenen kamu görevlileridir.²⁷ Tasarı ise bu sistemi adeta ters yüz ederek asıl istihdam biçimi olarak kadrosuz, geçici istihdam biçimlerini benimsemektedir: “Tam veya kısmi zamanlı sözleşmeliler, işçiler.” Bu da açıkça yazılmasa bile özellikle Tasarı’yı hazırlayanların basın açıklamalarında yer almaktadır. Ayrıca kadrosuz istihdamı özendirici hükümler sıklıkla yer almaktadır (Örneğin; Tasarı m. 46).

²⁴ Güler, Birgül Aymar, *Türkiye’de Kamu Personel Rejimi Esasları, Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı ve TÜHİS, Türkiye’de Kamu Personel Rejiminin Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu*, Hilton Oteli, Ankara 22-23 Şubat 2003 toplantısında sunulmuştur.

²⁵ Türk idare hukukunda memurlar ve diğer kamu görevlilerinin arasındaki farkları tutarlı bir biçimde açıklayan bir yapıt yoktur.

²⁶ Örneğin; yargıç, savcı, memurlar atamayla göreve gelen kamu görevlileridir.

²⁷ Örneğin; cumhurbaşkanı, başbakan, bakanlar, muhtarlar, seçimle göreve gelen kamu görevlileridir. Ancak öğretilerde bazı yazarlar bu kişileri belli bir süre kamu görevi gördüğü için kamu görevlisi olarak görmemektedir

Kanımızca, Tasarı'nın temel istihdam biçimi olarak memurlar yerine kadrosuz, geçici istihdamı öngörmesi yerinde olmamıştır. Çünkü *"kamuda yürütülecek görevlerin birçoğu sürekli nitelikte olup; işten çıkarılma korkusu olmayan ve 'yansızlık yükümlülüğüyle' çalışması gereken kimselerce görülmesi gereken görevlerdir"*. Geçici, kadrosuz istihdam biçimiyle görülebilecek görevlere kamu kesiminde zaten yer vermemek gerekmektedir. Başka bir deyişle *"yardımcı hizmetler ve benzeri hizmetlerin kamuyla istihdam bağı olan kimselerce görülmesi hizmetin zorunlu gereği değildir"*. İhale yoluyla da gördürülebilir. Sözgelimi, tapu sicillerinin tutulması hem asli, hem de sürekli bir kamu görevidir: Asli kamu görevidir; çünkü tapu sicillerinin tutulması nedeniyle kamu erki kullanılmaktadır. Yani, tapu sicil örgütünün kurulma nedeni ve ana görevi budur. Başka bir deyişle yurttaşların hukukuna etki edecek tek yanlı kamusal yetkiler kullanılmaktadır. Tapu sicil müdürlüklerinin varlık nedeni ve ana görevi de tapu sicillerinin düzenli tutulması, taşınmazların hukuksal yazgısıyla ilgili uyumsuzluk çıkmasının önlemek ve eğer uyumsuzluk çıkacak olursa da çözümünde kanıt oluşturmaktır. Sürekli bir kamu görevidir. Çünkü kendisine duyulan gereksinim geçici değildir. Yasa koyucu da sunulmasını belli bir süreyle sınırlandırmamıştır. Şimdi siz bu görevi yansızlık yükümlülüğüyle kamuya bağlı, güvenceli kamu görevlilerine vermelisiniz ki işten çıkarılma korkusu yaşamadan gerektiğinde üstlerine ve çıkar gruplarına karşı da görevini kayırmacılık olmadan yapabilsin. Ayrıca kamu görevleri uzmanlık ve aşinalık gerektiren görevlerdir. Eğer her gelen yöneticiyle çalışanların koltukları tehlikeye girerse onlar da işin gereğini yapmak yerine üstünü (amirini) hoş tutmanın gereğini yapmaya çalışabilir. Sözgelimi, öğretim üyeliği her türlü iş güvencesi kaygısından uzakta; ve her türlü bilimsel sonucun, düşüncenin özgürce savunulabileceği bir görev olmalıdır ki bilim adamı da kamu yararına hizmet edebilsin. Şimdi bir hukuk profesörünün verdiği hukuksal mütalaa, doktorun raporu, bir tarihçinin günışığına çıkardığı tarihsel gerçek üniversite yönetimi ya da siyasal iktidar tarafından benimsenmediği için engellenebiliyorsa ya da cezai kovuşturmayla uğruyorsa kamu da reform yapıldığından söz edilemez. Altı çizilmesi gereken bir konu da bu güvencelerin üreten, çalışan personele verilmesidir. Yoksa göreve gelmekten başka bir iş yapmayan görevlilere güvence sağlanması yarardan çok zarar getirir. Sözgelimi, derse girmekten başka bir etkinliği olmayan; makale, kitap yazmayan, çözüm üretmeyen, bilimsel katkı sunmayan bir profesöre iş güvenesi vermenin anlamı da yoktur.

“Bu gün kamu kesiminin sorunu istihdam fazlalığı değil; verimsiz çalışma düzenidir.” Kamuda görev tanımlamaları iyi yapılmamıştır. Gereksiz bir çok işte kamu görevlisi istihdam edilmektedir. Bürokrasi ve onun uzantısı kırtasiyecilik azaltılmadığı için kamu görevlileri hem çok çalışmakta, hem de verimsiz çalışmaktadır. Sunulan hizmetten yaralanalar memnun kalmamakta ve kamu kesimi için ciddi zarar kalemleri doğmaktadır. Eski bir deyişle *“ne alan memnun olmakta; ne de satan”*.

Konuyu daha iyi aktarabilmek için iki örnek vermek istiyoruz:

Örnek 1: Ülkemizde bazı kamu görevlileri hiç işe gelmeden aylık alırken, bazıları ise salt mühür basmak, çöpleri dökmek için kadrolu olarak istihdam edilmektedir. Sözgelimi, adliyelerde çalışan katiplerin bazıları salt devletten kaynaklanan nedenlerle tebligat yapılırken yüzlerce zarfın üstüne önce mühür basmakta, sonra gereksiz uzun yazıları yazmakta, zımbalama yapmakta liste hazırlamakta ve en sonunda da pul yapıştırmaktadır. Bu devleti yönetenlerin adliyeler gibi temel hizmetlerin sunulduğu yerlere teknolojiyi getirememesinin ve matbu formlar hazırlayarak çözeceği sorunları çözmemesinin sonucudur. Yani, *“verimsiz çalışmanın sonucudur.”* Halk bunu bilmediği için suçu kamu görevlilerine yüklemektedir ve sonuçta her ikisi de zarar görmektedir.

Örnek 2: Devlet okullarında müdür yardımcılığı unvanlarında çalışan bir çok kadrolu kamu görevlisinin yaptığı iş öğrencilerin devam çizelgelerini düzenlemek, okula gelen telefonları yanıtlamak, öğrencilerin sınav sonuçlarını bilgisayara (eğer varsa!) girmek, eğer nöbetçiye güvenliği sağlamaktan ibarettir ve bunun için bir okulda birden çok müdür yardımcısı istihdam edilmektedir. Yani, ne yazık ki bu durum boş yere koltukta oturmaktan ibarettir. Burada yapılan işe yanlış görev tanımlamasıdır. Öğretmen sıfatını taşıyan bu kişilerin uzmanlık alanı eğitmek ve öğretmekten ibarettir. Sekreterlik, yöneticilik, güvenlik eğitimi almamışlardır. O zaman neden uzman görevliler kullanılmamaktadır. Sözgelimi, kamu yönetimi, uzman sekreter, güvenlikçi, işletme yönetimi uzmanlarından neden yararlanılmamaktadır. Profesyonel bir kişi birden çok amatörün yerini tutabilir. Görüldüğü gibi *“yanlış olan kamuda memur istihdamı değil; onların yanlış yerde istihdamıdır”*.

2. Tasarı kamu kesimine personel (çalışan) alımında ve görevde yükselmelerde yeterliliğe dayalı seçme sınavı ve liyakat ilkesinin (Tasarı m.7/1) uygulanacağından söz etmektedir: Sınav ve liyakat ilkesi²⁸ 657 sayılı Kanun'la da kabul edilmiş olmasına rağmen ne yazık ki bir çok zaman işletilemeyen çağcıl memur hukuku ilkeleridir. İşletilememesinin bir çok nedeni olmasına rağmen en önemli nedeni yazılı sınavlardan sonra söz konusu olan "sözlü sınav" uygulamasıdır. Çünkü yazılı sınavda çok başarılı olan adaylar -sözgelimi hakimlik sınavlarında birinci olan adaylar- gerekçe gösterilmeden başarısız sayılabilmektedir. Bu durum liyakat ilkesinin içi boş bir ilke olarak raflarda kalmasına neden olmaktadır.

Kanımızca, yazılı bir sınavı başaran adayın sözlü sınavda başarısız sayılması mümkün olamaz. Meğer ki yanlı ve nesnel olmayan bir jüri tarafından sözlü sınav yapılsın. Uygulamada genellikle yazılı sınavı açılan kadronun çok üzerinde kişi kazanmakta, dolayısıyla da sözlü sınavla da kazanan adaylar atanacak kadro sayısına indirilmektedir. Oysa ki ataması yapılacak kişi kadar kişi sınavı kazansa böyle bir sorun ortaya çıkmayacaktır.

"Sözlü sınavın en büyük sakıncası hukuksal denetiminin mümkün olmamasıdır." Yani, yurttaşlar yargı erkine başvurarak yapılan haksızlığı gide-remez. Çünkü mahkemelerde sunulacak kanıt bulunamaz. Ayrıca "sözlü sınavla da savlandığı (iddia edildiği) gibi adayın yazılı sınavda ölçülemeyen davranışları ölçülemez." Zira, yazılı sınavdan daha kısa bir zaman aralığında yapılan sözlü sınav adayla doğrudan konuşarak temas yapıldığı için adayın aşırı heyecanlanmasına veya herhangi bir psikolojik süreçte kalarak kendisinde bulunan olumlu yetileri ortaya çıkaramamasına neden olabilir. Bundan da önemlisi "kayırmacılık (torpil) savlarına da neden olur ve yurttaşların kamu makamlarına olan güveni ve saygıları azalır".

Sözlü sınavın ne büyük sakıncalar içerdiği, "Anayasa Mahkemesi" kararına konu olmuş ve yüksek mahkeme; aday yargıçlıktan(hakimlikten) asli yargıçlığa (hakimliğe) atanmada yazılı sınavın kaldırılarak yerine sözlü sınavın getirilmesini öngören yasayı kamu yararı düşüncesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir.

²⁸ Bu konuda yazılmış ender çalışmalardan biri olarak bkz., Güran, Sait, *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri*, İÜHF Yayınları, 1982.

Anayasa Mahkemesi'ne göre:

"herkesin eşit koşullarda yarışmasını sağlayan yazılı sınav yerine, kuşku uyandırabilecek öğeler taşıyan ve her zaman öznel değerlendirmeyi birlikteliğinde getiren, sözlü sınavın, yeğlenmesini kamu yararı düşüncesiyle bağdaştırmak güçtür."

"Yazılı olarak yapılmakta olan sınavın sözlüye çevrilmesi, adayların bu işleme karşı dava haklarını biçim yönünden değilse bile fiilen ortadan kaldırmaktadır. Çünkü sözlü sınava karşı açılan davalarda yargısal denetim, sınav kurulunun oluşumu, sınavın yönetimi, verilen notlarda maddi hata yapıldığı gibi konularla sınırlı olmaktadır. Sorularla bunlara verilen yanıtların delil tespiti ve bilirkişi incelemesi yöntemiyle yargısal denetim kapsamına aldırma olanağı güçtür."

(AYM, 20.11.1990, E. 1990/13, K. 1990/30, AYMKD, S. 27, C. 1, s. 20-47)²⁹

Sözlü sınav, bazı mesleklerde kendini ifade edebilmeye ya da düzgün konuşabilmeye gereksinim duyulduğu ileri sürülerek meşrulaştırılmaya çalışılmaktadır. Kanımızca, bu meşrulaştırma da yanlıştır. Bir adayın konuşma bozukluğu olup olmadığını tıp biliminin uzmanlarınca saptanabilir. Sözgelimi, bir müsteşarca, müdürle saptanamaz. Ayrıca sağlık raporu alan adayın o meslek için gereken sağlık koşullarını taşıdığı da tescillenmiş olur. Bir jüri üyesi de ben seni sağlıksız buluyorum diyememelidir. Ayrıca sözlü sınavla adayların ahlaki karakterleri, huyları, yalancı olma(ma), sır saklayabilme gibi özellikleri de saptanamaz. Zira, bunlardan bazıları belli bir zaman diliminden sonra ortaya çıkan veya uzmanınca saptanacak özelliklerdir. Yapılması gereken TUS örneğini tüm alanlara yaygınlaştırılmasıdır. Umarız ki Tasarı yasalaşmadan ona kamu kesimine personel alımında sözlü sınav yapılmasını yasaklayan bir hüküm eklenir.

3. Kamu görevlilerin özlük hakları bakımından ilerleme ve yükselmeleri için mevcut sistemde yer alan "olumlu sicil" alma ölçütüne Tasarıda yer verilmezken, yep yeni bir ölçütten söz edilmektedir: "Performans Ölçütü": Kamu görevlilerinin yükselme ve ilerlemelerinde artık "gösterdiği performans" dikkate alınarak değerlendirme yapılacaktır.

²⁹ Kararın özeti için bkz., Tezcan - Gürsel - Sancaktar - Ögütçü, *İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı*, DEÜ Yayınları, 2001 s. 359-360.

“Olumlu sicil alma” ölçütü üst ast arasında yakınlık olduğunda ya da araya herhangi bir nedenle kayırmacılık girdiğinde olumlu sonuç alınamayan ve dolayısıyla kamu görevlileri arasında büyük eşitsizliklere yol açan, gerçekte ölçücülük niteliği zayıf bir personel değerlendirme aracıdır. Türkiye gibi, kişileri işine ve ürettiğine göre değerlendirme anlayışının zayıf olduğu; hemşericilik, ahbaplık, asker arkadaşlığı, partili, yandaş gibi adlandırmalarla kişilerin değerlendirildiği bir ülkede salt sicil üstünün vereceği olumlu sicille (ayrıca yansın aradığı iki etkisiz koşulu da eklemek gerekir) sayıları iki milyonu aşan bir kitlenin nesnel değerlendirmesini yapmak mümkün değildir.

“Performans ölçütü, temelde olumlu bir ölçüt olmasına rağmen doğru kişi ve kurumlarca uygulanmadığı takdirde, yarar yerine zarar getirecek bir ölçüt-tür.” Bu ölçütün başarılı bir biçimde uygulanabilmesi için iki koşulun bir arada olması gerekmektedir:

“Birinci koşul, performans değerlendirmesini yapacak kişilerin değerlendirme aracı olarak kullanacakları ölçütleri doğru seçmeleridir.”

Örnek: Kolluk görevlilerinin performans değerlendirmesi yapılırken ölçüt olarak gözaltına aldıkları kişi sayısı, yasadışı (korsan) kalabalıkları ne kadar kısa sürede dağıtabildikleri dikkate alınırsa o zaman , kolluk görevlileri de sokakta bulduğu herkesi gözaltına alabilir veya ölçülülük ilkesini ihlal ederek gereksiz şiddet kullanabilir. Zira, yükselme için tek olanağı budur.Oysa ölçüt olarak, aranan kişileri bulma, olaylara zamanında müdahale edebilme, kendini geliştirme (yabancı dil öğrenme, hizmet içi eğitimlere katılma ...), işe devamlılık, işleri aksatmama gibi ölçütler alınırsa bireysel yararlar toplumsal yarar daha iyi biçimde dengelenebilir.

“İkinci koşul, değerlendirmeyi yapacak kişiler ve kurumların bu alanda uzman olmalarıdır.” Tasarı’da bu görev Sayıştay’a verilmektedir. Oysa ki Sayıştay harcamaların denetlenmesinde uzman olan bir kurumdur. Kapsamına giren kurumların bile tamamını denetleyememektedir. Türkiye’de kamu görevlilerinin çeşitliliği düşünüldüğünde kendi görevini bile yapamayan Sayıştay’ın kamu görevlilerini nasıl değerlendireceği merak konusudur.

“Performans ölçülmesinin en büyük sakıncası ise hukuksal denetiminin yapılmasındaki güçlüktür.” Çünkü “performansı ölçmek genellikle bir yerin-

delik denetimidir."³⁰ İdari yargı yerleri de yerindelik denetimi yapamaz. Buna neden olarak yerindelik denetiminin yapılması durumunda gerek yasama organı ve gerek kamuoyu karşısında hiçbir sorumluluğu bulunmayan yargının, hem yasama organı, hem de yargı organına karşı sorumluluğu bulunan idarenin yerine geçmesi ve onun takdir yetkisini ortadan kaldırması sonucunu doğuracağı gösterilmiştir.³¹ Eğer kamu görevlisi hakkında yapılacak değerlendirmenin olumsuz çıkması durumunda yargı yoluna başvurulduğunda ilgili mahkeme yerindelik denetimi yapamam diye davayı ret ederse, hem Anayasa'nın 125/1 maddesinin bir anlamı kalmayacak, hem de kamu görevlilerinin hukukunu olumsuz yönde etkileyebilecek bir işleme karşı iç hukuk yolunda etkili bir başvuru yolu kalmayacaktır. Zira, yasama organına ve idareye yapılan başvuruların etkili bir sonuca ulaştığı görülmemiştir. O zaman yapılacak şey hukuksal denetimi olanaklı kılan belirgin ölçütlerin performans değerlendirmesinde kullanılmasıdır.

Örnek: İlköğretim okullarının birinci sınıflarına ders veren bir öğretmenin öğrencilere okuma yazmayı öğretmesi ya da lise öğretmenleri için, öğrencilerinin ÖSS'yi kazanmaktaki başarısı gibi bir veri performanslarını belirlemede ölçüt olarak kullanılırsa o zaman eşitsizlik ortaya çıkabilir. Çünkü okuma yazmayı öğrenmek ya da ÖSS'yi kazanmak yalnızca öğretmenin çabasına bağlı olarak gerçekleşecek bir sonuç değildir. Bunda öğrencinin de katkısı büyüktür. Şimdi sözgelimi, Doğu Anadolu'da olanaksızlıklar nedeniyle (yetersiz beslenme, ailevi nedenler, ulaşım güçlüğü gibi) okulda okuma yazmayı öğrenemeyen ya da liseye düzenli devam edemeyen veya etse de bir çok dersi boş geçen, "*başarısız öğrencilerin, başarılı öğretmeniyle*"; ondan daha iyi koşullara sahip başka bir yerdeki, "*kendisi başarısız; ama öğrencileri başarılı olan bir öğretmeni*" aynı ölçüte (öğrenci başarısı) göre değerlendirmek ne derecede anlamlıdır. Ayrıca bunun hukuksal denetimini de yapmak kuramsal olarak olanaklı duruma getirilse bile pratikte mümkün değildir. Zira, mahkemelerin bu iş yükü altında bir de açılan dava nedeniyle -örneği-

³⁰ Yerindelik denetimi, yapılan işlem ve eylemin kamu yararına olup olmadığını saptamaya yönelik bir denetim biçimidir. Başka bir deyişle yerindelik denetiminde işlemin hukuka uygun olup olmadığı değil, kamu yararına hizmet edip etmediği araştırılır. Bu nedenle idari yargı yerleri yerindelik denetimi yapmaktan kaçınmaktadır. Zaten hukuksal olarak da bu denetimin yapılması yasaklanmıştır. İdari yargı yerleri, idari işlem ve eylemi yalnızca hukuk uygunluk yönünden inceleyebileceklerdir.

³¹ Günday, Metin, "İdarenin Yargısal Denetimine İlişkin Genel Bilgiler" *İdare Hukuku, Açık Öğretim Fakültesi Yayınları*, 2001, s. 346.

mizdeki- yüzlerce öğrencinin okuma yazmayı öğrenip öğrenmediğini ya da ÖSS'yi kazanamamalarında öğretmenlerinin olumsuz bir katkısı olup olmadığını araştırmaya kalkması herhalde olanaksızdır.

4. Çağdaş kamu personel rejimlerinin vazgeçilmez ilkesi olan kariyer ilkesi bazı üst düzey kamu görevlerinde kaldırılmaktadır:

"Kariyer ilkesi" memurlara yönelik şöyle bir sözü (vaadi) içermektedir: *"Eğer yeterliliğini (koşullarını taşırsanız en üst düzey derecelere (kadrolara) kadar yükselebilirsiniz"*. Şimdi bu söz (vaat) müsteşarlık, başkanlık, genel müdürlük gibi görevler söz konusu olduğunda unutulacaktır. Zira, memurların yeterliliğini arttırması, kendini geliştirmesi bu görevlere yükselmesi için bir anlam taşımayacak ayrıca siyasal iktidara da yakın olması gerekecektir. Tasarı'nın 46. maddesinin 2. fıkrasına göre *"hükümetin görevi sona erdiğinde, müsteşarlar ile başkanlık ve genel müdürlük biçiminde kurulan bağlı ve ilgili kuruluşlarda kendi genel kurullarının seçimiyle gelenler dışında başkan veya genel müdürlerin görevi kendiliğinden sona ermiş sayılır. Eğer bu kişiler başka göreve atanmazlarsa özlük hakları saklı kalmak üzere bakanlık müşaviri olarak atanacaklardır."* Bu durum *"füli durumun hukuksallaştırılması"* olarak nitelenebilir. Olumsuz yanı üst düzey kamu görevlilerinin daha etkili güvenceye kavuşturulması beklenirken onların mevcut güvencelerinin elinden alınması olmuştur. Çünkü bu düzenlemeyle, kamu kesimi, artık yetenekli kişiler için cazibe merkezi olmaktan çıkabilir. *"Mevcut yasal düzenlemelerde hükümetin değişmesi, üst düzey bürokratların değişmesi sonucunu doğurmaz. Çünkü sözü edilen bürokratların hemen tamamı hükümetin değil devletin memurudur; asli memur kadrosundadır."* Yani, istisnai memuriyet kadrosunda değildir. Yerleşik Danıştay içtihatlarına göre, bu statüdeki memurların ancak kamu yararı ve hizmet gereklerinin zorunlu kıldığı nedenler bulunması durumunda görev ve hizmet yerleri değiştirilebilir. Yani, yapılan naklen atamalar nedensiz, keyfi olamaz. Tasarı ise bu güvenceyi etkisiz bırakacak bir düzenleme getirmiştir. Olumlu yanı ise bu kapsamda olan kamu görevlilerin sınırlı sayma yoluyla belirlenmiş olmasıdır. Yani, idare yasal bir dayanak olamadan öteki görevlileri bu düzenleme kapsamında bir işleme tabi tutamaz. Hiç kuşku yok ki başarı bir ekip işidir. Ve halkın güvenini kazanarak iş başına gelen bir hükümet inandığı, güvendiği insanlarla çalışmak isteyebilir. Ancak bunun kapsamı dar tutulmalıydı ve yalnızca müsteşarla sınırlanmalıydı. Eğer kapsam dar tutulmazsa üst düzey kadrolarda siyasal ayrımcılık, partinin adamı olma gibi durum-

larla karşılaşılması içten bile değildir. Ayrıca memurlar için bir yandan yasaklanan hatta memuriyetten çıkarma nedeni olarak da gösterilen siyasal etkinliklerde bulunma yasağı, öte yandan fiilen serbest bırakılmış olur ki bu da akıl almaz bir çelişki olur.

5. Tasarı'yla merkezi yönetimdeki memur statüsündeki personelin geçici görevlendirme yoluyla yerel yönetimlerde ve bakanlıklarda çalışması yöntemine işlerlik ve açıklık (belirgin bir duruma getirilmektedir) kazandırılmaktadır: Başka kurumlarda personel görevlendirebilmek için iki koşulun bulunması gerekmektedir: Birincisi "*istek bulunması*" koşuludur. Bu istek bakan (bakanlıklarda), vali (il özel yönetiminde) veya belediye başkanından (belediyelerde) gelebilir. İkincisi ise "*ilgilinin (personelin) ve kurumunun onamının (muvafakatinin) bulunması*" koşuludur.

Bu düzenleme yerel yönetimlere ve bakanlıklara uzman kamu görevlilerin geçişini sağlayacağı için olumludur. Ayrıca ilgilinin de onamının (muvafakatinin) aranması çağcıl bir anlayışın ürünü olması açısından sevindiricidir. Ancak yerel yönetimlere geçecek personelde belirli bir yeterliliğin aranması çok önemlidir. Aksi durumda merkezi yönetimde yaşanan şişkin ve verimsiz kadrolaşma yerel yönetimlere de bulaşmış olacaktır.

6. Tasarı'yla merkezi yönetimin taşra örgütündeki bazı kadroları (ve çalışanları) yerel yönetimlere devredilmektedir: Milli Eğitim Bakanlığı'nın, Sağlık Bakanlığı'nın (eğitim hastaneleri hariç), Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın, Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı'nın, SHÇEK Genel Müdürlüğü'nün, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün (belediye sınırları dışındaki), Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nın, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün (İstanbul dışında) Kadro ve Personeli "*İl Özel Yönetimi'ne (İdaresine)*",

Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın, SHÇEK Genel Müdürlüğü'nün belediye sınırları içinde kalan yerlerdeki kadro ve personeli belediyelere; Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün İstanbul'daki kadro ve personeli Anakent (Büyükşehir) belediyesine,

Yüksek Denetleme Kurulu'nun personeli Sayıştay'a bırakılmaktadır (Tasarı geçici m. 1, 2, 3).

7. Kamu görevlilerinin özlük haklarıyla ilgili iç düzen (özyönetim) etkinliğini yapan personel daire başkanlıkları kaldırılarak yerine daha geniş görevli insan kaynakları daire başkanlıkları kurulmaktadır (Tasarı m. 35): İnsan kaynakları daire başkanlıkları yalnızca özlük işleriyle ilgilenmeyecek; bakanlığın insan gücü politikası ve planlaması konularında çalışmalar yapacak, önerilerde bulunacak, yerel yönetimlere dönük eğitim programları düzenleyecek, bakanlık örgütünün eğitim planını hazırlayacak, uygulayacak ve denetleyecektir (Tasarı m. 35). Bu düzenleme insanın bir değer, kaynak olarak görülmesi açısından olumlu bulunmaktadır. Kanımızca, ad ve görev değişikliği yetersizdir. Çünkü sorun ad veya görev (yetki) de değil bu yerlerde çalışan personelin yetersizliğinde ve siyasal iktidarlarca yapılan keyfi uygulamalardadır. İl düzeyinde örgütlenen bakanlıkların personel müdürlüklerinde çalışan görevlilerin hemen hemen tamamı hiçbir uzmanlık eğitimi almamış sıradan (vasıfsız) kişilerden oluşmaktadır. Bu nedenle zaman zaman şöyle garip durumlarla karşılaşmaktadır. Sözgelimi, bazı memurlar üst sınırı iki yıl olan adaylık dönemini geçmelerine rağmen hala asaletleri onaylamadığı için yedi sekiz yıl gibi uzun süreler asli memuriyetin sağladığı güvencelerden yoksun bırakılmaktadır. Oysa yasa açık, adaylık süresi en çok iki yıldır. Bu süre sonunda asaletleri onaylanmayan memurların eğere yetersiz bulunuyorlarsa memuriyetle ilişkilerinin kesilmesi gerekir. Yoksa yedi sekiz yıl aday memur olunmaz. Bu yetersiz kişilerin personel dairelerinde görev almalarından kaynaklanmaktadır

III. SONUÇ

"Türkiye'de, hukuksal ve siyasal düzenimizin temel yapı taşları, son dönemlerde yerinden oynamaktadır." Reform, devrim, AB'ye uyum ve benzeri adlarla anılan bu dönüşümün en önemli etkileri İdare Hukuku alanında yaşanmaktadır. Çünkü, "günümüzde yerleşik anlayış; reform, devrim, AB'ye uyum denince bunun hep idarede bir değişim ve dönüşümle sağlanacağına inanmaktadır." Mevcut yetersizlikler dikkate alındığında bunun pek haksız da olduğu söylenemez. "Türkiye'de kamu yönetimi alanında bir reform yapılmasının gerektiği açıktır; hatta geç kalınmıştır." Ama bu reform oldu bittiye getirilecek bir iş değildir. Kamu yönetimi

reformunun sağlıklı sonuçlar verebilmesi için, büyük bir uzlaşmaya; hatta oydaşmaya dayanan bir hazırlık çalışmasına gereksinim vardır. *“Türk halkı, bir çok şeyi o kadar uzun süre beklemiştir ki; her halde geleceği üzerinde önemli etkileri olacak bir Reform Tasarısı’nın, olgunlaşmasını bir süre daha bekleyebilir.”*

Tasarı hakkında bir genelleme yapacak olursak şu sonuca varabiliriz: Tasarı’yla *“idari yargı denetiminden kaçış yolu aranırken, işletme yönetiminin kavram ve kurumları çözüm olarak görülmüş ve kamu yönetimine”* aktarılmıştır.

Bu çalışmamızla, yürütülen kamu reformu çalışmalarına *“iğne deliği”* kadar bile olsa bir katkı sağlayabilirsek bu çalışma amacına ulaşacaktır.

KAYNAKÇA

- Akgüner, Tayfun, *Kamu Personel Yönetimi*, Der Yayınları, 2001, İstanbul.
- Akyılmaz, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, 2004, Konya.
- Aslan, Zehretin, *657 Sayılı Kanuna Göre Disiplin Suç ve Cezaları*, Alfa Kitabevi, 2002, İstanbul.
- Atay, Cevdet, *Devlet Yönetimi ve Denetimi*, Alfa Kitabevi, 1999, Bursa.
- Ayanoğlu, Taner, *Kamu Yönetiminin Merkez ve Taşra Örgütlenmesi Sorunları ve Çözüm Önerileri (Bildiri)*, Kamu Yönetimi (Panel)- Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2003.
- Batum, Süheyl, *Kamusal Görev-Yetkilerin Yerel Yönetimlere Devri ve Üniter Devlet İlkesi*, Kamu Yönetimi (Panel), TBB yayını, Ankara, 2003.
- Bozkurt, Ömer - Ergun, Turgay - Sezen, Seriyeye (Editör): *Kamu Yönetimi Sözlüğü*, TODAİE Yayını, 1998, Ankara.
- Demirkol, Selami - Baş, Zuhale Bereket, *İdari Yargıda Dava Açma ve Takip Usulü*, Beta Kitabevi, 2001, İstanbul.
- Eryılmaz, Bilal, *Kamu Yönetimi*, Sakarya.
- Giritli, İsmet - Bilgen, Pertev - Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, 2001, İstanbul.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Ekin Kitabevi, 2003, İki Cilt, Bursa.

- Gözübüyük, Şeref – Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2001, Cilt 1, Genel Esaslar.
- Gülan, Aydın, “KYTK Tasarısı ya da Düzeltmeye Çalışırken Bozmak”, *Güncel Hukuk*, S. 3 , Mart 2004.
- Güler, Birgül Aymar, *İkinci Dalga: Siyasal ve Yönetimsel Liberalizasyon, Kamu Yönetimi Temel Kanunu*, Kamu Yönetimi (Panel)- Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2003, s. 217.
- Güler, Birgül Aymar, *Türkiye’de Kamu Personel Rejimi Esasları, Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı ve TÜHİS, Türkiye’de Kamu Personel Rejiminin Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu*, Hilton Oteli, Ankara 22-23 Şubat 2003 toplantısında sunulmuştur.
- Gülmez, Mesut, *Kamu Görevlileri Sendika Ve Toplu Görüşme Hukuku*, TODAİE Yayını, 2002, Ankara.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, 2003, 8. bası.
- Günday, Metin, *İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları, Anayasa Yargısı*, 1997, s. 347 vd.
- Günday, Metin, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Sorunu, Hukuk Kurultayı, Kamu Hukuku*, 2000, Ankara, s. 351 vd.
- Günday, Metin, “İdarenin Yargısal Denetimine İlişkin Genel Bilgiler”, *İdare Hukuku*, Açık Öğretim Fakültesi Yayınları, 2001, s. 335, 365.
- Günday, Metin, “İdari Yargının Görev Alanı, İdari Yargıda Görev ve Yetki”, *İdare Hukuku*, Açık Öğretim Fakültesi Yayınları, 2001, s. 367, 394.
- Günday, Metin, “İdari Davalar ve Kanun Yolları”, *İdare Hukuku*, Açık Öğretim Fakültesi Yayınları, 2001, s. 397, 427.
- Güran, Sait, *Memur Hukukunda Kayırma Ve Liyakat Sistemleri*, İÜHF Yayınları, 1982.
- Kalabalık, Halil, *İdari Yargılama Hukuku*, Değişim Yayınları, 2003.
- Kalabalık, Halil, *İmar Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 2003, Ankara.
- Kamu Yönetimi (Panel)*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2003.
- Karahanoğulları, Onur, *Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısındaki Anayasa’ya Aykırılıklar*.
- Karan, Nur Kaman, *Devlet Memuriyetinin Sona Ermesi*, Seçkin Yayınları, 2003.
- Karatepe, Şükrü, *İdare Hukuku*, İzmir, 1995.
- Kaya, Nurullah – Doğan, Cevdet, *Soruşturma Rehberi*, Ankara 2002.
- Keleş, Ruşen – Mengi, Ayşegül, *İmar Hukuku*, İmge Kitabevi, 2003.

- Odyakmaz, Zehra – Kaymak, Ümit – Ercan, İsmail, *Altın Seri, Anayasa Hukuku - İdare Hukuku*, 5. Bası, Savaş Yayınları, 2004.
- Ozansoy, Cüneyt, *Kamusal Görev - Yetkilerin Yerel Yönetimlere Devri ve Üniter Devlet İlkesi, Kamu Yönetimi (Panel)*, TBB yayını, Ankara, 2003,
- Pınar, İbrahim, *Memur Suçlarında İdari Ve Adli Soruşturma Usulleri*, Seçkin Yayınları, 2003, Ankara.
- Sağlam, Mehmet, *Memurların Naklen Atanması*, Mahalli İdareler Derneği Yayını, 1999, Ankara.
- Sancaktar, Oğuz, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinin Çıkarma ve Yargısal Denetim*, Yetkin Yayınları, 2001.
- Tezcan, Durmuş – Gürsel, Meltem Kutlu – Sancaktar, Oğuz – Ögütçü, Muhlis, *İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı*, DEÜ Yayınları, 2001.
- Tutum, Cahit, *Türkiye’de Memur Güvenliği*, TODAİE Yayını, 1972, Ankara.
- Ulusoy, Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, 2003, Ankara.
- Ulusoy, Ali, *Kamusal Görev - Yetkilerin Yerel Yönetimlere Devri ve Üniter Devlet İlkesi, Kamu Yönetimi (Panel)*, TBB yayını, Ankara, 2003.
- Yıldırım, Turan, *Türkiye’nin İdari Teşkilatı*, Alkım Yayınları, 2003, İstanbul.
- Yıldırım, Zeki – Çiftçi, Metin – Türkmen, Şükrü – Çalışkan, Öner, *Açıklamalı Örnekli - İctihatlı - İnceleme ve Soruşturma*, Alp Yayınevi, 2003.

REKABET HUKUKU UYGULAMALARINDA ZAMANAŞIMI

Kublay ATASAYAR*

I. GİRİŞ

Rekabet Kurumu internet sitesinde 22.12.2005 tarihinde yayımlanan 13.09.2005 tarih ve 05-57/850-230 sayılı Kurul Kararı, genel bir değerlendirmenin yanında özellikle zamanaşımı konusunun incelenmesini gerektiren bir önem ve özellik taşımaktadır.

Söz konusu karar, kısaca Ege Bölgesi Çimento Kararı olarak anılan 17.06.1999 tarihli Kurul Kararının Danıştay 10. Dairesi tarafından iptal edilmesi ve iptal kararının kesinleşmesi üzerine verilmiştir.

Özelliği açısından, Kurul'un Ege Bölgesi Çimento Kararı ile bu kararı iptal eden Danıştay 10. Dairesi'nin kararlarını kısaca açıklamakta yarar vardır (Bu kararlar için 1). Rekabet Kurulu'nun ihlali tespit ettiği ve ceza verdiği 17.06.1999 tarihli kararı, Danıştay 10. Daire tarafından karşı oy yazılarının kararda bulunmaması nedeniyle ve 4054/52. maddeye aykırılık gerekçesiyle 15.01.2000 tarihinde iptal edilmiştir. Kurum'un karar düzeltme talebi de reddedildiği için, iptal kararı kesinleşmiştir. Kesinleşen bu karar üzerine Kurul, "*yargı kararı gereğinin yerine getirilmesi için*" karşı oy yazılarını karara ekleyerek (herhangi bir Kurul Kararı da almaksızın) yeniden taraflara tebliğ etmiştir. Tarafların, tebliğ edilen bu karara yaptıkları itiraz üzerine Danıştay 10. Dairesi 23.12.2003 tarihinde, yargı kararının bu şekilde yerine getirilemeyeceğini hükme bağlamış ve özellikle şu gerekçeye yer vermiştir. "*... bu halde de iptal edilen işlem geriye yürür biçimde ve tesis edildiği tarih itibariyle hukuk düzeninden kalkmış bulunduğundan, usulüne uygun olarak ve tesis edildiği tarihte yürürlüğe girebilecek yeni bir işlem yapılması zorunlu bulunmaktadır.*"

* Avukat, Ankara Barosu, Rekabet Kurulu Emekli Üyesi.

İşte Kurul, bu iptal hükmü üzerine, iptal kararından yaklaşık 22 ay sonra, sözünü ettiğimiz 13.09.2005 tarihli kararı almıştır.

Bu kararın hem 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hem de İdare Hukuku açısından ve özellikle zamanaşımı yönü ile incelenmesi yararlı olacaktır.

II. REKABET HUKUKUNDA ZAMANAŞIMI

İncelenen 13.09.2005 tarihli Rekabet Kurulu Kararı, kararın çeşitli bölümlerinde ve özellikle “*Hukuki Değerlendirme*” bölümünde açık şekilde belirtildiği gibi (paragraf no. 2770 ve 2780) tarafların 1997 ve 1998 yıllarındaki eylemlerinin 4054 sayılı kanunun 4. maddesinin (a) (b) ve (c) fıkralarını ihlal ettiği gerekçesiyle ve 1996 yılı cirolarına göre ceza takdir edildiğini göstermektedir. (paragraf no. 2840 ve 2850)

Bu sonuç, 4054 sayılı Kanun’un 19. maddesinde düzenlenen zamanaşımı ile ilgili hükmün irdelenmesini zorunlu kılmaktadır. Acaba, 1997 ve 1998 yıllarında gerçekleşen ihlallerin, 2005 yılında cezalandırılmaları mümkün müdür? 19. maddede söz konusu olan zamanaşımının kesilmesi, iptal kararı üzerine hukuki değerini korur mu? Bu soruların Danıştay’ın iptal hükümlerinin hukuki sonuçları ve mevcut uygulamalar açısından cevaplandırılması gerekir.

Ne yazık ki, Kurul’un 13.09.2005 tarihli kararında zamanaşımı yönü ile herhangi bir değerlendirmeye veya ibareye bile rastlanmamıştır. Oysa zamanaşımı, İdare’nin (Rekabet Kurulu’nun) resmen incelemek zorunda olduğu konuların başında gelmektedir. Zamanaşımı, kamu yararını ve kamu düzenini ilgilendiren, idarenin ihmal edemeyeceği amir hükümlerden biridir.²

1- 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında(ki) Kanunun 19. Maddesi, zamanaşımını şu şekilde düzenlemektedir.

“Madde 19- Para Cezaları ve Süreli Para Cezalarında Zamanaşımı

Kurulun para cezası ve süreli para cezası verme yetkisi aşağıdaki zamanaşımı sürelerine tabidir:

¹ Bu kararlar için bkz., (K. Atasayar, Danıştay ve Rekabet Kurulu Kararlarıyla Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2005) Kurul Kararı, s. 45-52 (Karar No. 26) Danıştay Kararı, sayfa 696 (Karar No. 402) Ayrıca, 299, 400, 401 ve 403 sayılı Danıştay Kararları.

² K. Taşdemir, Yargıtay C. Savcısı, *Ceza Davalarında Zamanaşımı*, 2001, s. 2.

a. Teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu veya bildirimle, bilgi verme ya da yerinde inceleme yapılmasıyla ilgili hükümlerin ihlali halinde üç yıl,

b. Diğer hallerde beş yıl.

Süre, ihlalin vuku bulduğu gün işlemeye başlar. Sürekli veya tekrarlanan ihlaller söz konusu ise süre, ihlalin sona erdiği ya da en son tekrarlandığı günden itibaren başlar.

Bu ihlalle ilgili olarak kurulun inceleme veya araştırma amacıyla yapacağı herhangi bir işlem, bu işlemin ilgili taraflardan birine tebliği anından itibaren zamanaşımını keser.

Karar aleyhine yargı yoluna başvurulmuş olması zamanaşımı süresini keser.”

Görüldüğü üzere bu madde, söz konusu kararın dayandığı ihlal olayı açısından esas itibariyle 5 yıllık zamanaşımını öngörmekte ve bu zamanaşımının hangi nedenlerle kesileceğini de belirtmektedir.

Olayın çözümü, ilk defa başlayacak soruşturmalar açısından kolaydır. 19. Madde de belirlenmiş süreler, olayın vuku bulduğu gün (tarih) itibariyle değerlendirilerek, zamanaşımına girmiş ise, soruşturma açılmaz. Çünkü ceza verilemez.

Rekabet Kurulu'nun bazı kararlarında zaman aşımının değerlendirildiği görülmekle beraber,³ söz konusu bu kararda bir değerlendirme yapılmamıştır. Buna karşılık, Danıştay tarafından iptal edilen veya onanan kararlar açısından, zamanaşımının kesilmesi söz konusu olduğu için, her olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi kaçınılmazdır.

2- 4054 sayılı Kanun'un 19. maddesi, zamanaşımını “durduran” değil, “zamanaşımını kesen” halleri açıkça belirtmiştir. Bu açık ve net düzenleme, Rekabet Hukuku açısından zamanaşımının durmasından söz etmeye engeldir.⁴

Zamanaşımının durması ile zamanaşımının kesilmesi arasında çok önemli bir fark vardır. Zamanaşımının durması veya kesilmesi hem ceza hukukunda hem de Borçlar hukukunda aynı hukuki sonuçları doğurur.⁵

³ K. Atasayar, Danıştay ve Rekabet Kurulu Kararlarıyla Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2005, s. 641-642.

⁴ Aksi görüşte T. Songör, 4054 sayılı Kanun'un Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, yaklaşım, s. 3, 5.

⁵ Prof. Dr. K. Tunçomağlı, T. Borçlar Hukuku, 6. Bası, s. 1275 ve 1284.

Zamanaşımının durması, zamanaşımının işlemesine engel olacak hükümlerdir ve kanunda gösterilen hallerle sınırlıdır. Zamanaşımının durması halinde, o güne kadar geçen zamanaşımı süresi silinmez, durdurma nedeni ile işlemesi durur, ancak durdurma nedeni ortadan kalkınca duran sürenin üzerinde işlemeye devam eder. Yani, durduğu yerden işlemeyi sürdürür.

Oysa zamanaşımının kesilmesi halinde, o ana kadar işlemiş olan zamanaşımı süresi ortadan kalkar. Yani süre yanar ve sıfırlanır. Ancak kesildiği gün yeniden işlemeye, baştan başlar.⁶ Acaba, zamanaşımının kesilmesi halinde, bu süre en fazla ne kadar uzayabilir? Diğer bir deyişle, 4054 sayılı Kanun'un 19. maddesinde olduğu gibi, aynı eylem için birden fazla "kesilme" söz konusu olduğu takdirde, zaman aşımı hiç uygulanamayacak mıdır?

Rekabet hukukunun, kamu hukuku ağırlıklı olduğu, genel olarak kabul edilen bir sonuçtur. Ceza hükümlerinin düzenlenmesi nedeniyle de, özel düzenlemelerin olmadığı hallerde TCK'nın genel hükümlerinin uygulanması doğaldır. Bu kural, yeni TCK'nın 5. maddesinde de düzenlenmiştir. Buna göre, başka türlü hükme bağlanmamış olan özel yasalar (RKHK gibi) hakkında da, Ceza Kanunu'nun genel hükümleri uygulanacaktır. Zaman aşımı da Genel Hükümler arasındadır. Gene, yeni TCK'nın 67. maddesine göre, ayrı ayrı kesilme hallerinde bile, zamanaşımı süresinin yarısından fazla uzaması mümkün değildir. Yani zamanaşımı, ancak % 50 oranında artırılabilir.

Bu durumda, ceza yasasında yer alan zamanaşımı düzenlemesinin temel amacının, kamu düzeni ve kamu yararı açısından, kişileri uzun süre zan altında bırakılmaktan kurtarmak olduğu düşünülürse, TCK'deki maksimum (en fazla) sürenin, 4054 sayılı Kanun uygulamasında da aranması, doğru bir yorum olarak görünmektedir.

3- 4054 sayılı Kanun'un 19. maddesi zamanaşımı açısından temel bir kural getirmiş ve ihlalin vuku bulduğu günü esas alarak, 3 yıllık ve 5 yıllık 2 ayrı zamanaşımı süresi belirlemiştir. Sürekli veya tekrarlanan ihlallerde, en son tekrarlandığı tarih, zamanaşımının başladığı tarih olacaktır.

Üç yıllık zamanaşımı, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasında sayılan hallerle sınırlıdır. 5 yıllık zamanaşımı ise, bu kanundaki diğer hallerin tamamını (rekabet ihlalleri dahil) kapsamaktadır.

⁶ K. Taşdemir, *Ceza Davalarında Zamanaşımı*, 2001, s. 19.

İncelediğimiz karar açısından da zamanaşımı 5 yıldır.

19. madde, zamanaşımının iki durumda “kesileceğini” açık şekilde hükme bağlamıştır. Birincisi, ihlalle ilgili olarak Kurul’un inceleme veya araştırma amacıyla yapacağı herhangi bir işlemin ilgili taraf veya taraflara tebliği tarihidir. Kurul’un bu işlemi Kurul’ca alınmış soruşturma kararlarının tebliği halinde söz konusu olabilir ve zamanaşımı bu tarihte kesilmiş sayılır. Bize göre, 14. madde gereğince bilgi isteme, 15. madde gereğince yerinde inceleme kararı, hatta ön araştırma kararları, ilgili taraflara tebliğ edilmediği için (çünkü kanunda böyle bir zorunluluk yoktur) zamanaşımının kesilmesine neden oluşturmayacaktır.

İkinci kesilme nedeni ise, karar aleyhine yargı yoluna başvurulmasıdır. Yargıya başvurma tarihi, yargı harcının ödendiği tarihtir ve bu tarih itibarıyla zamanaşımı, ikinci kere kesilmiş olur.

Görüşümüze göre, zamanaşımının kesilmesi konusunda kanunda yapılan bu düzenleme bilinçlidir. Birinci kesilme nedenine, kısaca soruşturmanın başlamasının bildirilmesi dersek, bunun zamanaşımının durması yerine kesilmesi olarak yazılması doğru ve yerindedir. Çünkü, hiçbir rekabet ihlalinin gününde öğrenilmesi mümkün değildir. İhlal amacının gerçekleşmesi veya ihlal etkilerinin ortaya çıkması, genellikle yılları almaktadır.

Bazen 3-4 yıl sonra başlayacak bir soruşturmada, zamanaşımının durması, kararlar sona ereceği için, zamanaşımının dolması gibi bir sonucu ortaya çıkarabilir. Bu nedenle, “durma” yerine “kesilme” kavramının kanuna konulması yerinde bir tercihtir. Ayrıca, AB’de bazı kapsamlı soruşturmaların 5 yılı aşkın sürelerde tamamlanmış olması, kanun koyucuyu böyle bir önlem almaya yönlendirmiş olabilir.

Diğer taraftan ikinci kesilme nedeni olarak kabul edilen yargı yoluna başvurma halinde de, zamanaşımının kesileceği yolundaki hüküm, yukarıdaki mantığın bir devamıdır. Çünkü, genel hükümlere göre ve özellikle ceza hukukunda, yargıda geçen süre zamanaşımını durduran veya kesen nedenler arasında bulunmamaktadır. Kararın onanması veya bozulması açısından bir farklılık mevcutsa da, asıl olan, yargılama süreci içinde zamanaşımının da işleyeceğidir.⁷ Bundan dolayı “durma”nın kabul edilmesi halinde, pek çok soruşturmanın yargı merciinin yoğunluğu sebebiyle incelemesinin uzayacağı ve zamanaşımına uğrayabileceği düşünülerek, “kesme” hükmünün getirilmesini gerektirmiş olabilir.

⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 25.10.1993 tarih ve 2-247/276 sayılı kararı (Bkz., K. Taşdemir, *Ceza Davalarında Zamanaşımı*, s. 60).

4. İdare hukuku açısından, Danıştay tarafından onanan veya iptal edilen Kurul Kararları, zamanaşımı açısından ne gibi sonuçlar ortaya çıkarabilir?

Danıştay kararlarını, onama veya iptal hükümlerine göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

a. Danıştay'ın onama kararları, zamanaşımı yönüyle önemli bir etki yaratmaz. Onama kararları, idarenin (Rekabet Kurulu'nun) eylem ve işlemlerini hukuka uygun bulan kararlar olduğu için ve büyük ölçüde kesilen zamanaşımı süresi içinde verileceğinden, zamanaşımı söz konusu olmaz. Esasen hem Kurul'un incelemeye başladığı zaman, hem de yargıya başvurulduğu zaman, zamanaşımının ayrı ayrı kesilmesi ve aynı gün baştan itibaren yeniden başlaması, kanun koyucunun, onama halinde zamanaşımı itirazlarını önlemek için bu düzenlemeyi yaptığını akla getirmektedir. Bu nedenle onama kararları nedeniyle, zamanaşımı sorunu olmayacağı görülmektedir.

b. Konu, Danıştay tarafından verilen iptal kararlarında ayrı bir önem ve özellik taşımaktadır.

İptal kararlarının, İdare hukuku açısından etkileri (sonuçları) üzerinde durmak gerekir. İptal hükmü, yapılan idari işlemlerin sakatlığının yargı organı tarafından saptanmasıdır. İptal kararı, işlemin varlığına son verir, onu hukuk âleminde kaldırır.^{8,9} İptal kararının hukuki sonucu, işlemin ortadan kalkması, varlığının sona ermesidir.

Bir iptal kararının ortaya çıkardığı, bunun dışındaki sonuçlar şunlardır: İptal kararı geçmişe etkilidir ve yürürlüğe girdiği andan itibaren geriye dönük olarak etkilerini gösterir. Bu konuda Danıştay'ın pek çok ve düzenli emsal kararları bulunmaktadır. Danıştay bir kararında aynen "İptal kararları, iptali istenen tasarrufu ve ona bağlı işlemleri yapıldıkları tarihten itibaren ortadan kaldırır" demektedir.¹⁰ Bu hükmü, incelediğimiz Ege bölgesi Çimento kararı açısından değerlendirdiğimiz takdirde ortaya çıkan sonuç şudur. Danıştay 10. Dairesi'nin 15.01.2000 veya 23.12.2003 tarihli kararı ile, Rekabet Kurulu'nun 17.06.1999 tarihli kararı iptal edilmiştir. Bu kararın iptali, bu karara bağlı olan diğer tasarrufların da

⁸ Yard. Doç. Dr. Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, 3. Baskı 2004, s. 125.

⁹ Aynı gerekçeler için bkz., K. Atasayar, Danıştay ve Rekabet Kurulu Kararlarıyla Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Danıştay Kararı, Karar No. 402, s. 698.

¹⁰ Yard. Doç. Dr. R. Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, s. 126-127.

iptali sonucunu doğurmuştur. Bu kararın verilmesi için Kurul'ca alınan ön araştırma kararı ve soruşturma kararı da iptal kapsamındadır. Nihai kararın iptal edildiği bir durumda bu karara dayanak olan ara kararlarının varlığını koruması mümkün değildir. Asıl karar iptal edildiğine göre, bu karara dayanak teşkil eden ara kararlarının da iptal edilmiş olması iptal kararlarının etkisinin gereği olan bir sonuçtur.

Zamanaşımı bakımından olaya bakıldığı takdirde, Danıştay'ın iptal kararı, söz konusu Kurul kararında zamanaşımını kesen, soruşturmanın açıldığını bildiren Kurum yazısının ilgili taraf veya taraflara tebliğ edildiği işlemi de kapsamaktadır.

Diğer bir deyişle, iptal edilen karar, 4054/43 gereğince başlatılan soruşturma kararını da iptal ettiği gibi, soruşturmanın başladığını bildiren tebligatı da kendiliğinden ortadan kaldırmaktadır. Zamanaşımı da bu tebligat ile başladığı için kesilme işlemi ortadan kalkmakta ve zamanaşımı, 19. maddedeki genel hüküm olan, ihlalin vuku bulduğu gün itibariyle işlemlerini sürdürmektedir.

19. madde de yer alan, yargı yoluna başvurma halinde zamanaşımının kesileceği hükmü de, bozma kararı ile değerini yitirmiş olduğundan zamanaşımı ihlalin vuku bulduğu tarihe dönmektedir.

İptal kararlarının diğer sonuçları olan, işlemde önceki durumun geri gelmesi, iptal edilen işlemin hiç yapılmamış sayılması, iptal davasında işlemin yapıldığı zamandaki durumun yargılanması ve genellikle taşınması gibi etkileri de yukarıdaki sonucu doğrular nitelikte değerlendirilmektedir.¹¹

5. İdari yargının iptal kararı üzerine, iptal edilen kararın, verildiği tarihten itibaren hukuk düzeninden kendiliğinden kalktığı, hukuksal bir gerçek olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuk düzeninden kalkmış bir kararın unsurları olan ön araştırma raporu ile soruşturma raporunun da herhangi bir hukuki değer taşıdığını iddia etmek bile mümkün değildir. Kaldı ki 13.09.2005 tarihli kararında Rekabet Kurulu da böyle anlamış olmalı ki, incelenen karara göre, yeni raportörler görevlendirmiş ve yeni bir soruşturma raporu istemiştir. Yeni raportörlerin eski raporu benimsemeleri bile, hukuken ortaya yeni bir raporun çıktığını gösterir.

Hal böyle olunca, iptal kararının kesinleşmesi üzerine, yeniden idarenin işlem yapmaya karar verdiği tarihte, ihlalin vuku bulduğu günden itibaren zamanaşımının yeniden gözden geçirilmesi gereke-

¹¹ Yard. Doç. Dr. R. Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, s. 135.

cektir. Zamanaşımının Rekabet Kurulu tarafından yeniden ve ihlal tarihinden itibaren hesabının yapılacağı gün ise, bozma kararı üzerine soruşturma açılması kararının verildiği tarih olacaktır. Unutmamak gerekir ki, bu halde bile, soruşturma açıldığı karşı tarafa bildirilinceye kadar geçecek sürede, zamanaşımı işlemeye devam edecektir. Bu tarih kararda yazılmamış olmakla beraber, 05-57 sayılı Kurul Toplantısı'nın yapıldığı tarihtir. Bu toplantıda, 09.08.2005 tarihli "bilgi notu" görüşüldüğüne göre, zamanaşımının inceleneceği tarihin 09.08.2005 tarihinden birkaç gün sonrası olması gerekmektedir.

Bu tarih itibariyle bir değerlendirme yapılırsa, 1997 ve 1998 yıllarındaki rekabet ihlallerini inceleyen Rekabet Kurulu'nun 13.09.2005 tarihli kararının, 4054 sayılı Kanun'un 19. maddesi gereğince zamanaşımına uğradığı söylenebilir.

III. KARARIN DİĞER HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İnceleme konusu olan, Rekabet Kurulu'nun 13.09.2005 tarihli kararı, zamanaşımı konusunun dışında da, çeşitli yönleri itibariyle ele alınarak değerlendirilmesi gereken önemde görülmektedir.

Söz konusu karar, zamanaşımı dışında, aşağıdaki hususlar açısından da hukuka uyarlı görülmemektedir.

1. Danıştay'ın iptal kararında yer alan gerekçelere uyulmadığı anlaşılmaktadır. Danıştay 10. Dairenin bu konudaki son iptal kararlarından biri olan ve Denizli Çimento'yu ilgilendiren 14.01.2004 tarihli kararında¹² açıkça şu gerekçe yer almaktadır. İptal kararları üzerine idarenin yeni bir işlem tesisini gerektiren durumlarda kesin hükmün etkisini ortadan kaldıracak biçimde işlem yapılamaz. Bazı durumlarda iptal edilen işlemin yenilenmesi mümkündür... Ancak, bu halde de iptal edilen işlem geriye yürür biçimde ve tesis edildiği tarih itibariyle hukuk düzeninden kalkmış bulunduğundan, "usulüne uygun" olarak ve tesis edildiği tarihte yürürlüğe girebilecek "yeni bir işlem" yapılması zorunlu bulunmaktadır.

Karardaki bu gerekçe, Rekabet Kurulu'nun yeni bir karar almasına imkân vermesine rağmen, bu yeni kararın da "usulüne uygun" olarak alınması gerektiğini açıkça göstermektedir.

¹² Bkz., K. Atasayar, *Danıştay ve Rekabet Kurulu Kararlarıyla Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*, Karar No. 402, s. 698.

Bize göre, bu karardaki ve gerekçesindeki açıklık yanında idare hukukunun genel ilkeleri, yeni bir karar alınırken kanundaki usul hükümlerine aynen uymayı da gerekli kılmaktadır. Başka bir deyişle, Rekabet Kurulu, "Araştırmalarda Usul" başlığını taşıyan, 4054 sayılı Kanun'un Dördüncü Kısımında yer alan ve özelde 40-48. maddelerinde düzenlenen usul hükümlerine uymak zorundadır. Çünkü yeni bir karar almaktadır. İptal edilmiş eski kararının inceleme veya raporlarına dayanamaz, yeni incelemede bu işlemleri baştan yapmak zorundadır.

2. İnceleme konusu 13.09.2005 tarihli kararda, Kurul tarafından kabul edilen tek gerekçe, 1999 yılında görev yapan Kurul'un yapısının değişmiş olduğudur. Bu nedenle, eski Kurul döneminde yapılan önaraştırma ve soruşturmaya ait tüm dosya müenderacatının yeniden incelendiğine yer verilmiştir.

Bu değerlendirme doğru olmakla beraber, işlemin hukukiliği için yeterli değildir.

Önce, dosyanın raportörleri değişmiştir. Önceki kararda 4 kişilik raportör sayısı 3'e indirilmiş ve yeni bir raportör, heyete dahil edilmiştir. Bu durumda da 43. madde gereğince raportörlerin yeniden atandığı sonucu ortaya çıkmaktadır. (Böyle bir Kurul kararının alındığını gösteren ifadeye kararda rastlanmamıştır.) Yeni raportörlerin raporu, eski raporu aynen benimseseler bile, artık eski rapor değil, yeni bir rapordur. Yeni raporun da ilgililere tebliği (yalnız taraflara değil, Kurul üyelerine de) 45. maddenin ilk fıkrasının amir hükmüdür. Eğer yeni rapor yalnız Kurul üyelerine tebliğ edilip, taraflara tebliğ edilmemişse (ki edilmediği anlaşılmaktadır) bir başka usul dışı işlem daha söz konusu olacaktır. Dosyanın raportörleri değiştiğine göre, 43. Madde gereğince raportör atandığı kesindir. Raportör atandığına göre soruşturma kararı alınması gereklidir. Soruşturma kararının da ilgililere tebliği Kanun'un emredici hükümleri arasındadır.

Sonra, tarafların bünyelerinde (ortaklık yapılarında) veya yönetimlerinde önemli değişiklikler olmuştur. Örnek olarak, Çimentoş'ın, ortaklık yapısı, kontrol değişecek şekilde (hisselerin % 56,1'i satılarak) el değiştirmiştir ve buna Rekabet Kurulu 07.08.2001 tarih ve 01-39/391-100 sayılı kararı ile izin vermiştir. Aynı şekilde Batıçim'in bünyesinde önemli değişiklikler olmuş, Urla ve Menemen hazır beton tesisleri devralınmıştır. Buna da Rekabet Kurulu 06.11.2003 tarih ve 03-71/868-372 sayılı kararı ile izin vermiştir.

Kurul, nasıl kendi yapısında değişiklik olması halinde, dosyayı yeniden incelemek zorunluluğunu hissediyorsa, soruşturduğu teşebbüslerin

yapısındaki değişiklikleri de gözardı etmemelidir. Bu nedenle bile, yeni soruşturmada savunma istemek zorunluluğu vardır.

3. Yeni başlayan soruşturmada, soruşturulan teşebbüslere hiçbir bildirim yapılmadığı karardan anlaşılmaktadır. Oysa bildirim yapılmaması, buna dayanılarak yapılacak savunmadan yoksun bir durum yaratmıştır. Başka bir deyişle, savunma alınmamış olduğu yeni soruşturma için yeni durumların söz konusu olabileceği düşünülmeden 44. maddenin son fıkrasına aykırı şekilde karar alındığı anlaşılmaktadır.

4. Dikkat çeken bir başka husus da, karşı oy yazılarının bulunmaması sebebiyle iptal edilen kararın yerine alınan bu kararda, karşı oy bulunmamasıdır. Yeni bir karar olması bakımından da bu sonuç hukuken doğaldır. Ancak, önemli olan sonuç, bu durumun bile yeni bir kararın alındığını göstermesidir. Yeni bir karar alındığına göre, kanundaki usul hükümlerine uygun olup olmadığı da, Danıştay tarafından incelenecek hususlardandır.

IV. SONUÇ

Yapmaya çalıştığımız bu incelemenin sonucunda ulaştığımız sonuç şudur:

Söz konusu 13.09.2005 tarihli kararı, İdari Yargı Kararları'nın sonuçları ve İdare Hukuku'nun evrensel ilkeleri açısından değerlendirdiğimizde, öncelikle 4054 sayılı Kanun'un 19. maddesinde düzenlenen zamanaşımına girdiğini ve ayrıca iptal hükmü üzerine, kanunda düzenlenen usule uyulmadan karar verildiğini söyleyebiliriz.

Aynı kararı, Rekabet Kurulu kararlarının Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine tabi olacağını kabul ederek değerlendirdiğimiz takdirde bile, ihlalin vuku bulduğu tarihlerin (karara göre en son tarihli belge 23.01.1998'dir. Kararın 650. paragrafında) karar tarihine göre yapılacak hesaplamada, zamanaşımının kesilmesi halinde bile yarısından fazla artırılamayacağı hükmü çerçevesinde 23.07.2005 tarihinde zamanaşımına uğradığı sonucu çıkmaktadır.

Kurul kararının bu tarihten sonraki bir tarih olduğu göz önüne alınırsa, söz konusu kararda zamanaşımı incelemesinin yapılmamış olmasının önemli bir noksanlık olduğu görülecektir.

REKABET HUKUKUNDA MUAFİYET REJİMİ:

Potansiyel Etki Analizinin, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Sistematığındeki Yeri

Alper KARAKURT *

Etkinlik artışının yanı sıra piyasadaki rekabeti önemli ölçüde kısıtlama gücüne de sahip olan dikey anlaşmaların, rekabet hukukunun uygun enstrümanları ile düzenlenmesi, rekabetçi pazar yapısı açısından önemli bir husustur. Basitlik, tutarlılık ve tahmin edilebilirlik yönleri nedeniyle tercih edilen grup muafiyeti sistemi, Türk rekabet hukukunda da en son uygulamaya konulan 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile hayat bulmuştur. Tebliğ bağlamında grup muafiyetinden yararlanmasına rağmen 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan şartları karşılamayan belirli bir kısım anlaşmalardan grup muafiyetinin geri alınması gerekebilecektir. Grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin Rekabet Kurulu kararları değerlendirildiğinde; piyasadaki rekabeti önemli ölçüde sınırlama gücüne sahip olan teşebbüslerin dikey anlaşmalarından, yalnızca mevcut etkileri değil potansiyel etkileri de göz önünde bulundurularak grup muafiyetinin geri alındığı görülmektedir.

1. Giriş

Üretim düzeyinin sınırlandırılması, coğrafi ve ürün pazarlarının paylaşımı, kota ya da fiyatların belirlenmesi suretiyle ticaret şartlarını teşebbüsler lehine değiştiren kartel anlaşmalarının (OECD, 1998) piyasada yarattığı olumsuz etkinin nedeni, söz konusu anlaşmanın aynı seviyede faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki rekabeti orta-

* Rekabet uzmanı

dan kaldırmasıdır. Buna karşılık üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren üretici ve toptancı, sağlayıcı ve müşteri gibi teşebbüsler arasındaki dikey anlaşmalar da, yatay anlaşmalar kadar olmasa da rekabeti kısıtlama gücüne sahiptirler. Bir taraftan etkin bir dağıtım sistemini temin ederken diğer taraftan piyasaya olası girişleri engelleyebilecek nitelikte olması nedeniyle iki yanı keskin bir bıçak olarak değerlendirilen dikey anlaşmaların bu yapısı (Green Paper, 1997:117), söz konusu anlaşma yapısının rekabet hukuku tarafından düzenlenmesini gerektirmiştir.

Tarihsel süreçte dikey anlaşmalara yönelik rekabet politikası durağan değil, sürekli değişen ve değiştikçe olumlu yönde gelişme kaydeden bir rota takip etmiştir. Teknolojik ilerlemeler, piyasa yapısında ortaya çıkan farklılıklar, küresel rekabet ortamı dikey anlaşmaların, buna bağlı olarak rekabet hukukunun ve rekabet politikalarının da şekillenmesinde önemli rol oynamaktadır. Başta Avrupa Topluluğu ve Amerika olmak üzere çok sayıda ülkenin rekabet politikalarını etkileyen yukarıdaki genel unsurların yanı sıra her ülkenin kendine özel koşulları da bu süreçte büyük öneme sahiptir (Karakurt, 2005:1).

Dikey anlaşmaların rekabeti arttırıcı ve azaltıcı yönlerinin varlığı,¹ günümüzde söz konusu anlaşma türünün teorik olarak tek bir çatı altında olumlu ya da olumsuz olarak değerlendirilmesini mümkün kılmamaktadır (Karakurt, 2005:1). Bu açıdan bakıldığında dikey sınırlamalara yönelik rekabet politikası, teorik boyutta her bir sınırlamayı kendi içinde değerlendirirken aynı zamanda basitlik, tutarlılık ve tahmin edilebilirlik yönlerini de ihmal etmemelidir.² Bu da ancak dikey sınırlamaların, rekabeti olumsuz etkileme ihtimali olmayan bölümünün ayrıştırılarak önceden tespit edilmiş bir şablon çerçevesinde yüzeysel analize tabi tutulması, dikey anlaşmaların asıl rekabeti ilgilendiren kısmının ise bahsedilen yöntem dahilinde ayrıntılı incelenmesi ile mümkün olacaktır (Karakurt, 2005:32).

Yukarıda bahsedilen yaklaşım bizi, uygulama yönüyle dikey anlaşmaların grup muafiyeti sistemi olarak nitelendirilen şablon çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği noktasına getirmektedir. Bu bağlamda kale-

¹ Dikey anlaşmaların olumlu ve olumsuz etkileri için Bkz., EU Commission Notice (2000:103).

² Bkz., Boscheck (2000:28-29).

me alınan makalede öncelikle 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin (2002/2 sayılı Tebliğ) getirdiği sistemin dinamikleri analiz edilecektir. Sonrasında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) muafiyete ilişkin 5. maddesi ve 2002/2 sayılı Tebliğ'in muafiyetin geri alınmasını düzenleyen 6. maddesindeki hükümler irdelenecektir. Devamında grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin süreçte, potansiyel etki analizinin önemi teorik boyutuyla vurgulanacaktır. Grup muafiyetinin geri alındığı Rekabet Kurulu kararlarında potansiyel etki unsurunun yerinin belirlenmesi ise, uygulamaya ilişkin esasları anlamamıza yardımcı olacaktır.

2. 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Sistemi

4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi, aynı maddede belirtilen şartların tamamının varlığı halinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının, 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verilebilmesine imkan tanımaktadır. Madde'de söz konusu şartlar aşağıdaki gibi sıralanmıştır:

a. Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,

b. Tüketicinin bundan yarar sağlaması,

c. İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,

d. Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması.

4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin üçüncü paragrafında ise Rekabet Kurulu'na, yukarıdaki koşulları sağlayan anlaşma türlerine grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve söz konusu koşulları belirleyen tebliğler çıkarma yetkisi verilmiştir. Nitekim, Rekabet Kurulu da faaliyete geçtiği dönemde çıkarmış olduğu 1997/3 Sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği,³ 1997/4

³ RG, 4.9.1997 t., 23100 S.

sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği⁴ ve 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği⁵ ile söz konusu Tebliğler’de öngörülen şartları sağlayan dikey anlaşmaları Kanun’un 4. maddesinin uygulanmasından grup olarak muaf tutmuştur.

Söz konusu grup muafiyeti Tebliğleri bir taraftan oldukça ayrıntılı düzenlemeler içerirken, diğer taraftan dikey anlaşma kategorilerinden yalnızca bir kısmını kapsama almıştır. Bu sebeple ticari hayatta ortaya çıkan pek çok anlaşma türü (seçici dağıtım anlaşması gibi), 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi bağlamında rekabeti kısıtlıyorsa, grup muafiyetinden faydalanmaksızın bireysel muafiyete ilişkin bildirim yükümlülüğü altına sokulmuştur (Karakurt, 2005:181).

Rekabet Kurulu 2002 yılında, söz konusu üç grup muafiyetini yürürlükten kaldırarak bunların yerine geçecek olan ve içerik itibariyle pek çok dikey anlaşma türünü kapsayan “2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”ni⁶ çıkarmıştır. 2003 yılında ise söz konusu Tebliğ’in uygulanmasında Rekabet Kurulu tarafından göz önünde bulundurulacak hususları açıkça belirtmek ve böylece Tebliğ’in teşebbüslerce yorumlanmasında doğabilecek belirsizlikleri en aza indirmek amacıyla “2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Uygulama Kılavuzu”nu⁷ (Uygulama Kılavuzu) çıkarmıştır.

3. 4054 Sayılı Kanun’un 5. Maddesinde Potansiyel Etki Unsuru

Rekabet Kurulu kendisine bildirilen herhangi bir anlaşmayı 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesi bağlamında muafiyet incelemesine tabi tutarken, anlaşmanın aynı maddede belirtilen iki olumlu ve iki olumsuz koşulu karşılayıp karşılamadığını değerlendirir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki çoğu zaman yapılan değerlendirme, mevcut durumun analizinden ibaret olmayıp, olası ya da diğer bir ifade ile potansiyel açıdan anlaşmanın muafiyet koşullarını karşılayıp karşılamadığının tespitini de içine almak zorunda kalmaktadır. Her ne kadar Kanun’un 5. maddesinde yer alan “tamamının varlığı halinde” ibaresi ilk bakışta

⁴ RG, 9.9.1997 t., 23105 S.

⁵ RG, 16.12.1998 t., 23555 S.

⁶ RG, 14.07.2002 t., 24815 S.

⁷ RG, 09.08.2003 t., 25194 S.

söz konusu dört koşulun, muafiyet değerlendirmesinin yapıldığı anda varolması gerektiği yönünde bir düşünce uyandırır da, pratikte bu yönde bir yaklaşım çoğu durumda uygulanabilir değildir. Nitekim bireysel muafiyetten yararlanmak üzere Rekabet Kurumu'na bildirilmiş olan, yeni uygulamaya konulmuş ya da aktedilmiş ancak uygulamaya konulmamış bir anlaşmanın, piyasada oluşturduğu etkiler baz alınarak statik bir değerlendirmeye tabi tutulması, anlaşmanın gerçekte yaratacağı potansiyel etkilerin gözden kaçırılmasına neden olacaktır. Aynı zamanda uygulamaya konulmamış bir anlaşmanın mevcut etkilerinin tespit edilmesi de mümkün olmayacaktır. Bu yönüyle bildirim yapılmış bir anlaşmanın bireysel muafiyet değerlendirmesinde, anlaşmanın olası etkilerinin tespit edilmeye çalışılması gerekmektedir.⁸

4. Grup Muafiyeti Sistematiğinde Potansiyel Etki

Benzer bir durum grup muafiyeti sistematiği için de geçerlidir. Rekabet Kurulu tarafından uygulamaya konulan grup muafiyeti tebliğleri özünde; teşebbüsün konumu, pazar payı, pazarın yapısı gibi anlaşmanın taraflarına özel koşulları göz önünde bulundurmaksızın bir takım genel koşulların karşılanması kaydıyla tüm teşebbüslerin grup muafiyetinden yararlanmasına olanak tanımaktadır. Buna göre tebliğlerin kapsamına giren tüm anlaşmalar, oldukça sınırlı sayıdaki kısıtlamalara sözleşmelerinde yer vermemek ya da tebliğlerin öngördüğü şartları karşılamak kaydıyla muafiyetten yararlanacaktır. Grup muafiyeti sistemi de, belirli koşulları yerine getiren tüm anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki dört şartı sağladığını varsaymaktadır ya da diğer bir ifade ile öngörmektedir.

⁸ 4054 sayılı Kanun'un 10. maddesinin ilk halinde "4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurula bildirilir. Bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet hükümleri uygulanmaz." ibaresi yer almaktaydı. Aynı zamanda 5. maddede de muafiyetin "ilgililerin talebi üzerine" verileceği hükme bağlanmıştır. 2.7.2005 tarih ve 5388 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun'un 1. maddesi ile söz konusu yukarıda yer verilen hükümler kaldırılmıştır. Bu şekilde rekabeti kısıtlayan herhangi bir anlaşmanın yapıldığı tarihten itibaren bir ay içerisinde muafiyet için Rekabet Kurulu'na bildirilmesine ilişkin yükümlülük ortadan kalkmıştır. Bununla birlikte teşebbüsler anlaşmalarını, imzaladıkları anda ya da henüz yürürlüğe koymadan muafiyet için Kurula bildirme imkanına sahiptirler.

Bu yönüyle 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan, aynı maddede sayılan şartların tamamının "*varlığı halinde*" ibaresi uygulamada hem bireysel muafiyet değerlendirmesinde hem de grup muafiyeti değerlendirmesinde, anlaşmanın mevcut etkilerinin yanında potansiyel etkilerine bakılmak ya da bu etkiler öngörülme suretiyle hayat bulmaktadır.

Diğer taraftan Kanun'un 5. maddesindeki "*varlığı halinde*" ifadesinin salt lafzına bağlı kalarak o anki halin fotoğrafı ile sınırlandırılması (potansiyel ve olası etkilerin değerlendirme dışı bırakılması), rekabet hukukunun kendinden beklenen faydaları doğurmasına engel olacaktır. Nitekim böyle bir durumda oldukça sınırlı bir seviyede gerçekleşmiş olan etkinin analizine bağlı kalınması, anlaşmanın gerçekte ortaya çıkaracağı etkilerin gözden kaçırılmasına yol açacaktır.

2002/2 sayılı Tebliğ'in "*Muafiyetin Geri Alınması*" başlıklı 6. maddesi ise;

"Bu Tebliğ ile muafiyet tanınmış bir anlaşmanın, Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi halinde, Rekabet Kurulu, Kanununun 13. maddesine dayanarak, anlaşmaya bu Tebliğ ile tanınan muafiyeti geri alabilir." ifadesi ile grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin durumu düzenlemiştir.

Madde metninde geçen "*koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi*" ibaresi yukarıda değerlendirmesi yapılan 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan "*şartların tamamının varlığı halinde*" ifadesi ile benzeşmektedir. Söz konusu iki maddenin de uygulanabilmesi için aranan "*sahip olma*" ve "*var olma*" durumları, aynı bakış açısının ürünüdür. Bu yönüyle Kanun'un 5. maddesi kapsamındaki muafiyet değerlendirmesinde yapılan, mevcut ve potansiyel etkileri esas alan analiz, grup muafiyetinin geri alınması aşamasında da uygulanabilecektir.

Nitekim Kanun'un 4. maddesi de hem bireysel muafiyet değerlendirmesinde hem de grup muafiyetinin geri alınması aşamasında anlaşmanın potansiyel etkilerinin gözönünde bulundurulmasına imkan tanımaktadır. Söz konusu maddenin birinci paragrafında yer alan "*...rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar...*" ifadesi, yalnızca doğmuş olan etkiyi değil doğabilecek olan etkiyi de

esas almaktadır. Diğer bir ifade ile Kanun, anlaşmaların potansiyel etkilerine bakılarak 4. maddenin kapsamına alınabileceğini belirtmiştir.⁹ Olası etkileri göz önünde bulundurularak grup muafiyeti geri alınan anlaşma, Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirileceğinden, potansiyel etki analizinin grup muafiyetinin geri alınması aşamasında uygulanması mümkündür.

Grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin süreci bireysel muafiyet değerlendirmesinden ayıran en önemli fark ise, anlaşmanın etkilerinin gözlemlenebilir olmasıdır. Grup muafiyetinden yararlanan bir anlaşmanın geri alma kararı öncesinde uygulamada kaldığı dönem içerisinde piyasada yarattığı etkilerin tespit edilebilmesi, geri alma noktasında yapılan analizi daha nesnel hale getirmektedir. Bu sayede rekabet otoritesi, anlaşmaların piyasaya etkilerini gözlemleyerek, muafiyet şartları ile bağdaşmaz etkilerin ortaya çıkması halinde grup muafiyetini geri alabilecektir.

Diğer taraftan yukarıda açıklanan sürecin kendinden beklenen etkinliği doğurabilmesi için iki unsuru bünyesinde barındırması gerekmektedir. Bunlardan ilki, grup muafiyetinden faydalanmanın koşullarının mümkün olduğunca Kanun'un 5. maddesindeki koşulları karşılayacak şekilde düzenlenmesidir. Diğer bir ifade ile Kanun'un 5. maddesi ile bağdaşmaz etkilere sahip olma olasılığı yüksek olan anlaşma yapıları grup muafiyetinin kapsamına alınmamalıdır. Örneğin grup muafiyetinden yararlanmasına rağmen ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti kısıtlayacağı öngörülebilir anlaşmaların buna rağmen grup muafiyetinin kapsamına alınması, teşebbüslere pazardaki rekabetçi yapıyı kendileri lehine bozma imkanı tanıyacaktır. Buradaki zorluk ise, herhangi bir dikey kısıtlamanın pazarın yapısına ve teşebbü-

⁹ Hem Komisyon hem de ATAD 81. maddeye yönelik ilk uygulamalarında anlaşmanın mevcut etkilerinin incelenmesi ile yetinmemiş, aynı zamanda söz konusu anlaşma hükümlerinin gelecekte ortaya çıkabilecek muhtemel etkilerini de göz önünde bulundurmıştır. Yatay anlaşmalar yönünden anlaşmanın gelecekteki etkilerinin tespitinin oldukça subjektif ve tahmininin güç olması, anlaşmaların potansiyel etkilerinin arka plana itilmesine yol açmıştır. Ancak dikey anlaşmalar yönünden durum farklılık arz etmektedir. Özellikle münhasır satın alma ve münhasır satış anlaşmalarının piyasaya sonradan girmek isteyen potansiyel rakipler yönünden piyasayı rekabete kapatması, dikey sınırlamalarda anlaşmanın potansiyel etkilerinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Aynı zamanda, dikey sınırlamaların geneli için kabul edilen "işbirliği riski"nin anlaşmanın potansiyel etkisi olması da bu değerlendirmeyi zorunlu kılan bir diğer unsurdur (Karakurt, 2005:63).

sün gücüne bağlı olarak pazarda yaratacağı etkinin farklılaşabilmesidir. Bu da hangi tür sınırlamaların pazarın önemli bir bölümünde rekabeti kısıtlayacağına ilişkin Rekabet Otoritesi'nin öngöründe bulunma yeteneğini kısıtlamaktadır.

İkinci unsur ise; Kanun'un 5. maddesi ile bağdaşmaz etkilere sahip olan anlaşmaların, bu etkiler ortaya çıkar çıkmaz tespit edilerek grup muafiyetinin geri alınmasıdır. Nitekim bu aşamada yaşanacak olan gecikme, rakiplere ya da müşterilere zarar veren anlaşmaların muafiyet semsiyesi altında korunmasını mümkün kılacaktır. Bu da dikey sınırlandırmanın olumsuz etkilerine maruz kalan rakiplerin pazara girememelerine ya da pazardaki faaliyetlerinin zorlaşmasına neden olacaktır.¹⁰

Rekabet Kurulu tarafından kabul edilen 2002/2 sayılı Tebliğ'in yukarıda yer verilen iki unsur açısından değerlendirilmesi, Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinin geri alınması aşamasında nasıl bir yol takip edilmesi gerektiği sorusunu aydınlığa kavuşturacaktır. Tebliğ'e göre, herhangi bir dikey anlaşmanın Tebliğ tarafından sağlanan grup muafiyetinin faydalarından yararlanabilmesi için, ilgili anlaşmanın tarafları olan sağlayıcı ve alıcının pazar paylarının büyüklüğü önemli değildir. Kapsamda yer alan bir dikey anlaşma türü, Tebliğ'in 4. maddesinde ifade edilen "*Anlaşmaları Grup Muafiyeti Kapsamı Dışına Çıkaran Sınırlamaları*" içermediği ve 5. maddede kapsamı belirlenen rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin kıstasları sağladığı sürece, tarafların pazar payı ne olursa olsun grup muafiyetinden yararlanabilecektir. Bu yönüyle Tebliğ bağlamında grup muafiyetinden yararlanmasına rağmen Kanun'un 5. maddesinde yer alan şartları karşılamayan belirli bir kısım anlaşmalardan grup muafiyetinin geri alınması gerekebilecektir. Bu durum Uygulama Kılavuzu'nun 42. paragrafında "*Muafiyetin geri alınması uygulamasının, özellikle pazar gücü önemli seviyelere ulaşmış teşebbüslerin anlaşmalara taraf olduğu pazarlarda gündeme gelmesi kaçınılmazdır*" şeklinde ortaya konulmuştur.¹¹

¹⁰ Söz konusu olumsuzluklar, makalenin ilerleyen kısımlarında incelenecek olan, bira pazarındaki münhasır anlaşmaların pazara etkilerinin değerlendirildiği Efes-Bimpaş kararında rakipler tarafından dile getirilmiştir. Kararda rakip bira sağlayıcıları; münhasır anlaşmaların yatırım kararları üzerinde geciktirici etki doğurduğunu (p.720), yabancı üreticilerin pazara girme konusunda temkinli davrandıklarını (p.920) belirtmişlerdir.

¹¹ Dikkat edilirse Uygulama Kılavuzu'nda geri alma için, grup muafiyeti kapsamındaki dikey anlaşmanın pazarın önemli bir bölümünü etkilemesi unsuru değil, anlaşmanın

Yukarıda genel hatlarıyla ortaya konulan 2002/2 sayılı Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinin geri alınması aşamasında yalnızca anlaşmanın mevcut etkilerinin dikkate alınması söz konusu olursa, ortaya önemli bir sorun çıkacaktır. Bugüne kadar verilen muafiyetin geri alınmasına ilişkin kararlar incelendiğinde Rekabet Kurulu'nun, 2002/2 sayılı Tebliğ bağlamında grup muafiyetinden yararlanan herhangi bir dikey anlaşmadan grup muafiyetini, söz konusu anlaşmanın pazarın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırması sebebiyle aldığı görülmektedir.¹² Bu noktada Rekabet Kurulu, yalnızca mevcut etki ile sınırlı bir yaklaşım belirlerse, rekabeti önemli ölçüde sınırlama potansiyeline sahip olan anlaşmaları önceden tespit etse dahi müdahale şansı olmayacaktır. Bu da 4054 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtilen rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşmaları önleme amacı ile çelişmektedir. Aynı zamanda Rekabet Kurulu'nun hareket etmek için muafiyet şartları ile bağdaşmaz etkilerin ortaya çıkmasını beklemesi, bu etkilerin muhatabı olan rakip teşebbüsler açısından da büyük olumsuzluklar doğuracaktır. Nitekim grup muafiyetinin geri alınmasından önce rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan ve etkileri ortaya çıkan anlaşmaları akteden teşebbüsler, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinden muaf oldukları için herhangi bir cezai yaptırım ile karşılaşmayacaklardır. Kurul kararı ile muafiyetin geri alındığı münhasır anlaşmaların, piyasaya girişi engelleyen ya da pazardaki rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştıran yapısı gözönünde bulundurulduğunda,¹³ potansiyel etki analizinin, grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin süreçteki önemi ortaya çıkacaktır.

tarafı olan ve sahip olduğu pazar payı nispetince potansiyel olarak pazarı etkileme imkanına sahip olan teşebbüsün pazardaki konumu ön plana çıkartılmıştır. Diğer bir ifade ile Kılavuz'daki yaklaşım, muafiyet kapsamındaki anlaşmanın potansiyel etkilerinin sınırını belirlemesi açısından teşebbüsün pazar gücünü esas almıştır. Yalnızca mevcut etkiyi baz alan bir yaklaşım ise, doğrudan anlaşmanın etkilediği pazar payını dikkate alacaktır. Örneğin pazarın %80'ini elinde bulunduran bir teşebbüsün belirli müşterileri ile imzalayacağı 5 yıllık rekabet etmeme yükümlülüğü içeren münhasır anlaşmalar kanalıyla pazarın yalnızca %20'sini rakiplerine kapaması mümkündür. Bu durumda Rekabet Otoritesi geri alma aşamasında, teşebbüsün pazarda sahip olduğu %80 pazar payına önem atfedebilecektir.

