

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 kurullar **Avukatlık Kanunu, Reklam Yasağı Yönetmeliği ve Meslek Kurallarına** tabiidir. Avukatın mevzuata aykırı edimi halinde ilgili kurullar uygulanacaktır.

Sorularla Hukuk Dizisi 3

**SORULARLA
TOPLU
İŞ HUKUKU**

2. Cilt

Prof. Dr. Fevzi DEMİR

-ÇIKTI-

**TÜRKİYE
BAROLAR BİRLİĞİ
DERGİSİ**

ISSN: 1304-2408

YIL: 19

SAYI: 64

MAYIS - HAZİRAN 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: 42.000.000 TL. / 42 YTL.

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

www.abonet.net

Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık

Düş Atelyesi (0312) 215 70 37

Basım Yeri

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

Özveren Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi

30.04.2006

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
	23	Başkandan
Luzius WILDHABER (Çeviren: Burak ÇELİK)	27	AİHM Yargı Yılı Açış Konuşması
Doç. Dr. Osman DOĞRU	39	İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü
M. Sezgin TANRIKULU	70	Adil Yargılanma Hakkı ve İddianamenin Kabulü-İadesi-Tebliğ
Mehmet KARAASLAN	115	Ceza Mevzuatında Yapılan Değişikliklerin Vergi Kaçaklığı Suçuna Etkisi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	151	Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk
Doç. Dr. M. Bedri ERYILMAZ	179	Demokratik Ülkelerde Kolluk Güçleri Arasında Yetki ve Görev Alanı Paylaşımı
Ahmet İYİMAYA	189	Siyasal Parti Kongrelerinin Yargısal Denetimi
Hasan DURSUN	251	Hukuku Bilim Kılabilmek
Mustafa ÖZEN	299	Uluslararası Mevzuat ile İç Hukuktaki Mevcut Düzenlemeler Işığında TMK ile Getirilmek İstenen Düzenlemeler Üzerine Düşünceler
Saffet CAN	306	Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki Polıçeye İlişkin Bazı Maddelerin Kaynağa Uygunluğu Üzerine
Dr. Adnan DEYNEKLİ	321	İkrarda Manevi Unsur
M. Reşat KOPARAN	337	YTCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler (24 - 34. Maddeler)
R. Murat DÖNMEZ	368	Mükellefiyetler Listesi (İİK Madde 128/1)
Yargıtay Kararları	383	
Danıştay Kararları	467	
Disiplin Kurulu Kararları	481	
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	515	
Ekler	537	
Kitaplar - Dergiler	561	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Yayımlanacak Yazılardan Bazıları

Prof. Dr. Süha TANRIVER
Türk Medeni Usul Hukukunda
Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Konumu

Dr. Taylan Özgür KIRAZ - Murat YAMAN
Askeri Kişilere Tebligat

Yrd. Doç. Dr. Tayfun AKSOYAK
İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü

Devrim AYDIN
5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz

Mehmet KAYHAN
İdarî Yargıda Gerekçesiz Kararlar, Silahların Eşitliği İlkesi
ve Adil Yargılanma Hakkı

Av. Serkan AĞAR
Fransız İdari Yargılama Hukukunda
Medeni Usul Hükümlerinin Uygulanma Alanı

Av. Mehmet Akif POROY
İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında
Bireysel Başvurularda, Başvurucu ve Mağdurluk Statüsü

M. Reşat KOPARAN
Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama

R. Murat DÖNMEZ
Ödeme Emrinin Tebliği

Gülgün ANIK
AT Rekabet Hukukunda
Hakim Durumunun Kötüye Kullanılması

editör' den...

Son dönemin tartışma konusu, “*yargı eleştirileri*” olarak ortaya çıktı. Yargı eleştirilerini ve analizlerini ön plana çıkaran her iki olay da Van’dan kaynaklandı. Bunların birincisi Yüzüncü Yıl Rektörü hakkındaki dava, diğeri Şemdinli iddianamesi idi. Yargıtay C. Başsavcısı Sayın Nuri Ok (10 Nisan 2006 tarihli gazeteler) ile Danıştay Başkanı Sayın Ender Çetinkaya (*Hürriyet*/4 Nisan 2006: “*Bağımsız Olsak O Savcı Giderdi*” başlıklı söyleşi) iddianame hakkında olumsuz tavrı takındılar.

Buna karşı iddianameyi düzenleyen savcı hakkında Adalet Bakanlığı’nın müfettiş göndermesine aşırı tepki verenler oldu. Kimileri soruna ordu-politika ekseninde bakmayı tercih ettiler. Ordunun politika üzerindeki ağırlığını azaltacak her girişimi sevinçle karşıladıkları gibi, iddianamenin arkasında saf tuttular.

Bu yazıların çoğunluğunda sosyolojik, filozofik ve siyasal yaklaşımlar vardı.

Özellikle Başbakan’ın bizzat yargıya intikal etmiş Van Yüzüncü Yıl Rektörü Sayın Yücel Aşkın davasında, eleştiri yöneltenlere karşı savcılarını göreve çağırmasından sonra, “*Şemdinli İddianamesi*” etrafında gelişen tartışma ortamını bir gelişme olarak kabul etmek gerekmektedir.

Bizim görüşümüze göre, bu konudaki tartışmalar ve değerlendirmeler, iddianamenin, iddianamede hedef alınan kişi ve kurumların çok ötesinde devletin üçüncü erki yargıyı algılama açısından büyük önem taşımaktadır. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramlarının yerleşmesi için bizatihi yargı konusunda sağlıklı görüş sahibi bulunmak gerekmektedir.

Öncelikle “*Yargı nedir?*” diye sormak gerekiyor. 1961 Anayasası, yargı denilince sadece hakimleri göz önüne alıyordu. Oysa, yargı erkinin ana fonksiyonu olan yargılama bir süreci ifade etmektedir. Hakimin tek başına yargılaması, muhakeme etmesi mümkün değildir. Muhakeme süresinde çeşitli aktörler yer almaktadır. Bunlar arasında olmazsa olmazlar hakimler, savcılar ve avukatlardır. Hakimin muhakemesi önemlidir, ancak muhakemenin bilgilerini/delillerini, iddia ve savunma verecektir. Hakim bunların muhakemesi sonucunda hükme ulaşabilecektir.

1961 Anayasası savcılarının görev teminatının yasalar tarafından düzenlenmesini öngörmüştü. 12 Eylül rejimi savcılarla hakimleri eşitledi. Aynı hukuki statüye bağladı. Bu kabul edilebilir savcılarının her türlü işlem ve kararlarının yargı kararı sayılması gibi yanlış bir sonuç doğurdu.

Şimdi yeni bir anlayışa geçiyoruz. Bu anlayış, iddia ile savunma arasında eşitlik bulunması, savunmanın da kamu davasına aktif katkıda bulunabilmesi koşullarının hazırlanmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesine dayanılarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında hayat bulan “*silahların eşitliği*” kavramı bu anlayışın ürünüdür. Ülkemizde de eninde sonunda yaşama geçecektir.

DANIŞTAY BAŞKANLIĞI İÇİN SEÇİM YAPILIYOR

Danıştay Başkanı Ender Çetinkaya'nın yaş sınırı dolayısıyla emekli olmasından sonra Danıştay Başkanlığı için seçim işlemi sürüyor.

Altı adayın katıldığı seçimler sırasında iki bayan aday önde gidiyor. Dergimizin hazırlandığı sırada turlar devam ediyordu. Danıştay başkanlık seçimlerinde, her turda 4 ayrı oylama yapılıyor. Eğer ilk üç oylamada 95 üyenin salt çoğunluğu olan 48 oya ulaşamazsa en çok oy alan iki aday final oylamasında yarışıyor. Bu oylamada da sonuç çıkmazsa başa dönülerek seçimler tekrarlanıyor.

Bugüne kadar, 41 turda yapılan 164 ayrı oylamada hiçbir aday 48 oya ulaşamadı. Seçimleri kilitlenme noktasına getiren en önemli unsur aday sayısının fazla olması. Altı adayın en az 15 sabit oyu var. Oylamaların ilk üçünde kendi adayını destekleyen üyeler, final oylamasında boş oy kullanıyor. Bu nedenle bir türlü 48 oya ulaşamıyor. Adaylara verilen oylardaki istikrar-sızlık dikkat çekici. Danıştay Başkanvekili Tansel Çölaşan, 45 oyla bugüne kadar en çok oy oranına ulaşan aday oldu.

AVUKATLIK SINAVI HAZIRLIKLARI SÜRÜYOR

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 3. maddesinde 4667 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle 4 yıl ertelenen Avukatlık Sınavı, bu yıl ilk defa yapılacaktır.

Türkiye Barolar Birliği ile ÖSYM arasında 29.3.2006 tarihinde imzalanan protokol gereğince 23 Aralık 2006 Cumartesi günü Ankara'da yapılması konusunda çalışmalar sürmektedir.

Bu bağlamda Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Sınav Yönetmeliği'nin 3 ve 5. maddelerinde yapılan değişiklikle sınav tarihine kadar Staj Bitim Belgesi alabilecek durumda olan stajyerlerde sınava katılabileceklerdir.

Ancak bu hususta Yönetmelik'te yapılan değişiklik Adalet Bakanlığı'nın onayından sonra yürürlüğe girebilecektir.

Sınav, sınava katılma koşulları, sınavın yapılışı ile ilgili gelişmeler Türkiye Barolar Birliği internet sitesinde (www.barobirlik.org.tr) yayımlanmaktadır.

TBB VE BARO BAŞKANLARI TOPLANTISINDA CMK HİZMETLERİNİN DURDURULMASI KARARI ALINDI

Ankara'da toplanan baro başkanları, zorunlu savunma görevini üstlenen avukatların Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ödeneklerini zamanında göndermeyen hükümeti eylemle uyarma kararı aldılar.

Uzun süreden beri TBB ve baroların uyarılarına rağmen yeni CMK ile barolara yüklenen görevler artmış bulunmasına karşın ödenek oranlarında değişiklik olmaması nedeniyle sıkıntı çekiliyordu. Avukatlar

ücretleri yanında yaptıkları giderleri dahi alamamak tehlikesi ile karşı bulduklarından yakınıyorlardı.

Baro başkanları son üç başkanlar toplantısında soruna çözüm bulabilmek için yoğun bir ilişki trafiği yaşadılar. 1 Nisan 2006 tarihinde Ankara'da yapılan Baro Başkanları Toplantısı'nda oybirliği ile, ödenek

sorunu 9 Mayıs 2006 tarihine kadar çözülmediği takdirde görev ataması yapmama kararı aldılar.

Adalet Bakanlığı'nın soruna bulduğu ilk çözüm CMK ile tanınan zorunlu müdafilik sınırları ile oynamak oldu. Bu konuda hazırlanan torba tasarı TBMM Adalet Komisyonu'nda görüşülmeye başlandı.

BEDAVA AVUKATLIĞA SINIRLAMA GELİYOR

Murat Aydın/Zaman

Yeni Ceza Kanunu'yla yürürlüğe giren ücretsiz avukatlık uygulamasında değişiklik gündemde. Adalet Bakanlığı, ücretsiz avukatlığın, sadece avukatı bulunmayan sanıklar ile cezasının alt sınırı 5 yıl olan suçlarda uygulanmasını istiyor.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'yla (CMK), ceza davalarında zorunlu avukatlık uygulamasına geçilince barolar ödenek sıkıntısına girdi. Sanık haklarını korumak amacıyla getirilen sistemin bedava avukatlığa dönüşmesi üzerine zorunlu avukatlık uygulamasının daraltılması gündeme geldi.

Hafta başında Türkiye Barolar Birliği ile Adalet Bakanlığı bürokratları ve akademisyenlerin katıldığı toplantıda baroların avukat görevlendirmesiyle ilgili sorunlar masaya yatırıldı. Toplantı sonucunda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Müdafinin Görevlendirilmesi" başlıklı maddesinde zorunlu avukatlık uygulamasını daraltacak şekilde değişiklik yapılması kararlaştırıldı. Maddenin ikinci fıkrasında yapılmak istenen değişiklikle sadece avukatı bulunmayan sanıklara baro tarafından ücretsiz avukat atanması öngörülüyor. Hapis cezasının üst sınırı 5 yıl olan suçlarda ücretsiz avukat görevlendirilmesini düzenleyen üçüncü fıkrada da değişiklik yapılarak zorunlu avukatlığın cezasının alt sınırı 5 yıl olan suçlarla sınırlanması teklif ediliyor. Ancak bu düzenleme çok sayıda suçu ücretsiz avukatlık kapsamının dışına çıkaracağı için TBB bu öneriye karşı çıktı. Değişiklik önerisi TBB'nin karşı görüşüne rağmen Adalet Bakanlığı bürokratları ve akademisyenlerin oyçokluğuyla kabul edildi. Çalışmaların tamamlanmasının ardından CMK'da yapılacak değişikliklerin kısa bir süre içinde TBMM Adalet Komisyonu'nda

görüŖülmesi bekleniyor. 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren CMK'yla zorunlu avukatlık uygulamasına geçilmesinin ardından barolarca sanıklara atanan ücretsiz avukat sayısında büyük bir artış oldu. TBB kanalıyla gönderilen ödenekler, ücretsiz olarak görevlendirilen avukatların ücretlerini karşılamaya yetmeyince barolar avukatlara borçlandı. Bunun üzerine Adalet Bakanlığı'nın 2006 yılı için ayırdığı toplam 48 milyon YTL tutarındaki ödenek yılın ilk iki ayında tükendi. Şubat ayının başında Adalet Bakanı Cemil Çiçek'i ziyaret eden TBB Başkanı Özdemir Özok, barolar tarafından ücretsiz olarak görevlendirilen avukatlara ödenmek üzere 150 milyon YTL ödenek aktarılması talebinde bulunmuştu. Maliye ise bu talebe olumlu cevap vermedi.

27.03.2006

Siyasi iktidarın bu konuda ikinci çözümü de zorunlu avukat atamaları ile ilgili dezenformasyon girişimlerinde bulunmak olmuştur. Bu konudaki çarpıcı örnek İstanbul'da yaşandı.

TERÖRİSTE AVUKATA BARODAN İTİRAZ

İstanbul Barosu, *Hürriyet Gazetes*i'nde dün "*Bombacılar Avukat Cepten*" başlığıyla yayınlanan, hakim ve savcıların otobüsüne bomba koyan teröristlere polisin cebinden para ödeyerek avukat tuttuğu haberinin gerçeği yansıtmadığını açıkladı.

Polis ise Baro'nun ödenek olmadığı için avukat göndermediğini öne sürdü. İstanbul Barosu Başkanı Kazım Kolcuoğlu'nun yazılı olarak yaptığı açıklamada, şüpheliler Ş. Ş., A. U., İ. K. ve E. Ö.'ye, Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü'nün talebiyle, 11, 12 ve 13 Nisan tarihlerinde avukat tayin edildiği belirtildi. Türkiye Barolar Birliği ve Baroların, CMK kapsamında görev yapan avukatlara ödenen ücretlerin kaynağının tükenmiş olması nedeniyle Adalet Bakanlığı ile yazışma ve görüşme yaparak ödeneklerinin kaynağının artırılmasına ilişkin talepleri olduğunun ifade edildiği açıklamada, "Bu husus kamuoyunca ve ilgili merciler nezdinde bilinmektedir. Bu konuda 74 baro başkanının ortaklaşa aldıkları kararla, 09.05.2006'ya kadar CMK kapsamında görev yapan müdafî ve vekillere ödeneklerinin verilmemesi halinde atama işlemlerinin durdurulacağına karar verilmiştir" denildi. Haber metninde İstanbul Barosu'na atfen yer alan "Para yoksa, bizden avukat

yok” ibaresinin gerçeği yansıtmadığına da değinilen açıklamada, “CMK 156/2 gereğince yasada belirtilen koşullar çerçevesinde soruşturma ve kovuşturma aşamalarında müdafî görevlendirmeleri sadece baro tarafından yapılabilir. Bunun dışında şüphelinin kendisinin seçtiği avukat haricinde kolluk dahil hiç kimsenin istediği avukatı çağırarak görevlendirme hakkına sahip değildir” denildi.

Hürriyet/20 Nisan 2006

CCBE DAİMİ KOMİTE VE PECO KOMİTE TOPLANTISI YAPILDI

Viyana’da 23 Şubat 2006 tarihinde yapılan CCBE Daimi Komitesi ve PECO Komite Toplantısı’na TBB Başkanı Özdemir Özok, Genel Sekreter Güneş Gürseler ve CCBE Temsilcisi Av. D. Derya Yeşiladalı katıldılar.

CCBE Daimi Komite toplantısında avukatlık mesleğinde rekabet, Hizmetler Direktif Taslağı, İnsan Hakları, Kara Paranın Aklanması ve Deontoloji konularında görüşmeler yapıldı.

PECO Komite Toplantısı’nda gelecek stratejileri ve 22-23 Haziran 2006 tarihlerinde İstanbul’da yapılacak CCBE ve PECO toplantıları görüşüldü. İstanbul’da yapılacak toplantının konusu TBB önerisi ile “*Demokrasi, Hukuk ve Terörizm*” olarak saptandı.

ŞEMDİNLİ SAVCISI MESLEKTEN ÇIKARILDI

Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSYK), Şemdinli olaylarıyla ilgili iddianameyi hazırlayan Van Cum-

huriyet Savcısı Ferhat Sarıkaya’yı meslekten ihraç etti ve karar kesinleşinceye kadar açığa aldı. Kurul, ayrıca Van Cumhuriyet Başsavcısı Kemal Kaçan ile Başsavcivekili İbrahim Özer hakkında ise başka bir müfettiş görevlendirilerek yeniden inceleme yapılmasını istedi.

Adalet Bakanı Cemil Çiçek’in onayı ile Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu’nca Savcı Sarıkaya hakkında başlatılan soruşturma raporu, HSYK’da ele alındı. Aynı zamanda HSYK’nın başkanı olan Adalet Bakanı Çiçek’in katılmadığı toplantıda, Kurul, Sarıkaya’nın Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 69. maddesinin son fıkrasına göre meslekten ihracına karar verdi. Kurul üyesi Adalet Bakanlığı Müsteşarı Fahri Kasırga, karara “*kınama cezası verilmesi*” görüşüyle katılmadı.

HSYK, Van Cumhuriyet Başsavcısı Kemal Kaçan ve Başsavcı vekili İbrahim Özer hakkında ise disiplin yönünden herhangi bir işleme yer olmadığına ilişkin soruşturma raporunu da değerlendirdi. Kurul, Kaçan ve Özer ile ilgili görevlendirilecek yeni müfettişlerce yeniden inceleme yapılmasını istedi.

AVRUPA BİRLİĞİ'NDEN HABERLER

Avrupa Birliği (AB)'nin 2004 yılında 10 yeni üyenin Birliğe kabulü ile genişlemesi tarihi bir olgu olarak kabul edilmektedir. Şöyle ki; son zamanlara kadar komünist rejim ile idare edilen ülkelerin Birliğe dahil edilmesi ve projenin bir anlamda büyümesi AB'nin boyutunu da farklılaştırmıştır. Yeni katılan ülkeler GSMH'si AB ortalamasından düşük bulunmakta olup bu ülkelerde çalışanların diğer ülkelerde iş imkanları araması, "*işçilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı*" ilkesine yeni bir boyut kazandırmıştır. İngiltere, İrlanda ve İsveç dışında kalan diğer AB üyesi ülkeler yeni üye olan 10 ülkenin vatandaşlarını serbest dolaşımına, iş aramasına çeşitli sınırlamalar getirmektedirler.

AB Komisyonu'nun bu konuda hazırladığı rapora göre; sadece Batı Avrupa ülkelerine değil yeni katılan Doğu Avrupa ülkelerine de diğer üye ülkelerden iş ve hizmet göçü olmaktadır. Bu rapora göre; Polonya, Macaristan ve Slovenya dışında kalan yeni üye ülkeler Mayıs 2004 itibariyle tüm AB üyelerine sınırlarını açmış bulunmaktadır.

Bu husus avukatlık mesleği yönünden "*serbest dolaşım*"a olanak sağlayan iki direktif kapsamında değerlendirilmektedir. 77/249/EEC (Lawyer's Services Directive) (Avukatlar Hizmet Direktifi)'ne göre AB üyesi bir ülke avukatı diğer bir AB üyesi ülkede geçici avukatlık hizmeti sunabilmektedir. Diğer taraftan, 98/5/EC (Lawyer's Establishment Directive) (Avukatlar Kuruluş Direktifi)'ne göre ise bir avukat tabi olduğu ülkede sahip olduğu unvan ile diğer bir üye ülkede daimi büro açabilmektedir. Bu bağlamda, AB'ye üye 25 ülke avukatı bu Direktiflerden istifade edebilmektedir. Ancak, Bulgaristan, Romanya, Hırvatistan ve Türkiye'nin tam üyelik müzakereleri kapsamında, bu hizmetlere bir sınır getirilip getirilmeyeceği gündeme gelmiş bulunmaktadır. Bu sınırın coğrafi olmaktan öte politik ve ekonomik bir boyutu bulunmaktadır. AB Anayasası'na ilişkin antlaşmanın hazırlanması aşamasında da ele alındığı ve tartışıldığı ifade edildiği gibi, AB'nin gelecekteki genişlemesi ve görünümü konusunda tereddütler bulunmaktadır. Bu doğrultuda, Avusturya'nın dönem başkanlığında yürütülen çalışmalar ile Fransa ve Hollanda'da anayasanın veto edilmesinin olumsuz yönleri giderilmeye çalışılmakta ve AB sınırlarının AB'ye üye olacak yeni ülkeleri söz konusu sınırlar içine alabilecek kapasitede olduğu temin edilecektir.

HİZMETLER DİREKTİFİ VE AVUKATLIK MESLEĞİ AÇISINDAN BELİRSİZLİKLER

Hizmetler Direktif (Services Directive)'i konusunda aylardır süren tartışma ve mücadele sonunda, söz konusu düzenleme avukatlar dahil tüm hizmet sunucuların iş ve ticaretlerini AB genelinde icra edebilmelelerine olanak sağlayacak şekilde düzenlenerek oylanmak üzere Avrupa Parlamentosu'na sunulmuştur. Şöyle ki; reklam sınırlamaları, çeşitli üye ülkelerde çalışmalara olanak sağlayacak bilgilerin edinilmesi gibi konularda değişiklikler getirilmiştir. Ancak, pek çok baro birliğinin itiraz etmesine rağmen, AB Komisyonu avukatları bu Direktif kapsamına dahil etmiştir. Baro birliklerinin muhalefetine rağmen hukuk dernekleri bu kapsamı desteklemiştir. Parlamento oylamasının sonucunda ortaya bir ikilem çıkmıştır. Belli bir kesim avukatların Direktif kapsamında olduğunu ileri sürerken diğer bir kesim avukatların kapsam dışında olduğu görüşündedir. Bununla beraber bu konudaki tartışmalar devam etmekte olup nisan ayı sonunda değişiklikleri içeren Direktif Komisyon tarafından sunulacaktır.

AVUKATLIK ÜCRETLERİ

Adalet Divanı (European Court of Justice) avukatların sundukları hizmetler karşılığı uyguladıkları sabit ücret (minimum ve maksimum oranlar itibariyle) konusunda bir dava nedeni ile bir görüş bildirmiştir. Söz konusu dava İtalya'da sistem nedeni ile çıkan bir ihtilaftan kaynaklanmaktadır. Şöyle ki; İtalya'da avukatlar yasayla belirlenenden daha farklı bir ücret talep edememektedirler. Ücretler baro ve hükümet tarafından belirlenmekte olup, Adalet Divanı'na göre bu yaklaşım İtalyan avukatları rekabet hukuku kapsamı dışında bırakılmaktadır. Hemen belirtelim ki, Adalet Divanı'nın görüşüne göre sabit ücret kavramı hizmetlerin serbest dolaşımı bağlamında AB düzenlemelerine aykırı bulunmaktadır. Ancak, bu görüş Adalet Divanı Başsavcısı'nın görüşü olup Adalet Divanı kararı çıkana kadar bir görüş niteliğindedir.

ÇİFTE YARGILANMANIN ÖNLENMESİ

Ceza hukukunun temel prensiplerinden biriside bir fiilden ötürü iki kere yargılama yapılamaz, "*ne bis in idem*", prensibidir. Hukuk doktrini ve içtihat hukuku, ceza yargılamasında temel değer olan "*ne bis in idem*" prensibinin sonuç itibariyle kesin etkisini kabul etmektedir. Bilin-

diği gibi, adaletin sağlıklı işleyebilmesi için bir kişi aleyhine yrtlen ceza kovuşturmasının son bulması ile artık o kişi aleyhine aynı fiilden ötürü yeniden kovuşturma yapılabilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu bağlamda, “*ne bis in idem*” ilkesi bir anlamda şahısları devlet erkinin kötüye kullanılmasından korumaktadır. Zira aynı fiil için yeniden yargılanma endişesi suçlanan şahsı kabul edilmesi zor ve adil olmayan bir risk altına sokmaktadır.

Uzunca bir süre “*ne bis in idem*” ilkesi aynı coğrafi yer yargı yetkisi içinde ceza usulüne ilişkin bir iç hukuk kuralı olarak değerlendirilmiştir. Son zamanlarda AB sınırları içinde polis ve ceza hukuku alanında adli işbirliğinin gelişmesi ve ceza hukuku alanında adil yargılanma kapsamında gösterilen hassasiyet nedeni ile ceza hukuku ile ilgili olarak alınan kararlarda ifte yargılanmanın önlenmesi önem kazanmış bulunmaktadır.

Gerçekten, “*ne bis in idem*” prensibinin AB yesi ülke vatandaşları için bireysel adaletin bir garantisi olarak önemi göz ardı edilemez. Nitekim 11 şubat 2003 tarihli Avrupa Adalet Divanı Kararı’nda (Gözütok-Brgge Davası); “*Bir suçtan dolayı bir şahsın birden fazla AB yesi ülkede cezalandırılması Birleşik Avrupa’nın kuruluş ilkelerine aykırı olacağı gibi adilane de olamaz. Yabancı ceza hükümlerinin geçerliliğini kabul etmemek adalet kavramına aykırı olacaktır. Aksi takdirde suçlu kişinin de hakları göz ardı edilmiş olacaktır.*”

zet olarak aktarılan söz konusu davada Avrupa Adalet Divanı; Avrupa (şengen) Bölgesi’nde “*ceza yargılamalarında nihai karar*” ifadesi için otonom ve geniş bir yorum getirilmiş bulunmaktadır.

Adalet Divanı, Esbroeck davası ile ilgili olarak verdiği daha yeni bir kararında (9 Mart 2006) “*ifte cezalandırmaya*” karşı daha güçlü bir karar oluşturmuştur. Söz konusu kararda, AB’ye ye ülkeleri arasında konsinye olarak uyuşturucu getirip götürülmesi (ithal-ihraç)nin, şengen Antlaşması’nın 54. maddesi hükmü uyarınca “*tek ve aynı fiil*” olduğuna karar verilmiştir.

Diğer taraftan, Avrupa Komisyonu da “*ne bis in idem*” prensibine yeni bir yaklaşım getirmeye çalışmaktadır. Bu anlamda Yeşil Tebliğ (Green Paper) olarak adlandırılabileceğimiz yaklaşımda; ye ülkeler arasında olumlu yetki ihtilafını önlemek ve zme öncelik verilmektedir. Söz konusu yaklaşımda, her bir ceza davası için tek ve uygun bir Avrupa forumu önerilmektedir. Diğer bir ifade ile, ceza davalarının öncelikle uygun yetkili yer mahkemesine tevzi edilmesi için bir mekanizma oluşturulması konusu irdelenmektedir.

Ancak, söz konusu tebliğ ile ileri sürülen görüşe karşı aşağıdaki itirazlar getirilmektedir:

1. Yeşil tebliğ bir şahsın bir suçtan bir defa yargılanma hakkını devletlerarası bir sorun haline getirmektedir.

2. Önerilen mekanizmanın sakıncaları bulunmaktadır;

a. Yetkili mahkeme seçimi tamamen ilgili üye devlete bırakılmaktadır. Oysa AB nezdinde bağımsız bir organ daha uygun olacaktır.

b. Tartışmalar ilgili devletin makamlarına bırakılmaktadır. Bu bağlamda, Devlet çıkarları söz konusu olduğunda (mali suçlar, terorizm vs.) güçlü devletlerin güçsüz devletler üzerinde baskısı söz konusu olabilecektir.

c. Yeşil Tebliğ, söz konusu mekanizma dahilinde yetkili yargı yerinin belirlenmesi amacıyla kriterler oluşturmuştur. Ancak, bu kriterlerin bir hiyerarşik yapısı bulunmamaktadır. Hiyerarşinin bulunmaması şeffaflığı ve bütünlüğü zedeler niteliktedir.

d. Suçlanan şahsın seçilen yargı yerine itiraz etme hakkı bulunmamaktadır. (Seçilen yargı yerinin suçlunun daimi ikametgahı olmaması gibi). Bu yaklaşım suçlanan kişiyi kısmen korumasız bırakmaktadır.

e. Yeşil Tebliğde “*ne bis in idem*” başlık olarak belirtilmekte ise de içeriğinde kesin bir öneri yer almamaktadır.

Bu doğrultuda, Yeşil Tebliğ olumlu yetki ihtilafı ve “*ne bis in idem*” ilkeleri için AB sınırları dahilinde kabul edilebilir bir prensip oluşturamamaktadır. Konunun önemi ve karmaşık yapısı daha kapsamlı ve uzun bir tartışma sürecini gerektirmektedir

Hazırlayan: Av. D. D. Yeşiladalı

TBB HİZMET BİNASININ İMAR DURUMU KESİNLEŞTİ

Birliğimize ait sosyal ve idare merkez binamızın yapılacağı Balgat Oğuzlar Mahallesi'ndeki 1/1000 ölçekli mevzi imar planı değişikliği nedeni ile 3 yılı aşkın süredir devam eden Çankaya Belediyesi ile Ankara Büyükşehir Belediyesi ara-

sındaki çekişme plan değişikliğinin tasdiğiyle giderilmiştir.

Bu suretle Türkiye Barolar Birliği Hizmet Binası'nın yapımı yolu açılmıştır.

Daha önce hazırlanan proje günün koşullarına göre revize edilerek en kısa zamanda baro başkanları-

mız ve meslektaşlarımızın katılacağı bir törenle temeli atılacaktır.

YARGITAY C. BAŞSAVCILIĞI 15. ONUR GÜNÜ KUTLANDI

Yargıtay C. Başsavcılığı 15. Onur Günü nedeniyle düzenlenen geleneksel törende bir konuşma yapan Yargıtay C. Başsavcısı Nuri Ok; Yargıtay C. Başsavcılığı'nın savcı eğitimi ve uluslar arası ilişkileri hakkında ayrıntılı bilgiler verdi.

Başsavcı'nın iddianame konusundaki görüşlerini aşağıya almaktayız.

“İddianame suçlayıcı belgedir. Ancak yargılama muhakkak olduğundan (suçlananların şüphelisanık) aklanmak, temize çıkmak olanağı ve fırsatı mutlaka vardır. Bu imkan tanınmadığında, yani yargılama öngörülmediğinde suçlama yapılamayacaktır. Buna göre iddianamede suçlama, sadece yargılanmaları istenen şüphelilerle sınırlı yapılabilecektir. Kural olarak savunmaları alınamayan, dolayısıyla haklarında dava açılmayan şüphelilerin, iddiaya konu suça iştirak ettiğine dair delil varsa, sadece tespit yapılabilir. Dava açılmayan veya açılmayanların fiillerine, suç iddiasına konu olayın açıklanması sırasında değinilmesinde zorunluluk bulunması halinde ise, suçlayıcı veya bu anlama gelecek ifadeleri kullanmaktan kaçınılmalıdır.

Ceza davalarında her şey delil olabilir. Yeter ki yasak sorgu yöntemleriyle elde edilmesin ve

hukuka aykırı olmasın. Yargı ve yardımcı kurumlar dışı delillerin kullanılması ve değerlendirilmesinde çok, ama çok dikkatli olunmalıdır. Aksine davranış yargı üzerinde kuşku çağırıştırır ki, kuşkuyu yenmekle görevli yargıyı haklı eleştirilerin hedefi yapar. Savcılar, temel görevleri arasında son derece önemli yeri olan toplum adına ve kamu yararına hareket ettiklerini, işlevlerini; adil, tarafsız, tutarlı ve bağımsız bir şekilde yerine getirmek zorunda olduklarını hiç unutmamalıdır. Aslında bu hareket tarzı yasanın da öngörüsüdür.