¹² Benkar ve Frito-Lay kararlarında Kanun'un 5. maddesindeki dört koşulun hiçbirinin sağlanmadığı ortaya konulmuştur.

¹³ Alıcının belirli bir piyasadaki ihtiyaçlarının tümünü yalnızca tek bir sağlayıcıdan satın alması sonucunu doğuran "tek marka anlaşması" (single branding), sağlayıcının anlaşma konusu mal veya hizmetleri sadece tek bir alıcıya satma yükümlülüğü altına

Yukarıda teorik yönleri ile tartışılan potansiyel etki olgusunun, Rekabet Kurulu'nun grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin kararlarındaki rolünün irdelenmesi, uygulama boyutunun anlaşılması açısından yol gösterici olacaktır.

Bankalar ya da tüketici finansmanı şirketleri tarafından pazarlanan taksitli alışveriş kartları pazarında faaliyet gösteren Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri AŞ ile üye işyerleri arasında imzalanan sözleşmelerdeki, üye işyerlerine yüklenen "Advantage Card" dışında başka taksitli alışveriş kartları ile işlem yapmama şeklindeki münhasırlık hükmü, 15.8.2003 tarih ve 03-57/671-304 sayılı Benkar kararında değerlendirilmiştir. Karar'da Kanun'un 5. maddesindeki muafiyet şartlarına ilişkin yapılan değerlendirmede; yalnızca mevcut durumun değil, Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri AŞ'nin ve rakiplerinin anlaşmalarının potansiyel etkilerine de yer verildiği görülmektedir. Nitekim söz konusu karardaki "tüketicinin bundan yarar sağlaması" başlıklı muafiyetin ikinci koşuluna ilişkin değerlendirmede aşağıdaki ifadeler kullanılmıştır:

"Önceki dönemlerde mevcut olan her mağaza için ayrı kart çıkartma külfeti Advantage Card sistemiyle, yani üye işyerlerinin tamamında tek kart ile taksitli alışveriş imkanı sağlanmasıyla sona ermiştir. Bu aşamada Advantage Card'ın tüketicilere yarar sağladığı kuşkusuzdur. Ancak günümüzde, taksitli alışveriş kartı hizmeti giderek tüm bankalar tarafından sunulma aşamasına gelmiştir. Bir mağazanın bir kart ile münhasır çalışması halinde, diğer kartlara sahip tüketiciler bu mağazadan taksitli alım yapamayacaklardır. O mağazadan alım yapılabilmesi için, mağazanın öngördüğü karta da sahip olmaları gerekecektir. Münhasır uygulamaların yaygınlaşması durumunda tüketiciler bir çok değişik alışveriş kartını kullanmak ve her kart için ayrı ayrı üyelik ödemesi yapmak zorunda kalacaklardır. Bu durumun tüketicilere yarar sağlamadığı gibi zararına olduğu kuşkusuzdur."

girdiği "münhasır satış anlaşması" (exclusive supply) en önemli münhasır anlaşma türleridir.

Sağlayıcı ile dağıtıcı veya alıcı ile girdi sağlayıcısı arasındaki münhasır anlaşma, söz konusu anlaşma süresince alıcının ya da sağlayıcının yalnızca sözleşmenin diğer tarafı ile çalışmasını şart koştuğundan, bu süre zarfında tarafların rakip teşebbüsler ile çalışması mümkün olmayacaktır (Hovenkamp, 1999: 322). Bu açıdan, rakip teşebbüslerin müşterilere erişimini zorlaştıran münhasır dikey anlaşmalar, pazardaki rekabet düzeyinin azalmasına yol açacaktır (Bowman, 1955: 847).

İfade; bu aşamada münhasır sistemin tüketiciye fayda sağladığını, ancak günümüzde taksitli alışveriş kartı hizmetinin diğer bankalar tarafından da sunulma aşamasına geldiğini, her bankanın münhasır temelde çalışması durumunda tüketicilerin birden fazla karta sahip olmak zorunda kalacaklarını, bunun da her bir kart için ayrı ayrı üyelik ödemesini beraberinde getireceğini öngörmektedir. Analizde kullanılan, diğer bankaların da münhasır temelde taksitli alışveriş kartı sunmaları durumu, ileriye dönük dinamik bir analizin yansımasıdır.

Benkar kararında dikkati çeken bir diğer nokta, anlaşmada belirsiz süreli olan rekabet etmeme yükümlülüğünün¹⁴ 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi tarafından izin verilen en üst limit olan 5 yıl ile sınırlandırılması durumunun da incelenmiş olmasıdır.¹⁵ Karardaki ifade şu şekildedir:

"Birinci husus, süresiz rekabet yasağına bireysel muafiyet verilip verilemeyeceğidir ki, bu konu 18.9.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı Kurul kararında menfi olarak karara bağlanmıştır.

İkinci husus ise rekabet etmeme yükümlülüğünün maksimum beş yıl ile sınırlandırılması koşulu ile grup muafiyetinden yararlanma imkanının mevcut olup olmadığının değerlendirilmesidir. Bu değerlendirme ise anlaşmanın grup muafiyeti ile ulaşılmak istenen hedefleri sağlamaya elverişli olup olmadığının incelenmesini gerektirmiştir."

Buradan anlaşılmaktadır ki Rekabet Kurulu, mevcut haliyle belirsiz süreli olan rekabet etmeme yükümlülüğünü değil, beş yıl ile sınırlandırılmış bir rekabet etmeme yükümlülüğünü grup muafiyeti açısından değerlendirmiştir. Diğer bir ifade ile Rekabet Kurulu, rekabet etmeme

¹⁴ 2002/2 sayılı Tebliğ'in 3 üncü maddesinde rekabet etmeme yükümlülüğü şu şekilde tanımlanmıştır:

"Rekabet Etmeme Yükümlülüğü : Alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülüktür. Ayrıca alıcının bir önceki takvim yılındaki alımları esas alınarak, ilgili pazardaki anlaşma konusu mal veya hizmetlerin ya da onları ikame eden mal veya hizmetlerin %80'inden fazlasının sağlayıcıdan veya sağlayıcının göstereceği başka bir teşebbüsten satın alınmasına yönelik olarak alıcıya doğrudan veya dolaylı biçimde getirilen herhangi bir yükümlülük de rekabet etmeme yükümlülüğü olarak kabul edilir."

¹⁵ 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5(a) maddesi, beş yıla kadar olan rekabet etmeme yükümlülüğüne izin vermektedir. Bunun dışında alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi belirsiz ya da beş yıldan uzun ise grup muafiyeti uygulanamayacaktır.

yükümlülüğünün süresi beş yıl ile sınırlandırılır ise grup muafiyetinin geri alınmasına gerek olup olmadığını incelemiştir. Bu yönüyle bahse konu kararda yapılan söz konusu değerlendirmeler, olasılık üzerine kurulu hipotetik bir analizdir.

Grup muafiyetine ilişkin incelemenin yapıldığı 20.9.2004 tarih ve 04-60/870-207 sayılı bir diğer kararda, Kraft Gıda'nın kontrolünde olan Kar Gıda Sanayi ve Ticaret AŞ'nin nihai satış noktalarına yönelik olarak 2002/2 sayılı Tebliğ çerçevesinde sahip olduğu grup muafiyetinin geri alınmasının gerekip gerekmediği incelenmiştir. Kararda, Kraft Gıda'nın günümüze kadar geçen süre içerisinde münhasırlığa yönelik olarak belli bir politika izlediğinin tespit edilemediği belirtildikten sonra bu yönde bir stratejinin tercih edilmesi durumunda dahi bunun Frito Lay'in bulunduğu pazarın yapısını olumsuz bir şekilde etkilemesinin beklenmediği ifade edilmektedir. Değerlendirmede; Kraft Gıda'nın sahip olduğu muafiyet bu teşebbüsten geri alınmasa dahi, Kraft Gıda'nın bu pazarda yaygın bir münhasır ağ kuramayacağı dikkate alınmıştır. Kararda yer verilen ifade şu şekildedir:

"Bu kapsamda Kraft Gıda'nın günümüze kadar geçen süre içerisinde münhasırlığa yönelik olarak belli bir politika izlediği tespit edilememiştir. Ayrıca bu yönde bir stratejinin tercih edilmesi durumunda dahi bunun Frito Lay'in bulunduğu pazarın yapısını olumsuz bir şekilde etkilemesi beklenmemektedir.

Yukarıda yer verilen açıklamaların mevcut dosyadaki pazar koşullarıyla bağlantı gösterdiği görülmektedir. Şöyle ki yaklaşık olarak % (...-...) oranında pazar payına sahip Kraft Gıda'nın, % (...) civarında bir pazar payı olan ve güçlü markaları bulunan Frito Lay gibi bir teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasada yaygın bir münhasır sistem kurması beklenmemektedir. Özellikle başta turistik yörelerdeki turistler olmak üzere bir çok tüketici söz konusu grubun ürünlerini tercih etmektedir. Anılan tüketici tercihinden hareket eden satış noktaları, yapılan yerinde incelemelerde Raportörlere Frito-Lay ürünlerini satma gerekçesi olarak bu hususu özellikle vurgulamışlardır. Sonuç olarak Kraft Gıda'nın sahip olduğu muafiyet bu teşebbüsten geri alınmasa dahi Kraft Gıda'nın bu pazarda yaygın bir münhasır ağ kuramayacağı dikkate alınmıştır."

Bir diğer olasılık olarak Kraft Gıda'nın yalnızca okullarda münhasır sisteme yönelebileceği öne sürülerek, bu hususa ilişkin öngörülerde bulunulmuştur.

“Diğer yandan Kraft Gıda’nın okullarda münhasır sisteme yönelebileceği öne sürülebilir. Ancak okullar tüketimin oldukça düşük olduğu yerlerdir. Nitekim Frito Lay’in toplam satışlarının içerisinde okullar %(...) oranında yer tutmaktadır. Üstelik Kraft Gıda tarafından yapılan şikayette teşebbüs yetkilileri Frito Lay’in okullarla münhasır sözleşmeler yapmasına karşın bu hususta herhangi bir şikayetlerinin bulunmadığını belirtmişler ve esas rahatsızlık duyulan olgunun diğer satış noktalarındaki eylemler olduğunu ifade etmişlerdir. Dolayısıyla bu bilgiler kapsamında okul kanalının fazla bir öneme sahip olmadığı kanaatine varılmıştır.”

Yukarıda yer verilen açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Kar Gıda Sanayi ve Ticaret AŞ’nin grup muafiyetine ilişkin kararında da; söz konusu teşebbüsün mevcut durumda var olmayan ancak gelecekte ortaya çıkma ihtimali olan münhasır anlaşmalarının olası etkileri tespit edilmeye çalışılmıştır. Sonuçta ise ilgili teşebbüs tarafından yaygın bir münhasır sistemin hayata geçirilemeyeceği, geçirilse dahi pazarda ciddi bir etki yaratamayacağı gerekçeleri ile bu aşamada grup muafiyetinin geri alınmasına gerek olmadığına karar verilmiştir. Bununla birlikte aynı kararın sonuç kısmında “...bu oluşumun ileride yapay bir piyasa yapısı ortaya çıkarıp çıkarmayacağını tespit edilmesini ve duruma göre muafiyetin geri alınıp alınmayacağını pazar koşulları çerçevesinde tekrar Kurul gündemine getirilmesini teminen pazarın dairesince izlenmeye devam edilmesine” karar verilmiştir. Piyasa yapısının dairesince izlenmesindeki amaç, halihazırda grup muafiyetinden yararlanan anlaşmanın pazarın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırması ihtimali karşısında, hem ilgili teşebbüse izlendiği hususunda sinyal vermek, hem de bu suretle ihlalin tespitine ilişkin erken uyarı sistemi tesis etmektir.

Grup muafiyeti kapsamındaki anlaşmanın dairesince izlenmesi gerektiği sonucuna sahip bir diğer karar 2.6.2005 tarih ve 05-38/487-116 sayılı Ülker Grubu Pazarlama Şirketleri kararıdır. Kararda ürünleri nihai tüketiciye ulaştıran küçük çaplı market veya market zincirler ile imzalanan sözleşmeler irdelenmiştir. Dosya konusu anlaşmaların dikkat çekici özelliği, mevcut hali ile hukuki ya da fiili münhasırlık içermemesine rağmen belirli koşulların varlığı halinde bu etkiyi doğurabilecek olmasıdır. Kararda anlaşmaların münhasır çalışma ya da diğer bir ifade ile rakipleri dışlama amacı ile imzalanmadığı, ancak sözleşmelerin geleneksel olarak tabir edilen dağıtım kanallarını da kapsayacak şekilde genişletilmesi ve talep edilen teşhir alanlarının artırılması durumunda,

teşebbüsün sahip olduğu portföy gücü ile birlikte dışlayıcı etkinin ortaya çıkabileceği belirtilmiştir. Söz konusu potansiyel etkinin karşısında, grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin bir değerlendirmeye girilmeksizin, dairesince izlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Ülker Grubu ve Kar AŞ kararlarının, makale kapsamında değerlendirilen diğer Kurul kararlarından farkı; her iki teşebbüsün de münhasırlık amacı ile yapılan ya da mevcut hali ile fiili münhasırlık doğuran bir anlaşmasının olmamasıdır. Buna rağmen kararlarda, potansiyel olarak bu etkinin ortaya çıkabilme riski karşısında, sözleşmelerin uygulanmasının dairesince izlenmesi gerekli görülmüştür. Grup muafiyetinin geri alındığı diğer Kurul kararlarında ise hukuki ya da fiili olarak münhasırlık içeren bir hüküm ya da uygulama tespit edilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 04.05.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı kararında, Frito-Lay Gıda Sanayi ve Ticaret AŞ.'nin pazardaki nihai satış noktalarında gerek yazılı sözleşmelerle gerekse fiili olarak uyguladığı münhasır satış sisteminin, 2002/2 sayılı Tebliğ'in ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirlenen şartları taşımadığının tespit edilmiş olması nedeniyle grup muafiyeti geri alınmıştır. Kararda dikkati çeken önemli bir nokta, Frito Lay'in 1998 yılından başlayarak ve esas olarak 2002 yılı başında uygulanan "*buldozer kampanyası*" sonuna kadar geçen süre içerisinde münhasırlığa yönelik olarak çalışmalarda bulunduğu, bunu da bedelsiz ürün vererek, iskonto yaparak, satış noktasını ikna ederek fiili olarak oluşturmaya çalıştığının anlaşılmasıdır. Ancak söz konusu eylemlerin kısa dönemler itibariyle ve coğrafi olarak kısıtlı bir bölgeyi kapsamaması nedeniyle hakim durumun kötüye kullanılması başlığı altında değerlendirilebilecek bir etkinin ortaya çıkmadığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte münhasırlığın geri alınması başlığı altında yapılan değerlendirmelerde yer verilen "*Özellikle münhasırlığa yönelik uygulamaların ilgili teşebbüs tarafından sistematik bir şekilde uygulanması ve hatta yazılı ilişkiye dayanması durumunda bu oranın gerçek ve potansiyel rakipler aleyhine bir giriş engeli olarak daha da yükseleceği açıktır. Frito Lay'in ilgili ürün pazarında hakim durumda olması gerçeği ile birlikte düşünüldüğünde kapsamlı bir münhasırlık uygulaması pazarda sınırlı olan rekabet koşullarını daha da sınırlandırma riski taşımaktadır.*" şeklindeki ifadeler, kararda yapılan analizin mevcut durumdaki sınırlı münhasırlığın değil, olası sistematik ve kapsamlı bir münhasırlığı konu aldığını göstermektedir.

Yemek Sepeti Elektronik İletişim Tanıtım Pazarlama Gıda Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin üye restoranlarıyla yaptığı anlaşmalar ile bu restoranlara başka firmalarla çalışmama yükümlülüğü getirerek 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği iddiasının incelendiği 25.03.2004 tarih ve 04-22/231-48 sayılı Kurul kararında yer alan *"pazarın henüz Türkiye'de yeni tanınan ve oluşan bir pazar niteliği taşıması nedeniyle şu anda söz konusu hizmetlerin sınırlı bir alanda, sınırlı sayıda restorana sunuluyor olması, şu anda pazara yeni girişlerin bir çok sektörle karşılaştırıldığında çok daha kolay ve kısa sürede olabileceği, pazarda yer alan Yemek Sepeti dışındaki firmaların faaliyet sürelerinin, bu firmaların Yemek Sepeti karşısında ne ölçüde bir rekabetçi baskı yaratacaklarının değerlendirilmesi bakımından çok kısa olması gibi unsurlar dikkate alındığında, Yemek Sepeti'nin hakim durumda olup olmadığının değerlendirilmesi bakımından erken bir evrede bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır."* ifadeleri, pazarın yeni gelişmekte olan bir pazar olduğunu ve rakip teşebbüslerin pazara girişinin önünde ciddi bir engel olmadığını ortaya koymaktadır.

Aynı teşebbüsün münhasır anlaşmalarının grup muafiyeti açısından ele alındığı 20.9.2004 tarih ve 04-60/869-206 sayılı Karar'da ise, yukarıdaki kararda hakim durum analizinin erken olduğu belirtilen pazarda Yemek Sepeti'nin, hali hazırda cirosunun ve pazarın %13'ünü teşkil eden restoranları münhasıran kendine bağladığı belirlenmiştir. Pazarın %50'sini teşkil eden restoranlarla Yemek Sepeti farklı dönemlerde geçerli olan münhasır anlaşmalar imzalamış ancak sözleşmenin süresinin dolması nedeniyle söz konusu sözleşmeler yürürlüğünü yitirmiştir. Bununla birlikte kararda; Yemek Sepeti'nin bundan sonra imzalayacağı yeni sözleşme metninden ve aynı zamanda Yemek Sepeti yetkililerinin ifadelerinden, söz konusu teşebbüsün tüm restoranlar ile rekabet etmeme yükümlülüğü içeren bir anlaşma imzalamak istediği ve restoranların yalnızca tek bir sağlayıcı ile çalışması gerektiğini düşündükleri anlaşılmaktadır. Bu noktadan hareketle kararda, Yemek Sepeti'nin kuracağı *"tüm restoranlarla münhasır temelde çalışma esasına dayalı sistemin"*; Yemek Sepeti'nin pazara giren ilk firma olmasının verdiği pazar gücü, pazarın yapısından kaynaklanan ağ etkileri ve münhasır anlaşmaların bizzat kendisinin ortaya çıkaracağı giriş engelleri ile birlikte değerlendirildiğinde rekabeti önemli ölçüde engelleyebileceği tespit edilmiştir. Bu yönüyle Rekabet Kurulu; hali hazırda pazarın yalnızca %13'üne etki eden münhasır anlaşmaların, Yemek Sepeti tarafından pazarın bütününe yayılması durumunda, pazarın ve teşebbüsün yapı-

sından kaynaklanan belirli unsurların varlığı ile birlikte rekabeti önemli ölçüde kısıtlayacağını tespit ederek, henüz yeni gelişmekte olan bir pazara girişin önündeki engeli kaldırmıştır.¹⁶

Bir diğer karar olan 22.4.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı Efes-Bim-paş kararında ise söz konusu iki teşebbüsün ve bu teşebbüslerin bayi ve distribütörlerinin nihai satış noktaları ile yaptıkları münhasırlık içeren sözleşmelerin, açık ve kapalı bira satışı pazarlarında yarattığı etki incelenmiştir. Bu incelemede Kurul, hali hazırda pazarın önemli bir bölümünün rekabete kapanmış olduğunu tespit etmiş olduğundan, kararda potansiyel etki analizine ilişkin değerlendirmelere yer verilmemiştir.

5. Potansiyel Etki Analizinin, Grup Muafiyetinin Geri Alınması Açısından Önemi

Daha önce de belirtildiği üzere, pazara girişi engelleme ya da rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırma gücüne sahip olan münhasır anlaşmaların bu etkilerinin daha ortaya çıkmadan öngörülerek grup muafiyetinin geri alınması mekanizması ile müdahale edilmesi, diğer piyasa aktörlerinin ekonomik bağımsızlıklarının garanti altına alınması açısından önemlidir.

Nitekim rekabet yasalarının korumak istediği rekabet sürecinin kendisi, aynı zamanda piyasa aktörlerinin ekonomik bağımsızlıklarının da koruyucusudur. Rekabet süreci, piyasa aktörlerinden tüketicilerin ekonomik faaliyeti olan tüketim faaliyetlerinde alternatif seçeneklere sahip olmalarını, bir diğer aktör olan üreticilerin ise piyasaya girme ve adil bir rekabet ortamında faaliyette bulunmalarını temin eder. Bu

¹⁶ Diğer taraftan Avrupa Birliği Komisyonu da, özellikle yeni ortaya çıkan ve gelişmekte olan piyasaların rekabete kapanmaması hususunda oldukça dikkatli davranmaktadır. Bu duyarlılığın nedeni ise, söz konusu piyasaların ancak rekabetçi bir ortamda kendinden beklenen potansiyel büyümeyi gerçekleştirebileceği ve tüketici tercihlerini karşılayabileceğidir. Örneğin TPS kararında Komisyon; Fransa'da yayın yapan 6 kanallı, pay TV piyasasında faaliyet gösterecek olan TPS dijital uydu televizyonu platformunu kurmaya yönelik anlaşmalarında yer alan 10 yıllık münhasırlığa ilişkin hükmü incelemiştir. Kurucu 6 kanaldan 4 tanesinin dijital yayın hakkını (TF1, France 2, France 3, M6) münhasıran TPS platformuna veren bu hükmün, Canal+, CanalSatellite gibi büyük dijital kanalların faaliyet gösterdiği pay TV piyasasındaki rekabeti artıracakları gerekçesiyle ancak 3 yıllı sınırlı kalmak kaydıyla muafiyet kapsamında değerlendirilmiştir. Bkz., *Press Release* (1999), IP/99/161.

hususla işaret eden AT Komisyonu Ekonomik İşler Genel Müdürlüğü eski Başdanışmanı Prof. Dr. Alexis Jacquemin:

“Rekabet politikasının temel hedeflerinden bir tanesi, en eski olanı ve aynı zamanda ABD-Kanada gibi ülkelerin anti-tröst politikalarının temelinde yatan: kişi özgürlük ve haklarının korunmasına bağlı olarak özel sektördeki ekonomik gücün dağılmasıdır. Rekabet politikasının ikinci olası amacı, pazardaki rekabetçi ekonomik özgürlüğün korunmasıdır.” görüşünü savunmuştur (İSO, 1993: 7-8). Federal Almanya Kartel Kurumu eski Başkanı Dieter Wolf (1992: 76), devletin ekonomi politikası alanında temel görevlerinden birinin vatandaşın, temel ekonomik özgürlüklerini korumak olduğunu, bunun da ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğünü içerdiğini belirtmiştir. Diğer bir ifade ile işletme kurmak ve üretim için karar verebilmek, meslek veya işyeri seçmek ve tüketimine kendi karar vermektir. Bu özgürlük, sözleşmelerin yapılması ve bunların gerçekleştirilebilmesi ile üretim araçları üzerinde özel mülkiyetin korunması koşullarını gerektirir. Piyasa ekonomisi düzeninin ana fikri ve başarı sırrı, bu özgürlüklerin bireysel olarak kullanılmasının ve her bireyin kendi sorumluluğu altında davranmasının önünün açılmasında yatmaktadır.

Girişimcinin piyasaya girme ve ürün-üretim sürecini piyasadan aldığı sinyaller doğrultusunda uyarılama özgürlüğü esastır. Tüketicie sunulan seçenekler, tüketicinin ne istediğinin girişimci tarafından görülmesini sağlar. Üretici piyasaya girişte serbest ve tüketici seçeneğe sahipse rekabet gerçek anlamda işleyebileceği bir zemin kazanır. Tersine üreticinin piyasaya girememesi ya da tüketicinin satın alma seçeneklerinin kısıtlanması, piyasanın iki ayrı ucunda yer alan aktörler arasındaki iletişimi ortadan kaldıracaktır (Klein ve Hadjimichael, 2003:167).

Potansiyel olarak rekabeti kısıtlama gücüne sahip olan anlaşmalara, muafiyeti geri almak suretiyle yapılan müdahale, piyasa giriş engellerinin sınırlandırdığı girişimci ruhun önünü açacak ve aynı zamanda tüketicilere farklı seçenekler arasından seçim yapma özgürlüğünü sağlayacaktır.

6. Sonuç

Etkinlik artışının yanı sıra piyasadaki rekabeti önemli ölçüde kısıtlama gücüne de sahip olan dikey anlaşmaların, rekabet hukukunun uygun

enstrümanları ile düzenlenmesi, rekabetçi pazar yapısı açısından önemli bir husustur. Basitlik, tutarlılık ve tahmin edilebilirlik yönleri nedeniyle tercih edilen grup muafiyeti sistemi, Türk Rekabet Hukuku'nda da en son uygulamaya konulan 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile hayat bulmuştur.

2002/2 sayılı Tebliğ; teşebbüsün konumu, pazar payı, pazarın yapısı gibi anlaşmanın taraflarına özel koşulları gözönünde bulundurmaksızın, oldukça sınırlı sayıda ve genel bir takım koşulların karşılanması kaydıyla tüm teşebbüslerin grup muafiyetinden yararlanmasına imkan tanıyan bir yapıya sahiptir. Bu yönüyle Tebliğ bağlamında grup muafiyetinden yararlanmasına rağmen 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan şartları karşılamayan belirli bir kısım anlaşmalardan grup muafiyetinin geri alınması gerekebilecektir.

Grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin Rekabet Kurulu kararları bir bütün olarak değerlendirildiğinde; piyasadaki rekabeti önemli ölçüde sınırlama gücüne sahip olan teşebbüslerin dikey anlaşmalarından, yalnızca mevcut etkileri değil potansiyel etkileri de göz önünde bulundurularak grup muafiyetinin geri alındığı görülmektedir. Geri alma kararının verildiği anlaşmaların ortak özelliği, anlaşmanın diğer tarafının rakip sağlayıcılar ile çalışmasına engel olan münhasırlık şartları içeren anlaşmalar olmasıdır. Bu münhasırlık, doğrudan sözleşmede yer alan rekabet etmeme yükümlülüğü şeklinde olabildiği gibi, bedelsiz ürün verme, promosyon indirimleri gibi fiili uygulamalar şeklinde de kendini göstermektedir.

Anlaşmalardan grup muafiyetinin geri alınıp alınmayacağına değerlendirilmesinde potansiyel etki analizinin kullanılması pek çok açıdan önem taşımaktadır. Herşeyden önce potansiyel etki değerlendirmesi, 2002/2 sayılı Tebliğ'in yukarıda bahsedilen yapısından kaynaklanan olumsuzlukların önüne geçecektir. Aynı zamanda rekabeti önemli ölçüde sınırlama potansiyeline sahip olan anlaşmaların önceden tespit edilerek müdahale edilmesi, pazarın rekabetçi yapısının bozulmasına karşı alınan önleyici tedbir vazifesi görecektir. Bu da rakip teşebbüslerin piyasaya girme ve adil bir rekabet ortamında faaliyette bulunma, tüketicilerin ise tüketim faaliyetlerinde alternatif seçeneklere sahip olma özgürlüklerini garanti altına alacaktır.

Münhasırlık içermemesine rağmen belirli koşulların varlığı halinde bu etkiyi doğurma potansiyeline sahip olan anlaşmaların dairesince izlenmesi de, bir taraftan mevcut teşebbüsün daha dikkatli hareket etmesini sağlarken, aynı zamanda olası rekabeti sınırlayıcı davranışların erken fark edilmesini temin edecektir.

Kaynakça

- Boscheck, R. (2000) "The EU Policy Reform on Vertical Restraints- An Economic Perspective", *World Competition* 23(4), s.3-49.
- Bowman, W.S. (1955) "The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance", *University of Chicago Law Review*, Vol.22, No.4, s.825-850.
- EU Commission Notice (2000), *Guidelines on Vertical Restraints*, OJ (2000) C 291/1.
- Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy (1997), COM (96) 721.
- Hovenkamp, J. (1999) *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, U.S.A.: West Group.
- Karakurt, A. (2005), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:11, Ankara: Rekabet Kurumu.
- Klein, M.U. ve B. Hadjimichael (2003), *The Private Sector in Development*, Washington: World Bank.
- İSO (1993), "Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı", *Uluslararası Sempozyum*, İstanbul: İstanbul Sanayi Odası.
- OECD (1998), *Recommendation of the OECD Council, Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels* (adopted by the Council at its 921st Session on 25 March 1998 [C/M(98)7/PROV]).
- Wolf, D. (1992), "Türkiye'de Rekabetin Korunması ve Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler", 9. Sosyal Piyasa Ekonomisi Sempozyumu (içinde), Ankara: Estetik Matbaacılık, s. 73-88.

LİMİTED ŞİRKETLERDE HİSSE HACZİ

Murat DÖNMEZ*

İki veya daha fazla hakiki veya hükmi şahıs tarafından bir ticaret unvanı altında kurulup, ortaklarının mesuliyeti koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile mahdut ve esas sermayesi muayyen olan şirkete limited şirket denir. (TTK m. 503)

Limited şirkette, her ortağın bir payı vardır. Payların birbirine eşit olması zorunlu değildir. Şirket payını devir için bölme veya mirasın bölüşülmesi hali dışında ortağın payı bölünmez bir bütündür. Ortakların payları için kıymetli evrak niteliğini haiz pay senedi çıkarılamaz (TTK m. 503/2). Limited şirkette, kıymetli evrak hükmünde pay senedi olmadığından, ortaklık sıfatının ispatı sahip olduğu bütün payları gösteren ve ortağın adına düzenlenmiş olup, şirket müdürlerince imzalı "*ortaklık senedinin*" ibrazı ile mümkündür.¹

Anonim şirketlerden farklı olarak limited şirketlerde esas sermaye payı ile ortaklık (üyelik) hakkı bahşeden pay farklı kavramlardır. Limited şirketlerde esas sermaye payı, ortağın ortaklığa koyacağı asgari miktarını gösterir ve bu da nakitle ifade olunur. Limited şirkette anonim şirkettekinin aksine, her ortak ancak bir paya sahip olabilir. Bu itibarla, limited şirkette esas sermaye, pay ile değil, ortak sayısı ile bölünmek esasına dayanır. Örneğin sermayesi 15.000 YTL olan bir limited şirkette, (A)'nın sermaye miktarı 10.000 YTL, (B)'nin 4.000 YTL ve (C)'nin de 1.000 YTL ise, sermaye katılım payı (miktarı) değişik oy hakkı vermesine rağmen, ortakların her birinin sermaye payı bir paydır. Değişik olan

* Avukat, İzmir Barosu.

¹ Yılmaz, Z. Sanem, *Sermaye Şirketlerinde Geçici Hukuki Korunmalar*, İzmir 2004.

sadece sermaye miktarıdır. Pay senetlerinde olduğu gibi sermaye payı da nominal bir değer taşır. Ortaklık payı ise; her ortağın limited şirketin sermayesi içindeki sermaye miktarının nominal değerini değil, şirketteki hakların ve yükümlülüklerinin tamamını, yani yönetime, kara, tasfiye mevcuduna katılmayı ifade eder.²

Limited şirketlerde, şirket mukavelesinde aksine bir hüküm olmadıkça, her ortak şirketteki payını (hisselerini) üçüncü şahsa devredebileceğine (TTK m. 520) göre, kabili devir olan payın haczi de caizdir.³

Türk Ticaret Kanunu'nun "Cebri icra" ana başlığı ve "şirketin feshini ihbar ve infisalı" alt başlığını taşıyan 522. maddesinin 1. fıkrasında "Ortaklardan birinin payını haczettirmiş olan alacaklı da aynı hakka sahiptir." denilmek suretiyle ortaklardan birinin şahsi alacaklısının, ortağın limited şirketteki payını (hisselerini) haczettirebileceğini kabul etmiştir.

Limited şirketlerde ortaklardan birinin şahsi alacaklısı, alacağını borçlu şirket ortağının şahsi mallarından veya şirket bilançosu gereğince o ortağa düşecek kar payından karşılama yoluna gidebileceği gibi (TTK m. 145/1-3), alacağını ortağın şirketteki payına da başvurarak (TTK m. 522) alabilir. Alacaklının bu yollardan istediğine başvurma hakkı vardır. Yani kollektif şirketlerde olduğu gibi alacaklının önce borçlu ortağın şahsi mallarına, sonra kar payına bunlar da alacağı karşılamıyorsa tasfiye payına haciz koydurması zorunluluğu (TTK m. 191) limited şirketlerde yoktur.⁴

Ancak limited şirketin ortağının şahsi alacaklısı, ortağın şirketteki payını haczettirebilmekle birlikte, TTK m. 523/2' de düzenlenen ve diğer ortakların muvafakatini şart koşan istisnai hüküm dışında, haczedilen payın, icra marifetiyle satışını gerçekleştirememektedir. Alacaklının belirtilen istisnai hüküm dışında yapabileceği işlem, 522. madde gereğince şirketin feshini talep etmek, alacaklının alacağı feshin tesciline kadar ödenmez ise borçlu ortağa düşecek tasfiye payından alacağını almak olacaktır.

Limited şirketlerin bir sermaye şirketi oluşu, şirketin ortaklarından ayrı bir tüzel kişiliğinin bulunması, ticari hayatın ve bu hayat

² Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Temel Esaslar*, Adana 2004, s. 433.

³ Muşul, Timuçin, *İcra Ve İflas Hukuku-İcra Hukuku I*, İstanbul 2001, s. 533.

⁴ Erdil, Engin, *Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma*, İstanbul 2004, s. 92.

içerisinde önemli bir yeri bulunan sermaye şirketlerinin devamı ve istikrarı açısından, ortağın kişisel borcundan dolayı şirketteki payını haczedenden alacaklının payın icraen satışını gerçekleştiremeyip şirketin feshini istemek durumunda bırakılmasının şirketlerin devamlılığı ve ticari hayatın istikrarının korunmasına ilkesine ters düştüğü bu konuda yapılacak yasal değişiklikler ile şirket ortağının şahsi borcundan dolayı payını haczedenden alacaklının icraen satışını mümkün kılan hükümlerin getirilmesinin zorunlu olduğu tabiidir.

Yürürlükte olan yasal mevzuat çerçevesinde özellikle payın haczi ve fesih ihbarı ile tasfiye prosedürünü inceleyelim.

PAYIN (HİSSENİN) HACZİ PROSEDÜRÜ

Borçlu ortağın şirketteki payının haczi, İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesine göre yapılır. Bu maddede ki şirket payından maksat, bir pay senedine bağlı olmayan şirket paylarıdır. Borçlu ortağın şirketteki payının haczi işlemi İİK m. 89 hükmü gereğince şirkete haciz ihbarnamesi⁵ ya da haciz müzekkeresi tebliğ edilmek suretiyle gerçekleştirilebilir. Ancak, Yargıtay başka bir kararında, TTK m. 522/1'de ve İİK m. 89'da yer alan açık hükme rağmen, ortaklık payının İİK'nın 89. maddesine göre haczedilemeyeceğini belirtmiştir.⁶ Haciz, TTK m. 519 uyarınca tutulması zorunlu pay defterine işlenir. İİK m. 94'de düzenlenen anonim şirketlerdeki çıplak hisse haczine ilişkin hükümlerin kıyasen limited şirketteki payın haczi durumunda da uygulanması mümkündür. Bu durumda haciz, şirket defterine işlenmemiş olsa bile şirkete tebliğ tarihinde yapılmış sayılır. Haciz icra dairesi tarafından tescil edilmek üzere Ticaret Sicil'i'ne bildirilir. Bu durumda haczedilen payın devri, alacaklının haklarını ihlal ettiği oranda batıl sayılacaktır. Haczedilen payın satışı da diğer bütün ortakların muvafakati olmak şartıyla (TTK m. 523/2) taşınır malların satışı usulüne tabi olacaktır. Anlaşıldığı üzere, burada icra mahkemesinin satışa karar vermesi şartı yani İİK m. 121'in uygulanması zorunluluğu bulunmamaktadır.⁷

⁵ Y. 12. HD, 24.01.1994 T. E. 247/K. 719 (UYAR, Talih, *İcra Ve İflas Kanunu*, İzmir 1996, C.2, s. 2483-2484)

⁶ 19. HD, 24.09.2001 T. 1947 E. 5801 K. (ERİŞ, Gönen, *Ticari İşletme Ve Şirketler*, Ankara 2004, C. 2, s. 2780)

⁷ Kuru, Baki - Arslan, Ramazan - Yılmaz, Ejder, *İcra Ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2004, s. 356; Karşı görüş Eriş, Gönen, *Ticari İşletme ve Şirketler*, Ankara 2004, C. 2, s. 2775.

Borçlunun şirket payını haczeden icra dairesi, bu haczi, adresleri bilinen üçüncü şahıslara yani burada şirkete ve diğer ortaklara bildirir (m. 94/1). Bu bildiri ile, şirkete ve diğer ortaklara borçluya payı ile ilgili olarak yapılacak bütün tebligatın bundan böyle icra dairesine yapılması ve borçlunun muvafakatının alınması gereken bütün müşterek tasarruflar için bundan böyle borçlu ortak yerine icra dairesinin muvafakatının alınması gerektiği ihtar edilir. Böylece borçlunun tasfiye payı ve şirket payı üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanmış olduğu (m. 86) şirkete ve bütün ortaklara bildirilmiş ve buna aykırı davranışlara karşı gerekli muhafaza tedbirleri (m. 90) alınmış olur.⁸

FESHİ İHBAR VE HUKUKİ SONUÇLARI

TTK m. 522/1 gereğince şirket ortaklarından birinin payını haczettirmiş olan alacaklı en az altı ay önce ihbar etmek şartıyla şirketin feshini talep edebilir. Ancak alacaklının şirketin feshini talep edebilmesi için haczinin kesinleşmiş olması gerektiği de tabiidir.

Alacaklının feshi ihbarının limited ortaklığa değil, tüm ortaklara ayrı ayrı yapılması gerekecektir. Zira; en az iki ortaktan müteşekkil olan limited şirket, ortakların iradesi ile oluşmuştur. Bu iradeyi açıklayan ortakların bilgisi dışında, ortaklık tüzel kişiliğine yapılan feshi ihbar ile ortaklığın feshinin istenmesi, bazı durumlarda ortakların bilgisine ulaşmamış olabilir. Ayrıca aktif ve pasif temsil yetkisi olan müdürün veya müdürlerin bu yetkisi, ortaklık sözleşmesinin konusu ile sınırlıdır. Bu nedenle, limited şirketin feshi istemine ilişkin beyanı tebellüğ etmek, bu temsil yetkisi dışında kalacağından, alacaklının feshi ihbarının limited şirketin tüzel kişiliğine değil, tüm ortaklara ayrı ayrı tebliği gerekir.⁹

Yargıtay da bir kararında, limited şirketlerde feshi ihbarın, bütün ortaklara tebliğ edilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁰

Limited şirketlerde feshi ihbar için kanunda özel bir şekil şartı getirilmemiştir. Bu sebeple feshi ihbarın taahhütlü mektup adi mektup ya da bir telgraf ile yapılabileceği yönündeki görüşe¹¹ katılmakla birlikte

⁸ Kuru, Baki - Arslan, Ramazan - Yılmaz, Ejder, *a.g.e.*, s. 267.

⁹ Eriş, Gönen, *a.g.e.*, s. 2776-2777

¹⁰ Y. 11 HD, 11.11.1999 T., 7070 E. / 9033 K. (Eriş, Gönen, *a.g.e.*, s. 2779).

¹¹ Eriş, Gönen, *a.g.e.*, s. 2776.

feshi ihbarın özellikle ispat açısından noter kanalı ile yapılması, alacaklı açısından kuşkusuz fayda sağlayacaktır.

Limited şirkete yapılan feshi ihbardan sonra şirketin münfesihi duruma yani kendiliğinden dağılmış sayılması halinin ortaya çıkması konusu öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, alacaklının yaptığı feshi ihbardan sonra altı aylık süre içinde TTK m. 523'de belirtilen seçeneklerden biri kullanılmadığı takdirde, sürenin sona erdiği tarihte şirketin infisah edeceği ve ayrıca fesih davasının açılmasına gerek bulunmadığıdır.¹² Uyuşmazlık halinde ise, ortaklığın dağılıp dağılmadığı hususunun saptanması, ancak bir tespit davasıyla çözümlenir.¹³ Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, alacaklının yaptığı feshi ihbar ortaklığın feshinin istenebilmesi için bir koşul olup, ortaklığın münfesihi duruma gelmiş sayılması için yeterli değildir. Bunun için alacaklının feshi ihbardan sonra bir fesih davası açması gerekir. Bu fesih davasında, davacı alacaklı olup davalı da limited ortaklık ile bu ortaklığın tüm ortaklarıdır. Limited ortaklığın fesih davası, şirket merkezinin bulunduğu ticaret mahkemesinde açılır. Bu davadaki yetki kuralı kesin olup mahkemece resen göz önünde tutulur.¹⁴

Yargıtay da bir kararında feshi ihbardan sonra ortaklığın feshinin dava edilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁵

Diğer bir husus da feshi ihbarın tebliğinden sonra, bu talepten rücu edilip edilemeyeceği hususudur. İnşai işlemler kural olarak geri alınamaz ise de, altı aylık süre de sonuç alınamamış ise, ilgililerin izni ile rücu olanaklıdır. Eğer, altı aylık süre dolmuşsa, feshi ihbardan rücu olanaksız bulunmakla beraber, aşağıda da ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz TTK'nın 523/1 maddesi uyarınca, limited şirket ile bu ortaklığın ortaklarına, bu madde de sayılan hallerde fesih ve tasfiyeyi, tescil tarihine kadar önlemek olanağı vardır.¹⁶

Limited şirketin feshi kararından sonra ise limited şirketin tasfiye süreci başlayacaktır. Tasfiye sonucu borçlu ortağın hissesine düşecek tasfiye payı, tasfiye memuru tarafından, şirketin feshini talep eden ala-

¹² Poroy - Tekinalp - Çamoğlu, *Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku*, İstanbul 2003, s. 894.

¹³ Arslanlı - Domaniç, *Limited*, s. 307 vd. (Eriş, Gönen, a.g.e., s. 2777).

¹⁴ Gönen, Eriş, a.g.e., s. 2777.

¹⁵ Y. 11. HD, 11.11.1999 T., E. 7070 / K. 9033 (Eriş, Gönen, a.g.e., s. 2779).

¹⁶ Gönen, Eriş, a.g.e., s. 2777.

caklının, borçlu ortak hakkında yaptığı icra takip dosyasına ödenmek üzere İcra Müdürlüğü'ne gönderilecektir (m. 522/2).

TTK m. 523 gereğince infisahın tescilinden önce aşağıdaki şartlardan birisi gerçekleştiği takdirde şirket ve fesih tasfiye olmaz. Bunlar;

1. Şirket veya ortaklar takibatta bulunan alacaklının haklarını öderse,

2. Haczedilen payın icra dairesi marifetiyle ve açık artırma yolu ile satılmasına ve pay kendisine ihale olunan kimsenin yeni bir ortak olarak şirkete girmesine diğer bütün ortaklar muvafakat ederlerse,

3. Haczedilen pay, bütün ortaklarla ve icra dairesinin muvafakatiyle başka bir ortak veya üçüncü şahıs tarafından devralınırsa,

4. Esas sermayenin ekseriyetini temsil eden ortakların sayı itibariyle ekseriyeti aleyhinde takip yapılan ortağın koymuş olduğu sermayenin hakiki bedelini alarak şirketten çıkarılmasına karar verilmesi halleridir.

TTK m. 523 son fıkrası gereğince pay bedelinin veya ödenecek paranın icra dairesine verilmesi şarttır.

TTK m. 523'de düzenlenen ve şirketi fesihden kurtarma imkanı veren hükümler, madde 522 ile borçlu ortağın şahsi alacaklısına tanınan şirketin feshini isteme hakkının, inhisarı ve mutlak bir hak olmadığı sonucunu ortaya koymaktadır.¹⁷

¹⁷ Y. TD, 15.04.1971 T., 3271 E., 3045 K. "...TTK'nın 551. maddesi hükmünde düzenlenmiş olan limited şirketten çıkma ve çıkarılma hali hem ortağa ve hem de şirket ortağına tanınmış bir haktır. Ancak, ortaklardan birinin iflası halinde, şirketin feshini isteme hakkı iflas idaresine de tanınmıştır. Diğer taraftan, kanun, şirketin infisahını önleme çaresini de 523. maddesi hükmünde göstermiş bulunmaktadır. TTK'nın 522. maddesi hükmündeki şartlar yerine getirildiği takdirde şirketin fesih ve tasfiyesi önlenmiş olur. Özellikle, TTK m. 523/b.4 hükmünde yer aldığı üzere, esas sermayenin ekseriyetini temsil eden ortakların sayı itibariyle ekseriyeti aleyhine takibat yapılan ortağın şirkete koyduğu sermayenin hakiki bedelini alarak şirketten ihracına karar verilmesi halinde, bu kararı veren limited şirket kendisinin infisahını önlemiş olur. Binaenaleyh, iflas idaresine tanınan fesih hakkı inhisari ve mutlak bir hak değildir. Diğer bir deyişle, bir ortak iflas ederse iflas idaresi bu yüzden şirketin feshini istediği takdirde, şirket TTK'nın 523/b.4 hükmünü işletirse, o zaman, şirketin feshi cihetine gidilmesi mümkün değildir..." (Erdil, Engin, *a.g.e.*, s. 96).

Yukarıda belirttiğimiz ve TTK'nın 523. maddesinde düzenlenen ve şirketin feshini önleyen hükümleri ayrıca inceleyecek olursak;

1. Şirket veya ortaklar takibatta bulunan alacaklının haklarını öderse;

Ortağın takip konusu borcun tüm ferileriyle birlikte ilgili icra dosyasına ödenmesi durumunda şirketin infisahı önlenmiş olur. İİK m. 12 gereğince de icra dairesi, takip edilmekte olan bir para alacağına mahsuben, üçüncü şahıs durumunda bulunan limited ortaklık tarafından yapılan ödemeleri kabule mecbur olup dosya borcunun tamamen tüm ferileri ile birlikte ödenmesi durumunda, icra dosyasını infazen işlemekten kaldıracaktır.

2. Haczedilen payın icra dairesi marifetiyle ve açık artırma yolu ile satılmasına ve pay kendisine ihale olunan kimsenin yeni bir ortak olarak şirkete girmesine diğer bütün ortaklar muvafakat ederlerse;

Hacizli payın icra dairesi marifetiyle ve açık artırma yolu ile satılabilmesi için diğer bütün ortakların bu işleme ve ayrıca pay kendisine ihale olunan kimsenin de şirkete yeni bir ortak olarak girmesine muvafakat etmesi gerekmektedir. Diğer bütün ortaklar tarafından bu muvafakatin verilmesi sonucu şirketin feshi önlenmiş olur.

Hacizli payın icra dairesi marifetiyle açık artırma yolu ile satışa çıkarılmasında, satışa esas muhammen bedelin belirlenmesi ve bunun için de payın, uzman bilirkişilerce tespiti yani kıymet takdirinin yapılması gerekecektir (İİK m. 87). Zira payın gerçek değerinin tespiti ancak bu şekilde mümkündür. Hacizli payın gerçek değerinin belirlenmesi için de öncelikle şirketin bir bütün olarak değerinin tespit edilmesi gerekecektir.

Şirketin değerinin belirlenmesi süreci, genel olarak şirketin bilançosunda yer alan her kalemin ayrı ayrı değerinin belirlenerek şirketin toplam değerine ulaşılmasını içerir. Şirketin değerinin belirlenmesi, şirketin, varlıkları, borçları ve öz kaynaklarının tümü ile değerlendirilmesini gerektirir. Değerleme sürecinde şirketin bilançosundaki her kalemin kendine özgü piyasa özelliklerine sahip olması sebebiyle, bu kalemler değerlendirirken bu farklı piyasa koşullarının dikkate alınarak şirketin bütün olarak değerinin belirlenmesi gerekir. Çünkü bilanço

kalemleri şirketin bilançosunda maliyet değeriyle yer almaktadır.¹⁸ Zira Türk Ticaret Kanunu'nda da asgari kıymet prensibi esastır.

Gerçek değer, good-will¹⁹ ve gizli yedek akçeler²⁰ de dahil olmak üzere limited şirketin bütün aktif ve pasifleri değerlendirilerek hesaplanır. Aktifler ara bilançoya muhtemel satış değerleri ile konulur.²¹

3. Haczedilen pay, bütün ortaklarla ve icra dairesinin muvafakatiyle başka bir ortak veya üçüncü şahıs tarafından devralınırsa;

Haczedilen payın, bütün ortaklarla ve icra dairesinin izniyle başka bir ortak ya da üçüncü şahıs tarafından devralınması durumunda da şirketin feshi önlenmiş olur. Devir işleminin gerçekleştirilebilmesi için kanunda alacaklının muvafakati aranmamıştır. Ancak alacaklının devir işlemine muvafakati gerekmemekle birlikte, hacizli ve devre konu payın değer tespitinde alacaklının borcu tahsil etme anlamında bir zararının mevcudiyeti gerçekleşirse, bu durumda alacaklının değer tespitine ilişkin işleme karşı şikayet hakkı söz konusu olacaktır.

Kanun'da açıklık bulunmamakla beraber kanımızca, ortaklıktan çıkarma (m. 523/4) halinden farklı olarak, payın devrinde, payın değer tespiti, haczi uygulayan icra dairesi tarafından tayin edilen bilirkişiler aracılığı ile gerçekleştirilecektir. Kıymet takdirine yönelik bu işlemin ilgililere tebliğ edilmesi sonucu ilgililerin kıymet takdirine karşı İİK m. 16 gereğince yedi günlük süre içerisinde icra mahkemesine şikayet hakkı söz konusu olacaktır.

İcra dairesinin devir işlemine izin vermemesi durumunda da, bu karar aleyhine yine ilgililerin İİK m. 16 gereğince İcra Mahkemesi'ne şikayet hakkı söz konusu olacaktır. Borçlu ortak ile devir alacak olan yeni ortak arasındaki devir işleminin de TTK'nın 520. maddesinde öngörülen kurala göre gerçekleştirilmesi de gerekecektir.²²

¹⁸ Çelik, Orhan, *Şirket Birleşmeleri Ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi*, Ankara 1999, s. 79.

¹⁹ Ticaret yerinin müşteri, mevki, itibar ve sair gayri maddi unsurları (Tuğlacı, Pars, *İngilizce-Türkçe İktisadi Hukuki Terimler Sözlüğü*, İstanbul 1996, s. 229).

²⁰ Firmalarda iktisadi varlıklarının düşük, borçların fazla değerlendirilmesi sonucu yaratılan, fakat öz sermayenin bir unsuru olarak bilançoda gözükmeyen, bilançonun aktif ve pasif pozisyonları içinde saklanan fazlalıktır. Diğer bir deyişle gizli yedek akçe, firmanın gerçek öz sermayesi ile bilançosunda görülen öz sermayesi arasındaki farktır. (Akgüç, Öztin, *Kredi Taleplerinin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1991, s. 61).

²¹ Poroy - Tekinalp - Çamoğlu, *a.g.e.*, s. 892.

²² Eriş, Gönen, *a.g.e.*, s. 2783.

TTK m. 520'ye göre devir işleminin geçerli olabilmesi için yukarıda belirtilen bütün ortakların ve icra dairesinin izni dışında, devrin pay defterine işlenmesi ve payın devri hakkındaki mukavele yazılı şekilde yapılmış ve imzası noterlikçe tasdik ettirilmiş olması gerekmektedir.

520. madde de devir işleminin gerçekleşebilmesi için ortaklardan en az dörtte üçünün muvafakat etmesi yeterli iken m. 523/3 hükmüne göre ise ortakların tamamının ve icra dairesinin devir işlemine muvafakat etmesi şartı aranmıştır.

4. Esas sermayenin ekseriyetini temsil eden ortakların sayı itibarıyla ekseriyeti aleyhinde takip yapılan ortağın koymuş olduğu sermayenin hakiki bedelini alarak şirketten çıkarılmasına karar verilmesi;

Limited şirketin borçlu ortağının, bu ortaklıktan çıkarılması hali de ayrı bir tasfiyeyi önleme nedenidir. Bu halde, ortağın tasfiyeye ilişkin gerçek payı hesap edilerek icra dairesine ödenmek suretiyle şirketin infisahının önlenmesi mümkündür.²³ İnfisahın önlenmesi için m. 523'ün son fıkrası gereğince, takibe konu alacağın miktarının pay bedelinden daha fazla olması durumunda pay bedelinin tamamının ve pay bedeli, alacak tutarından daha fazla ise bu durumda alacak miktarının tüm ferileri ile birlikte yani işlemiş faizler, takip masrafları ve ücreti vekalet ile birlikte icra dairesine verilmesi şarttır.

TTK m. 523/4'de düzenlenen halde, yukarıda da belirtildiği üzere, m. 523/3'deki payın devrine ilişkin durumdan farklı olarak, burada, hacizli payın değeri icra dairesi tarafından değil, şirket tarafından belirlenecektir. Değer tespit tarihi de çıkarma kararının verildiği tarih olacaktır. Ortaklık tarafından tespit edilen bu değer -özellikle borç miktarını karşılamaması durumunda- alacaklı tarafından kabul görmemesi nedeniyle, alacaklının ayrı bir dava açarak, hacizli payın değerini tespit ettirmesi mümkündür.²⁴

²³ Y. TD, 23.09.1966 T., E. 3578 / K. 3703 "... Ortaklardan birinin, ortaklık payını haciz ettiren alacaklının, TTK'nın 522. maddesine dayanarak, limited ortaklığın feshini istemek hakkı vardır. Buna karşı, aynı Kanun'un 523. maddesinde yazılı şartlar dairesinde payı haciz edilen ortağın şirketten çıkarılmasına karar verilerek suretiyle şirketin fesih ve tasfiyesi önlenebilir. Ancak, bu takdirde ortaklıktan çıkarılmasına karar verilen ortağa ait pay bedelinin iflas idaresine veya icra dairesine verilmesi, TTK'nın 523. maddesinin son fıkrası gereğince şarttır..." (Eriş, Gönen, *a.g.e.*, s. 2784-2785)

²⁴ Y. 11. HD, 17.04.2003 T., E. 11341 / K. 3922 - "... Davacı vekili, müvekkilinin dava dışı E.Y.'den alacaklı olduğunu, bu borçlunun, davalı ortaklıktaki payına haciz konulduğunu, davalı ortaklığın, hacizli payın mahkeme aracılığıyla değerinin tespit ve

TTK m. 523/4 hükmüne göre borçlu ortak, ortaklığın vereceği bir karar ile çıkarılır. Karar nisabı, esas sermayenin çoğunluğunu temsil eden ortakların sayı itibariyle çoğunluğu ile sağlanır. TTK m. 551/3'te öngörülen haklı sebeplerle ortaklıktan çıkarılmadan farklı olarak, TTK m. 523/4 hükmünde öngörülen infisahı önlemek için ortaklıktan çıkarılmada, başka bir çıkarılma hali olan sermaye payını ödemediği temerrüt nedeniyle ortaklıktan çıkartılma halinde olduğu gibi (TTK m. 529) ortak "kararla" yani ortaklar genel kurulunun aldığı kararla şirketten çıkarılır. Mahkemeye müracaat edilmez. Ancak karar nisabı TTK m. 551/3'te gibidir. Yani, ortakların sermaye payının gerçek değerini ödeyerek borçlu ortağı şirketten çıkarabilmeleri için, esas sermayenin ekseriyetinin yani yarısından fazlasını temsil eden ortakların sayı itibariyle ekseriyetinin çıkarılma hususunda karar vermeleri gerekir.²⁵

Sonuç olarak; limited şirket ortağının şahsi alacaklısı, borçlu ortağa karşı haciz yolu ile takibe girişip; borçlu ortağın limited şirketteki payının haciz ettirip, en az altı ay önce ihbar etmek şartıyla şirketin feshini isteyebilir (TTK m. 522/1). Böyle bir ihbar sonunda TTK m. 523'deki imkanlar kullanılmadığı ve mahkemece şirketin feshine karar verildiği takdirde, şirketin tasfiye süreci başlayacaktır. Tasfiye memurları da, aleyhine takip yapılan ortağa düşen tasfiye payını icra dairesine vermek zorundadır. (TTK m. 522/2).

karşılığının icra dosyasına yatırıldığını, bu bedeli kabul etmediklerini ileri sürerek, gerçek bedelin tespitini ve davalı limited ortaklıkta, davanın reddini savunmuştur. Mahkemece; iddia ve savunma ile toplanan delillere göre, davalı limited ortaklığın özvarlığının yitirilmesi nedeniyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Dava, davalı şirket hissedarı dava dışı E. Y'nin sermayesinin hakiki bedelinin tespiti işlemine ilişkindir. Dosyada mevcut Üçüncü Asliye Ticaret Mahkemesi'ne ait dosyada bulunan 03.04.2000 tarihli üç kişilik bilirkişi heyetince hazırlanan raporda davalı şirketin 29.02.2000 tarihi itibariyle özvarlığı hesaplanarak dava dışı hissedar E.Y'nin payı net olarak 1.100.000.000 TL olarak tespit edilmiş ve anılan mahkemece 05.04.2000 tarihinde bu bilirkişi raporuna göre tespit kararı verilmiştir. Dava dışı E.Y'nin davacı tarafından açılmış bulunan bu davada ise üç kişilik bilirkişi heyetince hazırlanan 15.08.2001 tarihli raporda 29.02.2000 tarihi itibariyle yapılan hesaplamalar sonucu davalı şirketin özvarlığını yitirmiş olduğu belirlenmiştir. Anılan şirketin her iki bilirkişi heyetince de 29.02.2000 tarihi esas alınarak yapılan özvarlık hesaplamasında farklı sonuçlara ulaşmaları nedeniyle iki çelişkili rapor oluşturduğundan ve davacı vekilince de bilirkişi raporuna itiraz edildiğinden, mahkemece yapılacak iş, raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesini temin için üç kişilik bilirkişi heyetinden yeni bir rapor alınması gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş ve kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir. (Eriş, Gönen, a.g.e., s. 2781-2782).

²⁵ Erdil, Engin, a.g.e., s. 97.

Limited şirketlerin tasfiyesi, anonim şirketlerin tasfiyesini düzenleyen hükümlere göre yapılacaktır. (TTK m. 552, m. 447) Türk Ticaret Kanunu'nun 552. maddesi "*Anonim şirketin tasfiye memurlarının tayin ve azilleri, tasfiyenin icrası, ticaret sicilindeki kaydın silinmesi ve ticari defterlerin saklanması hakkındaki hükümleri limited şirketlerde dahi kabul olunur*" demektedir. Bu hüküm gereğince, anonim şirketin tasfiyesine yönelik işlem ve prosedür limited şirketlerin tasfiyesinde de geçerli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akgüç, Öztin, *Kredi Taleplerinin Değerlendirilmesi*, 5. Bası, İstanbul 2001.
- Arslan, İbrahim, *Şirketler Hukuku Bilgisi*, 2004.
- Aslan, İ. Yılmaz - Şenyüz, Doğan - Ergün, Mevci, *İşletme Hukuku*, Bursa 2005.
- Ayhan, Rıza, *Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu*, İstanbul 1992.
- Bahtiyar, Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, İstanbul 2005.
- Başöz, Lütfü - Çakmakçı, Ramazan, *İcra Ve İflas Kanunu*, İstanbul 2003.
- Çelik, Orhan, *Şirket Birleşmeleri Ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi*, Ankara 1999.
- Çevik, Orhan Nuri, *Türk Ticaret Kanunu*, Ankara 1985.
- Deryal, Yahya, *Ticaret Hukuku*, Trabzon 2004.
- Erdil, Engin, *Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma*, İstanbul 2004.
- Eriş, Gönen, *Ticari İşletme ve Şirketler*, C. 2, Ankara 2004.
- Erturgut, Mine, *İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi*, Ankara 2000.
- İpekçi, Nizam, *İcra Ve İflas Kanunu'nun Tatbikatı (Şerh)*, Ankara 2001.
- Kayıhan, Şaban, *Ticaret Hukuku*, Sakarya 2003.
- Korkusuz, Refik, *İcra Hukuku Ve Uygulaması*, Ankara 2004.
- Kuru, Baki - Arslan, Ramazan - Yılmaz, Ejder, *İcra Ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2004.
- Musul, Timuçin, *İcra Ve İflas Hukuku-icra Hukuku I*, İstanbul 2001.
- Özkan, Hasan, *İcra Ve İflas Davaları Tatbikatı*, Ankara 1999.
- Öztan, Fırat, *Notlu-Sistemik Türk Ticaret Kanunu*, Ankara 1986.
- Pekcanitez, Hakan - Atalay, Oğuz - Sungurtekinözkan, Meral - Özekes, Muhammet; *İcra Ve İflas Hukuku*, Ankara 2004.
- Poroy, Reha - Tekinalp, Ünal - Ersin, Çamoğlu, *Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku*, İstanbul 2003.
- Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Temel Esaslar*, Adana 2004.
- Tuğlacı, Pars, *İngilizce-Türkçe İktisadi Ticari Hukuki Terimler Sözlüğü*, İstanbul 1996.
- Uyar, Talih, *Gereğeli-Notlu-İçtihatlı İcra Ve İflas Kanunu*, C. 2, İzmir 1996.
- Yılmaz, Z. Sanem, *Sermaye Şirketlerinde Geçici Hukuki Korumalar*, İzmir 2004.

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI'NIN TÜRKÇESİ ÜZERİNE

Saffet CAN *

*“Türk dili, dillerin en zenginlerindedir.
Yeter ki bu dil bilinçle işlensin.
Ülkesini, yüksek bağımsızlığını korumasını bilen Türk
Ulusunu, dilini de yabancı diller boyunduruğundan kur-
tarmalıdır.”*

(2 Eylül 1930, ATATÜRK)¹

Gerek gelişen ve değişen gereksinimlerin karşılanması, gerekse Avrupa Birliğine uyum sağlamak gerekmesiyle olsun, son yıllarda birçok yasada önemli değişiklikler yapılmış, bu arada Türk Ticaret Kanunu (TTK) Tasarısı da Başbakanlığa sunulmuş bulunmaktadır.

Geleceğin Türkiye'sinin ticaret yaşamında uyulması gereken kurallarını belirleyen bu TTK Tasarısı'nın Türkçesi üzerine birkaç değerlendirmede bulunma gereğini kamuoyu ile paylaşmak istedim. Yasa kurallarının kusursuz bir dil ile yazılması, hem insanların nelere uyulması gerektiğini iyi bilmeleri hem de o yasaya güven duymaları bakımından zorunludur.

TTK Tasarısı'nın gerekçesinde; *“Gerek Kanun'da, gerek gerekçede arı ve güzel Türkçe için özen gösterilmiştir. Teknik hukuk terimlerinin arılaştırılmasında Türk Medeni Kanunu esas alınmış, ayrıca uygulamada tutunmuş*

* Avukat, İstanbul Barosu.

¹ Bkz., tam metin; TDK, *Türkçe Sözlük*, (1988) başlangıç kısmında ATATÜRK'ün kendi el yazısının fotokopisiyle verilmiştir.

ve kavrama uygun anlam kazanmış terimlere de Kanun'da yer verilmiştir. Ancak, yadırganacak yeni terimler tercih edilmemiştir. Diğer yeni kanunlarla bu konuda uyum sağlanmaya dikkat edilmiştir. Terimde tekdüze kullanım ilkesi benimsenmiştir..." denilmektedir. Oysa:

1. 'Yasa' terimi, güzel Türkçemizin bilinçli işlenişinin eşsiz örneklerinden birini oluşturan anayasamızda kullanılmasına karşın bu terim yerine 'kanun' teriminin kullanılması bir çelişkidir. TTK Tasarısı'nın ön adı Türk Ticaret Yasası olmalıydı. Yüksek Yargıtay'ımızın kararlarında 'yasa' terimi başarıyla kullanılmaktadır.

2. a. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

B. Konut dokunulmazlığı

Madde 21. Kimsenin konutuna dokunulamaz. ...kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz.

b. Türk Medeni Kanunu

V. Yerleşim yeri

1. Tanım

19. Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir.

Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz.

Bu kural ticarî ve sınaî kuruluşlar hakkında uygulanamaz.

c. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi

V. İkametgâh. – 1. Tarifi.

Madde 19. Bir kimsenin ikametgâhı, yerleşmek niyetiyle oturduğu yerdir.

ç. Türk Ticaret Kanunu

Police

2. Adresli ve ikametgâhlı police.

586. Poliçenin üçüncü şahsın ikametgâhında ödenmesi şart koşulabilir.

Bu üçüncü şahsın ikametgâhı, muhatabın ikametgâhının bulunduğu yerde (adresli poliçe) veya başka bir yerde (ikametgâhlı poliçe) bulunabilir.²

3. Adresli ve ikametgâhlı poliçe

609. Keşideci poliçede, ödeyecek üçüncü bir şahsı göstermeksizin, muhatabın ikametgâhından başka bir yeri ödeme yeri olarak göstermişse muhatap kabul şerhinde bir üçüncü şahsı gösterebilir. Aksi takdirde muhatap, ödeme yerinde poliçeyi bizzat ödemeyi taahhüt etmiş sayılır.

Eğer poliçenin bizzat muhatabın ikametgâhında ödenmesi şart kılınmışsa, muhatap, kabul şerhinde ödemenin yapılacağı yer olmak üzere ödeme yerinde bulunan bir adresi gösterebilir.

d. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı (kısaca Tasarı'da denilebilecektir)

Madde 672. (3) Ayrıca belirtilmiş olmadıkça muhatabın soyadı yanında gösterilen yer, ödeme yeri ve aynı zamanda muhatabın yerleşim yeri sayılır.

Poliçe

2. Adresli ve yerleşim yerli poliçe

Madde 674. (1) Poliçe, bir üçüncü kişinin nezdinde, muhatabın yerleşim yerinde veya başka bir yerde ödenmek üzere düzenlenebilir.

3. Adresli ve yerleşim yerli poliçe

Madde 697. (1) Düzenleyen, poliçede, ödemenin nezdinde yapılacağı bir üçüncü kişiyi göstermeksizin, muhatabın yerleşim yerinden başka bir yeri ödeme yeri olarak beyan etmişse, muhatap kabul şerhinde bir üçüncü kişiyi gösterebilir. Aksi takdirde, muhatap ödeme yerinde poliçeyi bizzat ödemeyi taahhüt etmiş sayılır.

² Bkz., Tekinalp/Çamoğlu, *Türk Ticaret Kanunu ve Ticarî Mevzuat*, Beta. "TK, 586, adresli ve ikametgâhlı poliçeyi karıştırmış ve aynı kavramları düzenleyen 609. m. ile çelişkiye düşmüştür." açıklaması a. g. e., in dip notunda yer almaktadır.

e. Türk Ceza Kanunu

Konut dokunulmazlığının ihlâli

Madde 116 - (1) Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren cezalandırılır.

(2) Evlilik birliğinde aile bireylerinden veya konutun birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda...

Görüldüğü üzere, (yürürlükten kaldırılan) Türk Kanunu Medenisi ve da geçen '*ikametgâh*' terimi yerine anayasamızda ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'da '*konut*', Türk Medeni Kanunu (TMK) ve TTK Tasarısı'nda '*yerleşim yeri*' kullanılmıştır. Şimdi bu terimlerin sözlüklerdeki anlamlarını ayrı ayrı ele alalım.

İkametgâh: (ikamet, Arapça kökenli olup oturma; -gâh, Farsça kökenli olup yer anlamındadır). Oturulan yer, konut (Türkçe Sözlük, TDK, 1988).³

Konut: 1. bir kimsenin içinde yatıp kalktığı, iş zamanı dışında eğleştiği, genellikle içinde aile olarak oturduğu, sürekli olarak barındığı ev, apartman dairesi gibi yer. 2. tüzel kişiliği bulunan bir kuruluşun bulunduğu ve içinde iş gördüğü, yönetildiği yer. (A. Püsküllüoğlu, *Arkadaş Türkçe Sözlük*). TDK'nın sözlüğünde de benzer tanım verilmiş, mesken, ikametgâh anlamları eklenmiş.

Yerleşim yeri: İnsanlarca barınaklar kurulup yerleşilmiş olan toprak (A. Püsküllüoğlu, *a. g. e.*). Bu tanımları genişleterek bir örnekle açıklarsak, İstanbul'un; sokaklar, caddeler, parklar, evler, apartmanlar vb. ile üzerinde kurulmuş bulunduğu toprak, bir yerleşim yeridir.

Günümüz dilinde "*Toplu Konut İdaresi*", "*toplu konutlar*", "*konut kredisi*", "*Başak Konutları*" gibi adlandırmalarda kullanımı oldukça yaygın olan, Anayasamız ve TCK' da kullanılan '*konut*' terimi varken, yerleşilen toprak anlamına gelen '*yerleşim yeri*' terimine konut ya da ikametgâh anlamı yüklemek güzel Türkçemizi zorlamak değil midir? Konut sözcüğünün az yukarıda verdiğim günümüz dilindeki kullanımlarını '*ikametgâh*' sözcüğü ile yazarsak; '*Toplu İkametgâh İdaresi*', '*toplu*

³ Konut (bkz., Av. Hüseyin Özcan, *Hukuk Sözlüğü*, Seçkin, Ankara, 1985).

ikametgâhlar, *'ikametgâh kredisi'*, *'Başak İkametgâhları'* olarak karşımıza çıkan adlandırmaların dilimize hiç yakışmadığı, halk diliyle söylemek gerekirse *'ikametgâh'* sözcüğünün Türkçemizde sırtıttığını kolayca anlayabiliriz. TMK 19. maddesinin *"Maddede ve konu başlığında kullanılan 'ikametgâh' terimi yerine günümüz diline de uygun olarak 'yerleşim yeri' terimi kullanılmıştır."* diyen Hükümet gerekçesinde katılmak olası değildir. Çünkü yeni bir terim kullanılırken bunun, günümüz diline uygunluktan başka o terime verilmek istenen anlamı karşılıyor olması ve hukukun diğer dallarıyla da uyumlu olması gerekir. Yoksa yanlışlıklar zinciri uzar gider. *"Bu uzun ve kullanımı zor..."* diyen eleştiriler de sürer gider.⁴ Bir örnek:

*"İki poliçe arasındaki fark, adresli poliçenin ödeme yerinde üçüncü kişinin nezdinde ödenmesi, ikametgâhlı poliçede ise muhatabın ikametgâhu ile ödeme yerinin farklı mahaller olmasıdır... Poliçenin ödeneceği yerin muhatabın ikametgâhından başka bir mahal olacağını keşideci senette belirtirse, bu yer ister muhatabın ikametgâhu ile aynı yerde, ister başka yerde olsun, ikametgâhlı poliçe söz konusudur."*⁵ diyen bu açıklamada, TMK'da geçen *"yerleşim yeri"* terimi yerine TTK'ya uygun olarak *"ikametgâh"* terimi kullanılmıştır. *"Yerleşim yeri"* terimi kullanılsaydı *'yer'* sözcüğünün çokluğu nedeniyle anlatım karmaşıklaşır. Oysa konut terimi kullanılarak yapılacak bir anlatımın çok daha kolay anlaşılacağı kanısını taşımaktayım. Ayrıca, yabancı kökenli sözcüklerle yapılan anlatımların kavram karışıklıklarına da neden olabileceği bir gerçektir.

Yanlışlık önce Türk Medeni Kanunu'nda düzeltilmeli, burada geçen tüm *'yerleşim yeri'* terimleri yerine *'konut'* terimi getirilmelidir. TTK Tasarısı'ndaki *'yerleşim yeri'* terimi yerine *'konut'*, *'yerleşim yerli poliçe'* terimi yerine *'konutlu poliçe'* terimi kullanılırsa, Anayasa'mız ve Türk Ceza Kanunu ile de terim birliği sağlanmış olur. Yüksek Yargıtay'ımız Ceza Genel Kurulu'nun T. 21.06.1993, E.155, K.184 sayılı kararında, *"Konut; devamlı veya geçici olarak, kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yerlerdir."* demekle, kişilerin yerleşmek niyetiyle devamlı olarak oturdukları yerlerin de *'konut'* kavramı içinde olduğu kabul edilmektedir. Kişinin can ve mal güvenliği ile özgürlüğünün söz konusu olduğu Türk Ceza Kanunu uygulamalarında *'konut'* kavramının doğru ve anlamlı olarak geniş yorumlanıyor olması, hukukun diğer

⁴ Bkz., Doç. Dr. M. Bahtiyar, *TBB Dergisi*, sayı 61.

⁵ Bkz. Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, Arıkan, İstanbul.

dallarında 'konut' teriminin; "Konut, bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir." anlamıyla kullanılmasına bir engel oluşturmaz.

3. TTK Tasarısı'nda günümüz Türkçesine uygun yeni sözcük ve terimlere de büyük ölçüde yer verildiği görülmüştür. "Keşideci" yerine "düzenleyen", "azınlık" yerine "azlık" terimleri güzel Türkçemizin bilinçli işlenişinin en güzel örneklerinden sayılabilir. Sözlük anlamı (Farsça kökenli, banka ve her türlü piyango ikramiyeleri için) çekme, çekiliş (bkz. TDK, a. g. e.); yazılma, düzenleme (bkz., E. Şener, Hukuk Sözlüğü, Seçkin) olan keşide sözcüğüne Türkçe, -ci son eki getirilerek karşımıza kıymetli evrak hukukundaki keşideci terimi çıkarılmıştır. 'Düzenleyen' sözcüğünün keşideci anlamında kullanılmasının bu hukuk dalı açısından bir sakıncasının olması düşünülemez. Yine, kamu hukukunun azınlık (ekalliyet) kavramını çağrıştıran "azınlık" terimi yerine "azlık" terimini uygun gören Tasarı Hazırlık Komisyonu'nu gönülden kutlamamak elde değildir. Ne var ki bu örnekler daha çok olmalıydı. Keşideci yerine "düzenleyen" dendiği gibi kendisine söz söylenen kişi anlamında gelen 'muhatap' yerine 'ödeyici' teriminin kullanılması daha uygun olurdu. Bundan başka 'beyan etmek' yerine 'bildirmek, söylemek, anlatmak, ileri sürmek' sözcüklerinden anlamca uygun olanı seçilebilir, Tasarı'nın 697. maddesinde geçen "Aksi takdirde, muhatap, ödeme yerinde poliseyi bizzat ödemeyi taahhüt etmiş sayılır." tümcesi yerine günümüz arı Türkçesine de uygun olarak "Yoksa ödeyici ödeme yerinde poliseyi ödemeyi kendisi üstlenmiş sayılır." denilebilirdi. Türkçede anlatımın ağırlığını vermek istediğimiz sözcüğü yükleme yakın söyleriz. "Ben onu gördüm.", "Onu ben gördüm." örneklerinde anlam bakımından bir ayrım yoktur. Ancak anlatımın ağırlığı birinci örnekte 'onu', ikinci örnekte 'ben' sözcüğü üzerinde yoğunlaşmıştır. Yasa metninde "bizzat ödemeyi" denmekle ödeme eylemini kişi, vekili eliyle de değil, kendi eliyle yapmak zorunda anlamı çağrıştırılmıştır. Oysa para ödeme işi, özel yetenek ya da sanatkâr olmayı gerektiren bir iş değildir. Türkçemiz kolay bir dil değildir. Kusursuz bir Türkçe ile yasa çıkarmak ise hiç de kolay değildir.

SONUÇ OLARAK

Fransız Medeni Kanunu (Code Civil, 21 Mart 1804)⁶ dilinin kusursuz bir Fransızca olmasının en önemli nedenlerinden biri bunun, yaklaşık üç yüz yıl önce Fransız aydınların başlattığı Fransızcanın bilinçli işlenişinin sona erdiği bir dönemde yazılmış olmasıdır. Bizdekine benzer dil tartış-

maları Fransa'da da yaşanmış, dilin bilinçli işlenişi sonunda Fransızca yüzyıllar boyu dünyanın en güvenilir dili konumuna gelmiştir.

Bir dile yabancı kökenli sözcüklerin aşırı ölçüde yığılması o dili özgünlüğünden uzaklaştırır. Yüzyıllar öncesinin Yunus Emre'lerini, Karacaoğlan'larını hepimiz anlarız fakat onların döneminde yazılmış Divan Edebiyatı'nı çok azımız anlayabilmektedir. 'Bilgisayar' sözcüğünü hepimiz severek kullanırız. Dilimiz bilinçli işlenmeyip bu sözcük yerine yabancı kökenli bir sözcüğün alınması daha mı uygun olurdu? 'Yanıt' sözcüğü günümüzde sıkça kullanılır olmuştur. Büyük dil bilgini Kaşgarlı Mahmut'un, Arapların Türkçe öğrenmelerinde kolaylık olsun diye Arapça yazdığı, bu nedenle de adını bu dilde "*Divanü Lûgat-it-Türk*"⁷ koyduğu ölümsüz yapıtıdan, günümüz Anadolu Türkçesindeki 'altun', 'altın' vb. biçimindeki ses değişimine de uygun olarak, 'yanut' yerine 'yanut' biçimiyle alınmış olan bu sözcük günümüz Türkçesine kazandırılmamalı mıydı? Zengin ve güzel Türkçemizin en önemli sorunu bu olsa gerek.

⁶ Bkz., Grand Larousse Encyclopédique, 1961, Paris.

⁷ Bkz., Divanü Lûgat-it-Türk Dizini, TDK Yayınları, 1972, Ankara. (Divan'ın yazılmasına başlanışının 900. yılı anısına basılmıştır).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Altıncı Maddesi Kapsamında

ADİL YARGILANMA HAKKININ ESASLARI

Cüneyd ALTIPARMAK*

I. Genel Olarak

Adil yargılanma hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6'da düzenlenmiştir. AİHS m. 6 bireyin gerek medeni ve gerek cezai muhakemedeki haklarını belirlemektedir. Maddenin birinci bölümü hem ceza hem de hukuk (medeni) yargılama için genel esasları bildirmektedir. Diğer paragraflar, yani ikinci ve üçüncü paragraflar ise, ağırlıklı olarak, yakalama anından başlayarak ceza hukukuna ilişkin düzenlemeleri içermektedir.¹

Bunun doğal sonucu olarak AİHS m. 6/1 geniş yorumlamayı gerektirmektedir. Zira bu demokratik ve adil toplum isteğinin bir sonucudur.² Bu madde ile hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı güvenceye alınmaya çalışılmıştır.³ Altıncı madde kapsamındaki düzenlemelerin uygulama alanı sadece '*muhakeme süreci*' değildir. Bunun yanında yargılamaya hazırlık (önceki) ve hükmün uygulanması

* Avukat, Şanlıurfa Barosu.

¹ Schroeder, "Ceza Muhakemesinde 'Fair Trial' İlkesi", *IGUL Eğitim Programları*, Yayın No: 4, İstanbul-2004, s. 149; Mole, Nuala/Catharina, Harby, Adil Yargılanma Hakkı, Strasbourg-2003, s.6 (çev: Adalet Bakanlığı).

² Karakuş, Hakan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşı Oylarında Türkiye, İstanbul-2001, s.174. "Sözleşme bağlamında, demokratik toplumlarda adaletin hakkaniyete uygun olarak yerine getirilmesi hakkı o denli önemli bir yere sahiptir ki altıncı maddenin birinci paragrafının kısıtlayıcı şekilde yorumlanması bu hükmün amaç ve hedefine uygun düşmez" (Delcourt Belçika'ya karşı 17 Ocak 1970 25. Paragraf, akt: Mole/Catharina, s. 6)

³ Karakuş, s.173.

aşamasında (sonraki) da altıncı maddenin kapsamı dâhilindedir.⁴ Örneğin ceza yargılamasında polisin yakalama anından itibaren, altıncı kapsamında değerlendirilmeye tabidir.⁵ Bu anlamda “ceza iddiası” ve “sanık” kavramları iç hukukta konunun düzenlendiği yere göre değil, içerik yönünden ele alınacaktır.

Örneğin; Deweer Kararı’nda;⁶ yüksek fiyatla et sattığı için idari bir para cezası ödemesi halinde ceza davası açılmayacağından bahsedilmiş, ancak ceza davası açılmamıştır. Ancak Mahkeme bu durumda baştan itibaren sözleşmenin altıncı maddesinin geçerli olduğunu belirtmiştir. Yine, Adolf Kararı’nda, Mahkeme’ye başvuran kişi davada Mahkeme tarafından verilen düşme kararına itiraz etmiş ve düşme kararının gerekçesinin, kendisinin kusurlu olmadığını tespit etmediğini ileriye sürmüştür.⁷

Altıncı madde medeni hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde herkesin adil yargılanma hakkını garanti eder.⁸ Burada kapsama alınan hak “bireyin taraf olduğu her türlü dava değildir”. Bilakis sözleşme metninden de anlaşılacağı üzere, sadece “medeni hak ve yükümlülükler” ile ilgili olanlardır.⁹ Bu konuda Mahkeme’nin içtihatları, kapsamı tespit etmek için önemlidir.¹⁰

Öncelikle bir davada “medeni hakkın” belirlenmesine ilişkin olup olmadığının değerlendirilmesinde söz konusu olay ön plandadır. Yani somut olay incelenecektir.¹¹

⁴ Ambos, Kai, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AIHS m. 6”, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara-2004, (çev: Yener ÜNVER) s.15; Mole/Catharina, s. 9.

⁵ Imbroscia-İsviçre Kararı, 24 Kasım 1993, 36. Paragrafında ceza davaları için makul sürenin başlangıcının itham anı olduğu bildirilmektedir. (akt: Mole/Catharina, s. 9)

⁶ Deweer-Belçika Kararı 27.02.1980,

⁷ Schroeder, s. 149-150

⁸ Karakuş, s. 174

⁹ Koparan, M. Reşat, ‘Adil Yargılanma Hakkı’, *Bursa Barosu Dergisi*, Sayı:73, Aralık-2003, s.28

¹⁰ Mole/Catharina, s.10-11

¹¹ Örneğin Türkiye ile Sariye Akkuş arasındaki uyuşmazlık, kamulaştırma bedelinin düşük tutulduğu iddiası ile Yerel Mahkemede dava açmış, istimlak tarihinden itibaren işletilecek %30 faiz oranına ek olarak ödenmesi kararı kesinleşmiştir. Başvurucu lehine çıkan kararda Divan; devletin kendi alacaklarına %84 faiz oranı uygularken, yukarıdaki düşük faizin öngörülmesini, mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin ek protokole aykırı bulmuştur. (Koparan, s..28)

Bu konuda Mahkeme'nin verdiği Ringeisen-Avusturya davasında şöyle denmektedir: *"Konunun kararlaştırılmasında belirleyici olan yasanın türü (medeni, ticari, idari hukuk, vs.) ve konunun çözümlenmesinde yetkili kılınan merciin (normal mahkeme, idari kurul, vs.) özellikleri pek belirleyici sayılmaz."*¹² Mahkeme'ye göre davanın iç hukuktaki nitelendirmesi veya özellikleri belirleyici değildir. Maddenin uygulanabilirliği açısından en esaslı nokta yargılama sonucunun özel hukuk, hak ve yükümlülük için belirleyici olup olmadığıdır. Bunun yanında davaya konu edilen hakkın doğal bir hak olması gerektiği gibi, iç hukukun nitelemesi değil, içeriğine ilişkin değerlendirmeler önemlidir.