Elbette yargı, olumsuz koşullara rağmen, bağımsızlığını ve tarafsızlığını sorgulatacak davranış ve tutum içinde olduğu izlenimi vermemelidir. Hele siyasallaşmayı çağırıştırması, politik güç dahil her kesimi rahatsız etmelidir. Adli otoritelerin, siyasi ve idari otoritelere yakın görünmesi bile adalete zarar verir. Adalet hiçbir kuşkuyu kaldırmaz; lekeyi ise reddeder.”

...

“Devlet kurumları arasındaki gerginlik ve çekişmenin önemli bir sorun olduğuna da işaret etmek istiyorum. Devletin üzerine düşen tüm görevleri ve kamu hizmetlerini nitelikli, etkin ve düzenli bir şekilde verebilmesinin ilk koşulu, kurumlarının koordineli, dayanışmalı ve uyumlu çalışmalarıdır. Gerginlik ve çatışmanın hizmet ve görev kalitesini düşüreceği ve kurumlara olan güveni sarsacağına kuşku yoktur. Bu yola, kimi kurumların gözden

düşürülerek avantaj sağlamak ve takip edilen hedefleri gerçekleştirmek için başvuruluyorsa derhal terk edilmesi gereken son derece tehlikeli bir tutumdur.

Başsavcı'nın bu önemli konuşmasının tam metnini *Ekler* bölümünde bulacaksınız.

ANKARA BAROSU'NUN DANIŞTAY'DA AÇTIĞI DAVALAR SONUÇLANIYOR

• Ankara Barosu'nun, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'nün, içkili yer bölgesi tespiti yapılırken uyulması gereken esasları belirleyen 14.10.2005 günlü ve B.05.0.MAH.0.65.00.02/(300-313)-10556-82663 sayılı genelgesinin hukuka, Anayasa'ya ve kamu yararına aykırı olduğu öne sürülerek iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle Danıştay 'da açılan davada Danıştay Sekizinci Dairesi'nce Genelge'de içkili yer bölgesi ile ilgili olarak, Yönetmelik'te olmayan yeni kısıtlamalar getirilmesi, bu haliyle üst hukuk normlarına aykırı olması nedeniyle hukuka uyarlık bulunmadığından yürütülmesinin durdurulmasına karar verildi.

• Ankara Barosu, İçişleri Bakanlığı'nca çıkarılan "İşyeri Açma İzni Harcı" konulu 4.9.2000 tarih ve 48119 sayılı Genelge'nin ve

buna dayanılarak tesis edilen işlemlerin iptali için Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nde açmış bulunduğu dava 9.12.2004 günlü ve E. 2000/6986, K. 2004/6517 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

Temyiz üzerine Danıştay Vergi Daireleri Genel Kurulu talebi yerinde görerek mezkur Yönetmeliğin avukatlarla ilgili bölümünü iptal etmiştir. Bu kararın tümünü *Danıştay Kararları* bölümünde aynen yayımlamaktayız.

TBB SAVCILIK KURUMU İLE İLGİLİ ULUSLARARASI SEMPOZYUM DÜZENLİYOR

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, adil yargılanma hakkı ile yakın ilişkisi dolayısıyla son zamanlarda tartışma konusu olan savcılık kurumu ile ilgili uluslararası bir sempozyum düzenlenmesine karar vermiştir.

Sempozyum temmuz ayının ilk haftasında Ankara'da yapılacaktır. Genel olarak, "Savcılık Kurumunun Örgütlenmesi ve İşlevi", "Savcılık Karşısında Savunmanın Durumu", "Türkiye Savcılığı", "Örgütlü Suçlarla Savaşmada Özel Savcılık Sorunu", "Avrupa Savcılığı" konuları işlenecektir.

YARGITAY'DA MEKTUP SAVAŞI

Şebnem Bursalı
sebsemb@internethaber.com

Rahatsızlığımızdan ötürü sizlerden bir süre ayrı kaldık ama bu süreçte son olarak sizlerle paylaştığımız “*Yargıtay’dan Zapsu’ya Yaylım Ateşi*” başlıklı yazı-haberimizin yankısı, inanın her yerden duyuldu. Başbakan Erdoğan’ın özel danışmanı Cüneyd Zapsu’nun dedesi Abdürrahim Zapsu’nun “*Büyük İslam Tarihi Hz. Muhammed (s. a.) Dönemi*” isimli kitabını, Yargıtay ve Danıştay Başkan ve üyelerine kendi karviziyle göndermesi ve bu duruma Yargıtay üyeleri tarafından gösterilen tepki, yazıya da dökülmüştü hatırlarsanız. Üyelerin, Birinci Başkanlığa hitaben yazdıkları üst yazı ile kitapların iade edilmesi istenirken, “*Yargıtay’a saldırı*” şeklinde yorumladıkları olayla ilgili şu ifadeler kullanılmıştı: “*Kürt Teali Cemiyeti üyesi, Nur örgütü ve milis kuvvetleri mensubu olduğu belirtilen bir kişinin İslam Tarihi konulu kitabının, laik hukukun sembolü Yargıtay’ımızda görevli yüksek yargıçların ve yargıçların adları ve görev yaptıkları dairelere ilişkin bilgiler de elde edilmek suretiyle, posta yoluyla toplu dağıtımının yapılması son derece manidar bulunmuştur. İslam’ı referans olarak gösteren bir kitabın, laik hukukun uygulayıcısı ve sembolü Yargıtay’ımızda dağıtılması kimsenin hakkı ve haddi olamaz*”.

ASLAN'DAN ÜYELERE, ÜYELERDEN ASLAN'A

Bu kısa hatırlatma sonrasında gelelim şimdi asıl konuya. Sizlere biraz sonra aktaracağımız iki mektup daha var. Ve bu iki mektubun da en az ilki kadar etki yaratacağını garanti ederiz. Bizim, geçen hafta sizlere yukarıda alıntı yaptığımız mektubun gönderildiği haberini verdiğimiz gün, yani Perşembe günü, Yargıtay Birinci Başkanı Osman Aslan da bir mektup kaleme aldı. Aslan’ın mektup adresi, bir değil, birden hayli fazlaydı. Kendisine, üst mektup ile kitapları gönderen ve iade edilmesini isteyen Yargıtay yüksek hakim ve hakimlerine yazılan mektupta Aslan’ın hayli sert ifadeleri yer aldı: “*Yazılan bu mektup ve ifadeler, yüksek hakimlik etiğine ve Yargıtay’ımıza yakışmamıştır.*” Yargıtay tarihinde eşî benzeri görülmemiş sertlikte yazılan bu mektupta, Birinci Başkan, kendisine iade edilmesi için gönderilen kitapla ilgili herhangi bir yorum yapmazken, üyeleri ve hakimleri propaganda yapmakla ve yüksek hakimlik etiğine aykırı davranmakla suçladı ve bu mektubu yazanları da net ifadelerde uyardı.

ZAPSU, YARGITAY'DA SORUN OLMAYA DEVAM EDİYOR

Gelelim, sözünü ettiğimiz üçüncü mektuba. Zapsu'nun kitabını, laik hukukun sembolü Yargıtay'a saldırı olarak gören ve bu tepkilerini açıkça Yargıtay Başkanlığı yoluyla dile getiren Başkan ve üyelere ait bu mektup. Yargıtay Birinci Başkanı'nın, kendilerine hitaben gönderdiği "uyarı" amaçlı ve "yüksek hakimlik etiğine aykırı davrandıkları" iddiasıyla dolu mektuba yanıt verdi, yüksek hakim ve hakimler, Aslan'a yazdıkları mektupta şu ifadeleri işte olay mektup:

Kitap; Yargıtay'a İslamı referans gösteriyor.

"Kitabı yazanın ve de gönderenin sahip oldukları sıfatları dikkat çekicidir. Anılan kitabın kurumsal boyutta dağıtılması ve kitapta 'Yüce Allah hepimizi Hz. Muhammed'in (s. a.) şefaatine mazhar kılsın ve O'nun yüzü suyu hürmetine bağışlayıp lütfuyla muamele buyursun' denilmesi bile yüksek hakimlere, hakimlere, dolayısıyla Yargıtay'a referans olarak İslamı gösteriyor. Şeriat yerine laik hukuku uygulayan Yargıtay mensuplarının bağışlanması dileğinde bulunuluyor. Muamelelerini hukuka göre yapan Yargıtay'a, doğrudan veya dolaylı olarak böyle bir mesaj verilmesi bile açık bir saldırdır ve bu kimsenin hakkı ve haddi değildir. Bu saldırı üzerine, görevi gereğince kurumsal bir tepki göstermesi istek ve beklentileri karşısında, Kurum'u temsil eden Başkan'ın 'resmi söylemlerinin gereğini bile yerine getirmeyip, temsil ettiği Kurum'un kimliğinden hareketle beklenen davranışı sergilemediği' bu nedenle yanılığa düştüklerini, Yargıtay'ın çalışma düzen ve anlayışına yönelik bu saldırı nedeniyle alınan veya alınması düşünülen bir tedbirin bulunup bulunmadığının tereddütlere neden olduğunu, kitap nedeniyle gönderenlere tepki gösterilmesi yerine, bu saldırıya tepki verenlere tepki gösterilmesini anlamakta zorlandığımızı ifade etmek zorundayız. Bu istekler karşısında gereken davranışı sergilemek yerine, bu isteklerin polemik konusu haline getirilmeye çalışılmasını yadırgadığımızı, Yargıtay'ın kurumsal kimlik ve temsil ettiği değerlere uygun davranış sergilenmediğini söylemeliyiz." Zapsu'nun Yargıtay'da sebep olduğu mektup savaşında son perde böyleydi. Gelişmeler ve beklentilerin, varlığımızın ve Anayasal sistemimizin en önemli teminatlarından yargıda yarattığı bu depremin nereye kadar varacağıyla ilgili endişe yarattığı malum. Yakından takip ediyoruz ve izleyip göreceğiz.

Haberler: O. G.

YÜREK KARARTAN TABLO

Av. Özdemir ÖZOK*

Başlıktaki karamsarlık, ortaya çıkan tablodaki olumsuzluklardan kaynaklanmaktadır. Yaşadığımız sorunlar, artık kim ne derse desin, ülke bütünlüğünü, üniter devlet yapısını ciddi biçimde zorlamakta, buna karşın, deneyimsiz bir yönetim kadrosu sorunları çözeceği yerde, karmaşıklaşmasına, içinden çıkılmaz hale gelmesine neden olmaktadır. Devlet yönetimi, siyaset, uluslararası ilişkiler, bilgi, birikim ve hepsinden önemlisi deneyim ister. Bu niteliklerden yoksun ve sadece kendilerine biçtikleri misyonla meşgul bir iktidar yönetiminde, belirsizliğe doğru gidilmektedir. İktidar, Cumhuriyet'in kazanımları konusunda duyarlık gösterenlere karşı vurdumduymazlıkla cevap vermekte, endişelere karşı hiçbir şey olmamış gibi davranmayı tercih etmektedir. Buna örnek olarak, son günlerde Sayın Cumhurbaşkanı'nın uyarılarına karşı sergilenen yapmacık tepki gösterilebilir. Oysa Sayın Cumhurbaşkanı'nın laiklik ve kadrolaşma konusundaki uyarıları, Başbakanlık ve Milli Eğitim Bakanlığı müsteşarları makamlarında oturdukları sürece, başka bir delile ihtiyaç göstermeyecek kadar haklıdır.

Artık burada, kişisel ya da siyasal beklentiler bir yana bırakılarak soğukkanlı ve sakin değerlendirmelerle ortak aklı öne çıkarmak gereklidir. Aksi uygulamalar hiç kimseye yarar sağlamayacak çıkan yangın herkesi yakacaktır.

Bugün ülkemiz çok önemli iç ve dış sorunlar sarmalıyla karşı karşıya bulunmaktadır. Bu sorunları şu şekilde sıralayabiliriz; Avrupa Birliği-Türkiye ilişkileri, Ermeni sorunu, Kıbrıs sorunu, Güneydoğu Bölgesi'ne özgü sorunlar ve kuşkusuz buna bağlı olarak yaşanan ayrılıkçı terör sorunu.

* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

Avrupa Birliği-Türkiye İlişkileri: Avrupa Birliği Türk ulusu için 1800'lü yıllardan bu yana süren, Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasıyla hızlanan "*Çağdaş Medeniyet*"e ulaşma projesinin devamıdır. Biz Avrupa Birliği ile eşit koşullarda, sahip olunan değerlere karşılıklı anlayış ve saygı kuralları içinde müzakere etmeyi ve bu şekilde katılmayı benimsemekteyiz. Avrupa Birliği'ni demokrasi gibi yüklenilmiş misyona ulaşabilmek için "*varılan istasyonda inilecek araç*" gibi görenlerden farklı biçimde bir düşünce, yaşam ve değerler biçimi olarak algılamaktayız. Bunun için de özgür ve bağımsız bir anlayış ve irade ile bütünleşmek istemekteyiz. Bunun aksine bir kabul bizler için sömürgeleşme anlamını taşımaktadır.

Ermeni Sorunu: Üzülerek ifade etmek isterim ki ülkemizin uluslararası platformda karşısına çıkan en büyük sorun "*Ermeni soykırımı*" iddialarıdır. Bu konuda birçok ülke parlamentosunda Türkiye aleyhine kararlar alınmıştır ve alınması için büyük çabalar gösterilmektedir. Bu tür bir iddia Türk ulusuna yapılan en büyük haksızlıktır. 1830'larda Anadolu'da bulunan sonraları Alman Genelkurmay Başkanlığı'na kadar yükselen Moltke, Ermeniler için "*Hıristiyan Türkler*" deyimini kullanmıştır. Yüzyılın başında Türklerle bu kadar benzeşen ve uyum içinde yaşayan Ermenilerin yüzyılın sonunda, büyük devletlerin arka çıkmasına güvenerek, "*Ararat*" filminde rejisörün anlatımı ile "*nefret*" uyandırmalarının nedenini Ermeniler düşünmelidirler.

Kıbrıs Sorunu: Bu konuda da çok ciddi sorunlarla karşı karşıya kalan Türkiye ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti sıkıntılı bir süreç yaşamaktadır. Ulusal sorunlar "*ver kurtul*" anlayışından daha çok uzlaşma ile çözümlenmelidir. Mutlaka verilen hakların yerine yenisi ikame edilebilmelidir. Bu dengenin sağlanması ise ancak ulusal bilinç yanında sağlıklı dış politika ve güç dengelerini yerinde kurmaya, eldeki kartları zamanında oynamaya bağlıdır.

Terör Sorunu: Kuşkusuz son yirmi yıldır ülke gündeminden düşmeyen ayrılıkçı PKK terörü maddi ve manevi büyük kayıplar yanında yaklaşık 30 bin insanımızın ölümüne neden olmuştur. Bugün Ortadoğu'da Suriye, Irak ve İran'ı içine alan bir bölgede "*Kürt mücadelesi ve Sorunu*" vardır ve amaç bağımsız bir devlet kurmaktır. Bu soruna, PKK ve yandaşlarının destek ve yardımlarıyla ülkemiz de bulaştırılmak istenmektedir. Merkezinde Arap-İsrail çatışması olan bölgede amaç, ABD ve yandaşlarının güdümünde Arap olmayan bir ulus devlet kurup

başkandan

İsrail'e destek olmaktır. Coğrafyamızda çizilen haritalarda gösterilen "Kürdistan" bölgesiyle tezgahlanan oyun budur. Bu oyuna uygun oyun-cular seçilmiş dersleri anlatılmış ve oyunu sahnelemeleri istenmiştir. Tek dileğimiz güzel yurdumuzun felaketi olacak bu oyuna halkımızın kanmaması tarihten gelen birikimi ile meseleye soğukkanlılıkla, demok-rasi, insan hakları ve hukuk penceresinden bakmasıdır. Aksi taktirde "silahı bırak masaya otur", "Siz Sayın Başbakanı gözden çıkarmayın kullanın" biçimindeki ricaların dillendirildiği devlet temsilcilerinin bulunduğu bu süreci çok ağır bedeller ödeyerek geçeriz ki, bu da ecdadımızın kanları ve inançlarıyla kurulan ve bizlere emanet edilen Türkiye Cumhuriyeti'nin sonu olabilecektir. "Türkiye Cumhuriyeti'nin başlangıçta ortaya koyduğu bütün temel ilkelerin laiklik, Cumhuriyet ve milliyetçilik gibi birçok temel ilke-nin yerine daha çok katılımcı, daha adem-i merkezi daha Müslüman bir yapıya devretmesi zorunluluğu ve artık bunun zamanının geldiğini" ve "Türkiye'de Cumhuriyet ilkesinin yerini katılımcı bir yönetime devretmesi gerektiği ve nihayet laiklik ilkesinin yerinin İslam'la bütünleşmesinin gerekli olduğunu" hayal edenlerin böyle bir yöntemi kullanabileceklerini düşünmek bile istememektediriz.

Özellikle son günlerde Hakkari ilimiz ile Şemdinli, Yüksekova il-celerimizde başlayan ve tüm bölgeye yayılan ve ülkemizi kan gölüne döndürecek nitelikteki her türlü kışkırtmaya karşı insanlarımızın son derece duyarlı olması gerektiğine inanmaktayız. Türkiye Barolar Birliği olarak konuya başından bu yana duyarlılık göstermekteyiz, daha önce yaptığımız araştırma ve çalışmaların sonucunu "Güneydoğu Raporu" adı altında kamuoyuna duyurmuştuk. Şimdi ise oluşturduğumuz bir komisyonla sadece PKK terörünü değil her türlü terörü incelemek ve rapor hazırlamak üzere bir proje grubu oluşturduk. Yine bu konuda, 22-23 Haziran 2006 tarihlerinde İstanbul'da CCBE-Avrupa Birliği Barolar Federasyonu Yönetim Kurulu "PECO" toplantısını, "Demokrasi-Terör-Hukuk Devleti" konulu bir gündemle yapacaktır. Ayrıca, bir süre önce son olayları incelemek üzere Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'ndan, Disiplin Kurulu'ndan ve Denetleme Kurulu'ndan birer üyeden oluşan bir heyeti Hakkari, Yüksekova ve Şemdinli'de incelemeler yapmak üzere görevlendirdik ve bölgede yaşanan olaylarla ilgili ayrıntılı rapor aldık. Bizim bu çalışmalarımızdan hemen sonra olaylar iyice ivme kazandı ve yıllardır büyük bir özveri ile tesis edilen huzur ortamı yeniden bozuldu. Özellikle getirilen yeni yasal düzenlemelerin sağladığı hak ve özgürlük-ler kimi yerel yöneticiler tarafından ayrılıkçı söylemlerin seslendirilme

nedeni olmakta ve şiddet çığırkanlığı yapılmaktadır. Oysa gelinen bu noktada, hukuk içinde ve meşru zeminlerde demokratik açılımlar desteklenir, tüm sorunlar şiddet reddedilerek ayrılıkçı unsurları değil, birleştirici ortak değerleri öne çıkaran söylemler biçiminde seslendirilebilirdi. Sonradan düzeltilmesine karşın “artık Kürt halkı Türklerle birlikte” yaşamak istemiyor “Apo Kürt halkının temsilcisi” gibi ülkenin sosyolojik yapısıyla tarihsel geçmişiyle ve yaşanan gerçeklerle hiç ilgisi olmayan söylemler yürek karartan değil yürek dağlayan sözlerdir.

Bunca olumsuzluğa, bunca ihanete, bunca kendini bilmezliğe, bunca hainliğe ve bunca kötü yönetime karşın ülkemizin geleceğinden, barış, huzur ve kardeşlik içinde yaşamını sonsuza kadar sürdüreceğinden zerre kadar kuşquamız olmadığını bir kez daha inançla yineleriz. Bunların güvencesi olan sağduyu, ortak akıl ve hepsinden önemlisi üzerinde asırlardır onurla, gururla yaşadığımız Anadolu’nun hamuruyla yoğrulmuş insanımıza güvenmekteyiz.

Demokrasinin ve hukukun aydınlattığı, insan haklarının rehber olduğu barış, huzur ve sevginin yaşam biçimi olarak kabul gördüğü güzel günlerde buluşacağımızı umuyorum. Sözlerimi rahmetli Uğur Mumcu’nun şu güzel ve doğru cümleleri ile bitiriyorum.

*Kürt’ü Türk’e;
Türk’ü Kürt’e;
Ermeni’yi Türk’e
Türk’ü Ermeni’ye;
Alevi’yi Sünni’ye;
Sünni’yi Alevi’ye düşman eden
Emperyalizm ve emperyalizmin
Ortadoğu’daki çıkarlarıdır.
Dün öyleydi, bugün de öyle...*

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ BAŞKANI LUZIUS WILDHABER'İN YARGI YILI AÇIŞ KONUŞMASI

Çeviren: Burak ÇELİK*

Sayın Başkanlar, ekselansları, sevgili dostlar, bayanlar, baylar,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yılı açılışı dolayısıyla gerçekleştirilen geleneksel toplantımızda size ev sahipliği yapmak, benim için her zamanki gibi büyük bir zevktir. Aralarında yaklaşık elli Yüksek Mahkeme ve Anayasa Mahkemesi başkan ve yargıcının da yer aldığı çok sayıda konuk, bu akşam bizi varlıklarıyla onurlandırdılar. Bunlardan özellikle seçkin onur konuğumuz, Türk Anayasa Mahkemesi Başkanı Tülay Tuğcu'yu ve bu öğleden sonraki seminerin üç raportörünü, Litvanya Anayasa Mahkemesi Başkanı Egidijus Kūris'i, Alman Anayasa Mahkemesi Başkanı Hans-Jürgen Papier'i ve İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi'nden Lord Justice¹ Sedley'i selamlamak ve kendilerine, toplantımıza yaptıkları katkılardan ötürü içten teşekkürlerimizi sunmak isterim.

Bu akşam aramızda, tümünün adını anmamı olanaksız kılacak derecede çok sayıda seçkin konuk bulunuyor. Ama lütfen, ev sahibi kentimizin Belediye Başkanı Keller'in aramızda bulunması nedeniyle duyduğumuz mutluluğu belirtmeme izin veriniz. Kişisel olarak, ailemizi temsilen kızım Anne'in burada bulunmasından duyduğum memnuniyeti de ifade etmeliyim.

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi araştırma görevlisi, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yürütme Kurulu üyesi.

¹ Luzius Wildhaber'in, İngilizce yaptığı bu konuşmanın Fransızca metninde kimi İngilizce terimlerin aynen bırakıldığı, İngilizce metnindeyse kimi Fransızca terimlere yer verildiği görülmektedir. Bu nedenle Türkçe çeviride de bu terimler aynen korunacak, gerekirse ilgili terimlerin Türkçe karşılıkları dipnotlarda verilecektir. Lord Justice (Yargıç Lord), İngiltere'de Temyiz Mahkemesi üyelerinin taşıdıkları sandır.

Akil Kişiler heyetinin iki üyesini, Profesör Rona Aybay'ı ve Başkan Veniamin Yakalev'i de ayrıca selamlamak isterim.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi düzeneğine (mekanizmasına) bütünüyle yargısal bir nitelik kazandıran 11. Protokol'ün 1998'de yürürlüğe girmesinden bu yana ki süreç gözden geçirildiğinde, Mahkeme'nin ağırlığının ve öneminin aratarak sürdürüğü görülmektedir. Mayıs 2005'te Varşova'da toplanan Avrupa Konseyi Doruğu'nda da belirttiğim gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, yalnızca bir Avrupa kurumu olmanın çok daha ötesinde bir anlamı vardır; o bir simgedir. O, hukuk ve adaleti kaynaştırır. Uluslararası istikrar, barış ve refahın sürekliliğini güvence altına almak için, olabildiğince yansız ve nesnel bir biçimde, temel hakları, demokrasiyi ve hukukun üstünlüğünü korumaya çalışır. Ambrogio Lorenzetti'nin 665 yıl önce Siena Belediye Sarayı'nda tasvir ettiği türde bir iyi yönetim örneği yaratmaya çabalar. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan haklarının uluslararası alanda korunması konusunda en etkili sistemi geliştirmiştir. 1948 BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni hukuksal açıdan bağlayıcı bir yolla tamamlamaya yönelik en başarılı deneme olarak, uluslararası hukuk mirasının bir parçasıdır. Dünyanın, insan haklarının ulusal ya da uluslararası alanda korunmasının bir gerçeklikten çok bir dilek olarak kaldığı yerleri için parlak bir örnektir. Hem bir simgedir hem de totaliter yönetim karşısında demokrasinin zaferi için bir katalizör işlevine sahiptir. Demokrasinin ve hukuk devletinin sınırları aşabileceğinin, daha doğrusu aşması gerektiğinin, en büyük kanıtıdır.

Biz yargıçlar için bu Mahkeme'de bulunmak bir ayrıcalıktır. İş yükü sorunumuz olabilir; ama bize ulaşan çığ gibi başvuru, Mahkeme'nin bütün Avrupalıların zihinlerinde ve yüreklerinde kazandığı önemi yansıtmaktadır. Bağımsız bir mahkemenin ne olduğu konusundaki anlayış eksikliği nedeniyle kimi çevrelerle karşı karşıya kalabiliriz; ama savlarımızın ilkelere dönüştükçe üstün geleceğine inanıyoruz. Kimi kararlar nedeniyle eleştirebiliriz; ama bu son derece meşru ve bizim de kararlarımızda tanımladığımız, aynı zamanda bir parçası da olduğumuz çoğulcu demokraside aslında kaçınılmazdır. Tahmin edileceği gibi, işimizin kişiyi geliştirici ve zenginleştirici bir niteliği vardır.

Kimi zaman insan yeni kokular ve yeni renkler keşfettiği çiçeklerle dolu bir bahçede gezindiği izlenimine kapılır. Biz de benzer bir duyguyu heyecanlı, kimi zaman kişiyi coşturan, kimi zaman ciddi sorumluluklar

yükleyen güç bir işi, Avrupa çapında insan haklarını gerçeğe dönüştürme işini yaparken yaşıyoruz. İnsan hakları bir bütün olduğundan, özünde işimiz, demokrasinin ilkeleri, hukukun üstünlüğü, azınlık hakları gibi temel kavramları, modern, demokratik bir toplumda insan haklarının içeriğini tanımladığımız gündelik kararlarımızla somutlaştırmaktır.

İlk yıllarımızda, siyasal güdülerle çifte standartlı kararlar verdiğimiz, sözcelimi yeni tüye olmuş devletlerle ilgili kararlarda daha hoşgörülü olduğumuz yönünde eleştiriler aldık. Anımsıyor musunuz? Oysa hiçbir zaman çifte standart söz konusu olmamıştır. Mahkeme, Rekvényi/Macaristan davası gibi davalarda, geçiş dönemindeki bir demokrasinin güçlendirilmesi ya da Refah Partisi/Türkiye davasında olduğu gibi, demokrasinin özünün, onun kötüye kullanılmasına karşı korunması yönünde bir anlayış göstermiştir. Bununla birlikte, bu davalarda, demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün desteklenip güçlendirilmesi ve bunların kendilerine yönelik tehditlere karşı korunması gerektiğinin ifade edilmesinden başka bir şey yapılmamıştır.

Mahkeme içtihadının "*leitmotiv*"i, Sözleşme'nin yorumu çerçevesinde sürdürülmektedir. Bir yandan Salmouni/Fransa, Matthews/Birleşik Krallık, Lusting-Prean ve Beckett/Birleşik Krallık, Immobiliare Safi/İtalya, Thlimmenos/Yunanistan, Rotaru/Romanya, Brumărescu Romanya, Kulda/Polonya, Kudła v. Poland, Kıbrıs/Türkiye, Christine Goodwin/Birleşik Krallık, Stafford/Birleşik Krallık, Sovtransavto Holding/Ukrayna, Kalashnikov/Rusya, Öcalan/Türkiye, Maestri/İtalya, Assanidze/Gürcistan, Broniowski/Polonya, Nachova/Bulgaristan, Hirst/Birleşik Krallık ya da Rasmussen ve Sozersen/Danimarka ve daha sayabileceğim birçok kararda görülebileceği gibi öncülümüz olan kurumlarca başlatılan Sözleşme'nin dinamik yorumu anlayışı izlenmektedir. Kuşkusuz, içtihat aynı zamanda dinlenemezlik (inadmissibility/irrecevabilité) kararları ya da ihlal bulunmayan kararlarla da gelişmektedir. Yukarıda andığım Rehvényi ve Refah Partisi kararlarından başka, bu konuda örnek olarak Gratzinger ve Gratzingerova/Çek Cumhuriyeti, Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya ("*Mauerschützenfälle*"), Al-Adsani/Birleşik Krallık, Z./Birleşik Krallık, Banković/NATO üyesi 17 devlet, Şahin/Türkiye ya da Jahn/Almanya ve yine Von Maltzan/Almanya kararlarını verebilirim. Söylemek istediğim, Mahkeme'mizin insan hakları korumasının gelişimi konusunda ulusal mahkemelere rehberlik etmeyi sürdürdüğüdür. Bununla birlikte,

Mahkeme geçmiş içtihadı yalnızca zorlayıcı nedenlerin, kendisini, Sözleşme'nin yorumunu toplumsal değerlerdeki ya da günümüz koşullarındaki değişikliklere uyarlamaya itmediği durumlarda benimsemiştir. Öte yandan Mahkeme geçmiş içtihadı yalnızca tek bir devlete ilişkin yargılar konusunda izlememekte; aynı zamanda bütün üye devletlerde asgari Avrupa standardının gözlenmesi gerektiğini de kabul etmektedir. Gerçekten, geçmiş öğretinin ilkesel olarak uyumlu bir biçimde izlenmesi yasal güvenlik, Sözleşme konusundaki içtihat hukukunun uygun biçimde gelişmesi, yasa önünde eşitlik, hukukun üstünlüğü ve erkler ayrılığı bakımlarından yararlıdır.

Görevimizi bu biçimde tanımlayarak, Anayasa Mahkemesi benzeri bir Avrupa Mahkemesi yargıcının işlevi konusunda da belli şeyleri kabul etmiş oluyorum. Mahkememiz bir ölçüde hukuk yaratan bir yapıdır. Başka türlü nasıl nasıl olabilir ki? Aksi halde, Montesquieu gibi, yargıcı yalnızca "yasanın dili" olarak görürdük. İşkence yasağı, silahların eşitliği, anlatım özgürlüğü ya da özel yaşamın ve aile yaşamının korunması gibi Sözleşme güvencelerine biçim vermek nasıl olanaklı olabilir? Bu tür güvenceler, geleceğe açık, değişen koşullar ışığında açıklanacak ve geliştirilecek programatik (izlencesel) formüller içerir. Yargıcın görevi konusundaki kişisel görüşüm, yargıcın, bir mahkeme önüne gelen davalardaki olguların esiniyle, yolunu aşamalı, hatta neredeyse deneysel bir biçimde bulması gerektiği yönündedir. Görüldüğü gibi ben, kutsal olarak sunulan ve spekülatif varsayımlara ya da ideolojilere dayanan kapalı kuramsal sistemlere inanmıyorum. Bu tür açıklamalar, toplumların, uluslararası ilişkilerin ve bireylerin gelişimindeki karmaşıklık ve zıtlıkları göz ardı ederler. Bununla birlikte, gerek iç hukuk gerekse uluslararası hukukta, hukuk geliştirilirken değer yargılarından kurtulmanın güçlüğü kabul edilmelidir. Bu özellikle anayasalcılık, demokrasi ve hukukun üstünlüğü kavramları üzerine inşa edilen ve par excellence² değer yargısını oluşturan insan hakları konusunda böyledir.

Bir "Gouvernement de Juges"³ savunmadığını izninizle belirtiyim. Bir davada, olguların hiçbir biçimde elvermediği ölçüde geniş yanıtlar vermek, yargı yetkisiyle yasama ve yürütme yetkilerini birbirine karıştırmaktır; mahkemelerin işlevi bu olamaz, olmamalıdır. Alman Anayasa Mahkemesi'nin önceki başkanı Jutta Limbach'ın şu sözlerine

² En üstün derecedeki.