Nitekim AİHM König-Federal Almanya Cumhuriyeti davasında şöyle denmektedir: *"Bir hakkın sözleşmede ifade edildiği anlamıyla medeni olarak görülüp görülmeyeceği, söz konusu hakkın ilgili Devletin, iç hukukundaki yasal sınıflandırılmasına göre değil, esasa ilişkin içeriği ve etkilerine göndermeyle belirlenmelidir."*¹³ Mahkeme her olayı kendine özgü şartlarında kabul edip yargılamayı uygun bulmuştur.¹⁴ Mahkeme kararları göz önünde tutulursa, medeni hak ve yükümlülükler aşağıdaki gibi sıralanabilir:

a. Özel Kişilerin Kendi Aralarındaki İlişkiler: Mahkeme genellikle özel şahısların kendi aralarındaki ilişkilerden doğan davaları medeni hak ve yükümlülük kavramı çerçevesinde değerlendirmiştir. Bunun için; sözleşme hukuku,¹⁵ ticaret hukuku,¹⁶ tazminat hukuku,¹⁷ aile hukuku,¹⁸ iş hukuku¹⁹ ve mülkiyet hukuku²⁰ hep bu kapsamda değerlendirilecektir.

b. Bir Tarafın Devlet Diğer Tarafın Özel Kişi Olduğu Durumda: Bu konuda Mahkeme'nin somut olaya göre değerlendirme yaptığı

¹² Akt: Mole/Catharina, s. 11.

¹³ Akt: Mole/Catharina, s. 11.

¹⁴ Mole/Catharina, s. 12.

¹⁵ Ringeisen - Avusturya Kararı, 16.07.1971 (<http://cmiskp.echr.coe.int>) (erişim tarihi: 12.07.2005)

¹⁶ Edificaciones March Gallego S.A. - İspanya Kararı, 19.02.1998 (<http://cmiskp.echr.coe.int>) (erişim tarihi: 10.06.2005)

¹⁷ Axen-Almanya Kararı 08.12.1983 ve Golder - Birleşik Krallık Kararı, 21.02.1975

¹⁸ Airey-İrlanda Kararı, 09.10.1979

¹⁹ Buchholz-F. Almanya Cumhuriyeti Kararı, 06.05.1981 (<http://cmiskp.echr.coe.int>) (erişim tarihi: 10.06.2005)

²⁰ Pretto-İtalya Kararı, 08.12.1983 (<http://cmiskp.echr.coe.int>) (erişim tarihi: 10.05.2005)

görülmektedir. Ancak bu durumları Mahkeme genellikle medeni hak ve yükümlülükler kapsamında tutmuştur. Bunların başında; mülkiyet iddiaları, istimlak davaları, imar uyuşmazlıkları, emlak izinleri, mülkün kullanımından doğan davalar adil yargılama kapsamında değerlendirilmektedir.²¹ Bunun yanında altıncı madde, ticari faaliyetlere ilişkin olarak idarenin tutumunu içeren hususlardaki davalarda da uygulanır. Örnek olarak restaurantın alkol satabilme ruhsatının iptali,²² sağlık kliniği açma ruhsatı,²³ özel okul açma izinleri²⁴ gösterilebilir. Sosyal yardımı kapsayan davalarda da altıncı madde uygulanacaktır.²⁵ Bunlara örnek vermek gerekirse; sosyal sigorta kurumu, sağlık sigortasından faydalanma,²⁶ malullük,²⁷ devletten emekli olma²⁸ kararlarında Mahkeme'nin konuyu altıncı madde kapsamında değerlendirmesi olasıdır.²⁹

c- İdarenin Tutumundan Doğan Zararlarda: İdare ile yapılan veya yetisinde bulunan sözleşmelerden,³⁰ idari yargılamalarından,³¹ ceza yargılamalarından³² doğan zararlar³³ için yine Mahkeme altıncı madde kapsamında değerlendirme yapacaktır.³⁴ Bunun yanında Mahkeme'nin

²¹ Mole/Catharina, s.12

²² Tre Traktörer-İsveç Kararı, 07.07.1998

²³ König / F. Almanya Cumhuriyeti Kararı, 28.06.1978

²⁴ Jordebroy Vakfı-İsveç Kararı 06.03.1987 (<http://cmiskp.echr.coe.int>) (erişim tarihi: 10.05.2005)

²⁵ Tezcan, Durmuş/erdem, M. Ruhan/sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara-2002, s.232-234; Mole/Catharina, s. 12

²⁶ Feldbrugge - Hollanda Kararı, 29.05.1986

²⁷ Salesi İtalya Kararı, 26.02.1993

²⁸ Lombardo-İtalya Kararı, 26.11.1992

²⁹ Mole/Catharina, s.13

³⁰ Philis-Yunanistan Kararı 27.08.1991 (<http://cmiskp.echr.coe.int>) (erişim tarihi: 14.05.2005)

³¹ Persicope -Fransa Kararı 26.03.1992 ve Barraona-Portekiz Kararı 08.07.1987.

³² Ceza yargılamalarına ilişkin olarak mesela beraat kararından sonra AİHM m/5 kapsamında bir aykırılık mevcut olduğu halde, tazminat talebinde bulunulan davalarda yine 6. madde uygulanacaktır.

³³ Mole/Catharina, s.13

³⁴ Yukarıda saydıklarımızı Mahkeme'nin Genel olarak Medeni Hak ve Yükümlülük olarak değerlendirip, AİHM 6. maddeyi uyguladığı durumlar zikredilmektedir. Bunun yanında bazı konular ise bu kapsamın dışında değerlendirilmiştir. Bunlar başlıca; 1. Vergilendirme Konuları, 2. Göç ve Milliyet Konuları, 3. Askerlik Yükümlülüğü, 4. Kamu Görevine Seçilme Hakkı, 5. Eğitimin Devlet Tarafından Karşlanması Hakkı, 6. Pasaport Vermeyi Reddetmek, 7. Medeni Hukuk Kapsamındaki Adli Yardıma İlişkin Konulardır. (Bkz., Mole/Catharina, s. 13-14)

idare hukukundan doğan uyuşmazlıklar içinde aynı izleği işletip, konuyu medeni haklara ilişkin uyuşmazlık kapsamında değerlendirdiği açıktır.³⁵ Bunun yanında şuna değinmek gerekir ki; idarece kesilen para cezalarının (idari kabahatler) kesin olduğu durumların Sözleşme'ye aykırı olduğu iddia edilmiştir.³⁶

A. Makul Süre Kavramı

Stögmüller - Avusturya Kararı'nda da belirtildiği gibi³⁷ Mahkeme, muhakemenin makul süre içerisinde bitirilmesini istemektedir.³⁸ Zira geciken adalet, adalet değildir. Adaletin etkinliği ve bireysel hakların zarara uğramasını önlemenin en esaslı yolu da budur.³⁹ Altıncı madde ayrıca *"adaletin etkinliğini ve inandırıcılığını zedeleyebilecek gecikmeler olmaksızın sağlanmasının öneminin altını çizer."*⁴⁰

Makul süre şartı, dolayısıyla, makul bir süre içinde ve adli bir karar yoluyla kişinin medeni hukuka ilişkin olarak veya itham edildiği suç nedeniyle içinde bulunduğu sorunun en kısa zamanda giderilmesini, çözüme kavuşturulmasını teminat altına alır.⁴¹

Makul süre medeni hukuk ve ilişkin davalarda (ceza yargısı dışındakilerde) davanın görülmeye başladığı anda, ceza yargılamasında ise itham (suçlamanın yapılması) ile başlar.⁴² Bu süreç, kararın kesinleşmesi ile biter.⁴³ Nitekim Mahkeme 17.01.1970 tarihli Delcourt Kararında şöyle demektedir: *"Mahkeme kararları kişileri sürekli etkilemektedir, dava hâkiminin kararı temyize neden oluyorsa, ceza davalarında davalı gündem dışında kal-*

³⁵ Koparan, s.28

³⁶ Tezcan/Erdem/Sancaktar, s.234,237 vd. Koparan, s. 29. Bu konuda örneğin 07.07.1989 tarihli Tree Traktörler Aktrebolag Kararı, 27.10.1987 tarihli Pudas Kararına bakınız (Tezcan/Erdem/Sancaktar, s.235)

³⁷ "Mahkemede ki yargılamanın tüm taraflarını çok uzun usul gecikmelerine karşı korumaktır' (Stögmüller - Avusturya Kararı, 10.11.1969)

³⁸ Karakuş, s.175

³⁹ Er, Deniz Erol, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Sanık Hakları, Ankara-2002, s.100

⁴⁰ H-Fransa Kararı, 24.10.1989, 58. Paragraf (akt: Mole/Catharina, s.22)

⁴¹ Karakuş, s.175

⁴² Yıldız, Mustafa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, İstanbul-1998, s. 115-116, Mole/Catharina, s.22, Karakuş, s.175

⁴³ Yıldız, s.117, Karakuş, s.175

mamaktadır. Bir ceza davasında beraat veya mahkûmiyet kararı kesinleşmediği sürece, dava üzerinde gerçekte karar verilmiş olmamaktadır.”⁴⁴

AIHM kararlarına göre bir davada makul sürenin aşılıp, aşılmadığına; 1. Davanın niteliği, 2. Başvurucunun tutumu, 3. Adli veya idari mercilerin tutumu, 4. Başvurucunun yitirdiği veya yitirebileceği haklar göz önüne alınarak karar verilecektir.⁴⁵

1. Davanın Niteliği

Davanın niteliği ile anlatılmak istenen; davanın karışıklığıdır.⁴⁶ Bu her davada ayrı ayrı değerlendirilir. Ulusal hukuk sistemi, her dava için farklı geçecek süreçler öngörmüştür.⁴⁷ Bu nedenle her dava içeriği farklı olarak değerlendirilecektir. Zira temin edilmesi gereken maddi deliller, suç isnadı yapılan kimseler, tanık sayısı, uluslararası unsurlar, davanın birleştirilmesini veya ayrılmasını gerektiren unsurlar, müdahil olunma gibi durumlar davanın karmaşıklığını yani niteliğini ortaya koymak için değerlendirilecektir.⁴⁸ Çünkü bazen yargılama süresinin

⁴⁴ Bunun yanında Mahkeme'nin aynı yönde verdiği 15.07.1982 tarihli ECKE – F.Almanya Cumhuriyeti Kararı'nda, cezanın kesinleşmediği sürece, sadece bir suçlamanın, bir isnadın üzerine yapılan başvuru madde 6 kapsamında değerlendirilemez. Zira dava derdesttir ve kesinleşmemiştir. Derdestliğin süresi önemli değildir. Karar kesinleşmelidir, gibi ibarelere yer verilmektedir.

⁴⁵ Karakuş, s.175–176, Mole/Catharina, s. 22.

⁴⁶ Karakuş, s. 175.

⁴⁷ Koparan, s. 30.

⁴⁸ Yıldız, s. 119–120; Mole/Catharina, s.23; Karakuş, s.175; Burada davanın karmaşıklığı yani çözümünün ne kadar bir zaman alacağı ve karmaşıklık kavramı içerisinde hangi hususların yer alacağı ifade edilmektedir. Bunun yanında bir davanın niteliği kavramına davanın siyasal, sosyal koşulları ele alması gibi hususlarda girebilir. Nitekim Loizidu Davası'nda, Türkiye davaya ilişkin bazı argümanlar ileri sürmüştür. Bunların başında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği bazı kararlar vardır. Türkiye bu konuda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İtalya hakkında verdiği Pinto Kararı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine GKRY'nin Türkiye aleyhine açtığı Dördüncü Devlet Davasını ileri sürmüştür. İlk kararda İtalya Yargı sisteminde davaların uzun sürmesi sebebiyle açılan davalarda Roma'nın yaptığı iç hukuk yolunun tüketilmesi hakkındaki başvuru kabul edilmiştir. İkinci kararda ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, KKTC yargısını 'etkin iç hukuk yolu' olarak kabul etmiştir. Ancak bu davada Türkiye Mayıs 2001'de AIHS'in 2.3.5.6.8.9.10.13. maddeleri ve 1' nolu Protokolün 1. ve 2. maddeleri uyarınca tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. Bunun yanında Türkiye, sorunun siyasal ve tarihsel olgu olduğunu, verilecek kararın hukuksal olmaktan çok, politik olacağını ileri sürmüştür. Nitekim bu görüş Loizidu Kararında karşı oy kullanan hâkimler tarafından da dile getirilmiştir. (Özkan, Ayşe

uzaması gerekebileceği gibi, bazen uzaması adaletin tam yerine gelmesi için gerekli olacaktır. Örneğin iki davanın paralel yürütüldüğü bir cinayet soruşturmasında Mahkeme, altı yıl üç ay süren yargılama süresini makul bulmuştur.⁴⁹ Bunun tersine iki yıl beş ay süren yargılamayı, Mahkeme, makul bulmamıştır.⁵⁰ Yani makul sürede yargılama yapıp yapılmadığı her olayın ve davanın gidişatına göre ortaya konacaktır. Gerek hukuksal problemin çözümündeki güçlük, gerekse davayı sonuçlandıracak unsurların bir araya getirilmesindeki zorluklar ele alınacaktır.⁵¹

Ülkemize ilişkin bu konuda çok karar çıkmıştır. Yağcı-Sargın davası dört yıl sekiz ay sürmüş, Mansur davası yedi yıl sürmüş, Akyazı davası on altı yıl sürmüş ve bu davalarda Mahkeme Türkiye'yi haksız bularak mahkûm etmiştir.⁵²

2. Başvurucunun Tutumu

Başvurucunun tutumu ile anlatılmak istenen, yerel mahkemede yargılama yapılırken elinden gelen kolaylığı göstermesidir.⁵³ Yani ilerde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuracak kimsenin, somut davada, yargılamanın makul süreyi aşan bir biçimde bitirilmesine kendi kusuru ile sebebiyet vermiş olmaması gerekmektedir. Bu başvurucun

'Kıbrıs'taki Mülkiyet Uyuşmazlığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve KKTC Yargısı Arasında Çözüm Girişimleri', *Stratejik Analiz*, cilt: 4, sayı: 42, Ankara-2003)

⁴⁹ Boddaert - Belçika Kararı, 12/101992 (<http://cmiskp.echr.coe.int>) (erişim tarihi: 10.05.2005).

⁵⁰ Yağcı&Sargın - Türkiye Kararı 08.06.1995, Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 6. Maddelerine İlişkin Açıklamalar, adlı kitapçığında konuya aynen şöyle değinmiştir.

"Yargılamanın makul sürede görülmesinin tespiti medenî hak davalarında davanın yargı makamına götürüldüğü tarihten başlamakta ve kesin hükümle sonuçlanmasına kadar geçen süreyi kapsamaktadır. Ceza davası ise teknik anlamda sanığa ithamın yapıldığı tarihten başlatılmaktadır. Makul süreyi tespit ederken AHİM davanın konusu, niteliği, tarafların sayısı, karmaşık olup olmadığı, mahkemeden ve taraflardan sadır olan gecikmeleri dikkate almaktadır. Ancak süre için kesin bir belirleme yapmak, bir başlangıç eşiğinden bahsetmek, her davanın koşulları değişik olacağı için, olanaklı görülmemektedir".

⁵¹ Karakuş, s. 175.

⁵² Koparan, s. 30-31.

⁵³ Yıldız, s. 120.

yargılama sürecini hızlandırmak için elinden geleni yapmasını değil, sadece, bu sürece engel olmaması gerekliliğini ifade eder.⁵⁴

Örneğin Ekle-Federal Almanya Cumhuriyeti Kararı'nda Mahkeme, Federal Almanya Hükümeti'ni 6. maddeyi ihlal ettiği için mahkûm etmiş ancak tazminatı başvuruca bazı ihmalleri yüzünden az tutacağına değinmiştir.⁵⁵ Yine bu konudaki farklı bir kararda başvurucaınun asgari düzeydeki davranış sınırını söyle çizmiştir:⁵⁶ *“Kendisi ile ilgili usul aşamalarını yerine getirirken özenli davranması, geciktirme amaçlı taktikler kullanmaktan kaçınması ve iç hukukta bulunan yargılamanın kısıtlanmasını sağlayacak imkânlardan yararlanmaktır.”*⁵⁷

Başka bir kararda⁵⁸ Mahkeme'ye başvuran tarafın kendi ülkesindeki yargılama süresince on yedi kez duruşmanın ertelenmesini istemesini ve bunun yanında karşı tarafın duruşmanın ertelenmesi için yaptığı altı talebe de itiraz etmediği için yargılamanın on beş yıl sürmesini makul bulmuştur.⁵⁹

3. Adli veya İdari Mercilerin Tutumu

Gecikme genellikle başvuruca taraftan çok, yargılamayı yapan mahkeme, adli ve idari makamların tutumundan kaynaklanmaktadır.⁶⁰ Doğal olarak bu da devletin sorumluluğunu beraberinde getirecektir. Mahkeme bir kararında adaletin hakkaniyete uygun biçimde yerine getirilmesi gerekliliği üzerinde durmuş, ulusal yargı mekanizmasının (yerel mahkemelerin) davaları usulüne uygun ele alma zorunluluğunun

⁵⁴ Karakuş, s. 175, Mole/Catharina, s. 23.

⁵⁵ Yıldız, s. 227.

⁵⁶ Ayrıca Konu ile ilgili olarak bkz., Unión Alimentaria Sandres S.A. – İspanya Kararı

⁵⁷ Mole/Catharina, s.23, Aynı nitelikte başka bir kararda 15.11.1996 tarihli Ceteroni – İtalya Kararıdır. Yine burada da başvurucaınun usuli işlemleri geciktirmemesi gerektiği üzerine vurgu yapılmıştır.

⁵⁸ Cìricosta&Viola – İtalya Kararı 04.12.1995.

⁵⁹ Karakuş, s. 181, Mole/Catharina, s. 23. Bunun gibi Yağcı&Sargın – Türkiye kararında, Dobbartin – Fransa kararında aynı konulara değinilmiştir. 24.11.1994 tarihli Beaumartin – Fransa kararında Mahkeme; başvurucaınun davayı yanlış mahkemeye götürerek dava başvurusundan itibaren ancak dört ay sonra layihanın verilmesine sebep olan ancak davalı bakanlığın kendi layihasını sunmasını yirmi aydan fazla sürmesine ve ilk duruşmasını beş yılı aşan bir süre sonra yapıldığı için mahkemeyi kusurlu bulmuştur. (Mole/Catharina, s. 23–24).

⁶⁰ Mole/Catharina, s. 24, Karakuş, s. 175.

olduğunu belirtmiştir.⁶¹ Bunun yanında diğer bir kararında mahkeme, belirli haklı sebeplerden dolayı oluşan gecikmeler için yerel mahkemenin sorumlu olmayacağını,⁶² makul süreyi uzatmış olmayacağı kanaatindedir.⁶³

Ulusal mahkemenin görevi “*ulusal mahkemenin özel bir görevi de yargılamada rolü olan herkesin gereksiz gecikmeleri önlemek için azami çaba göstermesini sağlamaktır*”.⁶⁴ Bunun için devlet gereken tedbirleri almak ile yükümlüdür. Bu tedbirlerin içerisine yetersiz personeli eğitime, personel sayısını arttırma gibi hususlar girmektedir.⁶⁵

B. Tarafsız ve Bağımsız Mahkeme

Medeni hak ve yükümlülük ve cezai isnatlara ilişkin uyuşmazlıklar Sözleşme uyarınca yasayla kurulmuş bir mahkeme tarafından karara

⁶¹ Boddaer-Belçika kararı 12.09.1992

⁶² Ewing-U.K. kararı, Bu konuya örnek vermek gerekirse; bir davayı bekletici sorun yapma, mahkeme kaleminden doğan gecikmeler, idari organlardan beklenen yazılar, temyiz başvurusunun duruşmalı olması istemi, davaların görevsizlik veya yetkisizlik iddiası ile mahkemeler arasında dolaşması gibi durumlardır.

⁶³ Mole/Catharina, s. 24. Yukarıdaki kararda Mahkeme, belirli nedenlerden dolayı kanıt toplanmasından ve üç davanın birleştirilmesinden dolayı oluşan gecikmeleri keyfi veya gayri makul bulmamıştır.

⁶⁴ Mole/Catharina, s.24

⁶⁵ Mole/Catharina, s. 25, Ayıca bkz., Milasi-İtalya kararı 19.06.1987 Ayrıca Medeni Hak ve Yükümlülüklerin kullanılmasına ilişkin olarak örnek verirek; “Çocuk velayeti davaları. AİHM Hokkanen Finlandiya’ya karşı davasında ‘... Velayet davalarının hızla görülmesi esastır’ demiştir. İgnaccolo-Zennide Romanya’ya karşı davasında AİHM, çocuklarla ilgili davalarda kararların sadece sürenin dolmasına göre verilmemesi gerektiğini belirtmiştir. İşverenle anlaşmazlıklar. AİHM Obermeier Avusturya’ya karşı davasında şunu bildirmiştir: ‘...işvereni tarafından açığa alınmasının haksız bir karar olduğunu düşünen bir çalışanın kişisel menfaati gereği bu önlemin yasallığına ilişkin derhal adli bir karar alınmalıdır’ Bedensel zarar davaları. AİHM Silva Pontes Portekiz’e karşı davasında, başvuru bir trafik kazasındaki ciddi yaralanmadan dolayı tazminat talebinde bulunuyorsa, özellikle özen gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Süratin esas olduğu diğer davalar. X Fransa’ya karşı davasında, başvuru nakledilen kan virüslü olduğundan, HIV virüsü kapmış ve Devlete karşı tazminat davası açmıştı. Başvurucunun durumu ve ömür beklentisini göz önünde bulunduran, AİHM iki yıl süren yargılamanın gayri makul uzunlukta olduğu kanaatine varmıştır. Ulusal mahkemeler duruşmaların hızlandırılması doğrultusunda yetki kullanmamıştır. Ayrıca A ve diğerleri Danimarka’ya karşı davasında AİHM’nin kanaatine göre ‘...yetkili idari ve adli makamlar bu tür anlaşmazlıklarda, AİHM içtihadının 6. Madde(1) kapsamında gerektirdiği istisnai özen ile davranmak için olumlu bir yükümlülük altındaydılar.’ (Mole/Catharina, s. 26-27)

bağlanmalıdır.⁶⁶ Temel hakların kullanılmasının yargısal mekanizmaya geçmesi, yani bir uyuşmazlık üzerine adli mercilere başvurma, adaletin sağlanması yani hakkaniyete uygun karar verme zorunluluğunu getirecektir.⁶⁷ Sözleşme'ye göre Mahkeme'nin yasa ile kurulmuş olması gerekir, bu ise Mahkeme'nin 1. Özerk olmasını yani yargılama kabiliyetine ve karar verme yetkisine tek başına sahip olmasını, 2. Kesin karar mercii olmasını yani verdiği kararın tek başına uygulama kabiliyetinin olması gerektiğini, 3. Kanuni dayanağının bulunmasını yani yargı yetkisi ve çevresinin kanun yolu ile belirlenmiş olması demektir.⁶⁸

Yargılamayı yapacak mahkemenin bağımsız, tarafsız olması ve bunu görüntü olarak da yansıtması gerekir.⁶⁹ Bir karardaki yargılamayı yapan mahkeme ile ilgili şu tespit önemlidir. *"Mahkeme'nin kamuoyunda mutlak surette güven vermeleri için örgütsel konumlarının da göz önünde bulundurulması zorunludur. Bir hâkimin, daha önce savcı olarak görevliyken ve bu işlevi gördüğü esnada belirli bir olayda yetkili konumda iken daha sonra bu olayla ilgili davada mahkeme üyesi olarak görevlendirilmiş olması, tarafsızlığı konusunda kuşku uyandırmaktadır. Hukuka saygılı olanlar, bu durumdan haklı olarak tedirgin olabilirler."*⁷⁰ Bu kararda asıl vurgulanmak istenen; mahkemenin tarafsızlığına ilişkin bir şüphenin dahi bulunamamasının gerektiğidir.⁷¹

Tarafsızlık kavramı Mahkeme'ce iki *"kavram"* üzerine oturtulmuştur. Bunlar *"öznel"* ve *"nesnel"* tarafsızlık kavramlarıdır. Öznel tarafsızlık; yargıçların birey olarak tarafsızlığını anlatır.⁷² Mahkeme'ye göre usulüne uygun atanmış her yargıcın tarafsız olduğunu düşünülür, bunun aksini ispat etmeyi müddeiye bırakmıştır. Fakat nesnel tarafsızlığa her hangi bir ufak şüphe neden olabilecektir. Zira nesnel tarafsızlık, *"kurum"* olarak Mahkeme'nin tarafsızlığını ifade eder.⁷³ Nitekim Mahkeme; *'hakkında tarafsızlığından korku duyulması için meşru neden bulunan yargıçların çekil-*

⁶⁶ Yüksel, Murat, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Üzerine Bir İnceleme', *Legal Hukuk Dergisi*, Mayıs-2004, Sayı: 17, s. 1280.

⁶⁷ Yıldız, s. 120.

⁶⁸ Yüksel, s.1280-1284.

⁶⁹ Yıldız, s. 121.

⁷⁰ Piersack-Belçika Kararı 01.10.1982, YILDIZ, s. 121.

⁷¹ Yıldız, s. 121.

⁷² Karakuş, s. 174.

⁷³ Karakuş, s. 174.

mesi gerektiğini' açıkça belirtmiştir.⁷⁴ Bunun yanında ulusal hukukta bu konuya ilişkin yer alan düzenlemelerde önem taşımaktadır.

Bir mahkemenin bağımsız olup olmadığına karar verirken, Mahkeme şu hususları göz önünde tutmaktadır. a) üyelerin atanma biçimi,⁷⁵ b) görev süreleri, c) dış baskılara karşı korunaklı⁷⁶ olmaları gibi hususlar bulunmaktadır.⁷⁷ Bunun için Mahkeme'nin oluşumu iyi incelenir. Yargıç atama sisteminin uygun olması gerekir.⁷⁸ Bunun yanında atama süreleri de önem arz etmektedir. Atanma süresinin altı yıl olması Le Compte-Belçika davasında uygun bulunmuştur. Buna karşın Campbell-Birleşik Kralık davasında üç yıllık süre yetersiz bulunmuş, fakat görevin gönüllü olmasından dolayı altıncı maddenin ihlal edilmediği kanaatine varılmıştır.⁷⁹ Bir Mahkeme'nin kararını ancak, bir başka mahkeme bozabilir.⁸⁰ Bunun aksi bir durum mahkeme üzerinde yargısal olmayan başka bir kurum ihdas etmek demek olacaktır ki bu da; bağımsızlık kavramını zedeler.⁸¹

Yukarda zikredilen Mahkeme kavramı dar anlamı ile algılanmamalıdır. Zira burada, yargı erki dışında yer alan ancak niteliği itibari ile kararları mahkemeler gibi olan kurumlarda mevcuttur. Örneğin, cezaevi

⁷⁴ Mole/Catharina, s. 29

⁷⁵ Mahkeme'ye göre, mahkeme üyelerinin hangi organ tarafından atandığı tek başına mahkemenin bağımsız olup olmadığını belirtmenin mümkün olmadığı kanaatinindedir. Bir mahkemenin üyelerini atanmasında siyasi ve bürokratik etkenlerin olması bağımsızlık ilkesine uygun bulunmuştur. (Yüksel, s.1287) Belles-Switzerland Davasında komisyon, yargı organı üyelerinin yürütme tarafından atanmasını veya meclis tarafından seçilmesini yalnız başına kuşku uyandıracak bir durum olarak görmemiştir. (Yüksel, s.1288). Bunun yanında; Uslu-Türkiye Kararında Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulunun hâkimleri atamasını bağımsızlığa gölge düşürecek bir durum olarak görmemiştir. (Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Ankara-2003, c.1, s.1004)

⁷⁶ Burada anlatılmak istenen; mahkemenin bir yargısal karar verirken, dış dünyada ki yorumlara karşı güvencede olmasıdır. Talimat, emir vb. iç, yorum ve öneri gibi dış etkenler mahkemeni bağımsızlığını etkiler, gölgeler (Yüksel, s.1289).

Örneğin; Beaumartin-Fransa Kararında milli mahkemenin önündeki davayı görmekte iken, yürütme makamının demeçlerine göre karar kurması bağımsızlık ilkesine aykırılık teşkil ettiği kabul edilmiştir. (Doğru, s.961)

⁷⁷ Karakuş, s.174

⁷⁸ Mole/Catharina, s.27

⁷⁹ Doğru, s. 911; Mole/Catharina, s.28

⁸⁰ Yüksel, s.1281-1282

⁸¹ Mole/Catharina, s.29

disiplin komisyonları, meslek disiplin komisyonları, hakem heyetleri vs.⁸² bu kapsamda değerlendirilmelidir.⁸³

C. Aleniyet Kavramı

Yargılamanın '*şeffaf*' olması, demokratik toplumun unsurlarından olan '*adil yargılanma ilkesinin*' gereğidir.⁸⁴ Olması gereken nitelikte aleni olmayan bir yargılama, adil sayılamaz.⁸⁵ Yargılamanın ilke olarak kamuya açık olması, adil yargılanma hakkı açısından dava tarafları için güvence oluşturduğu oranda, kamuoyunun yargıya güvenini de artırır.⁸⁶ Yargılamanın aleniliği prensibinin ihlali, hukuki veya fiili konunun veya sürecin dışına çıkarılmakla söz konusu olabilir. Duruşmanın yeri, yapıldığı zaman ve içeriği hakkında bilgilere ulaşılabilir ise "*duruş-*

⁸² Doğru, s. 722, Yüksel, s. 1281.

⁸³ Koparan, s.29, Örneğin Sramek-Avusturya kararında; Mahkeme, taşınmaz muameleler kurulu, iç hukukta bir idari kurul olarak görülmesine rağmen, bir yargı yeri olarak tanımlamıştır. Zira bazı idari işlevler de yüklenen bir organın yargısal işlevler getirdiği sırada bir mahkeme olarak görülmesi mümkündür. (yüksel, s. 1280-1281).

⁸⁴ Toroslu, Nevzat, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara-1998, s. 257-258, Aleniyet; en kaba tanımı ile 'bir işin açıkta ve meydanda olması' demektir. Aleniyet prensibi amme hizmeti gören kurumlarının halkın bilgisi olması ve kamuya güven vermek için işlerini 'açık' şekilde görmesini ifade eder. Daha basit bir tanımla; mahkemelerde muhakemenin halka açık şekilde yapılmasıdır. Muhakemenin topluma kapatılması, verilen kararların güvenilirliğini kaybettirmiştir. Bu da modern anlamda 'insan haklarına' zarar veren bir durumdur. Aleniyet prensibi ilgisiz olmayanların (halkın, başkalarının) duruşmayı izleme ve bunu (duruşmaya ilişkin iş ve işlemleri) dışarıya aktarabilme durumu olarakda nitelendirilebilir. Aleniyet, adil bir muhakemenin en önemli unsurlarındandır. Zira 'mahkemenin tarafsızlığı', 'hukuk devleti', 'delillerin ikamesi' ve 'lekelenmeme' gibi ilkelerin uygulanırılığını ve tespitini sağlayan başlı başına bir müessesesidir. Yani aleniyet aslında bir potansiyel denetleme mekanizması olup, yargılama makamının konumunu inceler. Adil yargılanma ilkesinin (AİHS m. 6) temel bir unsuru olarak kabul edilen aleniyet ilkesi AİHS m. 6/1 de şu şekilde ifade edilmiştir: "herkes gerek kişisel hak ve yükümlülükleri ile gerek bir suç isnadının karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından... Aleni surette dinlenmesini istemek hakkına haizdir. Hüküm aleni olarak verilir. Ancak duruşmayı izleyenler ve basın mensupları, çocuk ve gençlerin menfaatlerini veya davaya taraf olanların özel yaşamlarını korumanın gerektirmesi halinde ve adaletin zarar göreceği özel hallerde mahkemenin kesinlikle gerekli olduğuna inandığı ölçüde, demokratik bir toplumdaki genel ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik amacıyla duruşmanın tamamından veya bir bölümünden çıkarılabilir".

⁸⁵ Cihan, Erol- Yenisey, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul -1997, s. 29

⁸⁶ Ladewig, Hans-Meyer, "Adil Yargılanma Hakkı", *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara, 2004, s. 87, (çev. Hakan Hakeri) ; Karakuş, s. 176, Koparan, s. 31

ma alenidir” denilebilir.⁸⁷ Mahkeme aleniyet ilkesini iki aşamalı inceler. Bunlar; a. duruşmanın aleni olması, b. kararın aleni olmasıdır.

1. Duruşmanın Aleni Olması

Bir işin aleni olması, ilgisiz kimselerin dahi olaya şahit olmasından geçmektedir.⁸⁸ Duruşmanın aleni olması da buna paralel olarak, kişilere karşı bir özellik ayırımına gitmeden, herkesin girip, dinleyebileceği bir ortamı ifade eder. Böylece gerek sanık ve gerekse savunma makamının iddia ve düşüncelerini daha rahat aktarması söz konusu olacaktır. Bununla birlikte duruşmanın daha sağlıklı gelişmesini ve kararın da buna paralel olarak adil oluşması sağlanacaktır. Duruşmaların aleniyetinin oluşması için devletler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca olmak sağlamak zorundadırlar.⁸⁹ Nitekim aleniyet dava süresince olup, bitenleri rahatça duymayı (hakimin, savcının, avukatın vb.) ve görmeyi gerektir.⁹⁰ AİHM, Sözleşme hükümlerinin uygulanmasının her ülkede farklı olduğunu düşünmektedir. Mahkeme; yargılamadaki aleniyeti tespit için, istenilen amaca ulaşıp ulaşılmadığını göz önünde tutmaktadır. Mahkeme bu konuda aleniyet ilkesini zorunlu görmekte, fakat denetimde esnek davranmaktadır. AİHM, esas olarak ilk derece mahkemelerindeki yargılamanın aleni olması gerektiği üzerinde durmuştur.⁹¹ İlk derece mahkemelerinden sonraki aşamalarda (yasa yollarında) aleniyet ilkesinin uygulamasının denetimi daha da yumuşatılmıştır. Buna göre yargı yollarında; olayın maddi boyutuna ilişkin hüküm verilecekse, sözü edilen itiraz eğer ilk derece mahkemesinin yargılamasına ilişkinse veya sanığın sorumluluğunun tespiti gerekiyorsa duruşmalar yine aleni olmalıdır.⁹² Yani üst yargı mercilerinin iş yükü dolayısı ile duruşmasız

⁸⁷ Ladewig, s. 87.

⁸⁸ Özön, Mustafa Nihat, *Osmanlıca-Türkçe Sözlük*, İstanbul-1985, s. 26.

⁸⁹ Koparan, s. 31.

⁹⁰ Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2002,s.443; Gölcüklü, Feyyaz ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma’, *AÜSBFD*, Ocak-Haziran, 1994, s.216

⁹¹ Sevük Yokuş, Handan, ‘Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi’, *Çetin Özek Armağanı*, İstanbul-2004, s. 751; İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul-2002, s. 330

⁹² Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara, 2002, s. 289,

yargı faaliyetinde bulunması olasıdır. Bu da sözleşmeye aykırı değildir. Ancak duruşmalı bir iş görüyorsa bu kesinlikle aleni olmalıdır.⁹³

Aleniyet ilkesinin ihlal edilmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce kesinlikle *'adil yargılanma'* ilkesine aykırı sayılmıştır. Bu konuya Mahkeme Axen- F. Almanya Cumhuriyeti Kararı'nda şöyle değinmiştir: *"Adli kurumların baktığı davaların altıncı maddede söz edilen kamusal niteliği davacıları adaletin gizlice, kamuoyu denetimi olmasızını idaresine karşı korur, ayrıca gerek üst gerekse alt mahkemelere güvenin devamını sağlayan bir yöntemdir. Adaletin idaresini görür kılarak, kamuya açmak altıncı maddenin hedeflerinden birinin, yani adil yargılanmanın başarılmasına katkıda bulunarak, Sözleşme kapsamında tüm demokratik toplumların temel ilkelerinden biri olan bu garantiyi sağlar."*⁹⁴

Açık duruşma genellikle altıncı maddenin gereklerini birinci derece veya bidayet mahkemeleri önünde yerine getirmek için gerekir. Ancak teknik konularda bazen açık duruşma gerekli olmayabilir.⁹⁵

2. Kararın Aleni Olması

Sözleşme sadece yargılamanın değil aynı zamanda kararın da aleni olmasını öngörmektedir. Hükmün aleni olması demek, hükmün her zaman açık duruşmada okunması anlamına gelmez.⁹⁶ Örneğin mahkeme kararını, *"ilgililerin"* bilgi edinmesi amacıyla mahkeme kalemine bırakılması veya kolayca ulaşılabilecek konumda tutulması (mesela adliyenin uygun bir yerine asılması vb.) aleniyeti karar açısından sağlamış olacaktır.⁹⁷

Şunu da belirtmek gerekir ki; milli güvenlik veya kamu güvenliği gibi gerekçeler hükmün aleni olmamasını meşru kılmaz. İlk derece

⁹³ Sevük Yokuş, s. 752.

⁹⁴ Mole/Catharina, s. 18-19.

⁹⁵ Mole/Catharina, s. 19.

⁹⁶ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 290; İnceoğlu, s.352; Sevük Yokuş, s. 753.

⁹⁷ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 264; Sevük Yokuş, s.753; Mole/Catharina, s. 21. Zaten Mahkeme Axen-F.Almanya Kararında İlk derece Mahkemesini kararı sesli vermesinin yeterli olduğunu ayrıca Yüksek mahkemenin bu kararı sesli okuması gerekmediğini belirtmiştir Ayrıca Sutter-İsviçre Kararında ise Mahkeme; Askeri temyiz mahkemesinin kararı açıkça okuması gerekmediğine; zira bu karara insanların gerek kaleminden temin ve gerekse kararlar dergisinden ulaşabilmesine imkân olduğuna karar vermiştir.

mahkemesinde, milli güvenlik ve kamu düzeni gibi gerekçelerle açık duruşmanın yapılmaması haklı dahi olsa, hükmün hiçbir kamu denetimi yapılmaksızın gizli tutulması Sözleşmeye aykırıdır.⁹⁸ Çünkü aleniyet bir kamu denetimi demektir. Aleniyet ilkesi, altıncı madde de belirtildiği üzere bazı hallerde kısıtlanabilir. Bunlar; özel hayatın gizliği, çocuk yargılaması, adaletin güvenilirliğine zarar vermemek için olabilir.⁹⁹

Bununla birlikte aleniyet kavramının içine “gerekçeli karar verme” zorunluluğuna dâhil etmek gerekir. Zira hukukumuzda her karar gerekçeli olmak zorundadır (AY m.141). Mahkeme Yunanistan’a karşı yapılan bir itirazda, kararın gerekçesiz oluşunu aleniyet ilkesi uyarınca adil yargılanmaya aykırı bulmuştur.¹⁰⁰

D. Sanık Hakları

Suçluluğu ispat edilememiş herkes masumdur (m. 6/2).¹⁰¹ Suçsuzluk karinesi ceza yargılamasının başında oldukça kuvvetli iken, yargılama ilerledikçe ve deliler kuvvetlendikçe bu karine zayıflar.¹⁰² Bu bağlamda sanık da kendini savunmak için bazı haklara sahiptir. Sanığa bir takım hak ve güvencelerin tanınması ve bunların koruma altına alınması ulusal ve uluslararası ölçekte eski zamanlardan bu yana düzenlene gelmiş bir konudur.¹⁰³ Bu bağlamda bu konu “1215 Manga Carta Libertatum” dan bu yana birçok belgede yer almıştır. Sanığın ceza yargılamasındaki hakları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin altıncı maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre Sözleşme uyarınca bu konu başlıca dört ana başlık üzerine inşa edilmiştir. Bunlar; 1. suçlamaları öğrenme ve savunma hakkı, 2. avukat temin edebilme hakkı, 3. tanık dinletme ve sorgulama hakkı, 4. tercüman temin edebilme hakkıdır.

⁹⁸ İnceoğlu, s.355; Sevik Yokuş, s.753, Mole/Catharina, s.21

⁹⁹ Koparan, s.31; Bu hususlar altıncı maddenin birinci fıkrasında ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

¹⁰⁰ Koparan, s.32

¹⁰¹ Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

¹⁰² Koparan, s. 32.

¹⁰³ Er, s. 19.

1. Suçlamaları Öğrenme ve Savunma Hakkı

Sözleşmede sanığa/şüpheliye, kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeni en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmesi düzenlenmektedir. (m. 6/3-a)¹⁰⁴ Ayrıca bu maddede savunmanın hazırlanması için gerekli zaman ve kolaylıkların sağlanması hususu düzenlenmiştir.¹⁰⁵ Bu düzenlemenin ceza davasına ilişkin olduğu açıktır.¹⁰⁶ Mahkeme somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmaktadır. Sağlanacak kolaylıklarında mutlak nitelikte görmemektedir.¹⁰⁷ Makul olmak şartıyla bu hakla ilgili bazı sınırlamaları kabul ettiği görülmektedir(6/3-b).¹⁰⁸

Ceza muhakemesi hukuku anlamında savunma kavramı, suç işlediği sanılan kişinin kendisine yüklenen suçu işlemediğini veya daha az bir cezayı hak ettiğini yahut eylemin hukuk sınırları içinde kaldığı ya da yasal bazı düzenlemelerin eyleme ilişkin ceza öngörmediğinin

¹⁰⁴ Feyzioglu, Metin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku”, Adil Yargılanma Hakkı, IGUL Eğitim Programları, Yayın No: 4, İstanbul-2004, s. 95; Koparan, s.32

¹⁰⁵ AİHM Sadak ve Diğerleri-Türkiye Davasında; bunu “suçlamanın nedenini, yani kendisine yöneltilen ve suçlamaya temel oluşturan nesnel olaylarla ilgili olarak, değil, aynı zamanda, ayrıntılı olarak, bu olaylara getirilen hukuksal tanımlamayla ilgili olarak da bilgilendirilme hakkını tanıdığı” şeklinde açıklamıştır. Bu davada, AİHM, 6/3-a ve b maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir. Davanın son celsesinde suç vasfının değişmesi nedeni ile CMUK’un 258. maddesine göre sanıklara ek savunma verilmiş, ancak bu ek savunmayı hazırlamak için istenilen mehil kendilerine verilmemiştir. AİHM bu durumu 6/3-a bendine aykırı kabul etmiştir. Gerekçe olarak da “Yeni tanımlama, davanın son günü, kararın açıklanmasından hemen önce bildirilmiştir ki, bu da kuşkusuz çok geçtir....Tüm bu unsurlar göz önüne alındığında, Mahkeme, başvuranların kendilerine yöneltilen suçlamaların niteliği ve içeriği konusunda ayrıntılı olarak bilgilendirilme ve savunmalarını hazırlamak için gerekli zamandan ve olanaklardan yararlanabilme haklarının ihlâl edildiği sonucuna vardığını” açıklamıştır. Ülkemiz için iddianamenin duruşmadan önce tebliğ edilmesi nedeniyle, iddianamenin yeterli bilgileri içermesi halinde bir sorunla karşılaşılmayacağı düşünülmektedir. (Adalet Bakanlığı, Uluslar arası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. ve 6. maddelerine İlişkin Açıklamalar)

¹⁰⁶ Feyzioglu, s. 95

¹⁰⁷ Koparan, s.32

¹⁰⁸ Sadak ve arkadaşları başvurusunda AİHM ek savunma için süre verilmemesini, 6/3-b bendinin ihlâli olarak görmüş, aynı zamanda savunmayı yapabilmesi için kolaylık sağlanmadığından bu maddenin de ihlâl edildiğine karar vermiştir. (adalet bakanlığı, Uluslar arası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. ve 6. Maddelerine İlişkin Açıklamalar)

ve bunun benzeri sanığın bazı durumları iddia etmesidir.¹⁰⁹ Bunun için şüphelinin kendisi hakkındaki isnatlar hakkında bilgisi olması gerekir. Çünkü bir kimse ne ile suçlandığını bilmez ise hakkını savunma imkânında yoktur.¹¹⁰ Yani suçlamaları öğrenme ile savunma hakkı başlar. Bu konuda bir şekil şartından bahsedilemez. Yazılı veya sözlü bildirimler geçerlidir. Bu olayın mahiyetine göre farklılıklar gösterebilir.¹¹¹

İsnat edilen suçlamalar; sanığa suçlama yöneltildiği zaman yada yargılamanın başında bildirilmelidir.¹¹² “*Bu iddianame aracılığı ile de olabilir.*”¹¹³

İtham sözleşme kapsamında özerk bir kavramdır. Bu kavram iç hukuktan bağımsız yorumlanır. Mahkeme Deweer-Belçika Davasında bu hususa şöyle değinmiştir:¹¹⁴ “*Bir yetkili makam tarafından bir bireye suç işlediğine dair bir iddianın bildirilmesi veya (şüphelinin) büyük ölçüde etkilendiği bir durum.*”¹¹⁵ İtham ile (yukarda belirttiğimiz gibi) kişiye savunma hakkı doğmuştur. Savunma hakkı en dar anlamda hakkındaki isnatlara vereceği cevapları ifade eder.¹¹⁶ Savunma hakkının tam kullanılması için ilkin; isnadın etraflıca öğrenilmesi, ikinci olarak; uygun bir sürenin verilmiş olması ve nihayet sanığa hukuki yardımda bulunulması gerekir.¹¹⁷

¹⁰⁹ Centel, Nur, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, İstanbul-1984, s. 1

¹¹⁰ Özgen, Eralp, “Adil Yargılama Hakkının Boyutları”, *Çağdaş Hukuk Dergisi*, 1997, sayı: 59, s.20-21.

¹¹¹ Feyzioğlu, s. 95-96.

¹¹² Mole/Catharina, s.51.

¹¹³ Feyzioğlu, s. 96.

¹¹⁴ Mole/Catharina, s14-15.

¹¹⁵ Bu davada başvuruçunun bazı fiyatlandırma yönetmeliklerini ihlal ettiğine dair bir ihbar üzerine savcı, dükkânın geçici olarak kapatılmasını kararlaştırmıştı. Belçika hukuku kapsamında ceza davası açılmadı zira dostane çözümü kabul etti.

İtham örnekleri başlıca şöyle sınırlanabilir. Suç işlediği iddiası ile kişi için tutuklama emri çıkarılması, kişiye hakkında dava açıldığının bildirilmesi, savunmak için avukat temin edilmesi, gümrük suçlarında suçlu olduklarına inanılan kişilerin banka hesaplarının dondurulması. (Mole/Catharina, s. 15) Bunun yanında itham edilen suç ile sanığın hüküm giydiği suçun aynı olması kuraldır. Örneğin; Pélissier&Sassi- Fransa Davasında sanıklar sadece hileli iflas ile itham edilmelerine karşın hileli iflas suçu işlemek için komplo kurmaktan hüküm giymişlerdi. Mahkeme bu iki suçun unsurlarının farklı olduğu gerekçesi ile Sözleşmenin ihlal edildiği kanısına varmıştır.

¹¹⁶ Er, s. 117.

¹¹⁷ Er, s. 138-141.

Bildirim içeriğinde şu dört unsurların bulunması gerekir:

- a. İsnadın mahiyeti ve sebebi,
- b. Açık bir izah tarzına sahip olması,
- c. Sanığın anladığı dilde yapılmalı,
- d. En kısa zamanda bildirimine gidilmeli.¹¹⁸

İsnadın içeriğini tamamen öğrenilmesi için gerekli bilgi veya belgelerin temin edilmesinde yardımcı olmak gerekir. Zira Sözleşme “*gereklili zaman ve kolaylığın*” tanınması gerektiğini içermektedir.¹¹⁹

“*Yeterli zaman*” kavramı ile anlatılmak istenen; sanığın ve müdafinin savunma için zorunlu hazırlıkları yapabilecek durumda olmalarının sağlanmasıdır. Buna göre mahkemenin “*yeterli zaman*” hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespitini yaparken kullanacağı ölçüt şudur: Ulusal mahkemede yapılan yargılamada verilen süreler savunma hakkını olumsuz yönde etkileyip, etkilemediğinin incelenmesidir.¹²⁰ Bunun tayini somut olayın niteliğine göre farklılık arz eder.

“*Yeterli kolaylık*” kavramı ile anlatılmak istenen ise; sanığın veya avukatın yazılı veya sözlü fikir alışverişinde bulunmasını ve yargılamaya ilişkin tüm iddia ve delilleri herhangi bir kısıtlama olmaksızın ortaya koymak suretiyle savunmayı en uygun biçimde yapabileceğini ifade eder.¹²¹ Böylece “*yeterli zaman ve kolaylık*” kavramı ile anlatılmak istenen özetle; duruşmalar arasında makul sürenin bırakılmasını, sanığın lehine olan her delile rahatlıkla ulaşmasının sağlanması, iletişim kurma ve bunun gibi savunmaya yardımcı olan hizmetleri içerir.¹²² Nitekim Jaspers-Belçika Davası’nda Komisyon konuya şöyle değinmiştir: “... Komisyon, kendisine bir suçlama yöneltilen herkesin faydalanacağı ‘*kolaylıkların*’ arasında kişiyi, savunmasını hazırlamak için yargılamaya esansında yürütülen soruşturmanın sonuçlarıyla ilgili bilgilendirilmek

¹¹⁸ Feyzioğlu, s. 96

¹¹⁹ Şahin, Cumhur, “Sanığın Savunmasını Hazırlamak için gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı” IGUL Eğitim Programları, Yayın No: 4, İstanbul-2004, s. 305; Mole/Catharina, s. 52

¹²⁰ Şahin, s. 306

¹²¹ Şahin, s. 310

¹²² Tezcan/Erdem/Sancaktar, s 272, Mole/Catharina, s. 52-54

de bulunduğu görüşündedir. Ayrıca her ne kadar savcılık dosyasına erişme hakkı sözleşmede açıkça ifade edilmese de bu hakkın 6.maddenin 3.b fıkrasında anlaşılabilirliğini daha önce açıklığa kavuşturmuştur. Ancak soruşturma talimatının kimin tarafından ve ne zaman verildiği ve kimin yetkisinde yapıldığının pek önemi yoktur... Kısaca, 6. maddenin 3.b fıkrası sanığın, kendisini temize çıkartmak veya cezasını hafifletmek amacıyla, yetkili makamlar tarafından toplanan veya toplanabilecek tüm ilgili unsurlara erişme olanağına sahip olması gerekir.”¹²³

2. Avukat Temin Edebilme Hakkı

Sözleşme’de sanığın savunmasını kendisinin yapması veya seçeceği bir avukattan yararlanarak savunmasını yapması olanağı sağlanmıştır. Aynı maddeyle, avukat tutmak için mâli olanaklarından yoksun olan sanığın adaletin selâmeti için, parasını ödemeksizin bir avukat yardımından faydalandırılması da öngörülmüştür (m. 6/3-c). Maddenin diğer önemli bir özelliği, sanığa parasız avukat sağlanmasıdır. Bunu mahkeme teorik ve hayali değil, gerçek ve etkili olarak sağlanmasını aramaktadır.¹²⁴ Bu kavram “zorunlu müdafilik” kurumu ile iç hukukumuzda karşılık bulmaktadır.¹²⁵ Mahkeme, Colozza-İtalya kararında, duruşmada hazır bulunmak için kendine düşeni yerine getirmeyen sanığın, bu hakından zımnen vazgeçtiği düşünülerek gıyabında yargılamaya devam edilebileceğine hükmetmiştir. Ancak, bu yola başvurulabilmesi için, sanığın haberdar edilmesi için görevlilerin her yolu denemiş olmaları da öngörülmektedir. Örneğin, John Murray-Birleşik Krallık davasında, bu ülkenin hukuk sistemine göre sanığın gözaltı sırasında konuşmama hakkını tercih etmesinin aleyhine yorumlanabileceği bir durumda, bir avukat yardımından faydalandırılmamasının, söz konusu bendin ihlâli olarak görmüştür. Ayrıca bunu da belirtmekte fayda vardır ki; polis soruşturmasına ağırlık verilen sistemlerde de Mahkeme, soruşturma sırasında bir avukatın refakatini zorunlu görmektedir.

¹²³ Mole/Catharina, s. 54

¹²⁴ Burada Öcalan kararına değinmekte yarar bulunmaktadır. Mahkeme, sanık Öcalan’ın polis nezaretinde sorgusu yapılırken avukat yardımından yararlandırılmaması ve daha sonra avukatları ile üçüncü kişilerin duymayacağı şekilde görüşme olanağının sağlanmaması, yine duruşmanın çok geç safhasında dava dosyasına ulaşabilmiş olması nedeniyle adil yargılama ilkesinin 6/3-b ve c maddelerinin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

¹²⁵ Çulha, Rifat, “Avukatın Hazırlık Soruşturmasındaki Rolü”, *IGUL Eğitim Programları*, Yayın No: 4, İstanbul-2004, s. 216

Bu fıkra sanığın kendi kendini veya kendi seçtiği avukat aracılığı ile savunma yapması ve maddi durumu yetersiz olanlara ücretsiz avukat temin edilmesi gerekliliğine işaret eder.¹²⁶ Zira bu *'adaletin selameti için gereklidir'*.¹²⁷ Croissant-Almanya Kararı'nda bir sanığın yerel mahkemedeki yargılamada bir avukatın yardımından faydalanma hakkının gerekliliğine ve bu hakkın şekli olarak kullanılmasının Sözleşme'ye aykırı olacağı hususuna vurgu yapmıştır.¹²⁸ Artico-İtalya Kararı'nda Mahkeme, " ...6.madde (3) c kapsamında atama değil yardımdan söz edilir. Ayrıca sadece atama yapılmasında etkin yardımın gerçekleştiği anlamına gelmez. Çünkü yardım amacıyla görevlendirilen avukat ölebilir, ciddi bir hastalık geçirebilir, uzun süre iş görmekten alıkoynulabilir veya üstlendiği görevleri azaltmak isteyebilir. Böyle bir durumdan haberdar edildikleri takdirde yetkilerin bu avukatı ya değiştirmesi ya da yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlaması gerekir."¹²⁹ Kamasinski- Avusturya Kararı'nda; "... 6. madde (3) c uyarınca yetkili ulusal mercilerin müdahalesi, sadece, ücretsiz temin edilen bir dava vekilinin etkin temsile başarısız olduğu açıksa ya da başka bir şekilde bu duruma yeterli bir dikkatleri çekilirse gerekir."¹³⁰

Kararlar göz önünde bulundurularak bir özet vermek gerekirse avukat temini hakkında mahkemenin hassasiyetleri aşağıdaki gibi sıralanabilir:

1. Savunma makamına savunmasını yapabilmesi için yeterli süre verilmelidir (Goddi-İtalya Kararı).

2. Avukat seçme hakkı sadece maddi durumu iyi olanlara özgüdür. Ücretsiz avukatla savunulacak bir kimsenin böyle bir hakkı yoktur.

(M- Birleşik Krallık Kararı) Ancak bu hakkın kötüye kullanılmasını gerektirmez. Bir kişinin ücretsiz avukat tayin edebilmesi için, ilkin; maddi gücünün yetersiz olması, daha sonra ücretsiz avukatın sağlanmasının, adaletin temini için gerekli olması gerekir. Bu ikinci koşulun tespiti için davanın niteliğine bakılması gerekir. Eğer dava karışık ve teknik hukuk bilgiyi gerektiriyorsa, avukat temini gerekir. Buna göre avukatın nitelikli ve tecrübeli olması da gerekmektedir. (Hoang – Fran-

¹²⁶ Mole/Catharina, s. 55.

¹²⁷ Tezcan/Erdem/Sancaktar, s.2 73.

¹²⁸ Mole/Catharina, s. 55.

¹²⁹ Mole/Catharina, s. 55-56.

¹³⁰ Mole/Catharina, s. 56.

sa Kararı).¹³¹ Örneğin Benham-Birleşik Krallık kararında “özgürlükten mahrumiyet söz konusu ise, adaletin selameti amacı prensipte para ödemededen avukatın yardımından faydalandırılır” denmektedir.¹³²

3. Özel Hukuk davalarında ücretsiz avukat yardımından faydalanma hakkı Sözleşmede açıkça belirtilmemekle birlikte, adaletin selametinin gerektiği durumda avukat sağlanmasının gerektiğini¹³³ vurgulamıştır.¹³⁴

4. Kişinin avukat ücretini ödeme gücünün olup olmadığının ve bunun belgelenmesi durumu, hâkimin takdirine bırakılmıştır.¹³⁵

3. Tanık Dinletme ve Sorgulama Hakkı

Söz konusu madde, iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıkları ile aynı koşullar altında çağrılmasını ve dinlenmesini öngörmektedir (m. 6/3-d).¹³⁶

Buradaki tanıklar savcı tarafından çağırılıp, ifadesi alınan kimseleri anlatır. Yani tanıkların dinlenmesi, çağrılması ve sorgulanmasına ilişkin

¹³¹ Mole/Catharina, s. 56.

¹³² Mole/Catharina, s. 56.

¹³³ Mole/Catharina, s. 57.

¹³⁴ Airley - İrlanda Kararı 9.10.1979.

¹³⁵ Mole/Catharina, s. 57.

¹³⁶ AİHM, muhtelif kararlarında, bu bendi sözleşmenin adil yargılama kavramının içindeki “silahların eşitliği ilkesinin” özel bir düzenlemesi olarak görmektedir. Burada mahkeme uygulamada taraflar arasındaki eşitliğe özel bir önem vermektedir. Bu madde sanığa her istediğini savunma tanığı olarak mahkeme önüne getirme hakkı vermemektedir. Burada takdir, doğal olarak, yerel mahkemenindir. Ancak çağrılan iddia ve savunma tanıkları arasında fark olmamalıdır. Yine Sadak ve diğerleri/ Türkiye davasında; AİHM Sözleşmeyi imzalamış olan devletlerin sanık aleyhinde ifade veren tanıklara sanığın soru sorma ya da sordurma hakkını sağlamak zorunda olduklarını belirterek, Ankara DGM’deki dava sırasında sanıklar aleyhinde ifade veren aşiret reislerinin ne Mahkemede dinlenilmesi ne de başvuru sahipleriyle yüzleştirilmesinin kabul edilmediğini; ayrıca iddia makamının bu tanıkların DGM’deki duruşmaya katılmaları halinde ne gibi bir tehlikeye maruz kalacaklarını da açıkladığını belirterek 6/3-d’nin, 6/1. Madde çerçevesinde ihlâl edildiğine karar vermiştir. Yine aynı kararda AİHM, bunun istisnalarının olabileceğini de belirtmiştir. Eğer soruşturma sırasında sanığın bu ifadelere itiraz etmek için uygun ve yeterli fırsatı oldu ise, hazırlıkta alınan ifadelerin daha sonra yargılama sürecinde kullanılmasının 6/3-d maddesine aykırı olmayacağını (Lüdi/İsviçre kararında atıfta bulunarak) açıklamıştır. (Adalet Bakanlığı, Uluslar arası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ nin 5. ve 6. Maddelerine İlişkin Açıklamalar)

usullerin silahların eşitliği (equality of arms) ilkesince aynı olmasıdır.¹³⁷ Savcının sorduğu sorulara itirazı olan, ancak bu itirazları göz önünde bulundurulmayan sanık hakkında, bu hükümlere göre karar tesis edilmesi sözleşmeye aykırılık riskini arttırmaktadır.¹³⁸ Silahların eşitliği ilkesi bir süjenin (tarafın) vakayı diğer süjelere karşı olumsuz bir duruma düşürmeyen koşullar altında açıklayabilmesini ifade eder.¹³⁹

Birçok ülkede aile bireylerinin ifade vermekten muaf olabileceği öngörülmüştür. Unterpettinger-Avusturya Kararında belirtildiği gibi; kişinin eşi ve üvey kızının ifadelerini, bilgi amaçlı değil de suçlamaların kanıtı olarak ele alıp, hiç sorgulamadan hükme esas alması, Sözleşme'ye aykırı bulunmamıştır.¹⁴⁰

Şunu diyebiliriz ki; her tanığa soru sorma hakkının olmaması, (her somut olay açısından farklı değerlendirilmekle birlikte) savunma hakkının Sözleşmeyi ihlal etmesini gerektirmez.¹⁴¹ Mahkeme'nin kararlarından aşağıdaki üç paragraf konunun çerçevesini çizmektedir: 1. Bricmont-Belçika davasında; Belçika Prensi başvuruçulara suçlama yöneltmiş ama sağlık problemleri nedeniyle, ifade verememiştir. Bunun üzerine Mahkeme; *"...davanın şartları uyarınca, savunma haklarının kullanılması –adil yargılamanın temel parçalarından biri olarak- prensipte, başvuruçuların şikâyetçinin sözlerinin tüm boyutlarına bir yüzleştirme veya sorgulama sırasında açık duruşmada veya gerekirse müştekinin evinde itiraz edebilme fırsatına sahip olmasını gerektirir"*¹⁴² demiştir. 2. Saidi-Fransa davasında; başvuruçuyu uyuşturucu kaçakçılığı suçundan kimliği gizli tutulan, üç kimlik tespiti tanığının başkasından işitilen bilgilerin tekrar beyan edilmesi ile hüküm giymiştir. Bunu üzerine Mahkeme; şöyle karar vermiştir; *"...Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uyuşturucu kaçakçılığına karşı mücadelenin yadsınamaz zorluklarının –özellikle de kanıt elde etme ve sunma konusunda- ve uyuşturucu sorununun toplumda açtığı yaraların tamamen farkındadır, ancak bu tür endişeler kendisine suçlama yöneltilen herkesin*

¹³⁷ Mole/Catharina, s. 58.

¹³⁸ Mole/Catharina, s. 58

¹³⁹ Ambos, s. 24

¹⁴⁰ Tezcan/Erdem/Sancaktar,, s.273; Benzer olarak; Asch/Avusturya Kararında tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişinin hazırlık soruşturması sırasında verdiği ifadeye dayanarak, verilen karar Sözleşmeye uygun olarak bulunmuştur. Mole/Catharina, s. 58

¹⁴¹ Tezcan/Erdem/Sancaktar, s.273–274

¹⁴² Mole/Catharina, s. 59

savunma haklarının kısıtlanmasını haklı çıkarmaz..."¹⁴³ 3. Mahkeme bir kararın özellikle de mahkûmiyet kararının kimliği bilinmeyen tanıkların beyanlarına dayanmaması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Kostovski-Hollanda Kararında; şöyle demektedir; "...savunma sorgulamak istediği kişinin kimliğini bilmez ise, bu kişinin önyargılı, düşmanca veya güvenilmez olduğunu gösterebileceği en temel bilgilerden yoksun kalır. Bir sanığı suçlayan tanıklık veya başka beyan türleri gerçek dışı düzenlenmiş veya sadece hatalı olabileceği gibi, savunma eğer bu ifadenin sahibinin güvenilirliğini sınavabileceği bilgilerden yosun kalırsa bunları aydınlatma ihtimali çok düşük olacaktır. Böyle bir durumda var olan tehlikeler çok belirgindir." Mahkeme vermiş olduğu ihlal kararının gerekçesinde: sanığın aleyhindeki tanıkların ifade verdiği sırada ya da daha sonra itiraz edebilmesi için uygun ve yeterli koşulların sağlanması ve sanığa soru sorma imkânı sağlanmasının gerektiğini, mahkûmiyet kararının; sanığın, ifade alınırken soru sormadığı veya sordurmadığı tanıkların beyanlarına dayanıyorsa, söz konusu bendin ihlâl edilmiş sayılacağını, Hükümetin başvuranın veya yasal temsilcisinin yerel mahkeme veya istinabe mahkemesi huzurunda soru sorma taleplerini açıkça ifade etmedikleri itirazına karşı ise, Sözleşme'ye taraf ülkelerin Sözleşme'den tanınmış bir haktan açıkça vazgeçilmemiş olması halinde, ilgili devletlerin o hakkın gerçekleşmesi için olumlu önlemler almasını zorunlu kıldığını vurgulayarak, bunun soru sorma ve sordurma hakkını da kapsadığını açıklamıştır. Bununla birlikte Mahkeme kararlarında tanık ve tanık beyanları kavramının ulusal mevzuat tanımlamalarında bağımsız, otonom kavramlar olduğunu açıklamıştır.¹⁴⁴

4. Tercüman Temin Edebilme Hakkı

Sözleşme sanığın duruşmada kullanılan lisanı anlamadığı veya bilmediği takdirde bir tercüman yardımından ücretsiz yararlanabileceğini öngörmüştür (m. 6/3-e). Mahkeme bu hakkın mutlak bir hak olduğu kanaatinde. Sanık bu haktan mutlaka yararlandırılmalıdır¹⁴⁵. Buna göre "sanığın kendisi aleyhindeki iddiaları bilmesi ve mahkeme önünde olay-

¹⁴³ Mole/Catharina, s. 59.

¹⁴⁴ Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 6. Maddelerine İlişkin Açıklamalar

¹⁴⁵ Mole/Catharina, s. 60-61.

ları kendi anlatımıyla aktararak kendini savunabilmesini sağlamasına yeterli olması" gerekir.¹⁴⁶ Bu hak en uygun biçimde kullanılmalıdır. Yani tercümanın o dili bilmesi yetmez, aynı zamanda yeterli olması gerekir. Bu hak, işaret vb. dilleri kullanan özürülüler içinde geçerlidir.¹⁴⁷

Sonuç

Yargılama bir konudaki adaletin tezahür etmesi için gereken en önemli kurumdur. Tam anlamıyla bir adalet için ise; yargılama mekanizmasının sav-savunma dengesini gözetmesi gerekmektedir. Zira adalet en dar tanımıyla; bir kavram haklara saygı göstermektir.¹⁴⁸ Adalet; felsefi referanslı bir tanımlamaya tabi tutulursa; bir toplumdaki ilkelerin ve erdemlerin hayata geçirilmiş, insanların davranışlarını ahlaki açıdan inceleyen ve doğruluk, yansızlık ve hukuka uygun olmayı gerektiren, haklara uygun davranma biçimidir.¹⁴⁹ Yani adil olmak hukuka uygun olmanın yanında, tarafsız ve dürüst olmayı gerektir. Toplum düzenini bozucu hareketler, her toplumda ve devlette söz konusu olabilecek bir durumdur. Devlet, bu kimseleri cezalandıracak mekanizma olan yargıyı ihdas etmiştir. Devlet suçluları adalet önünde yargılamakla, adalet önüne çıkarmakla mükelleftir. Ancak bunun yanında devlet gerçek suçluyu bulmak ve mahkûm etmek zorundadır. Adil yargılama, 'fair trial' veya 'fair hearing' gibi ifadelerle, Anglo-Amerikan ceza muhakemesi hukukundan kaynağını alan bir kavramdır.¹⁵⁰ Özetle söylemek gerekirse; adil yargılama başlıca bazı gereklilikler üzerine inşa edilmiştir. Bu gereklilikler "adil bir yargılama" için asgari şartlardır. Bu gereklilikleri şu şekilde sıralayabiliriz: 1. Kişiler hakkındaki yargılamalar ancak ve ancak yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından görülebilir. 2. Davalar hakkaniyet ilkesince görülmeli ve makul bir süre

¹⁴⁶ Kamasinski – Avusturya Kararı (19.12.1989) (Mole/Catharina, s. 61).

¹⁴⁷ Mole/Catharina, s. 61.

¹⁴⁸ Weissbrodt, David, Fair Trials Manual, Amnesty International Publication-1998, (Çev: Tamer, A.Fadıl/ Kaplan, Erol, İstanbul-2000), s.23

¹⁴⁹ Cevizci, Ahmet, Felsefe Sözlüğü, Ankara-1996. s, 11

¹⁵⁰ Şahinkaya, Adil Yargılanma Kapsamında "Makul Süre" ve Türk Ceza Adalet Sisteminde Gecikme Sorunu, İstanbul, 2000, s.3. Bu kavram kökünü "due process of law" kurumundan alır. Özellikle ceza hukuku alanında kendini gösteren Adil Yargılanma kavramı, gerek yargılama safhasında ve gerek devamında süren ve denetlenmesi gereken bir durumdur.

içerisinde karara bağlanmalıdır. 3. İstisnaları olmak kaydıyla yargılama ve karar kesinlikle aleni olacaktır.¹⁵¹ 4. Hakkındaki itham kesinleşinceye kadar herkes suçsuzdur. Yöneltilen suçlamaların niteliği ve sebebi en kısa zamanda ve muhatabın (şüpheli/sanık) anladığı bir dilde, detaylı olarak anlatılmalıdır. 5. Kişiye, gerek hukuk ve gerek ceza davasında veya bu konuya ilişkin izlek takibini yapmak için gerek kendisine veya savunmacısına (avukat) gerekli zaman ve kolaylığa sahip olacak bir ortam hazırlanmalıdır. 6. Eğer kişinin avukat tutmak için mali olanağı bulunmuyorsa ve adaletin selameti gerektiriyor ise, devlet ücretsiz avukat temin etmek zorundadır 7. *“Silahların Eşitliği İlkesince”* tarafların tanıkları eşit olanaklar çerçevesinde sorguya çekme ve soru sorma hakları vardır.

8. Kovuşturma sırasında sanık/soruşturma sırasında şüpheli, kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz faydalanmak haklarına sahiptir.

¹⁵¹ Bu kuralın istisnaları Sözleşmenin altıncı maddesinde şöylece belirtilmiştir: “ ancak demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliğini gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir”.

KAYNAKÇA

- Ambos, Kai, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m. 6", *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara-2004, s.15-65 (çev: Yener Ünver)
- Centel, Nur, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, İstanbul-1984
- Cevizci, Ahmet, *Felsefe Sözlüğü*, Ankara-1996
- Cihan, Erol- Yenisey, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul -1997
- Çulha, Rifat, "Avukatın Hazırlık Soruşturmasındaki Rolü", *IGUL Eğitim Programları*, Yayın No: 4, İstanbul-2004, s. 213-238
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi*, Ankara-2003, c.1,
- Er, Deniz Erol, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları*, Ankara-2002
- Ergül, Teoman, "Adil Yargılanma Hakkı", *Manisa Barosu Dergisi*, Yıl:18; Sayı: 68
- Feyzioğlu, Metin," Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku", *Adil Yargılanma*
- Igul Hakkı, *Eğitim Programları*, Yayın No: 4, İstanbul-2004, s. 95-110
- Gemalmaz, M. Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul-2001
- Gölcüklü, Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma", *İlhan Öztarak 'a Armağan (AÜSBF)*, Ankara-1994
- Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Ankara-2002
- İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul-2002
- Kaboğlu, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul-1993
- Karakuş, Hakan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşı Oylarında Türkiye*, İstanbul-2001
- Koparan, M. Reşat, "Adil Yargılanma Hakkı", *Bursa Barosu Dergisi*, Sayı:73, Aralık-2003
- Kunter, Nurullah/yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul-2002,
- Ladewig, Hans - Meyer, "Adil Yargılanma Hakkı", *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara -2004, s. 87-98, (çev. Hakan Hakeri)

- Mole, Nuala/ HARBY, *Catharina, Adil Yargılanma Hakkı*, Strasboug-2001 (Çev: Adalet Bakanlığı, Ankara-2003)
- Özgen, Eralp, "Adil Yargılama Hakkının Boyutları", *Çağdaş Hukuk Dergisi*, 1997, sayı:59
- Özkan, Ayşe 'Kıbrıs'taki Mülkiyet Uyuşmazlığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve KKTC Yargısı Arasında Çözüm Girişimleri' Stratejik Analiz, cilt: 4, sayı: 42, Ankara-2003
- Özön, Mustafa Nihat, *Osmanlıca-Türkçe Sözlük*, İstanbul-1985
- Pazarıcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Ankara 1999
- Schroeder, F. Christian, "Ceza Muhakemesinde 'Fair Trial' İlkesi", *IGUL Eğitim Programları*, Yayın No: 4, İstanbul-2004, s. 145-178
- Sevük Yokuş, Handan, "Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi" *Çetin Özek Armağanı*, İstanbul-2004, s.747-765
- Şahin, Cumhur, " Sanığın Savunmasını Hazırlamak için gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı" *IGUL Eğitim Programları*, Yayın No: 4, İstanbul-2004, s. 305-336
- Şahinkaya, *Adil Yargılanma Kapsamında "Makul Süre" ve Türk Ceza Adalet Sisteminde Gecikme Sorunu*, İstanbul-2000
- Tezcan, Durmuş, "Kamu Görevlilerine Uygulanan Disiplin Cezalarının Hukuki Niteliği ve Adil Yargılanma Hakkı" *Çetin Özek Armağanı*, İstanbul-2004, s.859-875
- Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Sancaktar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara-2002
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancaktar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara-2002, s.222
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara-1998
- Weissbrodt, David, *Fair Trials Manual*, Amnesty International Publication-1998, (Çev: Tamer, A.Fadıl/Kaplan, Erol, İstanbul-2000)
- Yıldız, Mustafa, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı*, İstanbul-1998
- Yüksel, Murat, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Üzerine Bir İnceleme" *Legal Hukuk Dergisi*, Mayıs-2004, Sayı: 17

TÜRK SPOR İDARESİNDE TÜRKİYE FUTBOL FEDERASYONU'NUN YERİ ve İŞLEVİ -Kurumsal İnceleme-

Serkan AĞAR*

I. GİRİŞ

Ülkemizde gündemdeki ağırlıklı yeri hiç değişmeyen bir spor dalı futbol. Milyon dolarlarla/avrolarla ifade edilen kulüp bütçeleri ve transfer ücretleri bir yana, futbolun sadece sponsorluk, ürün satışı, pazarlama ve reklam faaliyetleri bile başlı başına bir sektör. Futbolun bu denli gündemde olması, futbol faaliyetlerini ülke sınırları içerisinde düzenleyen ve denetleyen kuruluş olarak Türkiye Futbol Federasyonu'nu da gündeme taşıyor. Hatta kimi zaman (özellikle genel kurul dönemlerinde) Türkiye Futbol Federasyonu'nun ismini, haber bültenlerinin en ön sırasında duyuyoruz.

Bu çalışmada, Türkiye Futbol Federasyonu (TFF); dünyada ve Türkiye'de futbolun kökeni, dünyada ve ülkemizde spor teşkilatının oluşumu, kurumları ve yapısı çerçevesinde incelenecek, bu çaba içerisinde TFF'nin özerkliği meselesi ve Tahkim Kurulu ile Merkez Hakem Kurulu'nun yapısı ayrıca değerlendirilecektir. TFF'nin kurumsal yapısı incelenirken, geçmiş düzenlemelerle karşılaştırmalı olarak 28/04/2005 tarih ve 5340 sayılı Kanun'la getirilen değişikliklere ve yansımalarına da değinilecektir.

* Avukat, Ankara Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

II. FUTBOL

A. Kavram

Modern futbolun, 1820'ye doğru İngiltere'de ortaya çıktığı tahmin edilmektedir; burada kolej öğrencileri karışık kuralları olan "hurling"¹ adında ayakla oynanan bir top oyunu oynuyorlardı. 1823'te, bu oyunların birinde, William Webb Ellis adındaki bir oyuncunun, kural dışı bir hareketle topu göğsünde sıkıca tutarak rakip kaleye yönelmesi ile "rugby"² ismindeki oyun ortaya çıktı.³ Bu tarihten itibaren ayakla oynanan hurlingin (futbol) yanında elle oynanan hurling de (rugby) oynandı. Ayrı kuralları bulunan bu iki oyun, 1863'te resmi olarak birbirinden ayrıldı. Rugby kendi çizgisini sürdürürken, takım futbolu da modern biçimini alarak kesin ve değişmez kurallara bağlandı.⁴

Futbol,⁵ 11'i sahada, 7'si yedek olmak üzere toplam 18'er oyuncudan oluşan iki takımın yaptığı ve her oyuncunun karşı tarafın kalesine, ayakla, kafayla ya da el ve kollar dışında bedeninin bir başka bölümüyle küre biçiminde bir topu sokmaya çalışmasına dayanan bir spordur.^{6,7}

¹ "Hurling" kelimesinin Türkçe karşılığı "fırlatma" dır. Bu karşılık, topun ayakla sahanın karşı tarafına doğru fırlatılması biçiminde oynanan "hurling" in temel özelliğini yansıtmaktadır.

² Bu oyuna "rugby" adının verilmesinin nedeni, oyunu bulan William Webb Ellis'in öğrencisi olduğu Warwickshire'daki kolejın adının "Rugby Koleji" oluşudur.

³ Rugby, oval bir topla, on beşer oyuncudan oluşan iki takım arasında yapılan bir spordur. Takımların her biri, topu, kale çizgisi (gol çizgisi) arkasına ya da değdirerek (deneme ya da tray) yahut ayak vuruşuyla iki kale direği arasındaki yatay direğin üstünden geçirerek rakip takımdan daha fazla sayı yapmaya çalışır. Başlangıçta futboldan ayırmak için bu oyuna "rugby futbolu" adı verilmekteydi.

⁴ Somali, V., *Teknik-Taktik Yönleriyle Futbol ve Tarihi*, İstanbul, 1989.

⁵ "Football" kelimesinin Türkçe karşılığı, hem ayakla oynanan İngiliz futbolu ve hem de elle oynanan Amerikan futboludur. Oysa Amerikan futbolunun yaygın olduğu ülkelerde İngiliz futbolu, "soccer" kelimesi ile ifade edilmektedir.

⁶ *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, İstanbul, 1992, 9. Cilt, s. 4331.

⁷ Karşılaşma bir orta ve iki yan hakem tarafından yönetilir, saha dışı düzenini ve orta hakemin sakatlanması durumunda maçın devamını sağlamak amacı ile yedek olarak saha kenarında dördüncü hakem bulunur. Oyun dikedörtgen bir sahada oynanır. Her faul bir serbest vuruşla, ceza sahası içinde ise penaltıyla cezalandırılır. Eğer bir oyuncu topu kendi aut çizgisinin dışına atarsa, karşı takım bir köşe vuruşu kazanmış olur. Oyun iki yarı üzerinden toplam 90 dakika sürer. En fazla gol atan takım maçı kazanır. Elemeli sistemde (genellikle kupa maçlarında), normal süresi beraberlikle biten maçlar sonunda süre uzatılabilir (genellikle iki yarı halinde toplam 30 dakika). Karşılaşma sırasında sahada her bir takımın 11 oyuncusu bulunur; ellerini kullanma hakkına sahip tek oyuncu olan bir kaleci, genellikle dört savunma, üç ya da dört orta saha, iki ya da üç ileri uç oyuncusu.

Bu denli “basit” bir temel kurala dayanan futbolun, milyonlarca insanı peşinden sürüklemesinin, ulusal ve uluslararası alanda “dev ölçekte” kuruluşlar tarafından düzenlenmesinin ve “kârlı”⁸ bir sektör durumuna gelmesinin ardındaki giz acaba nedir?

Kentlerde her zaman popüler bir spor dalı olmakla birlikte, ülkemizde futbola gösterilen ilgi geçtiğimiz son yirmi yıl içerisinde iyice artmış ve Türkiye’nin neredeyse “tek ve gerçek milli sporu” haline gelmiştir. Hatta Türkiye’nin ezeli ve ebedi “popstarı”nın futbol olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu ilginin nedenleri arasında ilk akla gelenler, profesyonel futbolun televizyon sayesinde ticari bir kitle eğlencesine dönüşmesi ve buna Türk futbol takımlarının ve milli takımın uluslararası karşılaşmalardaki başarısının eşlik etmesidir. Giderek “medyatikleşen futbol, kitlesel bir eğlence biçimi olarak, toplumun tümü için bireysel ve kolektif bir kimlik mekanına dönüşmüştür.”⁹ Profesyonel sporun medya ile özellikle televizyonla evliliği bu mekanın boyutunu alabilmesine genişletmiştir.¹⁰ Günümüzde spor (özellikle futbol), kitle iletişim araçlarının ürettiği ritüellerin en önde gelenleri arasındadır.¹¹

B. Dünya ve Futbol

1. Düzenleyici Kuruluşlar

Günümüzde evrensel bir spor durumuna gelen futbol son derecede iyi teşkilatlanmıştır. Dünyada futbol teşkilatı, temelinde yerel federasyonlar ile kıtasal konfederasyonların, üstte ise “Uluslararası Futbol Birliği Federasyonu”¹² (*Fédération Internationale de Football Association, FIFA*) ile

⁸ Dünyaca ünlü futbol markası Real Madrid, 276 milyon avroluk gelire Manchester United’ı geride bırakarak 2005 yılında en çok gelir elde eden kulüp olmuştur. İspanyol kulübün bu başarısında, toplamda 124 milyon avroyu bulan sponsorluk ve ürün satışı gibi ticari faaliyetler etkilidir. Tümü Avrupa’da yer alan dünyanın en büyük 20 kulübünün toplam geliri ise, ilk kez, 3 milyar avro barajını aşmıştır, *Hürriyet*, 17/02/2006.

⁹ Mutlu, E., “Avrupa’yı Salladık, İngiltere’yi Sarsacağız: Futbol, Milliyetçilik ve Şiddet”, *Cogito*, Kış-Bahar 1996, s. 370.

¹⁰ A. g. e., s. 373.

¹¹ Amerikan futbolu ve basketbolda, televizyonun anlatım üslubuna uydurulmak üzere belli kural değişiklikleri yapılmıştır. Bugün futbolda da, bu tür değişikliklerin yapıp yapılamayacağı tartışılmaktadır.

¹² FIFA resmi internet sitesi, <http://www.fifa.com/>

“Uluslararası Futbol Birliği Kurulu (*The International Football Association Board, IFAB*)”nun bulunduğu bir piramit biçimindedir. 1904’te kurulan FIFA’nın merkezi Zürih’tedir. Bu teşkilat yapısı içerisinde bugün itibariyle; “Avrupa Futbol Birliği”¹³ (*Union des Associations Européennes de Football, UEFA*), “Güney Amerika Konfederasyonu (*Confederación Sudamericana de Fútbol, CONMEBOL*)”, “Kuzey-Orta Amerika ve Karayipler Konfederasyonu (*Confederation of North, Central American and Caribbean Association Football, CONCACAF*)”, “Afrika Konfederasyonu (*Confédération Africaine de Football, CAF*)”, “Asya Futbol Konfederasyonu (*Asian Football Confederation, AFC*)” ve “Okyanusya Futbol Konfederasyonu (*Oceania Football Confederation, OFC*)” olmak üzere altı adet kıtasal konfederasyon yer almaktadır.¹⁴ Kulüpler, ulusal federasyonlar ve konfederasyonlar FIFA’nın mutlak denetimi altındadır.

Her ulusal federasyon, kendi maçlarını kendisi düzenlemektedir; ancak, ulusal federasyonlar (ve konfederasyonlar) IFAB’ın belirlediği oyun kurallarını uygulamak zorundadır. Şubat 1993’te onaylanan Tüzük’e göre IFAB, tümüne birden Federasyonlar (*British Associations*) denen İngiltere Futbol Federasyonu (*The Football Association, FA*), İskoçya Futbol Federasyonu (*The Scottish Football Association*), Galler Futbol Federasyonu (*The Football Association of Wales*), İrlanda Futbol Federasyonu (*The Irish Football Association*) ile FIFA’nın göndereceği delegelerden oluşmaktadır. Kurul, FIFA’dan dört delege ve Federasyonlar’dan dört delege olmak üzere toplam sekiz üyeden müteşekkildir.¹⁵ “IFAB, *Oyun Kuralları’nı (Laws of the Game) değiştirmeye, kaldırmaya ya da yeni kurallar vazetmeye tek yetkili kuruluştur.*”¹⁶ Uluslararası karşılaşmalar, konfederasyonların (örn. Avrupa Şampiyonlar Ligi, UEFA Kupası, Avrupa Futbol Şampiyonası) ya da FIFA’nın (örn. Olimpiyat Oyunları

¹³ UEFA resmi internet sitesi, <http://www.uefa.com/>

¹⁴ FIFA Tüzüğü (Tüzüğün Uygulanmasına İlişkin Düzenlemeler Genel Kurul İç Tüzüğü), 09/2005, <http://www.fifa.com/>, 02/02/2006.

¹⁵ FIFA, üyeliği olan bütün ulusal federasyonlar adına dört oy hakkına, diğer üye federasyonların her biri ise bir oy hakkına sahiptir. Bir teklifin kabul edilmesi için toplantıya katılan ve oy hakkı olanların en az dörtte üçünün kabul yönünde oy vermeleri gerekmektedir.