³ Yargıçlar hükümeti.

katılıyorum: *“Mahkeme, anayasal koşullar çitasını ne denli yükseltirse yasama organının hareket yetisini ve siyasal yaratıcılığını o denli sınırlar.”*

Mahkemeler, iktidarın araçları değildir. Ünlü *“Federalist Papers”*’da, Amerikan Anayasası’nın büyük kuramcısı Alexander Hamilton, hükümetin kılıcı, yasamanın para kesesini tuttuğunu, mahkemelerin kendileri için ellerinde tuttıkları tek şeyinse bağımsızlıkları olduğunu yazıyordu. Bu bağımsızlık, bize hükümetler içinde dürüstlük ve adaleti izleme ve koruma olanağı tanıyan konumumuzu veren şeydir.

Almanya’da görenek hukuku konusundaki en eski belge olan ve geçmişi 1220-1235 yıllarına dek uzanan *“Sachsenspiegel”*, yargıcın nasıl olması gerektiği konusunda şunları söylemektedir: *“Her yargıçta dört erdem bulunmalıdır. Birincisi, adalet, ikincisi bilgelik, üçüncüsü cesaret ve dördüncüsü ölçülülük.”* Bu tanımın, yargıcı ve onun işlevini tanımlama konusunda hala önemli bir araç olduğunu söylemeliyim. Püritenlerin şu düsturu da yargıçlar için esin kaynağı olabilir: *“Doğru olanı yap ve kimseden korkma.”* Şunu da eklemek isterim: Uluslararası insan hakları yargıçları da gerçekte, doğru olanı yapmalı ve kimseden korkmamalıdır. Aynı zamanda, içinde yaşadıkları bağlam ve hizmet ettikleri amacı da göz önünde bulundurmalıdırlar. İnsan hakları, ortak sorumluluğumuzdur. En başta ulusal yasama organlarının, hükümetlerin, mahkemelerin ve daha genel anlamda sivil toplumun insan haklarına saygı göstermesi gerekir. Mahkememiz yalnızca anılan kurumların bunu yapmaması durumunda devreye girmektedir. Burada tanımladığım ve savunduğum ikincilik (subsidiarity/subsidiarité), yararcı-gerekeçi bir anlayışın çok daha ötesindedir. Bu aynı zamanda demokratik süreçleri (tabii bunların gerçekten demokratik olmaları koşuluyla) savunmaktır. Eminim ki, *“kitaplardaki insan hakları hukuku”*’nu yalnızca *“mahkemedeki insan hakları hukuku”*’na değil, *“uygulamadaki insan hakları hukuku”*’na ve ümit edelim ki tüm üye devletlerde gerçeğe dönüştürmenin en iyi yolu budur.

Şimdi, izninizle, Mahkeme’nin 2005 yılında karara bağladığı ve eylem ve düşüncelerimizin merkezinde neyin yer aldığını bir kez daha ortaya koyan kimi davalara değinmek istiyorum.

Leyla Şahin/Türkiye kararı, demokratik toplum konusunda gerçek bir kuram geliştirmeye yönelik olduğu söylenebilecek ender pilot kararlardandır. Bu dava, türban taktığı için üniversiteye girmesi reddedilen

bir Türk öğrenciyle ilgiliydi. Davanın esası hakkında, Büyük Daire, Dördüncü Daire'nin ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin, din özgürlüğünün ihlal edilmesinin söz konusu olmadığı yönündeki geçmiş kararlarını teyit etti. Çoğulculuk ve hoşgörünün tüm demokratik toplumların temel ilkelerinden olduğunu yineledikten sonra Büyük Daire, kamu makamlarının, başkalarının hak ve özgürlüklerini, kamu düzenini, iç barışı ve gerçek dinsel çoğulculuğu koruması gereğini de göz önüne almak zorunda olduğunu ve bu gereğin, demokratik toplumun devamı için yaşamsal önemi bulunduğunu da belirtti. Çoğulculuk, başkalarının haklarına saygı ve özellikle kadın-erkeğin yasa önünde eşitliği gibi değerlerin öğretildiği ve uygulamaya geçirildiği bir bağlamda, ilgili makamların, kurumlarının laik yapısını korumak istemelerini ve türban da dahil dinsel giysilere izin verilmesini bu tür değerlere karşıt olarak algılamalarını anlaşılabilir buldu.

Sözleşme'nin tanıdığı haklardan yararlanma konusunda ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. madde konusunda da yeni gelişmeler söz konusudur. Nachova/Bulgaristan davasında Büyük Daire, bu maddeyi yaşam hakkını düzenleyen 2. madde ile birlikte ele alarak uygulayan ilk Mahkeme birimi oldu. Davaya konu olay, askerî bir harekâta, çingene kökenli iki genç kaçağın, kendilerini arama ve bulma emri almış olan askerî polis tarafından vurulup öldürülmesiydi. Kurbanların aile bireyleri olan başvuruçular, bu kişilerin ölümlerinde, başka etmenlerin yanında, ırkçı bir yapıdan kaynaklanan önyargıların ve düşmanca tutumların da rolü olduğunu ileri sürdüler. Davanın esasına ilişkin olarak Mahkeme, söz konusu kişilerin ırkçılık sonucu öldürülmüş olduklarının saptanmadığı sonucuna vardı. Bununla birlikte, ulusal makamların, yürüttükleri soruşturma kapsamında, ırkçı güdülerin bu kişilerin ölümünde rol oynayıp oynamadığını araştırmaları ve eğer böyleyse sorumluları cezalandırmaları gerektiğine hükmetti.

Sözleşme'nin 5 ve 6. maddelerine yön veren kimi temel ilkeleri yinelemenin yanında Öcalan/Türkiye davası, Mahkeme'ye iki önemli konuyu ele alma olanağı verdi. Ölüm cezasıyla ilgili olarak, mahkeme 3. madde bağlamında dürüst (adil) olmayan bir yargılama süreci sonunda ilgili kişiye ölüm cezası verilmesinin, onun, yanlış olarak, idam edileceği korkusuna kapılmasına neden olacağı sonucuna vardı. Cezanın infazının gerçek bir olasılık olarak belirlediği koşullarda, ölüm cezasının sonucu olarak ortaya çıkan, geleceğe ilişkin korku ve belirsizliğin 3. maddeyi ihlal

edeceğini belirtti. 6. maddenin sonuçlarına ilişkin olarak ise Mahkeme, bireyin davadaki gibi, Sözleşme'nin öngördüğü bağımsızlık ve yansızlık koşullarını sağlamayan bir mahkeme tarafından mahkum edilmesi durumunda, istem üzerine yargılamanın yenilenmesinin, ilke olarak, ihlalin giderilmesinin uygun bir yolu olduğu kararına vardı. Bununla birlikte, bir devletin, yükümlülüklerini yerine getirmesi için bulması gereken özgül başvuru yollarının (special remedial measures/mesures de réparation spécifiques) her bir davanın koşulları bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi ve Mahkeme'nin o davada verdiği karar ışığında belirlenmesi gerektiğini belirtti.

Mamatkulov ve Askarov/Türkiye davasında Mahkeme, uluslararası hukukta geçici önlemlere ilişkin yeni gelişmeler ışığında Cruz Varas içtihadını yineledi. Uluslararası Adalet Divanı, Amerikalararası İnsan Hakları Mahkemesi ya da Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi gibi uluslararası yargı yerlerinin yakın tarihli kararlarına da başvurarak, şu değerlendirmeyi yaptı: *"Bir taraf devletin geçici önlemlere uymamasının, Mahkeme'yi, başvuruçunun şikayetini etkili bir biçimde incelemekten alıkoyar, bu kişinin hakkından etkili biçimde yararlanmasını engeller ve bu nedenle de 34. maddeyi ihlal eder nitelikte olduğu kabul edilmelidir."*

Son olarak, Boshorus/İrlanda davasında Mahkeme, Sözleşme ve Topluluk hukuku arasındaki ilişki konusunu aydınlatmaya yönelik ve çokça beklenen bir katkı yaptı. Avrupa Topluluğu hukukunca sağlanan temel hak korumasının, belirgin bir yetersizlik durumu dışında, Sözleşme sisteminde sağlanan korumaya "eşdeğer" kabul edilebileceğine karar verdi. Sonuç olarak, bir devletin yalnızca Avrupa Birliği üyeliğinden doğan yasal yükümlülüklerini yerine getirmesinin Sözleşme'den ayrıldığı anlamına gelmediğini kabul etti.

Broniowski/Polonya davasında verilen, kayıttan düşürülme (striking-out/radiation) kararı, Mahkeme'nin ilk kez Haziran 2004'te uygulamaya koyduğu "pilot" davalar yöntemi konusunda ulaşılan memnuniyet verici bir sonucu simgeliyordu. Bu davada, İkinci Dünya Savaşı'nın ardından uluslararası sınırların değiştirilmesi nedeniyle yapılan kamulaştırmadan doğan alacağını elde edemeyen bir kişinin başvurusu söz konusuydu. İşin esasına girerek verdiği kararda Mahkeme, mülkiyet hakkının ihlal edildiğini saptadı, hakkaniyete uygun bir giderim (just satisfaction/satisfaction équitabile) sorununa bir kayıt koyarak, ilgili devleti başvuruçunun davasına ilişkin olarak getireceği

özgöl çözüm yanında, Broniowski'nin durumunda olan yaklaşık 80 bin olası başvuru durumlarına ilişkin genel önlemler de almaya davet etti. Karara süratle uyan ve yapıcı tutumuyla sorunun dostça çözümünü (friendly settlement/ accord aimable) ve Mahkeme'nin davayı düşürmesine olanaklı kılan Polonya Hükümeti'ne takdirlerimi sunuyorum.

Konuşmamın üçüncü bölümünde Sözleşme sisteminin düzeltimi (reformu) konusuna değineceğim. Bu konu, Mahkeme'nin önümüzdeki yıllarda ve on yıllarda, Avrupa kurumsal çerçevesinin bugünü ve yarınındaki can alıcı ve biricik işlevini sürdürebilmesi için gerekli önlemler hakkında düşünmede ısrarlı olmamızı gerektirmektedir.

Mahkememiz, yani 11. Protokol ile kurulan "yeni Mahkeme", çoğu, işin esasına girilmesini gerektiren karmaşık davaları kapsayan 7000 kadar başvuruyu devralarak 1998'de göreve başladı. 2000 yılının ortalarından itibaren Mahkeme, iş yükünün denetlenemez duruma gelmesi tehlikesine dikkat çekti. Olası düzeltim yolları hakkında düşünülmesi için özel bir gün düzenledi. Sözleşme'nin 50. yıldönümü nedeniyle toplanan Roma Konferansı'nın ardından Bakanların Temsilcileri,⁴ "Mahkeme'nin etkililiğini güvence altına almak ve gerekirse düzeltim önerileri sunmak" üzere bir Değerlendirme Kurulu kurdu.

Bu kurulun Eylül 2001'de sunduğu öneriler ve dava sayısındaki aman vermez artış, 14. Protokol'ün hazırlanmasına yol açtı. Mahkeme, Eylül 2003'te bu konuya ilişkin görüşlerini içeren bir metin sundu; belirli bir eleme sistemi ve yineleyen davalar için pilot karar yöntemini önerdi. Bu önerilerin hiçbiri benimsenmedi; yalnız pilot karar yöntemi, Bakanlar Komitesi'nin (2004)³ numaralı kararı ile desteklendi ve Mahkeme tarafından Broniowski/Polonya kararında başarıyla uygulandı.

14. Protokol, yargısal düzenle ilgili dört temel yenilik getirmektedir: açıkça dinlenemez (clearly inadmissible/ manifestement irrecevable) nitelikte bulunan başvurular hakkında tek yargıç düzeneği; "Mahkeme'nin yerleşik içtihadının bulunduğu konularda" yedi yargıçlı Daire'ler yerine üç yargıçlı Komiteler'e geniş yetkiler tanınması; dinlenebilirlikle işin esasının birlikte incelenmesi ve yeni bir dinlenebilirlik ölçütü olarak "önemli derecede zarar görme" (significant disadvantage/ préjudice important) ko-

⁴ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ni oluşturan bakanların temsilcilerinin oluşturduğu kurul.

şulunun getirilmesi. Mahkeme, tüm taraf devletlerin 14. Protokol'ü en kısa zamanda onaylamasını talep etmektedir; kendisi de bu Protokol'ü yürürlüğe girer girmez uygulamaya hazır duruma gelecektir.

Biri iç denetçi, biri de Britanyalı dış denetçi tarafından 2004 yılında tamamlanan kapsamlı iki çalışma, Mahkeme'nin iç işleyişinin durumuna ilişkin bütüncül bir tablo çiziyordu. Özetle, iç denetçinin, dış denetçi tarafından da benimsenen hesabına göre, Mahkeme'nin geçmişten kalan iş yükü bir kenara bırakılsa bile, yeni gelen tüm başvuruların altından kalkabilmesi için mevcut 530 görevlinin yanında 660 yeni çalışana daha gereksinmesi olacaktı.

Bu iki denetçi raporunun yanında İngiltere'nin önceki Lord Chief Justice'ı, Lord Woolf of Barnes, Mahkeme'nin çalışma yöntemine ilişkin bir metin hazırladı. İzninizle Lord Woolf'un raporundan bir alıntı yapacağım:

"Mahkeme kapsamlı denetimlere ve çalışmalara konu oldu; ancak bir 'denetim yorgunluğu' olasılığına karşın, biz karşılaştığımız herkesin, açık, konuksever ve yardıma hazır olduğunu gördük. Birçok durumda, moral bozukluğuna ve kayıtsızlığa yol açan bitmek tükenmek bilmez iş yükü karşısında, çalışanların kendilerini işlerine adanmaları, olumlu ve son derece etkin tutumları bizi şaşkına çevirdi. Mahkeme'deki hukukçuların ve yargıçların tümü, işlerine sıkıca bağlı, durmaksızın yenilik ve gelişme arar, yeni çalışma yöntemlerini dener durumdadır. Kanaatim odur ki, Mahkeme, aşırı ve bunaltıcı iş yüküne karşın onlar sayesinde ayakta durmaktadır."

Gördüğümüz gibi, çeşitli raporlarda Mahkeme'nin hakkı fazlasıyla teslim edilmiştir. Biz şimdi, bize tamamen yeten asıl işimize yoğunlaşmak istiyoruz. Geçen yıl, 2005'te, Mahkeme'ye yaklaşık 45 bin 500 başvuru yapıldı. 2005 sonunda hâlâ büyük bir oranını geçmişten kalan işlerin oluşturduğu 81 bin dava görülüyordu. Bu rakamların önemini ilk kavrayan biziz. Ancak buradaki asıl mucize, geçmişten gelen iş yüküne ilişkin rakamların o kadar da fazla olmamasıdır. Bu, Mahkeme'nin -yani burada tümüne gerçekten fazlasıyla hak ettikleri takdirlerimi sunmam gereken yargıçların ve yazı işlerinin- sürekli ve yorulmak bilmez çabası, mevcut yargılama ve çalışma yöntemlerini kolaylaştırması, yeniden ele alması ve yalınlaştırması sayesinde olmuştur.

Mahkeme, kendisini ve yöntemlerini sürekli geliştirmektedir. Bunun en güncel sonucu, 2005'te 1105 karar vermiş olmasıdır ki, bu 2004 yılıyla karşılaştırıldığında yaklaşık % 54'lük bir artış demektir.

Kendimizi, çalışma ve yargılama yöntemlerimizi gözden geçirmeyi elbette sürdüreceğiz. Böylece, Lord Woolf'un birçoğu şimdiden uygulanmaya başlanmış ya da uygulanması öngörülmüş önerilerine de gereken karşılığı vermiş olacağız. Bu arada memnuniyetle vurgulamalıyım ki, Genel Sekreter, bu önerilerden, kendi desteğiyle uygulamaya konacak olanların bir an önce benimsenmesi için hazır olduğunu belirtmiştir. Avrupa Konseyi üyesi devletlere ve onların burada, Strasbourg'daki temsilcilerine de Mahkeme'nin 2006 bütçesini onaylayarak verdikleri akçal (malî) destekten ötürü teşekkür etmeliyim. Elbette Mahkeme yılda 75 yeni çalışan alınmasını olanaklı kılacak üç yıllık bir izlencenin (programın) benimsenmesini yeğlerdi. Ancak üye devletler, güç akçal koşullara karşın, 46 çalışan alınmasını kabul ettiler. Lord Woolf'un, daha önceki bir öneri dolayısıyla zaten gündemde bulunan bir konu hakkındaki tavsiyesini, yani geçmişten kalan davalarla ilgilenen özel bir sekreterlik kurulmasını gerçekleştirebilir kılacak bu özel çabayı saygıyla karşılıyoruz.