¹⁶ Oyun Kuralları’nda herhangi bir değişiklik yalnız Kurul’un yıllık genel toplantısında ve ancak toplantıya katılan ve oy hakkı olanların en az dörtte üçünün kabul etmesi ile yapılabilmektedir. Hiçbir konfederasyon ya da ulusal federasyon, Oyun Kuralları’nda, Kurul’un onaylamadığı herhangi bir değişiklik yapamamaktadır.

Futbol Turnuvası, Dünya Kupası, Konfederasyon Kupası) denetimi altında yapılmaktadır.

FIFA, dörtte üçü Avrupa'da bulunan, 300 binden fazla kulübe dağılmış olan 25 milyondan fazla oyuncuyu¹⁷ denetlemektedir. FIFA, en üst karar mercii olarak Genel Kurul, bu kararları uygulayan İcra Kurulu¹⁸ ve idari merci olarak Genel Sekreterlik biçiminde teşkilatlanmıştır. Bunun dışında İcra Kurulu tarafından geçici komisyonlar da kurulabilmektedir.

2. FIFA Disiplin Yargısı ve Spor Tahkim Mahkemesi (CAS)

Türkiye ile İsviçre milli futbol takımları arasında 16/11/2005 günü İstanbul'da oynanan Dünya Şampiyonası play-off rövanş karşılaşmasının ardından yaşanan olaylarla ilgili olarak soruşturma başlatan FIFA Disiplin Kurulu, 06-07/02/2006'da İsviçre'nin Zürih kentinde yaptığı toplantıda Türkiye'yi, altı resmi müsabakayı tarafsız sahada seyircisiz oynama ve 250 bin İsviçre Frangı para cezası ile cezalandırmıştır.¹⁹ Bu ceza, aynı zamanda, Türkiye'nin, 2008 Avrupa Şampiyonası grup eleme maçlarının tümünü ülke dışında oynaması anlamına gelmektedir. Ayrıca, üç Türk futbolcu ve bir antrenör ile İsviçreli bir futbolcu ve fizyoterapist de çeşitli cezalar verilmiştir. Maçın ardından soruşturmanın seyrini ve sonucunu etkileyebilecek açıklamalarda bulunan FIFA Başkanı Joseph S. Blatter ve Genel Sekreter Urs Linsi'nin İsviçreli olmasının, FIFA Disiplin Kurulu'nun İsviçre'de toplanmasının ve 2008 Avrupa Şampiyonası'nın İsviçre'de yapılacak olmasının kararın bu derecede ağır olmasını etkileyip etkilemediği sorusu bir yana, Türkiye'nin, öncelikle, FIFA Tahkim Kurulu'na, buradan çıkacak karara göre daha sonra da, Türkiye'nin seçeceği bir üye, İsviçre'nin seçeceği bir üye ve tarafsız bir

¹⁷ Seçkin futbolcular doğu ülkelerinde kuramsal olarak amatör, Batı Avrupa'da ve Amerika'da ise profesyoneldir.

¹⁸ İcra Kurulu; Başkan, sekiz başkan yardımcısı ve on beş üyeden olmak üzere toplam yirmi dört kişiden oluşmaktadır. Üye dağılımı şu şekildedir: CONMEBOL, başkan yardımcısı (1), üye (2); AFC, başkan yardımcısı (1), üye (3); UEFA, başkan yardımcısı (2), üye (5); CAF, başkan yardımcısı (1), üye (3); CONCACAF, başkan yardımcısı (1), üye (2); OFC, başkan yardımcısı (1), üye (-), British Associations, başkan yardımcısı (1), üye (-).

¹⁹ <http://www.fifa.com/en/media/index/0,1369,114431,00.html,07/02/2006>.

üyeden müteşekkil Spor Tahkim Mahkemesi'ne başvurma²⁰ ve kararın yeniden gözden geçirilmesini talep etme olanağı vardır; ancak bu süreçte kararın kabul edilebilir bir cezaya dönüştürülebileceği olasılığı kadar ağırlaştırılabileceğini de gözardı etmemek gerekir.

Yukarıda belirtilen olaylar ve ağır sonuçları karşısında, FIFA disiplin yargısı ve uygulanan disiplin tedbirleri ile Spor Tahkim Mahkemesi'nden (STM) söz etmek yararlı olacaktır. FIFA Tüzüğü'nün (Tüzük) 55. maddesine göre disiplin tedbirleri; "gerçek ve tüzel kişilerin her ikisine de uygulanabilen tedbirler", "sadece gerçek kişilere uygulanabilen tedbirler" ve "sadece tüzel kişilere uygulanabilen tedbirler" olmak üzere üçe ayrılmıştır. Gerçek ve tüzel kişilerin her ikisine de uygulanabilen disiplin tedbirleri; ihtar, kınama, para cezası ve verilen ödüllerin geri alınmasıdır.²¹ Sadece gerçek kişiler için öngörülen disiplin tedbirleri; ihtar (sarı kart), ihraç (kırmızı kart), maç oynamama, soyunma odası ve/veya yedek kulübesinde bulunma yasağı, stada girme yasağı ve futbolla ilgili herhangi bir etkinlikte yer alma yasağıdır.²² Sadece tüzel kişiler için öngörülen disiplin tedbirleri ise; transfer yasağı, müsabakanın seyircisiz oynanması, müsabakanın tarafsız sahada oynanması, belli bir statta müsabaka yapma yasağı, müsabaka sonucunun iptali, ihraç, hükmen mağlubiyet, puan silinmesi ve alt kademeye düşürmedir.²³

Görüleceği üzere, tüzel kişiler için öngörülen disiplin tedbirleri arasında yer alan müsabakaların tarafsız sahada oynanması ile müsabakaların seyircisiz oynanması, somut olayın ağırlığına göre birbirinden bağımsız olarak uygulanması gereken cezalardır; oysa Türkiye hakkında verilen "müsabakaları tarafsız sahada seyircisiz oynama cezası", birbirinden bağımsız iki ayrı disiplin tedbirinin sonuçları itibarıyla içtima ettirilmesi

²⁰ "Sporun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi" unvanı yakıştırılan Spor Tahkim Mahkemesi'nin adını Türkiye, ilk kez, 2000 yılında Kopenhag'da oynanan Galatasaray-Arsenal UEFA Kupası final maçının ardından duymuştur. Teberrulu bilet satan Galatasaray kulübü aleyhine 350 bin İsviçre Frangı cezaya ve maç geliri müsaderesine hükmedilmesinin ardından Spor Tahkim Mahkemesi'ne başvurulması üzerine müsadere anlaşma yolu ile kaldırılmış, ceza da 250 bin İsviçre Frangı'na indirilmiştir, Özbey, S., "İşte Sporun AİHM'i", in Hürriyet-Pazar, 12/02/2006, s. 3.

²¹ FIFA Disiplin Yönetmeliği, 29/10/2005, m. 11, http://www.fifa.com/documents/static/organisation/disciplinary_code_EN.pdf, 02/02/2006.

²² FIFA Disiplin Yönetmeliği, 29/10/2005, m. 12, http://www.fifa.com/documents/static/organisation/disciplinary_code_EN.pdf, 02/02/2006.

²³ FIFA Disiplin Yönetmeliği, 29/10/2005, m. 13, http://www.fifa.com/documents/static/organisation/disciplinary_code_EN.pdf, 02/02/2006.

ve böylece yeni bir disiplin tedbiri ihdas edilmesi anlamına geldiğinden hukuken tartışmaya açıktır.

Tüzük'ün 56. maddesine göre FIFA'nın disiplin yargısı organları; Disiplin Kurulu ile Tahkim Kurulu'dur. Belirtilen organların görev ve sorumlulukları FIFA Disiplin Yönetmeliği'nde belirlenmiştir. FIFA Disiplin Kurulu; bir başkan,²⁴ bir başkan yardımcısı ve gerekli sayıda üyeden oluşur. Bu organın işlev ve görevi, FIFA Disiplin Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Kurulun toplantı yeter sayısı üçtür; bir başka deyişle Kurul, toplantıda en az üç üyenin hazır bulunması durumunda karar alabilir; ancak, kimi durumlarda Başkan, tek başına hüküm tesis edebilir. Kurul, Tüzük'te ve FIFA Disiplin Yönetmeliği'nde tanımlanan yapıları, üyeler, kulüpler, resmi görevliler ve oyuncular ile müsabakaların ve oyuncuların temsilcilerine bildirmektedir. Disiplin tedbirleri ile ilgili söz konusu hükümler, Genel Kurul ve İcra Kurulu'nun üyelerle ilgili erteleme ve ihraç hususlarındaki disiplin yetkilerine de şamildir.

Tüzük'ün 58. maddesinde düzenlenen Tahkim Kurulu ise; bir başkan,²⁵ bir başkan yardımcısı ve gerekli sayıda üyeden oluşur. Tahkim Kurulu'nun işlev ve görevi, FIFA Disiplin Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Kurul, en az üç üyenin toplanması ile karar alır. Kimi durumlarda, başkan da, tek başına hüküm tesis edebilmektedir. Tahkim Kurulu; Disiplin Kurulu'nun ilgili FIFA düzenlemelerine göre kesin olmayan kararlarına²⁶ karşı yapılan başvurular ile oyuncuların federasyon milli takımlarına seçilme niteliği ile ilgili olarak Oyuncu Statüleri Kurulu'nun verdiği kararlara karşı yapılan başvuruları incelemektedir. Disiplin Kurulu kararlarına karşı Tahkim Kurulu'na itiraz etme süresi, kararın tebliğinden itibaren 10 gündür, başvuru üzerine Tahkim Kurulu'nun vereceği kararlar kesinlik; ancak bu kesinlik, söz konusu kararın FIFA nezdinde yeniden incelenmesini önleyici bir kesinlik anlamına gelir, bir diğer deyişle, FIFA Tahkim Kurulu tarafından verilen kararın STM'ye

²⁴ FIFA Disiplin Kurulu Başkanı'nın "avukat" olması zorunludur, FIFA Disiplin Yönetmeliği, 29/10/2005, m. 85/5, http://www.fifa.com/documents/static/organisation/disciplinary_code_EN.pdf, 02/02/2006.

²⁵ FIFA Tahkim Kurulu'nun Başkanı'nın "avukat" olması zorunludur, FIFA Disiplin Yönetmeliği, 29/10/2005, m. 85/5, http://www.fifa.com/documents/static/organisation/disciplinary_code_EN.pdf, 02/02/2006.

²⁶ Örneğin; FIFA Disiplin Yönetmeliği'nin 122. maddesine göre; uyarma, kınama ve üç maça ya da üç aya kadar oynamama cezalarına karşı Tahkim Kurulu'na başvurmak mümkün değildir.

götürülmesi mümkündür; bu durumda, STM'nin vereceği kararların, taraflar için kesin nitelik taşıyacağı izahtan varestedir. Tahkim Kurulu tarafından duyurulan kararlar geri alınamaz ve ilgili tüm taraflar için bağlayıcıdır. Kararların geri alınamaz ve bağlayıcı niteliğinin, STM'ye sunulan başvurulara da şamil olduğu yukarıda belirtilmişti.

Tüzük'ün 59. maddesine göre FIFA; merkezi Lozan/İsviçre'de olmak üzere, FIFA, üyeler, konfederasyonlar, ligler, kulüpler, oyuncular, resmi görevliler ve lisanslı müsabaka ve oyuncu temsilcileri arasında vuku bulan anlaşmazlıkları çözmek amacıyla kurulan "bağımsız" Spor Tahkim Mahkemesi'ni (Court of Arbitration for Sport-CAS-, Tribunal Arbitral du Sport-TAS-STM) tanımaktadır.²⁷ STM'nin yargılama usulüne, Sporla İlgili Tahkim STM Yönetmeliği hükümleri uygulanır. STM, uyuşmazlığa öncelikle FIFA'nın çeşitli düzenlemelerini ve buna ek olarak İsviçre hukukunu uygulamaktadır. FIFA organları tarafından alınan ve kesin olan kararlar ile konfederasyonlar, üyeler ve liglerin aldığı kararlara karşı STM'ye, kararın tebliğinden itibaren en geç 21 gün içinde başvurulması gerekmektedir.

Bağımsız bir kuruluş olan STM, sporla ilgili anlaşmazlıkları çözümlenmek amacıyla 1983 yılında İsviçre'nin Lozan kentinde Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından kurulmuştur. STM'nin Lozan'da kurulmasında, Uluslararası Olimpiyat Komitesi'nin merkezinin Lozan'da bulunması etkili olmuştur. STM, Uluslararası Spor Tahkim Konseyi'nin (International Council of Arbitration for Sport-ICAS) idari ve mali denetimi altındadır. Ocak 2006 itibariyle bünyesinde 274 hakem bulunan STM; "İlk Derece Tahkim Dairesi (the Ordinary Arbitration Division-OAD)" ile "Temyiz Tahkim Dairesi (the Appeals Arbitration Division-AAD)" olmak üzere iki ana daireye ayrılmıştır. İlk Derece Tahkim Dairesi, televizyon yayını haklarına ilişkin sözleşmeler veya bir sponsorluk ilişkisi gibi taraflar arasındaki hukuki bir ilişkiden doğan her türlü anlaşmazlığı incelemekte ve karara bağlamaktadır. Temyiz Tahkim Dairesi ise; sporla ilgili üst kuruluşlar ya da federasyonların tahkim organlarının, bu kuruluşlara ait düzenlemelerde ya da özel bir sözleşmede STM'nin yargı yetkisinin tanınması koşuluyla, kesin nitelikteki (başka bir merciin incelemesine tabi olmayan) kararlarını incelemektedir.²⁸

²⁷ STM resmi internet sitesi, <http://www.tas-cas.org/>

²⁸ <http://www.sportslawnews.com/archive/jargon/JargonCAS.htm>; <http://www.sports.gov.au/fultext/200/law/jdmcas.pdf>, 13/02/2006.

Olimpiyat oyunlari sırasında ortaya çikan bir anlaşmazlığı 24 saatte, temyiz yolu ile incelediği bir anlaşmazlığı ise en geç 4 ay içinde çözmese gereken STM; Oyun Kuralları'na (Laws of the Game) aykırılık, dört maça veya dört aya kadar yasaklılık cezaları, federasyon veya konfederasyon tarafından tesis edilen kurallar çerçevesinde tanınan bağımsız ve usulüne tevfikan kurulmuş tahkim kuruluna yapılan başvurular üzerine alınan kararlardan doğan anlaşmazlıklara ilişkin başvuruları incelememektedir. STM'ye yapılan başvuru, ilgili kararın yürütmesini durdurucu bir etkiye sahip değildir; ancak, yetkili FIFA organı veya STM, başvuruya, teminat mukabili ya da re'sen yürütmeyi durdurucu bir etki tanıyabilir.

Dünya Anti-Doping Ajansı (WADA); sadece doping kararları ile ilgili durumlarda FIFA, konfederasyon veya federasyon düzeyinde tüm iç başvuru yollarının tüketilmesinden sonra STM'ye başvurmak konusunda yetkilidir.

Konfederasyonlar, üyeler ve ligler; bu kuruluşların üyeleri, bağı oyuncuları ve resmi görevlilerin STM tarafından alınan kararlara uymasını temin eden bağımsız bir yargılama makamı olarak STM'nin tanınmasında mutabıktırlar.

Aynı yükümlülük lisanslı müsabaka ve oyuncu temsilcileri bakımından da geçerlidir. Ulusal mahkemelere yapılan başvuruların incelenmesi üzerine verilen kararların, FIFA düzenlemelerinde özel olarak öngörülmesi durumu dışında, STM tarafından incelenmesi mümkün değildir. Belirtilen hükümleri teminen, federasyonlar, kendi düzenlemelerine, kulüplerin ve üyelerinin bir anlaşmazlığı ulusal mahkemelere götürmelerini yasaklayan ve herhangi bir anlaşmazlığı federasyonun, uygun bir konfederasyonun ya da FIFA'nın yargılama yetkisine sunmalarını gerekli kılan bir hükmü koymakla yükümlüdürler.²⁹

²⁹ Ülkemizde, futbolcu lisanslarının tescili sırasında kulüplerin, Türkiye Futbol Federasyonu organ ve kurullarının verdiği kararlara karşı yargı organlarına başvurmayacaklarına ilişkin bir taahhütname imzalamaları gerekmektedir. Geçtiğimiz günlerde, Fenerbahçeli futbolcu Deniz Barış'ın Yargıtay'a başvurarak Tahkim Kurulu kararını bozdurmasının ardından, söz konusu taahhütnamenin geçerliliği tartışılmaya başlanmıştır, bkz., infra.

C. Türkiye ve Futbol³⁰

Ülkemizde futbol, ilk olarak, 1890 senesinde İzmir’de ticaret ile uğraşan İngiliz ailelerinin kendi aralarında Bornova çayırında yaptıkları karşılaşmalarda görülmüştür.³¹ Daha sonra (1894) yine İngilizler, İstanbul’un Kadıköy yakasında futbol oynamaya başlamışlardır. Kadıköy ve çevresinde, İngilizlerin kurdukları takımlar kendi aralarında hafta sonları futbol karşılaşmaları düzenlemişler; bunu, İstanbul’da bulunan azınlıkların kurduğu takımlar izlemiştir. Bu arada, kimi Türk gençleri de futbolla ilgilenmeye başlamışlar; ancak Hz. Hüseyin’i şehit eden Muaviye taraftarlarının onun kesik başı ile top gibi oynadıkları yolundaki dinsel bir söylenti dolayısıyla o dönemde futbola “*gavur işi*” ve “*günah*” gözü ile bakılmıştır. Buna karşın, Bahriye mektebi öğrencisi Fuat Hüsnü (Kayacan) ve Hariciye Nezareti’nde görevli Reşat Bey’in (Danyal) girişimleri sonucu bütün oyuncularını Türk olan ilk futbol takımı 1901 senesinde Kadıköy’de kurulmuş ve saray hafiyelerinin dikkatini çekmemesi için takıma İngilizce “*Black Stocking (Kara Çoraplılar)*”³² ismi konulmuştur.

İstanbul’da ilk resmi futbol kulübü, 1902 senesinde James Lafontaine ve Horace Armitage adlarındaki iki İngiliz tarafından “*Cadikueuy Football Club (Kadıköy Futbol Kulübü)*” adıyla kurulmuştur. Bunu, yine İngilizlerin kurduğu “*Moda Futbol Kulübü*”, Rum azınlığın “*Elpis Futbol Kulübü*” ve adını İngiliz Büyükelçiliği’nin yatından alan “*İmogene*” adlı kulüp izlemiştir.

Ülkemizde ilk futbol ligi, İngiliz James Lafontaine tarafından “İs-

³⁰ Bu bölümde, önemli ölçüde, TFF’nin yayımladığı “Türk Futbol Tarihi” isimli 5 ciltlik eserden yararlanılmıştır. Bu esere TFF’nin resmi internet sitesi <http://www.tff.org.tr/> adresinden ulaşmak mümkündür.

³¹ İlk futbol faaliyetlerinin görüldüğü İzmir’de, ilk futbol kulübü 1900 senesinde Rumlar tarafından “Panionios” adıyla kurulmuştur. Bu kulübü yine Rumların “Apollon Futbol Kulübü” ile Ermenilerin kurduğu “Pelops Kulübü” izlemiştir. İzmir’in ilk Türk futbol kulübü ise 1912’de kurulan “Karşıyaka Futbol Kulübü” olmuş, Karşıyaka’yı Altay (1914), Altınordu (1923) ve Göztepe (1925) futbol kulüpleri izlemiştir.

³² Fuat Hüsnü, Reşat, Kemani Nuri, Fahri, Nurettin, Hafız Mehmet, Hafız Mustafa, Emcet, Tamburacı Osman Pehlivan ve Şevki’den oluşan takım ilk maçını Kadıköy Rum takımı ile yapmış, fakat 5-1 yenilmiştir. Maçın bitiminde, saray hafiyeleri Black Stocking futbolcularının Türk olduğunu anlayınca kimi oyuncularını yakalayarak sürgüne göndermiştir. Takımın kurucularından Fuat Hüsnü ise, bir faytona binerek kaçmayı başarmış, daha sonra ise hafiyelere yakalanmamak için, İngilizlerin “Kadıköy Futbol Kulübü”nde “Boby” takma adıyla futbol oynamaya devam etmiştir.

İstanbul Futbol Ligi" adıyla 1904 senesinde kurulmuştur.³³ Yukarıda sözü edilen dört takımın katıldığı ligde karşılaşmalar, günümüzde Fenerbahçe Şükrü Saraçoğlu Stadı'nın bulunduğu yerde, o zamanki adıyla Papazın Çayırı'nda oynanmıştır. Bu faaliyetler giderek Türkiye'de futbolun hem kamuoyu hem de II. Abdulhamit idaresi tarafından hoşgörüyü karşılanmasına ve Türk futbol kulüplerinin kurulmasını sağlamıştır. Bu gelişmelere koşut olarak, Galatasaray Sultanisi öğrencilerinden Ali Sami (Yen) ve arkadaşları Asım Tefvik (Sonumut), Emin Bülent (Serdaroğlu), Celal (Şehit), Bekir (Bircan), Tahsin Nahit, Cevdet (Kalpakçoğlu) ve Abidin (Daver) Beyler 1905 senesinde "Galatasaray Futbol Kulübü"nü³⁴ kurmuşlardır. Galatasaray Futbol Kulübü'nü, Kadıköylü gençlerin kurdukları "*Fenerbahçe Futbol Kulübü*" izlemiştir (1907). Bir yıl sonra ise, "*Vefa*" ve "*Beykoz*" futbol kulüpleri kurulmuştur. 1903'te açılan ve yalnızca jimnastik dalında faaliyet gösteren "*Beşiktaş Jimnastik Kulübü*" ise, 1910'da futbol takımını da faaliyet alanı içine almıştır. Daha sonra "*Anadolu*", "*Türk İdman Ocağı*", "*Darülfünun*", "*Terbiye-i Bedeniye*", "*Şehremini Mümaseratı Bedeniye*" kulüpleri kurulmuş ve İstanbul ligine katılmışlardır. Kulüp sayısının artmasını takiben, ligin yönetimini sağlamak için "*İstanbul Futbol Kulüpleri Birliği*" kurulmuş ve 1912 senesinde "*Pazar Ligi*" ile "*Cuma Ligi*" adıyla iki lig grubu oluşturulmuştur.

İşgal yıllarında ise, işgal kuvvetlerine mensup askeri takımlarla yapılan maçlarda Türk kulüplerinin aldığı galibiyetler, futbolu o dönemde "*milli bir dava*" haline getirmiştir. Cumhuriyet'in ilanından sonra yabancı takımların faaliyetlerine tümüyle son verilmiş, 1924'te illerin şampiyonlarının katılmaları ile ilk kez "*Türkiye Futbol Şampiyonası*" düzenlenmiştir.³⁵ Şehirlerarası futbol ligine doğru ilk adım, 1947'de kurulan "*Milli Küme*" ile atılmıştır. 1950'ye kadar süren bu lig, İstanbul Ligi'nden ilk dört, Ankara ve İzmir liglerinden ilk iki sırayı alan takımlar arasında deplasmanlı olarak oynanmış ve birkaç yıl sonra "*Milli Eğitim Mükafatı*" adını almıştır.

Türkiye Ligi, 1959'da, "*Milli Lig*" adı ile kurulmuştur.³⁶ Milli Lig'in Türkiye Ligi'ne dönüştürülmesi çalışmaları içerisinde, hemen hemen

³³ Kurulan bu ligde ilk şampiyonluğu "İmogene Futbol Kulübü" kazanmıştır.

³⁴ Galatasaray, yabancı takımların İstanbul ligindeki üstünlüğüne son vererek şampiyon olan ilk Türk takımıdır (1909).

³⁵ Türkiye Futbol Şampiyonası'nda ilk birinciliği "Harbiye" kazanmıştır.

³⁶ Bu ligin ilk şampiyonu, "Fenerbahçe" olmuştur.

tüm illerin futbol takımları profesyonel kulüpler kurarak Türkiye Ligi'ne katılmak için başvurmuşlardır. Bu büyük ilgi sonucunda, 1963-1964 sezonunda Türkiye İkinci Ligi ve 1967-1968 sezonunda Türkiye Üçüncü Ligi kurulmuştur. 1987-1988 futbol sezonunda yeni bir sistem getirilerek, İngiltere'de olduğu gibi, Türkiye futbol liglerinde de galibiyet alan takımlara üç, berabere kalan takımlara bir puan verilmeye başlanmıştır.

III. TÜRK SPOR İDARESİ ³⁷

A. Genel Bakış

Cumhuriyet döneminde Türk spor idaresi, beş döneme ayrılarak incelenebilir:

- Türkiye İdman Cemiyetleri İttifakı (TİCİ) dönemi (1923-1936)
- Türk Spor Kurumu dönemi (1936-1938)
- Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü (BTGM) dönemi (1938-1989)
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü (GSGM)-özerk federasyon (TFF) dönemi (1989-2004)
- GSGM-özerk federasyonlar dönemi (2004- ...)

Türk sporunun temeli, 14 Temmuz 1922 tarihinde 16 kulübün birleşmesiyle kurulan "*Türkiye İdman Cemiyetleri İttifakı (TİCİ)*" ile atılmıştır.^{38,39} 1923-1936 yılları arasında faaliyet gösteren TİCİ,⁴⁰ sporda

³⁷ Bu bölümde TFF'nin yayınladığı "*Türk Futbol Tarihi*" isimli 5 ciltlik eserden yararlanılmıştır. Bu esere TFF'nin resmi internet sitesi <http://www.tff.org.tr/> adresinden de ulaşmak mümkündür.

³⁸ TİCİ'nin ilk başkanlığını Galatasaray Kulübü'nün kurucusu Ali Sami Yen yaparken, asbaşkanlık görevlerini de Burhan Felek ve Ali Seyfi üstlenmiştir.

³⁹ Cumhuriyet Hükümeti, 16 Ocak 1924'te aldığı 170 sayılı kararla Türkiye İdman Cemiyetleri İttifakı'nı kamu yararına bir dernek olarak onaylamış, hemen ardından 171 sayılı kararla Mayıs 1924'te Paris'te yapılacak olan olimpiyat oyunlarına katılmakta Türkiye'nin menfaatinin bulunduğu belirtilerek bu oyunlara Türk sporcularının katılımının sağlanması için "müstacelen (tez elden)" 17 bin liranın örtülü ödenekten Türkiye İdman Cemiyetleri Genel Merkezi'ne aktarılmasına karar verilmiştir.

⁴⁰ Türk sporunun ilk kuruluşu olan TİCİ döneminde kulüp sayısı 16, sporcu sayısı da

demokrasi yönünde önemli adımlar atmıştır. TİCİ dönemini takip eden yıllarda Türkiye’de spora yön veren üç kuruluş daha sırasıyla faaliyete geçirilmiştir; Türk Spor Kurumu (1936-1938), Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü (BTGM, 1938-1989) ve halen hizmetini sürdüren Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü (GSGM)⁴¹ (1989- ...).

1936 yılında Ankara’da toplanan TİCİ Genel Kurulu, teşkilatın adını Türk Spor Kurumu’na çevirmiş, merkezini Ankara’ya taşımış ve kurumun doğrudan Cumhuriyet Halk Fırkası’na bağlanması için parti başkanlığına öneride bulunmuştur. Bu önerinin kabul edilmesiyle Türk sporu, 15 Nisan 1936 tarihinde siyasi bir partiye bağlanmıştır. Parti il başkanları aynı zamanda Kurum’un illerdeki temsilcileri olmuş, yurt sathındaki tüm sporcuların da Cumhuriyet Halk Fırkası’na üye olmaları istenmiştir. 29 Ekim 1936 günü Türkiye genelindeki tüm sporcular Türk ve parti bayraklarıyla resmi geçit yapmışlar ve törenlerle partiye üye olmuşlardır.⁴²

İki yıllık parti-spor birlikteliğinin ardından sporun yönetimini devlete vermek üzere başlayan çalışmalar, 1938’de Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü’nün kurulmasıyla sonuçlanmıştır,⁴³ böylece sporda sorumluluğun valilerden köy muhtarlarına kadar yayıldığı bir dönem başlamıştır.⁴⁴ Başbakanlığa bağlı bir kuruluş olarak kurulan BTGM, 1942’de Milli Eğitim Bakanlığı’na, 1960’da tekrar Başbakanlığa bağlanmıştır. Bu dönemde, beş yüzden fazla işçi çalıştıran işyerlerine spor tesisi kurma zorunluluğu getirilmiş, gençlere spor kulüplerine girmek ve boş zamanlarında beden terbiyesi faaliyetinde bulunmak zorunlu tutulmuştur. Spor işlerinin bakanlık düzeyinde ele alınması ilk kez

827 iken, faaliyet gösterdiği 1936 yılına kadar kulüp sayısı 173’e, sporcu sayısı da 10 bin 75’e yükselmiştir.

⁴¹ Bkz. *infra*.

⁴² Bu anlayış, şu şekilde gerekçelendirilmiştir: “Davamız, bir bütündür. Bu bakımdan, Türk sporu da bir fert işi olmaktan uzaktır. Şimdi milli yapıyı, memleket gerek iktisadiyat gerekse kültür faaliyetleri bakımından ve yerinde bir iddialılıkla en ilerilere doğru götürmek kararını verirken, şüphe yok ki bu büyük işte yeni beden terbiyemizin bir rolü ve bu rolün iyice prensiplendirilebilmesi için de bir spor telakkimiz olacaktır. Biz, millet için ve millet ölçüsünde spor istiyoruz. Sağlam yapılı, güzel gövdeli ve inkılap ahlakiyatını benimsemiş on binler ve yüz binler istiyoruz.”, Asaf, B., “Spor Telakkimiz”, *Ülkü, Seçmeler*, 1933-1941, Ankara, 1982, s. 71-74.

⁴³ TGM’nin ilk Genel Müdürü, aynı zamanda emekli bir general olan Cemal Tahir TANER olmuştur.

⁴⁴ Bu dönemde, Türkiye’de 442 spor kulübü ve 27 bin 631 sporcu bulunmaktaydı.

BTGM döneminde gerçekleştirilmiş⁴⁵ ve yine bu dönemde spor ilk kez Anayasa'da yer almıştır.⁴⁶

BTGM tarafından yönetilen Türk sporu, 179 sayılı KHK⁴⁷ ile "*Milli Eğitim ve Gençlik ve Spor Bakanlığı*" bünyesinde yer almıştır. BTGM'nin adı, 1986 yılında çıkarılan 3289 sayılı Kanun ile "*Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğü*" olarak değiştirilmiştir. Daha sonra, 24/01/1989 tarih ve 356 sayılı KHK'nın⁴⁸ 7. maddesi ile "*Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğü'nün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun*"un adı, "*Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun*" olarak değiştirilmiştir.

BTGM dönemi, 1989 yılında Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün (GSGM) kurulması ile sona ermiştir. GSGM döneminde futbol, Türk sporundan "*ayrıştırılmış*" ve özerklikle taçlandırılmıştır. Böylece Türk spor idaresi, GSGM ve Türkiye Futbol Federasyonu'ndan oluşan ikili bir yapı haline getirilmiştir.⁴⁹ 2004 ve 2005 yıllarında, spor federasyonlarından yoğun şekilde gelen özerklik talepleri olumlu karşılanmış ve birçok federasyon özerk statüye kavuşturulmuştur.

Bugün, Türk spor idaresi, ikili bir yapı arz etmektedir. Bu ikili yapı, şu şekilde gösterilebilir:

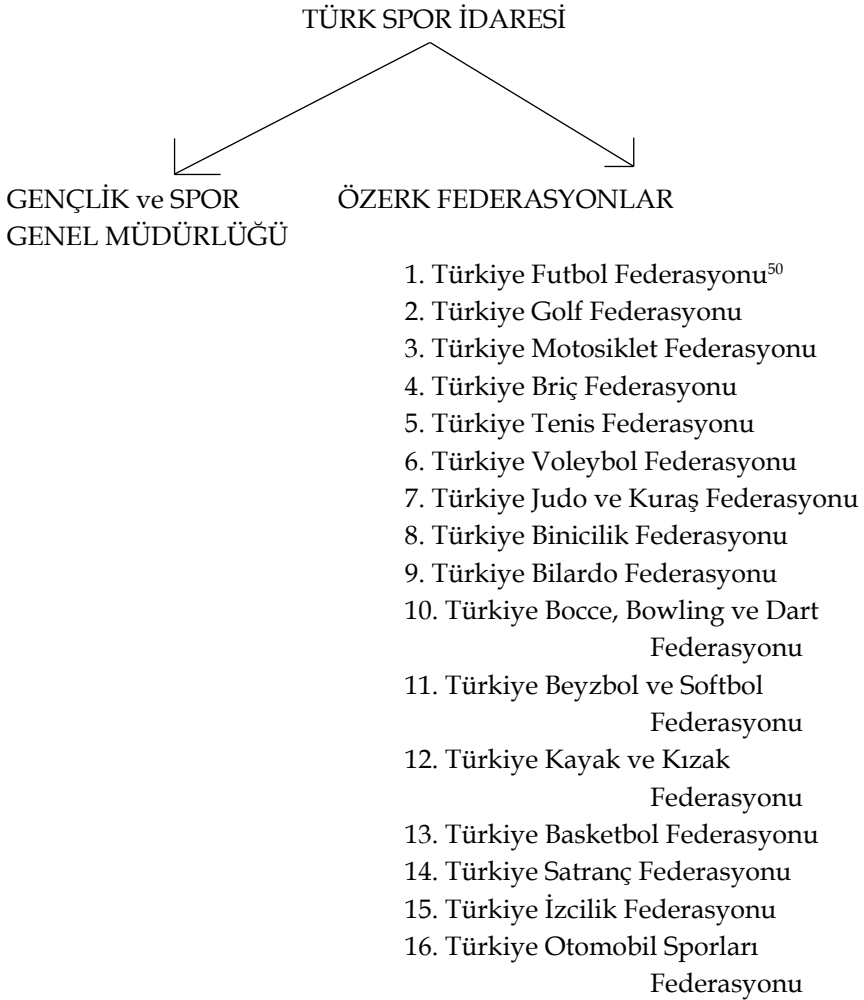
⁴⁵ Gençlik ve Spor Bakanlığı, ilk kez, 3 Kasım 1969'ta işbaşı yapan (ikinci) Süleyman Demirel Hükümeti'nde yer almış ve BTGM, 06/02/1970 tarih ve 3/707 sayılı "Cumhurbaşkanlığı Tezkeresi" ile söz konusu Bakanlık kapsamına alınmıştır. Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk Gençlik ve Spor Bakanı ise, İsmet SEZGİN olmuştur.

⁴⁶ "Gençliğin Korunması" başlıklı 1982 Anayasası m. 58: "Devlet, istiklal ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müspet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetiştirme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır. Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır." "Sporun Geliştirilmesi" başlıklı 1982 Anayasası m. 59: "Devlet, her yaşta Türkiye vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder. Devlet başarılı sporcuyla korur."

⁴⁷ RG, 14/12/1983, 18251.

⁴⁸ RG, 02/03/1989, 20096.

⁴⁹ GSGM döneminde, Şubat 2006 itibarıyla, futbol branşı dışında, kulüp sayısı 7 bine yaklaşmış, lisanslı ve faal kulüp ferdi sporcu sayısı ile sporcu kartlı sporcu sayısı toplamı ise 1 milyon 200 bini aşmıştır.



⁵⁰ Türkiye Futbol Federasyonu'nun özerkliği, diğer özerk federasyonlara göre daha güçlü bir yapıdadır; zira, diğer özerk federasyonların, genel kurulların toplanması ve çalışmalarına ilişkin usul ve esaslar ile kimlerin oy kullanabileceği ve Tahkim Kurulu ile ilişkileri GSGM tarafından düzenlenen çerçeve statü ile belirlenmekte, özerk federasyonların ceza veya disiplin kurulları tarafından verilen kararlara karşı GSGM bünyesinde oluşturulan Tahkim Kurulu'na itiraz edilmekte ve Tahkim Kurulu üyeleri GSGM Genel Müdürü'nün teklifi ve GSGM'nin bağlı olduğu Devlet Bakanı'nın onayı ile seçilmektedir.

B. Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü (GSGM)

1. Kuruluşu ve Yapısı

“Spor faaliyetlerinin denetimi ve düzenlenmesi görevi bir kamu hizmeti olarak idareye verilmiştir.”⁵¹ “3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü’nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun”⁵² ile kurulan GSGM, Devlet Bakanlığı’na bağlı,⁵³ katma bütçeli⁵⁴ ve tüzel kişiliği haiz bir “kamu kurumu”dur.

08/08/1945 tarih ve 3/2934 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile “Beden Terbiyesi Tüzüğü” yürürlüğe konulmuştur. Bu Tüzük’ün dayanağını oluşturan 29/06/1938 tarih ve 3530 sayılı Beden Terbiyesi Kanunu⁵⁵ yürürlükten kaldırılmış ise de, 21/05/1986 tarih ve 3289 sayılı Kanun’un Geçici 4. maddesi⁵⁶ gereğince, yeni tüzük yürürlüğe konuluncaya kadar söz konusu Tüzük’ün hükümleri uygulanmış; ardından, 25/01/2006 tarih ve 2006/9995 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan “Beden Terbiyesi Tüzüğü’nün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük”⁵⁷ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵¹ Dan. 10. D., 25/02/1987, E. 1986/1303, K. 1987/333, in DD, S. 68-71, s. 643.

⁵² RG, 28/05/1986, 19120. 27/05/1988 tarih ve 3461 sayılı Türkiye Futbol Federasyonunun Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun’un 28. maddesinde; 3283 sayılı GSGM kanununun profesyonel futbolla ilgili hükümlerinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. 24/01/1989 tarih ve 356 sayılı KHK’nin 6. maddesi ile Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğü’nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un adı “Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü’nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiştir. Aynı madde ile; GSGM Kanunu’nun 2. maddesinin (b) bendi hariç olmak üzere 3289 ve 7258 sayılı diğer mevzuattaki gençlik ve spor faaliyetleri ve hizmetlerine ilişkin hükümlerde yer alan “Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğü” ibareleri “Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü”, “Beden Terbiyesi ve Spor İl ve İlçe Müdürlükleri” ibareleri “Gençlik ve Spor İl ve İlçe Müdürlük”, “Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı” ibareleri “Başbakanlık” ve “Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanı” ile “Bakan” ibareleri “Başbakan” olarak değiştirilmiştir. Daha sonra mezkur ibareler 14/03/1991 tarih ve 3703 sayılı Kanun’un 7. maddesi ile aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

⁵³ GSGM, 59. Hükümet’te, Devlet Bakanlığı’nın “bağlı” kuruluşu olarak gösterilmiştir.

⁵⁴ GSGM taşra teşkilatı (Gençlik ve Spor İl ve İlçe Müdürlükleri) ise özel bütçelidir.

⁵⁵ RG, 16/07/1938, 3961.

⁵⁶ 3289 sayılı kanun Geçici madde 4: “Bu Kanun’da belirtilen kuruluşlar ve federasyonlar kuruluşlarını bu Kanun’un yayımı tarihinden itibaren iki sene içerisinde tamamlamak zorundadırlar. Bu kuruluşlar kuruluşlarını tamamlamaya ve ilgili yönetmeliklerle tüzük çıkıncaya kadar mevcut tüzük, statü ve yönetmeliklerin uygulanmasına devam olunur.”

⁵⁷ RG, 16/02/2006, 26082.

GSGM merkez teşkilatı,⁵⁸ ana hizmet birimleri,⁵⁹ danışma ve denetim birimleri, yardımcı birimler ve bağlı birimlerden oluşmaktadır. GSGM Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliği'nin⁶⁰ 8. maddesinin ikinci fıkrasında,⁶¹ Merkez Ceza Kurulu'nun⁶² doğrudan⁶³ ya da itirazın⁶⁴ verdiği kararların kesin olduğu hükme bağlanmıştır.

Gelinen noktada, Türk spor idaresinde yeni bir yapılanmayı ve bağımsız idari otorite (BİO) olarak "*Türk Spor Kurumu*"nun kuruluşunu öngören "*Türk Spor Kurumu Kanun Tasarısı*"na da değinmek yararlı olacaktır. Tasarının yasalaşması halinde; "*Spor Düzenleme Kurulu*", "*Başkanlık*", "*Tahkim Kurulu*" ve hizmet birimlerinden oluşan, Başbakanlıkla ilişkili, tüzel kişiliği haiz, idari ve mali yönden özerk "*Spor Yüksek Kurumu*" kurulmuş olacaktır. Tasarının 2. maddesinde Türk Spor Kurumu'nun görevleri sayılmıştır. Buna göre, Spor Yüksek Kurumu; sporla ilgili ilke, hedef ve politikaları belirlemek, spor federasyonlarını sağlıklı bir alt yapıya kavuşturarak idari ve mali yönden özerkliğini sağlamak, toplumun her bireyinin spor yapmasına öncülük etmek, sporu yönetebilmeleri için gerekli fırsatları ve teşvikleri sağlamak, spor alanında teknik bilgi ve spora olan ilgiyi artırıcı yayınlar yapmak, yaptırmak ve faaliyetlerde bulunmak, spor müsabakalarında müşterek bahis düzenlemek, düzenletmek, yürütmek ve bunlara uygun şekilde

⁵⁸ Merkez teşkilatı, Sayıştay'ın denetimine tabidir.

⁵⁹ Spor Federasyonları Başkanlıkları, bir ana hizmet birimidir.

⁶⁰ RG, 07/01/1993, 21458.

⁶¹ GSGM Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliği m. 8, II: "Merkez Ceza Kurulu'nun kararları kesindir. Ancak Merkez Ceza Kurulu, kararının Genel Müdürlük makamına intikalinden başlayarak on gün içinde, Genel Müdürlüğe verilen kararın yeniden incelenmesini gerekçelerini belirtmek suretiyle isteyebilir. Yeniden inceleme talebi cezanın uygulanmasını etkilemez. Yeniden inceleme üzerine verilen karar hakkında yeni bir talepte bulunulamaz."

⁶² Yönetmeliğin 9. maddesine göre Merkez Ceza Kurulu, iki yıl süre ile görev yapmak üzere Genel Müdürün teklifi ve Bakanın onayı ile atanan yüksekökol mezunu beş kişiden oluşmaktadır. Seçilecek bu üyelerin, spor bilgisi, ihtisas ve tarafsızlığı ile tanınmış, en az üçünün Hukuk Fakültesi mezunu, birinin Genel Müdür tarafından seçilen bir Danışma Kurulu üyesi ve diğerinin Amatör Spor Kulüpleri Konfederasyonu'nun yüksekökol mezunu üyesi olması gerekmektedir.

⁶³ Sürekli hak mahrumiyeti ceza kararları, Merkez Ceza Kurulu'nca doğrudan incelenir (Y. m. 79, son)

⁶⁴ Ceza Kurulu kararlarına itiraz mercii, Merkez Ceza Kurulu kararları hariç, bir üst kuruldur (Y. m. 80). İtiraz tetkik merciinin önüne gelen ceza kararı, onaylanması durumunda kesinleşmekte ve dolayısıyla kesinleşen karara bir daha itiraz edilememektedir (Y. m. 81).

davranılmasını sağlamakla sorumludur.⁶⁵ Tasarı'nın 4. maddesinde, futbol ile ilgili ulusal spor politikalarının uygulanmasında Türkiye Futbol Federasyonu'nun, Spor Yüksek Kurumu ile koordineli çalışacağı hükme bağlanmıştır.

2. Spor Kulüpleri ve Federasyonlar

Spor kulüpleri, 04/11/2004 tarih ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun⁶⁶ 14. maddesine⁶⁷ göre kurulmakta ve tescil ile GSGM teşkilatına katılmaktadır. GSGM, bünyesinde yer alan spor kulüplerini her yönden denetlemekte ve gerekirse hesap, defter ve işlemlerine el koyabilmektedir.

Profesyonel dallar, GSGM Genel Müdürü'nün, Merkez Danışma Kurulu'nun da görüşünü almak suretiyle yapacağı teklif üzerine, GSGM'nin bağlı bulunduğu Bakanlık tarafından saptanmaktadır. 3289 sayılı Kanun'un 24. maddesine göre, spor kulüpleri profesyonel takımlarını, Türk Ticaret Kanunu (TTK) hükümlerine göre kuracakları ya da kurulmuş şirketlere devredebilmektedir.

Spor federasyonlarının özerkleştirilmesi çalışmalarının hız kazanması ile birlikte bugüne kadar toplam 16 spor federasyonu özerklik kazanmıştır. Şubat 2006 itibariyle GSGM bünyesinde, özerk federasyonlar dışında, 44 adet spor federasyonu bulunmaktadır. GSGM bünyesindeki spor federasyonları, faaliyetlerinin esasları, kurullarının oluşumu ve çalışmaları ile görev, yetki ve sorumlulukları bakımından "*GSGM Spor Federasyonlarının Teşkilatı, Çalışma, Görev, Yetki ve Sorumluluk Yönetmeliği*"⁶⁸ hükümlerine tabidir. İdari ve mali yönden özerk statüdeki federasyonların ise, faaliyet alanları ile ilgili ayrı statüleri bulunmaktadır.

⁶⁵ Tasarı'nın "Gençlik ve Spor Kulüpleri" başlıklı 31. maddesinde, gerçek ve tüzel kişiler, kamu kurum ve kuruluşları ile her seviyedeki eğitim kurumları tarafından bir veya birden fazla gençlik ve/veya spor dalında faaliyet göstermek üzere gençlik ve/veya spor kulübü kurulabileceği belirtilerek bunların yerel yönetimlere tescil ile tüzel kişilik kazanacakları hükme bağlanmıştır.

⁶⁶ RG, 23/11/2004, 25649.

⁶⁷ 5253 sayılı Dernekler Kanunu m. 14: "Derneklerden başvurmaları halinde; spor faaliyetine yönelik olanlar spor kulübü, boş zamanları değerlendirme faaliyetine yönelik olanlar gençlik kulübü ve her iki faaliyeti birlikte amaçlayanlar gençlik ve spor kulübü adını alır. Bu kulüpler, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünce tutulacak kütüğe kayıt ve tescil edilir."

⁶⁸ RG, 22/11/1993, 21766.

3289 sayılı Kanun'un ek 9. maddesine göre federasyonlara idari ve mali özerklik, talepte bulunmaları durumunda GSGM Merkez Danışma Kurulu'nun uygun görüşü, GSGM'nin bağlı olduğu Devlet Bakanı'nın teklifi ve Başbakan'ın onayı ile verilmektedir. Kuruluşa ilişkin kararın *Resmi Gazete'*de yayımlanması ile federasyon tüzel kişilik kazanmaktadır. Özerklik statüsü verilen federasyonlar; *"organları genel kurul tarafından seçimle göreve gelen, her türlü kararlarını kendi organları nezdinde alan, bütçesi genel kurul tarafından onaylanan ve ibra edilen federasyonlar"*dır. Takdiri bir işlem olan özerklik kararının alınmasında; özerklik talebinde bulunan federasyonun faal sporcu ve kulüp sayısı, federasyonun faaliyette bulunduğu spor dalının Türkiye veya dünyadaki yaygınlığı, gelişme potansiyeli ve olimpik olup olmadığı, federasyonun gelirlerinin giderlerini karşılayabilme yeterliliği ile federasyon veya bağlı kulüplerin tesis durumu dikkate alınmaktadır. Özerklik tanınan federasyon, hazırlayacağı ana statü ve buna bağlı talimatlara göre genel kurulunu ve yetkilendireceği diğer organlarının oluşumunu, görev ve yetkilerini belirlemektedir. Özerk federasyonlar, uluslararası federasyonların öngördüğü kurulları oluşturmak zorundadır. Özerk federasyonların; genel kurulların toplanması ve çalışmalarına ilişkin usul ve esaslar ile kimlerin oy kullanabileceği ve GSGM Tahkim Kurulu ile ilişkileri *"GSGM Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsü"*⁶⁹ ile belirlenmiştir. Özerk federasyonlarca hazırlanacak ana statü, söz konusu Çerçeve Statü'ye aykırı olamaz.

Özerk federasyonların ceza veya disiplin kurullarınca verilen kararlara karşı GSGM bünyesinde oluşturulan Tahkim Kurulu'na itiraz edilebilir. Tahkim Kurulu'nun görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esasları *"GSGM Tahkim Kurulu Yönetmeliği"*⁷⁰ ile belirlenmiştir.

Tahkim Kurulu yedi asıl ve yedi yedek üyeden teşekkül eder. Üyelerin beşinin hukukçu, ikisinin ise spor alanında bilimsel çalışmalar yapmış veya sporda idareci, teknik adam ve benzeri görevlerde bulunmuş kariyer sahibi kişi olmaları şarttır. Üyeler GSGM Genel Müdürü'nün teklifi ve GSGM'nin bağlı olduğu Bakanın onayı ile altı yıl için görevlendirilirler. Üyeler kendi aralarından bir başkan seçerler. Tahkim Kurulu tarafından verilen kararlar kesindir. Tahkim Kurulu, özerk federasyon ile kulüpler, özerk federasyon ile hakemler, özerk fe-

⁶⁹ RG, 14/07/2004, 25522.

⁷⁰ RG, 28/05/2004, 25475.

derasyon ile teknik direktör ve antrenörler, kulüpler ile teknik direktör ve antrenörler, kulüpler ile oyuncular, kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak anlaşmazlıklar hakkında yönetim kurulu tarafından verilecek kararlar ile disiplin veya ceza kurulu kararlarını, ilgililerin itirazı üzerine inceleyerek kesin olarak karara bağlamaktadır.

“GSGM Özerk Federasyonlar Çerçeve Statüsü”, TFF dışındaki özerk spor federasyonlarının genel kurulu, yönetim kurulu ile diğer kurullarını, federasyon başkanını, federasyonlara bağlı spor dalları ile ilgili kulüp, sporcu, antrenör, teknik direktör, hakem, idareci, menajer, gözlemci, temsilci ve benzeri spor elemanlarını, federasyonların çalışma usul ve esasları ile GSGM ve tahkim kurulu ile olan ilişkilerini kapsamaktadır. Çerçeve Statü’nün 4. maddesinde özerk federasyon; *“3289 sayılı Kanun’un ek 9. maddesi hükümlerine göre oluşturularak tüzel kişilik kazanan, organları genel kurul tarafından seçimle göreve gelen, her türlü kararlarını kendi organları içerisinde alan, bütçesi genel kurul tarafından onaylanan ve ibra edilen, özel hukuk hükümlerine tabi federasyon”* biçiminde tanımlanmıştır.

GSGM ile özerk federasyonların ilişkileri ise, Çerçeve Statü’nün 12. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, GSGM bütçesinden ilgili spor dalı için ayrılacak toplam tutar ile gerektiğinde ilgili branşın alt yapısına ve eğitimine ilişkin projelerinin desteklenmesi amacıyla tahsis edilecek kaynak, GSGM’nin yıllık harcama programı dikkate alınarak federasyon hesabına aktarılmaktadır. GSGM bütçesinden ilgili branşın alt yapısına ve eğitimine ilişkin projelerin desteklenmesi amacıyla yapılacak kaynak tahsislerinde; spor dalının olimpiik olup olmadığı, faal sporcu ve kulüp sayısı ve spor dalının ülkenin tanıtımına olan katkısı, projenin sponsorlar eliyle yürütülebilip yürütülemeyeceği hususları değerlendirilir. Federasyonun talebi halinde, GSGM’nin mülkiyetinde bulunan taşınır ve taşınmazlar bedelsiz olarak 49 yıl süre ile ilgili federasyona tahsis edilebilir. Tahsisin süresi, konusu, başka federasyon veya GSGM tarafından kullanılıp kullanılmayacağı, kullanımdaki taşınmazların ortak kullanımı halinde, bakım-onarım giderleri ve tesislerde istihdam edilecek personelin niteliği, özlük hakları ile GSGM personelinden faydalanma usul ve esasları GSGM ile özerk federasyon arasında yapılacak protokol ile belirlenecektir. Söz konusu taşınır ve taşınmazların tahsis amacı dışında kullanılması halinde, tahsis işlemi GSGM tarafından iptal edilir.

Görüldüğü üzere, GSGM ile özerk federasyon arasında imzalanacak bir protokol ile özerk federasyonun GSGM personelinden yararlanması olanaklı hale getirilmektedir. Aşağıda, TFF'nin özerkliği konusu incelenirken de değinileceği gibi,⁷¹ GSGM, kamu hizmetini yürütmekle görevli bir kamu kurumudur ve dolayısıyla yüklendiği kamu hizmetini yürütmek için GSGM bünyesinde çalışan personel de devlet memuru statüsündedir ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi bulunmaktadır. 657 sayılı Kanun'a tabi devlet memurlarının, 1982 Anayasası'nın 128. maddesine göre asli ve sürekli görevlerde devlet adına çalıştırılmaları esas iken, özel hukuk hükümlerine tabi kılınan özerk federasyonlarda devlet memurunun çalıştırılması yoluna gidilmesinin hukuka uyarlığı tartışmalıdır.

Özerklik statüsü verilen federasyonların özerklik sürecinde mali yönden sıkıntı yaşamalarını önlemek amacıyla 28/04/2005 tarih ve 5340 sayılı Kanun'la 3289 sayılı Kanun'un özerkliğe ilişkin ek 9. maddesinin 9. fıkrası değiştirilmiştir. Buna göre, özerk federasyonların bütçesi; katılım payı, tescil, vize, transfer, itiraz, ceza, yayın, sponsorluk, reklam, yardım, bağış ve benzeri gelirlerden oluşur. Söz konusu değişiklikte GSGM'nin, olimpiik branşlarda ilgili federasyonun bir önceki yıl gerçekleşen gelirlerinin %75'i, olimpiik olmayan branşlarda ise %50'si kadar yardımda bulunması olanağı getirilmiştir. Özerk federasyonların gelirleri, her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır.

IV. TÜRKİYE FUTBOL FEDERASYONU (TFF)

A. Kuruluşu ve Yapısı

1. Genel Bakış

13 Nisan 1923 tarihinde, bir başka deyişle henüz Cumhuriyet ilan edilmemişken, Türkiye İdman Cemiyetleri İttifakı'nın yapısı içinde "Futbol Heyeti Müttehidesi (Futbol Federasyonu)" oluşturulmuştur. Futbol Federasyonu, 21 Mayıs 1923'te FIFA üyeliğine⁷² kabul edilmiş ve ardından Türk milli futbol takımını kurmuştur.⁷³

⁷¹ 3813 sayılı Kanun'un 28. maddesine göre TFF, GSGM'nin tesis ve personelinden, GSGM ile yapacağı sözleşme ve protokol esasları çerçevesinde yararlanabilecek ve kulüpleri yararlandırabileceklerdir. Aynı hüküm, TFF Ana Statüsü'nün 68. maddesinde de yer almaktadır, bkz., *infra*.

⁷² TFF'nin UEFA üyeliği ise, 1962 yılında gerçekleşmiştir.

TFF'nin bugünkü yapısına gelirken geçirdiği hukuki süreci şu şekilde özetleyebiliriz:

- 3461 sayılı Kanun⁷⁴ – Kuruluş kanunudur.
- 3524 sayılı Kanun⁷⁵ – 3461 s. Kanun'a ilişkin değişiklik kanunudur.⁷⁶
- 3813 sayılı Kanun⁷⁷ – 3461 s. Kanun'u yürürlükten kaldıran kuruluş kanunudur.
- 4563 sayılı Kanun⁷⁸ – 3813 s. Kanun'a ilişkin değişiklik kanunudur.⁷⁹
- 5175 sayılı Kanun⁸⁰ – 3813 s. Kanun'a ilişkin değişiklik kanunudur.⁸¹
- 5340 sayılı Kanun⁸² – 3813 s. Kanun'a ilişkin değişiklik kanunudur.⁸³

3461 sayılı Kanun ile TFF, sadece “profesyonel” futbol faaliyetlerini yürüten “özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzelkişiliğe sahip” bir kuruluş olarak nitelendirilmiş iken, 3813 sayılı Kanun, “(amatör ve profesyonel) tüm futbol faaliyetlerini” yürütme görevini TFF'ye vermiş ve 3461 sayılı

⁷³ Türk milli futbol takımı, ilk maçını, Cumhuriyet'in ilanından üç gün önce İstanbul'da Taksim Stadı'nda yapmış ve Romanya ile 2-2 berabere kalmıştır.

⁷⁴ RG, 07/06/1988, 19835.

⁷⁵ RG, 18/03/1989, 20112.

⁷⁶ 3461 sayılı Kanun'un seçimle ilgili hükümlerinin uygulanmasında büyük sorunlarla karşılaşmış ve seçim bir türlü nihayete erdirilememiştir. Bunun üzerine, 3461 sayılı Kanun'un 29. maddesini değiştiren ve kanuna bir geçici madde ekleyen 3524 sayılı Kanun çıkarılmıştır. 3524 sayılı Kanun ile 3461 sayılı Kanun'un seçimle ilgili hükümlerinin yürürlüğü dört sene sonrasına ertelenmiş ve ertelenen hükümlerin yerine 3461 sayılı kanuna eklenen geçici madde ile; TFF Başkanı'nı doğrudan, Denetleme Kurulu'nun asil ve yedek üyelerini GSGM Genel Müdürlü'nün, Tahkim kurullarının asil ve yedek üyelerini TFF Başkanı'nın teklifi üzerine Başbakan'ın; Başkanvekillerini, Yönetim Kurulu, Genel Sekreter ile Federasyon yan kurullarını ise TFF Başkanı'nın seçeceği hükme bağlanmıştır.

⁷⁷ RG, 03/07/1992, 21273.

⁷⁸ RG, 20/04/2000, 24026.

⁷⁹ 4563 sayılı Kanun, 3813 sayılı kanunun 5, 6, 7, 8, 9, 10, 15, 18, 20, 23, 29 ve 31. maddelerine ilişkin değişiklikler içeren kapsamlı bir kanundur.

⁸⁰ RG, 10/10/2004, 25488.

⁸¹ 5175 sayılı Kanun ile 3813 sayılı Kanun'un 1, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 15, 21, 22, 23, 25, 28 ve 29. maddeleri değiştirilmiş ve aynı Kanun'a bir ek madde ve üç geçici madde eklenmiştir.

⁸² RG, 05/05/2005, 25806,

⁸³ 5340 sayılı Kanun ile 3813 sayılı Kanun'un 1, 5, 6, 7, 8, 10, 12, 14, 15, 16, 17, 21, 22, 23 ve ek 1. maddeleri değiştirilmiş ve aynı Kanun'a bir ek madde ve bir geçici madde eklenmiştir.

Kanun'da sayılan hususların her birini yineleyerek bunlara "özerk" ifadesini de eklemiştir.⁸⁴

TFF; "merkez", "yurtiçi" ve "yurtdışı" teşkilatından oluşmaktadır. TFF'nin merkez teşkilatı; Genel Kurul, Başkanlık, Yönetim Kurulu, Denetleme Kurulu, Tahkim Kurulu, Merkez Hakem Kurulu, yan kurullar ve idari birimlerden meydana gelmektedir. TFF Yönetim Kurulu tarafından gerekli görülen ülkelerde yeteri kadar personelden oluşan TFF yurtdışı temsilciliklerinin⁸⁵ açılması veya bunların kapatılması, Dışişleri Bakanlığı'nın görüşü alınmak suretiyle spordan sorumlu Devlet Bakanı'nın onayına tabidir.

2. TFF Organları

Bu başlık altında; Genel Kurul, Başkanlık, Yönetim Kurulu, Denetleme Kurulu ve yan kurullar ile TFF'nin gelir ve giderleri hakkında açıklamalarda bulunulacak, TFF disiplin yargısı ve Tahkim Kurulu ile Merkez Hakem Kurulu ise, ayrı bir başlık altında incelenecektir.

a. Genel Kurul

28/04/2005 tarih ve 5340 sayılı Kanun'la getirilen değişiklikle yapısı yeniden belirlenen TFF Genel Kurulu, çağrı tarihinde; Türkiye profesyonel futbol en üst ligindeki (Süper Lig'de yer alan) kulüplerin başkanları ile yönetim kurulları tarafından belirlenecek dörder temsilci, Türkiye profesyonel ikinci ligi (A) kategorisindeki kulüplerin başkanları ile ilk on sırada yer alan kulüplerden birer temsilci, Türkiye profesyonel ikinci ligi (A) kategorisi dışında kalan diğer gruplardaki ilk altı sırada yer alan kulüplerin başkanları, Türkiye profesyonel üçüncü liginde her gruptan ilk üç sırada olan kulüplerin başkanları, TFF Başkanlığını asaleten altı aydan fazla yapmış olanlar, Türkiye Milli Olimpiyat Komitesi Başkanı ile Yönetim Kurulunca belirlenecek üç temsilci, FIFA ve UEFA'nın icra

⁸⁴ Ancak ilginçtir ki, 3461 sayılı Kanun'un TBMM Genel Kurulu'ndaki görüşmelerinde devamlı TFF'nin özerkliğine vurgu yapılmış, 3813 sayılı kanunun TBMM Genel Kurulu'ndaki görüşmelerinde ise her nedense özerklik hiç tartışılmamıştır. Bunun nedeni, 3461 sayılı Kanun'da Başbakan'a tanınan yetkiler olabilir (örn. TFF Başkanı'nı Başbakan atamakta, Genel Kurul üyelerinden bir bölümünü yine Başbakan seçmektedir).

⁸⁵ Örneğin TFF'nin Almanya'da bir temsilciliği bulunmaktadır.

kurullarında fiilen görev yapanlar ile komisyonlarında en az beş yıl görev yapan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları ve büyükler kategorisinde olimpiyat, dünya, kıta futbol federasyonları şampiyonaları finalleri ile Avrupa şampiyonalarının en az yarı finallerinde maç yönetmiş faal olmayan hakemler, bünyesinde futbol dalı bulunan federasyonların başkanları, (A) milli takım teknik direktörlüğünü en az altı ay yapmış olan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları, en az yetmiş beş kez (A) milli olmuş ve Genel Kurul tarihinden en az altı ay önce faal sporculuğu bırakmış olanlar, Profesyonel Futbolcular Derneği Başkanı ile Yönetim Kurulu'nca belirlenecek bir temsilci, Türkiye Amatör Spor Kulüpleri Konfederasyonu Genel Başkanı ile Yönetim Kurulu tarafından belirlenecek dört temsilci, Türkiye Futbol Adamları Derneği Başkanı ile Yönetim Kurulu'nca belirlenecek bir temsilci, Türkiye Futbol Antrenörleri Derneği Başkanı ile Yönetim Kurulu'nca belirlenecek bir temsilci, Türkiye Faal Futbol Hakemleri ve Gözlemcileri Derneği Genel Başkanı ile Yönetim Kurulu'nca belirlenecek iki temsilci, Türkiye profesyonel futbol en üst liginde şampiyon olan kulüplerden her biri için ilave iki temsilci ile Türkiye Futbol Vakfı Genel Başkanı'ndan teşekkür etmektedir. Söz konusu değişiklik ile futbol kulüplerinin Genel Kurul'daki temsil oranı, %42'den %72'ye çıkmıştır.

TFF olağan genel kurulları, dört yılda bir futbol liglerinin tescili tarihinden itibaren en geç kırk beş gün içinde, olağan mali genel kurulları ise her yıl Haziran ayında yönetim kurulunun belirleyeceği tarihte toplanmaktadır. Genel kurulun olağanüstü toplantısı ise, gerektiğinde, genel kurul toplam üye sayısının %40'ının noter kanalıyla yazılı başvurusu, TFF Yönetim Kurulu'nun kararı veya spordan sorumlu Devlet Bakanı'nın çağrısı üzerine gerçekleştirilir. Olağan ve olağanüstü toplantı yeter sayısı, üye tam sayısının yarısından bir fazlasıdır. İlk toplantıda çoğunluk sağlanamadığı takdirde, ikinci toplantı ertesi gün üye tam sayısının üçte biri ile yapılır.

İkinci toplantıda da çoğunluk sağlanamadığı takdirde üçüncü toplantı bir hafta sonra, fakat bu kez çoğunluk aranmaksızın yapılır. Kararlar ise, toplantıda hazır bulunan üyelerin yarısından bir fazlasının oyu ile alınır. Olağan veya olağanüstü toplantılarda, TFF Başkanı, Yönetim Kurulu ve diğer kurulların seçimlerinin yenilenmesi mümkündür. Genel kurulda birden fazla oy hakkı bulunan üyeler ancak bir oy kullanabilir, vekaleten oy kullanılması mümkün değildir.

Bu şekilde belirlenen Genel Kurul delegeleri tarafından alınan kararlara karşı toplantı tarihinden itibaren otuz gün içinde Ankara asliye hukuk mahkemelerinde iptal davası açılabilir; davalar basit yargılama usulüne tabidir.

b. Başkanlık

Genel kurulda seçimi, yönetim kurulunun on dört üyesinin seçimin-den önce yapılan TFF Başkanı'nın görev süresi dört yıldır ve aynı kişi üst üste ya da aralıklarla en fazla üç dönem TFF Başkanı olarak seçilebilir. Başkan adayı olabilmek için Genel Kurul delegelerinin beşte birinin yazılı teklifi gerekmektedir. GSGM teşkilatının yönetim kademelerinde görev alanlar, bu görevlerinden asgari bir ay önce ayrılmış olmadıkları sürece, TFF Başkanlığı için aday olamaz, olsalar bile seçilemezler. TFF'yi Başkan temsil eder.

28/04/2005 tarih ve 5340 sayılı Kanun'la değişik 3813 sayılı Kanun'un ek 1. maddesine göre; TFF Genel Kurulu tarafından seçilen organların başkan ve üyelerinin; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı, "yükseköğretim mezunu" ve seçim tarihinden önceki beş yıl içerisinde bir defada bir yıl ve toplam iki yıl hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılmamış olması ile temerrüt halinde kesinleşmiş vergi ve sigorta borcunun bulunmaması ve devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ve organize suçlardan, zimmet, nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, emniyeti suiistimal, hileli iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı kesin hüküm giymemiş olması gerekmektedir; ancak yükseköğretim mezunu olma koşulu, TFF kurullarında görev alan üyelere aranmamaktadır.

TBMM anamuhalefet partisi grubu tarafından 3813 sayılı Kanun'a değişiklik getiren 5340 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un kimi hükümlerinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasının ardından Anayasa Mahkemesi, başvuruyu esas yönünden incelemiş ve TFF Genel Kurulu tarafından seçilen organların başkan ve üyelerinin seçilebilmesi için "yükseköğretim mezunu olmak" koşulunu arayan 3813 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin (b) bendi hükmünü 3'e karşı 8 oyla aldığı 05/01/2006

tarikh ve E. 2005/55, K. 2006/4 sayılı karar ile iptal etmiştir. İptal edilen hükmün yürürlüğü, gerekçeli iptal kararının *Resmi Gazete*'de yayımlanacağı güne kadar oybirliği ile alınan 05/01/2006 tarih ve E. 2005/55, K. 2006/3 sayılı karar ile durdurulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararının ardından, TFF Başkanlığı adaylığı için adı geçen ve 1997-2004 tarihleri arasında da TFF Başkanlığı'nı yürüten lise mezunu Haluk Ulusoy'un aday olabilmesi mümkün hale gelmiş ve 19-20/01/2006 günleri gerçekleştirilen TFF Genel Kurulu'nda TFF'nin 37. başkanı olarak Haluk Ulusoy seçilmiştir.

Yine, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararı ile, 3289 sayılı Kanun'a 5340 sayılı Kanun'la eklenen, "*Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay Başkan ve üyeleri ile adli ve idarî yargı hâkim ve savcuları; Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile özerk federasyonlar tarafından organize edilen sportif faaliyetlerde, bu Kanun'da öngörülen veya özerk federasyonlar bünyesinde bulunan kurullarda görev alabilirler.*" biçimindeki ek 11. maddenin "(...) bu Kanun'da öngörülen veya özerk federasyonlar bünyesinde bulunan kurullarda (...)" bölümü iptal edilmiş ve iptal edilen bölümün yürürlüğü, iptal kararının *Resmi Gazete*'de yayımlanacağı güne kadar durdurulmuştur.

c. Yönetim Kurulu

TFF Yönetim Kurulu; TFF Başkanı ve Genel Kurul'un dört yıl için seçeceği on dört üye ile birlikte toplam on beş üyeden teşekkül etmektedir. Yönetim Kurulu üyeliğine seçilen kulüp temsilcileri, kulüplerinin başkanı veya yönetim kurulu üyesi iseler, seçilmekle bu sıfatları sona erer. Başkan tarafından teklif edilen MHK Başkanı ile asıl ve yedek üyeleri, TFF Yönetim Kurulu tarafından atanır.

d. Denetleme Kurulu

TFF Denetleme Kurulu, dört yıl için, Genel Kurul tarafından seçilecek mali konularda ihtisas sahibi beş asıl ve aynı nitelikteki beş yedek üyeden teşekkül etmektedir. Denetleme Kurulu, Yönetim Kurulu tarafından hazırlanan ve Genel Kurul tarafından kabul edilen Talimat'a uygun olarak TFF'nin mali işlemlerini Genel Kurul adına denetlemekle görevlidir ve gelir-gider tabloları, bilançolar ve yıllık faaliyetleri esas

alan mali tabloları içeren yıllık denetleme raporunu Genel Kurul'un onayına sunmaktadır. Denetleme raporunda, ayrıca, kaynakların etkin, ekonomik ve verimli kullanılıp kullanılmadığı, harcamaların sportif faaliyetler için yapılıp yapılmadığı ve mali işlemlere ilişkin karar ve tasarrufların amaç ve programlara uygun olup olmadığı hususlarına da yer verilmektedir. Denetleme Kurulu, raporunu Genel Kurul üyesi tüzel kişilere ve gerçek kişilere Genel Kurul toplantı tarihinden bir ay önce göndermekle yükümlüdür. Genel kurul üyeliği bulunan tüzel kişilerin temsilcilerine ise, ayrıca rapor gönderilmemektedir. Denetleme raporunun postaya verilmiş tarihi gönderme tarihi olarak kabul edilir.

e. Yan Kurullar

TFF'nin faaliyet ve işlemlerinin yürütülmesi için gerekli olan yan kurulların başkan ve üyeleri, TFF Yönetim Kurulu'nun onayını almak suretiyle TFF Başkanı tarafından belirlenmektedir. Yan kurullar; Disiplin Kurulu, Tahkik Kurulu, Teftiş Kurulu, Sağlık Kurulu, Araştırma ve Geliştirme Kurulu, Mali Danışma Kurulu, Hukuk Kurulu, Dış İlişkiler Kurulu, Profesyonel İşler Kurulu, Amatör İşler Kurulu, Gözlemciler ve Temsilciler Kurulu ile diğer yan kurullardan oluşur.

f. TFF'nin Gelir ve Giderleri

TFF'nin gelirleri; futbol müşterek bahis oyunlarından kulüplere verilen isim hakkının %15'i, kulüplerin profesyonel (jübile maçları hariç) müsabaka hasılatlarının %10'u, başvuru harçları ve para cezaları, kulüplerin televizyon ve radyodan yapılacak müsabaka yayınlarından elde ettikleri gelirlerin %10'u ile milli ve temsili müsabakaların televizyon ve radyo yayınlarından elde edilecek gelirler, sponsorluk gelirleri, milli ve temsili müsabaka gelirlerinden kesintilerden sonra kalan net meblağ, tescil, vize, aktarma, aidat ve benzeri gelirler, malvarlığı gelirleri, mal varlığı değerlerinin devir, temlik ve satışından elde edilen gelirler, faiz gelirleri, bağış ve yardımlar ile diğer gelirlerden oluşmaktadır. 3813 sayılı Kanun'a göre yapılacak müsabakalardan elde edilecek gelirler ile TFF'nin diğer gelirleri her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır.

TFF, 3813 sayılı Kanun'la kendisine verilen görevleri yerine getirebilmek için ilgili mevzuat ve bütçe esasları çerçevesinde gerekli bü-

tün harcamaları yapabilir. TFF'nin yıllık toplam gelirinin en az %15'i, her bütçe döneminde 31 Aralık tarihine kadar TFF'ye sunulan ve TFF Yönetim Kurulu tarafından kabul edilen projelerde kullanılmak üzere ikinci ve üçüncü liglerde takımı bulunan kulüplere, en az %15'i ise futbolla ilgili olmak koşulu ile her bütçe döneminde 31 Aralık tarihine kadar TFF'ye sunulan ve TFF Yönetim Kurulu tarafından kabul edilen alt yapı, eğitim veya tesis projelerinde kullanılmak üzere ilgili kurum, kuruluş ile spor kulüplerine, TFF Genel Kurulu kararı ile TFF'nin kaynak kullandırılmasına ilişkin düzenlemesine uygun şekilde, katılım payı karşılığı olarak kullandırılmaktadır.

TFF'nin, primler dahil bütçe dışı yapacağı giderlere ve yatırımlara ilişkin usul ve esaslar, Genel Kurul onayı ile belirlenmektedir. GSGM tarafından spor kulüplerine veya kamu kurumu veya kuruluşlarına protokol karşılığında devredilen, kiralanan veya süreli intifa hakkı tesis edilen spor tesislerine ait protokol tribünlerinin kullanılmasında kişi sayılarının belirlenmesi ve protokol yönlendirmesi GSGM talimatlarına göre İl ve İlçe Müdürlükleri tarafından yapılmaktadır. Türkiye futbol liglerinin isim haklarından elde edilen gelirlerin %35'i üçüncü lig, %25'i ikinci lig kulüplerine seyyanen (eşit olarak) dağıtılmaktadır. Geriye kalan %40'lık kısım ise, TFF payı kesildikten sonra Süper Lig'e katılan kulüplere yine seyyanen (eşit olarak) dağıtılır.

TFF bütçesi, Yönetim Kurulu tarafından düzenlenerek Genel Kurulun onayından sonra uygulanır. TFF Başkanı, tahsilat ve harcamaları bütçede belirtilen esaslar çerçevesinde yapmaya yetkilidir, bir başka anlatımla, TFF'nin ita amiri Başkandır.

B. Devlet Bakanlığı/GSGM/Futbol Kulüpleri ile TFF Arasındaki İlişki

Ülkemizde profesyonel futbol faaliyetleri, 5253 sayılı Dernekler Kanunu'na göre kurulan ve faaliyet gösteren dernek statüsündeki kuruluşlar ya da kamu idare ve müesseselerine ait idman ve spor müesseseleri eliyle gerçekleştirilmektedir. 3813 sayılı Kanun'un 27., TFF Ana Statüsü'nün 67. ve TFF Profesyonel Futbol ve Transfer Talimatı'nın⁸⁶ 14.

⁸⁶ RG, 14/05/2002, 24755. Bu Talimat'ın 19. maddesine bir fıkra eklenmiş ve 03/10/2002 tarih ve 24895 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Talimat'ın 4. maddesine (j) ve (k) fıkraları eklenmiş, 11., 14., 16/b, 17., 19., 20., 21/d-e, 22/b,

maddesi hükümlerine göre kulüpler, profesyonel takımlarını TTK'ya göre kuracakları ya da kurulmuş "anonim şirketlere" devredebilirler.⁸⁷ Bir başka anlatımla, profesyonel futbol faaliyetinin anonim şirket statüsündeki kuruluşlarca yapılması da olanaklıdır; ancak, 3813 sayılı Kanun'un 27. maddesi ile TFF Ana Statüsü'nün 67. maddesinde "anonim şirket"ten söz edilmekte iken TFF Profesyonel Futbol ve Transfer Talimatı'nın 14. maddesinde "ticari şirket" ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla, anılan Talimat hükmü, kulüplerin futbol şubelerini anonim şirket dışında kalan kurulmuş ya da kurulacak şirketlere (örn. limited şirkete ya da kollektif şirkete) devrine olanak sağlaması bakımından 3813 sayılı Kanun'a ve TFF Ana Statüsü'ne aykırıdır.

Öte yandan, söz konusu hükme benzer bir düzenlemeye, GSGM'nin kuruluş kanunu olan 3289 sayılı Kanun'un 24. maddesinin son fıkrasında da yer verilmiştir. Bu düzenleme ile spor kulüplerinin, profesyonel takımlarını TTK hükümlerine göre kuracakları veya kurulmuş olan şirketlere devredebilmesi, profesyonel futbol takımlarını ise "kiraya verebilmesi" olanağı getirilmiştir. Oysa, yukarıda belirtildiği üzere, profesyonel ya da amatör "her türlü futbol faaliyeti" 3813 sayılı Kanun'a göre TFF tarafından yürütülür ve teşkilatlandırılır. Yine, 3289 sayılı Kanun'un 18. maddesinde, amatör ve profesyonel futbol faaliyetlerinin, TFF'ye bağlı iki ayrı kurul tarafından yürütüleceği açıkça belirtilmiştir. Tüm bu hükümler çerçevesinde, 3813 sayılı Kanun'un, spor kulüplerinin profesyonel futbol takımlarını kiralayabileceklerine ilişkin 3289 sayılı Kanun'un 24. maddesinin son fıkrası hükmünü zımnen ilga ettiği söylenebilir.

Futbol kulüpleri ile diğer spor kulüplerinin futbol şubeleri TFF'ye bağlıdır. TFF, kulüpleri yönetim kurulu tarafından saptanacak esaslar çerçevesinde kayıt ve tescil etmektedir. Kaydı yapılmayan ya da her-

23., 24., 25., 27/a-d-m-o-ö, 28/a-k, 33., 34. maddeleri değiştirilmiş, 26. maddenin ikinci fıkrası, 27/c fıkrası ile geçici maddesi Talimat'tan çıkarılmış ve Talimat'a 38. madde eklenmiş ve 27/05/2005 tarih ve 25827 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁸⁷ TFF'nin önceki kuruluş kanunu olan 3461 sayılı kanunun 24. maddesinde, spor kulüplerinin profesyonel futbol takımlarını devredecekleri şirketler anonim şirket olma koşulu ile sınırlandırılmamış ve TTK hükümlerine göre kurulacak ya da kurulmuş şirketlerden bahsedilmişti. Bir başka deyişle, 3461 sayılı kanunda, 3813 sayılı kanundaki düzenlemeden farklı olarak, şirketler bakımından herhangi bir ayrıma gidilmemişti.

hangi bir yükümlülüğünü yerine getirmeyen kulübün kayıt ve tescili iptal edilmektedir. Futbol faaliyetinde bulunan kulüpler, TFF yönetim kurulunun belirleyeceği tescil koşul ve esaslarını yerine getireceğini taahhüt etmekte⁸⁸ ve tescil ücretini öderse tescil edilmekte ve “*tescil belgesi*” verilmektedir.

Profesyonel futbol şubesi bulunan kulüpler, genel kurullarınca onaylanan gelir ve gider tabloları ile bilanço ve gelecek döneme ilişkin bütçelerini ve genel kurul tutanaklarını genel kurullarının yapılış tarihini izleyen otuz gün içinde TFF’ye göndermekle yükümlüdür. TFF, kulüplerce gönderilen mali bilgileri denetleme hakkına sahiptir.⁸⁹

Tescil edilmeyen ya da taahhütlerini yerine getirmeyen veya genel kurullarınca onaylanan bütçelerine göre, bilançolarında, gelirlerinin %25’den fazlasını temlik ettikleri görülen kulüpler disiplin kuruluna sevk edilerek, müsabakalara katılmaları yasaklanabilmekte, hatta futbol takımlarının tescilleri iptal olunabilmektedir.

3813 sayılı Kanun’un 28. maddesi, TFF ile GSGM arasındaki ilişki bakımından ayrıksı bir hüküm niteliğindedir. Anılan hükme göre TFF, GSGM’nin tesis ve personelinden, GSGM ile yapacağı sözleşme ve protokol⁹⁰ esasları çerçevesinde yararlanabilecek ve kulüpleri yararlendirebilecektir. Aynı hüküm, TFF Ana Statüsü m. 68’de de yer almaktadır.

Bilindiği gibi GSGM, kamu hizmetini yürütmekle görevli bir kamu kurumudur ve dolayısıyla yüklendiği kamu hizmetini yürütmek için

⁸⁸ Söz konusu taahhütname şu şekildedir: “Kulübümüzün Profesyonel Futbol dalında faaliyet göstermek üzere tescil edilmesi halinde; Türkiye Futbol Federasyonunun Kanun, Ana Statü, çalışma usul ve esasları ile karar ve tebliğlerine ve düzenlenecek tescil esaslarına aynen uyacağımızı, Futbol Federasyonunca düzenlenecek Profesyonellik kriterleri ile Lig Statülerini kabul ettiğimizi, Federasyonla, diğer kulüp veya futbolcularla çıkacak ihtilafların 3813 sayılı Kanun’a, FIFA kurallarına ve Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanununa göre kurulup çalışacak Tahkim Kurulu tarafından çözümlenmesini ve bu kurulun kararlarına uyacağımızı, bu kararlara karşı hiçbir idari ve adli yargıya, temyiz, tashihi karar, yargılamanın iadesi gibi kanun yollarına başvurmayacağımızı ve bütün bunlara aykırı hareket ettiğimiz takdirde tescilimizin iptalini ve müsabakalara iştirak ettirilmemeyi kabul, taahhüt ve beyan ederiz.”

⁸⁹ TFF’ye gönderilen mali bilgilerin yanlış ve yanıltıcı olması durumunda kulüplerin yönetim kurulu üyeleri şahsen sorumludur.

⁹⁰ Bu protokolde, GSGM personelinden kimlerin, hangi şartlarda ve ne kadar süre ile TFF’de çalıştırılacağı, tesislerin hangilerinden ne koşullarla TFF’nin ya da kulüplerin yararlanabileceği gösterilecektir.

GSGM bünyesinde çalışan personel de devlet memur statüsündedir ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi bulunmaktadır. 1982 Anayasası'nın 128. maddesine göre, 657 sayılı Kanun'a tabi devlet memurlarının asli ve sürekli görevlerde devlet adına çalıştırılmaları esas iken, özel hukuk hükümlerine tabi kılınan TFF ile tüzelkişiliği haiz profesyonel kulüplerde devlet memurunun çalıştırılması yoluna gidilmesinin hukuka uygunluğu tartışmalıdır.

Yayın konusunda ise; futbol müsabakalarının televizyon, radyo ve her türlü teknik cihaz ve benzeri araçlarla yayınlanmasına, yayınların düzenlenmesine ve programlanmasına münhasıran⁹¹ TFF Yönetim Kurulu yetkili bulunmakta,⁹² milli müsabakalar şifreli yayınlanmaktadır.⁹³ Uluslararası müsabakaların yayınında UEFA ve FIFA statü ve talimatları ayrıca uygulanmaktadır. Kulüplerin yayın kuruluşları ile yapacakları sözleşmeler, TFF'nin gözetim, denetim ve onayına tabi bulunmaktadır. TFF tarafından onaylanmayan sözleşmeler, TFF'ye karşı hükümsüzdür.⁹⁴ TFF tarafından izin verilmeyen futbol müsabakaları televizyon ve radyodan yayınlanamamaktadır.

⁹¹ "Münhasıran" ibaresi, 3813 sayılı Kanun'un 29. maddesine, 4563 sayılı Kanun'un (RG, 20/04/2000, 21273) 11. maddesi ile getirilmiştir. 3813 sayılı Kanun'un söz konusu 29. maddesi, 25/05/2004 tarih ve 5175 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenmiştir.

⁹² Bu konuda bkz. TFF Yayın Talimatı (RG, 20/03/1999, 23645; değişiklikler için bkz. RG, 31/08/1999, 23802, RG, 20/08/2000, 24146, RG, 13/10/2000, 24199, RG, 18/01/2001, 24291, RG, 27/01/2001, 24300, RG, 02/08/2001, 24481, RG, 22/09/2001, 24531).

⁹³ Bu hüküm, 3813 sayılı Kanun'a 4563 sayılı Kanun'un (RG, 20/04/2000, 21273) 11. maddesi ile getirilmiştir. TFF Yayın Talimatı'na göre, ayrıca Şampiyonlar Ligi maçları dışındaki Avrupa Kupası maçları, Türkiye Kupası maçları, en üst lig maçları dışındaki lig maçları ve TFF tarafından ulusal önemde görülen maçlar da şifreli yayınlanamamaktadır.

⁹⁴ Bu hüküm, Prime Prodüksiyon Hizmetleri AŞ ile İstanbulspor Spor Faaliyetleri AŞ arasında imzalanan yayın sözleşmesinin Türkiye Futbol Federasyonu Başkanlığı tarafından onaylanmaması nedeniyle "sözleşmenin aynen ifası", "muvazaanın ve müdahalenin önlenmesi" için açılan davaya bakan Ankara Asliye (19). Hukuk Mahkemesi tarafından, 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'un 29. maddesinin ikinci cümlesinin 1982 Anayasası'nın 48. maddesine aykırılığı savıyla itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüştür. Adı geçen mahkeme başvurusunda 1982 Anayasası'nın 48. maddesinde yer alan "çalışma ve sözleşme hürriyeti ilkesi"ne dayanarak, tüzelkişiliği haiz bir spor kulübünün serbest iradesi ile yaptığı ve koşullarına uygun sözleşmelerin TFF'nin onayına bağlanmasının Anayasa'nın bu ilkesine aykırı bulunduğu kanaatine vararak 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'un 29. maddesinin 2. cümlesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş, ancak Anayasa Mahkemesi itirazı, mahkemenin yetkisiz olduğu gerekçesiyle reddetmiştir

Lig maçları ile ilgili olarak kulüpler adına (nam ve hesabına) yayın sözleşmesi yapmaya münhasıran TFF yetkili bulunmaktadır. Ayrıca TFF, en üst lige ait yayın haklarının satış suretiyle devrine ilişkin esasları ve satış şeklini tek taraflı olarak belirleme yetkisine de sahiptir.

3813 sayılı Kanun'un 4563 sayılı Kanun' ile değişik 31. maddesine⁹⁵ göre, TFF'nin başta ulusal ve uluslararası müsabakalar olmak üzere bütün faaliyet ve işlemleri, spordan sorumlu Devlet Bakanlığı'nın gözetim ve denetimine tabidir.⁹⁶ Bu gözetim ve denetimin sağlanması bakımından TFF, spordan sorumlu Devlet Bakanlığı'nın "ilgili kuruluşu" olarak gösterilmektedir.⁹⁷

"İlgili kuruluş", 3046 sayılı Kanun'un 11. maddesinde, "özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, mali ve idari statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları" biçiminde tanımlanmıştır. Adı geçen kanunun 21. maddesinde ise, "her bakanın, (...) bağlı ve ilgili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkili olduğu" hükme bağlanmıştır; ancak "kamu kurumları"nın kuruluş kanunlarında ayrıca belirtilmedikçe, sadece 3046 sayılı (genel) kanuna dayanılarak kamu kurumlarının işlemleri üzerinde bakanların "vesayet yetkisi" kullanabilmesi olanaklı değildir; zira vesayet yetkisi, "istisnai" bir yetkidir ve bu yetkinin varlığı için "özel" bir hükme gereksinim vardır. Bu bakımdan, örneğin Devlet Bakanlığı'na bağlı bir kamu kurumu olarak teşkilatlandırılmış olan GSGM'nin üzerinde merkezi idarenin denetim yetkisinin bulunması doğaldır; GSGM'nin bir kamu tüzel kişisi olduğu ve dolayısıyla karar alma organları ile bütçesinin merkezi idareden ayrıldığı dikkate alındığında denetim ilişkisinin "hiyerarşik" ilişkiyi ifade etmediği de böylece ortaya çıkmaktadır.

(Anılan kararda ayrıca Tahkim Kurulu'na da değinilmektedir; karar için bkz. infra). Ancak bu hususta ilginç bir gelişme yaşanmıştır, 3813 sayılı Kanun'da değişiklikler öngören 4563 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile itiraz konusu 29. maddenin ikinci fıkrası madde metninden çıkarılmış, ama bu kez aynı hükme TFF Ana Statüsü'nün 69. maddesinde yer verilmiştir.

⁹⁵ TFF Ana Statüsü m. 71.

⁹⁶ Türk Spor Kurumu Kanunu Tasarısı yasalastığında, TFF'nin sportif faaliyetler hariç tüm iş ve işlemleri Spordan Sorumlu Devlet Bakanlığı'nın değil, Spor Yüksek Kurumu'nun gözetim ve denetimine tabi olacaktır.

⁹⁷ TFF, 59. Hükümet'te, Devlet Bakanlığı'nın "ilgili" kuruluşu olarak gösterilmiştir.

Kamu kurumlarına atfedilen özellikleri taşımasına karşın TFF'nin bir "kamu kurumu olmadığı" kabul edildiğinde, Devlet Bakanlığı ile ilgilenilmesini idarenin denetlenmesi yöntemlerinden "hiyerarşik denetim" ya da "vesayet denetimi" olarak isimlendirmek de bu anlamda mümkün görünmemektedir; zira merkezi idarenin TFF üzerindeki "gözetim" ve "denetim" yetkisi de "doğal" koşullarda gerçekleşmemektedir.

3813 sayılı Kanun'da, "TFF'nin bütün faaliyet ve işlemlerinin spordan sorumlu Devlet Bakanlığı'nun gözetim ve denetimine tabi olduğu" belirtilse de bu yetki uygulamaya sadece, spordan sorumlu Devlet Bakanı'nın, Başbakanlık Teftiş Kurulu tarafından yapılacak inceleme ve soruşturma sonucunda görevi başında kalmasında sakınca görülen TFF Başkanı ya da Yönetim Kurulu hakkında karar alınmak üzere TFF Genel Kurulu'nu "olağanüstü" toplantıya çağırabilmesi biçiminde görülmektedir. Bu hüküm dışında merkezi idarenin (Devlet Bakanlığı'nın) TFF üzerindeki gözetim ve denetim yetkisini bu biçimde somutlaştıran başka bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca, anılan düzenlemede Devlet Bakanlığı'nın yetkisi, TFF Başkanı ya da Yönetim Kurulu'nu doğrudan görevden alma biçiminde değil, sadece bu konuda karar alınmak üzere (hiç kuşku yok ki genel kurulun kararı, başkanın ya da yönetim kurulunun görevde kalması biçiminde de olabilir) Genel Kurulu "olağanüstü" toplantıya çağırabilmekle sınırlıdır.⁹⁸

C. TFF'nin Özerkliği

Ana Statü'de⁹⁹ TFF, "özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe sahip özel bütçeli özerk bir kuruluş" olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁰ 3461 sayılı Ka-

⁹⁸ Oysa, 3461 sayılı Kanun'da TFF üzerindeki siyasi iradenin gözetim ve denetim yetkisi çok daha fazla idi; örneğin kanunun 5. maddesine göre Genel Kurul'a katılacak (B) tipi üyelerden beşini spor alanından tanınmış kişiler arasından Başbakan tespit etmekte; 6. maddesine göre Genel Kurul, yapılacak seçim sonucu en çok oy alan üç kişiyi Başbakan'a sunmakta; 7. maddesine göre Başbakan bu adaylardan birini TFF Başkanı olarak atamakta idi. Aynı kanunun 27. maddesinde ise, TFF'nin tüm faaliyet ve işlemleri Başbakanlığın gözetim ve denetimine tabi olduğu belirtilmekte idi. 3461 sayılı Kanun'un seçimle ilgili hükümlerinde değişiklik öngören 3524 sayılı Kanun ise, bu gözetim ve denetim yetkisini daha ileri boyutlara taşımış ve 3461 sayılı Kanun'a eklediği geçici madde ile TFF Başkanı'nın doğrudan Başbakan tarafından seçileceğini öngörmüştü. 3461 sayılı Kanun'un TBMM'deki görüşmeleri sırasında ve sonrasında TFF'nin özerkliğe kavuşturulduğu "müjde"si karşısında 3524 sayılı Kanun'un getirdiği düzenleme, "bu ne perhiz bu ne lahana turşusu" deyimini ister istemez düşündürmektedir.

⁹⁹ "Türkiye Futbol Federasyonu'nun Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Ana Statü",

nun yürürlüğe girmeden önce TFF, GSGM bünyesinde yer alan teknik bir organ¹⁰¹ konumunda iken önce 3461 sayılı Kanun ve ardından 3813 sayılı Kanun ile oldukça tartışmalı bir statüye kavuşturulmuştur; öyle ki TFF, özel hukuk hükümlerine tabi bir tüzelkişidir, ancak dernek ya da vakıf değildir, şirket ise hiç değildir; özerktir, ancak bir kamu kurumu değildir, olsa olsa yetki ve görevleri kendine özgü “atipik”¹⁰² bir yapılanmadır.¹⁰³

Kanun ile kurulan TFF'nin “özel hukuk hükümlerine tabi bir tüzel kişi” olmasını, Türk hukuku bakımından nasıl tavsif etmek gerekir? “Özel hukuk hükümlerine tabi olma”; “özel hukuk tüzel kişisi”ni mi ya da özel hukuk hükümlerine tabi bir “kamu (hukuku) tüzel kişisi”ni mi işaret etmektedir? Bu soru, bir başka soruyu da beraberinde getirmektedir; “TFF tüm faaliyetleri ve bu faaliyetlerinin sonuçları ile tamamen özel hukuk hükümlerine tabi kılınmış bir kamu tüzel kişisi” sayılabilir mi? Türk idare teşkilatı bakımından kategorik bir incelemeyi reddeden ve bu yüzden bir başka örneği de bulunmayan TFF'nin, “özel hukuk hükümlerine tabi bir tüzel kişi” olması ve üstüne üstlük genelde kamu kurumlarına, bir başka deyişle “kamu tüzel kişileri”ne tanınan bir statüyü taşımasının, yani “özerk” olmasının, idare hukukunun yerleşik ilkeleri karşısında incelenmesinin zorluğu izahtan varestedir; ancak, “TFF'nin özerkliği” meselesinin incelenmesi, çalışmaya açılım sağlayacağından bu konuda çabalamaya değerdir.

“Özerk”, öz ve erk kelimelerinin biraraya gelmesinden oluşur ve “erki (gücü) kendisinde (özünde) bulunan” anlamına gelir. Bununla beraber belli bir konuda belli bir çerçeve dahilinde kendi kendini idare eden ya da kendine özgü işleri kendisi düzenleyen ve yöneten kurumlar için de “özerk” ifadesi kullanılmaktadır. “Özerklik”¹⁰⁴ ise, “bir kamu kuruluşunun,

TFF'nin 07/06/2000 tarihli Olağan Genel Kurulu'nda kabul edilmiştir (RG, 27/06/2000, 24092).

¹⁰⁰ “Ana Statü ismi, kurulacak federasyonun kamu kurumu niteliğinde olmaması, özel hukuk hükümlerine tabi ve özel statülü olmasından kaynaklanmaktadır.”; TBMM Tutanak Dergisi, C. 12, s. 115 (27/05/1988, B: 27, O: 2).

¹⁰¹ Bkz., Dan. 10. D., 19/12/1988, E. 1986/1076, K. 1988/2237, in DD, S. 74-75, s. 567.

¹⁰² Gözübüyük, A. Ş., Tan, T., *İdare Hukuku*, C. 1, İstanbul, 1998, s. 301.

¹⁰³ Atipik yapılanmaya ülkemizden bir diğer örnek, 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 57. maddesine göre faaliyet gösteren “Türkiye Jokey Kulübü”dür, bkz., infra.

¹⁰⁴ Kelimenin karşılığı Osmanlıca'da “muhtariyet”, İngilizce'de “autonomy”, Fransızca ve Almanca'da “autonomie” ve İtalyanca'da “autonomia”dır. İngilizce'de “auto-

devletin merkezi iktidarının müdahalelerine uğramadan, kendi işlerini yönetebilmesini sağlayan yetki ve kurumlarla donatılmış olma” durumunu ifade etmektedir.¹⁰⁵ Genel anlamda özerklik, sosyal bir topluluğun ya da tüzel kişiliğin kendilerini yöneten kuralların tümünü ya da bir bölümünü bizzat saptayabilmeleri veya Anayasa ve kanunların çizdiği sınırlar içinde hareket edebilme özgürlüğü ve yetisidir. Kısacası özerklik, bir kurum ya da kuruluşu dış etki ya da baskılardan (örn. siyasi etki ve baskılardan) korumak için tanınmakta ve böylece özerk bir kurum, kendine düşen görevi “gereği gibi” yerine getirmiş olmaktadır.^{106,107}

İdari anlamda özerklik, kamu kurumlarının kendi hizmetlerini düzenlemesi hakkını kapsamaktadır. “Kamu kurumlarının özerkliği, görevli oldukları hizmet alanında mevzuatla kendilerine tanınan yetkiyi serbestçe

nomy”, genel olarak, “kendi kendi idare eden” ya da “bir milletin kendi kendini idare hakkı” anlamlarına gelecek biçimde siyasi bir içerik ile kullanıldığından Osmanlıca “muhtariyet” kelimesi, buradaki özerklik kavramının daha doğru bir karşılığı olarak kabul edilebilir.

¹⁰⁵ “Özerklik” ile “serbestlik” (Farsça’da serbesti) kavramlarının karşılaştırılmasından ilginç sonuçlara ulaşılmaktadır. Serbestlik sözcüğünün kökü olan serbest sözcüğü, Farsça kökenlidir ve baş, önder, başkan anlamlarına gelen ser ile düğüm anlamına gelen best sözcüklerinin biraraya gelmesinden oluşmuştur (best kelimesi aynı zamanda tanrısal sığınak anlamına gelmekte ve camiler ya da ermişlerin mezarları gibi dokunulmaz sayılan yerleri ifade etmektedir). Bu yapısı ile serbest sözcüğü, başı bağlı; örtülü, gizli anlamına gelmektedir ki bu anlam, sözcüğün kullanılışı ile tamamen zıttır. Serbestlik ise, hareketlerinde, kararlarında izne ve denetime bağlı olmama durumunu, yani özgürlüğü ya da sınırlayıcı, özel herhangi bir koşula bağlı olmayan şeyin durumunu ifade etmektedir; *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, İstanbul, 1992, C. 20, s. 10377. Kullanılan anlamı ile “serbestlik”, özerklikten daha geniş bir yetki alanını haizdir ve özgürlük ile anlamdaştır.

¹⁰⁶ *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, İstanbul, 1992, C. 17, s. 9075-9076; Yılmaz, E., *Hukuk Sözlüğü*, 5. Baskı, Ankara, 1996, s. 649.

¹⁰⁷ Felsefi anlamı ile özerklik, herhangi bir varolanın, yaratıcısı değil de uygulayıcısı olduğu bir yasayı kendine uygulamasıdır. Hegel’e göre, özerkliği iki alt kategoriye ayırmak gerekmektedir. Buna göre iki çeşit özerklik vardır; dolaysız özerklik (evrende verilmiş durumlarıyla varlıkların birbirlerine oranla dışsallığı), asıl özerklik ya da düşünsel özerklik (varolanın, kendini olumsuzladıktan sonra, bu kendi olumsuzlamasını da olumsuzlayıp yeniden kendisine dönüş olarak kendini ileri sürdüğü zaman elde ettiği özerklik). Ancak birbirine karşı saydamlık ve yabancılık eğilimleri aşıldığı zaman varlık, kendi iç ve dış gerçekliğinde ve özgürlüğünde tam bir özerkliğe kavuşabilecektir. Kant’ta iradenin özerkliği, kendisini kendi özüne göre ve dolayısıyla ahlak yasasının evrensel biçimine uygun olarak belirleyen iradenin niteliğidir. Bu anlamda özerklik, kesin buyruklarla (kategorik emperatif) gerçekleşir. Bu buyruklar her türlü duygusallığın dışında, nesnel bir töreselliği sağlarlar. Kant’a göre töresellik, bu kişisel özerkliktir; Hançerlioğlu, O., *Felsefe Sözlüğü*, 11. Basım, İstanbul, 1999, s. 322.

kullanabilmeleri" olarak tanımlanabilir.¹⁰⁸ 1982 Anayasası, üniversiteler için "*bilimsel özerkliği (130, I)*", TRT ile kamu tüzelkişilerinden yardım gören haber ajanslarının ise "*özerkliğini (133, II)*" açıkça belirtmiştir. Yerel yönetimler (il özel idaresi+belediye+köy) ile hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının (kamu kurumları) özerkliği esastır. Yerinden yönetim, ülkenin değişik bölgelerine ya da belirli kamu hizmetlerine uygulanabilir. Uygulama alanı açısından yerinden yönetim, "*yer yönünden yerinden yönetim (yerel yönetim)*" ve "*hizmet yönünden yerinden yönetim*"¹⁰⁹ olarak ikiye ayrılmaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse, yerel yönetimler, bir bölgede oturanların o bölgede oturmaları nedeniyle bulunan ortak ve genel idari menfaatlerini korumak ve bu menfaatlerin gerektirdiği işleri görmek amacıyla tanınan özerklidir. 1982 Anayasası'nın 127. maddesi, yerel yönetimleri; il, belediye ve köy halkının ortak yerel gereksinimlerini karşılayan ve genel karar organları seçmenler tarafından seçilen kamu tüzel kişileri olarak tanımlamaktadır. Hizmet yerinden yönetimi ise, belirli bir hizmetin merkez teşkilatından ayrı ve hukuki bir varlığa sahip kuruluşlar eliyle görülmesi, yönetilmesi anlamına gelmektedir. Yerel yönetimde özerklik, bir bölgede oturanlara tanındığı halde, hizmet yerinden yönetiminde özerklik, hizmetin kendisine tanınmaktadır.

3813 sayılı Kanun'un 1. maddesinde TFF; "*(...) özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip, özerk (...)*" nitelikleri ile tanımlanmaktadır. Bu tanım, idare hukukunun kabul ettiği kamu tüzel kişiliği-özerklik

¹⁰⁸ Anayasa Mahkemesi eski tarihli bir kararında özerkliğin, yürütme organı, siyasal partiler ve kişilerin etkisinden uzak olarak örgütlenme ve yetkilendirilme olduğunu ifade ederek özerklikten söz edebilmek için iki unsurun varlığını koşul olarak göstermiştir, bunlar özerk örgütlenme ve özerkliğe uygun yetkililerdir. Özerk örgütlenme, kuruluşun oluşmasında yürütmenin müdahalesinin olmaması ve personelinin her türlü etkiden uzak tutulmasıdır; özerkliğe uygun yetkilerle kastedilen ise, özerk yönetimin kendi hareketlerine egemen olacak kuralları kendisinin düzenleme yetkisine sahip olmasıdır; Any. Mah., E. 1967/37, K. 1968/46, AMKD, S. 6, s. 289 vd.

¹⁰⁹ Özyörük, "*hizmet yerinden yönetimi*" ifadesini uygun bulmamaktadır: "*(...) sistem, hizmetin yerinden yönetilmesi değil, 'hizmetin hizmet merkezinden yönetilmesi'* dir. Hizmetin yönetildiği yer ile, onun vatandaşa bilfiil arz edildiği yer, başka başkadır.", Özyörük, M., *İdare Hukuku Dersleri*, II. Sınıf Programı, Ders Notu-Tekser, Ankara 1974, s. 161. Duran ise, bu sistem için, "*işlevsel ademi merkeziyet*" terimini kullanmaktadır; "*Esasen ademi merkeziyet sistemi, önce ve sadece mahalli idareler için kendiliğinden ortaya çıkmış; kamu hizmet ve faaliyetleri konusunda yakın zamanda ve yasama organının iradesi ile bir örgütlenme biçimi olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan, 'yerinden yönetim' esası, 'kamu kurumları' hakkında yapma ve yakıştırma bir kavram ve terimdir.*", Duran, L., *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1982, s. 54.

birlikteliğine tamamen uyumsuz bir görünümdür. Şöyle ki; maddedeki tanımlamadan TFF'nin bir tüzel kişilik olduğu, ancak bu tüzel kişiliğin, TFF'nin aynı zamanda özel hukuk hükümlerine tabi kılınması karşısında “özel hukuk tüzel kişiliği” olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Mevcut hukuki yapısı ile TFF, “özel hukuk tüzel kişisi” sayılmasına (kamu tüzel kişisi sayılmamasına) karşın, Türkiye Cumhuriyeti İdare Teşkilatı içinde yer alan kamu tüzel kişilerinden kamu kurumlarının özerkliğini aşan (hatta kimi durumlarda onlarla kıyaslanamayacak ölçüde geniş) yetkilerle donatılmıştır.

D. TFF Disiplin Yargısı ve Tahkim

1. TFF Disiplin Yargısı

3813 sayılı Kanun'un 25. maddesine göre futbol müsabaka ve çalışmalarında kulüpler ve kişilerce disiplin ve sportmenliğe aykırı fiiller ve bunlara uygulanacak müeyyideler, milli ve milletlerarası temüllere uygun olarak TFF Yönetim Kurulu tarafından hazırlanacak esaslara göre belirlenmektedir. Belirlenecek olan fiillere uygulanacak cezalar; ihtar, yarışmadan men, hak mahrumiyeti, yarışmayı seyircisiz oynatma, saha kapatma, para cezası, tescil iptali, puan indirme ve küme düşürmedir.

TFF Disiplin Talimatı'na¹¹⁰ göre belirlenen disiplin suçlarına uygulanacak disiplin cezaları da, 3813 sayılı kanunda belirtildiği şekildedir. Bu cezalardan ihtar cezası, disiplin kurullarının takdirine göre her suç ve ceza tipine, ayrıca belirtilmesine gerek olmaksızın uygulanabilir.

Talimat'ın 5. maddesine göre Disiplin Kurulu;¹¹¹ “Amatör Futbol Disiplin Kurulu” ve “Profesyonel Futbol Disiplin Kurulu” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Amatör ve profesyonel futbol disiplin kurulları, TFF Yönetim Kurulu'nun onayı ile TFF Başkanı tarafından dört yıl görev yapmak üzere atanan birer başkan ve altışar asil üyeden oluşmaktadır. Atanan asil ve yedek üyelerin fakülte veya yüksek okul mezunu olma-

¹¹⁰ RG, 04/08/2002, 24836. Bu Talimat'ın 23. maddesi (RG, 22/07/2003, 25156), 16., 22., 23., 28., 33., 38. ve 39. maddeleri (RG, 06/08/2004, 25545), 11. maddesi (RG, 25/09/2004, 25594) ile 23. maddesi (RG, 30/11/2004, 25656) değiştirilmiştir.

¹¹¹ 3813 sayılı kanunun 17. maddesinin (a) bendine göre Disiplin Kurulu, TFF'nin yan kuruludur.

ları gerekmektedir;¹¹² ancak başkan, başkan vekili ve raporör olarak görev yapacak olanların Hukuk Fakültesi mezunu olmaları şarttır. Diğer üyelerin faal olmayan antrenör, hakem ve futbolcular arasından atanmasına özen gösterilir. Amatör ve profesyonel futbol disiplin kurullarında görevlendirilebilmek için TFF Yönetim Kurulu, Tahkim Kurulu, Denetleme Kurulu ve yan kurullar üyesi olmamak ve Disiplin Talimatı hükümleri gereğince daha önce disiplin cezası ile cezalandırılmamış olmak gerekmektedir.

“Profesyonel Futbol Disiplin Kurulu (PFDK)”; profesyonel futbol faaliyetinde bulunan kuruluş, futbolcu, hakem, antrenör, yönetici ve profesyonel futbolda görevli diğer kişilerle ilgili olay ve fiillere ilişkin disiplin işlerine bakmaktadır. Profesyonel Futbol Disiplin Kurulu, aşağıda inceleyeceğimiz Tahkim Kurulu ve MHK gibi, görevlerinde ve verdikleri kararlarda bağımsızdır.

Disiplin kurulları karar verirken hakemlerin, yan hakemlerin, saha komiserlerinin, gözlemci ve temsilcilerin raporlarını esas almaktadır. Söz konusu raporlara ek yardımcı unsur olarak televizyon ve video kayıtlarından da yararlanılması mümkündür; ancak bunlar, sadece olayın disiplin yönüyle ilgili kanıt olarak kullanılabilir.

Disiplin kurulları, soruşturmanın tamamlandığı günden itibaren üç gün içinde karar vermektedir. Futbol müsabaka sezonunun bitiminin ardından oynanan özel müsabakalarda meydana gelen olaylar ve işlenen fiillerle ilgili kararlar için bu süreye uyulmayabilir. Kararlar; cezalandırmaya veya ceza tayinine yer olmadığı ve soruşturmanın ertelenmesi veya düşürülmesi biçiminde olur. Ceza kararlarına itiraz infazı durdurmamaktadır. İhtar cezası altı ay, yarışmadan men ve süreli hak mahrumiyeti cezaları ise üç yıl infaz edilmedikleri takdirde ortadan kalkar. Ceza kararlarında zamanaşımı, kararın kesinleştiği veya ceza infazının herhangi bir suretle durduğu günden işlemeye başlamaktadır.

İl disiplin kurullarının, görev alanlarına giren olay ve fiillerden dolayı verdikleri ihtar, dört veya daha az resmi müsabakadan men ile

¹¹² 28/04/2005 tarih ve 5340 sayılı Kanun’la değişik 3813 sayılı Kanun’un ek 1. maddesine göre, TFF kurullarında görev alan üyelerde yüksek okul mezunu olma şartı aranmayacaktır; dolayısıyla, her ne kadar Talimat’ta fakülte veya yüksek okul mezunu olma şartından söz edilmekte ise de, 3813 sayılı kanun hükmüne göre, TFF Disiplin Kurulu üyelerinin fakülte veya yüksek okul mezunu olması gerekmez.

bir aya kadar (bir ay dahil) hak mahrumiyeti ve kuruluşlar hakkında verdikleri üç müsabaka için saha kapatma veya seyircisiz oynatma veya resmi müsabakadan men cezaları kesin olup, bu cezalara itiraz edilmesi mümkün değildir. Yukarıdaki ceza miktarlarını aşan il disiplin kurulu kararlarına karşı, kararın tebliği tarihinden itibaren 7 gün içinde Amatör Futbol Disiplin Kurulu'na itiraz edilebilir. Sürekli hak mahrumiyeti cezaları, itiraz konusu yapılmasa dahi, doğrudan Amatör Futbol Disiplin Kurulu tarafından incelenir.

Amatör ve profesyonel futbol disiplin kurulları tarafından verilen her türlü kararlara karşı, kararların tebliğinden itibaren 10 gün içinde, TFF Tahkim Kurulu'na itiraz edilebilir. PFDK tarafından verilen sürekli hak mahrumiyeti cezaları, itiraz konusu yapılmasa dahi, Tahkim Kurulu tarafından doğrudan incelenir. Amatör ve profesyonel futbol disiplin kurullarının kararlarına yönelik itirazlarda Tahkim Kurulu Talimatı'nda gösterilen usul uygulanmaktadır.

İl Disiplin Kurulu kararları ile Amatör ve Profesyonel Futbol Disiplin Kurulu kararlarına itiraz edilmesi, cezanın infazını durdurmamaktadır; ancak ilgililer itiraz merciinden uygulamanın (infazın) durdurulmasını isteyebilirler.

2. Tahkim

"Tahkim" kavramı hukukta, bir uyuşmazlığın hakemler eliyle çözümlenmesi, uzlaştırma anlamında kullanılmaktadır. Tahkim, eğer kanundan dolayı gidilmesi gerekli bir yol ise "zorunlu tahkim", tahkim konusunda bir zorunluluk olmamasına karşın taraflar tahkime gitmek (devlet mahkemelerine gitmemek) için anlaşmışlar ise "ihtiyari tahkim" söz konusu olmaktadır.^{113,114}

3813 sayılı Kanun'da öngörülen tahkim müessesesi, "zorunlu tahkim"dir. Tarafların mahkemeye ya da tahkime başvurmak konusunda bir tercih hakkı bulunmamaktadır, bir diğer deyişle mahkemelerin genel yargılama yetkisi bu alanda ortadan kaldırılmıştır.

¹¹³ Yılmaz, op. cit., s. 771.

¹¹⁴ Hukuk yargılamasında tahkim ihtiyaridir ve HUMK m. 516-536 arasında düzenlenmiştir; hakem kararlarına karşı olağan kanun yollarından sadece temyiz yoluna başvurulabilmektedir, ancak temyiz incelemesi sonunda verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna gidilememektedir.

3461 sayılı Kanun'un TBMM Genel Kurulu'ndaki görüşmeleri sırasında dönemin Milli Eğitim ve Gençlik ve Spor Bakanı, kürsüde tahkimi; *"tahkim müessesesini getirmek, diğer yargı yollarına gitme hakkını ortadan kaldırmaz, zaten bu Anayasa'ya göre mümkün değildir; ancak tahkim, baştan yapılacak bir taahhüdü de tazammun ettiği için bu nevi hukuki ihtilafları azaltan bir yoldur."* biçiminde açıklamıştır.¹¹⁵

10/06/2004 gün ve 5175 sayılı Kanun'la değişik 3813 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre Tahkim Kurulu; iki asıl ve iki yedek üyesi üniversitelerin hukuk fakülteleri veya spor yüksekokullarında görev yapan (hukukçu) öğretim üyelerinden olmak üzere beş asıl, beş yedek hukukçu üyeden oluşur. Tahkim Kurulu üyeleri dört yıl görev yapmak üzere *"TFF Genel Kurulu tarafından"* seçilir. TFF Tahkim Kurulu görevinde bağımsızdır; üyeler istifa etmedikçe veya çekilmiş sayılmadıkça yerlerine yenisi görevlendirilemez. Kurul, beş üyenin katılımı ile toplanır ve oy çokluğu ile karar alır. Tahkim Kurulu'nun kararları kesindir.

28/04/2005 tarih ve 5340 sayılı Kanun'la değişik 3813 sayılı Kanun'un 14. maddesinde Tahkim Kurulu'nun görevleri sayılmıştır. Buna göre Tahkim Kurulu; TFF ile kulüpler, TFF ile hakemler, TFF ile futbolcular, teknik direktörler ve antrenörler, kulüpler ile teknik direktör, antrenör, oyuncu temsilcisi ve masörler, kulüpler ile oyuncular, kulüpler ile kulüpler arasında¹¹⁶ vuku bulan anlaşmazlıklar hakkında TFF Yönetim Kurulu tarafından verilecek kararlar ile disiplin kurulu kararlarını,¹¹⁷ *"ilgiliilerin itirazı üzerine"* inceleyerek *"kesin"* karara bağlar.¹¹⁸

¹¹⁵ Bkz., *TBMM Tutanak Dergisi*, 27/05/1988, B. 72, O: 2, C. 12, s. 127.

¹¹⁶ 3813 sayılı Kanun, tahkime başvurulabilecek anlaşmazlıklar bakımından TFF Ana Statüsü'ne göre daha geniş bir çerçeve çizmiştir; örneğin 3813 sayılı kanununun 14. maddesinde TFF ile futbolcular ve kulüpler ile oyuncu temsilcisi ve masörler arasında ortaya çıkacak anlaşmazlıklar da Tahkim Kurulu'nun görevleri arasında sayılmışken, TFF Ana Statüsü'nün 51. maddesinde sayılan kişilere değinilmemiştir.

¹¹⁷ TFF Disiplin Talimatı'nın 74. maddesine göre, amatör ve profesyonel futbol disiplin kurullarınca verilen kararların tebliğinden itibaren on gün içinde Tahkim Kurulu'na itiraz edilebilir.

¹¹⁸ TFF'yi bugünkü yapısında öngören "ilk" düzenleme olan 3461 sayılı Kanun'un tahkimle ilgili 14. maddesi; *"Tahkim Kurulu federasyon ve kulüpler veya kulüplerle oyuncular veya iki kulüp arasında çıkacak ihtilaflar ile ceza kurulu kararlarını, ilgiliilerin itirazı üzerine inceleyerek kesin karara bağlar."* biçimindeydi. Görüldüğü gibi, 3461 sayılı Kanun, 3813 sayılı Kanun'a göre Tahkim Kurulu'nun yetkisini nispeten dar tutmuştu.

TFF Ana Statüsü'nün 50. maddesinde ise, Tahkim Kurulu'nun iki asıl ve iki yedek üyesinin üniversitelerin hukuk fakülteleri veya spor yüksekokullarında görev yapan "hukukçu" öğretim üyelerinden dört yıl görev yapmak üzere TFF Genel Kurulu tarafından seçilen beş asıl, beş yedek hukukçu üyeden oluştuğu belirtildikten sonra, Tahkim Kurulu'nun kendisine intikal eden konular hakkında ilgililerden görüş, bilgi ve belge isteyebileceği, gerekli delilleri toplayabileceği ve lüzum gördüğü takdirde, ilgilileri davet ederek dinleyebileceği ifade edilmiştir. Tahkim Kurulu çalışmalarını, 3813 sayılı Kanun, Ana Statü hükümleri ile FIFA ve UEFA kurallarına ve yargılamaya ilişkin kanunların ilgili hükümlerine göre yapar. Yaptığı inceleme sonucunda Tahkim Kurulu, başvuru konusu talebi, kısmen veya tamamen kabul veya reddedebileceği gibi değiştirerek de karara bağlayabilir.

TFF Ana Statüsü'nün 50. maddesinde, Tahkim Kurulu kararlarının kesin niteliğinden söz edildikten sonra bu husus açıklanarak bu kararların idari veya yargısal mercilerin onayına tabi olmadığı ve bu kararlara karşı idari ve yargısal mercilere başvurulamayacağı hükme bağlanmıştır.

Tahkim Kurulu, ayrıca, TFF Yönetim Kurulu tarafından çıkarılan talimatların, usulüne uygun olarak yayımlanmasını takip eden 10 gün içinde, ilgililer tarafından yapılan başvurular üzerine, talimatın 3813 sayılı Kanun, TFF Ana Statüsü, FIFA ve UEFA kurallarına uygunluğunu, ilgililerin veya TFF Yönetim Kurulu'nun itirazı üzerine inceleyip karara bağlar. TFF Ana Statüsü'nde, Tahkim Kurulu'nun kanunda sayılan görevlerine, TFF'nin çıkaracağı talimatları başvuru üzerine inceleyip kesin olarak karara bağlamak eklenmiştir.

Bu konudaki Talimat hükümleri, norm hiyerarşisi bakımından üstünde yer alan düzenlemelerden daha ayrıntılı bir hükümler sevk etmiştir. Tahkim Kurulu Talimatı'nın 1. maddesinde¹¹⁹ Tahkim Kurulu'nun görevleri arasında, Merkez Hakem Kurulu kararları hakkında TFF Yönetim Kurulu tarafından verilecek kararları inceleyerek kesin karara bağlamak da sayılmıştır. Bu hüküm, ne 3813 sayılı Kanun'da ne de Ana Statü'de yer almaktadır. Talimat, Tahkim Kurulu kararlarının kesinliği bakımından 3813 sayılı Kanun ve Ana Statü hükümlerini yineleyerek

¹¹⁹ Tahkim Kurulu Talimatı, RG, 16/08/1989, 20254.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) kararların açıklanması,¹²⁰ maddi hataların düzeltilmesi¹²¹ ve yargılamanın yenilenmesi¹²² hakkındaki hükümlerinin saklı olduğunu hükme bağlamıştır.¹²³

Sonuç olarak, 3813 sayılı Kanun'da Tahkim Kurulu'nun verdiği kararların kesin olduğu, TFF Ana Statüsü'nde kararların kesinliğine ek olarak bunların idari veya yargısal mercilerin onayına tabi olmadığı ve bunlara karşı idari veya yargısal mercilere başvurulamayacağı belirtilmiş, Tahkim Kurulu Talimatı'nda da tüm bu sayılanların yinelenmesinin ardından HUMK'da yer alan kararların açıklanması, maddi hataların düzeltilmesi ve yargılamanın yenilenmesi hakkındaki hükümler saklı tutulmuştur. Özetle, genel düzenlemelerden özel düzenlemelere doğru gidildikçe Tahkim Kurulu'nun verdiği kararlara ilişkin yeni hükümler sevk edilmiştir. Bunu, özel düzenlemenin "özelliğine" bağlamak gerekir; ancak Talimat'ta belli konularda HUMK hükümlerinin saklı tutulması, Tahkim Kurulu'nun verdiği kararların Yargıtay tarafından "esas" yönünden denetlenmesine olanak vermemektedir, zira bir an için bunu sağlayacağı düşünülebilecek olan "yargılamanın yenilenmesi" nedeni bile oluşsa, kararı yeniden inceleyecek merci "Tahkim Kurulu" olacaktır.

Tahkim Kurulu ile, yasama işlemleri ile belli bir konu tabii yargıcından kaçırılmış ve bu noktada adeta "yargısal denetim bağımsızlığı benzeri"

¹²⁰ Hukuk yargılamasında, hüküm, gerçekten açık değil, müphem ya da çelişkili ise mahkeme hükümdeki bu çelişkiyi ortadan kaldırmakta ya da hükümdeki açık olmayan hususu gidermektedir, Pekcanıtez, H., Atalay, O., Özkes, M., *Medeni Usul Hukuku, Temel Bilgiler*, Ankara, 2001, s. 140.

¹²¹ Hukuk yargılamasında, görülen ve açık olan yazı ve hesap hataları her zaman düzeltililebilir, *a. g. e.*, s. 139.

¹²² Yargılamanın yenilenmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 445 ilâ 454. maddelerinde düzenlenmiştir. Hukuk yargılamasında, hakemlerin verdiği kararın kesinleşmesinden sonra HUMK'da sayılan nedenlere dayanılarak yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilmektedir. Yargılamanın yenilenmesi, kararı veren hakemlere başvurarak değil, bu konuda görevli ve yetkili mahkemeye başvurarak istenmektedir. Ancak yargılamanın yenilenmesi sebebi tespit edilirse, yeniden yapılacak yargılamayı yine hakemlerin yapması gerekmektedir, *a. g. e.*, s. 192.

¹²³ Saklı tutulan hükümlerden sadece yargılamanın yenilenmesi anlaşmazlığın Yargıtay tarafından incelenmesini sağlamaktadır; ancak bu inceleme yalnızca şekle ilişkin olacak ve Yargıtay gerekli görürse anlaşmazlık Tahkim Kurulu tarafından "yeniden" incelenecektir. Saklı tutulan diğer hükümler ise yine Tahkim Kurulu'na yerine getirilecek işlemlere ilişkindir. Lâkin, futbolcu Deniz Barış olayı ile ilgili olarak Yargıtay, Tahkim Kurulu kararını yok sayarak anlaşmazlığı yeniden incelemiş ve karar vermiştir, bkz. *infra*.

bir durum yaratılmıştır. 3813 sayılı Kanun TFF'yi özel hukuk hükümlerine tabi tüzelkişi olarak nitelemekle kalmamış, oluşturulan Tahkim Kurulu'na sayılan kişiler arasında ortaya çıkan anlaşmazlıkları ilgililerin itirazı üzerine inceleme ve kesin karara bağlama yetkisi de verilmiştir. 3813 sayılı Kanun, *"bu şekilde, konuyu tabii yargıç olması gereken idare mahkemelerinin görev alanından kaçırdığı gibi Tahkim Kurulu'nu adli yargı içinde ilk derece olarak düşünüp, kararlarının Yargıtay önünde ancak biçim yönünden incelenebileceği görüşünü de savunarak gerçekte, bu çok önemli idari işlemlerin esas bakımından irdelenememesi gibi bir sonuç öngörmüştür. Bunun anlamı da söz konusu işlem ve kararların tam bir yargısal denetim bağımsızlığına kavuşturulmuş olmasından başka bir şey değildir."*^{124,125}

6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun'un,¹²⁶ 11/02/2004 tarih ve 5091 sayılı Kanun'la¹²⁷ değişik 4. maddesinde de, *"Yarış Komiserler Kurulunca verilecek cezalara karşı öğrenme tarihinden itibaren onbeş gün zarfında Yüksek Komiserler Kuruluna itiraz edilebilir. Yüksek Komiserler Kurulunca itirazın veya ilk derece olarak verilen cezalar kesindir."* hükmüne yer verilmiştir.¹²⁸

Tahkim ile ilgili olarak, *"Türk Spor Kurumu Kanunu Tasarısı"*na da kısaca değinmek yararlı olacaktır. Spor Yüksek Kurumu bünyesinde kurulacak Tahkim Kurulu, Tasarı'nın 9. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Tahkim Kurulu, dokuz asil, dokuz yedek üyeden oluşmakta ve üyeler altı yıl için görevlendirilmektedir. Tahkim Kurulu'nun, Spor Yüksek Kurumu ile spor federasyonları, kulüp, sporcu, antrenör, hakem

¹²⁴ Özay, İ. H., Günışığında Yönetim, İstanbul, 1996, s. 647, dn. 856.

¹²⁵ Türkiye Basketbol Federasyonu Disiplin Talimatı'nın 46. maddesi, Disiplin Kurulu tarafından verilen kararların kesin olduğunu ve bu kararlar aleyhine soruşturmanın iadesi dışında bir itiraz yolu mevcut olmadığını belirtmektedir.

¹²⁶ RG, 15/07/1953, 8458.

¹²⁷ RG, 17/02/2004, 25376.

¹²⁸ Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre, Türkiye Jokey Kulübü 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 57. maddesiyle düzenlenmiş ve özel bir kulüp olarak kurulmuş olsa da, 6132 sayılı kanun ve sözleşme kapsamındaki işlemlerin, bu bağlamda müşterek bahis tertip etmek hak ve yetkisine sahip Komiserler Kurulu'nun dava konusu kararlarının (at yarışında kazanan atları belirleyen işlemin) idari niteliğini etkilememektedir. TJK, dava konusu faaliyetlerini Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nın emir ve direktifleri doğrultusunda ve denetimi altında sürdürmektedir, komiserler heyeti de idari bir kuruldur ve kararları da idari nitelik taşımaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre söz konusu uyuşmazlıkta görevli yer bu gerekçeler ışığında idari yargıdır, Uy. Mah., 13/02/1995, 1995/2-1, RG, 20/03/1995, 22233.

ve diğer spor elemanları arasında çıkan uyuşmazlıklar ile federasyon disiplin kurullarınca verilen cezalara yapılacak itirazları inceleyerek kesin karara bağlayacağı belirtilmektedir.

Öte yandan, kulüp ve lisansların TFF tarafından tescilinde imzalatılan “*taahhütname*”nin yargı yoluna başvurma ile ilgili bölümlerinden de söz etmek gerekir. Taahhütnamenin söz konusu bölümü şu şekildedir: “Federasyonla, diğer kulüp veya futbolcularla çıkacak ihtilafların 3813 sayılı Kanun’a, FIFA kurallarına ve Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunu’na göre kurulup çalışacak Tahkim Kurulu tarafından çözümlenmesini ve bu kurulun kararlarına uyacağımızı, bu kararlara karşı hiçbir idari ve adli yargıya, temyiz, tashihi karar, yargılamanın iadesi gibi kanun yollarına başvurmayacağımızı (...) kabul, taahhüt ve beyan ederiz.” 3813 sayılı Kanun, TFF Ana Statüsü ile Tahkim Kurulu Talimatı’nda Tahkim Kurulu kararlarının kesin olduğu ve bu kararlara karşı adli ve idari yargı mercilerine başvurulamayacağı açıkça belirtilmesine karşın, kulüplerin böyle bir “*taahhütname*” imzalamalarının “*zorunlu*” tutulması, 1982 Anayasası’nın 125. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen “*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” hükmü ile 36. maddesinde teminata bağlanmış olan hak arama hürriyeti çerçevesinde düşünüldüğünde, böyle bir taahhütname hak arama hürriyetinden feragat anlamına geleceğinden bunun hukuken geçerliliğini savunmak olanaklı değildir.

Danıştay’a göre, TFF’nin özel hukuk hükümlerine tabi olduğunun karara bağlanmasının sadece bu nedenle Federasyonca veya Federasyon bünyesinde yer alan kurullarca tesis edilen işlemlerin idari işlem olması niteliğini ortadan kaldırmamaktadır.¹²⁹

TFF bünyesindeki Tahkim Kurulu ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi’nin bugüne kadar verdiği bir tek karar bulunmaktadır. Bu “*ilk ve tek*” kararda Anayasa Mahkemesi, TFF ve Tahkim Kurulu ile ilgili olarak 3813 sayılı Kanun ile TFF Ana Statüsü maddelerini yineleyerek idari teşkilat içinde TFF’nin yerini sorgulamaktan ve idarenin yargısal denetimi karşısında “*tahkim*” kavramını incelemekten imtina ederek, uyuşmazlığı incelemeye yetkili merciin Tahkim Kurulu olduğunu savunarak itiraz yolunu kullanan Ankara Asliye 19. Hukuk Mahke-

¹²⁹ Dan. 10. D., 17/06/1991, 1991/1145-2286, in DD, S. 84-85, s. 695.

mesi'nin yetkisizliğine karar vermiştir;¹³⁰ ancak bu kararın karşı oy gerekçesi, gelecekte muhtemel bir içtihat değişikliğini göstermesi açısından dikkate değerdir: *“Olayda, futbol karşılaşmalarının televizyon ve radyodan yayınlanmasına ilişkin olarak futbol kulübü ile yayın kuruluşu arasında yapılan sözleşmeyi, 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 29. maddesi uyarınca onaylamayan Futbol Federasyonu'na karşı yayın kuruluşu tarafından açılan davada, Federasyon'un, sözleşmenin tarafı olmadığı için hasım konumunda da bulunamayacağı yolundaki itirazını reddeden Mahkeme, anılan maddenin Federasyon'un onay yetkisini düzenleyen ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğu görüşüyle başvurmuştur. Sözleşmenin tarafı olan yayın kuruluşunun, Federasyon'un onay vermemesi sonucu zarara uğradığı ve bu nedenle dava yoluna gittiği açıktır. Yasa'da, spor kulübü ile Federasyon arasındaki bu tür uyumsuzluklarda tahkim yolunun öngörülmüş olması, yayın şirketinin Federasyon'a karşı dava açma hakkını ortadan kaldırmaz. Aksinin kabul edilmesi halinde de davacının, dava ehliyetini saptama yetkisi mahkemenin ve temyiz merciinin tekelinde olduğundan, yayın şirketinin dava açma yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle başvurunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddedilmesi yerinde değildir. Bu bağlamda, uyumsuzluğa konu olan 29. maddenin ikinci cümlesi, mahkemenin kabulü doğrultusunda olayda, uygulanacak kuraldır.”*

Yine buna benzer bir konuda ortaya çıkan görev uyumsuzluğunda Uyuşmazlık Mahkemesi, adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir. Televizyon ile radyo reklamları alanında faaliyet gösteren bir şirketin, TFF'den aldığı yayın yetki belgesi ile Petrol Ofisi Futbol Takımı ile Galatasaray Kulübü arasındaki kupa maçının yayın hakkını satın almasına ve sözleşme yapmasına karşın TRT Kurumu'nun maçı kendi radyosundan yayınlarak haklarını ihlal ettiği gerekçesi ile açtığı tazminat davasının adli ve idari yargı yerlerince görev yönünden reddedilmesi üzerine Uyuşmazlık Mahkemesi görev uyumsuzluğunu şu gerekçeyle gidermiştir: *“3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yasa'yla kurulan Federasyon, özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe sahip, özerk bir kuruluştur. Bu Yasa'nın 29. maddesinde: 'Futbol müsabakalarının televizyon ve radyodan yayınlanmasının düzenlenmesine ve programlanmasına federasyon yetkilidir. Kulüplerin bu konuda yayın kuruluşları ile yapacakları sözleşmeler, federasyonun gözetim, denetim ve onayına tabidir.' denilmektedir.*

¹³⁰ Any. Mah., 10/06/1997, 1997/47-55, <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1997/K1997-55.htm>, 15/02/2006.

Ticari kuruluş olduklarında kuşku bulunmayan profesyonel spor kulüplerinin aralarında yapacakları futbol müsabakalarının televizyon ve radyo kanallarından yayınlanmasının ticari bir yanı olduğu gibi, kulüplerin söz konusu yayınlar için yine ticari amaçla kurulmuş bulunan yayın kuruluşları (reklam şirketleri) ile yayın hakkını belirleyen sözleşmeler yapmaları da ticari nitelik taşımaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi, futbol müsabakalarının radyodan yayınlanması kapsamında, yayınların düzenlenmesi ve programlanması ve sözleşmelerin gözetim ve denetimi ile onaya bağlanması hususundaki görev ve yetkiler, 3813 sayılı Yasa ile özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişiliği olan Türkiye Futbol Federasyonu'na verilmiş bulunmaktadır. 3813 sayılı Yasa'da, futbol müsabakalarının TRT'nin televizyon kanallarında yayınlanması yönünde TRT Kurumu'na özel bir görev ya da yetki verilmemiş, bir ayrıcalık da tanınmamıştır. Öte yandan, TRT'nin kuruluş yasası olan 2954 sayılı Yasa'da, bu kurumun spor müsabakalarını 3813 sayılı Yasa hükümlerine tabi olmaksızın re'sen yayınlatabilmesine olanak tanıyan herhangi bir hükme rastlanmadığı gibi, 3984 sayılı Yasa'nın 8. maddesiyle Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'na verilen görev ve yetkiler arasında futbol federasyonunun görev ve yetkilerine paralel nitelikte düzenlemeler de yer almamıştır. Açıklanan nedenlerle, kamu kurumu olan ve kamu görevi yapan TRT'nin yasal dayanaktan yoksun eyleminden kaynaklandığı ileri sürülen zararın tazmin edilmesi istemiyle açılan davanın, adli yargı yerinde çözümlenmesi, bu nedenle Ankara Asliye 23. Hukuk Mahkemesi'nin görevsizlik kararının kaldırılması gerekmektedir."¹³¹

Danıştay ise bir diğer kararında, "Türkiye Futbol Federasyonu'nun genel idarenin dışında yer alan bir özel hukuk tüzel kişiliğine dönüştüğü, Futbol Federasyonu ile kulüpler arasında çıkan uyuşmazlıkların Tahkim Kurulu'nca incelenerek kesin karar bağlanması gerektiği ve çalışmalarını Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre yürütmesi öngörülen Tahkim Kurulunca verilen kararların da HUMK'nda düzenlenen tahkim usulü uyarınca adli yargı yerinde incelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır." diyerek bu konudaki görüşünü ifade etmiştir.¹³²

Son olarak, futbol gündemini uzun süredir meşgul eden "Deniz Barış" olayına da değinmek gerekir. Söz konusu olayı, şu şekilde özetlemek mümkündür: Gençlerbirliği Spor Kulübü, kendi futbolcusu Deniz Barış ile 14/05/2003 tarihinde özel bir sözleşme imzalamıştır. Buna

¹³¹ Uy. Mah., 23/12/1996, 1996/65-110, RG, 21/01/1997, 22884.

¹³² Dan. 10. D., 20/02/1991, E. 1989/2924, K. 1991/547, DD, S. 82-83, s. 1005.

göre, futbolcu Deniz Barış, sezon sonunda Gençlerbirliği kulübü dışında bir kulüple sözleşme imzalamak isterse, sözleşme hükümlerine göre Gençlerbirliği kulübüne 1 milyon avro tazminat ödemek, buna karşılık Gençlerbirliği kulübü de, sezon sonunda futbolcu Deniz Barış'ın sözleşmesini yenilemekle yükümlü kılınmıştır. Bir başka anlatımla, Gençlerbirliği kulübü futbolcu Deniz Barış'ın sözleşmesini sezon sonunda yenilemez ise Deniz Barış da bir başka kulüple sözleşme imzalama hakkına kavuşacaktır. Görüldüğü üzere, Gençlerbirliği kulübü ile futbolcu Deniz Barış arasında imza edilen bir "sözleşme" değil, bir "sözleşme yapma vaadi"dir. Sezon sonunda futbolcu Deniz Barış, Fenerbahçe Spor Kulübü ile anlaşmış ve Gençlerbirliği kulübü de futbolcudan 1 milyon avro tazminat talep etmiştir. Fenerbahçe kulübü ve futbolcu Deniz Barış ise, TFF tarafından düzenlenen tek tip sözleşmede böyle bir hükmün bulunmaması nedeni ile borcun ödenmesinin mümkün olmadığını bildirmiş; bu şekilde anlaşmazlık, TFF Yönetim Kurulu'na intikal etmiştir. TFF, Gençlerbirliği kulübünü haklı bulmuş, bunun üzerine Fenerbahçe kulübü Tahkim Kurulu'na başvurmuştur. Tahkim Kurulu, Gençlerbirliği kulübünü haklı bularak itirazı reddetmiştir. Bu süreç içerisinde futbolcu Deniz Barış'ın lisansı askıya alınmıştır. Tüm bu gelişmeler sonrasında Fenerbahçe kulübünün Gençlerbirliği kulübüne 750 bin avro ödemesi konusunda uzlaşma sağlanmış ve Gençlerbirliği kulübüne 25/02/2006 keşide tarihli bir çek verilmiştir.¹³³ Bu şekilde, futbolcu Deniz Barış'ın lisansı yeniden çıkarılmıştır; ancak hiç hesapta olmayan bir gelişme yaşanmış ve futbolcu Deniz Barış Tahkim Kurulu kararını itiraz yolu ile Yargıtay'a götürmüştür. Kararı inceleyen Yargıtay (13). Hukuk Dairesi ise, Türk futbol tarihine geçecek bir karar vererek¹³⁴ Tahkim Kurulu'nun, mahkemelerin yetkisine giren bir hususu (sözleşmesinin niteliğini) inceleyerek yetkisini aştığından bahisle Kurul kararını yok saymış ve esas yönünden inceleyerek futbolcu Deniz Barış'ı haklı bulmuştur. Tahkim Kurulu kararının "yetkisizlik" gerekçesi ile bozulması üzerine hukuki

¹³³ Futbolcu Deniz Barış hakkındaki Tahkim Kurulu kararının Yargıtay (13). Hukuk Dairesi tarafından bozulması üzerine Fenerbahçe kulübü, Gençlerbirliği kulübüne verdiği 750 bin avroluk çekin iptali için yasal girişimlere başlamıştır. Yargıtay kararına karşı karar düzeltme yoluna başvuran Gençlerbirliği kulübü ise, Tahkim Kurulu kararının halen geçerli olduğundan bahisle çekin ödenmesi gerektiğini savunmuştur, <http://www.hurriyet.com.tr/spor/3871925.asp?gid=0,01/02/2006>.

¹³⁴ Daha önce, A Milli Futbol Takımı eski teknik direktörü Şenol Güneş'e ödenecek tazminatın "kanun yararına bozulması" yolu ile Adalet Bakanı'nın yaptığı başvuru, Yargıtay tarafından reddedilmişti.

süreç yeni bir boyut kazanmıştır. Gençlerbirliği kulübü, kararın düzeltilmesi istemi ile Yargıtay'a başvurmuştur.

Tüm bu gelişmelerin ardından, lisans tescili sırasında kulüplerin, Tahkim Kurulu kararlarını yargı organlarına taşımayacaklarına ve kanun yollarına başvurmayacaklarına ilişkin taahhütname imzalamaları nedeni ile FIFA'nın Türkiye'ye ihtar yollaması ve ayrıca futbolcu Deniz Barış'a da altı ay hak mahrumiyeti cezası¹³⁵ verilmesi gündeme gelmiştir; ancak, futbolcu Deniz Barış'ın Yargıtay'a kulübü kanalı ile değil, şahsen başvurduğu dikkate alındığında, bu hususun taahhütname kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılır.

E. Merkez Hakem Kurulu (MHK)¹³⁶

3813 sayılı Kanun'dan önceki düzenleme olan 3461 sayılı Kanun'da MHK bir yan kurul olarak düzenlenmiş, bir başka anlatımla MHK'ya TFF'nin merkez teşkilatı içinde yer verilmemiş iken, 3813 sayılı Kanun ile MHK, TFF'nin merkez teşkilatına dahil edilmiştir (m. 4). Ancak bu düzenleme, TFF bünyesinde yan kurulların başkan ve üyeleri yönetim kurulunun onayını almak suretiyle Federasyon Başkanı tarafından atandığından, MHK'nın oluşumu açısından "*yakın bir tarihe kadar*" fiili anlamda bir değişiklik getirmemiştir.

Merkez teşkilatı içerisinde yer alan MHK'nın üyeleri, 28/04/2005 tarih ve 5340 sayılı Kanun'la getirilen değişikliklerden önce doğrudan Federasyon Başkanı tarafından atanmakta ve üyeler aralarından bir başkan seçmekte iken, 10/06/2004 tarih ve 5175 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle MHK'nın doğrudan Genel Kurul tarafından seçilmesi öngörülmüş; ancak, FIFA Statüleri gereği MHK üyelerinin federasyonlar tarafından atanması gerektiği itirazlarının yoğunlaşması üzerine 3813 sayılı Kanun'un değişik 8/1, 10/ü ve 15. maddelerine göre MHK'nın, bundan böyle, "*Başkanın teklifi ve Yönetim Kurulunun onayı ile biri Başkan olmak üzere dokuz üyeden oluş(acağı)*" hükme bağlanmıştır. Buna göre

¹³⁵ Futbolcu Deniz Barış'ın, TFF Profesyonel Futbol Disiplin Kurulu'na sevk edilmesine karar verilmiştir, http://www.hurriyet.com.tr/spor/3866240_p.asp, 02/02/2006.

¹³⁶ "Merkez Hakem Kurulu Teşkilatlanma, Çalışma Prensipleri ve Görevleri ile İlgili Talimat", RG, 27.04.2001, 24385. Bu Talimat'ın 4., 5., 6/ç, 6/k, 10,I, 11/A, 12,I-d maddeleri değiştirilmiştir, RG, 06/08/2004, 25545.

MHK üyeleri, TFF Başkanı tarafından TFF Yönetim Kurulu'na teklif edilmekte ve atama işlemi, TFF Yönetim Kurulu tarafından gerçekleştirilmektedir. Öte yandan, TFF Ana Statüsü'nün 52. ve Talimat'ın 4. maddesinde ise, halen, MHK'nın, Tahkim Kurulu üyeleri gibi "TFF Genel Kurulu tarafından seçileceği" hükümleri varlığını sürdürmektedir. MHK üyelerinin yedisi faal olmayan hakemlerden, ikisi ise spor alanında en az on yıl mesleki deneyimi olan kişiler arasından seçilir. MHK, Tahkim Kurulu gibi, görevinde bağımsızdır ve üyeler istifa etmedikçe veya çekilmiş sayılmadıkça yerlerine yenisi atanmamaktadır.

28/04/2005 tarih ve 5340 sayılı Kanun'la değişik 3813 sayılı Kanun'un 16. maddesine göre MHK, futbol takımı bulunan kulüplerin yapacakları resmi ve özel futbol müsabakalarının yönetimini ve bu müsabakalarla ilgili futbol oyun kuralları açısından teknik anlaşmazlıklarının çözümlenmesini, il ve ilçe hakem kurullarının kurulmasını, hakemlerin eğitilmesini,¹³⁷ bunların klasmanlara ayrılmasını, yükselme ve düşme şartları ile statü ve talimatlarda belirtilen diğer görevleri yapmaktadır.

TFF Ana Statüsü'nün 52. maddesine göre, MHK kararlarından hukuki sonuçlar doğurabilecek ve Tahkim Kurulu'na intikal ettirilebilecek olanlar, TFF Yönetim Kurulu'nun onayına tabi bulunmaktadır.¹³⁸ Yine, MHK Talimatı'nın 6/j ve 19. maddelerinde, hukuki sonuç doğurabilecek kararlarını onay için TFF Yönetim Kurulu'na göndermek MHK'nın görevleri arasında sayılmıştır. Ayrıca MHK, Talimat ile İç Talimatta¹³⁹ yer almayan hususlar hakkında karar vermeye yetkili bulunmaktadır.

28/04/2005 tarih ve 5340 sayılı Kanun ile 3813 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 8. maddeye göre, 5340 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği

¹³⁷ 3813 sayılı Kanun'un 21. maddesine 25/05/2004 tarih ve 5175 sayılı Kanun ile eklenen ve 28/04/2005 tarih ve 5340 sayılı kanunla değiştirilen hükme göre, TFF'nin bütçesinden "en az %2 oranında pay", eğitim faaliyetlerinde kullanılmak üzere MHK'ya aktarılmaktadır.

¹³⁸ Bilindiği gibi Tahkim Kurulu, MHK kararlarını, TFF Yönetim Kurulu kararına dönüşmüş biçimiyle inceleyebilmektedir; özetle, Tahkim Kurulu, MHK kararlarını doğrudan (itiraz üzerine) inceleyememekte, bu yönde TFF Yönetim Kurulu'nun alacağı bir karara gereksinim duymakta ve bu kararı inceleyebilmektedir, bkz. supra

¹³⁹ TFF Yönetim Kurulu'nun 17/08/2005 tarih ve 35 sayılı onay kararı ile yürürlüğe konulan "TFF MHK İl ve İlçe Hakem Kurulları Kuruluş Çalışma Prensipleri ve Görevleri ile İlgili İç Talimat".

tarih olan 05/05/2005 gününde MHK üyeleri istifa etmiş sayılmış ve bu tarihten itibaren yedi gün içinde yeni MHK atanmıştır.

V. SON SÖZ

Yukarıda, uzun sayılabilecek bir biçimde, Türk spor idaresinin en yetkili iki kuruluşu olan GSGM ile TFF'nin kuruluş, yapı, işlev ve kendilerine özgü birtakım özellikleri geniş bir perspektiften incelenmeye çalışılmıştır. Her iki kuruluş da, idare hukuku yönünden, bugünkü kuruluş ve yapıları ile incelenmeye ve tartışılmaya değer birçok özelliği bünyelerinde barındırmaktadır.

Özel hukuk tüzel kişisi olmasına karşın kamu kurumlarına hasredilmiş bir kavram olan "özerklik" ile donatılmış ve Türk sporunu düzenleme ve denetleme yetkileri bakımından GSGM'nin uhdesindeki yetkileri, bir kamu kurumu olmamasına karşın futbola özgü bir biçimde kullanan TFF, dünyadaki örnekleri ile mukayese edildiğinde "atipik" bir karakter sergilemektedir.

Futbolun, dünya ve Türkiye ölçeğinde son derecede iyi örgütlenmiş güçlü kuruluşlar tarafından yönetilmesinin anlamını ortaya koymak ve futbola verilen önemi yinelemekte yarar vardır. Birçokları için futbolun, her şeyden öte, hayatın ta kendisi¹⁴⁰ olması, futbolun asla sadece futbol olmadığı¹⁴¹ gerçeğini ortaya çıkarmaktadır. Medyanın da desteğiyle gün geçtikçe daha çok insanın ilgisini çekmeyi başaran ve giderek daha iyi örgütlenerek bir sektör haline gelen futbol, her dönemde gündemde kalmayı başarmış "yıkılmayan bir imparatorluk"tur.¹⁴²

¹⁴⁰ Kırca, A., *Futbol Hayattır: Futbol Yazıları*, Can Yayınları, İstanbul, 2000.

¹⁴¹ Kuper, S., *Futbol Asla Sadece Futbol Değildir*, Sabah Kitapları, İstanbul, 1996.

¹⁴² Hürkan, S., *Yıkılmayan imparatorluk: Futbol*, Ümit Yayıncılık, Ankara, 2000.

İSTİHKAK DAVALARINDA YARGILAMA USULÜ* (İİK 97/XI, XVII, XVIII)

Talih UYAR**

İcra mahkemesi, istihkak davasına genel hükümler dairesinde ve basit yargılama usulüne göre¹ (HUMK m. 507-511) bakar.²

I. İstihkak davasının mutlaka duruşmalı olarak görülmesi, uyuşmazlığın evrak üzerinde sonuçlandırılmaması gerekir.³

İstihkak davası "*harca tabi bir dava*" olduğundan,⁴ -6.2.1984 T. E: 1983/7, K: 1984/3 sayılı İçt. Bir. K.⁵ gereğince- "*harcın ödendiği tarihte*" -eğer; davacı harcını ödediği dilekçeyi daha sonraki bir tarihte mahkeme kalemine vermiş ise, bu hususun kalemce belgelendirilmiş olması halinde, "*bu tarihte*"- istihkak davası açılmış sayılır.⁶

* İİK m. 97/XI: "İstihkak davasına umumi hükümler dairesinde ve basit yargılama usulüne bakılır."

97/XVII: "İstihkak davasına karşı haciz yaptırın alacaklı bu kanunun 11. babı hükümlerine dayanarak ve muvakkat veya kati aciz belgesi ibrazına mecbur olmaksızın mütekabilen iptal davası açabilir. Dava ve mütekabil davada tarafların göstereceği bütün delilleri hakim serbestçe takdir eder.»

97/XVIII: «İstihkak davaları süratle ve diğer davalardan önce görülerek karara bağlanır.»

** Avukat, İzmir Barosu.

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İİK Şerhi*, C. 2, s. 1777 vd. - Uyar, T., *İcra Hukukunda Yetki Görev ve Yargılama Usulü "Tetkik Mercii"*, 1991, 2. Bası, s. 382 vd.

² Bkz., 21. HD, 22.4.2003 T. 2878/3767 - 21. HD, 27.4.2004 T. 3318/4140; 16.9.2003 T. 5653/6955; 25.2.2003 T. 11010/1347

³ Bkz., 21. HD, 18.12.2003 T. 8984/10503; 26.11.2002 T. 8816/10216 - 21. HD, 27.4.2004 T. 3318/4140; 16.9.2003 T. 5653/6955 - 21. HD, 15.11.2002 T. 7219/8665; 17.9.2002 T. 5906/7065

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İİK Şerhi*, 2005, C. 5, s. 8422 vd.

⁵ Bkz., 19.3.1984 T. 18346 nolu *Resmi Gazete*.

⁶ Bu çözüm şeklinin ve adı geçen İçt. Bir. K'nın tahlil ve eleştirisi için bkz., Kuntman, O., *Bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Eleştirisi* (İBD, 1948/10-11-12, s. 676 vd.)

İstihkak davasına ait dilekçenin, HUMK m. 179-180'e uygun biçimde ve içerikte düzenlenmesi⁷ gerekirse de, yüksek mahkeme; *"dava dilekçesinin usulüne uygun düzenlendiğini" yolundaki itirazın 'ilk itiraz'lardan olduğunu, bu nedenle süresinde ileri sürülmemiş olması halinde, icra mahkemesince doğrudan doğruya gözetilemeyeceğini"*⁸ ve *"dava olgularını nitelemek ve uygulanacak yasa hükmünü arayıp bulmak, hukuki nitelemeyi yapmak hakimnin görevi gereği olduğunu, bu nedenle harcı yatırılarak açılan davada 'şikayet'ten, 'istihkak iddiası'ndan, 'hacize itiraz'dan, 'takibe itiraz'dan söz edilmiş olmasının sonucu değiştirmeyeceğini"*⁹ belirterek dava dilekçesinin içeriğinden, davacının amacının *"istihkak davası"* açmak olduğunu anlaşılabildiği durumlarda, davanın *"istihkak davası"* olarak kabulü (nitelendirilmesi) gerekeceğini (HUMK m. 76) ifade etmiştir.

Fakat, üçüncü kişi -hiç harç yatırmadan ya da maktu harç yatırarak- *"istihkak davası"* açacak yerde, *"şikayet"* yolu ile, haczin kaldırılmasını (yani; istihkak davasına konu olabilecek hususu) isteyemez.^{10, 11}

"Haczedilen malın kendisine ait olduğunu" ileri sürerek istihkak davası açan üçüncü kişi, ayrıca şikayet yolu ile *"haczin kaldırılmasını"* isteyemez.¹²

İcra mahkemesi, üçüncü kişi tarafından, alacaklıya karşı *"haczin kaldırılması"* istemiyle açılan davayı *"şikayet"* şeklinde (olarak) değerlendiren sonuçlandıramaz.¹³

*"Dava dilekçesi"*ni alan mahkemenin, bu dilekçeyi duruşma davetiyesi ile birlikte davalıya göndermesi gerekir. İstihkak davasına ait dilekçenin; davalı - alacaklıya gönderilmesi gerekir. Bu nedenle -açılan istihkak davasında, davalı alacaklıyı temsil edip etmeyeceği henüz belli olmayan- alacaklı vekiline tebligat yapılarak, duruşmaya gelmemesi halinde yokluğunda istihkak davası sonuçlandırılmaz.¹⁴

⁷ Bkz., İİD, 21.5.1973 T. 5213/5411

⁸ Bkz., 15. HD, 3.5.1988 T. 998/1767

⁹ Bkz., 12. HD, 14.4.2005 T. 4785/8002; 13.1.2005 T. 22906/444; 2.11.2004 T. 18459/22942

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İİK Şerhi*, C. 1, s. 596; Uyar, T., *İcra Hukukunda Şikayet*, 1991, 2. Bası, s. 9; Ayrıca bkz., Uyar, T., *İcra Hukukunda Haciz*, 1190, 2. Bası, s. 749 vd.

¹¹ Bkz., 12. HD, 14.9.2004 T. 14507/19244; 2.11.1995 T. 15461/15073; 5.6.1995 T. 7953/8218.

¹² Bkz., 12. HD, 15.12.1980 T. 7427/8768.

¹³ Bkz., HGK, 9.3.1994 T. 12-865/138; 15. HD, 30.10.1989 T. 3111/4542.

¹⁴ Bkz., 13. HD, 1.4.1982 T. 1888/2211.

İcra mahkemesince taraflara -HUMK'un 509 ve 510. maddelerindeki uyarıları da içerecek biçimde¹⁵ duruşma gün ve saatini belirten duruşma davetiyesi -Teb. Tüz. Mad. 12'ye uygun biçimde¹⁶ tebliğ edilmeden, taraf teşkili yapılmadan (yani; her iki taraf da usulüne uygun şekilde duruşmaya davet edilmeden)¹⁷ duruşma yapılarak uyumsuzluk sonuçlandırılmaz.

İstihkak davası, vekaletnamesiz ve yetkisiz vekil tarafından açılmış ancak istihkak davası sonuçlanmadan vekile vekaletname (ve icazet) verilmişse, temsil yetkisi eksikliği baştan itibaren ortadan kalkar.¹⁸

II. İcra mahkemesi kendisine yapılan başvurunun (açılan davanın) hukuki niteliğini saptadıktan (yani; açılan davanın "istihkak davası" olduğunu belirledikten) sonra;

a. Önce açılmış olan davayı incelemenin kendi görevine girip girmediğini araştırması gerekir. Çünkü, icra mahkemeleri; 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip edilen vergi (6183 sayılı Kanun m. 68/I)¹⁹ ve SSK'nın prim alacağından (506 sayılı Kanun m. 80/7)²⁰ dolayı yapılan takiplerde açılan istihkak davalarını inceleyemediklerinden, açılmış olan istihkak davasının görevi içine girip girmediğini tespit etmesi gerekir.

Açılmış olan istihkak davasına bakabileceği (yani bu davanın kendi görevine girdiği) sonucuna varan icra mahkemesinin ayrıca, "kendisinin yetkili olup olmadığını" araştırması gerekmez. Çünkü, "yetki itirazı" "ilk itiraz"lardan (HUMK m. 187/I) olduğundan, davalı tarafça süresinde ileri sürülmedikçe icra mahkemesince doğruya araştırılmaz.²¹

b. Açılan davayı görmenin "görevi"ne girdiğini saptayan icra mahkemesinin, davanın süresinde (İYY m. 97/VI)²² açılmış olup olmadığını incelemesi gerekir.

¹⁵ Bkz., 21. HD, 15.11.2002 T. 7219/8665; 17.9.2002 T. 5906/7065.

¹⁶ Bkz., 21. HD, 15.11.2002 T. 7219/8665; 17.9.2002 T. 5906/7065.

¹⁷ Bkz., 15. HD, 13.12.1995 T. 6906/7430.

¹⁸ Bkz., 15. HD, 27.7.1987 T. 2112/2983 - 21. HD, 9.3.2004 T. 11377/2175.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İİK Şerhi*, 2005, C. 5, s. 8154 vd.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İİK Şerhi*, 2005, C. 5, s. 8155.

²¹ Bkz., 15. HD, 25.12.1989 T. 3852/5411.

²² Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İİK Şerhi*, 2005, C. 5, s. 8111 vd.

Eğer, istihkak davasının süresinden sonra açıldığını saptarsa, sadece “süre yönünden” davanın reddine karar vermesi gerekir. Yoksa, ayrıca davanın esasını inceleyip “esas yönden” de davanın reddine karar veremez.²³

c. Açılan davanın “görev”ine girdiğini ve “süre”si içinde açılmış olduğunu saptayan icra mahkemesinin, davacının bu davayı açmakta hukuki yararı’nın bulunup bulunmadığını araştırması gerekir.

Eğer icra mahkemesine, gereksiz olarak dava açılmışsa, icra mahkemesinin “hukuki yarar bulunmaması nedeniyle” davayı reddetmesi gerekir. Örneğin; istihkak davası açılabilmesi için, “geçerli bir haczin varlığı” ön koşul olduğundan,²⁴ ortada geçerli bir haciz yoksa -örneğin; hiç haciz uygulanmamışsa ya da uygulanan haciz süresinde satış istenmemiş olması (İİK m. 106, 110) nedeniyle düşmüşse- açılan istihkak davasının reddedilmesi gerekir.

Yüksek mahkeme bu durumda, açılan davanın kimi kararlarında “hukuki yarar yokluğu”²⁵ kimi kararlarında ise “dava önkoşulu bulunmaması”²⁶ nedeniyle reddedilmesi gerekeceğini belirtmiştir.

Hemen belirtelim ki; haczin tamamlanmış sayılması için, haczedilen malların ayrıca muhafaza altına alınmış olmasına gerek bulunmadığından, bu aşamada uygulanan haciz nedeniyle de istihkak davası açılabilir...²⁷

Buna karşın, ihtiyati tedbir kararının infazı (uygulanması) nedeniyle istihkak davası açılmaz.²⁸

d. İcra mahkemesinin, açılan davanın “görev”ine girdiğini “süresi içinde” olduğunu ve davacının “hukuki yararı”nın bulunduğunu saptadıktan sonra, davanın esasına girmeden önce, davalı tarafça süresinde yapılmış bir “derdestlik itirazı” (HUMK m. 19874; 194) ya da “bağlantılı

²³ Bkz., 15. HD, 23.1.1991 T. 5203/122; 13. HD, 20.11.1982 T. 6569/7213 - 15. HD, 22.2.1995 T. 4987/939.

²⁴ Bkz., Uyar, T., *İİK Şerhi*, 2005, C. 5, s. 8072.

²⁵ Bkz., 21. HD, 4.5.2004 T. 3472/4474; 19.1.2004 T. 9334/81; 19.3.2002 T. 1013/2133.

²⁶ Bkz., 21. HD, 29.4.2004 T. 2996/4293; 14.9.2004 T. 5700/6959; 31.3.2003 T. 1483/2743.

²⁷ Bkz., 21. HD, 11.4.2000 T. 2789/2787.

²⁸ Bkz., 15. HD, 7.10.1986 T. 3118/3166.

(irtibat) nedeniyle birleştirme istemi" (HUMK m. 45/II; 187/5)'nin bulunup bulunmadığını araştırması gerekir.

Eğer süresinde (HUMK m. 188) yapılmış bir "derdestlik itirazı" varsa, icra mahkemesinin bu itirazı incelemeyen davanın esası hakkında bir karar vermemesi gerekir.²⁹ Aynı ayrı alacak için, aynı borçlu hakkında konulan hacizlerden dolayı, ayrı ayrı istihkak davası açılması gerekir. Bu durumda derdestlik itirazında bulunulamaz.³⁰

Bir davanın "derdestlik itirazı" üzerine, derdest olduğuna karar verilebilmesi için, "aynı davanın ikinci kez açılmış olması" "birinci davanın görülmekte olması" ve "birinci davanın ikinci davanın aynı olması" koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.³¹

Aynı hacizli mallar hakkında aynı taraflar arasında birden fazla istihkak davası açılmışsa, bu davaların birleştirilerek görülmesi gerekir.³² Aynı icra mahkemelerinde açılmış bulunan ve aralarında bağlantı bulunan ve aralarında bağlantı bulunan istihkak davalarının birleştirilmesi isteminin "ilk itiraz" şeklinde -ve ikinci davanın açıldığı icra mahkemesinde- ileri sürülmesi gerekir.³³ Hem alacaklının ve hem de üçüncü kişinin ayrı ayrı, aynı hacizli mal hakkında istihkak davası açmış olması halinde, "birleştirme" istemi varsa davaların birleştirilerek sonuçlandırılması, yoksa bir davanın diğeri için "ön sorun" kabul edilerek, diğerrinin sonucunu beklemesi gerekir.³⁴

Açılan "istihkak davası" üzerine, icra mahkemesinin yukarıdaki sıraya göre yaptığı incelemeyi tamamladıktan sonra, davanın esasına girmesi uygun olur.³⁵

III. İcra mahkemesi, davanın esasını çözümlerken "tarafların gösterdiği bütün delilleri serbestçe takdir eder" (İİK m. 97/XVII, c.2) ve tarafların

²⁹ Bkz., 15. HD, 21.9.1990 T. 1994/3481.

³⁰ Bkz., 13. HD, 22.3.1974 T. 621/680.

³¹ Bkz., 21. HD, 13.2.2001 T. 716/1044; 23.2.1999 T. 295/1071.

³² Bkz., 21. HD, 1.3.2004 T. 10848/1723; HGK, 19.3.1997 T. 15-891/220; 15. HD, 30.4.1991 T. 1734/2152.

³³ Bkz., 15. HD, 9.4.1991 T. 1252/1837.

³⁴ Bkz., 13. HD, 8.2.1979 T. 98/479; 13.1.1975 T. 6671/174.

³⁵ Bu konuda ayrıca bkz., Uyar, T., *İİK Şerhi*, 2005, C. 2, s. 1800 vd.

gösterdiği tanık'ları dinleyerek,³⁶ bilirkişi incelemesi yaptırarak,³⁷ keşif yaparak,³⁸ yemin teklifi'nde bulunarak³⁹ davayı sonuçlandırır.

IV. Ayrıca uygulamadaki önemi nedeniyle belirtelim ki, haciz sırasında borçlu, "*haczedilen malın üçüncü bir kişiye ait olduğunu*" ileri sürer ve ayrıca bu malın "*haczedilemeyeceği*" (İİK m. 82 vd.) iddiasıyla icra mahkemesine şikayette bulunursa ya da haczedilen bir mal hakkında borçlu "*haczedilmezlik şikayeti*"nde, üçüncü bir kişide "*istihkak iddiasında*" (İİK m. 96) bulunur veya "*istihkak davası*" (İİK m. 97) açarsa, haczedilmezlik şikayetinin, istihkak iddiasından (davasından) önce karara bağlanması gerekir. Çünkü, istihkak davası, ancak haczi mümkün mallar hakkında dinlenir.⁴⁰

Buna karşın, ihalede satın alınan şey hakkında hem "*istihkak iddiası*"nda bulunulur ve hem de "*ihalenin feshi*" istenirse, öncelikle "*istihkak iddiası*"nın, incelenmesi gerekir.⁴¹

V. İstihkak davası, "*yasa gereği duruşma yapılması zorunlu işler*"den olduğundan⁴² (İİK m. 97/XI), iki tarafın da duruşmaya gitmemesi halinde -HUMK m. 409 uyarınca- "*dosyanın işlemden kaldırılmasına*" karar verilmesi gerekir.^{43, 44}

Buna karşın, davacının davaya gelmemesi davalının ise "*davayı takip edeceğini*" bildirmesi halinde, icra mahkemesince davaya devam edilmesi ve sunulan kanıtlara göre uygun kararın verilmesi gerekir.⁴⁵

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İstihkak Davaları*, 1994, 3. Bası, s. 409 vd.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İstihkak Davaları*, s. 410 vd.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İstihkak Davaları*, s. 410.

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İstihkak Davaları*, s. 411.

⁴⁰ Kuru, B. İcra ve İflas Hukuku, 1988, C. I, s. 842.

⁴¹ Bkz., 15. HD, 22.10.1990 T. 4488/4221; 23.2.1984 T. 54/545.

⁴² Bkz., Uyar, T., *İİK Şerhi*, 2005, C. 2, s. 1788 vd. - Uyar, T., *İcra Hukukunda Yetki - Görev ve Yargılama Usulü "Tetik Mercii"*, 1991, 2. Bası, s. 464 vd. (İçt. No: 24).

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İİK Şerhi*, 2005, C. 2, s. 1798 vd. - Uyar, T., *Yetki - Görev ve Yargılama Usulü*, s. 398.

⁴⁴ Bkz., 21. HD, 2.5.2000 T. 3473/3557; 21.2.1997 T. 7776/7965.

⁴⁵ Bkz., 15. HD, 25.11.1987 T. 3201/4080; 13. HD, 16.10.1978 T. 4081/4195; İİD. 23.11.1962 T. 12625/13120.

İcra mahkemesince, gelmeyen tarafın özürünün kabul edilmesi halinde “duruşma gününü kalemden öğrenmesine” şeklinde karar verilemez.⁴⁶ Bu durumda, duruşmaya gelen taraftan gideri alınarak, konulan yeni duruşma gününün gelmeyen tarafa bildirilmesi gerekir.⁴⁷

VI. İcra mahkemesinde istihkak davası devam ederken, çözümlenmesi istihkak davasına etkili olabilecek davaların sonucu, icra mahkemesince “bekletici sorun” yapılarak beklenir.

Yüksek mahkeme, istihkak davasında;

- “Açıldığı bildirilen dava konusu araca yönelik satışın iptali için açılan davanın sonucunun”,⁴⁸

- “Borçlu tarafından açıldığı bildirilen “takip dayanağı senedin bedelsizliğine” ilişkin menfi tespit davası ile ve “baskı ve tehdit yoluyla borçlandırıldığı” konusunda açtığı ceza mahkemesindeki davanın sonucunun”,⁴⁹

- “Açıldığı bildirilen sahte senet düzenlemek suçu ile ilgili ceza davasının sonucunun”,⁵⁰

- “İhaleden satın alınan dava konusu ev eşyaları hakkında açılan istihkak davasında, yapılmış olan ihalenin feshi için açıldığı bildirilen ihalenin feshi davasının sonucunun”,⁵¹

- “Tasarrufun iptali davası”nın sonucunun”,⁵²

- “Açıldığı bildirilen ‘alacaklısını zarara sokmak kastı ile mevcudunu eksiltmek ve bu suça iştirak’ suçu ile ilgili ceza davasının sonucunun”,⁵³

- “Aynı hacizli mallar hakkında taraflar arasında birden fazla istihkak davası açılmış olması halinde davalardan biri hakkında verilecek karar diğerine de etkili olacağından ve ‘birleştirme’ de olmadığından, önce açılan davanın sonucunun”,⁵⁴

⁴⁶ Bkz., 15. HD, 7.7.1992 T. 2671/3642.

⁴⁷ Bkz., 21. HD, 11.2.2002 T. 467/932.

⁴⁸ Bkz., 21. HD, 15.2.2005 T. 9845/1205; 1.12.2003 T. 4620/5935; 9.6.2003 T. 4562/5470.

⁴⁹ Bkz., 21. HD, 28.9.2004 T. 7153/7760.

⁵⁰ Bkz., 21. HD, 15.12.2003 T. 10590/10343.

⁵¹ Bkz., 21. HD, 26.5.2003 T. 3999/4927; 17.10.2000 T. 7091/7012.

⁵² Bkz., 21. HD, 8.4.2003 T. 1722/3127.

⁵³ Bkz., 21. HD, 24.3.2003 T. 108/2441.

⁵⁴ Bkz., 21. HD, 21.11.2002 T. 8267/9994; 13. HD, 8.2.1979 T. 98/479.

• “Açıldığı bildirilen ‘takip dayanağı bononun tehditle ve zorla alındığı’ konusunda açılan ceza davasının sonucunun”,⁵⁵

• “Açıldığı bildirilen tapu iptali ve tescil davasının sonucunun”,⁵⁶

• “Alacaklının davacı ve borçluyu da hasım göstermek suretiyle ‘dava konusu taşınırın mülkiyetinin tespiti’ konusunda açtığı davanın sonucunun”,⁵⁷

• “Finansal kiralama konusu taşınırı kiraya vermiş olan şirket tarafından, kiracı aleyhine ‘dava konusu malların geri verilmesi’ için açılmış olan davanın sonucunun”,⁵⁸

• “Dava konusu şey hakkında mahkemede açılmış bulunan ‘satışın iptali davası’nın sonucunun”,⁵⁹

• “Borçlunun kendisine ciro ettiği çekin başka bir alacaklı tarafından haciz ettirilmesi üzerine, çek hamili tarafından açılan istihkak davasında, ‘çekin iptali ve iadesi’ konusunda borçlunun açtığı davanın sonucunun”,⁶⁰

• “Dava konusu çek hakkında mahkemede açılmış olan ‘çekin iptali davası’nın sonucunun”,⁶¹

• “Dava işyeri ve makineler hakkında mahkemede açılmış bulunan ‘mülkiyetin tespiti ve muarazanın önlenmesi davası’nın sonucunun”,⁶²

• “Davacı tarafından açıldığı bildirilen ‘haciz tutanağındaki istihkak iddiasından vazgeçme beyanının iradesi ve ifadesi dışında tutanağa yazılmış olduğundan, iptali davası’nın sonucunun”,⁶³

• “Davacı üçüncü kişi tarafından, dava konusu araçla ilgili olarak açıldığı bildirilen ‘dolandırıcılık davası’nın sonucunun”.⁶⁴

⁵⁵ Bkz., 21. HD, 5.2.2002 T. 163/755.