Mayıs 2005'teki Varşova Doruğu'nun ardından atanan on bir Akil Kişi, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın başkanlığını uzun süre yürütmüş bulunan Gil Carlos Rodrigues Iglesias'ın başkanlığında çalışmaya başlamıştır. Bu topluluğun üyelerinin üstün yetenekleri ve niteliklerini de göz önünde bulundurduğumuzda, onlardan gelecek önerileri büyük bir umutla bekliyoruz. Görüşlerine gereken değerin verilmesini ve önerilerinin hemen uygulamaya konmasını diliyoruz.

Bayanlar ve Baylar,

Söylediklerimden anlaşılabilceği gibi, başkanlık görevi, birlikte çalıştığımız, çalışmanın ve üstesinden gelmeyi başardığımız işlerin zevkini birlikte tattığımız arkadaşlarım sayesinde, benim için son derece zenginleştirici bir deneyim olmuştur. Bununla birlikte, kendisine bütünüyle bağımsız ve yargısal bir kurum niteliği kazandıran 11. Protokol'ün sözü ve özü karşısında, Mahkeme'nin, kendi kurumsal işleyişini düzenleme konusunda karşı karşıya kaldığı sorunları anlamakta ve kabul etmekte güçlük çekiyorum. Bu sorunlar, Sözleşme sisteminin daha etken duruma getirilmesi konusu üzerinde duran Akil Kişiler'in

çalışmaları kapsamında da belki ele alınacaktır. Ancak ben de burada bunlara değinmek isterim. Bu konuda üç temel sorun bulunuyor:

İlki, Mahkeme'nin bütçesi ile ilgilidir. Bütçemizin, Avrupa Konseyi bütçesinin bir parçasını oluşturması, özünde karşı çıkılacak bir konu değildir. Bununla birlikte, Mahkeme'nin bütçesi, doğrudan doğruya Mahkeme'den kaynaklanan istemler ve açıklamalar temelinde oylanmalıdır. Dahası, Mahkeme, oylan bütçeyi özerk bir biçimde yönetmelidir. Bu konuda gereken düzenlemeler kolayca ve hızla yapılabilir ve bunlar etkenliği de artırır.

İkinci konu, Mahkeme çalışanlarının atanmasıyla ilgilidir. Diğer bütün uluslararası mahkemeler, ya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde olduğu gibi belli bir hukuksal kurala ya da Birleşmiş Milletler'de Ad Hoc Uluslararası Ceza Mahkemeleri için veya Amerikan Devletleri Örgütü'nde Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi için söz konusu olduğu gibi, ilgili genel sekreterle yapılan belli bir uluslararası antlaşmaya dayanarak, kendi çalışanlarının atanması, görevde yükseltilmesi ve bunlara disiplin yaptırımları uygulanması konusunda yetki sahibidirler. Mahkeme'nin İktüzük hükümlerine ilişkin düzenlemeler hazırlamakla yetkili kurulu (Rules Committee/ le Comité permanent du règlement de la Cour), bu tür bir işlevsel bağımsızlığı güvence altına alacak kimi öneriler hazırladı. Ne var ki bu önerilere, Avrupa Konseyi'nin çalışanlarına ilişkin düzenlemeler gerekçe gösterilerek karşı çıkmaktadır. Ancak söz konusu bu düzenlemeler, Avrupa Konseyi Stasüsü'ne dayanmaktadır, ki bu da Sözleşme'den daha önceki tarihli bir metindir. Avrupa Konseyi çalışanlarına ilişkin düzenlemelerin, çok daha önce Sözleşme'yle uyumlu duruma getirilmeleri ve özellikle 11. Protokol'ün, Sözleşme'nin 25. maddesini, "*Mahkeme'nin, görev ve kuruluşu Mahkeme İktüzüğü'nde belirlenen bir yazı işleri bulunur.*" biçiminde düzenlemesinin ardından ilgili değişikliklerin yapılması gerekirdi. Bunun ciddi bir gider doğurmayacağını ve yargı bağımsızlığı ilkesinin yanında, iyi yönetim ve basit sağduyunun da, uygulamada yazı işleri çalışanları üzerinde yetke (otorite) sahibi olan bir organın, onların atanmaları, yükseltilmeleri ve gerekiyorsa bunlara disiplin yaptırımları uygulanması bakımından da yetkili kılınmasını gerektirdiğini de izninizle eklemek isterim.

Üçüncü konu, yargıçların bir emeklilik düzeninden ve sosyal güvenlik tamamen yoksun olmalarıdır. Avrupa Konseyi, geçen yıl bu hususu incelerken, sorunun merkezinde yer alan ilke konusunu

bütünüyle es geçti. Şu andaki durum, bir hukuk devletindeki yargı bağımsızlığı anlayışıyla bağdaşmamaktadır. Aynı zamanda Avrupa Konseyi'nin kendi Sosyal Şart'ına da aykırıdır. Avrupa Konseyi'nin söz konusu ilke sorununa eğilmesinin ve bundan doğan sorumluluğu üzerine almasının tam zamanıdır.

Bayanlar ve Baylar,

İzninizle, Avrupa Konseyi üyesi devletlerden birinin, geçenlerde bana bir nezaket ziyaretinde bulunan büyükelçisinin söylediklerinden bir alıntı yaparak bitireceğim. Bu büyükelçi, konuşmamızın bir yerinde şöyle dedi: *"Sayın Başkan, bu Mahkeme, adaletin en temel ve açık ifadesidir."* ve ekledi: *"Herkesçe erişilebilir adaletin simgesidir."* Mahkeme'nin işlevinin ve iki temel bileşeninin özü, bundan daha iyi özetlenemezdi: adalet ve erişilebilirlik. Büyük olasılıkla, bizim de işlevimizi tanımlamak için başvuracağımız terimler bunlar olacaktır: Hukukun ve adaletin tanınması için erişilebilir olmak; böylece daha özgür ve adil bir toplumun kuruluşuna katkıda bulunmak.

İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ UYGULAMASINDA TOPLANMA VE ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ

Doç. Dr. Osman DOĞRU*

I. Genel Olarak

Toplanma ve örgütlenme özgürlüğü, Avrupa Konseyi'nin temel değerlerinden biri olan siyasal demokrasiyi somutlaştıran özgürlükler arasında yer alır. Bu özgürlük, İnsan Hakları Avrupa Sözleşme'nin 11. maddesinde düzenlenmiştir:

"1. Herkes barışçıl bir biçimde toplanma özgürlüğü ile kendi çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikalara girme hakkı da dahil, örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarının dışında, hukukun öngörmediği ve demokratik bir toplumda gerekli bulunmayan hiç bir sınırlama konulamaz. Bu madde, bu hakların silahlı kuvvetler, polis teşkilatı ve devlet idaresi mensupları tarafından kullanılmasına hukuka uygun sınırlamalar konulmasını engellemez."

Sözleşme'nin bu maddesi, "barışçıl bir biçimde toplanma özgürlüğü" ve "örgütlenme özgürlüğü" olmak üzere, birbirinden ayrı iki hakkı düzenlemektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre, Sözleşme'nin 11. maddesinin özerk bir rolü bulunmasına ve ayrı bir uygulama alanına sahip olmasına rağmen bu maddeye bir müdahale, ifade özgürlüğünü düzen-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

leyen Sözleşme'nin 10. maddesinin ışığında ele alınmalıdır. Sözleşme'nin 10. maddesinin güvence altına aldığı kişisel görüşleri korunma amacı, Sözleşme'nin 11. maddesinde yer alan toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün de amaçlarından biridir.¹ O halde Sözleşme'nin 11. maddesiyle ilgili bir müdahale değerlendirirken, ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddenin ilkelerinden de yararlanır.

Mahkeme, Sözleşme'nin 11. maddesindeki haklarla ilgili bir değerlendirme yaparken, şu iki soruya yanıt aramaktadır: Birincisi, bu maddedeki bir hakka bir "müdahale" var mı? İkincisi, müdahale varsa, müdahale haklı mıdır? Bir müdahalenin haklı olup olmadığı da, şu test sorularına yanıt verilerek ortaya çıkarılmaktadır: 1) müdahalenin hukuken öngörülmüş olup olmadığı, 2) müdahalenin meşru bir amaç izleyip izlemediği, 3) müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı.

A. Müdahalenin Varlığı

Bir olayda, Sözleşme'nin 11. maddesi bakımından devletin sorumluluğunun doğabilmesi için, öncelikle bireyin kullanmakta olduğu bu maddedeki bir hakkına, kamu makamları tarafından yapılmış bir müdahalenin bulunması gerekir. Bağlamda iki sorun ortaya çıkmaktadır. Birincisi, olayda gerçekten 11. maddedeki bir hakkın kullanılması söz konusu mudur; bir başka deyişle, bu maddenin olayda uygulanabilirliği var mıdır? İkincisi, olayda kamu makamları tarafından bir müdahale yapılmış mıdır?

Bir olayda, Sözleşme'nin 11. maddesinin uygulanabilirliğini tespit etmek her zaman kolay değildir. Bu konudaki bir tespit, ilgili hakkın kapsamını da belirler.

Öte yandan bir müdahale, kamu makamlarının eylem ve işlemlerinden doğabileceği gibi (negatif yükümlülük), ihmallerinden veya hareketsiz kalmalarından da doğabilir (pozitif yükümlülük).

¹ Bkz., 26.04.1991 tarihli Ezelin - Fransa kararı, paragraf 37; ayrıca, 02.10.2001 tarihli Stankov ve İlinden Birleşik Makedonyalılar Örgütü - Bulgaristan kararı, paragraf 85.

B. Müdahalenin Haklılığı

1. Müdahalenin Hukuken Öngörölmüş Olması

Sözleşme'nin 11. maddesi, kamu makamları tarafından toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin, hukuken öngörölmüş olmasını (prescribed by law) aramaktadır. Bir başka deyişle, bir müdahalenin iç hukukta bir dayanağı bulunması gerekir. Eğer müdahalenin iç hukukta dayanağı bulunmuyorsa, bu keyfi bir müdahale sayılır ve diğer şartları taşıyıp taşımadığını bakılmaksızın, Sözleşme'nin 11. maddesini ihlal ettiği sonucuna varılır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Sözleşme'nin 10. maddesinde geçen "hukuk" (law) kelimesinden ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Aşağıdaki prensipler, 11. madde bakımından da geçerlidir:

*"Mahkeme'ye göre, 'hukuken öngörölmüş' olma ifadesinden şu iki koşul ortaya çıkmaktadır: Birincisi, (uygulanacak olan) hukuk, yeterince ulaşılabilir (adequately accessible) olmalıdır; eş deyişle, vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgi sahibi olabilmelidirler. İkincisi, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta (precise) düzenlenmemiş bir norm, 'hukuk' kuralı olarak kabul edilemez: Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelidir. Bu sonuçların mutlak bir belirginlikle önceden görülebilir (foreseeable) olması gerekmez; çünkü tecrübeler bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Belirgin olması daha çok arzu edilir, ancak bu aşırı derecede bir katılığı beraberinde getirebilir; oysa hukuk, değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle birçok yasa az ya da çok, kaçınılmaz olarak muğlak terimlerle ifade edilir; bunların yorumu ve uygulanması, hukuk tatbikatının sorunudur."*²

Buna göre toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale, normatif hukuk kaynağına (anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik) ve/veya bunları uygularken yorumlayan içtihadı hukuk kaynağına (bağlayıcı mahkeme kararlarına) dayanmalıdır. Böylece, bir yargı organının veya idari bir makamın, toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne müdahale yetkisini nereden aldığı ortaya konabilir.

² Bkz., 26.04.1979 tarihli *Sunday Times* - Birleşik Krallık kararı, paragraf 49.

2. Müdahalenin Meşru Bir Amacı İzlemesi

Toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne ancak Sözleşme'nin 11/2. fıkrasında gösterilen meşru amaçlardan (istisna sebeplerinden) en az birini gerçekleştirmek için müdahale edilebilir. Bu meşru amaçlar, "ulusal güvenlik, kamu güvenliği, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"dır. Bunlar sınırlı sayıdadır; bunların dışında bir amaçla yapılan bir müdahale, keyfi bir müdahale sayılır. Ayrıca bu istisnaların dar yorumlanması gerekir.

Bu meşru amaçlar (istisna sebepleri), kendi başlarına ele alındığında soyut ve belirsiz görünebilir. Ancak iç hukuk normları ve yargısal kararlar, bunları somutlaştırır ve bu değerleri korur.

İnsan Hakları Mahkemesi Sidiropoulos kararında, "Makedon Uygarlık Evi" adlı derneğin tescil talebini reddeden ulusal mahkemelerin dayandığı, "Yunanistan'ın kültürel gelenekleri ile tarihsel ve kültürel sembollerinin korunması" amacının, Sözleşme'nin 11/2. fıkrasında belirtilen meşru amaçlardan birini oluşturduğuna ikna olmamıştır.

3. Müdahalenin Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması

Yine Sözleşme'nin 11/2. fıkrasına göre, toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne bir müdahalenin haklı görülebilmesi için, müdahale demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır.

Mahkeme, demokratik toplum teriminin ne anlama geldiğini çeşitli kararlarında açıklamıştır:

"Mahkeme'nin daha önce birçok kez vurguladığı gibi, çoğulculuk olmadan demokrasi de olmaz. İşte bu nedenle, 10. maddede düzenlenen ifade özgürlüğü, aynı maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlara tabi olarak, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber ve düşünceler' için değil, aleyhte olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve düşüncelere de uygulanır. İfade özgürlüğünün topluca kullanılması, siyasi parti faaliyetlerinin bir kısmını oluşturur; bu durum başlı başına, siyasi partilere Sözleşme'nin 10 ve 11. maddelerinin sağladığı korumadan yararlanmayı isteme hakkı kazandırır."³

³ Bkz., 25.05.1998 tarihli Sosyalist Parti ve Diğerleri - Türkiye kararı, paragraf 41.

Buna göre toplanma ve örgütlenme ve özgürlüğünü kullanan bireyler, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi, demokratik toplumun temel ilkelerinin korumasından yararlanırlar.

Mahkeme, konuyla ilgili ilk kararlarında, Sözleşme'nin 10 ve 11. maddelerinin 2. fıkralarında geçen "gerekli" kavramının ne anlama geldiğini açıklamıştır. Mahkeme'ye göre "gerekli" kavramı, "toplumsal bir ihtiyaç baskısı" (pressing social need) ima etmektedir.⁴ O halde örgütlenme özgürlüğüne yargısal veya idari bir müdahalenin, toplumsal ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına bakılması gerekecektir. Bu çerçevede bir müdahale, meşru amaçla orantılı (proportionate) bir müdahale olmalıdır; ikinci olarak müdahalenin haklılığı için kamu makamlarının gösterdikleri gerekçeler konuyla ilgili (relevant) ve yeterli (sufficient) olmalıdır.⁵

Öte yandan Mahkeme, toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne yönelik bir müdahaleyi Sözleşme'nin 11. maddesine göre değerlendirirken, ulusal makamların belirli bir takdir alanına (margin of appreciation) sahip olduklarını kabul etmektedir. Ancak yine Mahkeme'ye göre bu takdir alanı, sınırsız değildir; Mahkeme'nin denetimine tabidir.

II. Toplanma Özgürlüğü

A. Kapsamı

Toplanma özgürlüğü, demokratik bir toplumda temel haklardan biri olup, demokratik toplumun kurucu unsurlarındandır. Toplanma (assembly) kavramı, açık ve kapalı toplantıları, yürüyüşler, gösteriler ve oturma eylemleri gibi, her türlü bir araya gelmeleri içerecek şekilde yorumlanmıştır. Ancak Sözleşme'nin 11. maddesi, kamuya açık yerlerde sürekli gidip gelmeyi veya istenilen her yerde toplanmayı güvence altına almamaktadır.⁶

⁴ Bkz., 07.12.1976 tarihli Handyside - Birleşik Krallık kararı, paragraf 48.

⁵ Bkz., 02.10.2001 tarihli Stankov ve İlinden Birleşik Makedonyalılar Örgütü - Bulgaristan kararı, paragraf 87.