⁵⁶ Bkz., 21. HD, 17.4.2001 T. 2884/2983; 15. HD, 21.4.1992 T. 1130/2097.

⁵⁷ Bkz., 21. HD, 18.4.2000 T. 2371/3057; 15. HD, 13.4.1995 T. 991/2229; 5.3.1995 T. 808/1496.

⁵⁸ Bkz., 21. HD, 19.10.1999 T. 5783/7118.

⁵⁹ Bkz., 15. HD, 19.6.1995 T. 3457/3656; 19.10.1994 T. 5036/5953; 4.3.1992 T. 5177/1040.

⁶⁰ Bkz., 15. HD, 8.5.1990 T. 867/2071.

⁶¹ Bkz., 15. HD, 27.11.1989 T. 4625/4961.

⁶² Bkz., 15. HD, 23.10.1989 T. 3269/4389.

⁶³ Bkz., 15. HD, 12.12.1988 T. 3011/4278

⁶⁴ Bkz., 15. HD, 29.9.1987 T. 2534/3320.

• “Dava konusu taşınmaz hakkında mahkemede açılmış olan ‘cebri tescil davası’nın sonucunun”.⁶⁵

• “İstihkak davasına konu olan araç hakkında açıldığı bildirilen ‘hırsızlık suçu’ ile ilgili davanın sonucunun”,⁶⁶

• “Hem alacaklının ve hem de üçüncü kişinin ayrı ayrı istihkak davası açmış olması halinde, ‘tevhit (birleştirme) talebi’ varsa davaların birleştirileceğini, yoksa bir davanın diğeri için ‘ön sorun’ kabul edilerek, ötekinin sonucunun”,⁶⁷

• “Tanıklığı, uyuşmazlığın çözümünde etkili olan tanık hakkında ‘yalan tanıklık’ hakkında yapıldığı bildirilen şikayetin sonucunun”,⁶⁸

bekletici mesele yapılması gerekeceğini belirtmiştir.

VII. İcra mahkemesinin istihkak davasını, süratle ve diğer davalardan önce karara bağlaması gerekir (m. 97/XVIII). Bu dava “acele işlerden” olduğundan -ve “basit yargılama usulüne” bağlı olduğundan- adli tatilde de görülür (HUMK m. 176).⁶⁹

Aynı gerekçe ile, bu davalar İİK m. 194’de öngörülen “acele haller”den sayıldığından, iflasın açılması ile, “ikinci alacaklılar toplantısından on gün sonrasına kadar” ertelenmeyip (durmayıp), -dava dilekçesi iflas idaresine gönderilerek-⁷⁰ görülmesine devam edilmesi gerekir.⁷¹

Açılan istihkak davasından, karar kesinleşinceye kadar -temyiz aşamasında da- feragat edilebilir.⁷²

İstihkak davası devam ederken, davacı “istihkak davasından doğan hakları saklı kalmak koşulu ile” takip konusu borcu öderse, mahkemece “davanın konusu kalmadığından, davanın reddine” ya da “konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına” karar verilemez. Bu du-

⁶⁵ Bkz., 15. HD, 21.10.1986 T. 2033/3381.

⁶⁶ Bkz., 13. HD, 19.1.1982 T. 8030/111.

⁶⁷ Bkz., 13. HD, 18.11.1981 T. 7033/7396.

⁶⁸ Bkz., 13. HD, 16.9.1981 T. 5085/5718.

⁶⁹ Bkz., 15. HD, 21.10.1994 T. 5352/6087 - 15. HD, 26.1.1993 T. 100/266.

⁷⁰ Bkz., 21. HD, 1.7.2003 T. 5151/6365; 15. HD, 7.5.1990 T. 1387/2036.

⁷¹ Bkz., 15. HD, 26.1.1993 T. 100/266; HGK, 8.11.1985 T. 13-237/889.

⁷² Bkz., 21. HD, 16.12.2003 T. 1075/2439.

rumda, yargılamaya devam edilip, deliller toplanarak, davanın esasına girilip ulaşılabacak sonuca göre karar verilmesi gerekir.⁷³

Mahkemece -HUMK' un 74. maddesinde açıklanan- "istekle bağlılık" ilkesi çerçevesinde,⁷⁴ dava konusu edilen hacizli taşınurlar hakkında⁷⁵ -hangi taşınurlar üzerindeki haczin kaldırıldığı açık-seçik belirtilerek karar verilmesi gerekir. İlk kararda unutulmuş -dava konusu- hacizli taşınurlar hakkında daha sonra tavzih yoluyla yeniden hüküm kurulamaz.⁷⁶

Davaya konu uyuşmazlığın taraflarının yabancı uyruklu olması halinde, olay milletler arası özel hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirilerek⁷⁷ ve davacının yabancı uyruklu olması halinde, teminat yatırması gerekeceği (2675 s. MÖHUK m. 32) de anımsanarak, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması gerekir.⁷⁸

Ayrıca belirtelim ki, İİK m. 97/III gereğince davacının teminat göstermemiş olması, sadece mahkemece "takibin ertelenmesi" kararının verilmesine -ya da, verilen "takibin ertelenmesi" kararının uygulanmamasına- neden olur, açılan istihkak davasının dinlenmesini önlemez.⁷⁹

Her mahkeme gibi icra mahkemesinin istihkak davası sonucunda verdiği kararın -Anayasa m. 141/III, HUMK m. 388/III uyarınca- gerekçeli olması gerekir. Kimi mahkemelerce gerekçeden yoksun olarak verilen kararlar haklı olarak yüksek mahkemece bozulmalıdır.⁸⁰

Mahkemenin son oturumda tutanağa yazdırıp tefhim ettiği karar (kısa karar) esas karar olduğundan, sonradan yazılan gerekçeli kararın, bu karara aykırı olmaması gerekir.⁸¹

⁷³ Bkz., 21. HD, 28.6.2004 T. 6095/6397; 18.11.2003 T. 7085/9480; 15. HD, 7.12.1994 T. 5880/7319.

⁷⁴ Bkz., 21. HD, 11.7.2000 T. 5367/5628.

⁷⁵ Bkz., 15. HD, 29.3.1994 T. 168/1924.

⁷⁶ Bkz., 21. HD, 13.5.1997 T. 2788/3236.

⁷⁷ Bkz., 21. HD, 13.4.2004 T. 11058/3676.

⁷⁸ Bkz., 21. HD, 8.5.2003 T. 3484/4404.

⁷⁹ Bkz., HGK, 12.1.1972 T. İc. İf. - 581/5.

⁸⁰ Bkz., 21. HD, 27.3.2003 T. 1500/2605; 10.12.2002 T. 9031/10532; 13.11.2000 T. 7380/7911.

⁸¹ Bkz., 21. HD, 5.7.2004 T. 4357/6557; 2.12.2003 T. 7799/9775; 13.10.2003 T. 6580/7963.

VIII. Alacaklı, üçüncü kişinin açtığı “*istihkak davası*”na karşı “*karşılık (mütekebil) dava*” yolu ile, iptal davası açabilmek yetkisine sahiptir. Bunun için, alacaklının “*geçici ya da kesin aciz belgesi*” vermesi de gerekmez (m. 97/XVII).⁸²

İcra hakimi, bu davada, “*istihkak davasında*” olduğu gibi, tarafların gösterecekleri kanıtları serbestçe değerlendirir.

Bu davada basit yargılama usulüne göre görülür.⁸³

Alacaklı, üçüncü kişinin açtığı “*istihkak davası*”nda, “*iptal istemini*” karşılık dava açmaksızın -def'i olarak- ileri sürebilir mi? Doktrinde⁸⁴ ⁸⁵ bunun mümkün olduğunu belirten yazarlar bulunduğu gibi, Yargıtay⁸⁶ da, bu çözüm şeklini benimsemiştir. Ancak bu def'inin yine usul kuralları gereğince -cevap dilekçesi verme zorunluluğu bulunmayan istihkak davasında- ilk celsede ileri sürülmesi gerekir.

“*İptal davası*”nın, karşılık dava şeklinde açılması halinde, HUMK'un -m. 202- “*karşılık dava açılması için*” öngördüğü on günlük süreye burada da uyulacak mıdır? Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre,⁸⁷ İİK m. 97/XVII' de, bu konuda HUMK'a atıfta bulunulmamış olduğundan, HUMK m. 202'deki süre yönünden sınırlama burada uygulanamaz. Bu nedenle, istihkak davasına karşı, davalı alacaklı tarafından, mukabil dava olarak açılacak iptal davası için bir süre söz konusu değildir. Buna karşın, katıldığımız diğer bir görüşe göre⁸⁸ ise, İİK m. 97/XVII hükmü

⁸² Bkz., 15. HD, 9.9.1991 T. 3405/3965.

⁸³ Bkz., 21. HD, 13.5.2003 T. 3701/4563.

⁸⁴ Postacıoğlu, İ., *İcra Hukuku Esasları*, 1982, s. 411 - Postacıoğlu, İ., *İçtihat Tahlili (İHFM. 1955/1-4, s. 312 vd.)* - Umar, B., *Türk İcra-İflas Hukukunda İptal Davası*, 1963, s. 93 - Uyar, T., *İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları*, 1992, 2. Bası, s. 148.

⁸⁵ Krş., Üstündağ, S., *İcra Hukukunun Esasları*, 2004, s. 225.

⁸⁶ Bkz., 21. HD, 27.10.2004 T. 8063/8994; 24.6.2004 T. 5707/6289; 15.5.2003 T. 3707/4649.

⁸⁷ Tekinay, S. S., *Hacizden Mütevellit İstihkak Davaları*, 1953, s. 55; Ögütçü, T. - Çitoğlu, A., *Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu*, 1977, s. 511; Olgaç, S., *İcra-İflas*, 1978, s. 841; Dalamanlı, L., *Hacizden Mütevellit İstihkak Davaları (Ad. D. 1961/9-10, s. 906, 910)*; Güneren, A., *İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları İle Tasarruf İptal Davaları*, 2004, s. 1010.

⁸⁸ Kuru, B., *a.g.e.*, C. 2, s. 1022; Kuru, B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 2001, C. 3, s. 3942; Berkin, N., *İcra Hukuku Rehberi*, 1980, s. 300; Yargıtay'ın *Yeni İflas Hukuku İçtihatları ve Bazı İflas Hukuku Sorunları (Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, s. 1062 vd.)*; Uygur, T., *İcra Hukukunda İstihkak Davası (ABD, 1971/1, s. 44)*; Umar, B., *a.g.e.*, s. 95; Yıldırım, K., *İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları*, 1995, s. 286; Ertekin, İ. - Karataş, İ., *İstihkak Davaları*, 1998, s. 224; Berkin, N., *Yargıtay'ın Yeni İflas Hukuku İçtihatları ve Bazı İflas Hukuku Sorunları (Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, 1979, s. 1062 vd.)*; Aslan, K., *Hacizde İstihkak Davası*, 2005, s. 487

sadece, alacaklının icra mahkemesinde “karşı dava” olarak iptal davası açma olanağının varlığını göstermek için kabul edilmiştir. Böyle bir “karşı dava”nın nasıl açılacağı görüleceği, karara bağlanacağı HUMK’da gösterilmiştir. Bu nedenle, HUMK m. 202 uyarınca, istihkak davasına karşı “karşı dava” olarak açılacak iptal davasının basit yargılama usulünün uygulandığı icra mahkemesinde, en geç ilk oturumda açılması gerekir. Çünkü icra mahkemesinde, cevap dilekçesi verme zorunluluğu bulunmamakta, dolayısı ile, davalı - alacaklı da “on gün içinde” karşılık dava olarak iptal davasını açmak zorunluluğundan kurtulmaktadır.

İstihkak davalarına ilişkin kararları -90’lı yıllarda- incelediği dönemde, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi kimi kararlarında,⁸⁹ “istihkak davasına karşı, icra mahkemesinde ‘karşılık dava’ olarak açılacak ‘iptal davası’nın bir süreye bağlı olmadığını” belirtmişken doktrindeki egemen görüşü benimseyerek, “karşılık kimi kararlarında⁹⁰ dava biçimindeki iptal davasının, icra mahkemesinde en geç ilk oturumda açılması gerektiğini” kabul etmişti. Halen, bu kararları temyizden inceleyen Yargıtay 21. Hukuk Dairesi⁹¹ ise “süreye bağlı olmadan icra mahkemesinde açılabileceği” görüşündedir.

a. Alacaklının karşılık iptal davası haklı bulunur ve hacedilen malın, üçüncü kişiye devrine esas olan işlemin iptaline karar verilirse, alacaklı bu malı paraya çevirtebilir.

b. Eğer, alacaklının karşılık iptal davası reddedilir ve üçüncü kişi istihkak davasını kazanırsa, haciz kalkar ve hacedilen mal üçüncü kişiye verilir.

Alacaklı, karşılıklı olarak açtığı iptal davasında, üçüncü kişinin “hacedilen malın kendisine hacizden önce borçlu tarafından devredildiği” iddiasına karşı, “bu devir işleminin gerçekleşmediğini (olmadığını)” ileri sürmekle beraber, “devir işlemi, medeni hukuk kurallarına göre geçerli olsa dahi, esasen yapılan işlemin İİK m. 277’ye göre iptal edilmesi gerektiğini” bildirir. Alacaklı ister “devrin olmadığını” kanıtlamak suretiyle, ister “iptal davasındaki koşulların gerçekleşmesi” nedeniyle, söz konusu devrin iptalini sağlamak suretiyle, hacedilen malı, kendi alacağı için sattırmak (paraya çevirtmek) olanağını elde eder.

⁸⁹ Bkz., 15. HD, 7.3.1994 T. 6015/1352; 6.2.1992 T. 5803/480; 13. HD, 18.4.1977 T. 5803/2152.

⁹⁰ Bkz., 15. HD, 21.3.1991 T. 242/1400; 16.10.1990 T. 2690/4078; 1.11.1988 T. 2883/3498.

⁹¹ Bkz., 21. HD, 30.11.1999 T. 7458/8725.

İptal davasının mutlaka “karşılık dava” olarak açılması zorunluluğu yoktur. Alacaklı, istihkak davasını, üçüncü kişiye karşı kaybettikten sonra, borçlulara karşı “aciz belgesi” almak suretiyle, bu kez “iptal davası”nı genel mahkemede açabilir.⁹²

Alacaklı, icra mahkemesinde aleyhinde açılan “istihkak davası”nı kaybettikten sonra, genel mahkemeye başvurup iptal davası açar ve bu davayı kazanırsa, bu dava sonucunda aldığı ilam, kendisini istihkak davasında haksız çıkarıcı icra mahkemesinin ilamına nazaran tezat teşkil etmez. Bu nedenle, ortada bir “yargılamanın yenilenmesi” sebebinin varlığı ileri sürülmeksizin, ikinci ilamın uygulanması gerekir.⁹³

İİK m. 97/XVII’ye göre icra mahkemesinde açılan iptal davasında da “borçlu” ve “borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları”nın davalı olarak gösterilmesi gerekir.⁹⁴

Yüksek mahkeme, icra mahkemesinde “karşılık dava” olarak açılan iptal davaları ile ilgili olarak, ayrıca;

- “İİK 97/XVII. maddesine dayalı olarak açılan tasarrufun iptali davasında mahkemece davacı-karşı davalı üçüncü kişi ile borçlu arasındaki satışın danışıklı olup olmadığının araştırılması, satışa konu aracın satış tarihindeki gerçek değerinin bilirkişi vasıtasıyla saptanarak, ivazlar arasında önemli fark olup olmadığının tespit edilmesi, ivazlar arasında önemli fark varsa başkaca yön araştırılmaksızın ‘satış tasarrufunun iptaline, istihkak davasının reddine’ karar verilmesi, önemli fark yoksa İİK’nın 280. maddesinin koşullarının varlığının araştırılması gerekeceğini”⁹⁵

- “İİK 278/III-2 uyarınca ivazlar arasında fahiş fark bulunması halinde satın alan kişinin iyi niyetine bakılmaksızın iptal kararı verilmesi gerekeceği edimler arasında bir misline yakın veya daha fazla fark bulunduğu takdirde yapılan satış işleminin -alacak ve eklentileri ile sınırlı olarak- iptaline karar verilmesi gerekeceğini”⁹⁶

⁹² Bkz., İçt. Bir. K. 24.2.1954 T. 2/7 - 21. HD, 28.6.2004 T. 4836/6344; 9.3.2004 T. 759/2173.

⁹³ Postacıoğlu, İ., a.g.e., s. 412.

⁹⁴ Bkz., 21. HD, 7.3.2002 T. 1131/1681; 3.2.1998 T. 573/566; 19.12.1996 T. 6448/6815.

⁹⁵ Bkz., 21. HD, 4.5.2004 T. 3492/4476.

⁹⁶ Bkz., 21. HD, 3.5.2004 T. 3291/4354; 29.3.2003 T. 5979/7282.

• “İİK 97/XVII hükmüne göre açılan tasarrufun iptali davasında, takip dayanağı çekin düzenlenmesine sebep olan temel borç ilişkisinin doğum tarihinin saptanarak, borcun doğum tarihine göre tasarrufun, borcun doğumundan sonra gerçekleştiğinin tespiti halinde İİK 278/III-2 uyarınca da ivazlar arasında açık oransızlık bulunup bulunmadığının araştırılarak karar verilmesi gerekeceğini”⁹⁷

• “İİK 97/XVII maddesi uyarınca açılan iptal davası sabit olduğu takdirde mahkemece “borçlunun üçüncü kişi ile yaptığı ... sözleşmesinin alacak ve eklentileri ile sınırlı olarak iptaline karar verilmesi gerekeceğini”⁹⁸

• “Borcun doğumundan sonra işyerini ve bu işyerindeki emtiayı devir ve temlik alan kişiyi borçlunun alacaklısını zarara sokmak amacıyla devraldığını bildiği ve borçlunun da alacaklısını zararlandırmak amacıyla davrandığının kabulü gerekeceği, bu yasal karinenin aksinin İİK 280/IV’e göre çürütülebi-leceğini”⁹⁹

• “İstihkak davasına karşı, alacaklı tarafından icra mahkemesinde açılan iptal davasının -ortada eylemli (füli) haciz bulunmadığı için- istihkak davasının reddi halinde mukabil iptal davasının da ‘görev yönünden reddine’ karar verilmesi gerekeceğini”¹⁰⁰

belirtmiştir.

IX. İcra mahkemesinin, istihkak davası sonucunda vereceği “istihkak davasının kabulüne” (ya da reddine) ilişkin karar -dava konusu mal veya hakkın kıymetinin, İİK m. 363/II’deki parasal sınırı geçmesi koşulu ile¹⁰¹ -ilgililerce tefhim ya da tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde¹⁰² temyiz edilebilir (İİK m. 363/7).

Yasal -on günlük- süre geçtikten sonra temyiz isteminde bulunulması halinde, icra mahkemesinin dosyayı Yargıtay’a göndermeyip “temyiz isteminin reddine” karar vermesi gerekir. (İİK m. 365).¹⁰³ Eğer icra mah-

⁹⁷ Bkz., 21. HD, 21.10.2003 T. 6783/8215.

⁹⁸ Bkz., 21. HD, 20.10.2003 T. 7451/8184.

⁹⁹ Bkz., 21. HD, 10.4.2000 T. 2653/2771.

¹⁰⁰ Bkz., 13. HD, 21.6.1982 T. 3521/4585.

¹⁰¹ Bkz., 21. HD, 4.5.2004 T. 4180/4438; 20.1.2004 T. 10712/139.

¹⁰² Bkz., 21. HD, 9.12.2003 T. 8152/10083; 15. HD, 18.12.1990 T. 5464/5573.

¹⁰³ Bkz., 15. HD, 6.2.1989 T. 4068/427.

kemesi bu doğrultuda karar vermez ve dosyayı Yargıtay'a gönderirse, bu kez, Yargıtay'ca temyiz istemi geri çevrilir.¹⁰⁴

Temyiz süresinin hesabında, kararın “tefhim” (ya da “tebliğ”) edildiği gün hesaba katılmaz.¹⁰⁵

“Tefhim” edilen kararın ayrıca taraflara “tebliğ” edilmiş olması halinde, temyiz süresi “tebliğ tarihi”nden değil, “tefhim tarihi”nden itibaren işlemeye başlar.¹⁰⁶

Asıl olan “duruşmada tefhim edilen kısa karar” olduğundan,¹⁰⁷ tefhim edilen “kısa karar” ile tebliğ edilen “gerekçeli karar” arasında fark bulunması halinde, temyiz süresi gerekçeli kararın tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlar.¹⁰⁸

Kendisine temyiz dilekçesi tebliğ edilen taraf süresinde kararı temyiz etmemiş olsa bile on gün içinde vereceği “cevap dilekçesi” ile katılma yoluyla temyiz isteminde bulunabilir (HUMK m. 433/II).¹⁰⁹ Ancak, “katılma yoluyla temyiz hakkı”, asıl temyiz hakkıyla sıkı sıkıya bağlı olduğundan, diğer yanın asıl temyiz dilekçesinin normal temyiz süresi içinde ve kendisi yönünden temyizi mümkün bir karara karşı verilmiş olması gerekir.¹¹⁰

İstihkak davalarına “adli tatilde” de bakıldığından, temyiz süresi, adli tatilde de işler.¹¹¹

Temyiz süresi -Bakanlar Kurulu kararı ile kamu görevlilerinin izinli sayıldıkları- idari tatil günlerinde de işler.¹¹²

İcra mahkemesinin kararı, taraflar dışında asli müdahil¹¹³ ve asli müdahil sıfatını almış olan ihbar olunan¹¹⁴ tarafından da temyiz edi-

¹⁰⁴ Bkz., 15. HD, 13.9.1989 T. 1922/3491.

¹⁰⁵ Bkz., 15. HD, 10.12.1985 T. 4588/4145.

¹⁰⁶ Bkz., 21. HD, 26.1.2004 T. 10018/525; 15. HD, 23.5.1990 T. 1342/2385.

¹⁰⁷ Bkz., 15. HD, 24.2.1992 T. 420/817; 30.5.1991 T. 2703/2878; 5.11.1990 T. 3213/4537.

¹⁰⁸ Bkz., 15. HD, 10.7.1992 T. 2981/3818; 1.7.1988 T. 1944/2510.

¹⁰⁹ Bkz., 15. HD, 23.6.1986 T. 1552/2416.

¹¹⁰ Bkz., 21. HD, 4.6.2002 T. 3950/5355.

¹¹¹ Bkz., 15. HD, 2.11.1994 T. 5582/6439.

¹¹² Bkz., 21. HD, 5.4.2004 T. 2003/3293.

¹¹³ Bkz., 21. HD, 16.10.2001 T. 6359/6778.

¹¹⁴ Bkz., 21. HD, 11.2.2002 T. 8914/857.

lebilirken, fer'i müdahilin¹¹⁵ kararı tek başına -katıldığı taraf temyiz etmedikçe- temyiz hakkı yoktur...

Kararı temyiz etmek isteyen, bu dilekçesinde temyiz sebeplerini bildirebileceği gibi, bunları bildirmeden sadece “süreyi saklı tutma” (müddeti muhafaza) dilekçesi vererek de -ve temyiz harçlarını da yatı- rarak- kararı temyiz edebilir.¹¹⁶

Yüksek mahkeme, özellikle yeni içtihatlarında “temyiz” (ve karar düzeltme) süresini geçiren tarafın, eski hale getirme isteminde bulunabilmesini kabul etmiştir. Bu durumda, temyiz süresini geçiren tarafın ibraz ettiği raporun “*istek ve iradesi dışında temyiz süresini kaçırdığını belirtir nitelikte olması*”¹¹⁷ ve “*özel doktordan alınmış raporun daha sonra Sağlık Ocağı Tabipliğine onaylatılmış olması*”¹¹⁸ gerekir.

Temyiz defterine kaydedilmeyen ve peşin temyiz harcı da ödenmeyen temyiz dilekçesinin reddine karar verilir.¹¹⁹ Buna karşın, temyiz dilekçesi süresinde temyiz defterine kaydedilmiş olmasına rağmen, peşin temyiz harcı yatırılmamışsa, temyiz edene “*peşin harcı yatırmaması için*” önel verilmesi gerekir.¹²⁰

“İstihkak davasının reddi kararı”nı temyiz eden davacı - üçüncü kişi, İİK m. 36’ya göre “*yürütmenin durdurulması*” kararı getirmek üzere icra dairesinden süre isteyebilir (İİK m. 97/XIV).¹²¹

İİK m. 363/7 uyarınca temyiz edilebilen kararlar “*İİK m. 97/1’e göre üçüncü kişinin istihkak iddiasına alacaklı ya da borçlu tarafından itiraz edilmesi üzerine, icra müdürlüğüne dosyanın gönderildiği icra mahkemesince verilecek olan takibin ertelenmesi kararları*” olup, İİK m. 97 uyarınca “*istihkak davası*” açıldıktan sonra, icra mahkemesince verilen takibin ertelenmesi kararı “*ara kararı*” niteliğinde olduğundan, tek başına temyiz edilemez.¹²²

¹¹⁵ Bkz., 21. HD, 19.1.2004 T. 9720/70.

¹¹⁶ Bkz., 21. HD, 26.1.2004 T. 9869/502; 15. HD, 30.6.1988 T. 1840/2465.

¹¹⁷ Bkz., 15. HD, 13.10.1992 T. 5259/4704.

¹¹⁸ Bkz., 21. HD, 5.3.2002 T. 555/1535.

¹¹⁹ Bkz., 15. HD, 11.4.1991 T. 1319/1907; 30.1.1990 T. 4139/249.

¹²⁰ Bkz., 21. HD, 22.9.1998 T. 5030/5702 - 15. HD, 3.9.1987 T. 3132/3079.

¹²¹ Bkz., 12. HD, 19.2.1981 T. 90/1573.

¹²² Bkz., 21. HD, 6.4.2004 T. 2918/3436.

X. İcra mahkemesinin “istihkak davası” sonucunda verdiği kararlar kesin hüküm (HUMY m. 237) teşkil eder mi? Takip hukuku ile ilgili kararları “kesin hüküm” teşkil etmeyen¹²³ İcra mahkemesinin, istihkak davası sonucunda verdiği kararlarının “kesin hüküm teşkil etmeyeceğini” belirten hukukçular¹²⁴ yanında, aksi görüşü savunan hukukçular¹²⁵ da vardır. Kanımızca, -“ihalenin feshi” istemi gibi-¹²⁶ “istihkak davaları” sonucunda icra mahkemesinin verdiği kararların maddi anlamda kesin hüküm (HUMK m. 237) teşkil edeceğinin kabul edilmesi daha doğru

¹²³ Bkz., Uyar, T., *İİK Şerhi*, 2005, C. 2, s. 1848 vd.; Uyar, T., *Yetki - Görev ve Yargılama Usulü*, 1991, 2. Bası, s. 423.

¹²⁴ Ansay, S. Ş., *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, 1960, s. 113 vd.; Arar, K., *İcra ve İflas Hükümleri*, C. I, 1944, s. 218 vd.; Berkin, N., *İflas Hukuku*, (4. Bası), 1972, s. 344; Berkin, N., *İcra Hukuku Rehberi*, s. 43, 291; Gürdoğan, B., *İcra Hukuku Dersleri*, 1970, s. 99; Belgesay, M. R., *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 1954, s. 234; Üstündağ, S., *a.g.e.*, s. 204 vd.; Aslan, K., *a.g.e.* s. 628; Yıldırım, K., *İcra Hukuku Ders Notları*, 2002, s. 99 (Bu görüşün gerekçesi şudur: İstihkak Davası, bir takip hukuku davasıdır, sadece takip hukuku alanında sonuç doğurur. Bu davanın konusu ve amacı, alacaklı tarafından haczettirilen mallar üzerinde, 3. şahsın istihkak iddiası dolayısıyla, cebri icraya devam edilip edilmeyeceğinin tespitinden ibarettir. Bu dava, borçlu ile üçüncü kişinin birbirine karşı maddi hukuk alanındaki dava haklarını etkilemez... Davayı kaybetmiş olan üçüncü kişi, mal paraya çevrilmediği sürece, borçluya karşı MK 683'e dayanarak istihkak davası açabilir. Borçluda, istihkak davasını kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, MK 683'e dayanarak, istihkak davası açabilir.

¹²⁵ Arslan, R., *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, 1977, s. 67; Domaniç, H., *Hukukta Kaziyeli Muhakeme ve Nisbi Kuvveti*, 1964, s. 17; Görgün, İ. Ş., *İflasta İstihkak Davası*, 1977, s. 133; Kuru, B., *İcra ve İflas Hukuku*, C. 2, s. 1107; Muşul, T. *İcra Hukuku*, 2001, s. 641; Tanrıver, S., *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, s. 60 vd.; Ulukapı, Ö., *İcra ve İflas Hukuku*, 2001, s. 22; Güneren, A., *a.g.e.*, s. 536 (Bu görüşün gerekçesi şudur: İstihkak davaları teknik anlamda bir davadır. İcra mahkemesi, her türlü delili tıpkı bir genel mahkeme gibi serbestçe değerlendirek kararını verir. Gerekirse tanık dinler, keşif yapar, bilirkişi incelemesi yaptırır. Bu davalarda hakim, takip hukukunun dar kalıpları içinde hareket etmez. Bu nedenle, icra mahkemesinin bu davalar sonucunda verdiği kararlar, maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. İstihkak davasında davacı üçüncü kişi sadece alacaklıyı taraf (davalı) göstermişse; yargılama sonunda mahkemenin vereceği karar taraflar arasında maddi anlamda kesin hüküm teşkil ederek, borçlu bundan etkilenmeyecektir. Buna karşın, istihkak davasında alacaklı yanında borçlu da taraf (davalı) gösterilmemişse; yargılama sonunda verilecek karar, üçüncü kişi ile borçlu arasındaki ilişkide de maddi anlamda kaybetmiş olan üçüncü kişi, “kendi malı ile borçlunun borcunu ödemediğini” ileri sürerek borçluya karşı sebepsiz zenginleşme davası açamayacak, istihkak davasını kaybetmiş olan borçlu da, üçüncü kişiye karşı MK 683'e dayanarak istihkak davası açamayacaktır. Aynı şekilde, üçüncü kişi, istihkak davasını kazanmış ve malın kendisine teslimine karar verilmişse, borçluda üçüncü kişiye karşı MK 683'e dayanarak istihkak davası açamayacaktır.

¹²⁶ Bkz., Uyar, T., *İİK Şerhi*, 2005, C. 2, s. 1850 vd.; Uyar, T., *Yetki -Görev ve Yargılama Usulü*, s. 424.

olur. Çünkü, icra mahkemesi, delilleri serbestçe takdir ederek, genel hükümlere göre -tanık dinleyerek, yemin teklif ederek, bilirkişi incelemesi yaptırarak, keşif yaparak- “mahkeme” hüviyetiyle karar verdiğinden, verilen bu kararlara “kesin hüküm” niteliğini tanımamak usul ekonomisine aykırı olur.¹²⁷

Yüksek mahkemenin farklı dairelerinin bu konuda farklı kararlar verdiğini görüyoruz. Gerçekten; 70’li ve 80’li yıllarda istihkak davaları hakkında icra mahkemelerince verilmiş olan kararları temyizen incelemiş olan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin,¹²⁸ 90’lı yıllarda Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin¹²⁹ ve bugün bu kararları temyizen incelemekte olan Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin¹³⁰ -ilk kararlarında- “istihkak davaları sonucunda verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğini” belirtmişken; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin,¹³¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin,¹³² Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin,¹³³ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin,¹³⁴ -ilk kararlarında- ve halen bu kararları temyizen incelemekte olan Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin¹³⁵ “istihkak davaları sonucunda verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceğini” belirtmişlerdir.

Ancak hemen şu hususu belirtelim ki, istihkak davası sonucunda verilen kararların ister “kesin hüküm teşkil etmeyeceği” ister “kesin hüküm teşkil edeceği” kabul edilsin, İİK m. 97/XII c. 3 hükmüne göre; üçüncü kişinin istihkak iddiası borçlu tarafından kabul edildiği takdirde, borçlu aleyhine delil teşkil eder ve borçlu artık ileride bu ikrarına (kabulüne) aykırı hiç bir iddiada bulunamaz.

XI. İcra mahkemesinin istihkak davası sonucunda verdiği kararların “kesin hüküm” teşkil edip etmemesi; bu kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi (iadesi) yoluna başvurulup başvurulamamasında önem taşır. Doktrinde kimi hukukçular,¹³⁶ “istihkak davası sonucunda verilen

¹²⁷ Bkz., Uyar, T., *İİK Şerhi*, 2005, C. 2, s. 1849 vd.; Uyar, T., *a.g.e.*, s. 424 vd.

¹²⁸ Bkz., 13. HD, 3.6.1981 T. 3538/4244.

¹²⁹ Bkz., 15. HD, 5.10.1994 T. 4152/5501; 11.9.1991 T. 2694/4051.

¹³⁰ Bkz., 21. HD, 4.11.1997 T. 5834/7065.

¹³¹ Bkz., 11. HD, 11.11.2002 T. 5701/10298; 27.11.2000 T. 9515/9535.

¹³² Bkz., 4. HD, 19.3.2001 T. 11931/2552.

¹³³ Bkz., 12. HD, 2.6.1986 T. 5576/6588; 3.11.1977 T. 9191/9125.

¹³⁴ Bkz., 13. HD, 31.3.1977 T. 1254/1836.

¹³⁵ Bkz., 21. HD, 26.5.2003 T. 4011/4929; 27.12.2002 T. 8253/11427.

¹³⁶ Arslan, R., *a.g.e.* s. 67; Görgün, İ. Ş., *a.g.e.* s. 131; Kuru, B., *a.g.e.* C. 2, s. 1107; Güneren, A., *a.g.e.*, s. 536.

kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi (iadesi) yoluna başvuruabileceğini" kabul etmişken, kimi hukukçular¹³⁷ bu görüşe katılmamışlardır. Bu konuda, Yargıtay'ın daireleri arasında da görüş ayrılığı vardır. Gerçekten Yargıtay 12. Hukuk Dairesi¹³⁸ ile -halen; istihkak davası sonucunda icra mahkemeleri tarafından verilen kararlara temyizden inceleyen- Yargıtay 21. Hukuk Dairesi,¹³⁹ "bu kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebileceğini" kabul etmişken -70'li ve 80'li yıllarda, bu kararları temyizden incelemiş olan- Yargıtay 13. Hukuk Dairesi¹⁴⁰ ve -90'lı yıllarda bu kararları incelemiş olan- Yargıtay 15. Hukuk Dairesi¹⁴¹ "bu kararlara karşı, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyeceğini" belirtmiştir. Kanımızca, -"ihalenin feshi" istekleri sonucunda verilen kararlarda olduğu gibi-^{142, 143} "istihkak davaları" sonucunda verilen kararlara karşı da -bu kararlar, maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiğinden- yargılamanın yenilenmesi (iadesi) yoluna başvurulabilmelidir.

XII. İcra mahkemesinin, istihkak davası sonucunda verdiği kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilir mi? Yargıtay 12. Hukuk Dairesi¹⁴⁴ -eski tarihli- bir kararında "icra mahkemelerinin dava biçiminde baktığı ve sonuçta verdiği kararlar 'kesin hüküm' teşkil eden 'istihkak davaları' ile 'ihalenin feshi isteği' hakkında verdiği kararlara karşı" kanun yoluna başvuruabileceğini kabul etmiştir. Doktrinde¹⁴⁵ -öteden beri- "icra mahkemesinin tüm kararlarına karşı Kanun yararına temyiz yoluna başvuruabileceği" kabul edilmiştir.

¹³⁷ Gürdoğan, B., a.g.e. s. 99; Arar, K., a.g.e., s. 218 vd.; Ansay, S. Ş., a.g.e., s. 113 vd.; Berkin, N., *İflas Hukuku*, s. 344 vd.; Üstündağ, S., a.g.e., s. 24, dpn. 12; Aslan, K., a.g.e., s. 620.

¹³⁸ Bkz., 12. HD, 2.6.1986 T. 5576/6588; 3.11.1977 T. 9191/9125.

¹³⁹ Bkz., 21. HD, 26.5.2003 T. 4011/4929; 27.12.2002 T. 8253/11427.

¹⁴⁰ Bkz., 13. HD, 31.3.1977 T. 1254/1836.

¹⁴¹ Bkz., 15. HD, 11.9.1991 T. 2694/4051.

¹⁴² Bkz., 12. HD, 6.4.2000 T. 4374/5439 - 12. HD, 2.6.1986 T. 5576/6588.

¹⁴³ Uyar, T., *Yetki - Görev ve Yargılama Usulü*, s. 766.

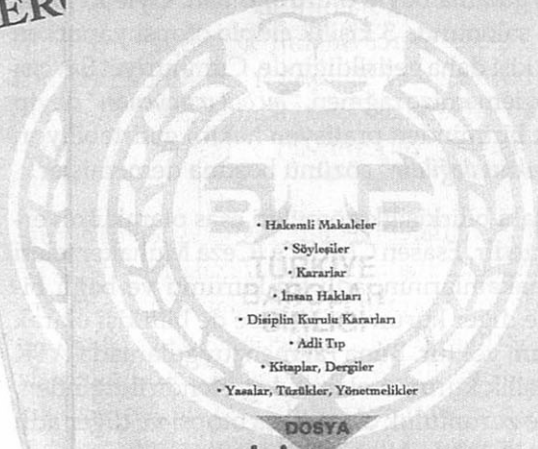
¹⁴⁴ Bkz., 12. HD, 3.11.1977 T. 9195/9125.

¹⁴⁵ Berkin, N., a.g.e., s. 466, 471; Uyar, T., *Yetki - Görev, Yargılama Usulü*, s. 764 vd.; Pekcanitez, H., *Şikayet*, 1986, s. 177; Karşlı, A., *İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi*, 1995, s. 147 vd.

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2808



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

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

01.05.2003

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

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 21.09.2005

E. 2005/6-358

K. 2005/470

*Önalım (şuf'a) hakkı

*Yasal önalım hakkının

kullanılması için gerekli

sürenin başlaması;

"öğrenme" olgusu/

"bildirme" olgusu

(4721 sayılı TMK m.732, 733,

734; 7201 sayılı Tebligat K.

m. 32)

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Dava, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 732 ve devamı maddelerine dayalı onalım (şuf'a) istemine ilişkindir.

A. Davacının İsteminin Özeti

Davacı vekili 02.09.2003 tarihli dava dilekçesinde, müvekkilinin paylı mülkiyet ile ortağı bulunduğu arsanın davalı tarafından satın alındığını öğrendiğinde 04.04.2003 tarihinde noterden gönderdiği ihtarname ile şuf'a hakkını kullanacağını davalı tarafa bildirdiğini, davalı tarafın önce iadeye yanaşmışken daha sonra bundan vazgeçtiklerini, ifadeyle, 1/6 eşit hisselerle tapu maliki görülen davalıların tapularının iptali ile mahkeme veznesine gayrimenkul tapu değerinin depo edilmesi ve müvekkili adına tesciline karar verilmesi istemiyle eldeki davayı açmıştır.

Davacı vekili 23.10.2003 tarihli cevaba cevap dilekçesinde; satıştan sonra alıcı ve satıcının yasanın aranması anlamında bir ihtarları olmadığını ve yasal sürenin başlamadığını, işlemesi olanağı da bulunmadığını, karşı tarafın yarattıkları inandırıcı ortam nedeniyle bekleme süresinin geçtiğini, işin esasının incelenmesini istemiş ve esasa ilişkin ifadelerle yer vermiştir.

Davacı vekili 18.12.2003 tarihli dilekçesinde de; yasanın yerine getirilmesini istediği ihtar mükellefiyetini yerine getirmeyen davalıların bu ihtarın sağlayacağı haktan yararlanmak istediklerini, üstelik de kendilerince çekilen ihtarnameyi kullanarak bu hakkı elde etmek istediklerini, bunun yasal olmadığını, uzlaşma yaklaşımı nedeniyle kendilerini oyaladıklarını, davalı yanın savunmalarının yerinde olmadığını bildirmiştir.

B. Davalının Cevabının Özeti

Davalılar ortak imzalı cevap dilekçelerinde, İzmir 7. Noterliği'nden çekilen 04.04.2003 tarih ve 06579 yevmiye numaralı ihtardan davacı tarafın dava konusu yerin satın alınmış olduğunu 17.03.2003 tarihinde öğrendiğinin anlaşıldığını, Medeni Kanun'un 733. maddesinde öngörülen öğrenme tarihinden itibaren 3 aylık hak düşürücü sürenin geçtiğini, ifadeyle, davanın reddini savunmuştur.

Davalılar vekili 03.10.2003 ve 18.11.2003 tarihli dilekçelerinde de ayrıca; 4829 sayılı Kanun'la değişik 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 32. maddesi gereğince muhatabın beyan ettiği tarihin tebliğ tarihi olarak alınması gerektiğini, itilânın 17.03.2003 tarihi olmasına göre de Medeni Kanun'un 733. maddesinde öngörülen öğrenme tarihinden itibaren 3 aylık hak düşürücü sürenin geçtiğini, satıcı ve alıcının ayrıca tebliğine gerek bulunmadığını, davacı tarafın şuf'a hakkını kullanacağını ifade etmesinin bir anlamı olmadığını, ifade etmiştir.

C. Yerel Mahkeme Kararının Özeti

Mahkeme "Yapılan satışın MK 733/3 hükmünce alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığı ile bildirilmesi halinde dava süresinin başlayacağı, böyle bir bildirim yapılmadığından 3 aylık hak düşürücü sürenin başlaması gerekçesiyle işin esasına girerek davanın kabulüne" karar vermiştir.

D. Temyiz Evresi, Bozma ve Direnme

Davalı tarafın temyizi üzerine Özel Daire, "...ihtarnamenin keşide tarihi ile dava tarihi arasında 3 aydan fazla süre geçtiğinden davanın reddi gerektiği" gerekçesiyle kararı bozmuş; davacı tarafın karar düzeltme istemi Özel Daire'ce 21.09.2004 gün ve 2004/6970-6363 sayılı ilamı ile oybirliği ile esastan reddedilmiş; mahkeme önceki kararında direnmiştir.

Hükmü davalı taraf temyiz etmektedir.

E. Kanıtlar

1. Önalım (şuf'a) istemine konu satış işlemi : İzmir ili, Seferihisar ilçesi, Doğanbey Köyü Köyiçi mevki 2486 parsel sayılı 1030 m² yüzölçümlü cinsi kargır ev ve arsası olan taşınmazda 1/2 hisse sahibi K. G. Bu hissesini eşit hisselerle 13.03.2003 gün ve 595 yevmiye numarası ile 15.000.000.000 TL bedelle davalı N. M. A. , B. İ. ve E. İ.' na satmıştır.

Satış bedeli 15.000.000.000 TL masrafları da toplam 520.000.000 TL dir.

Taşınmaz tapuda halen; davacı E. G. 1/2 ve davalılar N. M. A. 1/6, B. İ. 1/6 ve E. İ. 1/6 adlarına kayıtlıdır.

2. İhtarnameler;

a. Davacı E. G. Vekili vasıtasıyla İzmir Yedinci Noterliğinin 04.04.2003 gün ve 6579 yevmiye numaralı Davalılar N. M. A., B. İ. İle E. İ.'nü muhatap olarak gösterdiği ihtarnamesinde aynen:

"Konusu: Şuf'a hakkı kullanma beyanı ve ihtarıdır.

1. Müvekkilemin paylı mülkiyet ile ortağı bulunduğu, İzmir, Seferihisar, Doğanbey, Köyiçi mevki, 2543 parselde kayıtlı, 1400 metrekaare arsa ile, yine aynı yer 2486 parselde, 1030 metrekaarelik kargır evin sizler tarafından, diğer yarı hisse sahibi müvekkilimin kardeşi K. G.' den satın alındığını 17.03.2003 tarihinde öğrenmiş bulunuyoruz.

2. Söz konusu taşınmazlar ile ilgili, 1/2 hisse üzerinden şuf'a hakkımızı kullanacağımızı, bir aylık kanuni süre içerisinde sizlere bildiriyoruz.

Satın aldığımız payları, tapuda gösterilen değerleri ile aynı şartlarla sizden geri almaya hazırız. Bu işlemler tarafınızdan yapılmadığı takdirde Medeni Ya-

sanın ilgili maddeleri uyarınca, hakkınızda gerekli tapu iptali ve tescil davası açılacağını, yapılmış ve yapılacak tüm masrafların sizlerden talep edileceğini ihtaren bildiririz.”

Şeklinde dir. (İhtarname muhatabın aynı adreste oturan babası imzasına 26.04.2003 tarihinde tebliğ edilmiştir.)

b. Davacı E. G. Vekili vasıtasıyla İzmir 3.Noterliği’nden gönderdiği 02.09.2003 tarihli 15169 yevmiye numaralı ihtarname ile de el atmanın önlenmesi ve ecrimisil davası açacaklarını ihtar etmiştir. İhtarname kapsamı aynen şöyledir;

“Konusu: El Atmanın önlenmesi ve ecrimisil davası ihtar ıdır.

1. Müvekkilemin paylı mülkiyet ile ortağı bulunduğu, İzmir, Seferihissar, Doğanbey, Köyiçi Mevkii, 2543 parselde kayıtlı, 1400 metrekare arsa ile yine aynı yer, aynı mevkii, 2486 parselde, 1030metrekarelik kargir evin sizler tarafından, diğer yarı hisse maliki müvekkilem’in kardeşi K. G.’den satın alındığında İzmir Yedinci Noterliği’nin 4.4.2003 tarih, 8579 yevmiye nolu ihtarnamesi keşide edilerek bu yerlerle ilgili Şu’fa hakkımızı kullanacağımızı beyan etmiştik.

Bilahare avukatınız... konu ile ilgili tarafımızdan bilgi istemiş ve satın aldığınız malın iadesinin nasıl yapılacağı konusunda mutabık kalınmıştı. Müteakip zaman zarfında bir hareket görülmemiş ve işlemin ne zaman yapılacağı konusunda kesin bilgi alabilmek için aile fertlerinden M. A.’ya ulaşılarak sorulduğunda muhatapların hisse alımında ödedikleri bedelin kaybı olarak nitelendirilen bir faiz farkı talebiyle karşılaşmıştı. Haliyle bunun kabul edilemeyeceği ifade edilmiş geçen zaman içinde tekrar avukat vasıtasıyla kesin sonuç sorulduğunda, ertesi gün, 18.8.2003 tarihinde, avukat tarafından yazıhanesinde muhatapların babası Remzi Bey’in bulunduğunu ve kesin cevaplarının (işten vazgeçtikleri yolunda olduğunu) bildirmişti.

2. Hisse satın alınan yerlerde bu bildirimler yapılmasına rağmen işgaliniz olduğu öğrenilmiştir. Müvekkilem anne ve babasının ölümünden sonra orada kalan menkul eşyalarını dahi alamamış ve evi hiç kullanamamıştır. Anne ve babasının samimi aile dostu olduğunuz için dava yoluna gidilmesini hiç uygun görmediğinden sabırla işgalinizin sona ermesini, sulhen hakkın teslim edileceğini beklemiş; fakat bir türlü izah edemediği ısrarınız karşısında haklarını korumaya karar vermiştir;

3. Söz konusu gayrimenkulleri işgalinizle müvekkilemin kullanma hakkına da tecavüz edilmiştir. Bu bakımdan müvekkilemin payı oranında ecrimisil bedeli ödemek zorunluluğunuz doğmuştur. Söz konusu yerin emsal kira değerlerine nazaran aylık ecrimisil değeri işgal edilen hisse için 200.000.000. TL dir. 13.03.2003 ile 13.09.2003 tarihleri arasındaki işgal dönemi için altı aylık 1.200.000.000. TL ecrimisil alacağımız tahakkuk etmiştir. Bu bedeli ödeyerek işgale son vermenizi talep ediyoruz.

Aksi takdirde şu fa davasıyla ilgili haklarımız saklı kalmak kaydıyla ecrimisil alacağımız için ve müdahalenin önlenmesi için dava açacağımızı ve bu yolda sarfedilecek tüm masraf ve avukatlık ücretlerinin sizden talep edileceğini ihtaren bildiririz."

Şekindedir.

c. Davalılar N. M. A., B. İ. ve E. İ.'nin İzmir 9. Noterliği'nden gönderdiği davacıya muhatap 12.09.2003 tarihli 8382 yevmiye nolu cevabi ihtarnamesinde aynen;

"Konusu... 4.4.2003 tarihli ve 02.09.2003 tarihli ihtarnamelere cevaptır.

1. İhtar konusu gayrimenkulların iki paydaşından K. G. ve şuf'a hakkını kullanmak isteyen E. G. gayrimenkulün satımından bir yıl önce 2002 yılında gayrimenkulu satışa çıkarmışlar hatta ağustos eylül aylarında da evin satımı için her ikisinin de telefon numaralan ile gazeteyle ilan vermişlerdir.

2. Gazete ilanından önce ve sonra müvekkiliniz o zaman şuf'a hakkını kullanmamış parası olduğu halde buraya talip olmamış İzmir Hatay semtinden ev almış parası da artmıştır. Bu dönem zarfı içerisinde Seferihisar Doğanbey Köyü mevkiindeki gayrimenkulün alımı için E. G. hiçbir teşebbüste bulunmamıştır.

3. Gazete ilanlarından olumlu bir cevap alamayınca kardeşler gayrimenkulü bize teklif etmişlerdir. Bizde E. ve K. G.'nin üzerlerine düşen hisseleri almak konusunda anlaştık. K. G.'ye ait payı aldık. Satış aşamasında E. G. hissesini satmak istemekteyken (şahitlerde mevcuttur) avukatı ile yaptığı görüşmeden fikri tamamen değişmiş, 20 yıllık dostlarına ters düşmüş ilişkisini de anlaşılabilir bir şekilde kesmiştir.

4. Bunun üzerine E. G.'nin avukatı O. G.'yle yaptığımız görüşmede gayrimenkule bilirkişi göndereceğini ve bilirkişi raporuna göre bize evi devredeceğini şahitler huzurunda söylemiştir. Avukatın bu sözü üzerine ev için bilirkişi

raporu beklerken 04.04.2003 tarihli 7. Noter vasıtasıyla müvekkilinizin şuf'a hakkını kullanmak istediğinizi belirten bir ihtarname aldık. Bunun üzerine sizinle ortak arkadaşımız olan Avukat V. G. İle irtibata geçip paramızın derhal verilmesi karşılığında hissemizi devretmeye hazır olduğumuzu bildirdik fakat paramızı alamadık.

5. 02.Eylül 2003 tarihli 3.noter vasıtası ile şuf'a hakkınızın saklı kalmasından bahsediyorsunuz. MK 733 m. göre süreyi doldurmuş bulunuyorsunuz. 4.4.2003 tarihinde öğrendiğinizi açıkça belirttiğinize göre artık şuf'a hakkınız kalmamış zaman aşımına uğramıştır.

.... ihtaren bildiririz."

Şeklindedir.

F. Konu İle İlgili Yasal Düzenlemeler:

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu

II. Devir hakkının kısıtlamaları

1. Yasal önalım hakkı

a. Önalım hakkı sahibi

Madde 732. (659). Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler. (TMK m. 688, 708)

"Madde gerekçesi: Önalım hakkıyla ilgili olarak bu maddeleri karşılayan İsviçre Medenî Kanunu'nun 681-683. maddelerinde Ocak 1965'de yürürlüğe giren yasayla önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler göz önünde tutulmak suretiyle bu kısımda yeni 733. madde düzenlenmiştir.

Maddede paylı mülkiyette herhangi bir paydaşın kendi payını ister tamamen ister kısmen bir başkasına satması hâlinde, diğer paydaşların önalım haklarını kullanabilecekleri öngörülmüştür. Bu suretle, önalım hakkının, bir payın üçüncü kişiye tamamen veya kısmen satılması durumunda da kullanılabilceği vurgulanmıştır."

b. Kullanma yasağı, feragat ve hak düşürücü süre

Madde 733. Cebrî artırmayla satışlarda önalım hakkı kullanılmaz.

Önalım hakkından feragatin resmî şekilde yapılması (TMK Md 5, 7, 706,) ve tapu kütüğüne şerh (TMK Md 1009, 1010, 1011) verilmesi gerekir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı sekle (TMK Md 5) tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir.

Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir.

Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer.

“Madde gerekçesi: Maddenin birinci fıkrası 1984 tarihli Öntasarı'nın 653. maddesinin üçüncü fıkrasından alınmıştır. Bununla önalım hakkının, paylı mülkiyetteki payın, pay sahibinin iradî satışlarında kullanılabileceği vurgulanmış, bu satış pay sahibinin kendi serbest iradesine dayanmıyor, cebrî arttırmaya dayanıyorsa önalım hakkının kullanılmayacağı öngörülmüştür.

Maddenin ikinci fıkrası İsviçre Medeni Kanunu'nda 1991 yılında yapılan değişiklikle yürürlükten kaldırılmış bulunan 682. maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen 'önalım hakkının kaldırılması veya değiştirilmesine ilişkin anlaşmaların resmî şekle tâbi olduğu ve tapu siciline şerh edilmesi gerektiği' şeklindeki hükmünden alınmıştır. 1984 tarihli öntasarının 653. maddesinin dördüncü fıkrasında da mevcuttur. Bu fıkra ile önalım hakkından feragatin resmî şekilde yapılması ve tapu siciline şerh edilmesi koşulu getirilmiştir. Buna karşılık, böyle bir haktan feragati içermeyen, sadece belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaya yönelik vazgeçmenin herhangi bir yazılı şekilde yapılabileceği, bu vazgeçmenin satıştan önce ya da sonra verilebileceği kabul edilmiştir. Böylece önalım hakkından feragati içeren anlaşmalar, feragat eden açısından önemli sonuçlar doğurduğundan resmi yazılı şekle tâbi tutulmuş ve tapuya şerh edilme koşuluna bağlanmış iken, belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçmenin adı yazılı şekilde de yapılabileceği öngörülmüştür. Ancak bu ikinci halde de, öngörülen yazılı şekil ispat değil geçerlilik şekli olarak düzenlenmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrası satışın alıcı ya da satıcı tarafından diğer paydaşlara bildirilmesi 'yükümü getirmiştir'. Bu bildirim noter aracılığı ile yapılması

öngörülmüştür. 1984 tarihli Öntasarının 653. maddesinin beşinci fıkrasında da yer alan bu hüküm sayesinde uygulamada en büyük sıkıntıya neden olan, 'önalım hakkı sahibinin, satıştan haberdar olmadığı iddiasıyla bu hakkın kullanılabilmesi üst süre olan 10 yılın bitimine kadar' bu hakkını kullanmasının önlenmesi amaçlanmıştır.

Maddenin dördüncü fıkrası önalım hakkının kullanılma süresiyle ilgilidir. Yürürlükteki 658. maddenin son fıkrası satışın öğrenilmesinden itibaren bir ay, satıştan itibaren on yıllık bir süre öngörmüştür. İsviçre Medenî Kanunu'nda 1991 yılında yapılan değişiklikle yeni 681 a maddesiyle bu süreler bir ay ve iki yıl olarak düzenlenmiştir.

Yürürlükteki metinde önalım hakkının kullanılması için öngörülen on yılın uzun, İsviçre'de yapılan değişiklikle kabul edilen iki yılın ise kısa bir süre olduğu düşünülerek, 1984 tarihli Öntasarı'nın 653. maddesinin altıncı fıkrasında olduğu gibi, bu süre beş yıla indirilmiştir. Yürürlükteki metinde bu konuda on yıllık sürenin başlangıcı olarak öngörülen 'herhalde sicile şerh verildiği tarihten itibaren' ifadesi yerine daha anlaşılır ve açık bir anlatım olarak beş yıllık sürenin başlangıcı olarak 'her hâlde satışın üzerinden' ifadesine yer verilmiştir."

c. Kullanılması

Madde 734. (--) Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır.

Önalım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hâkim tarafından belirlenen süre içinde hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür.

"Madde gerekçesi: Yürürlükteki Kanun'da bu maddeyi karşılayan bir hüküm mevcut değildir.

Maddenin birinci fıkrası ile önalım hakkının alıcıya karşı dava açılması suretiyle kullanılması esası getirilmiştir. Yürürlükteki hükümler önalım hakkının, dava dışı bir beyanla kullanılabilmesine olanak sağlamaktadır. Ancak buna rağmen bu beyanla istenilen sonucun elde edilebilmesi sonuçta daima bir dava açılmasını gerektirmektedir. Yeni düzenlemeyle, uygulamada önalım hakkının gerçekleşmesinin daima bir davayı gerektirmesi, kanun hükmü hâline getirilmiş bulunmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrası, önalım bedelinin depo edilmesine ilişkin uygulamada kabul edilen esas kanun hükmü hâline getirmektedir. Burada hak sahibinin satış bedeliyle birlikte, alıcıya düşen tapu giderlerinin hâkim tarafından belirlenen süre içinde ve belirlenen yere depo edilmesi öngörülmüştür. Önalım hakkı sahibinin depo edeceği bedelin, zaman zaman uygulamada sorunlar yaratan ve haksızlıklara yol açan banka teminat mektubu olarak da tevdi edilebilmesine son verilmiştir. Bedelin 'nakden' yatırılması koşulu öngörüldüğünden, nakit dışında yapılacak tevdialar geçerli kabul edilmeyecektir."

G. Gerekeçe

Dava, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 732 ve devamı maddelerine dayalı önalım (şuf'a, istemine ilişkindir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Yasal Önalım (şuf'a) Hakkı"nı düzenleyen 732 ve devamı maddeleri karşısında dava açma süresinin başlangıcına esas alınacak tarihin nasıl belirleneceği; bu cümleden olarak, eldeki davanın yasal sürede açılıp açılmadığı, noktasında toplanmaktadır.

Mahkeme, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 733. maddesinde satış işleminin diğer paydaşlara bildirilmesi mükellefiyetinin alıcı ve satıcı da olup, yasada aranan anlamda noterden bir bildirim yapılmadan paydaş için -satışı başka yolla öğrense bile- dava açma süresinin başlamayacağı görüşündedir. Özel Daire ise şuf'a davacısının öğrenmiş ve alıcıya bu iradesini bildirmiş olmasını dava açma süresinin başlaması için yeterli görmekte; üç aylık sürede şuf'a hakkı dava yoluyla kullanılmadığından davanın reddi gerektiğini, kabul etmektedir.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle, yasal önalım (şuf'a) hakkının hukukumuzdaki tarihsel gelişiminin ve hukuki niteliklerinin kısaca irdelenmesinde yarar vardır.

Önalım (şuf'a) hakkı, 4721 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmış bulunan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde 658. (sözleşmeden kaynaklanan şuf'a) ve 659. (Kanuni şuf'a hakkı) maddelerinde düzenlenmişti. Bu sistem içinde, önalım hakkı, mülkiyet hakkının takyitlerinden birisi olup, hukuksal niteliği itibariyle yenilik doğuran kurucu bir hak

olarak kabul edilmiş ve yasal önalım hakkı da aynı hak niteliğinde, yasadan doğduğu için tapuya şerhi gerekmeyen ve satın alan herkese karşı kullanılabilir bir hak olarak düzenleme altına alınmıştır.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 659. maddesinde düzenlenen kanuni (yasal) şuf'a (önalım) hakkı müşterek mülkiyette söz konusu olmaktadır. Müşterek taşınmazı parçalanmaktan kurtarmak, giderek bir elde veya daha az kişi uhdesinde toplayarak işletilmesinin daha yararlı hale getirilmesini sağlamak amaçlı olduğu ağırlıklı görüş olarak kabul edilmiştir. Şuf'a iradesinin hukuki sonuç doğurabilmesi için bu iradenin kullanıldığı zaman irade sahibinin o taşınmazda paydaş olması gerekir. Şuf'a hakkının konusu taşınmaz maldır ve bu hak müşterek mülkiyete konu bir payın üçüncü şahsa satışıyla doğar; eş söyleyişle, bu hakkın doğumu için satış sözleşmesinin kurulması şarttır ve yeterlidir.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin kabul ettiği sisteme göre, şuf'a hakkı satışı ve onun esaslı unsurlarını öğrenen paydaş tarafından kullanılan yenilik doğurucu bir haktır ve sahibinin kullanma beyanıyla vücut bulmaktadır. Bu hak dava açılarak kullanılabilirdiği gibi şuf'a hakkının kullanılacağını ortaya koyan ve herhangi bir surette muhatabına iletilen bir irade açıklaması ile de kullanılabilir. Beyanın herhangi bir şekli yoktur ancak ispat yönünden yazılı olması yeterlidir. Şuf'a ile ilgili bu eski yasal düzenlemede; a. hakkın devamı süresi; b. hakkın kullanım süresi; ve c. hakkın korunma süresi olmak üzere üç tür süre söz konusu olup; hakkın devamı süresi, müşterek mülkiyet halinin devam ettiği süre içinde hakkın varlığını korumasını; hakkın kullanım süresi, satışı öğrenmeyle başlayan ve hakkın kullanılması gereken yasal hak düşürücü süreyi; hakkın korunma süresi ise satış tarihinden başlayarak hakkın kullanılabilirdiği en fazla süreyi ifade etmektedir. Şuf'a hakkı sahibinin bu hakkı kullandığını yasal süresi içinde karşı tarafa açık irade beyanı ile bildirmiş olması halinde, satış tarihini takip eden on yıllık süre içinde dava açabileceği kabul edilmektedir. Yasal düzenlemedeki boşluklar uygulamada İçtihadı Birleştirme Kararları ile giderilmeye çalışılmıştır.

Eski kanunda kabul edilen bu sistemin ortaya çıkardığı aksaklıklar nedeniyle Türk Medeni Kanunu'nun değişiklik çalışmaları sırasında şuf'a (önalım) hakkı üzerinde özellikle durulmuş ve bir sistem değişikliğine gidilmesi yolunda düzenlemeler yapılmış; en son haliyle de 4721 sayılı yasadaki şeklini almıştır.

Nitekim, Türk Medeni Kanunu'nun 1984 tarihli ön tasarısında "Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri" bahsinde;

"Temlik hakkının takyitleri üst başlığı altında 'Kanuni önalım hakkı – a. Kullanma şartları' alt başlığını taşıyan 653. maddede:

Kanuni önalım düzenlenmiş ve önalım hakkından feragat resmi şekle bağlanarak bu feragatin tapu siciline şerhi hususu getirilmiş; yapılan satışın alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirileceği ve önalım hakkının, hak sahibine satışın bildirildiği tarihten itibaren bir ay ve herhalde satıştan itibaren beş yıl geçmekle düşeceği"

belirtilmiştir.

Bu maddenin gerekçesinde ise;

"Madde, yürürlükteki Kanun'un 659. maddesini karşılamaktadır. Bu madde, uygulamadaki ihtiyaçlar, ülke şartları, doktrin ve Yargıtay içtihatları ve özellikle içtihadı birleştirme kararları göz önünde tutularak, altı fıkra halinde yeniden düzenlenmiştir.

'Şuf'a hakkı' deyimi yerine uygulamada yerleşen 'önalım hakkı' deyimi kullanılmıştır. Diğer taraftan, ülkemiz uygulamasında kanuni önalım hakkı önemli bir yer işgal ettiği için, bu hak, şerh verilen akdi ön alım hakkından daha önce düzenlenmiş ve kurallar buna göre ifade edilmiştir. Bu husus, hakkın kullanılmasına ilişkin olan müteakip madde için de geçerlidir.

Dördüncü fıkra, önalım hakkından feragatin resmi şekilde yapılmasını ve tapu siciline şerh verilmesini öngörmektedir. Buna karşılık, belirli bir satışta önalım hakkını kullanmama taahhüdü yazılı şekle tabi olacaktır ve bu satıştan önce yapılabileceği gibi, sonra da yapılabilir. Önalım hakkından feragatin resmi şekle tabi olduğu hususu da Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile belirtilmiştir. Önalım hakkını kullanmama taahhüdü, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu öngördüğü miktarı aşarsa kanuni delille ispatı gerektiği Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile kabul edilmişse de, tasarıda bu taahhüdün geçerliliğinin yazılı şekle tabi tutulması uyuşmazlıkları azaltmak açısından uygun görülmüştür.

Beşinci fıkrada, önalım hakkını kullanabilecek paydaşlara pay satışını öğrenmelerini ve böylece hakkı kullanmada hak düşürücü sürenin işlemeye başlamasını ve önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağına açıklığa ka-

vuşmasını sağlamak için, yapılan satışın alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığı ile bildirileceği hükmüne yer verilmiştir.

Yürürlükteki Kanun, kanuni önalım hakkının kullanılmasında hak düşürücü süreyi düzenlememiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile akdi önalıma ilişkin sürelerin kıyasen uygulanacağı kabul edilmişse de, boşluğun kanun hükmü ile doldurulması yararlı görülmüş ve konu altıncı fıkrada düzenlenmiştir. Fıkra iki süreyi öngörmektedir. Bir aylık hak düşürücü süre, beşinci fıkra uyarınca hak sahibine yapılan bildirimden itibaren işlemeye başlayacaktır. Satışın başka yolla öğrenilip öğrenilmediği uyuşmazlıklarına yer bırakılmamıştır. Beş yıllık süre ise payın satışının yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Sürenin on yıl değil beş yıl olması daha adil görülmüştür."

İfadeleri yer almaktadır.

Yine 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde karşılığı bulunmayan 1984 tarihli ön tasarının "b. Hakkın kullanılması" başlıklı 654. maddesinde de;

"Önalım hakkının dava yoluyla kullanılacağı", düzenlenmiş;

Maddenin yasal gerekçesinde;

"Dava dışı beyanla şufa hakkının kullanılmasının, uygulamada bu hakkın süresinde kullanılıp kullanılmadığı konusunda ortaya çıkardığı uyuşmazlıklar nedeniyle, yeni düzenlemeye gidilerek dava yoluyla kullanılması esasının getirildiği,"

Hususuna yer verilmiştir.

Diğer taraftan kaynak kanun durumundaki, İsviçre Medeni Kanunu'nun 681 a/11.maddesinde ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun 216/e maddesine göre;

"Sürenin başlaması için önalım olayının gerçekleşmesi ve sınırlı önalım hakkı söz konusu ise içeriği hakkında emin bir bilgi edinilmesi gerekir."

İsviçre Hukuku'na göre; önalım hakkı satışın yapılmasına ve içeriğinin hak sahibi tarafından öğrenilmesinden itibaren üç ay içerisinde kullanılmalıdır.

Nitekim, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin kabul ettiği sistem

de “öğrenmeyi” esas almakta iken açıklanan gelişim içinde bundan vazgeçilerek “bildirim” esasına geçilmiştir.

Yasal Önalım Hakkı konusunda en son düzenleme, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun “Devir hakkının kısıtlamaları” üst başlığı altında birinci sırada “Yasal Önalım Hakkı” başlığı altında yer almaktadır.

Yukarıda ilgili bölümde gerekçeleri ile birlikte aynen yer verilen “a. önalım hakkı sahibi” başlıklı 732,

“b. Kullanma yasağı, feragat ve hak düşürücü süre” başlıklı 733 ve “c. Kullanılması” başlıklı 734. madde hükümleri ile yasal önalım hakkı önceki kanundan farklı düzenlenmiştir.

Yürürlükte bulunan bu hükümlerle; yasal önalım hakkının, paylı mülkiyette paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde kullanılabilmesi; önalım hakkından feragatin yöntem ve koşullarının neler olduğu; bunun yanında –somut olay açısından da uyuşmazlık konusu olan– satışın diğer paydaşlara bildirilmesi gereği; bu bildirimden ve satış tarihinden itibaren uygulanacak yasal sürelerin neler olduğu; bu hakkın dava açılarak kullanılabilmesi; önalım bedelinin ve giderlerin nakden yatırılması gerektiği düzenleme altına alınmıştır.

Bu saptamalar yapıldıktan sonra, açıklanan değişiklikte kabul edilen sistemin ne olduğu üzerinde durulmalıdır.

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete konu bir taşınmazın paydaşlarından birinin payını bir üçüncü kişiye satması halinde diğer paydaşlara aynı şartlarla bu payın alıcısı olabilme yetkisini veren yenilik doğuran bir haktır. Payın tamamının veya bir kısmının satılması arasında bir fark yoktur. Kişiye değil paya bağlı bir haktır ve kim paydaş olursa bu hakka sahiptir. Önalım hakkı kullanılınca paydaş payını yasal ön alım hakkını kullanan diğer paydaşa devretme yükümlülüğü altına girmektedir. Böylece önalım hakkı taşınmaz mülkiyetinin dolaylı sınırlama biçimlerinden birisidir. Bu hak kullanılmadığı sürece ortada bir kısıtlama olmayıp, önalım hakkının kullanılmasıyla birlikte ortaya çıkar. Yasal önalım hakkının kullanılması, ancak paydaş olmayan birisine yapılan satışta söz konusu olur. Önalım hakkı eskisi gibi irade bildirimini ile değil, ancak alıcıya karşı dava açılarak kullanılabilir. Bu hakkın dava dışında

kullanılması olanaklı değildir. Önalım davası yenilik doğuran bir dava, kararı da yenilik doğuran bir karardır.

Eldeki uyuşmazlığın da konusunu teşkil eden yasal önalım hakkının kullanılmasında satışın bildirimünün süre başlangıcına esas alınıp alınmayacağı ve kullanılacak yasal sürelerin neler olduğu 4721 sayılı Kanun'un 733. maddesinde düzenlenmiştir.

4721 sayılı Kanun'un 733. maddesinin 3. fıkrasında;

"Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir"

Aynı Kanununun 733. maddesinin 4. fıkrasında da;

"Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer."

Denilmekte;

Maddenin gerekçesinde ise;

"...Maddenin üçüncü fıkrası satışın alıcı ya da satıcı tarafından diğer paydaşlara bildirilmesi yükümü getirmiştir. Bu bildirim noter aracılığı ile yapılması öngörülmüştür. 1984 tarihli Öntasarı'nın 653. maddesinin beşinci fıkrasında da yer alan bu hüküm sayesinde uygulamada en büyük sıkıntıya neden olan, 'önalım hakkı sahibinin, satıştan haberdar olmadığı iddiasıyla bu hakkın kullanılabilceği üst süre olan 10 yılın bitimine kadar' bu hakkını kullanmasının önlenmesi amaçlanmıştır.

Maddenin dördüncü fıkrası önalım hakkının kullanılma süresiyle ilgilidir. Yürürlükteki 658. maddenin son fıkrası satışın öğrenilmesinden itibaren bir ay, satıştan itibaren on yıllık bir süre öngörmüştür. İsviçre Medenî Kanunu'nda 1991 yılında yapılan değişiklikle yeni 681/a maddesiyle bu süreler bir ay ve iki yıl olarak düzenlenmiştir.

Yürürlükteki metinde önalım hakkının kullanılması için öngörülen on yılın uzun, İsviçre'de yapılan değişiklikte kabul edilen iki yılın ise kısa bir süre olduğu düşünüülerek, 1984 tarihli öntasarının 653. maddesinin altıncı fıkrasında olduğu gibi, bu süre beş yıla indirilmiştir. Yürürlükteki metinde bu konuda on yıllık sürenin başlangıcı olarak öngörülen 'herhalde sicile şerh verildiği tarihten

itibaren' ifadesi yerinedaha anlaşılır ve açık bir anlatım olarak beş yıllık sürenin başlangıcı olarak 'her hâlde satışın üzerinden' ifadesine yer verilmiştir."

İfadelerine yer verilmektedir.

Böylece, kanun önalım hakkının kullanılmasını hak düşürücü sürelerle tabi tutmaktadır. Üç aylık hak düşürücü süre; madde metninde, gerekçede, 1984 tasarısının gerekçesinde de açıkça yer verildiği üzere *"pay satışının hak sahibine bildirildiği tarihten"*, itibaren işlemeye başlar. Bu bildirim de kanunda özel bir şekle tabi tutulmuş; noter aracılığıyla bildirim öngörülmüştür. Noter bildirisinin paydaşa tebliğ tarihini izleyen günden itibaren üç aylık hak düşürücü süre işleyecektir. İki yıllık süre ise, yapılan pay satışı tarihini izleyen günden başlar. Süresinde önalım hakkını kullanmayan paydaşın sadece o pay satışı için önalım hakkı düşer, başka pay satışları için önalım hakkı ise sona ermez.

Kanun, yasal önalım hakkından feragatin geçerliliğini de yazılı şekilde yapılmasına bağlamıştır.

Şu durumda; 4721 sayılı Kanun'la yasal önalım hakkı için getirilen yeni sistem daha sıkı kurallar ortaya koymakta; bu tür taleplerin belli sürelerde, belli şekil ve koşullarda kullanılması gereğini önemli bir yenilik olarak getirmektedir.

Kısacası, yasal önalım hakkının kullanılması için gerekli sürenin başlaması konusunda bu yasal değişiklikten sonra geçerli olan kural; *"öğrenme"* olgusu değil *"bildirim"* olgusunun söz konusu olmasıdır. Bu bildirim de herhangi bir bildirim değil, noter vasıtasıyla yapılacak bildirimdir. Madde metninde *"bildirilir"* şeklinde kullanılan ifade kesinlik taşıdığı gibi, sürenin *"bildirimden"* başlayacağı da devamı fıkrada açıkça ve kesin olarak ifade edilmiştir. Bu açık düzenleme karşısında süre mutlaka bildirimden itibaren başlayacağından bildirim yapılmamışsa hak sahibinin satışı öğrendiği ileri sürülerek hak düşürücü sürenin başlatılması ve hak düşümü sonucunu doğurması olanaklı değildir.

Eş söyleyişle; yasal önalım hakkının kullanılması için öngörülen üç aylık hak düşürücü süre, satışın, önalım hakkı sahibine alıcı veya satıcı tarafından noter aracılığıyla bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Önalım hakkı sahibinin satışı kesin olarak başka bir şekilde öğrenmiş olması sürenin işlemesine yol açmaz.

Somut olaya gelince; yasal önalım hakkı sahibi davacının bizzat kendisi tarafından alıcılara gönderilen ihtarname ile satışı öğrendiğini ve önalım hakkını kullanacağını bildirmiş olması; açıklanan hükümler karşısında yasanın aradığı anlamda ve sürenin başlamasına yol açacak nitelikte bir bildirim değildir. Dolayısıyla öğrenme ile hak düşürücü süre başlamayacağından hak düşürücü sürenin geçtiğinden de söz edilemez. Davacının kendisine yapılan bir bildirim olmadığından, satıştan itibaren iki yıl içinde açtığı dava süresindedir ve davacı dava yoluyla önalım hakkını kullanmıştır. Mahkemenin davayı süresinde kabulü usul ve yasaya uygun olup, önceki kararında direnmesi de yerindedir.

Ne var ki, işin esasına yönelik temyiz itirazları Özel Dairesi'nce incelenmediğinden dosyanın dairesine gönderilmesi gerekir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 19.10.2005

E. 2005/ 4-517

K. 2005/595

*Rücu tazminat

*Atıf suretiyle hüküm

*İlamın tefhim edilen karara uygun yazılması

*Yargıda açıklık netlik

*Direnme kararından

dönmenin mümkün olmaması

(1086 sayılı HUMK m. 381, 388, 389, 429)

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Dava, rücu tazminat istemine ilişkindir.

Mahkeme 12.10.2000 tarihinde davanın davalı N. Z. yönünden kabulüne, diğer davalılar yönünden reddine karar vermiştir.

Davacı vekili ve davalı N. Z. vasisinin temyizi üzerine Yüksek Özel Daire yukarıda açıklanan gerekçe ile hükmün bozulmasına karar vermiştir.

Davalıların bulunmadığı duruşmada davacı vekili bozmaya uyulmasını istemiş, mahkemece 27.10.2003 günlü kısa kararda "Eski kararda

direnilmesine dair ekli karar davacı Hazine vekilinin vicahte davaluların yokluğunda temyiz yolları açık alenen tevhim kılındı” şeklinde hüküm fıkrası oluşturulmadan direnme kararı verilmiştir.

Bu karar davacı vekilinin temyizi üzerine Hukuk Genel Kurulu’na (Mahkeme kararlarında nelerin yazılacağı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 388. maddesinde belirtilmiştir. Hüküm sonucu kısmında gerekçeye ait her hangi bir söz tekrar edilmeksizin isteklerin her biri hakkında verilen hükümlerle taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların mümkünse sıra numarası altında birer birer açık şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir. Aynı kural HUMK’nun 389. maddesinde de tekrarlanmıştır. Keza HUMK’nun 381. maddesi (kararın tefhimi en az 388. maddede belirtilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçilerek okunması suretiyle olur). Bu biçim yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Aksi hal, yeni tereddüt ve ihtilaflar yaratır. Hatta giderek denebilir ki, dava içinden davalar doğar, hükmün hedefine ulaşılmasını engeller, kamu düzeni ve barışı oluşturulamaz. Ayrıca bozma kararı ile ilk hüküm hayatiyetini yitirdiğinden o na atıf suretiyle hüküm tesisinin yukarıda açıklanan kurallara uygun düşmeyeceği de aşikârdır. Öte yandan Yargıtay’ın yerleşmiş görüşü de bu yöndedir (Hukuk Genel Kurulu’nun 19.6.1991 gün 323/391 sayılı ve 10.9.1991 gün 281-415 sayılı ve 25.9.1991 gün 355-440 sayılı kararları). Ceza Genel Kurulu’nca da CMUK’nun benzer hükümleri taşıyan 261 ve 268 maddelerinin uygulanmasında bozulan kararın geçerliliğini ve yerine getirilme yeteneğini yitirdiğinden “*önceki hükümde direnilmesine*” denilmekle yetinilerek ve atıf suretiyle hüküm kurulamayacağı kabul edilmiştir (Ceza Genel Kurulu’nun 2.2.1976 gün 22-25 sayılı kararı). Somut olayda da aslolan kısa ve gerekçeli kararda, hüküm fıkrası oluşturulmamış; yalnızca “*önceki kararda direnilmesine*” denilmekle yetinilmiştir. O itibarla mahkemece HUMK. nin 388. maddesinin açık hükmü gözetilmeksizin yazılı biçimde karar verilmesi doğru değildir. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.) gerekçesiyle usul yönünden bozulmuş, bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Mahkemece Hukuk Genel Kurulu bozma kararına uyulmasına karar verildikten sonra Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin bozma kararında belirtildiği şekilde ancak Hukuk Genel Kurulu’nun bozması dışına çıkılarak kısa kararda hükmedilen direnme kararının aksine davanın

tüm davalılar yönünden kabulüne karar verilmiştir. Bu karar davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Az yukarda açıklanan yargılama aşamalarında görüldüğü üzere “*usul hukuku*” ile ilgili ortaya çıkan sorunun çözümü; yerel mahkemenin “*önceki kararda direnilmesine*”. Şeklinde oluşturduğu kısa kararın Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nca, usulün 381. ve 388. maddelerine aykırı görüp bozmasından sonra, mahkemece bozma doğrultusunda hüküm oluşturulması gerekirken direnme kararında kabul ve tefhim ettiği hukuki sonucun aksine bir karar vermesinin hukuken mümkün olup olmadığının belirlenmesinde toplanmaktadır.

Öncelikle belirtelim ki, yerel mahkemelerin direnme kararları (HUMK m. 429/II). Bir davayı sona erdiren (Nihai) temyizi mümkün olan son kararlardandır. Direnme kararı ile mahkeme davadan elini çeker ve davayı sona erdirmiş olur. Bu aşamada yapılması zorunlu iş, gerekçeli kararı direnme doğrultusunda mahkemenin yazmasından ibarettir. Bu bakımdan direnme kararından dönme (rücu) mümkün değildir. Esasen ilamın tefhim edilen karara uygun yazılması kamu düzeni ile doğrudan ilgili temel kurallardan olup, bu kurala Yasa koyucu HUMK m. 381. ve 388. maddeleriyle varlık kazandırmıştır. Gerçekten de, HUMK’nun 381. ve 388. maddeleri kamu düzeni amacıyla konulmuş, emredici hükümlerdir. Bu maddeler hükmünce kararların alenen tefhim edilmesi gerekir. Davanın tamamen reddine veya kabulüne dair karar tefhim edildikten sonra bundan dönülerek yeni bir hüküm kurulamaz. Aksinin kabulü mahkemelere güveni sarsacağı için hiçbir suretle üstün görülemez.

Olayımızda; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 10.4.1992 günlü 1991/7 E; 1992/4 K. sayılı kararının uygulama yeri de bulunmamaktadır. Bu bağlamda hemen belirtelim ki, anılan İçtihadı Birleştirme Kararı Usulün 381. ve 388. maddelerindeki emredici hükümlerinin ihmalini önerir bir sonucu kabul etmemiş, tersine aynen “*TC Anayasası yargılamanın aleniyeti ilkesini benimsemiştir. Bunun anlamı yargılama açık olacak, yargılamanın sonunda mahkemece verilen karar da açıkça belirtilecektir. Sonradan yazılan gerekçeli kararın da bu kısa karara uygun olması gerekir. Aksi halde, yargılamanın aleniyeti ilkesi zedelenmiş ve mahkeme kararlarına güven sarsılmış olacaktır. Bu hukuki esasın doğal sonucu gerekçeli karar kısa karara uygun değilse kararın bozulması icap edecektir.*” Gerekçesini getirerek anılan Yasa maddelerinin vazgeçilmez önemini oybirliği ile

kabul etmiştir. Bu kararda münhasıran kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki bulunması, kısa karara aykırı düşen gerekçeli kararın yazılması konusu ile bağlı ve sınırlı olarak kabul edilmiştir. Olayımızda ise kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki bulunmamaktadır. Mahkemenin Hukuk Genel Kurulu'nca bozulan kararı "*kısa kararda direnilmesine denilmekle yetinilip*", usulünce hüküm fıkrası kurulmamasına ilişkin olup, kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki söz konusu değildir. Burada İçtihadı Birleştirme kararından farklı olarak ortaya çıkan özellik ilkin direnme kararı verilmesine karşın Hukuk Genel Kurulu'nun usulden bozma kararını takiben bu kez direnme kararından dönme anlamına gelecek şekilde davanın reddine karar verilmiş olmasıdır.

Öte yandan Mahkemeler ve Yargıtay ancak, İçtihadı Birleştirme Kararı'ndan sonra el koydukları benzer işlerde (Hukuki Konularda) İçtihadı Birleştirme Kararı ile bağlıdır (Yargıtay Kanunu m.45). 10.4.1992 günlü içtihadı birleştirme kararı münhasıran kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki bulunması, kısa karara aykırı düşen gerekçeli kararın yazılması konusu ile bağlı ve sınırlı olarak kabul edilmiştir. Olayımızda ise kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki bulunmamaktadır. Nitekim, kısa kararda, ilk karar doğrultusunda direnmeye karar verilmiş, gerekçeli kararda da direnme doğrultusunda aynı karar kurulmuş, böylece kısa karar ile gerekçeli karar arasında uygunluk bozulmayarak sürdürülmüştür. Şu durumda içtihadı birleştirme kararının konusunu oluşturan "*kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki bulunması hali*"nin olayımızda bulunmadığı açıktır.

Bunlardan ayrı kıyaslama yoluyla Tevhidi İçtihat'ların uygulama alanını genişletmek hukuken mümkün değildir. Aksinin kabulü halinde, anılan Tevhidi İçtihat'ta 381. ve 388. maddelerinin yürürlüğünü koruyan ve önemini yineleyen oybirliği ile alınmış az yukarda açıklanan kabule aykırılık oluşturulacağı gibi, belirtilen yasa maddeleri işlemez hale getirilmiş olur ki, yargı yetkisinin aşılmasına yol açan bu yön kabul edilemez. Yine, usulün 381. ve 388. maddeleri emredici kurallardan olmalarına rağmen hükmün yokluğunu ortaya koyacak esaslı kaide-lerden değildir. Bu maddelerin bir mahkemenin kararını geçersiz kıldığına dair usul hukukunda bir hüküm mevcut değildir. Bu durumda sadece temyiz sebeplerinin varlığından söz edilecektir. Hükmün yok sayılabilmesi için taraflara tebliğ edilen hükmün mahiyeti, son duruşma zaptında belirtilmemiş olmalıdır. Son duruşma tutanağına hükmün

mahiyeti geçirilerek tefhim edilmişse artık ortada hukuken bağlayıcı bir hükmün varlığının kabulünde duraksama olmamalıdır.