⁶ Clayton, R. - Tomlinson, H., *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2000, s. 1167-8 ve bkz., burada zikredilen kararlar. Ayrıca Mahkeme'nin ihlal bulmadığı, 06.05.2003 tarihli Appleby-Birleşik Krallık kararı (özel kişilere ait, şehir merkezindeki büyük bir alışveriş merkezinde bir stand kurup imza toplamaya izin verilmemesi); 09.04.2002 tarihli Cisse-Fransa kararı (Fransa'daki yasadışı mültecilerin sorunlarına dikkat çekmek amacıyla bir kilisenin iki ay süreyle işgaline kamu düzeni ve sağlık sebepleriyle müdahale edilip işgalcilerin tahliye edilmeleri).

Sözleşme'nin 11. maddesi, sadece barışçıl toplanmaları korur; saldırgan ve şiddetli toplanmaları korumaz. Ancak, barışçıl bir toplamaya karışan "arızı şiddet" ile toplantıyı organize edenlerin istedikleri bir sonuç olarak 'kasıtlı şiddet' arasında ayırım yapılmıştır. Arızı şiddet, bir toplanmanın, 11. maddenin korumasından yararlanmasını ortadan kaldırmaz; fakat kasten çıkarılmış olan karışıklık, toplanmayı barışçıl olmaktan uzaklaştırır ve maddenin korumasından çıkarır. Barışçıl bir toplanma, diğer göstericilerin şiddetiyle karşılaşsa da, toplanmanın barışçıl niteliği ortadan kalkmaz. Barışçıl bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılan bir kimse, aynı grupta başkaları tarafından yasaya aykırı eylemlerde bulunduğu için 11. maddedeki hakkını kaybetmez. Ayrıca, barışçıl bir toplanma, iç hukuka göre yasadışı sayılsa bile, Sözleşme'nin 11. maddesi tarafından korunur.⁷

B. Sınırlanması

Toplama özgürlüğünün kullanılmasına yapılan bir müdahale sonucu meydana gelen bir sınırlama, Sözleşme'nin 11/2. fıkrasının gerekleri bakımından haklı kılınmalıdır; haklı kılınmadığı takdirde, madde ihlal edilmiş olur.

Bir toplantı için önceden bildirimde bulunma (notification) veya izin alma (permission) şartı, kendiliğinden bu hakka bir müdahale ve dolayısıyla bir ihlal oluşturmaz. Ancak bir toplantının yasaklanması ve cezai veya disiplin yaptırımına tabi tutulması, Sözleşme'nin 11/2. fıkrasına göre haklı kılınmalıdır.

Sözleşme'nin 11/2. fıkrası, milli güvenlik, kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, toplanma özgürlüğüne müdahale edilmesine imkan vermektedir. Ancak en yaygın olarak kullanılan meşru amaç, suçun veya düzensizliğin önlenmesi ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Kamu düzenine karşı bir tehlike saptandığında, bu tehlikeyi ortadan kaldırmak için ulusal makamların geniş bir takdir yetkisi vardır.

i. Barışçıl olmayan toplantı başkalarının suç işlediği barışçıl amaçlı yürüyüşe katılmış olan bir kimseye yürüyüşten kendisini soyutlamaması

⁷ A.g.e., s. 1168.

nedeniyle ceza verilmesi, demokratik toplumda gerekli bir müdahale midir? Mahkeme Ezelin-Fransa kararında bu sorunun yanıtını aramıştır.⁸ Olayda;

Üç militana kamu binalarına zarar verme suçundan verilen mahkumiyet kararlarını protesto etmek amacıyla Guadeloupe bağımsızlık hareketleri ile bazı sendikalar tarafından bir gösteri yürüyüşü düzenlenmiştir. Bu yürüyüşe avukat olan başvuru da katılmış ve “Güvenlik ve Özgürlük Yasası’na karşı Guadeloupe Baro Sendikası” kelimelerinin yer aldığı bir pankart taşımıştır. Gösteriler sırasında, Adliyenin duvarlarına spreyle boyayla, kararda yer alan yargıçlardan birine faşist, bütün yargıçlara “Mako” (pezevenk) diyen, yazılar yazılmıştır. Göstericiler, olaylara tanık olan polis memurlarını birçok kez ölümle tehdit eden sloganlar atmışlardır. Olaydan sonra yapılan adli soruşturmada başvuru hakkında beraat kararı verilmiştir. Ancak, kendisini bu tür gösteri yürüyüşünden soyutlamadığı ve mesleğiyle ilgili özen gösterme yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle, başvurucuya mahkeme tarafından bir “kınama” cezası verilmiştir. Başvuru, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 11. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle Strasbourg organlarına başvurmuştur. Mahkeme aşağıdaki gerekçelerle, söz konusu müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığını belirterek, Sözleşme’nin 11. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır:

“51. Mahkeme, söz konusu disiplin cezasını, özellikle bu cezanın izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığını belirleyebilmek için, olaya bir bütünsellik içinde ve mevcut davada yakın bağlantı içinde olan toplanma özgürlüğü ile ifade özgürlüğünün özel önemini göz önünde tutarak incelemiştir.

52. Orantılılık ilkesi, Sözleşme’nin 11. maddesinin ikinci fıkrasında sıralanan şartlar ile caddelerde veya diğer açık alanlarda toplanan kişilerin sözleri, hal ve hareketleri (gesture) ve hatta sessizlikleriyle ifade ettikleri görüşleri arasında bir dengenin kurulmasını gerektirir. Adil bir denge kurma çabası, avukatların disiplin cezasından çekinerek, bu tür olaylarda inançlarını açıklama heveslerinin kırılması sonucunu doğurmamalıdır.

53. Kabul edilmelidir ki, Bay Ezelin’e verilen ceza, 9 Haziran 1972 tarihli Yönetmeliğin 107. maddesindeki disiplin cezalarının en altındakilerden biridir (bkz., yukarıda paragraf 25); bu ceza, baro üyesi olarak kalmaya veya mesleği

⁸ Bkz., 26.04.1991 tarihli Ezelin - Fransa kararı.

icra etmeye geçici bir süre için bile yasak getirmediğinden, sadece moral bir güce sahiptir. Ancak Mahkeme'ye göre barışçıl bir toplantıda -mevcut olayda yasaklanmamış bir gösteride- yer alma özgürlüğü öylesine önemlidir ki, ilgili kişinin bizzat kendisi hadiseler sırasında cezalandırılabilir (reprehensible) bir fiil işlemedikçe, bir avukatın bile bu özgürlüğü her hangi bir şekilde kısıtlanamaz.

Kısacası, şikayet konusu ceza, ne kadar az olursa olsun, 'demokratik bir toplumda gerekli' görünmemektedir. Buna göre Sözleşme'nin 11. maddesi ihlal edilmiştir."

ii. Karşı göstericilerin tacizine karşı korunmayan toplantı: Bir grup göstericinin karşı göstericilerin tacizlerine karşı korunması, Devleti Sözleşme'nin 11. maddesi bakımından sorumlu kılar mı? Mahkeme bu sorunun yanıtı da Platform "Arzte Für Das Leben"-Avusturya kararında aramıştır.⁹ Olayda;

Başvurucu dernek, doktorların kurduğu, kürtaja karşı mücadele eden ve bu konuda Avusturya mevzuatında değişiklik yapılmasını isteyen bir dernektir. Başvurucu derneğin düzenlediği bir gösteri yürüyüşü, karşı göstericiler tarafından taciz edilmiş ve karışıklığa itilmiştir. Başvurucu, Sözleşme'nin 11 ve 13. maddelerinin ihlal edildiği gerekçesiyle Strasbourg organlarına başvurmuştur. Mahkeme aşağıdaki gerekçeler, Sözleşme'nin 11. maddesi bakımından başvuru sahiplerinin savunulabilir bir iddiası bulunsa bile, ihlal edilmediği sonucuna varmıştır:

31. Mahkeme, Sözleşme'den çıkarılabilecek pozitif yükümlülüklerin genel bir teorisini yapmak zorunda değildir; fakat başvuru sahiplerinin iddiasının savunulabilirliği hakkında bir karar vermeden önce, Sözleşme'nin 11. maddesini yorumlamak zorundadır.

32. Bir gösteri, geliştirmek istediği düşüncelere ve taleplere muhalif olan kişilerin canını sıkabilir veya kızdırabilir. Ancak gösteriye katılanlar, muhaliflerinin fiziksel saldırısına uğrayabilecekleri korkusu duymadan, gösterilerini yapabilmelidirler; bu tür bir korku, ortak düşünceleri veya menfaatleri destekleyen diğer dernekleri veya grupları, toplumu ilgilendiren hayli tartışmalı meselelerde görüşlerini aleni ola-

⁹ Bkz., 21.06.1988 tarihli Platform "Arzte Für Das Leben"-Avusturya kararı.

rak ifade etmekten caydırabilecektir. Bir demokraside, karşı gösteride bulunma hakkı, gösteri hakkının kullanılmasını engelleyecek kadar geniş olamaz.

O halde, gerçek ve etkili bir barışçıl toplanma özgürlüğü, Devletin sadece müdahalede bulunmama görevine indirgenemez; çünkü sırf negatif yükümlülük anlayışı, Sözleşme'nin 11. maddesinin amacıyla bağdaşmaz. Sözleşme'nin 8. maddesi gibi 11. maddesi de bazen, bireyler arasındaki ilişkilerde bile ihtiyaç duyulduğunda, pozitif tedbirler almayı gerektirebilir (bkz., ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, 26.03.1985 tarihli X ve Y- Hollanda kararı, paragraf 23).

33. Mahkeme, Hükümet ve Komisyon ile aynı yönde, Avusturya hukukunun bu tür pozitif eylemle gösterileri korumakla ilgili olduğu sonucuna varmaktadır. Örneğin, Ceza Kanunu'nun 284 ve 285. maddeleri, bir kimsenin yasaklanmamış bir toplantıyı karıştırmasını, engellemesini veya dağıtmasını suç saymıştır; ilgili makamlara bir toplantıyı yasaklama, sona erdirme veya zorla dağıtma yetkisi veren Toplanma Yasası'nın 6, 13 ve 14/2. maddeleri, karşı göstericiler için de uygulanır (bkz., Komisyon raporu, paragraf 54 ve 40).

34. Kanuni gösterilerin barışçıl bir şekilde yürütülmesi için makul ve gerekli uygun tedbirleri almak Sözleşmeciler Devletlerin görevi olmakla birlikte, Sözleşmeciler Devletler bunu mutlak surette güvence altına alamazlar; ayrıca, kullanılacak olan araçların seçiminde geniş bir takdire de sahiptirler (bkz., ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, 28.05.1985 tarihli Abdülaziz, Cabales ve Balkandali kararı, paragraf 67 ve 17.10.1986 tarihli Rees kararı, paragraf 35-37). Bu alanda Sözleşmeciler Devletlerin Sözleşme'nin 11. maddesi gereğince üstlendikleri yükümlülük, tedbirleri alma yükümlülüğüdür, sonuçları gerçekleştirme yükümlülüğü değil.

35. Başvurucu derneğin iddiasına göre, polis söz konusu her iki gösteride de tamamen pasif kalmıştır. Hükümet ve Komisyon bu görüşe katılmamıştır; onlara göre ciddi bir saldırı olmadığı için, hemen müdahalede bulunmak gerekmezdi ve müdahale, kaçınılmaz olarak fiziksel şiddeti tahrik ederdi.

36. Mahkeme, bu olaylarda polisin kullandığı taktiklerin yerindeliğini veya etkililiğini değerlendirmek zorunda olmayıp, sadece, yetkili makamların gerekli tedbirleri almadıkları konusunda savunulabilir bir iddia bulunup bulunmadığını karara bağlamak durumundadır.

37. 28 Aralık 1980'de Stadl-Paura'da meydana gelen olaylar konusunda (bkz., yukarıda paragraf 9-13) ilk önce, Plattform'un 30 Kasım'da bildirimini verdiği gösterinin yapılacağı yerde ve zamanda, kürtaj yanlıları tarafından yapılması düşünülen iki gösterinin yasaklanmış olduğu kaydedilmelidir. Ayrıca, ilk yürüyüşün planlandığı güzergah boyunca, çok sayıda üniformalı ve sivil kıyafetli polis yerleştirilmiştir; polis yetkilileri, başvuru derneğin güzergahı değiştirme kararına karşı çıkmalarına rağmen, derneğin bu karardan sonra bile onları korumayı reddetmemişlerdir. Son olarak, ne bir zarar meydana gelmiş ve ne de ciddi bir çatışma olmuştur; karşı göstericiler sloganlar atmışlar, bayrakları sallamışlar, yumurta veya ot demetlerini fırlatmışlardır; bunlar yürüyüşün ve açık havadaki dini törenlerin sonuna kadar sürdürülmesini engellememiştir; sinirler şiddetin meydana gelebileceği noktaya kadar yükseldiğinde, ayaklanma bastırıcı özel birimler, kendileri ile muhalif guruplar arasına yerleştirilmiştir.

38. 1982'de Salzburg'daki gösteri (bkz., yukarıda paragraf 19) için, gösteriyi düzenleyenler, Sosyalistlerin geleneksel yürüyüş günü olan 1 Mayıs'ı seçmişlerdir; geleneksel yürüyüş, başvuru dernek kendi gösterisi için daha erken bir tarihte bildirimde bulunduğu için, katedral meydanı bakımından iptal edilmiştir. Dahası, yüz kadar polis memuru, gösteriye katılanlar ile muhaliflerini ayırmak ve doğrudan saldırı tehlikesini önlemek için olay yerine gönderilmiştir; polis, dinsel törene rahatsızlık verilmesini önlemek için meydanı boşaltmıştır.

39. Bu durumda Avusturya makamlarının, makul ve gerekli tedbirleri aldıkları görülmektedir.

Sözleşme'nin 11. maddesi bakımından savunulabilir bir iddianın varlığı kanıtlanmış olsa bile, ihlal edilmemiştir.

iii. Ayrılıkçı sloganların atılacağı toplantı: Ayrılıkçı sloganların atılacağı açık hava toplantılarının yasaklanması demokratik toplumda gerekli bir müdahale sayılabilir mi? Mahkeme bu sorunun yanıtını da "*Stankov ve Ilinden Birleşik Makedonlar Örgütü-Bulgaristan kararı*"nda vermiştir.¹⁰ Olayda:

¹⁰ Bkz., 02.10.2001 tarihli Stankov ve Ilinden Birleşik Makedonyalılar Örgütü-Bulgaristan kararı.

İkinci başvuru 1990'da kurulmuş bir örgüt olup, amacı Bulgaristan'daki bütün Makedonları birleştirmek ve Bulgaristan'da Makedon azınlığının tanınmasını sağlamaktır. Birinci başvuru ise bu örgütün bir şubesinin başkanıdır. Başvurucu örgütün tescil talebi, amaçları ulusun birliğine ve böylece Anayasa'ya aykırı görülerek Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Başvurucu örgüt, 1994 ve 1995 yıllarında belirli bir yörede tarihsel bazı olayları anmak üzere toplantı yapmak için izin istemiştir. Bu izin talepleri, bu tür bir toplantının kamu düzenini tehlikeye sokacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. 1997'de benzer bir toplantı için izin talebi, örgütün "yasal bir örgüt" olmadığı, usulüne uygun olarak tescil edilmemiş olduğu ve toplantıyı kimin organize ettiğinin belirsiz olduğu ve kamu düzeninin bozulmasına yol açan bir belirsizlik bulunduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. 1995 ve 1997 yıllarında, örgüt yine tarihsel bir şahsiyetin mezarı başında toplanmak üzere izin istemiştir. 1995'teki talep, örgütün usulüne göre tescil edilmemiş olduğu gerekçesiyle reddedilmiş, ancak örgütü destekleyenlerin mezarı ziyaret etmelerine, çelenk bırakmalarına izin verilmiş, fakat afiş, pankart veya müzik aletleri taşımalarına ve konuşma yapmalarına izin verilmemiştir. 1997'deki izin talebi yine reddedilmiş ve bu karşı açtığı dava, tescil edilmiş bir örgüt olmadığı için incelenmemiştir. Hükümet, örgütün bölücü amaçlar taşıdığını gösterdiğini iddia ettiği bazı materyaller sunmuş ve bazı üyelerinin silahlı olduğunu belirtmiştir. Başvuru örgüt, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla Strasbourg organlarına başvurmuştur. Mahkeme, diğerlerinin yanında, aşağıdaki gerekçelerle Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir:

"95. Hükümet, başvuru örgütün, Bulgaristan'dan ayrılmayı istediği için, Bulgaristan'ın toprak bütünlüğünü tehlikeye soktuğunu vurgulamıştır.