Açıklanan nedenler altında Hukuk Genel Kurulu'nun bozması doğrultusunda işlem yapılarak özellikle Usulün 381. - 388. maddelerine uygun karar yazılması gereği yerine getirilmek üzere yerel mahkemenin kararı bozulmalıdır.

* * *

YARGITAY KARARLARI

Özet: İhtiyati haciz kararı vermesi istenilen mahkeme, kendiliğinden *“yetkisiz olduğunu”* belirterek, *“ihtiyati haciz talebinin yetki yönünden reddine”* karar verebilir mi?

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi

T. 17.05.2005

E. 2004/5004

K. 2005/5273

İhtiyati haciz isteyen alacaklı vekili *“BDDK'nin 03.07.2003 tarih ve 1085 sayılı kararı ile 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14/3 fıkrası gereğince bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan müvekkili bankanın yönetim ve denetiminin TMSF'ye intikal ettiğini, intikal işleminden sonra Bankalar Yeminli Murakıplar raporları uyarınca hazırlanan raporlarda davacı bankanın 03.07.2003 tarihli bilançosunda 902.535.240.428.658 TL. alacaklı olduğunu, bu alacağın off-shore mevduatını banka mevduatına dönüştürme ve bu yolla banka yükümlülüklerini artırarak davalı şirket mudilerinin mevduatlarının banka kasasından ödenmesi yoluyla yapıldığını, bu işlemler ile davalı bankanın hakim sermayedarı olan Uzan grubuna aynı grubun hakim sermayedarı olduğu davalı şirketin yükümlülüklerinin azaltılması sure-*

tiyle doğrudan menfaat sağlandığının tespit edildiğini" ileri sürerek "fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 03.07.2003 tarihli bilançoda gösterilen 902.535.240.428.659 TL. alacak için ihtiyati haciz kararı verilmesini" talep ve dava etmiştir.

Mahkemece "talep ve dosya kapsamına göre hakkında ihtiyati haciz talep edilen borçlu İmarbank Off-Shore Limited Şti. nin KKTC siciline kayıtlı olup, Lefkoşe'de yasal ikametgâhı bulunduğunu, ihtiyati haciz kararını vermeye yetkili mahkemenin borçlunun ikametgâhı mahkemesi olan Lefkoşe Ticaret Mahkemesi olduğu" gerekçesiyle "talebin yetkisizlik nedeniyle reddine" karar verilmiştir.

Karar, ihtiyati haciz isteyen alacaklı vekili temyiz etmiştir. İstem, ihtiyati haciz kararı verilmesine ilişkindir.

İİK'nin 258. maddesi hükmü uyarınca ihtiyati hacze, aynı yasanın 50. maddesine göre yetkili mahkeme tarafından karar verilir. Bu maddede HUMK'nun yetkiye ilişkin hükümlerine atıf yapılmıştır. Kural olarak haciz kararı için yetkili mahkeme, HUMK'nun 9-27. maddelerine göre belirlenmelidir. Hatta, alacağın dayanağı olan sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesi de HUMK'nun 10. maddesindeki şartlar aranmaksızın ihtiyati haciz kararı vermek için yetkilidir. Kamu düzenine ilişkin yetki kuralları haricinde, mahkemenin yetkisine kendiliğinden bakması söz konusu değildir. İhtiyati haciz talebinin, borçlu dinlenerek karara bağlanması halinde yetki itirazının borçlu tarafından açıkça yapılması gerekmektedir. Borçlunun dinlenmesine gerek görülmeden verilen ihtiyati haciz kararlarında ise borçlu, İİK'nin 265. maddesi uyarınca ihtiyati haciz kararına yapacağı itirazında mahkemenin yetkisizliğini ileri sürmelidir. Somut olayda talep üzerine doğrudan doğruya yetkisizlik kararı verilmiştir. Ancak, ihtiyati hacze konu alacak, off shore mevduatını banka mevduatına dönüştürerek davalı şirket mudilerinin mevduatlarının ihtiyati haciz isteyen banka mevduatından ödenmesi sonucu banka yükümlülüklerinin arttırılması nedenine dayanmaktadır. Mahkemece kendiliğinden yetkiye bakılmasını gerektiren bir durum yoktur. Bu durum karşısında, işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkemenin kendiliğinden "yetkisizliğine" karar vermesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

* * *

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**T. 16.10.2003****E. 2003/8822****K. 2003/10013**

Davacı alacaklının 14.8.2003 tarihli ihtiyati haciz talebi yetki yönünden reddedilmiş, karar, davacı alacaklı tarafından temyiz edilmiştir.

İİK'nin 258. maddesinde 4949 sayılı Kanun'un 60. maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda "*ihtiyati haciz talebinin reddi halinde, alacaklının kanun yoluna başvurabileceği*" hükme bağlanmıştır. Talebin yetki yönünden reddi halinde" alacaklı anılan hüküm uyarınca temyiz yoluna başvurabilir.

İhtiyati hacizde yetkili mahkeme konusunda 50. maddeye atf yapılmıştır. Bu durumda yetkili mahkemenin belirlenmesi HUMK hükümlerine göre olacaktır. Kamu düzenine ilişkin yetkinin söz konusu olmadığı durumlarda ihtiyati haciz talep edilen mahkeme yetkiyi re'sen gözetemez. İİK'nin 265. maddesinde borçluya ihtiyati haczi veren mahkemenin yetkisine itiraz imkanı tanındığından, mahkemece yetki konusunda kamu düzenine ilişkin olmayan ihtiyati haciz talebinin yetki yönünden reddi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi**T. 07.10.2004****E. 2004/7992****K. 2004/9773**

Aydınlar Ltd. Şti. vekili, 30.5.2004 keşide tarihli çeke dayanarak ihtiyati haciz talebinde bulunmuş, mahkemece ihtiyati haciz talebi yönünden "*mahkemenin yetkisiz olduğu*" gerekçesiyle "*yetki yönünden talebin reddine*" karar verilmiş, karar Aydınlar Ltd. Şti. vekilince temyiz edilmiştir.

İİK'nin 258. maddesinde "*ihtiyati hacze İİK'nin 50. maddesine göre*

yetkili mahkeme tarafından karar verileceği" hükme bağlanmıştır. İhtiyati haciz kararı verilmişse, borçlu, mahkemenin yetkisine itiraz edilebilir (İİK'nin m. 265/1). Yetkisinin kamu düzeninden olmadığı durumlarda ihtiyati haciz talebini inceleyen mahkeme re'sen yetkili olup olmadığını inceleyemez. Mahkemece bu yön gözetilmeden yetkisizlik kararı verilmesinde isabet görülmemiştir.

Not: İcra hukukunda, usul hukukunda olduğu gibi yetki kural olarak kamu düzeninden değildir. Bu nedenle ihtiyati haciz istemiyle başvuru mahkeme *"yetkili olup olmadığını"* kendiliğinden araştırmaz. (Bkz., Uyar, T. İcra Hukukunda Haciz, 2. Baskı, s. 43 – Şimşek, E. Kambiyo Senetlerine Dayanan İhtiyati Haciz *"Ad. D. 1978/3-4, s. 210"* – Şimşek, E. Ticari Senetler 1969, s. 200 – Aksöz, U. İhtiyati Hacizin Özellikleri *"Adana Bar. D. 1978/1-2, s. 13"*)

Ayrıca; *"hangi nedenlerle ihtiyati haciz kararına itiraz edilebileceği"* İİK. 265'de teker teker sayılarak belirtilmiştir. Bunlar maddede *"ihtiyati haczin dayandığı nedenler"*, *"yetki (ve görev)"* ve *"teminat"* olarak ifade edilmiştir.

Bu yasal düzenlemeye rağmen, uygulamada mahkemeler genellikle, kendilerinden *"ihtiyati haciz kararı"* istenmesi halinde, öncelikle *"yetkili olup olmadıklarını"* kendiliklerinden araştırmışlardır ve eğer yetkisiz olduklarını saptamışlarsa ihtiyati haciz istemini *"yetki yönünden"* reddetmişlerdir. Bu uygulamanın İİK 265/I hükmüne ne kadar aykırı olduğu apaçık ortadadır. Ancak; mahkemelerin ihtiyati haciz istemi üzerine verdikleri kararlar -yakın zamana kadar- temyiz edilemediğinden, bu hatalı uygulama yıllarca devam etmiştir. 4949 sayılı 17.7.2003 tarihli Kanun ile İİK'nin 258. ve 265. maddelerinde yapılan değişiklikler sonucu, mahkemelerin ihtiyati haciz konusunda verdikleri kararlar kesin olmaktan çıkıp temyiz edilebilir hale gelince, konu hakkında Yargıtay da görüş bildirme olanağına kavuşmuştur.

Yüksek mahkemenin *"ihtiyati haciz kararı vermesi istenilen mahkemenin, kendiliğinden 'yetkisiz olduğunu' belirterek, 'ihtiyati haciz talebinin yetki yönünden reddine' karar veremeyeceği"*ne ilişkin kararı -yukarıda belirttiğimiz nedenlerle- çok isabetli olup, bundan böyle yerel mahkemelerin ihtiyati haciz taleplerini kendiliklerinden *"yetkisiz oldukları"* gerekçesiyle reddetmemeleri gerekecektir...

(Av. Talih Uyar)

* * *

Özet: Alacaklının bonoyu düzenleyen keşideci (ve ona aval verenler) hakkında ihtiyati haciz kararı isteyebilmesi için, “bononun vadesinin gelmiş olması” gerekli ve yeterli midir, yoksa ayrıca “ödememe protestosu” çekti miş ve bunu ihtiyati haciz talebine eklemiş olması da zorunlu mudur?

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi

T. 11.04.2005

E. 2005/1166

K. 2005/3443

İhtiyati haciz isteyen vekili, “müvekkilinin 8.7.2004 ödeme tarihli kam-biyo senedi nedeniyle borçlu taraftan 15.000.000.000 TL. alacaklı olduğunu”, ancak rehinle temin edilmemiş borcun ödenmediğini ileri sürerek, “borçlunun menkul ve gayrimenkul malları ile üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarının ihtiyaten haczine karar verilmesini” istemiştir.

Mahkemece, “ihtiyati hacze konu senet hakkında borçluya gönderilen protestonun tebliğ edildiğine dair herhangi bir kayıt bulunmadığı” gerekçesiyle “yerinde görülmeyen talebin reddine” karar verilmiştir.

Kararı, ihtiyati haciz isteyen vekili temyiz etmiştir.

İhtiyati haciz isteyebilmek için İİK'nin 257/1. maddesine göre alacağın muaccel olması ve rehinle temin edilmemiş olması yeterlidir. Alacaklının. bonoyu tanzim edene (keşideciye), onun lehine aval verene ve bunların yetkisiz temsilcilerine karşı ihtiyati haciz isteyebilmesi için, bononun vadesinin gelmesi gerekli ve yeterlidir. Bundan başka, yetkili hamilin ödememe protestosu çekmiş olmasına protestoyu bono ile birlikte ihtiyati haciz talebine eklemesine gerek yoktur. Çünkü, yetkili hamil bu kişilere karşı doğrudan doğruya talep hakkına sahiptir. Buna karşılık, alacaklının (yetkili hâmilin) bonoda cirantalara, bunlar lehine aval verenlere ve bunların yetkisiz temsilcilerine karşı ihtiyati haciz

isteyebilmesi için, ödememe protestosu çekmiş olması ve bu protestoyu ihtiyati haciz talebine eklemesi şarttır. Bu nedenle, mahkemece “borçlu (keşideci) Yaşar Gündoğdu’ya karşı ihtiyati haciz isteyen alacaklının, ihtiyati hacze konu senet hakkında borçluya gönderdiği protestonun tebliğ edildiğine dair herhangi bir kayıt bulunmadığı” gerekçesiyle “talebinin reddi” doğru görülmemiştir.

* * *

Yargıtay 11 Hukuk Dairesi

T. 02.06.2005

E. 2005/6257

K. 2005/5747

İhtiyati haciz talep eden vekili “müvekkilinin bir adet bono nedeniyle alacaklı olduğunu, borçlunun ödememekte ısrar etmesi ve mallarını kaçırma ihtimali olduğunu” ileri sürerek, ihtiyati haciz kararı verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, “istem bonoya dayalı olup, borçluya ihbar ve ibrazı belgeleyen protesto keşide edilmeden ihtiyati haciz istenemeyeceği” gerekçesiyle “ihtiyati haciz talebinin reddine” karar verilmiştir.

Kararı, ihtiyati haciz talep eden vekili temyiz etmiştir.

Talep, bonoya dayalı ihtiyati haciz kararı verilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, “bono hakkında protesto keşide edilmeden ihtiyati haciz istenemeyeceği gerekçesiyle talebin reddine” karar verilmiştir. Oysa, TTK’nın 624. maddesindeki imkanı kullanmayan keşideciye karşı ihtiyati haciz isteyebilmesi için, bononun vadesinin gelmiş olması gerekli ve yeterlidir. Bundan başka, alacaklının ödememe protestosu çekmiş olmasına ve bu protestonun bono ile birlikte ihtiyati haciz talebine eklenmesine gerek bulunmamaktadır. O halde mahkemenin ret gerekçesi yerinde olmayıp, İİK’nin 257 ve devamı maddelerinin değerlendirilerek hâsıl olacak sonuca göre bir karar veri gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir

* * *

Yargıtay 11 Hukuk Dairesi**T. 23.11.2005****E. 2004/11-576****K. 2005/638**

Taraflar arasındaki “İhtiyati Haciz” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Adana Asliye 1. Ticaret Mahkemesi’nce “davanın reddine” dair verilen 9.9.2004 gün ve 2004/591-591 D. İş sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 24.3.2005 gün ve 2005/2763-2797 sayılı ilamı ile,

(... İhtiyati haciz isteyen banka vekili, “borçlular Ö. B. ve Başer Holding A.Ş. ‘nin keşidecisi oldukları senetlerin vadelerinde ödenmediğini, müvekkilinin yasal hamili bulunduğu senetlerden doğan alacağının muaccel hale geldiğini” ileri sürerek, “ihtiyati hacze karar verilmesini” talep etmiştir.

Mahkemece, “ihtiyati haciz talebine dayanak yapılan senetlerin protesto edildiğine dair protesto evrakları bulunmadığı” gerekçesiyle “ihtiyati haciz isteminin reddine” karar verilmiştir.

Kararı, ihtiyati haciz isteyen vekili temyiz etmiştir.

İstem, bonolara dayalı alacak nedeniyle talep edilen ihtiyati hacze ilişkindir. İhtiyati haciz isteyen banka, Başer Holding AŞ tarafından düzenlenen ve Ö. B.’ in kefil olarak gösterildiği bonoların lehdarı durumundadır. TTK’nın 691/1. maddesine göre, bir bonoyu tanzim eden kimse; tıpkı, poliçeyi kabul eden gibi sorumludur. Ayrıca, bonoya tatbik olunacak hükümleri düzenleyen TTK’nın 690. maddesinin yaptığı atıf gereği aynı yasanın 620. maddesi uyarınca ödeme için ibraz edilmeyen bir bonodan dolayı borçlunun 624. maddeye göre bono bedelini notere tevdi etme hakkı da bulunmaktadır. Bu nedenlerle, alacaklının bono borçlularına gidebilmesi için önceden protesto düzenlemesine gerek bulunmamaktadır. Buna göre, alacaklının vadesi geçmiş bonolar nedeniyle borçlu hakkında talep ettiği ihtiyati haciz isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken, açıklanan maddelere İİK’nin ihtiyati haciz şartlarını düzenleyen 257. maddesindeki hususlara uymayan gerekçe ile talebin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş olup, kararın “ihtiyati haciz isteminde bulunan alacaklı yararına” bozulması gerekmektedir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

* * *

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Temyiz Eden: Davacı (İhtiyati Haciz İsteyen) Vekili

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

İstek, vadelerinde bedelleri ödenmeyen bonolara dayalı, ihtiyati hacze ilişkindir.

Yerel mahkemece istek reddedilmiş, ihtiyati haciz isteyen vekilinin temyizi üzerine hüküm Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuş; yerel mahkemenin direnme kararı da ihtiyati haciz isteyen vekilince temyiz edilmiştir.

A. Önsorun ve Değerlendirilmesi: Hukuk Genel Kurulundaki görüşme sırasında, esasa geçilmeden önce, yerel mahkemenin, "*ihtiyati haciz talebinin reddine*" ilişkin kararını bozan Özel Daire kararına karşı direnme hakkı bulunup bulunmayacağı hususu bir ön sorun olarak gündeme getirilmiştir. Bir başka anlatımla, Yargıtay Özel Dairesi'nin bozma kararının kesin olup olmadığının tartışılması istenilmiştir.

Bu yönde bir ön sorunun gündeme getirilmesinin nedeni, İcra ve İflas Kanunu'nun ihtiyati haciz konusundaki 258. ve 265. maddelerinde yer alan düzenlemeler arasındaki farklılıktır.

İcra ve İflas Kanunu'nun "*İhtiyati haciz kararı*" başlıklı 258. maddesi "*İhtiyati hacze 50. maddeye göre yetkili mahkeme tarafından karar verilir. Alacaklı, alacağı ve icabında haciz sebepleri hakkında mahkemeye kanaat getirecek deliler göstermeye mecburdur.*"

Mahkeme iki tarafı dinleyip dinlememekte serbesttir."

Hükmünü taşımakta iken;

17.7.2003 gün ve 4949 sayılı Kanun'un 60. maddesiyle "*İhtiyati haciz talebinin reddi halinde alacaklı kanun yoluna başvurulabilir*" şeklindeki son fıkra eklenmiştir.

Yine, İcra ve İflas Kanunu'nun 265. maddesi "*İhtiyati haciz kararına itiraz*" başlığını taşımakta iken, anılan 4949 sayılı Kanun ile, başlığı "*İhtiyati haciz kararına itiraz ve temyiz*" olarak değiştirilmiş; madde metninde de değişiklikler yapılmıştır.

265. maddenin önceki ve değişikliklerden sonraki metinleri şöyledir:

Maddenin 18.2.1965 gün ve 538 sayılı Kanun'un 105. maddesiyle değişik birinci fıkrası;

"İhtiyati haciz kararı temyiz edilemez. Ancak borçlu kendisi dinlenmeden verilen ihtiyati haczin dayandığı sebeplere, mahkemenin yetkisine ve teminata karşı, huzuruyla yapılan hacizlerde tatbiki, aksi halde haciz tutanağının kendisine tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde mahkeme müracaatla itiraz edebilir."

Şeklinde iken,

4949 sayılı Kanun'un 63. maddesi, bu fıkrayı;

"Borçlu kendisi dinlenmeden verilen ihtiyati haczin dayandığı sebeplere, mahkemenin yetkisine ve teminata karşı; huzuruyla yapılan hacizlerde haczin tatbiki, aksi halde haciz tutanağının kendisine tarihinden itibaren yedi gün içinde mahkemeye müracaatla itiraz edebilir." şeklinde değiştirmiş ve maddeye "*Menfaati ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati haczi öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde ihtiyati haczin dayandığı sebeplere veya teminata itiraz edebilir."* şeklindeki ikinci fıkra ve ayrıca "*İtiraz üzerine verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Yargıtay bu başvuruyu öncelikle inceler ve verdiği karar kesindir. Temyiz, ihtiyati haciz kararının uygulanmasını durdurmaz."* şeklindeki son fıkra eklenmiştir.

Görüldüğü üzere, İcra ve İflas Kanunu'nun 258. maddesi, ihtiyati haciz isteminde yetkili mahkemeyi ve esasları düzenlemekte, "istemin

reddi halinde alacaklının kanun yoluna başvurabileceğini” öngörmektedir.

265. madde ise, *“ihtiyati haciz isteminin kabulü halinde, borçlunun ve üçüncü kişilerin bu karara itiraz edebilecekleri; itiraz üzerine verilen karara karşı temyiz yolunun açık bulunduğu, Yargıtay’ın incelemesi üzerine vereceği kararın da kesin olacağı”* hükmünü taşımaktadır.

Eş söyleyişle, 258. madde, ihtiyati haciz isteminin reddi halinde alacaklının; 265. madde ise, bu istemin kabulü halinde borçlunun ve menfaatleri ihlal edilen üçüncü kişilerin başvurabilecekleri yolları düzenlemektedir.

Önemle vurgulanması gereken yön, 258. maddede *“alacaklının ret kararına karşı kanun yoluna gidebileceğinin belirtilmesiyle yetinilmiş ve bu yola başvurulması halinde, Yargıtay’ca verilecek kararın kesin olup olmayacağı”* konusunda herhangi bir hüküm getirilmemiş olmasına karşın; 265. maddede, *“itirazın reddi kararının temyizi üzerine verilecek Yargıtay kararının kesin olduğu”*nun açıkça belirtilmiş bulunmasıdır.

Kanun koyucunun, 265. maddede öngördüğü kesinliği (itirazın reddi kararının temyizi sonucunda verilecek Yargıtay kararının kesin olduğuna dair hükmü), eğer iradesi bu yönde oluşsaydı, 258. madde bakımından da öngörebileceği, buna hukuken ve kanun yapma tekniği açısından herhangi bir engel bulunmadığı kuşkudan uzaktır. Buna rağmen, her iki hüküm arasında açıklanan biçimde bir farklılık oluşturulması, kanun koyucunun tercihini bilinçli olarak bu yönde kullandığını göstermektedir.

Sonuç olarak, somut olaydaki gibi, *“ihtiyati haciz isteminin reddine ilişkin yerel mahkeme kararının temyizi üzerine verilen Yargıtay Özel Dairesi’nin bozma kararı kesin değildir. Dolayısıyla, böylesi bir bozmaya karşı, yerel mahkemenin direnme kararı vermesi usulen mümkündür.*

Ön sorun, 16.11.2005 günlü ilk görüşmede çoğunluk sağlanamaması üzerine, 23.11.2005 günlü ikinci görüşmede bu şekilde ve oyçokluğuyla aşıldıktan sonra, işin esası incelenmiştir.

B. ESASA YÖNELİK İNCELEME VE DEĞERLENDİRMESİ

İşin esasına yönelik incelemede;

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 11 Hukuk Dairesi

T. 24.03.2005

E. 2004/2763

K. 2005/2797

İhtiyati haciz isteyen banka vekili, "borçlular Ö. B. ve B. Holding AŞ' nin keşidecisi oldukları senetlerin vadelerinde ödenmediğini, müvekkilinin yasal hamili bulunduğu senetlerden doğan alacağının muaccel hale geldiğini" ileri sürerek, "ihtiyati hacze karar verilmesini" talep etmiştir.

Mahkemece, "ihtiyati haciz talebine dayanak yapılan senetlerin protesto edildiğine dair protesto evrakları bulunmadığı" gerekçesiyle ihtiyati haciz isteminin reddine karar verilmiştir.

Kararı, ihtiyati haciz isteyen vekili temyiz etmiştir.

İstem, bonolara dayalı alacak nedeniyle talep edilen ihtiyati hacze ilişkindir, ihtiyati haciz isteyen banka, B. Holding A.Ş tarafından düzenlenen ve Ö. B.'in kefil olarak gösterildiği bonoların lehdarı durumundadır. TTK'nin 691/1. maddesine göre, bir bonoyu tanzim eden kimse; tıpkı poliçeyi kabul eden gibi sorumludur. Ayrıca, bonoya tatbik olunacak hükümleri düzenleyen İİK'nin 690. maddesinin yaptığı atıf gereği aynı yasanın 620. maddesi uyarınca ödeme için ibraz edilmeyen bir bonodan dolayı borçlunun 624. maddeye göre bono bedelini notere tevdi etme hakkı bulunmaktadır. Bu nedenlerle, alacaklının bono borçlularına gidebilmesi için önceden protesto düzenlemesine gerek bulunmamaktadır. Buna göre, alacaklının "vadesi geçmiş bonolar nedeniyle borçlular hakkında talep ettiği ihtiyati haciz isteminin kabulüne" karar verilmesi gerekirken,

açıklanan maddelere ve İİK'nin ihtiyati haciz şartlarını düzenleyen 257. maddesindeki hususlara uymayan gerekçe ile "talebin reddine" karar verilmesi doğru görülmemiş olup, kararın ihtiyati haciz isteminde bulunan alacaklı yararına bozulması gerekmiştir.

Not: Uygulamada, özellikle bono ve poliçeye dayanan "ihtiyati haciz" isteklerinde mahkemeler farklı tutum sergilemektedirler. Gerçekten bazı mahkemeler ihtiyati haciz kararı verebilmek için "senedin protesto edilmiş olmasını" ararken, bazıları; "protesto evrakının, borçluya usulen tebliğini" de aramakta, bazıları da "protesto evrakının tebliğinden başka, borçlunun ödeme gücü hakkında tanık ifadelerine gerek görmektedirler". Buna karşın, bazı mahkemeler ise, sadece "senedin vadesinin gelmiş olup olmadığını" incelemekle yetinip, başka bir işleme gerek görmemektedirler. Bazı mahkemeler ise, daha da ileriye giderek, ihtiyati haciz kararında, alacaklı vekili için vekâlet ücreti hükmetmemektedirler...

Yasanın aynı maddesine dayanmasına rağmen, birbirine zıt olan bu kararların bağdaştırılması ise, yakın zamana kadar mümkün olamamıştır. Bunun başlıca nedeni; ihtiyati hacze ilişkin kararların İİK'nin 258 ve 265. maddelerinde 4949 sayılı ve 17.7.2003 tarihli Kanunla yapılan değişiklikten önce temyiz yoluyla Yargıtay'a ulaşılamamış olmasıdır. Çünkü, mahkemelerin bu konudaki kararları kesin olup o dönemde temyiz edilemiyordu. (Bu hükmün eleştirisi ve tarafımızdan yapılan değişiklik önerileri için bkz., "Uyar, T. İcra ve İflas Yasası Değişikliği Hakkında Düşünceler", *Yasa D.*, 1979/7, s. 1000 vd.; *İBD*, 1979/4, 5, 6, s. 295 vd.; "Uyar, T. İcra ve İflas Değişikliği Hakkında Düşünceler", *İBD* 1986/10-11-12, s. 814 vd.)

Kanımızca, kambiyo senetlerinden "bono ve poliçe"ye dayanan ihtiyati haciz isteklerinde mahkemelerin sadece bunlarda yazılı bulunan vadenin gelmiş olup olmadığını araştırmakla yetinip ayrıca protesto edilmiş olup olmadığını aramamaları gerekir. Çünkü, İİK mad. 257/1, ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için sadece "borcun vâdesinin gelmiş olmasını" aramakla yetinmiştir. Bunun dışında, borcun poliçe veya bonoda yer almış olması halinde ayrıca senedin protesto edilmiş olmasını aramamıştır. Esasen, senedin ibraz ve protesto edilmesinin vade ile bir ilgisi yoktur. Senedin vadesi, senet metninden anlaşılır. Ödememe protestosu ise, vadeyi izleyen iki iş günü içinde çekilir. (TTK mad. 626/11). Ödememe protestosu, poliçelerde; kabul edene, bonolarda keşideciye çekilir. Uygulamada ödememe protestosunun, noterler tarafından mak-

sada ve kanuna uygun şekilde düzenlenmediği -haklı olarak- üzülecek belirtilmiştir. (Bkz., Karayalçın, Y. Ticari Senetler, s. 199; İnan, N., "Protestoya İlişkin Bazı Sorunlar", *Batider*, 1967, C. IV, S. 2, s. 285; Bekman, A. K., "Ticari Senetlerin Protestosu", *ABD*, 1969/4, s. 621) Bu bakımdan, ihtiyati haciz isteklerinin kabulünü İcra ve İflâs Kanunu'nun öngörmediği ve üstelik tatbikatı Ticaret Kanunu hükümlerine aykırı bulunan protestonun varlığına bağlamak hatalı bir görüştür. Kaldı ki ihtiyati haciz istemini adı senede dayandıran alacaklıdan -bu senetlerin protesto ve ibrazı söz konusu olmadığından- başkaca bir belge istemeyip, bono veya poliçe'nin söz konusu olması halinde ayrıca bu senetlerin protesto edilmiş olmasını aramak, kambiyo senedine dayanan alacaklıyı, adı senet alacaklısından çok daha zayıf duruma düşürmek olur.

Poliçe ve bono'ya dayanan ihtiyati haciz isteklerinde -yasada öngörülmemiş olmakla beraber- uygulamada protesto evrakı aranmasının sebebi; bu senetlerin ciro ile tedavül etmeleri nedeni ile, vâde tarihinde senedin kimde bulunduğu borçlu tarafından bilinmeyeceği, bu itibarla da, vâdesinde senedin ibraz edilmesi halinde borcu ödeyecek olan borçlunun, senet ibraz edilmeden, alacaklının ihtiyati haciz kararı ile karşılaşmasının kendisi için haksız bir durum yaratacağıdır.

Bu düşüncede gerçek payı olduğu inkâr edilemez. Ancak ticari senet borçluları, "imza ettikleri senetlerin bedellerini noterce tevdi etmek suretiyle" borçlarından kurtarılacaklarından (TTK mad. 624) ve uygulamada genellikle senetler tahsil için bankaya verilir, bankaca borçluya senet bedelinin kendilerine ödenmesi için ihbarname gönderildiğinden, az önce belirtilen düşünce ve bu düşüncede yer alan tereddüt ve endişeler yasanın öngörmediği bir koşulun, ihtiyati haciz isteklerinde aranmasını haklı kılmaz.

Bazı yazarlar (Bkz., Şimşek, E., "Kambiyo Senetlerine Dayanan İhtiyati Haciz" *Ad. D.*, 1978/3-4, s. 214 vd.), "kambiyo senedinin ödenmek üzere borçluya ibraz edildiğini, bir tutanak, borçlunun yazılı beyanı veya borçluya tebliğ edilmiş banka bildirgesi (ihbarnamesi) ile kanıtlayan alacaklının ihtiyati haciz isteminin -senedin ayrıca protesto edilmiş olması da aranmaksızın- kabul edilmesi gerektiğini" belirtmişlerdir... Buna karşın bazı yazarlar (Bkz., Gürbüz, H., *Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*, 1984, s. 396) "ibraz koşulu aranmaksızın, ticarî senette var olan hakkın istenebilir (muaccel) olduğunu kabul, kambiyo hukukunun özüne ve buna ilişkin buyurucu kurallara ters düşer..." demişlerdir...

Buraya kadar yapılan açıklamalar *“bono ve poliçelerin asıl borçluları hakkında istenen ihtiyati haciz kararlarında”* geçerlidir. Bono ve poliçelerin müracaat borçluları hakkında ihtiyati haciz kararı istenebilmesi için, bono ve poliçenin protesto edilmiş olması gerekir (TTK 625, 642).

Bono ve poliçeden farklı olarak çekde vade olmadığından (başka bir deyişle; çek, görüldüğünde ödeneceğinden) yukarıdaki açıklamalar çek hakkında geçerli değildir. Ödenmemiş -karşılıksız çıkmış- çeke dayanarak ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için çekin bankaya ibraz edilerek *“karşılığının bulunmadığı”*nın çek arkasına yazdırılmış olması gerekli ve yeterlidir. (Bkz., 11. HD, 11.7.2005 T. E: 2004/10753, K: 2005/7420). Bankaya ibraz edilmemiş olan çeke dayanarak ihtiyati haciz kararı verilemez. (Bkz., 19. HD, 1.7.2004 T. E: 4368, K: 78677). Ayrıca uygulamadaki önemi nedeniyle vurgulayalım ki; bir ödeme aracı olan çekte vade söz konusu olmadığından, çek üzerindeki tarih *“keşide (düzenleme) tarihi”* olduğundan, keşide tarihi olarak yazılı günden önce çek bankaya ibraz edilerek *“karşılığı bulunmadığı”* tespit ettirilerek, mahkemeden ihtiyati haciz kararı istenebilir (Bkz., 11. HD, 26.4.2005 T. E :2004/447, K: 4278). Hakkında mahkemece *“ödemeden men yasağı”* verilmiş olan çeke dayanarak da ihtiyati haciz kararı verilmesi istenebilir (Bkz: 11. HD, 25.4.2005 T. E: 4327, K: 4177)

Yüksek mahkeme; -İİK' nin 258. ve 265. maddelerinde 4949 sayılı ve 17.7.2003 tarihli Kanun ile yapılan değişiklikten sonra verdiği- yukarıdaki kararları ile *“alacaklının bonoyu düzenleyen keşideci (ve ona aval verenler) hakkında ihtiyati haciz kararı isteyebilmesi için, ‘bononun vadesinin gelmiş olması’nın gerekli ve yeterli olduğunu, ayrıca ‘ödememe protestosu’ çektirmiş ve bunu ihtiyati haciz talebine eklemiş olmasının da zorunlu olmadığını”* çok isabetli bir şekilde belirterek, uygulamada bu konudaki tereddütleri gidermek istemiştir.

(Av. Talih Uyar)

DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

T.01.02.2005

YD. İtiraz No: 2005/762

* Müdafinin soruşturma evrakını
inceleme talebi

* Yazılı emir

(5271 sayılı MK m. 153, 2583 sayılı
K. m. 22)

Dava; 1.6.2005 günlü 25832 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Ama Yönetmeliğinin, "müdafinin soruşturma evrakını incelemesi" başlıklı 22. maddesinin birinci fıkrasında yer alan; "Kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet Savcısının yazılı emri gerekir" şeklindeki düzenlemenin iptali istemiyle açılmıştır.

Dava konusu edilen yönetmeliğin yasal dayanakları arasında yer alan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153. maddesinin birinci fıkrasında, müdafinin, soruşturma evresinde dosya içeriğinin incelenmesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacı tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla bu yetkisinin kısıtlanabileceği, üçüncü fıkrasında da, yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında ikinci fıkra hükmünün uygulanmayacağı kuralı bulunmaktadır.

Söz konusu kanun hükmünün değerlendirilmesinden; müdafinin soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilmesi ve istediği belge-

lerin bir örneğini alabilmesinin kural olduğu, bu halin soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek olması halinde, Savcı istemi üzerine hakim kararı ile bu yetkinin sınırlanabileceği yolundaki düzenlemenin ise, genel kurala istisna niteliğinde olduğu, bazı belgeler yönünde ise, bu istisnanın da geçerli olmadığı sonucu çıkmaktadır.

Kanun koyucunun bu düzenleme ile savunma hakkının gecikmesizin kullanılmasını sağlamayı ve bu hakkın kullanımını kolaylaştırmayı amaçladığı tartışmasızdır.

Bu Kanuna dayanılarak hazırlanan ve 1.6.2005 günlü 25832 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan "*Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 22. maddesinin birinci fıkrası ile Müdafî soruşturma sırasında dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet Savcısının yazılı emri gerekir.*" Kuralına yer verilmiştir.

Müdafinin dosyanın tamamını inceleme talebine bulunması durumunda, Cumhuriyet Savcısının soruşturmanın amacının tehlikeye düşüp düşmeyeceğine ilişkin bir değerlendirme yapmasına olanak sağlamak bakımından, talebin savcılık onayına bağlı olarak karşılanmasında Kanunun amacına aykırılık yoktur. Ancak, yine Kanunun amir hükmü uyarınca hiçbir şekilde incelenmesi ve örnek alınması engellenemeyecek olan belgelere yönelik taleplerde de Cumhuriyet Savcısının yazılı emrinin aranmasının, Kanunda yer almayan yeni bir usul ihdas etmek suretiyle savunma hakkının kullanılmasının zorlaştırılması anlamına geleceği ve bu uygulamanın da Kanunun genel amacıyla bağdaşmayacağı açıktır.

Bu itibarla, davalı idarece, müdafinin kollukta bulunan soruşturma dosyasının tamamına yönelik inceleme ve örnek alma talebi ile 5271 sayılı Yasanın 153. maddesinin 3. fıkrasında sayılan belgeler yönelik inceleme ve örnek alma talebi arasındaki fark gözetilmek suretiyle bir düzenleme yapılması gerekirken, bu ayrım yapılmaksızın, kolluktaki dosyalara yönelik tüm müdafî taleplerinin karşılanmasını Cumhuriyet Savcısının yazılı emrine bağlayan dava konusu düzenlemede hukuka ayarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacı itirazının kabulüne, 1.6.2005 günlü, 2583 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan "*Yakalama, Gözaltına Alma ve*

İfade Alma Yönetmeliği'nin, müdafinin soruşturma evrakının incelenmesi başlıklı 22. maddesinin birinci fıkrasında yer alan; Kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet Savcısının yazılı emri gerekir." Şeklindeki tümcenin yürütülmesinin durdurulmasına, 1.12.2005 günü oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşulların bakılan uyuşmazlıkta gerçekteŐmediđi anlaŐıldığından, yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin daire kararına yapılan itirazın reddi oyuyla, karara karŐıyız

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 30.09.2005
E. 2005/205
K. 2005/296

* Reklam yasağı
(Av. K. m. 55; TBB Reklam Yasağı
Yönetmeliği m. 6/2, 6/5; TBB
Meslek Kuralları m. 7)

Şikayetli avukat hakkında, kartvizitinde, *“Tekirdağ Barosu Kadın Hukuk Komisyon Başkanı”* sıfatını kullandığından, Avukatlık Yasası’nın 55. maddesine aykırı davrandığı iddiası ile başlatılmış olan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu’nca eylem sabit görülmüş ve şikayetli avukat hakkında uyarma cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında, ticari kazancı düşünmeyip, yardım isteyenine kolayca ulaşmasını sağlamak amacı ile *“kadın hakları komisyon başkanı”* sıfatını kartvizitine yazdığını, kastının olmadığını bildirmiştir.

Avukatlık Yasası’nın *“Reklam Yasağı”* başlıklı 55. maddesi hükmüne göre; *“Avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kağıtlarında avukatlık unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır.”* 02.05.2001 tarihinde maddeye 4667 sayılı Yasa ile yapılan ek ile *“Yukarıdaki yasaklara ilişkin esaslar Türkiye Barolar Birliği’nce düzenlenecek Yönetmelikle belirlenir”* hükmü getirilmiş ve Türkiye Barolar Birliği Reklam Yönetmeliği *Resmi Gazete’nin* 14.11.2001 tarihli 24583 sayılı nüshasında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği’nin *“Basılı evrak”* başlıklı 6. maddesinin 2. fıkrasına göre; *“Basılı kağıtlarda, kartvizitlerde ve diğer basılı evrakta; sadece avukatlık unvanı, varsa akademik unvan, adı*

soyadı, adres, telefon, faks numaraları, internet ve e-posta adresleri ile bağlı bulunulan Baro ve Türkiye Barolar Birliği sicil numaraları, vergi dairesi ile vergi sicil numarası yer alabilir."

Aynı madde'nin 5. fıkrasının son bendinde; *"Barolar ve Türkiye Barolar Birliği organlarında geçmişte görev alan avukatlar bu unvanlarını kullanamazlar. Halen görevli olanlar bu unvanlarını; ancak bu görevin ifası sırasında ve bu görevleri ile sınırlı olmak kaydıyla kullanabilirler."*

Ayrıca, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 7. maddesine göre de avukat, salt ün kazandırmaya yönelik her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınmalıdır.

Görüldüğü gibi avukatlar, Barodaki görevleri ile ilgili unvanlarını ancak ve sadece bu görevin ifası sırasında ve görevin ifası ile sınırlı olmak kaydı ile kullanabilirler.

Reklam yasağına aykırılık, genellikle biçimsel olarak işlenen bir disiplin suçu olup, kast unsuru bu suçun oluşumunda dikkate alınmaz. Yasayı bilmemenin tüm yurttaşlar için bir mazeret olarak kabulünün mümkün görülmediği hukuk düzenimizde, şikayetli avukatın *"isteyerek, bilerek ve kasıtlı yapmadım"* şeklindeki savunması, ne denli iyiniyetli olarak yapılırsa yapılsın, kabul edilemez.

Disiplin kovuşturmasına konu olan ve şikayetli avukatın *"Tekirdağ Barosu Kadın Hukuk Komisyon Başkanı"* sıfatını kartvizitine yazarak kullanması Avukatlık Yasası'nın 55. ve Türkiye Barolar Birliği Reklam Yönetmeliği'nin 6. maddesi ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 7. maddesinde kabul edilen hususlara uygunluk arz etmemekte, aksine aykırılık oluşturmaktadır.

Bu sebeplerle, şikayetli avukatın eyleminin disiplin suçunu oluşturduğuna dair Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak; itirazının reddiyle, Tekirdağ Barosu Disiplin Kurulu'nun *"uyarma"* cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 30.09.2005

E. 2005/206

K. 2005/297

* Meslektaş aleyhinde

küçük düşürücü

beyanda bulunma

(Av. K. m. 158; TBB Meslek

Kuralları m. 5, 27/1)

Şikayetli avukat hakkında, “yargılaması süren bir davaya verdiği cevap dilekçesinde (davalı tarafın dava dilekçesinden alıntı yapmış gibi beyanlar düzeysiz ve seviyesiz beyanlardır) demek suretiyle şikayetçi meslektaşının kişilik haklarını ve onurunu zedelediği” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturmasında, Baro Disiplin Kurulu’nca kınama cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, şikayetçi meslektaş aleyhinde beyanlarının olmadığını, dilekçesinin taklit edildiği iddiası karşısında kendi durumunu ifade etmek için belirtilen ifadeleri kullandığını, şikayete konu cevap dilekçesindeki beyanların davalı asile yönelik beyanlar olduğunu savunmuştur.

Şikayetli avukatın, şikayetçi avukatın mahkemeye sunduğu dilekçesine karşı verdiği cevap dilekçesinde; “Davalı tarafın dava dilekçesinden alıntı yapmış gibi beyanlar düzeysiz ve seviyesiz beyanlardır” demiş olduğu tartışmasızdır. Şikayetli avukatın, şikayetçi avukatın dilekçesine karşı verdiği cevap dilekçesinde bu ifadeleri kullanmış olması karşısında, kullanılan ifadelerin şikayetli avukatın değil, davalı asilin muhatap olarak alındığı yolundaki savunmaya itibar edilmemiştir.

Cevap dilekçesinde kullanılan “düzeysiz” ve “seviyesiz” sözcükleri aynı anlamlı sözcüklerdir. Dolayısıyla şikayetçiye yapılan suçlamayı “beyanlar düzeysiz (...)” şeklinde anlamak gerekir. Şikayetlinin, şikayetçiyi “düzeysizlikle” suçlaması, şikayetçiyi küçük düşürücü nitelikte olup, kullanılan sözcüğün iddia ve savunma ile de bir ilgisi yoktur.

TBB Meslek Kuralları’nın 5. maddesine göre; “Avukat yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır”.

TBB Meslek Kuralları’nın 27/1. maddesine göre de; “Hiçbir avukat, herhangi bir meslektaş özellikle hasım meslektaş hakkında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini açıklayamaz.”

Şikayetli avukatın eylemi TBB Meslek Kuralları’nın 5. ve 27. maddesine aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır. Eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulu’nun hukuksal

değerlendirmesinde isabet bulunmakta ise de, eylem ile ceza arasında adaletli bir dengenin kurulamamış olması, Avukatlık Yasası'nın 158. maddesindeki ilkelerde göz önünde tutularak, şikayetli avukat hakkında tayin edilen kınama cezasının uyarma cezasına çevrilmek suretiyle düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile Hatay Barosu Disiplin Kurulu'nun "kınama" cezası verilmesine ilişkin kararının "uyarma" cezasına çevrilmek suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına oy birliği ile karar verildi.

* * *

T. 30.09.2005
E. 2005/209
K. 2005/297

*** İcra kovuşturmasının takipsiz kalmasına sebebiyet verilmesi**
(TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukatlar hakkında, "şikayetçi adına Cumhuriyet Başsavcılığı'nın takipsizlik kararına karşı itiraz etmedikleri, ayrıca başlatılan icra takipleri ile ilgili işlemlerin yapılmayarak, takipsiz bırakıldığı" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve şikayetli avukat hakkında uyarma cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatlar, şikayetçiden aldıkları paranın, Cumhuriyet Savcılığı'nın takipsizlik kararına itiraz için değil, icra takibi yapılması için aldıklarını, icra takiplerini yaptıklarını, şikayetçinin masraf ve vekil ücreti ödemediği için icra takiplerine devam edemediklerini savunmuşlardır.

Dosya içinde bulunan ve şikayetli avukat tarafından tanzim edilmiş belgede, Cumhuriyet Savcılığı'nın takipsiz kararını takip ve bonolarını icraya vermek üzere 80.000.000 TL aldığı belirtilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetlilerin, icra takipleri ile ilgili işlemleri yapmadıkları için icra takiplerinin takipsiz kaldığı, icra takipleri ile ilgili işlemlerin devamı için şikayetçiden gerekli giderlerin istenildiğine dair belgenin de ibraz edilmediği anlaşılmıştır.

Şikayetlilerin, masraf ve vekaletname almalarına rağmen, başlattıkları icra takiplerine devam etmeyerek takipsiz kalmalarına sebebiyet vermelerinden ibaret eylemleri disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Şikayetlilerin eylemlerinin TBB Meslek Kuralları'nın 3. ve 4. maddelerine aykırılık teşkil etmesi sebebiyle disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulu'nun hukuksal değerlendirmesinde isabetsizlik olmadığından, şikayetliler hakkında daha ağır bir disiplin cezası tayinine dair şikayetçinin itirazının reddi ile kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile, Baro Disiplin Kurulu'nca şikayetli avukatlar hakkında tayin edilen uyarma cezasının onanmasına oy birliği ile karar verildi.

* * *

T. 30.09.2005

E. 2005/211

K. 2005/300

*** Mesleğin itibarını**

sarsacak davranışlar

*** Meslek vakarı**

(TBB Meslek Kuralları m. 4)

Şikayetli avukat hakkında, "08.10.1998 tarihinde borç olarak aldığı 10 Cumhuriyet altınının 4 adedini 26.11.2001 tarihinde verip, kalan 6 altını 30.12.2001 tarihinde vereceğini 26.11.2001 tarihli belge ile taahhüt ettiği halde, aleyhine İzmir 10. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/1041 esasta kayıtlı alacak davasının 13.11.2002 tarihinde açıldığı ve mahkemenin 08.03.2003 tarih ve 2003/366 Karar sayılı kararı ile davanın kabulüne karar verildiği, ilamın icrası ile ilgili icra takibinde mal beyanında bulunmayan şikayetlinin İzmir 7. İcra Tetkik Merciiince 10 gün hafif hapis cezası ile cezalandırıldığı, borcunu ödememekte direnen şikayetlinin TBB Meslek Kuralları'nın 4. maddesine aykırı davrandığı" iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli kovuşturma aşamalarında savunma vermemiş, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'na yaptığı itirazda 08.10.1998 tarihli belge ile Ahmet'e borçlandığını, mahkemedен bu belgenin gizlenerek hiçbir alacağı olmamasına, bu sebeple dava ve şikayet hakkı bulunmayan G.E.'nin dava açıp iş yoğunluğundan dolayı sessiz kalması sebebiyle mahkemedен karar alındığını, gerekli araştırma yapılırsa yanılmanın ortaya çıkacağını, A.T.İ. tarafından İzmir Baro Başkanlığı'na yapılan şikayet hakkında 06.02.2004 tarih ve 67 sayılı kararla disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına karar verildiğini, özel ilişkisinin mesleki boyutta değerlendirilmemesi gerektiğini bildirmiş, bu sebeplerle suçsuz olduğunu savunmuştur.

Şikayetli 08.10.1998 tarihli belgede alacaklının A.T.İ. olduğunu bildirmiş ise de, belge ibraz etmemiştir. 26.11.2001 tarihli belgede alacaklı güler görünmektedir. Şikayetçi G.E. tarafından İzmir 10. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan alacak davasında 26.11.2001 tarihli belge hususunda iki kez isticvap edilmesine karşın şikayetli duruşmaya katılmamış, yokluğunda 6 Cumhuriyet altını karşılığı 690.000.000 TL'nin yasal faizi ile birlikte tahsiline ilişkin olarak 08.05.2003 tarih ve 2003/366 sayılı kararlar sonuçlanmıştır. Bu durum karşısında savunmaya itibar olanağı yoktur. Ayrıca şikayetli, İzmir 7. İcra Tetkik Mercii Mahkemesi'nce İİK'nin 337. maddesi uyarınca mal beyanında bulunmamak suçundan 10 gün hafif hapis cezası ile cezalandırılmış olup, karar örnekleri dosyadadır.

TBB Meslek Kuralları'nın 4. maddesi gereği; *"Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmaz 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"* tir. Bu nedenle özel yaşantısında dahi olsa avukatın taahhütlerine uymaması, mal beyanında bulunmamak suretiyle hapis cezası ile cezalandırılması, borç ödememekte direnmesi, mesleğin itibarını sarsan davranışlardır. Bu nedenlerle eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş, sicilinde mevcut tekerrüre esas para cezası bulunması sebebiyle takdir edilen işten çıkarma cezasının onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak şikayetli avukatın itirazının reddine, İzmir Barosu Disiplin Kurulunun *"3 ay süre ile işten çıkarma cezası"* verilmesine ilişkin kararının onanmasına oy birliği ile karar verildi.

* * *

T. 30.09.2005
E. 2005/212
K. 2005/301

*** Disiplin soruşturmasının
ceza davası sonuna kadar
bekletilmesi zorunluluğu
(Av. K. m. 140/2)**

Şikayetli avukat hakkında, *"Diyadin Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/4 Esas sayılı dosyasına sunduğu 04.11.2004 tarihli dilekçesinde, davacı,*

karşılık davalı vekili olan şikayetçi hakkında 'Eylemli ve yasal durum itibariyle roller', 'Yalan beyan ve sahte intikal, hibe işlemleri v.s.', 'Yasal kanıt diye sunulan bu kesinleşmiş kararın alınmasını', 'maalesef bir meslek adamı avukat', 'görülüyor ki bu inanılmadığı halde, fazla düşünme gereği de duyulmadan zamanaşımı itirazında bulunduğu', 'kadaastro mahkemesinde de muvazaalı, usul ve yasalara aykırı savunmalar ve temin edilmiş yalancı tanık, bilirkişi beyanları desteği ile lehe karar aldığı' gibi ifadeler kullandığı" iddia olunarak başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek "kınama" cezası tayin edilmiştir.

Dosyanın incelenmesi'nde, disiplin kovuşturmasına konu eylemle ilgili olarak şikayetli avukat hakkında Iğdır Ağır Ceza Mahkemesi'nde, 09.12.2004 tarih ve 2004/3790 Hazırlık, 2004/2227 Esas ve 2004/179 sayılı iddianame ile kamu davası açılmış olduğu ve davanın halen derdest bulunduğu anlaşılmıştır.

Avukatlık Yasası'nın 140/2. maddesine göre, disiplin işlem ve kararına konu teşkil edecek bir eylemde bulunmuş olan avukat hakkında aynı eylemden dolayı ceza mahkemesi'nde dava açılmış ise avukat hakkındaki disiplin kovuşturması ceza davasının sonuna kadar bekletilir. Bu husus re'sen göz önünde tutulması gereken bir husustur.

Kovuşturma konusu olayda, şikayetli avukat hakkında Iğdır Ağır Ceza Mahkemesi'nde kamu davası açılmış ve davanın halen derdest de olduğu anlaşılmakla, şikayetli avukat hakkındaki disiplin kovuşturmasının kamu davasının sonucuna kadar bekletilmesi zorunludur.

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, itirazların 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 Iğdır Barosu Disiplin Kurulu'nun "kınama" cezası verilmesine ilişkin kararının bozulmasına oy birliği ile karar verildi.

* * *

T. 30.09.2005

E. 2005/213

K. 2005/302

* Gıyapta hakaret

(765 sayılı TCK m. 482/1, 273)

Şikayetli avukatın, “şikayetçi avukat hakkında karalayıcı, meslek itibarını zedeleyici ifadeler de bulunduğu, şikayetçinin müvekkillerine baskı ve tehditte bulunduğu” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu’nca “disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” karar verilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, şikayetçi avukat ile Yalova’da karşılıklı davaları olduğunu, kendisinin işçileri çağırmasının söz konusu olmadığını, müvekkili şirket tarafından toplantıya davet edildiğini, meslektaşının gıyabında herhangi bir hakaret içeren söz kullanmadığını bildirmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu eylem sebebiyle şikayetli avukat hakkında, Yalova Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2001/89 Esasında açılan “gıyapta hakaret” davasında, mahkemece 16.10.2001 tarihinde, 2001/178 Karar sayılı kararı ile şikayetli avukatın, şikayetçi avukatın gıyabında ve şikayetlinin müvekkilleri önünde “Sizin avukatınız sizi oyalıyor, bu işi sizden para almak için yapıyor, sizin mahkemeniz uzayacak, sizin kaybınız olur, çirkeflik yapıyor, bunun kadar çirkef avukat görmedim, böyle avukatlık olmaz” dediğini kabul ederek, TCK’nin 482/1, 273, 59/2. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verildiği ve kararın kesinleştiği anlaşılmıştır.

Kesinleşen yargı kararı olmasına rağmen, Baro Disiplin Kurulu’nca dinlenen tanık anlatımlarına itibar edilerek, şikayetlinin disiplin suçu işlemediğinin kabulü ile şikayetli hakkında “disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” ilişkin kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Şikayetlinin eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu’nca, şikayetli hakkında “disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” ilişkin kararın kaldırılarak, yeniden incelemeyi gerektiren bir hususunda bulunmaması sebebiyle şikayetlinin “kınama” cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile İstanbul Barosu’nun “disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” ilişkin kararının kaldırılmasına, yeniden incelemeyi gerektiren bir husus olmadığından, şikayetli avukatın “kınama” cezası ile cezalandırılmasına oy birliği ile karar verildi.

* * *

T. 30.09.2005

E. 2005/214

K. 2005/ 303

*** Disiplin soruşturmasının
ceza davası sonuna kadar
bekletilmesi zorunluluğu
(Av. K. m. 140/2)**

Şikayetli avukat hakkında, “şikayetçi adına mahkemeye yatırmış olduğu 7.357.000.000 TL’nin, mahkeme veznesinden almasına rağmen şikayetçiye bildirmediği gibi, iade de etmediği” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda şikayetli avukatın eyleminin disiplin suçunu oluşturduğu kanaati ile uyarma cezası cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Şikayetçi, 09.09.2003 tarihli şikayet dilekçesinde, şikayetli hakkında Kadıköy Cumhuriyet Başsavcılığı’na disiplin kovuşturmasına konu eylem sebebi ile suç duyurusunda bulunduğunu bildirmiş ve Cumhuriyet Başsavcılığı’na verdiği dilekçesinin bir örneğini de eklemiştir. Şikayetçi, şikayetli hakkında suç duyurusunda bulunduğunu 10.11.2003 tarihli dilekçesinde de tekrar etmiştir.

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 re’sen göz önünde tutulması gereken bir konudur.

Kovuşturma konusu olayda, şikayetçi tarafından, şikayetli aleyhinde Cumhuriyet Başsavcılığı’na suç duyurusunda bulunulduğu bildirilmiş olduğundan, kamu davasının açılıp, açılmadığı hususunun soruşturulması ve sonucuna göre bir karar vermek gerektiğinden, Baro Disiplin Kurulu kararının öncelikle bu nedenle bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukat hakkında açılmış ceza davasının bulunup bulunmadığının araştırılması, açılmış ve henüz sonuçlanmamış ise kesin sonucunun beklenmesi, sonuçlanmış olduğu takdirde mahkeme kararı ve sicil durumu gözetilerek oluşacak duruma göre bir karar verilmesi için İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nun “uyarma” cezası verilmesine ilişkin kararının bozulmasına oybirliği ile karar verildi.+

* * *

T. 30.09.2005
E. 2005/215
K. 2005/304

* Mesleği özenle ifa
yükümlülüğü
* Görüşme tutanağı
(Av. K. m. 34, 53)

Şikayetli avukat hakkında, “şikayetçinin vekili olarak takip ettiği davanın aleyhte neticelenmesi sonucunda, Şikayetçinin yazılı talimatını almaksızın kararı temyiz etmediği” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu’nca şikayetli avukatın eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, kararın verilmesinden sonra şikayetçiye bilgi verdiğini, yazılı olarak adi mektupla kararın temyiz edilmemesi için yazılı talimat istediğini, şikayetçinin bürosuna gelerek, hukuki kanaatini sorduktan sonra kararın temyiz edilmemesi için talimat verdiğini savunmuştur.

Avukatlık Yasası’nın 34. maddesi avukatlık mesleğinin özenle yapılması gereğini, 53. maddesi de avukatın iş için yaptığı görüşmelerden gerekli saydıklarını bir tutanakla tespit edeceğini, tutanağın da görüşmede bulunan tarafça imzalanmasını hüküm altına almıştır.

Şikayetli avukat, vekili olan şikayetçi adına takip ettiği davanın aleyhte neticelenmesine rağmen, kararı temyiz etmediği tartışmasızdır. Şikayetli her ne kadar kararın temyiz edilmemesi için şikayetçiden talimat isteğini içeren mektup yazdığını savunmuş ise de, mektubun şikayetçinin eline geçtiğine dair bir belge ibraz edememiş ve vekil edeni olan şikayetçiden kararın temyiz edilmeyeceğine ilişkin yazılı bir talimatı da dosyaya sunamamıştır.

Şikayetli avukatın, vekil edeni şikayetçiden yazılı talimat almaksızın aleyhte çıkan kararı temyiz etmemesinden ibaret eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu’nca yapılan değerlendirme de hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, Bursa Barosu Disiplin Kurulu’nun “uyarma” cezası verilmesine ilişkin kararın onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 30.09.2005

E. 2005/216

K. 2005/305

* Baroya yazılı bildirim

yükümlülüğü

(TBB Meslek Kuralları m. 27/2)

Şikayetli avukatlar hakkında, "Baroya bildirim de bulunmaksızın şikayetçi avukat aleyhinde Söke Cumhuriyet Başsavcılığı'na şikayette buldukları, şikayet sonucu açılan kamu davası ile Söke Sulh Hukuk Mahkemesi'nde açtıkları davayı da baroya bildirmedikleri" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca şikayetli avukatların eylemleri sabit görülerek disiplin cezası ile cezalandırılmalarına karar verilmiştir.

Şikayetli avukatlar savunmalarında, "Şikayet ve dava dilekçelerini vermeden, önce şikayetçi avukata bilgi vermenin yeterli olduğunu, baroya bilgi verilmesi halinde dava konusu yapılan olayın üçüncü şahıslar tarafından duyulacağını ve bunun şikayetçi avukatın aleyhine bir durum yaratacağını, kurum avukatı olmaları sebebiyle kurumun talimatını yerine getirmek mecburiyetinde olduklarını" bildirmişlerdir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatların, şikayetçi avukat aleyhine Cumhuriyet Başsavcılığı'na şikayette buldukları, buna dayalı olarak Asliye Ceza Mahkemesi'nde kamu davası açıldığı, şikayetçi aleyhinde icra takibinde buldukları ve itirazın iptali davası açmış oldukları, şikayetli aleyhine yapılan dava ve icra başvurularından dolayı baroya yazı ile bilgi vermedikleri anlaşılmıştır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesine göre, "Bir avukat, bir başka avukata karşı asil ya da vekil sıfatı ile takip edeceği davayı kendi barosuna bildirir."

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 eylem veya işleminin baroca değerlendirilip, gerekirse re'sen disiplin soruşturmasını açılmasını sağlamaktır. 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 çözümlenmesi amaçlanmıştır.

Bu nedenlerle, şikayetli avukatların, baroya bilgi verilmesi halinde, dava konusu yapılan olayın üçüncü şahıslar tarafından duyulacağı yolundaki savunması yerinde görülmemiştir.

Şikayetli avukatlar, şikayetçi avukata bildirim yapıldığını savunmuşlardır. TBB Meslek Kuralları'nın yukarıda açıklanan 27/2. maddesine göre, baroya yapılacak bildirim yazılı olarak yapılması zorunlu olduğundan, şikayetli avukatların bu yöne ilişkin savunmaları da kabul edilmemiştir. Ayrıca şikayetlilerin kurum avukatı olmaları sebebiyle şikayet ve dava açmak zorunda oldukları yönündeki savunmaları da yukarıda açıklanan meslek kuralına aykırı hareket etmelerini gerektirir bir haklılık doğurmamaktadır.

Böylece, şikayetli avukatların, şikayetçi avukat aleyhine Cumhuriyet Başsavcılığı'na yaptıkları şikayet, açılan kamu davası ile yapılan icra takibi ve icra hâkimliğinde açtıkları davayı baroya bildirmemelerinden ibaret eylemleri disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nun yaptığı değerlendirme de hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazların reddi ile Aydın Barosu Disiplin Kurulu'nun her üç şikayetli avukat hakkında vermiş olduğu "uyarma" cezasının onanmasına oy birliği ile karar verildi.

* * *

T. 30.09.2005
E. 2005/217
K. 2005/306

* Web sitesinde müvekkil listesinin ve işbirliği yapılan avukatların yayımlanması
* İş elde etmek için reklam sayılabilecek girişim
(Av. K. m. 55; TBB Reklam Yasağı Yönetmeliğim. 9, 10; TBB Meslek Kuralları m. 7, 8)

Şikayetli avukat hakkında internette; "www.Turunç&Savaşçın.com.tr" adlı sitede Avukatlık Yasası 55, TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 9., 10. ve TBB Meslek Kuralları'nın 7., 8. maddelerine aykırı

bilgiler verildiği iddiası ile resen başlatılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, web sayfasındaki müvekkil listesinin yabancılara büro hakkında bilgi vermek amacıyla İngilizce olarak hazırlandığını, yabancı avukatların web sayfalarına bakılacak olursa bizimkilerden çok daha geniş ve teferruatlı olduğu, firmasının Türkiye'deki avukatlarla rekabet etme gibi bir konumu olmadığını, konan yasak ile Türk avukatları aleyhine, yabancı avukatlık büroları lehine haksız rekabet yaratıldığını, Ankara, İstanbul, ABD ve uluslararası barolara bağlı avukatlarla işbirliği yapıldığının bildirildiğini, ancak bunların ismen bildirilmediğini, kendini serbestçe ifade özgürlüğü kapsamında yasa ve yönetmeliğe aykırı bir davranışının bulunmadığını bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

Avukatlar, internet dahil, teknolojinin ve bilimin olanak tanıdığı her tür ortamda avukatlık mesleği'nin onur ve kurallarına, avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene, Türkiye Barolar Birliği tarafından belirlenen "*Avukatlık Meslek Kurallarına*" aykırı olmayacak şekilde kendini ifade etme hakkına sahiptir.

Türkiye'de birçok yabancı şirketin faaliyette bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda, sitenin İngilizce olarak hazırlanması, müvekkil listesinin yayınlanması, isim belirtilmese de, Ankara, İstanbul, ABD'deki avukatlarla işbirliği yapıldığının bildirilmesi, kendini serbestçe ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez.

Müvekkil listesinin yayınlanması iş elde etmek için reklam sayılabilecek girişim olup, isim bildirilmese de ülke içinde ve dışında işbirliği yaptıkları ve başka kentlerdeki avukatları işbirliğini genelleştirecek ve süreklilik kazandıracak biçimde açıklanması Avukatlık Yasası'nın 55, Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 9., 10. ve TBB Meslek Kuralları'nın 7., 8. maddelerine aykırıdır. Bu nedenlerle eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş, sicilinde mevcut ve teker-rüre esas kınama cezası bulunması sebebiyle takdir edilen para cezanın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddi ile, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun 111.41 YTL para cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 30.09.2005

E. 2005/218

K. 2005/307

* Savunma dokunulmazlığı

(1982 Anayasası m. 36; 765 sayılı

TCK m. 486; 5237 sayılı TCK

m. 128)

Şikayetli avukat hakkında, “Antalya Barosu Hakem Kurulu’nun 2003/50 Esas sayılı dosyasına sunduğu 6 sahifeden ibaret 19.09.2003 tarihli dilekçede kullandığı ‘giderek bataklığa dönüşmüştür’, ‘Hukuk etiği açısından şaheser bir belge’, ‘davalıların kötü niyeti’ (...)” sözlerinden dolayı açılan disiplin kovuşturması sonucu disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli savunmasında, “(...) ‘Hukuk etiği açısından şaheser bir belge’ sözlerini dosyaya delil olarak sunulan ve müvekkiline şikayetçi tarafından faks ile gönderilen, ‘Sizinle sözlü olarak mutabık kaldığımız üzere, vekaletini yürüttüğümüz şirketleriniz İ. Ltd. Şti. İle Ş. Ltd. Şti.’nin tarafımızdan takibi yürütülecek olan dosyaları nedeniyle; şirketlerinizden almamız gereken aylık ücretleri karşı taraflardan tahsil edecek ve şirketlerinizden ayrıca ücret talep etmeyeceğiz. Bilgilerinize sunarız’ metnini içeren, altlarında sadece isim açılı, imzasız yazı için sarf ettiğini, bu faksta gönderici olduğu bildirilen Av. A. ve Av. M.’nin imzalarının dahi bulunmaması sebebiyle, HYUY açısından delil olarak kabul görmeyecek bir belgenin, davanın esasına yönelik olarak sunulması nedeniyle sarf ettiğini, ‘giderek bir batağa dönüşmüştür’ sözlerinin, ‘Sözleşme içeriğine ilişkinde vekiller Ş. Ltd.Şti’ne ait sadece bir iş yapmışlardır ve sözleşmenin hazırlanma tarihi kendi dilekçelerinde de beyan ettikleri gibi mart ayıdır. Oysa hazırlanan müvekkil tarafından imzalanmayan sözleşmenin. 6. maddesinde ‘iş bu sözleşme 20 Kasım 2002 tarihinde, Antalya’da imzalanmıştır.’ yazılmıştır. Hazırlanan sözleşmeye böyle bir madde konulması ve Ş. Ltd. Şti’nin de dahil edilmesi açıkça, müvekkile haber verilmeden gerek dosyadan ve gerekse haricen tahsil edilen yedilerinde bulunan bedellerin doğuracağı hukuksal sorumluluktan kurtulma çabalarını göstermektedir. Ancak işler tahmin edildiği gibi gitmemiş ve giderek bir bataklığa dönüşmüştür’ paragrafı içinde yer aldığını, delil olarak sunulan ücret sözleşmesinde müvekkil imzasının dahi bulunmadığını, müvekkile ait Ş. Ltd. Şti’nin Diyarbakır’da olup, Antalya’da şubesinin dahi bulunmadığını, bu sebeple dava sonucunu etkiler bir belge olması sebebiyle, bu belgeye dayalı bir savunmada kullandığını, ‘davalıların kötü niyeti’ sözlerini iyi ve kötü niyet kavramlarının yasaya dayanan ve şikayetçi tarafından da kullanılan sözler olması sebebiyle, davanın esası ile ilgili hukuk-

sal terim olduğundan sarf ettiğini, 6 sahifeden ibaret dilekçenin tümü nazara alındığında, kullandığı sözlerin savunma sınırları içinde ve davanın esası ile ilgili olduğunu" savunmuş, suçsuz olduğunu bildirmiştir.

Anayasa'mızın "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" biçimindeki 36., eski TCK'nın 486., yeni TCK'nın "Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmeler de bulunulması halinde ceza verilemez" biçimindeki 128. maddesi ile, iddia ve savunma dokunulmazlığı anayasal ve yasal teminat altına alınmıştır. Her hak da olduğu gibi iddia ve savunma dokunulmazlığı da sınırsız olmayıp, madde devamında, "Ancak, bunun için, isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerektiği" bildirilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.10.1998 tarih ve 1998/225.316 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 amacına hizmet etmelidir. Böyle olduğu takdirde Anayasa'nın öngördüğü meşru vasıta ve yollara başvurulmuş olur. Ancak o dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında yarar bulunmayan, diğer bir deyişle davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkının meydana çıkarılmasında hiçbir olumlu etkisi olmayan, hakareti oluşturan yazı ve sözlerin kullanılmasında meşruiyet vardır denilemez. Bu gibi durumlarda iddia ve savunma sınırı aşılmış ve dolayısıyla haysiyetler korunmamış olur.", Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 02.05.1975 tarih, E. 1974/1160, K. 1975/5782 sayılı kararında da, "Avukat, müvekkillerinin çıkarlarını hasmının zararlarını gözetmeden, sert bir biçimde savunmak zorundadır. Çünkü meslek ödevi bunu gerektirir. Ancak karşılık avukatın, temsil ettiği tarafın çıkarlarını korumasının gerektirdiği ölçüyü ve objektif tartışma sınırını aşan, yersiz ve icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef tutan, onu 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.

Şikayetli avukatın dilekçesinde kullandığı sözlerin, dilekçenin tümü ve delil olarak dosyaya sunulan imzasız belgelerin hukuksal nitelikleri nazara alındığında, yargılamanın hukuksal yönü ile ilgili olarak, *“hakkın ortaya çıkarılmasına yararlı, etkili ve hatta zaruri açıklama”, “objektiflik, gerçek ve somut vakialara dayanma”, “uyuşmazlıkla bağlantılılık ve hukuki açıklama”* esaslarına uygun açıklama olarak kabul edileceği ve savunma sınırları içinde olması sebebiyle, Baro Disiplin Kurulu’nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçi avukatın itirazının reddine, Antalya Barosu Disiplin Kurulu’nun ceza tayinine yer olmadığına ilişkin kararın onanmasına oy birliği ile karar verildi.

* * *

T. 30.09.2005
E. 2005/219
K. 2005/308

*** Baroya yazılı bildirim**
yükümlülüğü
(TBB Meslek Kuralları m. 27/2)

Şikayetli avukat hakkında, *“Şikayetçi ile müvekkili arasındaki ücret anlaşmazlığından kaynaklanan itirazın iptali davalarına, şikayetli avukatın davalı vekili olarak katıldığı, şikayetçi avukatın asil sıfatıyla açtığı Aydın Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 2004/1687 Esas sayılı dava dosyasına vekaletname ibraz ettiğini ve boraya bildirimde bulunduğu, fakat Aydın Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 2004/1955 Esas sayılı dosyasına vekaletname ibraz etmesine rağmen baroya bildirimde bulunmadığı, bu sebeple TBB Meslek Kuralları’nın 27/2 maddesine aykırı davrandığı”* iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu’nca disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, Aydın Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 2004/1687 Esas sayılı dosyası için baroya bildirimde bulunduğunu, tarafları ve konusu aynı ve diğerinin devamı niteliğinde olduğundan, aynı mahkemenin 2004/1955 Esas sayılı dosyası için bildirimde bulunmadığı, meslek etiği ve kurallarını çiğneme kastının bulunmadığını bildirmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın, şikayetçi avukatın asil olarak açmış olduğu Aydın Sulh Hukuk Mahkemesi’nin

2004/1687 Esas sayılı dosyasına vekaletname sunduğu ve baroya da bilgi verdiği, ancak tarafları ve konuları aynı olan Aydın 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2004/1955 Esas sayılı şikayetçi avukatın asil olarak açtığı davaya vekaletname sunmasına rağmen, baroya bilgi vermediği anlaşılmıştır.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetlinin baroya bildirimde bulunmadığı davanın, ilk açılan davanın devamı olduğu, konu ve taraflarının aynı olduğunu kararında kabul etmiştir. Şikayetçi avukat da 22.06.2005 tarihli dilekçesinde, davanın taraflarının aynı olduğunu kabul etmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2 maddesine göre, *"Bir avukat, bir başka avukata karşı asil ya da vekil sıfatı ile takip edeceği davayı kendi barosuna bildirir."*

Maddenin amacı 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 eylem veya işleminin baroca değerlendirilip, gerekirse re'sen disiplin soruşturmasının açılmasını sağlamaktır. Madde ile getirilen yükümlülükle, avukatlar arasındaki dayanışmayı temin eden etik değerlerin korunması ve meslektaşlar arasındaki sorunların mümkün olduğu kadar baro bünyesinde çözümlenmesi amaçlanmıştır.

Disiplin kovuşturmasına konu olayımızda, şikayetli avukat, ilk davayı baroya bildirmesi, birinci davanın devamı mahiyetinde olan tarafları ve konusu aynı ikinci davayı baroya bildirmemesinde, yukarıda açıklandığı gibi maddenin getirdiği yükümlülüğe aykırı bir eylem tespit edilememiştir.

Bu nedenlerle, şikayetlinin, şikayetçinin açtığı ilk davaya vekaletname sunarken Baro'ya da bildirimde bulunduğu ve ikinci davanın, birinci davanın devamı mahiyetinde olup, tarafları ve konuları da aynı olmakla, eylemin disiplin suçu oluşturmadığına ilişkin Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Aydın Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli hakkındaki *"disiplin cezası tayinine yer olmadığına"* ilişkin kararının onanmasına oy birliği ile karar verildi.

* * *

T. 30.09.2005

E. 2005/221

K. 2005/309

* Görevi ihmal

* Kesinleşen yargı kararı

Şikayetli avukat hakkında, “Şikayetçinin sanık olarak yargılandığı Muğla Ağır Ceza Mahkemesi’nin 13.01.2003 tarih ve 2002/660 Esas, 2003/7 Karar sayılı kararını temyiz etmeyerek görevini kötüye kullandığı” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu’na eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, müvekkilinin, kararın temyiz edilmesini istemediğini, fakat oyalayarak yazılı talimat vermediğini, ayrıca kararın yerinde olup, temyiz edilmesinde şikayetçinin lehinde bir sonuç alınamayacağı kanaatinde olduğundan temyiz etmediğini bildirmiştir. Disiplin kovuşturmasına konu olayla ilgili olarak şikayetli avukat hakkında Muğla Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2004/317 esasında kayıtlı olarak “görevi ihmal” suçundan dolayı açılan kamu davası, 08.06.2005 tarihinde 2005/80 karar sayısı ile hükme bağlanmış ve şikayetli hakkında suçun kanuni unsurları oluşmadığından beraatine karar verilmiştir. Mahkemenin kararı kesinleşmiştir.

Dosyanın incelenmesi’nde şikayetli avukat hakkında Muğla Ağır Ceza Mahkemesi’nde görevi ihmal iddiası ile açılan kamu davasında, şikayetçi ifadesinde, “*sartlı tahliyesinin yanmayacağı düşüncesi ve yanlış yönlendirilmesi nedeni ile başta şikayetçi olduğunu, yanlış yönlendirildiğini sonradan anladığını, vekili olan şikayetli avukata kendisinin kararı temyiz etmesine gerek olmadığını söylediğini, ancak yazılı belge vermediğini*” bildirmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın, şikayetçinin talimatı ile kararı temyiz etmediği, kesinleşen yargı kararı ve şikayetçi tarafından imzalanmış tutanak ve dilekçelerle sabit olduğundan eylem disiplin suçunu oluşturmamaktadır. Bu sebeple şikayetlinin eyleminin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulu kararında hukuki isabet görülmemiş, şikayetli hakkında tayin edilen kınama cezasının kaldırılarak, “*disiplin cezası tayinine yer olmadığına*” karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile Muğla Barosu Disiplin Kurulu’nun şikayetli avukat hakkında kınama cezası verilmesine ilişkin kararının kaldırılmasına, yeniden incelemeyi gerektiren bir halin bulunmaması sebebiyle şikayetli avukat hakkında “*disiplin cezası tayinine yer olmadığına*” oy birliği ile karar verildi.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARI

Çev. Senem UYGUN*

AVRUPA KONSEYİ AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ DÖRDÜNCÜ DAİRE

Sunal / Türkiye Davası
(Başvuru No: 43918/98)
Karar
Strasbourg
25 Ocak 2005

Bu karar; Sözleşme'nin 44/2. maddesinde belirtilen koşullarda nihai hale gelecektir.

Sunal - Türkiye davasında;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Daire); 4 Ocak 2005 tarihinde, daire olarak aşağıdaki üyelerin katılımıyla toplanmıştır:

Başkan : Bay Nicolas Bratza
Yargıçlar : Bay J. Casadevall, R. Türmen, R. Maruste,
S. Pavlovschi, L. Garlicki, J. Sikuta
Yazı İşleri Müdürü : Bayan □□Elens-Passos (hukukçu)

* Avukat, İzmir Barosu.

Yapılan müzakereler sonucunda, aşağıdaki karar verilmiştir:

USUL

1. Dava, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına Yönelik Sözleşme'nin (Sözleşme) önceki 25. maddesi uyarınca; Türk vatandaşı M. Hüseyin Sunal (başvurucu) tarafından, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na (Komisyon) 10 Ağustos 1998 tarihinde, 43918/98 numarayla yapılan başvurudan kaynaklanmıştır.

2. Adli yardım alan başvurucu; İzmir'de avukatlık yapan Bay Arif Ali Cangı tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti (Hükümet), Sözleşme işlemleri için bir ajan tayin etmemiştir.

3. Başvurucu; Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılık oluşturan muamelelere maruz kaldığından ve Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında etkili başvuru hakkından yararlanamadığından yakınmakta; aynı zamanda; Sözleşme'nin 6 ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

4. Başvuru, 1 Kasım 1998 tarihinde; Sözleşme'nin 11 no.lu Protokol'ünün (Protokol'ün 5/2. maddesi) yürürlüğe girmesiyle Mahkeme'ye havale edilmiştir.

5. Başvuru; Mahkeme'nin Birinci Bölümü'ne havale edilmiştir. (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İç Tüzüğü m. 52/1) Bu bölüm içinde; Mahkeme İç Tüzüğü'nün 26/1. maddesinde belirtildiği şekilde, davayı inceleyecek olan Daire (Sözleşme m. 27/1) oluşturulmuştur.

6. Mahkeme, 1 Kasım 2001 tarihinde, dairelerin kuruluşunu gerçekleştirmiştir. (İç Tüzük m. 25/1). Bu şekilde, başvuru dilekçesi dördüncü daireye dağıtılmıştır (m. 52/1).

7. Daire, 1 Ekim 2002 tarihli bir kararla, başvuruyu kabul edilebilir bulunduğunu ilan etmiştir.

8. Hem başvurucu, hem de Hükümet, davanın esası hakkındaki yazılı görüşlerini bildirmişlerdir (İç Tüzük m. 59/1).

9. Mahkeme, 1 Kasım 2004 tarihinde, dairelerin kuruluşunu gerçekleştirmiştir (İç Tüzük m. 25/1). Bu şekilde, başvuru dilekçesi, Dördüncü Daire'ye dağıtılmıştır (m. 52/1).

OLAYLAR

I. DAVANIN ÖZEL KOŞULLARI

10. 1967 doğumlu başvurucu; işçi olup, İzmir'de ikamet etmektedir.

11. Başvurucu, 1 Nisan 1996 günü, saat 22.20'de, araba hırsızlığı yaptığı şüphesiyle güvenlik güçlerince yakalanmıştır. Yakalamadan hemen sonra düzenlenen, M. Sunal ve güvenlik güçlerince imzalanan yakalama tutanağında; yakalama şu şekilde anlatılmaktadır:

“(M. Sunal); Bostanlı 1819/3 sokakta bulunan bir arabanın yanında yürümeye başlamıştı. Polis arabasını fark ettiğinde; el fenerini yere attı ve kaçarken yakalandı.”

12. Saat 22.30'da tutulan ve yalnızca güvenlik güçlerince imzalanan olay yeri tutanağına göre, M. Sunal, yakalanmadan önce uyuşturucu madde kullanmış ve kendisinin yakalanmasından sonra kaçan arkadaşı H. T. ile birlikte arabalardaki kasetçalarını çalmaya teşebbüs ettiklerini itiraf etmiştir.

13. Başvurucu, saat 22.40 sularında, hırsızlık hususunda sorgulandığı İzmir Karşıyaka'daki Bostanlı Polis Karakolu'nda gözaltına alınmıştır.

Bostanlı Polis Karakolu'nda saat 23.30'da tutulan tutanağa göre; başvurucu daha sonra bir polis arabasına bindirilerek kendisinden H. T'nin evinin yerini göstermesi istenmiştir. Bunun üzerine H. T, evinde bulunarak yakalanmıştır.

14. 2 Nisan 1996 günü, saat 1'de güvenlik güçlerince imzalanan bir tutanak düzenlenmiştir. Bu tutanakta yer aldığına göre; başvurucu, tuvalete gitmek üzere gözaltında tutulduğu hücreden çıktıktan sonra, hücreye geri dönmek istememiş, kendisini denetlemekle görevli polis memuruna karşı koyarak, başını sertçe cama çarpmış, başından ve

yüzünün farklı noktalarından yaralanmış, bunun üzerine Karşıyaka Devlet Hastanesi'ne götürülmüştür.

15. Başvurucunun hastanedeki muayenesi sonucu, saat 1.15'de düzenlenen doktor raporuna göre; başvurucunun kafa çeper kemiği bölgesinde (parietal bölge) 0.5 cm. ebadında bir yara, dudaklarının sol tarafında kan toplaması nedeniyle oluşan şişlikler (hematom), sağ omzundan bel bölgesine dek çizgi halinde inen morluklar ve sol omzunda doku bozuklukları saptanmıştır. Muayeneyi yapan doktor, başvurucunun kanındaki alkol oranının tespiti için; adli tıp merkezine götürülmesini istemiş; ama dosyadan çıkan sonuca göre; başvurucu böyle bir kontrolden geçmemiştir.

16. Güvenlik memurlarınca tutulan, başvurucu ve görevlendirilen temsilcisi B. Akbaba tarafından imzalanan 2 Nisan 1996 tarihli ifade tutanağına göre; başvurucu yakalanmadan önce alkol alıp uyuşturucu madde kullanmıştı. Başvurucu ifadesinde, alkolün ve uyuşturucu maddenin etkisiyle, başıyla çarparak sorgu odasının camlarını kırdığını ve bu esnada vücudunun çeşitli bölgelerinden yaralandığını belirtmiştir. Bu olayların devamında başvurucu, camların parasını da ödemiştir.

17. Aynı gün, 2 Nisan 1996 tarihinde, güvenlik memurlarınca H. T'nin ifadesi alınmıştır. H. T. ifadesinde; başvurucuyla birlikte yakalandıklarını, sabaha karşı saat 1 sularında M. Sunal'ın tuvalete gitmek istediğini söylediğini ve tuvalete götürülürken camları kırdığını ve polis memurlarına saldırmaya yeltendiğini belirtmiştir. Güvenlik memurlarınca, Z. K. A'nın ifadesi de alınmıştır. Z. K. A., gözaltında olan kardeşini görmek için emniyet binasına geldiğini, kendisi bekleme salonundayken alkolün etkisindeki M. Sunal'ın başını cama çarptığını ve yaralandığını, daha sonra polislerce hastaneye götürüldüğünü beyan etmiştir.

18. Başvurucu, aynı gün saat 16.00'da; hakkında hiçbir cezai soruşturma açılmaksızın serbest bırakılmıştır.

19. Başvurucu, serbest bırakıldıktan sonra Karşıyaka Savcılığı'na giderek, gözaltında olduğu süre içinde kendisini sorgulamakla görevli polislerden, kendisine kötü muamelede buldukları gerekçesiyle şikayetçi olmuştur. Karşıyaka Savcılığı'nın talebiyle, başvurucu aynı gün saat 16.20'de, bir adli tabip tarafından muayene edilmiştir. Başvurucu, doktora başına, yüzüne ve vücuduna darbeler aldığını, dili de dahil

olmak üzere; vücudunun değişik bölgelerine elektrik verildiğini, sorgu süresince elleri ve ayaklarının bağlı olduğunu anlatmıştır.

Yapılan tetkikler sonucunda hazırlanan doktor raporuna göre; başvuru sahibinin vücudunda tespit edilen bulgular şu şekildeydi: Kafa çeper kemiği bölgesinde (Parietal bölge) 2 cm. ebadında suture kesi yarası, dilinde kan toplaması nedeniyle oluşan 1 ve 3 cm. çapında iki şişlik (hematom), sol gözünde kan toplamasından kaynaklanan şişlik (hematom), yüzde ödem, sırtında 1 ve 3 cm. çapında kan toplaması kaynaklı kanamalı şişlikler ve 3x10 cm. ebadında beş adet morluk, her iki kolunda 3x10 cm. ebadında morluklar, iki bileği üzerinde 3 cm. uzunluğunda dört adet morluk, uyluk bölgesinde 3x5 cm. ebadında bir adet morluk. Doktor raporu; tespit edilen durumun, başvuru sahibinin on gün süreyle çalışmasına engel teşkil edeceği ve başvuru sahibinin dilinde saptanan iki adet lezyonun (doku bozukluğu) kaynağının saptanması için merkez bir hastaneye gönderilmesi gerektiği biçiminde sonlanmıştır.

20. Doktor D. Sınmaz tarafından hazırlanan dil biopsi raporu, belirsiz bir tarihte Karşiyaka Savcılığı'na ulaştırılmıştır. Söz konusu raporda *"Dilde, elektrik verilmesi sonucu meydana gelen yanmaya bağlı bir doku bozukluğu (lezyon) oluştuğu"* belirtilmiştir.

21. 8 Nisan 1996 tarihinde Karşiyaka Savcılığı, memurların soruşturulmasıyla ilgili yasa gereğince, yetkisizlik kararı vererek dosyayı Karşiyaka Kaymakamlığı İdari Komitesi'ne göndermiştir.

22. Komiser K. Üvez; belirsiz bir tarihte, Karşiyaka Kaymakamlığı tarafından başvuru sahibinin şikayetini soruşturmakla görevli müfettiş olarak atanmıştır.

23. 6 Mayıs 1996 tarihinde, idari soruşturma kapsamında polis memurlarınca, B. Akbabanın ifadesi (Yukarıda 16. paragraf) incelenmiştir. Bu ifadede B. Akbaba, müvekkilinin başını cama çarptığını, bu yüzden kendi eylemi nedeniyle emniyet binasında yaralandığını, hastaneye götürülürken de sağa sola çarptığı için yaralandığını beyan etmiştir.

24. 10 Mayıs 1996 tarihinde başvuru sahibi; Karşiyaka Kaymakamlığı nezdinde Karşiyaka Savcılığı'na verilen yetkisizlik kararına itiraz etmiş, iddiaları hakkındaki soruşturmanın Savcılık tarafından yürütülmesi gerektiğini belirterek şikayeti ile ilgili sonuçtan haberdar edilmesini istemiştir.

25. 2-8 Temmuz ve 14 Ağustos 1996 tarihlerinde; müfettiş Üvez, A. T., A. A., İ. K., A. K. isimli polis memurlarının ifadelerini almıştır. Polis memurları ifadelerinde, yakalandığı sırada başvuruçunun kolunda bir yara olduğunu, kendisinin hırsızlık eylemleri dolayısıyla bölümlerinde tanınan bir kişi olduğunu ileri sürmüşlerdir. Başvuruçunun, sorgu sırasında alkol ve uyuşturucu maddenin etkisiyle başını emniyet müdürlüğü binasının camlarından birine çarptığını, kendisini hastaneye götürmek üzere polis arabasına bindirmeye çalışırken başvuruçunun başını bu kez de arabanın karoserine çarptığını, hastanede bu hususla ilgili geçici rapor düzenlendiğini belirtmişlerdir.

26. B. Akbaba, 12 Ağustos 1996 tarihinde müfettiş Üvez tarafından dinlenmiş ve 6 Mayıs 1996 tarihli ifadesini tekrar etmiştir (Yukarıda 23. paragraf).

27. 10 Eylül 1996 tarihinde, Karşıyaka İdari Komitesi söz konusu olayla ilgili olarak polisleri soruşturamama kararı almıştır. Müfettiş Üvez tarafından hazırlanan soruşturma dosyasının dayanak gösterildiği Komite kararında şöyle denilmiştir:

“Müfettiş tarafından sunulan dosyadan çıkan sonuca göre; şikayetçiler M. Sunal ve H. T., Karşıyaka Emniyet Müdürlüğü binasına götürülmüşler, M. Sunal kullandığı alkol ve uyuşturucu maddenin etkisiyle başını sorgu odasının camına çarparak camı kırmış ve bu suretle vücudunun çeşitli bölgelerinden yaralanmıştır. Şikayetçilerin alkolün etkisiyle etrafa saldırdıkları ve kendilerini yaraladıkları tanık ifadeleriyle de desteklenmiştir. Bundan dolayı, kötü muameleye ilişkin delil yetersizliğinden polislerin soruşturulmasına yer olmadığına karar verilmiştir.”

28. Başvuruçucu; idari soruşturma süresince, tanıklara soru sorma veya olayların kendi açısından gerçekleşme biçimini dile getirme olanağı bulamamış, soruşturma dosyasına ulaşamamıştır.

29. Başvuruçucu, 23 Eylül 1996 tarihinde memurların soruşturulması ile ilgili gereğince; İzmir Bölge İdare Mahkemesi'nde 10 Eylül 1996 tarihli karara itiraz etmiştir.

30. Bölge İdare Mahkemesi, sözü geçen dosyayı esas alarak cezai soruşturma açılmasını gerektirecek yeterli delil olmadığından bahisle, 10 Eylül 1996 tarihli kararı 6 Kasım 1996 tarihinde onamıştır. Bu karar, başvuruçuya tebliğ edilmemiştir.

31. Başvuruçucu, 24 Şubat 1998 tarihli bir yazıyla, Karşıyaka Kayma-

kamlığı'na 23 Eylül 1996 tarihli başvurusunun neticesini sormuştur.

32. Karşıyaka Kaymakamlığı, 26 Şubat 1998 tarihli bir yazıyla başvurucuya, 6 Kasım 1996 tarihli Bölge İdare Mahkemesi kararını bildirmiştir.

33. Başvurucunun temsilcisi, 13 Eylül 2001 tarihinde başvurucunun iddiaları temelinde tıbbi bir rapor hazırlanması için, İzmir İnsan Hakları Vakfı'na başvurmuştur. Aynı gün hazırlanan raporda Doktor T. Baykal, başvurucu tarafından sunulan tıbbi belgeleri de göz önünde bulundurarak, başvurucuya kötü muameleye bağlı yumuşak doku travması teşhisi koymuştur.

34. Hükümet, Mahkeme'ye, başvurucunun hırsızlık ve sahte belge kullanımı nedeniyle iki kez soruşturma geçirdiğini doğrulayan adli sicil kaydını ibraz etmiştir. H. T'nin adli sicil kaydında da araba hırsızlığı suçlarından dolayı dokuz kez soruşturma geçirdiği kayıtlı bulunmakta idi.

II. KONUYLA İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

35. Ceza yasası, kişilere işkence yapma ya da kötü muamelede bulunmayı suç olarak düzenlemiştir (243 ve 245. maddeler).

36. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (CMUK) 151 ve 153. maddeleri uyarınca suçlara dair ihbarlar, Cumhuriyet Savcılığı'na veya yerel idari yetkililere yapılabilir. Savcı ve güvenlik güçleri, kendilerine gelen şikayetleri soruşturmakla yükümlüdürler. Savcı, kamu davası açılmasını gerektiren bir hususla karşılaştığında CMUK m. 148'e uygun olarak kamu davası açmalıdır.

Cumhuriyet Savcısı, kamu davası açılmasına yer olmadığına karar verirse; bu karar sanığa, şikayetçiye ve dava açılması talebiyle dilekçe veren kişiye bildirilir (CMUK m. 164). Şikayetçi, kararın kendisine tebliğinden itibaren on beş gün içinde ağır ceza mahkemesine itiraz edebilir (CMUK m. 165). Ağır Ceza Mahkemesi itirazı haklı görürse kamu davası açılmasına karar verir ya da itirazı reddeder (CMUK m. 168). İtirazın reddedildiği durumlarda, ancak yeni olaylara ve yeni delillere dayanılarak kamu davası açılabilir (CMUK m. 167).

37. Suçlamaların gerçekleştiği dönemde memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlarla ilgili yürütülecek

hazırlık soruşturmasının esasları bu aşamada Savcılık makamının yetkisini sınırlandıran 1913 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Yasa'da belirtiliyordu. Yasa uyarınca; hazırlık soruşturması ve cezai soruşturmanın açılması hususunda izin verme yetkisi sadece vali ya da kaymakam başkanlığında toplanan yerel idari komiteye (ilgilinin görev yaptığı yere göre, il ya da ilçe idari komiteleri) aitti. Soruşturma izni verildiğinde, hazırlık soruşturması; Cumhuriyet Başsavcısı tarafından yürütülüyordu.

Bahsi geçen komitenin, soruşturma izni verilmesi ya da soruşturma izni verilmemesi (men-i muhakeme kararı) yönünde oluşan kararlarına karşı idare mahkemelerine itiraz yolu açık bulunmaktaydı.

HUKUKİ DURUM

I. SÖZLEŞMENİN 2. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

38. Başvurucu, aşağıdaki biçimde kaleme alınmış olan Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir :

"Hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."

39. Başvurucu, Karşıyaka Bostanlı Polis Karakolu'nda gözaltında olduğu esnada, polisler tarafından kendisine kötü muamelede bulunduğu ileri sürmektedir. Başına, yüzüne ve vücuduna darbeler aldığını, dili de dahil olmak üzere vücudunun farklı bölgelerine elektrik verildiğini, gözaltında bulunduğu süre boyunca -1 Nisan saat 22.00'den 2 Nisan 1996 saat 16.00'ya dek- elleri ve ayaklarının bağlı olduğunu belirtmektedir.

40. Hükümet, başvurusunun iddialarını kesin biçimde yalanlamaktadır.

41. Mahkeme; gözaltı süresinde meydana gelen yaralanmalarda, sürecin tamamen polis memurlarının denetiminde geçirildiğinden bahisle, bu sürede meydana gelen tüm yaralanmaların, olayın oluş biçimine ilişkin güçlü karineler doğurduğunu anımsatmaktadır (21986/93 numaralı Salman-Türkiye Kararı (GC), paragraf 100, AİHM 2000-VII). Bu halde Hükümet'e düşen; yaralanmaların kaynağı konusunda makul açıklamalarda bulunmak ve özellikle mağduriyet iddiaları tıbbi belgelerle destekleniyorken, bu hususlara ilişkin deliller sunmaktır (bkz.,

diğerleri arasında, 9 Haziran 1998 tarihli Tekin-Türkiye Kararı, Karar Derlemeleri 1998-IV, 1517 ve 1518. sayfalar; 52 ve 53. paragraflar; 22 Mayıs 2001 tarih, 22279/93 numaralı, Altay-Türkiye Kararı, paragraf 50 ve 22 Temmuz 2003 tarih, 29484/95 numaralı Esen-Türkiye Kararı, paragraf 25).

42. Mahkeme, başvuruçunun 1 Nisan 1996 tarihi saat 22.20'de yakalandığını ve Bostanlı Polis Karakolu'nda gözaltına alınmadan önce tıbbi bir muayeneden geçirilmediğini gözlemlemiştir. Yakalama tutanağında bu durumdan söz edilmemiştir (22 Eylül 1993 tarihli Klaas-Almanya Kararı, dizi A, no 269, sayfa 16, paragraf 26 ile karşılaştırınız). Başvuruçucu, üç buçuk saat sonra ilk kez tıbbi müdahaleden geçirildiği devlet hastanesine götürülmüş ve vücudundaki yaralar buradaki muayenesi sonucunda tespit edilmiştir (Yukarıda 15. paragraf).

43. Başvuruçucu, aynı gün saat 16.20'de serbest bırakılmasının ardından, ikinci kez tıbbi muayeneden geçirilmiştir (Yukarıda 19. paragraf).

44. Hükümet'e göre, başvuruçunun vücudundaki lezyonların tek bir kaynağı vardı: Başvuruçucu gözaltında iken; uyuşturucu ve alkolün etkisiyle kendisini yaralamıştı. Gözaltına alınmasından sonra; tualete gitmek istediğini söylemiş, fakat bu imkanı güvenlik güçlerine karşı koymak için kullanmış, bu arada başıyla çarpmak suretiyle sorgu odasının camını kırmıştır. Hükümet; Başvuruçunun, hangi zaman dilimi içinde kendisine elektrik verildiği ya da işkence yapıldığı hususlarını içermeyen anlatımını inandırıcı bulmadığını, başvuruçunun vücudundaki yaraların kendi eylemleri neticesinde meydana geldiğini belirtmektedir.

45. Hükümet'in iddiası; başvuruçunun (Yukarıda 16. paragraf), temsilcisinin (Yukarıda 23. paragraf), suç ortağının ve olaylar zamanında emniyet binasında bulunan bir tanığın (Yukarıda 17. paragraf) ifadeleri ile gözaltında başvuruçudan sorumlu olan polislerin ifadelerine (Yukarıda 25. paragraf) dayanmaktadır.

46. Mahkeme; Hükümet'in olayların bütününe ilişkin açıklamalarının, aşağıda sunulacak gerekçeler nedeniyle makul ve yeterli olmadığı görüşündedir.

47. Başvuruçucu; 2 Nisan 1996 tarihi saat sabaha karşı 1'de, kendi eylemi nedeniyle yaralanmış bile olsa, bu olay ilk sağlık raporunda tespit

edilen tüm lezyonların kaynağı olarak gösterilemez. İlk incelemeden on beş saat sonra adli tabip, başvuruçunun vücudunda, ilk muayenede saptanmayan başka lezyonlar bulgulamıştır. Bu lezyonlar; dilde kan toplaması nedeniyle oluşan 1 ve 3 cm. çapında iki şişlik, her iki kolunda 3x10 cm. ebadında morluklar, iki bileği üzerinde 3 cm. uzunluğunda dört adet morluk ve uyluk bölgesinde 3x5 cm. ebadında bir adet morluk; biçimindedir. Hükümet sağlık raporları arasındaki tezata ve başvuruçunun vücudunda saptanan son lezyonlara ilişkin hiçbir makul açıklama yapmamıştır.

48. Öte yandan başvuruçunun dilindeki lezyonun varlığı ikinci sağlık kontrolünde tespit edilmiştir. Doktor D. Sınmaz'a göre; *"Dilde, elektrik verilmesi sonucu meydana gelen yanmaya bağlı bir doku bozukluğu (lezyon)"* oluşmuştu (Yukarıda 20. paragraf). Hükümet, bu lezyonun kaynağına ilişkin fazlaca bir açıklama yapmamıştır. Ayrıca, soruşturma yetkilileri de; bu hususta bir açıklama yapıp yapılmadığı konusunu araştırma yönünde bir teşebbüste bulunmamışlardır (Yukarıda 27. paragraf).

49. Mahkeme'ye göre; ilk sağlık kontrolünün devamında doktorun, başvuruçunun kanındaki alkol oranının tespitini istediği fakat, bu işlemin yapılmamış olduğu hususunun altını çizmek gerekmektedir (Yukarıda 15. paragraf). Başvuruçunun, sarhoş olduğuna ilişkin ifade vermesine karşın, kendisinin alkolün ve uyuşturucu maddenin etkisi altında olduğuna dair iddiaların tıbbi delillere dayandırılmaması üzücüdür.

50. Mahkeme; yukarıda açıklananların ışığında, Hükümet'in başvuruçunun vücudundaki yaraların; gözaltında gördüğü kötü muameleden değil de, bir başka nedenle meydana geldiği hususunu kanıtlayamamış olduğu kanaatindedir.

51. Hükümet, başvuruçunun vücudundaki doku bozukluklarının, tereddüde mahal vermeyecek biçimde gözaltında olduğu süre içinde meydana gelmiş olduğu hususunu kabul etmektedir. Mahkeme'ye göre; bu durum olayın 3. maddenin uygulama alanına girebilmesi için önemli bir başlangıç noktasına erişildiğinin göstergesidir.

52. Mahkeme; bireyin kendi tutumunun bunu gerektirmiyor olmasına rağmen, özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir bireye karşı fiziksel güç kullanılması halinin insan onuruna aykırı olduğunu ve Sözleşme'nin 3. maddesiyle güvence altına alınan hakkın ihlali anlamına geldiğini vurgulamaktadır. Mahkeme ayrıca; soruşturmanın gerekleri ve suçla

mücadelenin inkar edilmez zorlukları nedeniyle, bireyin fiziksel bütünlüğünün korunmasının sınırlandırılması yoluna gidilemeyeceğini hatırlatmaktadır (4 Aralık 1995 tarihli Ribitsch-Avusturya Kararı, Dizi A, No: 336, sayfa 26, paragraf 38).

53. Bu durum karşısında; M. Sunal'ın vücudunda meydana gelen doku bozukluklarının, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelelerden kaynaklandığı açığa çıkmış bulunmaktadır.

54. Sonuç olarak; Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN 13. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

55. Başvurucu, yetkililerin kötü muamele gördüğüne ilişkin iddialarını, etkin biçimde ele almadıklarından yakınmakta ve aşağıdaki şekilde kaleme alınmış olan Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir:

"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."

56. Mahkeme, kendisine sunulan deliller ışığında, Savunmacı Devletin, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında sorumlu olduğunu belirtmiş idi (Yukarıda 50. paragraf). Bundan dolayı, başvurucu tarafından dile getirilen şikayet, Sözleşme'nin 13. maddesi bağlamında "*savunulabilir*" konumdadır, dolayısıyla yetkililerin Sözleşme'nin 13. maddesiyle getirilen düzenlemenin gereklerini karşılayacak biçimde etkin bir soruşturma açmak ve yürütmek yükümlülüğü bulunmaktadır (3 Haziran 2004 tarihli, 33097/96-57834/00 numaralı, Batı ve diğerleri-Türkiye Kararı, 133-137. paragraflar).

57. Mahkeme, başvurucu tarafından yapılan şikayet üzerine bir soruşturma yürütüldüğünü, ama özenle incelenmesi gereken noktanın, soruşturmanın "*etkin*" bir niteliğe sahip olup olmadığı hususu olduğunu belirtmektedir.

58. Başvurucu; soruşturmayı yürüten makamın bağımsızlığı hususunu gündeme getirmiştir.

59. Hükümet; başvurucunun şikayetinin idari komite tarafından incelendiğini, bu komitenin kararının idare mahkemesi önünde yargısal bir denetimden geçtiğini (Yukarıda 27-30. paragraflar); Sözleşme'nin

13. maddesinin gerekliliklerinin bu noktada yerine getirildiğini belirtmiştir.

60. Mahkeme; idari organların Sözleşme'nin 3 ve 13. maddelerinin gerekli kıldığı biçimde bağımsız bir soruşturma yürütebilme kapasitelerine ilişkin ciddi şüpheleri olduğunu anımsatmaktadır (Son olarak, bkz., 20 Temmuz 2004 tarih, 40154/98 numaralı Mehmet Emin Yüksel-Türkiye Kararı, paragraf 40).

61. Görülmekte olan olayda ilk soruşturmayı yapan kişi, Kaymakamlıkça atanmış komiser K.Üvez'dir ve bu kişi soruşturmasını yaptığı polis memurlarıyla aynı hiyerarşi içinde yer almaktadır (Yukarıda 22. paragraf). Kendilerinden, güvenlik güçlerine karşı soruşturma açılıp açılmayacağı hususunda karar vermeleri beklenen idari komite, Kaymakamlığın yüksek dereceli memurlarından oluşmakta ve komiteye, idari olarak yerel güvenlik güçlerinden sorumlu olan Kaymakam başkanlık etmektedir (Yukarıda 37. paragraf).

62. Mahkeme; başvuruçunun idari soruşturma boyunca, tanıklara soru sorma veya olayların kendi açısından gerçekleşme biçimini dile getirme olanağı bulamadığını; soruşturma dosyasına ulaşamadığını (Yukarıda 28. paragraf) ve İzmir Bölge İdare Mahkemesi'nin de kararını dosya üzerinden vermiş olduğunu dikkate almıştır.

63. Sonuç olarak; yürütülen soruşturma, dava konusu olaydaki sorumluların tespit edilmesi ve cezalandırılmasını sağlayacak denli etkin ve verimli değildir. Sözleşme'nin 13. maddesi ihlal edilmiştir.

III. SÖZLEŞME'NİN 6 VE 14. MADDELERİNİN İHLALİ İDDİASI

64. Başvuruçucu, soruşturmanın yetersiz ve yüzeysel olmasından yakınarak, Sözleşme'nin 6 ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

65. Mahkeme; Sözleşme'nin 3 ve 13. maddelerinin ihlal edildiğinin tespit edilmiş olması sebebiyle, bu iddiaları incelemeye yer olmadığına itibar etmiştir.

IV. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

66. Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca;

“Mahkeme, işbu sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler tarafından iç hukuku, bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette zarar gören tarafın tatminine hükmeder.”

A. Zarar

67. Başvurucu, maddi zararı için 1.000 Euro, manevi zararı için 60.000 Euro talep etmiştir.

68. Hükümet, bu bedelleri fahiş ve esastan yoksun bulunduğunu belirtmiştir.

69. Mahkeme, uğranılan maddi zararın türü belirtilmediği için, başvurunun maddi tazminat talebini reddetmiş, buna karşılık, hakkaniyete uygun olarak başvurucuya, 10.000 Euro manevi tazminat ödenmesi gerektiğine itibar etmiştir.

B. Ücretler ve Harcamalar

70. Başvurucu; hukuki çalışmalar, tercüme, telefon görüşmeleri, posta masrafları, fotokopi ve kırtasiye giderlerini kapsayan temsilcisinin ücret ve çalışmaları için; toplam 4.500 Euro talep etmektedir. Başvurucu söz konusu talepleri ile ilgili kanıtlayıcı hiçbir belge sunmamıştır.

71. Hükümet, başvurunun taleplerini fahiş ve kanıttan yoksun bulunduğunu belirtmiştir.

72. Mahkeme, başvurunun taleplerinin Mahkeme önündeki usuli işlemlere ilişkin ücret ve talepler olduğunu saptamış, Sözleşme organlarının bu konudaki uygulamasını ve elindeki verileri göz önünde bulundurarak başvurucuya bu başlık adı altında 3.000 Euro verilmesine, Avrupa Komisyonu tarafından karşılanmış olan 630 Euro'luk adli yardım kapsamındaki ücretin bu bedelden mahsup edilmesine karar vermiştir.

C. Gecikme Faizi

73. Mahkeme, Avrupa Merkez Bankası tarafından uygulanan faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın, gecikme faizi oranı olarak benimsenmesini uygun bulmuştur.

Bu gerekçelerle Mahkeme oybirliğiyle;

1. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine;

2. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine;

3. Sözleşme'nin 6 ve 14. maddeleriyle ilgili şikayet sebeplerini incelemeye yer olmadığına;

4. a. Sorumlu Devletin başvurucuya kararın, Sözleşme'nin 44/2. maddesine göre kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde, ödeme tarihindeki rayiç oran üzerinden Türk Lirası'na çevrilmek üzere aşağıdaki bedelleri ödemesine;

i. Manevi zarar için; 10.000 Euro (on bin euro)

ii. Ücret ve harcamalar için; adli yardım kapsamında daha önce tahsil edilmiş olan 630 Euro mahsup edilmek kaydıyla 3.000 Euro (üç bin euro)

iii. Belirtilen bedeller vergiden kaynaklanan tüm ödemelerden muaf olacaktır.

b. Süre sonundan ödeme gününe dek geçecek olan süre için hesaplanacak gecikme faizinin, Avrupa Merkez Bankası tarafından uygulanan faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oran üzerinden hesaplanmasına;

5. Hakkaniyete uygun tatmin için ileri sürülen kalan taleplerin reddine;

karar vermiştir.

Karar, Fransızca ve yazılı olarak, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77/2 ve 3. maddeleri uyarınca, 25 Ocak 2005 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Françoise Elens-Passos
Daire Yazı İşleri Müdürü
(hukukçu)

Nicolas Bratza
Başkan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine **Ekler** bölümünde yer verilmektedir.

YASALAR

RG 24 Aralık 2005/26033

- 5435 Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5436 Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmün'de Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 03 Ocak 2005/26042

- 5441 Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nın 867 ve 170 Sayılı Kanunlara Tabi İşletmeler Dışında Kalan Taşra Kuruluşlarına Döner Sermaye Verilmesi Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına, Ziraat Vekâletine Merbut Bazı Mektep ve Müesseselerin Sureti İdaresi Hakkın'da Kanun'un Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun
- 5442 Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5443 Köy Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 04 Ocak 2005/26043

- 5445 Mahallî İdare Birlikleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
- 5446 Maden Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun

RG 07 Ocak 2005/26046

5444 Tapu Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 21 Ocak 2005/26056

5448 Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

RG 01 Şubat 2006/26067

5451 Türkiye Cumhuriyeti Devlet Planlama Teşkilâtı ile Suriye Arap Cumhuriyeti Devlet Planlama Komisyonu Arasında Anlayış Muhtırasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

RG 03 Şubat 2006/26069

5450 Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Bağlı Okulların Millî Eğitim Bakanlığı'na Devredilmesi ile Bazı Kanunlar'da ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 07 Şubat 2006/26073

5452 Maliye Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkın'da Kanun

5453 Bazı Kanunlar'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'da Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 08 Şubat 2006/26074

5449 Kalkınma Ajanslarının Kuruluşu, Koordinasyonu ve Görevleri Hakkında Kanun

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 15 Şubat 2006/26081

- 5454 T.C. Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu ve Bağ-Kur'dan Aylık veya Gelir Almakta Olanlara Ek Ödeme Yapılması ile Sosyal Sigortalar Kurumu ve Bağ-Kur'dan Aylık veya Gelir Almakta Olanlara Ödenen Gelir ve Aylıklarda 2006 Yılında Yapılacak Artışlar ve Bazı Kanunlar'da Değişiklik Yapılması Hakkın'da Kanun
- 5455 Emniyet Genel Müdürlüğü'ne Ait Araç, Gereç, Mal ve Malzemenin Satış, Hibe, Hek ve Hurda Durum ve İşlemleri ile Hizmet Satışına Dair Kanun'da Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
- 5456 Gümrük Müsteşarlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun
- 5457 Telgraf ve Telefon Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

YÖNETMELİKLER

RG 16 Aralık 2005/26025

- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kamu Kurumları Araştırma Geliştirme Projeleri Destekleme Programına ve TÜBİTAK Birimlerince Yürütülen Projelere İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrük Muhafaza Görev Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Aralık 2005/26026

- Güneydoğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma İdaresi Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Türk Silahlı Kuvvetleri Personelinin Öğrenim, Eğitim ve Yetiştirme Masraflarının Tespitine Dair Yönetmelik

- Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü Görevde Yükselme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maltepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Aralık 2005/26027

- Subay ve Astsubay Atama Yönetmeliği
- Başbakanlık Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Ankara Üniversitesi İlahiyat Lisans Tamamlama Uzaktan Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 19 Aralık 2005/26028

- Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü Personelinin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Akdeniz Üniversitesi Temiz Enerji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Sakarya Üniversitesi Sağlık Hizmetleri Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 20 Aralık 2005/26029

- Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği
- Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 21 Aralık 2005/26030

- Amatör Denizci Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gemi adamları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Lisanslı Depoculuk Tazmin Fonu Yönetmeliği
- Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Trakya Bölgesi Çiftlik Hayvanları Üretim ve Islahı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

DÜZELTME (Başbakanlık Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik Eki Cetvel ile İlgili)

RG 22 Aralık 2005/26031

2005/9794 Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Sponsorluk Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Aralık 2005/26032

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Harran Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Aralık 2005/26033

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsünde Değişiklik Yapılmasına Dair Statü
- Diyanet İşleri Başkanlığı Aday Memurlarının Yetiştirilmelerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı Mesleki Açık Öğretim Lisesi Yönetmeliği
- Gümrük Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası İthalat ve İhracat Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Aralık 2005/26034

- Gazi Üniversitesi Türkiyat Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Sağlık Ekonomisi ve Sağlık Politikası Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 26 Aralık 2005/26035

- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Yayın Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Niğde Üniversitesi Yaz Okulu Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

RG 27 Aralık 2005/26036

- İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi Muhasebe Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu ve İşyurtlarının İdare ve İhale Yönetmeliği
- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Kurulunun Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik

RG 28 Aralık 2005/26037

- Millî Eğitim Bakanlığı Öğretmeni Yetiştirme Merkezi Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Özel, Özel Eğitim Kursları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özelleştirme Uygulamalarında Değer Tespiti ve İhale Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Aralık 2005/26038

- Eşyanın Tercihli Menşeinin Tespiti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Belirli Tekstil Ürünleri İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Adalet Bakanlığı Görevde Yükselme Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ceza İnfaz Kurumları Personeli ile Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezleri Öğrencilerinin Kıyafet Yönetmeliği
- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Arşiv Hizmetleri Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Selçuk Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Aralık 2005/26039

- Polis Koleji Sınıf Geçme Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 31 Aralık 2005/26040

2005/9859 Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Teşkilât Yönetmeliği

- Dış Ticarete Teknik Düzenlemeler ve Standardizasyon Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İl Özel İdareleri, Belediyeler ve İl Özel İdareleri ve Belediyelerin Kurdukları Birlik, Müessese ve İşletmeler ile Bunlara Bağlı Döner Sermayeli Kuruluşlardaki Memurların Görevde Yükselme Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayri Ayni Hak Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Tababet Uzmanlık Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Deniz Kazalarının İncelenmesine İlişkin Yönetmelik
- Dökme Yük Gemilerinin Güvenli Bir Şekilde Yüklenmesi ve Boşaltılması Hakkında Yönetmelik
- Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Ölçü ve Ölçü Aletlerinden Alınacak Muayene ve Damgalama Ücret Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Hazır Ambalajlı Belirli Ürünler İçin Müsaade Edilen Nominal Kapasite ve Dolum Miktarı Serilerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (80/232/AT)
- Hazır Ambalajlı Sıvı Mamullerin Hacim Tespitine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (75/106/AT)
- Av ve Yaban Hayvanları ile Bunlardan Elde Edilen Ürünlerin Bulundurulması, Üretimi ve Ticareti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tehlikeli Maddelerin Su ve Çevresinde Neden Olduğu Kirliliğin Kontrolü Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (76/464/AB)
- Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği
- Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Ocak 2005/26041

- Kocaeli Üniversitesi (KOÜ) Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Ocak 2005/26043

- Atatürk Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Sağlık Yüksekokulları Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Lisans Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Ocak 2005/26044

- Savunma Sanayii Müsteşarlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 06 Ocak 2005/26045

- Türk Silahlı Kuvvetleri İzin Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü ve Hissedarı Olduğu Anonim Şirketlerde Görev Yapan Personelin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 07 Ocak 2005/26046

- Öğretmenlik Kariyer Basamaklarında Yükselme Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Plân Yapımını Yüklenecek Müelliflerin Yeterliliği Hakkın'da Yönetmelik
- Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Kapalı Devre Televizyon Yayınları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uydu Yayını Lisans ve İzin Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kablolu Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Sorumlu Müdür Yönetmeliği
- Doğal Gaz Piyasası Sertifika Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 08 Ocak 2005/26047

- Polis Akademisi Başkanlığı Polis Meslek Yüksekokulları Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kentsel Atıksu Arıtımı Yönetmeliği
- Meslek Yüksekokulları ve Açıköğretim Ön Lisans Programları Mezunlarının Lisans Öğrenimine Devamları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik

RG 09 Ocak 2005/26048

- Tarımda Kullanılan Organik, Organomineral, Özel, Mikrobiyal ve Enzim İçerikli Organik Gübreler ile Toprak Düzenleyicilerin Üretimi, İthalatı, İhracatı, Piyasaya Arzı ve Denetimine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüzme Suyu Kalitesi Yönetmeliği (76/160/AB)

RG 14 Ocak 2005/26049

- Adli Tıp Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Ocak 2005/26050

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Peyzaj Mimarları Odası Ana Yönetmeliği
- Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Ocak 2005/26053

- Harp Akademileri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Ocak 2005/26054

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Ocak 2005/26055

- Dış Ticarete Teknik Düzenlemeler ve Standardizasyon Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eczaneler ve Eczane Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Ocak 2005/26056

2005/9912 Muhasebe Yetkililerinin Eğitimi, Sertifika Verilmesi ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

2005/9913 Ön Ödeme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

2006/9923 Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Karayolları Trafik Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 23 Ocak 2005/26058

- Atatürk Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 25 Ocak 2005/26060

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Müdürlüğü ve Stenografi Kursu Yönetmeliği
- Haliç Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İnönü Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ondokuzmayıs Üniversitesi Eğitim - Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Ocak 2006/26061

- İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Merkez ve Taşra Teşkilatı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afet Sebebiyle Hak Sahibi Olanların Tespiti Hakkın'da Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Anadolu Üniversitesi Sivil Havacılık Yüksekokulu Pilotaj Bölümü Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Ocak 2006/26062

2006/9938 Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Ocak 2006/26063

- Türkiye Sualtı Sporları Federasyonu Can kurtarma Yönetmeliği
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 6831 Sayılı Orman Kanunu'nun 31, 32 ve 33. Maddelerinin Uygulanmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 30 Ocak 2006/26065

- Erciyes Üniversitesi Veteriner Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İngilizce Hazırlık Sınıfı Yönetmeliği
- Yıldız Teknik Üniversitesi Turizm Alanları Yönetimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 01 Şubat 2006/26067

- Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komisserleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yurt İçinde Fuar Düzenlenmesine Dair Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Yönetmelik
- BOTAŞ Boru Hatları ile Petrol Taşıma AŞ Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Disiplin Amirleri Yönetmeliği

RG 02 Şubat 2006/26068

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Milli Saray, Köşk, Kasır ve Müştemilatının Bakım, Onarım ve Korunmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İçişleri Bakanlığı Hizmetiçi Eğitim Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Bağ-Kur Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Orman Yetiştirme Materyallerinin Ticareti Yönetmeliği (1999/105/Ec)

RG 03 Şubat 2006/26069

- Belirli Tekstil Ürünleri İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

- Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Beden Eğitimi ve Spor Yüksekokulu Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Ağrı Sağlık Yüksekokulu Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Erzurum Sağlık Yüksekokulu Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Erzincan Fen Edebiyat Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Ağrı Eğitim Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Bayburt Eğitim Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Atatürk Üniversitesi Erzincan Sağlık Yüksekokulu Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Ziraat Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi İletişim Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Erzincan Eğitim Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Şubat 2006/26070

- Elektronik İmza Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Şubat 2006/26071

- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Bilim ve Teknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 06 Şubat 2006/26072

- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi İbrahim Bodur Girişimcilik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 07 Şubat 2006/26073

- Türkiye İzcilik Federasyonu İzcilik Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Tekstil Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliği

RG 08 Şubat 2006/26074

2006/9974 Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- İstanbul Teknik Üniversitesi Lisans İngilizce Hazırlık Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 09 Şubat 2006/26075

- Gelir İdaresi Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Gelir İdaresi Başkanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Devlet Muhasebesi Standartları Kurulunun Yapısı ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Kurumu Gelirlerinin Tarh, Bildirim, Tahakkuk, Tahsilât Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Ankara Üniversitesi Çankırı Meslek Yüksekokulu Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Hasta Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 10 Şubat 2006/26076

- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Kültür Üniversitesi Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Şubat 2006/26077

- Milli Sporcu Belgesi Verilmesi Hakkında Yönetmelik
- Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Sağlık Bakanlığı'na Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkın'daki 209 Sayılı Kanun Gereğince İşletme, İdare ve Muhasebe İşlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Yandal Programı Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Şubat 2006/26078

- Gaz Sayaçları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (71/318/AT)

RG 13 Şubat 2006/26079

- Denizcilik Eğitimi Denetleme ve Kalite Standartları Esasları Hakkında Yönetmelik
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Denizcilik Eğitimi Denetleme ve Kalite Standartları Esasları Hakkında Yönetmelik
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 14 Şubat 2006/26080

- Askeri Okullara Alınan Öğrenciler ile Silahlı Kuvvetler Hesabına Fakülte ve Yüksekokullar da Okuyan Öğrenciler İçin Yüklenme Senedi Düzenlenmesine ve Bu Okullardan Çeşitli Sebeplerle Ayrılacak Öğrencilere veya Kefillerine Ödettirilecek Tazminata Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Yaygın Eğitim Kurumları Yönetmeliği
- Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Çift Anadal Programı Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Şubat 2006/26081

- Bazı Yönetmeliklerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelikler

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.

KANUNLAR

BİLGİ EDİNME HAKKI KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 5432

Kabul Tarihi: 17.11.2005

Madde 1. 9.10.2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasında geçen "*16 ve 17. maddelerde öngörülen sebeplerle*" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

Madde 2. 4982 sayılı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrasında geçen "*16 ve 17. maddelerde öngörülen sebeplere dayanılarak*" ibaresi madde metninden çıkarılmış, yedinci fıkrasında geçen "*uhdesinde kamu görevi bulunanlara (1000), uhdesinde kamu görevi bulunmayanlara ise (2000)*" ibaresi "(3000)" olarak

değiştirilmiş ve fıkranın sonuna aşağıdaki cümle eklenmiştir.

Bir ayda fiilen görev yapılan gün sayısının dördü aşması halinde, aşan günler için huzur hakkı ödenmez.

Madde 3. Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 4. Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

21 Kasım 2005

YÖNETMELİKLER

Adli Sicil Yönetmeliği

Amaç ve Kapsam

Madde 1. Adli sicil ve arşiv bilgilerinin oluşturulması, saklanması, ilgililere verilmesi ve silinmesi hususlarını kapsayan bu Yönetmeliğin amacı, 25.5.2005 tarihli ve

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun uygulanmasındaki usul ve esaslar ile adli sicil hizmetlerini yürütecek birimler arasındaki görev ilişkilerini belirlemek, hizmetin yürütülmesinde izlenecek yöntemleri saptamak, uygulamada işbirliği ve koordinasyonu sağlamaktır.

Dayanak

Madde 2. Bu Yönetmelik, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 15. maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

Madde 3. Bu Yönetmelikte geçen;

Bakan: Adalet Bakanı'nı,

Bakanlık: Adalet Bakanlığı'nı,

Genel Müdürlük: Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nü,

Kanun: 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nu,

Ceza Fişi (Ek-1): Türk mahkemelerince verilerek kesinleşen, disiplin cezaları, sırf askeri suçlar ve tazyik hapsi ile idari para cezası dışında kalan ceza mahkumiyetleri, fer'i cezalar ve güvenlik tedbirlerinin adli sicile bildirimini için düzenlenecek fişi,

Tali Karar Fişi (Ek-2): Ceza fişi ile adli sicile bildirilmiş olan hüküm ve kararlarda değişiklik yapan kararlar ile kamu davasının açılmasının

ertelenmesine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararların bildirileceği fişi,

Yerine Getirme Fişi (Ek-3): Hürriyeti bağlayıcı cezalar ile para cezalarının infaz edildiğini, fer'i cezalarda, güvenlik tedbirlerinde sürenin bittiğini, para cezalarının hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrildiği hallerde infazın bittiğini bildiren fişi,

Bilgi İstek Fişi (Ek-4, 5): Cumhuriyet Başsavcılıkları, hakim ve mahkemeler ile kaymakamlıkların adli sicil merkezlerinden bilgi istemek üzere düzenleyecekleri fişi, ifade eder.

Merkezi Adli Sicil

Madde 4. Hakkında Türk mahkemeleri veya yabancı ülke mahkemeleri tarafından kesinleşmiş ve Türk hukukuna göre tanınan mahkumiyet kararı bulunan Türk vatandaşları ile Türkiye'de suç işlemiş olan yabancılara ait bütün adli sicil kayıtları, Genel Müdürlükteki merkezi bilgi işlem sisteminde tutulur. Anılan kayıtların güncelleştirilmesi, düzenlenmesi, düzeltilmesi ve online sistemle mahalli adli sicillere ulaştırılması görevi de merkezi adli sicil tarafından yerine getirilir.

Mahalli Adli Sicil

Madde 5. Mahalli adli sicil, bulunduğu yer ile gerektiğinde diğer yerlere ait adli sicil bilgilerinin bilgisayara girilmesi, bu bilgilerin

merkezi adli sicile aktarılması ile merkezi adli sicilden bilgilerin alınıp ilgili şahıs ve kurumlara iletilmesi ile görevlidir.

Mahalli adli sicillerin kurulacağı yerler ile buralara bağlanacak mahalli adli siciller genel müdürlükçe belirlenir. Mahalli adli sicillerde merkezi adli sicille haberleşmeyi sağlayacak adli sicil bilgi işlem sistemleri kurulur.

Mahalli adli sicillerde, adli sicil bilgilerine ait veri girişi ve sorgulama hizmetleri o yer Cumhuriyet Başsavcılığı nezdindeki adli sicil müdürlüğü, şeflik veya memurluğunca yürütülür.

Adli Sicile Kaydedilecek Bilgilerin Gönderileceği Makamlar

Madde 6. Türk mahkemeleri tarafından vatandaş veya yabancı hakkında verilmiş ve kesinleşmiş mahkumiyet hükümleri adli sicile kaydedilir.

Anayasa Mahkemesi tarafından Yüce Divan sıfatı ile verilen mahkumiyet kararları ve Yargıtay'ın özel kanun hükümleri uyarınca yaptığı yargılama sonunda verdiği cezalara dair kesinleşmiş mahkumiyet kararları Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na,

Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce verilmiş ve kesinleşmiş olan mahkumiyet kararının Türk hukuku bakımından

doğurduğu hak yoksunluklarına ilişkin olarak Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine mahkemece verilen kararlar Cumhuriyet Başsavcılıklarınca,

İlgili yasaları gereği mahkemelerce verilen düşme ve ortadan kaldırma kararları o yer Cumhuriyet Başsavcılıklarınca,

Özel kanunlar gereğince savcılıklar ve mahkemelerce verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesine, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ve bu kararların ortadan kaldırılmasına ilişkin kararlar ilgili Cumhuriyet Başsavcılıklarınca, doğrudan merkezi adli sicile gönderilerek kaydedilir.

Kanun'un 4. maddesinde belirtilen kararlarla ilgili olarak düzenlenecek ceza ve tali karar fişleri, hükmü veren mahkeme tarafından düzenlenerek adli sicile bildirilmek üzere o yer Cumhuriyet Başsavcılıklarına gönderilir.

Mahkemeler tarafından kararlara uygun olarak düzenlenen ceza ve tali karar fişleri üç gün içerisinde mahkemenin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir. Cumhuriyet Başsavcılıkları mahkemelerden gönderilen ceza ve tali karar fişleri ile kendilerince düzenlenecek yerine getirme fişlerini üç gün içerisinde, bilgi işlem sistemi kurulmuş ise mahalli adli sicile, kurulmamış ise, o yerin bağlı bulunduğu ağır ceza merkezindeki mahalli adli sicile gönderir.

Askeri mahkemelerden verilip infaz için Cumhuriyet Başsavcılıklarına gönderilmiş mahkumiyet kararlarına ilişkin ceza veya tali karar fişleri Cumhuriyet Başsavcılıklarınca düzenlenerek ilgili makamlara gönderilir.

Ayrıca özel kanunlar gereğince savcılıklarca ve mahkemelerce verilen erteleme kararlarına ilişkin tali karar fişleri, üç gün içinde genel müdürlüğe gönderilir.

Yukarıdaki fıkrada yer alan erteleme kararlarına dair adli sicil bilgileri, sadece soruşturma ve kovuşturma konusu olan işler nedeniyle savcılıklar ve mahkemelerce istenildiğinde verilir.

Adli Sicile Kaydedilecek Bilgilerin Bildirilme Usulü

Madde 7. Ceza fişleri, kanun yoluna başvurulmaması halinde hüküm ve kararların kesinleştiği, kanun yoluna başvurulması halinde ise, başvurunun üst mahkemece reddi veya hüküm ve kararın onanması üzerine evrakın mahkemeye geldiği tarihte düzenlenir. Temyiz talebinin mahkemece reddi halinde ceza fişi bir haftalık sürenin müracaatsız geçtiği tarihte düzenlenir.

Yukarıdaki usuller çerçevesinde tanzim olunacak örneği bu Yönetmeliğe ekli ceza, yerine getirme ve tali karar fişlerinin mahsus bölümüne tüm kimlik bilgileriyle birlikte, İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık Genel Müdürlüğü'nce

merkezi nüfus idaresi sistemi projesi çerçevesinde belirlenen Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasının da yazılması zorunludur.

Bir hükümlerle birden fazla kişiler mahkum edildiği takdirde her kişi için,

Bir hükümlerle bir kişi birden fazla suçları nedeniyle mahkum edildiği takdirde de her suça ait mahkumiyet için, ayrı ayrı bildirme fişi düzenlenir.

Şartla ertelenen mahkumiyetlere ait bildirme fişi, şartın tahakkuk ettiğinin mahkemeye bildirilip mahkemece karar verildiği tarihte, şart tahakkuk etmediği takdirde şart için belirlenen sürenin sona erdiği veya cezanın infazının tamamlandığı tarihte düzenlenir.

Bilgileri eksik veya yanlış olan fişler, eksiklikler giderilip doğru olarak düzenlenmesi için aynen iade edilir. Yeniden doğru olarak düzenlenen bildirme fişleri eskisi ile birlikte adli sicile gönderilir. Eksik veya yanlış olanlar adli sicil tarafından imha edilir.

Usulüne uygun düzenlenerek adli sicile gönderilen fişlerin derhal adli sicil sistemine girişi ve transferi yapılır.

Adli Sicile Bildirilmeyecek Kararlar

Madde 8. Türk mahkemeleri tarafından verilmiş olsa bile; disiplin suçlarına ve sırf askeri suçlara iliş-

kin mahkumiyet hükümleri, disiplin veya tazyik hapsine ilişkin kararlar, idari para cezasına ilişkin kararlar, adli sicile kaydedilmez.

Adli Sicil Bilgileri Verilebilecek Olanlar

Madde 9. Adli sicil bilgileri, kullanılış amacı ve verileceği merci belirtilmek suretiyle; ilgili kişiye veya vekaletnamede açıkça belirtilmek koşuluyla vekiline, kamu kurum ve kuruluşlarına, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına verilebilir.

Taleplerin yazılı olarak yapılması sırasında, adli sicil bilgisinin niçin istendiğinin belirtilmesi ve nüfus kimlik bilgilerini içeren belgenin dilekçeye eklenmesi; kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarınca da kimlik bilgilerinin tereddüde yer vermeyecek şekilde bildirilmesi zorunludur.

Yabancı devletler tarafından istenilen adli sicil bilgileri taraf olduğumuz ikili ve çok taraflı sözleşmeler uyarınca, sözleşme olmayan ülkeler için de karşılıklılık esaslarına göre verilir.

Adli Sicil Bilgilerini Verebilecek Merciler

Madde 10. Adli sicil bilgileri; mahalli adli sicillerde Cumhuriyet Başsavcılıklarınca, asliye mahkemelerinin bulunmadığı ilçelerde kay-

makamlıklarca, merkezi adli sicilde ise genel müdürlükçe verilir.

Mahkemeler ve Cumhuriyet Başsavcılıkları adli sicil bilgilerini, kurulmuş ise mahalli bilgi işlem merkezinden, kurulmamış ise bağlı oldukları ağır ceza bilgi işlem merkezinden, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını da içeren örneği bu Yönetmeliğe ekli (Ek-4) bilgi isteme kağıdı düzenleyerek isterler.

Asliye mahkemeleri bulunmayan ilçelerde ise; kaymakamlıklar, adli sicil bilgilerini, ilçenin adli yönden bağlı olduğu ağır ceza bilgi işlem merkezinden, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını da içeren örneği bu Yönetmeliğe ekli (Ek-5) bilgi istek fişini düzenleyerek isterler.

Adli Sicil Bilgilerinin Silinmesi

Madde 11. Adli sicildeki bilgiler; cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması, ceza mahkumiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme veya etkin pişmanlık, ceza zamanaşımının dolmasına ilişkin bildirme fişinin genel müdürlükteki merkezi sisteme girilerek güncellenmesini müteakip genel müdürlük tarafından silinerek arşiv kaydına alınır.

Genel af halinde silme işlemi genel müdürlükçe re'sen yapılarak kayıtlar arşive alınır.

İlgilinin ölümü halinde, kişinin ölümünü tevsik eden resmi belgenin Genel Müdürlüğe ulaşmasını

müteakip adli sicil kaydı tamamen silinir.

Ceza infaz kurumlarındaki hükümlü ölüm bilgileri ise nüfus kayıt bilgileri ile birlikte en geç üç gün içinde ilgili Cumhuriyet Başsavcılıklarınca genel müdürlüğe bildirilir.

Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce verilmiş olup Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendine göre adli sicile kaydedilen hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumiyet hükümleri, kesinleştiği tarihten itibaren mahkumiyet kararında belirtilen sürenin geçmesiyle, genel müdürlükçe adli sicil kayıtlarından çıkartılarak arşiv kaydına alınır. Adli para cezasına mahkumiyet hükümleri ile cezanın ertelenmesine ilişkin hükümler, adli sicil kaydına alınmadan doğrudan arşive kaydedilir.

Arşiv Bilgilerinin İstenmesi

Madde 12. Arşiv bilgileri;

Kullanılış amacı belirtilmek suretiyle, kişinin kendisi veya vekaletnamede açıkça belirtilmiş olmak koşuluyla vekili,

Bir soruşturma veya kovuşturma kapsamında mahkeme, hakim veya savcılıklar,

Yetkili seçim kurulları,

Madde metinlerinde "*affa uğramış olsalar bile*" ibaresi bulunan kanunlarda belirtilen suçlara ilişkin bilgiler

özel kanunlarda gösterilen hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşları,

tarafından istenebilir.

Kanunda açıkça belirtilmediği takdirde, kişi hakkında alınacak bir karar veya yapılacak bir işlemle ilgili olarak, bir yakınının adli sicil ve arşiv kayıtları istenemez ve bu bilgiler, kişiyi herhangi bir haktan yoksun bırakmak için dayanak olarak kullanılamaz.

On sekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtları; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere mahkeme, hakim veya savcılıklarca istenebilir.

Adli Sicil ve Arşiv Bilgilerinin Silinmesi

Madde 13. Arşiv bilgileri, ilgilinin ölümü üzerine ve her halde kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yılın geçmesiyle, tamamen silinir.

Fiilin kanunla suç olmaktan çıkarılması halinde, bu suçtan mahkumiyete ilişkin adli sicil ve arşiv kayıtları, talep aranmaksızın, tamamen silinir.

Kanun yararına bozma veya yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının kesinleşmesi halinde, önceki mahkumiyet kararına ilişkin adli sicil ve arşiv kaydı tamamen silinir.

ekler

Bu hallerde silme işlemi, genel müdürlüğün teklifi ve Bakan'ın onayı ile kurulan komisyonca re'sen yapılır.

Adli Sicil Bilgilerinin Sınırlı Olarak Verilebileceği Haller

Madde 14. On sekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtları ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere mahkeme, hakim veya savcılıklara talep halinde verilir.

Haklarında özel kanun hükümleri uygulanmak suretiyle koruma tedbirlerinden yararlanarak kimlikleri değiştirilen bazı suç faillerinin yeni kimlikleri adli sicil kayıtlarına işlenmek üzere genel müdürlüğe gönderilir.

Koruma tedbirlerinden yararlanarak kimlikleri değiştirilenleri merkezi adli sicile bildirmekle görevli makamlar, bu kişilerin eski kimlikleri ile yeni kimliklerini ve varsa haklarında kesinleşmiş mahkumiyet kararlarını birlikte gönderir. Bu kişilere ait adli sicil bilgileri de ancak soruşturma ve kovuşturma konusu olan işler sebebi ile mahkeme, hakim, askeri hakim, Cumhuriyet Başsavcılıkları, askeri savcılıklar veya yetkili seçim kurullarınca istendiği takdirde yeni kimlikleri ile bildirilir.

Adli Sicil ve Arşiv Kayıtlarında Sorgulama Yetkisi Verilmesi

Madde 15. Bir suça ilişkin soruşturma ve kovuşturma kapsamında

adli sicil ve arşiv kayıtlarında,

Mahkeme, hakim, askeri hakim, Cumhuriyet Başsavcılığı ve askeri savcılık doğrudan,

Kolluk ve diğer kamu kurum ve kuruluşları Bakan'ın onayı ile sorgulama yapabilirler.

Sorgulamanın usul ve esasları Bakanlık ile sorgulama talep eden kuruluşlar arasında yapılacak protokolle belirlenir.

Yürürlükten Kaldırılan Yönetmelik

Madde 16. 13.11.1991 tarihli ve 21050 sayılı *Resmi Gazete'* de yayımlanan Adli Sicil Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlük

Madde 17. Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 18. Bu Yönetmelik hükümlerini Adalet Bakanı yürütür.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ STAJ KREDİ YÖNETMELİĞİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK

Madde 1. 19.12.2001 tarihli 24615 sayılı *Resmi Gazete'* de yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Staj Kredi Yönetmeliği'nin 8. maddesinin

birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Her yıl Ocak ayında, staj kredi fonundan stajyerlere verilecek kredinin miktarı, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu’na belirlenir. Miktarın belirlenmesinde; barolarda staj yapan stajyerlerin sayısı, fonda toplanan para miktarı göz önünde bulundurulur.”

Madde 2. Aynı Yönetmeliğin 9. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Madde 9. Krediden yararlanabilmek için herhangi bir baronun staj listesine yazılmış olmak ve stajyerin, ailesinin mal varlığı ve aylık gelir durumuna göre, ailesinin katkısıyla stajını yapamayacak mali durumda olması gerekir. Kredi almak isteyen stajyer, kredi başvuru formunu doldurarak diğer belgelerle birlikte listesine yazılı olduğu baroya başvurur.

Baro, başvuru dosyasını Türkiye Barolar Birliğine ivedilikle gönderir.”

Madde 3. Aynı Yönetmeliğin 10. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Madde 10. Kredi başvurusuna;

a. Türkiye Barolar Birliği tarafından belirlenen başvuru formu,

b. Staj kredi talebi tanıtım ve mali durum bildirim formu,

c. Stajyerin staj listesinde kayıtlı olduğunu gösteren baro yazısı,

d. Stajyerin üstleneceği yükümlülükler, geri ödemenin biçimi ve tebligat adresi ile kefile ilgili belgelerin yer aldığı kredi sözleşmesi,

e. Kredinin ödenmesi için gereken diğer bilgi ve belgeler, eklenir.”

Madde 4. Aynı Yönetmeliğin 11. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Madde 11. Kredi isteminin koşullara uygunluğu Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu’nun yetkiledirdiği üyeleri tarafından incelenerek kabul veya ret edilir. Kredi başvurusu ile ilgili karar 30 gün içinde stajyere ve barosuna bildirilir. Ret kararları aleyhine, stajyer tarafından, kendisine yapılan tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içinde, Türkiye Barolar Birliği’ne itiraz edilebilir. İtirazlar, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunda incelenir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir.”

Madde 5. Aynı Yönetmeliğin 17. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Madde 17. Türkiye Barolar Birliği, staj kredi birimi tarafından, stajyerin beyanlarının doğruluğu resmi kurumlar aracılığı ile soruşturulur.

Stajyerin kredi almasına engel bir durum ortaya çıktığında, bu engel kayıtlı olduğu baro tarafından soruşturulur.

Soruşturma süresince kredi verilmesine devam olunur. Soruşturma sonucu verilen rapor Türkiye Barolar Birliği'ne bildirilir ve stajyere tebliğ edilir. Stajyer on gün içinde bu rapora karşı Türkiye Barolar Birliği'ne itiraz edebilir. Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca, soruşturma sonucuna ilişkin rapor ve varsa stajyerin itirazı incelenir. İnceleme sonucu verilen kredinin kesilmesi kararı kesindir.

Kredinin kesilmesine ilişkin karar tarihinde stajyerin kredi borcunun tamamı muaccel hale gelir.

Soruşturmada, Avukatlık Kanunu'nun soruşturma yöntemine ve savunma hakkına ilişkin kuralları uygulanır.

Soruşturma sonucunda verilen raporda, kredi başvurusunun yapılması aşamasında yapılan beyanların aksi saptandığında stajyer hakkında disiplin kovuşturması açılır.”

Madde 6. Aynı Yönetmeliğin 19. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**Madde 19.** Stajyerin kredi borcu, staj bitim tarihinden itibaren yirmi dört ay sonra muaccel hale gelir. Bu Yönetmeliğin 18. maddesi uyarınca hesaplanan toplam borç muacceliyet tarihinden itibaren kredi kullanım taksit sayısını geçmemek koşulu ile aylık taksitler halinde geri ödenir. Toplam borcun muacceliyet tarihinden önce tamamen geri ödenmesi durumunda herhangi bir faiz talep edilmez.

Kredi borcundan, kefiller de müşte-
reken ve müteselsilen sorumludur.

Avukatlık Kanunu'nun 25. maddesi nedeniyle uzatılan staj süreleri, kredi geri ödeme başlangıç tarihinin belirlenmesinde dikkate alınmaz.

Stajyerin, staj sonrası avukatlık dışında başka bir mesleğe girmesi halinde, kredi borcunun tamamı avukatlık dışındaki mesleğe giriş tarihinde muaccel hale gelir, avukatlık mesleğine girmiş olanlara tanınan ödeme kolaylıkları başka mesleğe girmiş olanlara tanınmaz.”

Yürürlük

Madde 7. Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 8. Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu yürütür.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ AVUKATLIK STAJ YÖNETMELİĞİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK

Madde 1. 19.12.2001 tarihli ve 24615 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliği'nin 22. maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Düzenli, sistematik ve programlı olarak yeterli staj eğitimi yaptırma imkanı bulunmayan barolarda staj yapan stajyerler için bu eğitim; bölge özellikleri ve stajyer sayıları göz önünde tutularak oluşturulacak stajyer gruplarına, düzenlenecek staj eğitim programları doğrultusunda ve eğitmenler aracılığıyla Türkiye Barolar Birliği’nce belirlenecek esaslara göre verilir.”

Yürürlük

Madde 2. Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 3. Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu yürütür.

BİLGİ EDİNME HAKKI KANUNU’NUN UYGULANMASINA İLİŞKİN ESAS VE USULLER HAKKINDA YÖNETMELİKTE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK

Madde 1. 19.4.2004 tarihli ve 2004/7189 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun Uygulan-

lanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin 22. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Kurum ve kuruluşlar, elektronik posta yoluyla erişim sağlananlar dahil, erişimine olanak sağladıkları bilgi veya belgeler için başvuru sahibinden, bilgi veya belgelere erişimin gerektirdiği inceleme, araştırma, kopyalama, postalama ve diğer maliyet unsurları ile orantılı ölçüde ücret tahsil edebilir. Kurum ve kuruluşlarca uygulanacak bilgiye erişim ücret tarifesi Maliye Bakanlığı’nca belirlenir.

Ancak erişimine olanak sağlanan bilgi veya belgelerin ilk on sayfalarının kopyaları için, postalama maliyeti dahil herhangi bir ücret alınmaz.”

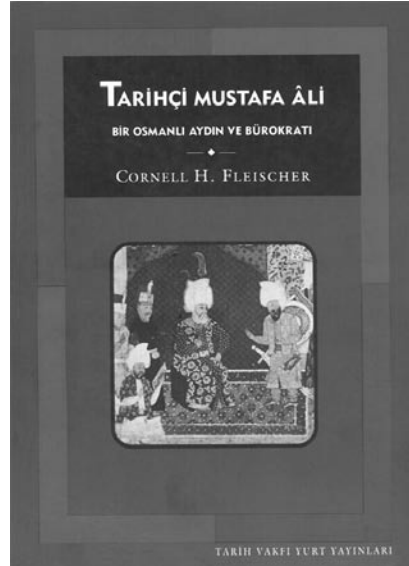
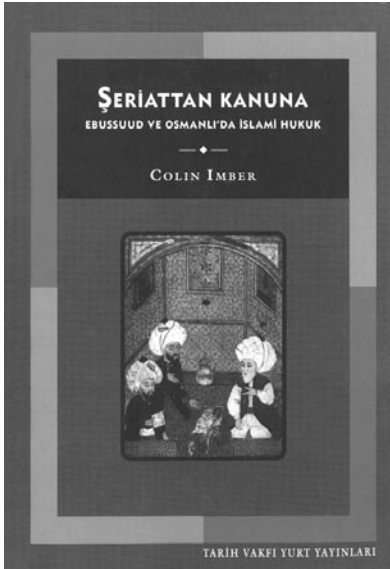
Madde 2. Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 3. Bu Yönetmelik hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

OSMANLI İMPARATORLUĞU'NDA ÖNCELİK SÜREKLİ OLARAK: ŞERİATTA MI? KANUN'DA MI?

- ŞERİATTAN KANUNA, (Ebüssuud ve Osmanlı'da İslami Hukuk), Colin Imber, Çeviri: Murteza Bedir, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 2004.
- TARİHÇİ MUSTAFA ÂLİ, (Bir Osmanlı Aydın ve Bürokrati), Cornell H.Fleischer, Çeviri: Ayla Ortaç, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 1996.
- SENED-İ İTTİFAK VE GÜLHANE HATTI HÜMAYUNU, Halil İnalcık, Belleten XXVIII/112, s. 603 ve devamı, Ankara 1964
- BÜROKRASİ, BATILILAŞMA, LAİKLEŞME, Halil İnalcık, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 50, s. 61 ve devamı, Ankara 2004.

“Laiklik” ve zaman zaman aynı anlamda kullanılmakla birlikte ayrı bir içerikte olan “secularisme”, 1789 Fransız İhtilali'nin sonucu, Aydınlanma Çağı'nın bir ürünü. Devletin kaynağının ve düzeninin tanrısal olduğu şeklindeki ortaçağ düşüncesinin yerini insan aklının egemenliğine



terk etmesi ile anlam kazanıyor. Sorun tanrısal kaynağından arıtılan devlet ile dinin uyumunu sağlamak. İşte laiklik veya secularisme bu ihtiyacın ürünü olarak, pek çok kavram gibi, Fransız İhtilali'nden sonra siyaset bilimine giriyor.

Doğu'nun en büyük devleti olan

Osmanlı İmparatorluğu'nda din sadece inanç ve ahlak kurallarından ibaret değildi. Aynı zamanda toplum düzeni ve devlet faaliyetleriyle ilgili hükümler de içeriyordu.

Bunun sonucu olarak 17.yüzyılda “şeriat” denilen din hukukuna bağlanarak Osmanlı imparatorluğu'nda “devlet dondurulmuş bir karaktere” dönüşmüş idi. Bu durum imparatorluğun her alanda gerilemesine, batı karşısında yenilmesine ve fakirleşmesine neden olmuştu. Bu durumun düzeltilmesi İmparatorluğun eski görkemli günlerine kavuşturulması için 17. yüzyılda Koçi Bey, 18. yüzyılda Defterdar Sarı Mehmet Paşa ve 19. yüzyılın başında Ebu Bekir Ratip Efendi padişahlara, istekleri üzerine tezkereler, raporlar hazırladılar.

Bütün bu çabalardan ortaya çıkan ortak sonuç, batı karşısında 17. yüzyıldan sonra yenilgilerden kurtulmak için yalnız orduyu ve askerlik kurumlarını yenileştirmek yetersiz kaldığı şeklinde olmuştur. Devlet kurumlarının, toplum düzeninin de modernleştirilmesi gerekmektedir. Bu anlayışın doğal sonucu olarak devlet kurumlarının laikleştirilmesi Tanzimat'la olmuştur.

Osmanlı İmparatorluğu'nda bu ihtiyaç ne zaman hissedilmiştir?

Yukarıda verilen örneklerde görüldüğü gibi 17. yüzyıldan itibaren.

O güne kadar Osmanlı İmparatorluğu, acaba Batı'nın devlet anlayışının anti laik olmasından dolayı mı, yoksa kendi düzeninin lâik karakterinden dolayı mı Batı karşısında böyle bir ihtiyaç duymamıştır?

Cevaplandırılması gereken soru bu.

Osmanlı İmparatorluğu'nun duraklama ve gerileme devrinin de aynı zamanda başlaması ilginç değil mi?

Halil Inalcık, “Bürokrasi, Batılılaşma, Laikleşme” adlı makalesinde “Türkler, IX. Yüzyılda İslam dünyasına girerek bu dünyayı idare etmeye başladıkları zamandan itibaren devlet idaresine yeni bir gelenek getirdiler. Bozkır imparatorluklarından gelen bu gelenek, devletin her şey üstünde mutlak eylem bağımsızlığı ve kamuya ait meselelerde yasama hakkının Hakan'a/devlet'e ait olması biçiminde tanımlanabilir. Böylece İslam dünyasında ortaya çıkan Türk devletlerinde türe (toru, tüzük, yasa) veya kanun, şeriatın dışında varlığını sürdürüyor ve kamu hayatını devlet siyasetini biçimlendirmede esneklik sağlayarak ve şeriat kurallarını en liberal biçimde yorumlayarak, devleti onun çıkarlarına en uygun şekilde idare ediyordu. Kanun rejimi aynı zamanda, gerçek durumların zorladığı reform ve yenilikleri

getirmekte de kolaylık sağlıyordu.” demekte ve Osmanlı’dan önceki Anadolu Türk devletlerinde de yasanın önemini vurgulamaktadır.

Bu anlayışın 16. yüzyıl sonuna kadar devam ettiği anlaşılmaktadır. 16. yüzyılın “Nişancı”sı Mustafa Âli, Osmanlı İmparatorluğu’nda bozulmayı yasalara karşı duyarsızlıkta buluyor ve eleştiriyordu. Mustafa Âli, Nişancı “Müfti-i kanun”dur diyordu ve “kanunun hem örf hem yasa olarak Osmanlı devlet ve toplumunun temeli olduğu inancı”ndadır. Kanun din dışı adaletin ve düzenin simgesi olarak Osmanlı devletinde şeriatı yakın bir yer tutmaktadır. “Kanunun müftüsü” olan Nişancı devletin manevi vicdanının yarısını temsil etmektedir.

Bu bilgilerimiz ışığında Colin İmber’in kitabının giriş bölümünde dile getirdiği, “17.yüzyılın başlarında ortaya çıktığı görülen ve modern tarihçilerin sıklıkla tekrar ettikleri bir Osmanlı geleneği, I.Süleyman iktidarında Ebüssud’un seküler hukuku şeriatı uyumlu hale getirdiği” iddiası süreci daha anlamlı kılmaktadır. Ebüssud Efendi, kanun anlayışı ile şeriatı uyumlu hale getirdiği ve bunun da özellikle 17. yüzyıldan sonra Osmanlı hukuk ve toplumunun dinselleşme sürecine hız verdiği görülmektedir. Kitap üç kısımdır. I. Kısım, Tarihsel ve Hukuki Arka Plânı (Osmanlı İmparatorluğu, Hukuk ve Ebüssud, Hukuk: Şeriat ve Kanun); İkinci Bölüm, Hukuki Otoritenin Kaynakları (İlahi Hukuk ve Osmanlı Padişahı, Sultan ve Hukuki Egemenlik, Halifelik); 3. Kısım Hukuk Ayrıntıları başlıklarını taşımaktadır.

Gerçekten de 17. yüzyıldan itibaren Osmanlı İmparatorluğu’nda ciddi bir dinselleşme çabası başlamış ve devleti dinselileştirmek konusunda inişli çıkışlı bir yol izlenmiştir. Tanzimat’ın ilanına kadar ve ondan sonra, toplumu dinselileştirme çabasında olanlarla buna direnenler arasında kıyasıya bir mücadele olmuştur. Yenilikçiler için özünde yani ekonomi, sanayi ve eğitimin yaygınlaştırılması konusunda başarılı olamamışlar, yenilik adına yapılanları ise dinselleşme yanlıları kabullenmemişlerdir. Bu nedenle yenilik hamleleri Cumhuriyete kadar karşı devrim ve isyanlarla devre dışına itilmiştir.

Devleti dinselileştirme yolundaki bu yoğun mücadeleli iki yüzyıldan sonra, Tanzimat’la devletin laikleşmesi sürecine girilmiş ve Cumhuriyet rejimi ile de amaca ulaşılmıştır. Bu nedenle toplumun ve devletin dinselileştirilmesi çabalarının beş yüz yıllık bir geçmişi bulunmaktadır. Bugünkü çabaların gerçek anlamını ve gelişimini iyi anlayabilmek için bu sürecin aydınlığa çıkması ve tartışılması gerekmektedir.

Biz “Şeriatın Kanuna” kitabı dolayısıyla bu konuda küçük bir adım atmayı denemekteyiz.

Teoman ERGÜL

BİR BİLİRKİŞİNİN ANILARI VE BAZI YORUMLAR

Atilla İnan, Ankara

Yargılamada, yargıcın uzmanlık isteyen konularda bilirkişiye başvurusu son derece haklı ve gereklidir. Bir ihtiyacın sonucudur. Ancak, yargıçlarımızın çeşitli nedenlerle uzmanlık gerektirmeyen konularda ve daha vahimi hukuk kurallarının uygulanmasını gerektiren durumlarda bile bilirkişiye başvurmaları, uzman olmayanların bilirkişilik yapmaları ve raporlarının mahkeme hükmüne dayanak olması, hem yargıyı hem de bilirkişileri haklı eleştirilerin hedefi haline getirmektedir.

Hukukçu ve emekli Sayıştay Denetçisi Atilla İnan, bilirkişilik deneyimlerini bu kitapta anlatırken bilirkişilik kurumunun savunusunu, objektif olma gayreti içinde yerine getirmeye çalışmakta, bilirkişilik kurumu ile ilgili aksaklıklara dikkat çekip alınması gereken önlemleri göstermektedir.

Değerlendirmelerini yaşadığı ve tanık olduğu olaylar eşliğinde “*Bilirkişiliğin Aydınlar Açısından Önemi*”, “*Önce Eğitim*”, “*Örgütlenme*”, “*Çalışma Koşulları, Sorunlar ve Öneriler*” ile “*Büyük Kuşku*” başlıkları altında anlatmaktadır.

Bilirkişi ve Hakemler Derneği Başkanı İnan’ın, bilirkişiliğin etkili ve bağımsız bir kurum olarak örgütlenmesi çabaları dikkate değer

olmakla birlikte; kendi meslek ve bilim dalından bağımsız bir bilirkişiliğin imkansızlığını ve yaratacağı olumsuz sorunlar ile sağlayabileceği maddi ve manevi haksız kazanımlar açıklayamamaktadır. (0312 435 19 07’den temin edilebilir.)

İNANÇ, ANLATIM VE ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜKLERİ,

Güney Dinç, İzmir Barosu yayını, İzmir 2005.

İzmir Barosu üyelerinden Avukat Güney Dinç’in, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 9, 10 ve 11. maddeleri bağlamında “*İnanç, Anlatım ve Örgütlenme Özgürlükleri*” başlıklı kitabı İzmir Barosu yayınları arasında yayımlanmış bulunuyor.

Anayasa’nın 90. maddesinin almış olduğu son şekilden sonra ulusal mevzuat içerisinde kabul edilmesi gereken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yorumu niteliğindeki kitabın hukukçulara bu alanda yol gösterici niteliğine değinmek istiyoruz.

Kitapta çok sayıda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararına atıf yapılmakta, Türkiye’deki uygulama hakkında objektif eleştiriler ve görüşler yöneltilmektedir.

DERGİLER

KONYA BAROSU DERGİSİ,

Ocak 2006, Yıl 3, sayı 4, Hu-

kuk-Haber-Kültür Dergisi.

Konya Barosu'nun altı ayda bir çıkardığı Hukuk-Haber-Kültür içerikli Baro Dergisi'nin Ocak sayısı elimizde. Dergi Anayasa Mahkemesi üyesi Sacit Adalı, Yargıtay C. Başsavcısı Nuri Ok, Danıştay üyesi Selçuk Hondu, Konya C. Başsavcısı M. Fatih Özdemir, Konya İş Mahkemesi Hakimi Halil Özdemir, Konya C. Savcısı Cihat Ergün, Malatya Bölge İdare Mahkememsi Başkanı Osman Ermumcu gibi yargıç ve savcılar yanında Fevzi Kayacan, Özgen Küçüköner, Uğur Şenaydın, Nezih Dağdeviren, Suat Şahin, Ahmet Özdemir, Hakkı Ünalmiş, Gülden Hamarat, Hüseyin Uğur, Osman Şengül, Fatma Karanlık ve Salih Taytak gibi avukatların da yazı ve karikatürleriyle zengin içerik ve güzel bir sayfa düzeni ve temiz bir baskı ile tabloid boy çıkmıştır. Konyalı şair avukatlar Ali Aysu, Osman Şengül, Celal Altıntaş, Ali Uğur Gündem'in imzaları derginin şiir sayfasını süslemektedirler. Ayrıca Tıp Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Fuat Yöndemli'nin "*Baraklı İki Hukukçu Uçbeyi*" adlı makalesi ile Doç. Dr. M. Onursal Cin'in "*Yerel ve Uluslar arası Yasal Metinlerde İnsan Üzerinde Deney*" başlıklı makaleleri bulunmaktadır.

ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ,

Sayı 8, Ekim 2005

Eskişehir Barosu'nun çıkarılmakta olduğu hukuk dergisi son

sayısında "*Eskişehir Barosu'nda Kayıtlı Avukatlara İlişkin Çeşitli Göstergeler, Analizler ve Yorumlar*", "*Avukatın Disiplin Hukuku*", "*Muris Muvazaası*", "*Avrupa, Avrupa Birliği ve Alman Hukukunda Haksız Rekabet*", "*Klasik Egemenlik Kuramı ile Günümüzdeki Kamu Hizmeti Anlayışının Çatışması*", "*Alman Hukukunda Disiplin Mahkemeleri*", "*5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları*", "*Thatcher Döneminden İtibaren İngiltere'de Kamu Hizmeti Alanında Meydana Gelen Gelişmeler*" başlıklı makaleler yer almaktadır. Ayrıca Türkiye/Dalan davasının İlker Gökhan Şen tarafından çevirisi ile Elsa Avrupa Genç Hukukçular Derneği'nin Kurgusal Duruşma Yarışması için Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi 3. ve 4. sınıf öğrencilerinin hazırlamış olduğu dosya yayımlanmaktadır.

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Kasım-Aralık 2005 sayısı

Yeni biçim ve zengin içeriğiyle büyük bir atılım yapan *İstanbul Barosu Dergisi* geniş Yargıtay kararları yanında, özellikle Av. İsmail Gömlekli'nin 9. Hukuk Dairesi karar derlemesiyle dikkat çekmektedir. Bu sayıda ayrıca, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'ın "*Ticaret Kanunu mu, Ticari İşletmeler Kanunu mu Yoksa Ayrı bir Anonim Şirketler Kanunu mu?*", Av. Başar Yaltı'nın "*Cumhuriyet Hukuk Devrimi*", Prof. Dr. Ersan

Şen'in "İnsan Üzerinde Deney Yapma Suçu", Hilmi Şeker'in "Strazburg Yargı Kararlarında; Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri", Av. Talih Uyar'ın "İcra Hukukunda İstihkak Davası Kavramı", Güneş Ayyıldız'ın "Eski ve Yeni Medeni Kanuna Göre Evlilik İçinde Kadının Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler" başlıklı değerli makaleler yayımlanmakta olan dergi hukukçuların vazgeçilmez başvuru kaynaklarından sayılma niteliğini korumaktadır.

Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla İstanbul Barosu'nun Sanal Dava Yarışması'nda birincilik kazanan ekibin dava dosyası yayımlanmaktadır.

Eskişehir Baro Dergisi'nde yayımlanan Elsa Avrupa Genç Hukukçular Derneği'nin Kurgusal Duruşma Yarışması için Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi 3. ve 4. sınıf öğrencileri Demet Yorulmaz, Devran Günday, Ali Başbuğ, Mehmet Emin Elçi ve Ümit Arık'ın hazırlamış olduğu dosya ile İstanbul Barosu'nun Sanal Dava Yarışmasında Birincilik kazanan Alper Can Aykaç, Zehra Bahar, Halil Polat ve Vedat Temel'den oluşan ekibin hazırladığı evrak genç hukukçularımız hakkında güven duyulmasına neden olacak niteliktedir.

Kendilerine bizlere verdikleri gururdan dolayı teşekkür ediyoruz, çalışmalarında başarılar diliyoruz.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi



ADLI BİLİMLER DERGİSİ,

Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi ile Seçkin Yayıncılık A.Ş. tarafından ortaklaşa yayımlanan derginin dördüncü cilt, dördüncü sayısı yayımlanmış bulunmakta. Adli Tıp ile ilgilenen hukukçularında ilgiyle izleyebileceği derginin bu sayısında "Maksillofasial Travmaların Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi", "P'anoramik Radyografilerden Kimlik Tespiti ve Antermortem Arşivlemenin Önemi", "Narkotik İntokasyonlarda Akciğer Patolojilerinin Morfolojik Özellikleri" başlıklı makaleler dikkat çekici niteliktedir.

POPÜLER HUKUK DERGİLERİ

Ayda KAYAR

Hürriyet, 22.01.2006, Pazar Eki

Mahkeme kararlarını okuyup, anlamak bile sıradan bireyler için zor. Yargıtay kararları ya da AİHM'ye giden dava belgelerinin içinden çıkmak ise çoğu zaman imkansız. Oysa, AB süreciyle birlikte, günlük hayatımızı etkileyen birçok uygulama yeniden biçimlendi.

Bu ihtiyaç popüler hukuk dergilerini yarattı. Artık aylık yayımlanan popüler dergiler sayesinde, hukuktaki değişimi günlük konuşma dilinde okumak mümkün.

Türkiye'de yayımlanan birçok hukuk dergisi var. Ancak bunların çoğunluğunu fakülteler ya da barolar çıkarıyor. Onlarca sayfalık, hukuk diliyle yazılmış, bilimsel makaleleri okumak sıradan bireyler için anlamsız. Oysa, son yıllarda çıkan popüler hukuk dergileri ile güncel hukuk sorunlarını ve tartışmalarını anlayabiliyoruz. Kitapçı ve gazete bayilerinde bulabileceğiniz dergilerden ikisi "Güncel Hukuk" ve "Yeni Hukuk". Her iki dergi de gündemi takip ederek, bizi bilgilendirmeyi amaçlıyor.

Doğan Burda Dergi Grubu'nca yayımlanan Güncel Hukuk Dergisi'nin Yayın Yönetmeni Prof. Dr. Köksal Bayraktar, ilk amacın halkın anladığı dilde hukuk yazmak olduğunu söylüyor. Fakülte ve baro dergilerinin 30-40 sayfalık makalelerden oluşan 600-700 sayfa içerikli bilimsel yayınlar olduğuna dikkat çeken Prof. Bayraktar, "Bu dergiler topluma seslenmez, bir mühendis, doktor bunları okuduğunda sorunlarını çözemez" diyor. Tamamen güncel hukuk sorunlarına değinen bir dergi yapmayı amaçladıklarını anlatan Bayraktar, Güncel Hukuk'ta makalelerin en çok beş sayfa olduğunu anlatıyor. Güncel Hukuk, konuların doğrudan içine giriyor ve açıklıyor. Derginin bir başka amacı ise geniş ve soyut olan Yargıtay ile AİHM kararlarını özet olarak okuyucuya anlatmak, sonuçlarına dikkat çekmek.

Ocak ayında 25'inci sayısı yayımlanan dergi ortalama 2500-3000 okura ulaşıyor. Bayraktar'a göre bu sayı ikiye katlanabilir.

4 YTL'ye satılan derginin okur profilini ise ağırlıklı olarak yargıç, savcı ve hukuk fakültesi öğrencileri oluşturuyor. Farklı meslek gruplarına da ulaştıklarını söyleyen Prof. Bayraktar'ın hedefi, hukukçu olmayan okuyucu sayısını artırmak.

HAYATI TAKİP EDİYORUZ

Yazıhane Yayınevi'nce bu ay dördüncü sayısı yayımlanan "Yeni Hukuk" Dergisi'nin sahibi ve Genel Yayın Yönetmeni Adnan Ekinci ise hukukun gündemini değil, hayatın içindeki hukuku takip ettiklerini söylüyor. Dergi, gündemde olanları analiz ediyor, hukuki boyutlarını açıklıyor, gazetelerde okuduğunuz haberlerden ne anlam çıkarmanız gerektiğini anlatıyor.

Toplumun hukuku hep merak ettiğini ancak dil ve üslup engeli bulunduğunu belirten Ekinci, bu dergi sayesinde sokaktaki bireye ulaştıklarını söylüyor. Yeni Hukuk, toplumu ilgilendiren hukuk haberlerini ve sorunlarını irdelemek isteyenlerin uzanıp alabileceği bir dergi. Ekinci, dergiyi içerik ve mizanpaj olarak haber dergilerine yakın buluyor. Bilimsel makaleden çok, haber ve araştırmalara yer vermeyi yeğliyor.

İlk sayısı 1700 satan 6 YTL fiyatlı derginin tirajı 2000'i aştı. Çok yeni olduğu için henüz okur profili net değil. Ancak ilk sayısı bayilerde ikinci sayısı ise bayi ve adliyelerde satılmış. Adliye satışlarının pek fazla oynamaya neden olmadığını belirten Ekinci, hukuk dışı okuyucunun azımsanmayacak sayıda olduğunu düşünüyor.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YAYINLARI'na

www.turhankitavebi.com.tr

ve

www.sanatkitebevi.com.tr

adreslerinden ulaşabilirsiniz.

www.antalyabarasu.org.tr

Antalya Barosu

DERGİSİ

MAYIS 2005 YIL 26 SAYI 55

28. olağan genel kurul
2005
antalya

*Ağarbasoğlu

Bursa Barosu

Dergisi 76

YIL:39 SAYI:76 OCAK-ŞUBAT-MART 2005

Avukatların ve savcıların yaptıklarını "olmaz olmaz" değil "olmaz da olmaz, olmaz da olmaz" şeklinde değerlendirdiğine tanık oluyoruz...
Ar. Mustafa ÖZDEMİR / Bursa Barosu Başkanı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa'nın en önemli maddesindeki yeni düzenleme karşısında, ulusal yaptıkları faaliyetleri açısından çok önemli bir kaynak metni haline geliyor.
Ar. Mustafa ÖZDEMİR / Bursa Barosu Başkanı

Üçü plan diye söylendikten bu süreç adım adım ve sinsi bir biçimde, uygulanmaya başlandı. Bu plan önceki Temmuz, Temmuz ve Eylül ayında gerçekleştirildi.
Ar. Mustafa ÖZDEMİR / Bursa Barosu Başkanı

Fıkri ve sıvai hakların etkisiyle idari uygulamada yavaş yavaş uygulanması ile desteklenen zorunludur.
Ar. Mustafa ÖZDEMİR / Bursa Barosu Başkanı

İnsanlar öldürerek mağdurların sorunlarını çözmeye çalışıyorlar. Bu süreçte insan hakları konusunda, ülkemizi katliamlarla saldıran bir savcının barışta güvenle çalışmasını istiyoruz.
Ar. Mustafa ÖZDEMİR / Bursa Barosu Başkanı

Unutmayın görevleriniz diye, adamların kültürününün sınırsız olduğu bir süreçte çalışın. Daha fazla ve daha derinleşmeniz gerektirir.
Ar. Mustafa ÖZDEMİR / Bursa Barosu Başkanı

Milletler Cemiyeti'nin bir üyesi olması için Türkiye'ye davet yapılması konusundaki önerge (1 Temmuz 1932)

MANİSA BAROSU

MANİSA BAROSU DERGİSİ

Manisa Barosu'nun
80. yılı

Temmuz - 2005 Yıl: 24 Sayı: 94

KAHRAMANMARAŞ

HUKUKİ YORUM VE HABER DERGİSİ

MAYIS 2006 YIL: 2 SAYI: 8 & 4

Prof. Dr. Mustafa Erdoğan :
"Avrupa Bizi Özgürleştiremez!"

■ SAVUNMA ADALETİNİN TEMELİDİR
■ İNSAN HAKLARI SORUNUNA TARİHSEL BİR BAKIŞ
■ 90-YIL ARKASINDA SİYASAL HÜKÜMDEN İSTİFA
■ BELEDİYE YASASINDA BİLEŞİM DEĞİŞİTİMİ
■ ÇOCUK HAKLARI VE ÇÖZÜM BİREYLERİN SORUNLARI
■ "KÖTÜ ÖZGÜNCÜLER" İÇİN ÖZGÜRLÜK
■ 1994 ÇIKAN İÇİŞİLER BAKANLIĞI İÇİNCELEMEYİNİN İLAKESİ
■ KATILMA REJİMİNE HAKİM OLAN İLKELER
■ HAKEM MAHKEMELEFFİ UYULU AMARASINDAN VADİÇİKLEMLERİN

MESLEKTE 63. YIL

Av. İsmail AİBAYLI:
"MESLEĞİN VAKARINI KORUMAK LAZIM"

HEMİREKİSİNİN HUKUKİ YORUM VE HABER DERGİSİ

İÇİŞİLER BAKANLIĞI İÇİNCELEMEYİNİN İLAKESİ

MAHKEME MAHKEMELEFFİ UYULU AMARASINDAN VADİÇİKLEMLERİN

İÇİŞİLER BAKANLIĞI İÇİNCELEMEYİNİN İLAKESİ

MAHKEME MAHKEMELEFFİ UYULU AMARASINDAN VADİÇİKLEMLERİN

HEMİREKİSİNİN HUKUKİ YORUM VE HABER DERGİSİ

kitaplar...dergiler...kitaplar...dergiler...kitaplar...dergiler...