Başvurucu ise, toplantılarının tek amacının tarihsel olayları anmak olduğunu ve ayrılıkçı hedefler izlemediklerini belirtmiştir.

96. Mahkeme, önündeki delillere dayanarak, söz konusu dönemde yetkili makamların, örgütün bazı liderlerinin veya bunların oluşturdukları küçük bir gurubun, ayrılıkçı görüşler besledikleri ve Pirin Makedonya bölgesi için özerklik ve hatta Bulgaristan'dan ayrılık düşüncelerini içeren siyasal bir gündeme sahip olduklarından kuşkulandıklarını, gayri makul olmadığını tespit etmektedir. Bu görüşler, bu liderler tarafından yapılan çeşitli açıklamalarda yer almıştır (bkz., yukarıda paragraf 16, 33, 34 ve 35). Mahkeme ayrıca, 1990'dan 1991 yılına kadar Yüksek Mahkeme tarafından yapılan ve ayrıca 29 Şubat 2000

tarihli Anayasa Mahkemesi kararında yapılan tespitleri kaydetmektedir (bkz., yukarıda paragraf 12, 13 ve 39–41).

Burada çıkan sonuca göre yetkili makamlar, anma törenleri sırasında bazı katılımcıların ayrılıkçı sloganlar atamalarını beklemeleri normaldir.

97. Ancak Mahkeme, bir gurup kimsenin özerklik istemeleri ve hatta toprakların bir bölümünün ayrılmasını talep etmelerinin ve böylece temel anayasal ilkelerde ve toprak bütünlüğünde değişiklik istemelerinin, otomatik olarak bu gurubun toplantılarını yasaklamayı haklı kılmadığını hatırlatır. Konuşmalarda ve gösterilerde toprak bütünlüğünde değişiklik talep edilmesi, otomatik olarak ülkenin toprak bütünlüğüne ve milli güvenliğine karşı bir tehdit anlamına gelmez.

Toplanma özgürlüğü ve bir kimsenin görüşlerini toplanma suretiyle ifade hakkı, demokratik bir toplumda başlıca değerler arasında yer alır. Demokrasinin özü, sorunları açık tartışma yoluyla çözebilme kapasitesidir. Şiddeti tahrik veya demokratik ilkeleri red dışında, kullanılan kelimeler ve belirli görüşler, yetkili makamlara ne kadar çarpıcı veya kabul edilemez gelirse gelsin ve talepler ne kadar gayri meşru olursa olsun, toplanma ve ifade özgürlüğünü bastırmak için alınan önleyici nitelikte geniş tedbirler, demokrasiye zarar verir ve genellikle demokrasiye tehlikeye sokar.

Hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir toplumda, mevcut düzene karşı çıkan (challenge) ve barışçıl araçlarla gerçekleştirilmeleri savunulan siyasal fikirlerin, toplanma hakkının ve diğer yasal araçların kullanılması suretiyle ifade edilmelerine, uygun fırsat verilmelidir.

98. Bu nedenle mahkeme, ilinden tarafından organize edilen toplantıda ayrılıkçı beyanlarda bulunulacağı ihtimalinin, toplantının yasaklanmasını haklı kılmadığı sonucuna varmaktadır.”

III. Örgütlenme Özgürlüğü

A. Kapsamı

Örgütlenme özgürlüğü (right to freedom of association) siyasal, dinsel, ideolojik, ekonomik, çalışma, sosyal, sportif, kültürel veya mesleki nitelikteki bir amacı gerçekleştirmek üzere bir araya gelme (unit) şeklinde, temel bir insani talebi karşılamaktadır. Bu hakkın özünde şu basit önerme yatar: başkalarının yardımı ve işbirliği olmadan bireysel hakları

kullanarak bireysel hedeflere ulaşmak, genellikle mümkün değildir. Bir araya gelme, bireyleri yalnızlığın korunmasızlığından (vulnerability) korur. Bir araya gelme bireylerin, kendilerinin menfaatleriyle karşı karşıya gelen ve belki de çelişen başkalarının erki ve gücü karşısında etkisiz kalmalarını önler.¹¹

Örgütlenme özgürlüğü, uluslararası insan hakları belgelerinde düzenlenmiş bir haktır:

1. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, m. 20/1-2, 23/4;
2. Kişisel (Medeni) ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m. 22;
3. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m. 8;
4. İnsan Hakları ve Ödevleri Amerikan Bildirisi, m. 22;
5. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, m. 11;
6. İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi, m. 16;
7. İnsan ve Halkların Hakları Afrika Şartı, m. 10.

Bu belgelerden en etkili olanı, getirdiği koruma mekanizması nedeniyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'dir. Bu Sözleşme'yle kurulan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarının, diğer haklar bakımından olduğu gibi, bu hak bakımından da büyük bir önemi vardır.

Örgütlenme özgürlüğü, bireysel bir haktır; bir gurup hakkı değildir. Ayrıca bu hak, mutlak bir hak değildir. Bu hak, ulusal hukukun öngördüğü hallerde, meşru bir amacı izleyen ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamalara (müdahalelere) tabi tutulabilir. Ayrıca, ulusun yaşamını tehdit eden tehlikelere karşı ilan edilen olağanüstü hallerde, kullanımı durdurulabilir (derogation).

Örgütlenme özgürlüğü, bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korur; bu anlamda devlete negatif bir yükümlülük yükler. Ancak bazen devlete pozitif yükümlülük de yükleyebilir; birey bu hakkını kullanmasına karşı diğer bireylerin müdahalelerinden devlet sorumlu görülebilir.

¹¹ Jayawickrama, Nihal, *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2002, s. 738-9

Sözleşme'nin 11. maddesi, bir gurubun üyelerinin ortak gayelerini gerçekleştirmek için bir topluluk (collective entity) veya "örgüt" (association) kurma veya buna katılma özgürlüğünü korumaktadır. Arızı temaslar bir örgüt kurmak için yeterli değildir; örgütsel bir yapı (organisational structure) kurma isteğiyle çaba göstermeyi gerektirir.¹²

Bu maddedeki hak, örgütü kurma hakkıyla sınırlı değildir; örgütün yaşamını sürdürmesi, örgütün etkili bir şekilde işleyebilmesi için ifade özgürlüğünü kullanmasını da kapsar.

Bu maddedeki örgütlenme hakkından yararlanabilmek için, öncelikle bu maddenin bir olayda uygulanabilir olması gerekir. İkinci olarak, bu hakkın kullanılmasına kamu makamları tarafından yapılmış bir müdahale bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Bir olayda bir müdahale varsa, bunun haklı olup olmadığı araştırılır. Haklı olmayan bir müdahale, Sözleşme'nin 11. maddesini ihlal eder. Bir ihlal tespiti devletlere ihlalin sürmesini önleme, meydana gelmiş ihlalin doğurduğu zararları giderme ve ihlal tekrarını engelleme yükümlülüğü yükler.

Örgütlenme özgürlüğü, hangi tür örgütlere uygulanır? Bu maddede örgüt olarak, sadece sendikalardan (trade unions) açıkça söz edilmiş, ama daha başka hangi örgütlerin bu maddenin koruma alanına girdiği, yani hangi örgütlere bu maddenin uygulanabilir olduğu gösterilmemiştir. Bu maddedeki "örgüt" kavramı, iç hukuklardan özerk bir anlama sahiptir; bir örgütlenme biçimi iç hukukta bu madde kapsamında görülmese bile, İnsan Haklar Avrupa Mahkemesi bir örgütlenme biçimine bu maddeyi uygulayabilir. Mahkeme, Sözleşme'nin 11. maddesini sendikalara¹³ olduğu gibi, siyasi partilere¹⁴ ve derneklere¹⁵ de uygulamıştır. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bu örgütlerden sayılır mı? Mahkeme yasayla kurulan, Devlet yapısına entegre olan, kamusal bir hizmeti gerçekleştirmek için çalışan, yasayla kendisine verilen yetkiye dayanarak mesleğin uygulanması üzerinde kamusal denetim yapan meslek kuruluşlarını¹⁶ Sözleşme'nin 11. maddesi anlamında bir

¹² Clayton, R., Tomlinson, H., *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2000, s. 1170-1.

¹³ Bkz., örn., 20.10.1975 tarihli Belçika Ulusal Polis Sendikası - Belçika kararı; 06.02.1976 tarihli İsveç Makinistler Sendikası - İsveç kararı.

¹⁴ Bkz., özellikle, 30.01.1998 tarihli Türkiye Birleşik Komünist Partisi - Türkiye kararı, paragraf 24-31.

¹⁵ Bkz., örneğin, 10.07.1998 tarihli Sidiropoulos ve Diğerleri - Yunanistan kararı.

¹⁶ Bkz., örneğin, 23.06.1981 tarihli Le Compte, Van Leuven ve De Meyer - Belçika kararı, paragraf 64.

örgüt olarak görmemiştir. Mahkeme'ye göre ayrıca, yasayla öngörülen bir görevin yerine getirilmesi, özel bir örgütü kamu kurumu haline dönüştürmez.¹⁷

Örgütlenme özgürlüğü, henüz hukuki kişilik kazanmamış bir örgüte uygulanabilir mi? Örgütlenme özgürlüğünden yararlanabilmek için, bir derneğin iç hukuk düzenine göre tüzel kişilik kazanmış olması, örneğin bir mahkeme tarafından tescil edilmiş olması zorunlu değildir. Mahkeme, Yunan mahkemeleri tarafından başvuruçuların derneklerinin tescil talebini reddetmelerinin, bu makamlar tarafından başvuruçuların örgütlenme özgürlüğüne yapılan bir müdahale olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre talebin reddi, başvuruçuları tek başlarına veya birlikte, derneğin tüzüğünde yazılı olan amaçları izlemekten ve böylece söz konusu hakkı kullanmaktan yoksun bırakmıştır.¹⁸

Örgütlenme özgürlüğü, kendini feshetmiş bir derneğe uygulanabilir mi? ÖZDEP, kendisi aleyhinde Anayasa Mahkemesi'nde kapatma davası açıldıktan sonra kendini feshetmiştir. Kapatma davası açıldıktan sonra kendini feshetmenin, kapatma davasını ve kararın hukuki sonuçlarını etkilemeyeceğini öngören yasa hükmü gereğince (SPK m. 108), davanın sonuna kadar tüzel kişiliğin devam ettiği kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi de kendini feshetmiş bir partiyi kapatmıştır. İç hukuktaki bu duruma dayanan İnsan Hakları Mahkemesi, ÖZDEP'in 11. madde bakımından mağdur olmadığı iddiasını reddetmiş ve bu maddeden yararlanmasını sağlamıştır.¹⁹ Aynı şey, dernekler bakımından da geçerlidir.

Örgütlenme özgürlüğüyle ilgili bir sorundan dolayı devletin sorumlu tutulabilmesi için, öncelikle kamu makamlarının bu özgürlüğün kullanılmasına bir müdahalesinin bulunması gerekir. Ancak haklı bir müdahale, bu maddenin bir ihlalini doğurmaz.

Örgütlenme özgürlüğüne hangi kamu makamları müdahale edebilir? Örgütlenme özgürlüğüne müdahaleler yasama organı, yargı organı ve idari makamlar tarafından yapılabilir. Düzenleyici bir hüküm, yargısal veya idari bir karar şeklinde müdahale olabileceği gibi, kamu makamlarının bir ihmali veya hareketsizliği, yani işlem yapmaması da müdahale oluşturabilir.

¹⁷ Bkz., 30.06.1993 tarihli Sigurdur A. Sigurjonsson - İzlanda kararı.

¹⁸ Bkz., 10.07.1998 tarihli Sidiropoulos ve Diğerleri - Yunanistan kararı, paragraf 31.

¹⁹ Bkz., 08.12.1999 tarihli ÖZDEP - Türkiye kararı, paragraf 26.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre "...bir yasa, özel bir uygulama işlemi bulunmaması halinde bile bireyi doğrudan etkiliyorsa, o yasanın kendisi bireyin haklarını ihlal edebilir."²⁰ O halde, yasama organının çıkardığı bir yasa veya idarenin tüzük ya da yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerinin bir hükmü, örgütlenme özgürlüğünden potansiyel olarak yararlanacak kişilerin örgütlenme özgürlüğünü kullanmalarına bir müdahale oluşturabilir. Böylece birey, yasa hükmü kendisine henüz uygulanmamış olsa bile, örgütlenme özgürlüğüne müdahalenin mağduru olduğunu iddia edebilir. Örneğin, bazı kişilerin dernek kurmalarını veya derneğe üye olmalarını yasaklayan hükümler, bir derneğin belirli alanlarda faaliyette bulunmasını engelleyen veya bazı faaliyetlerini idari makamların iznine tabi kılan hükümler, bu tür müdahaleleri oluştururlar.

Ulusal yargı organlarının, belirli bir davada yasa hükmünü yorumlayıp uygulayarak verdikleri kararlar, örgütlenme özgürlüğüne müdahale oluşturabilir. İnsan Hakları Mahkemesi, bağımsız ve tarafsız ulusal yargı yerleri tarafından verilen kararların dahi, Sözleşme'ye uygunluk denetimini yapabilir.²¹ Buna göre, ulusal mahkemelerin bir derneğin tescil talebini reddetme, derneği kapatma, derneğin bir kararını iptal etme, dernek yöneticilerini dernek faaliyetleri nedeniyle cezalandırma gibi kararları, örgütlenme özgürlüğüne yargısal müdahaleleri meydana getirir.

İdari makamlar, ulusal yasalardan aldıkları yetkiyle, bir derneğin faaliyetlerine müdahale edebilirler. Ancak idari makamlar ile her temas, örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale olarak görülemez.

Örgütlenme özgürlüğüne ne tür müdahaleler söz konusu olabilir? Örgütlenme özgürlüğüne en açık müdahale biçimi, belirli amaçlarla örgüt kurmayı ve bazı kişilerin örgüt kurmalarını yasaklamaktır. Ayrıca, kurulmuş bir örgüte girilmesini yasaklama da müdahale sayılır. Bir kimseye örgütten ayrılması için baskı uygulanması, üyeliği nedeniyle kendisine ceza verilmesi, bir memurun kendini bir örgütten ayrı tutmayı reddetmesi nedeniyle görevine son verilmesi²² de müdahaledir. Yine,

²⁰ Bkz., başka bir bağlamda, 06.09.1978 tarihli Klass ve Diğerleri - Almanya kararı, paragraf 33.

²¹ Bkz., başka bir bağlamda, 07.12.1976 tarihli Handyside - Birleşik Krallık kararı, paragraf 49.

²² Bkz., 26.09.1995 tarihli Vogt - Almanya kararı.

örgütün gayesini gerçekleştirmek üzere yürüteceği faaliyetlerin, örneğin ifade özgürlüğünü kullanmasının yasaklanması veya kısıtlanması müdahale oluşturmaz.

B. Sınırlanması

Örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale, 11/2. fıkrası bakımından haklı kılınmalıdır; haklı kılınmadığı takdirde, madde ihlal edilmiş olur.

Sözleşme'nin 11/2. fıkrası, milli güvenlik, kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, örgütlenme özgürlüğüne müdahale edilmesine imkan vermektedir. Siyasi partiler söz konusu olduğunda, bunlara yapılacak müdahaleyi haklı gösterebilmek için çok daha zorlayıcı gerekçeler gösterilmelidir.

Aşağıda, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin konuyla ilgili örnek kararlarının ilgili bölümleri çevrilerek sunulmuştur.

i. Üniter devlet ilkesine aykırı faaliyet nedeniyle siyasi parti kapatma;

Şiddete başvurmaksızın, üniter devlet yapısının değiştirilmesi yönünde öneriler getiren bir siyasi partinin kapatılması, demokratik toplumda gerekli bir müdahale midir? Mahkeme bu sorunun yanıtını Türkiye ile ilgili birçok kararda vermiştir. Bu kararlardan biri Sosyalist Parti ve Diğerleri - Türkiye kararıdır.²³ Olayda:

Başvurucu Sosyalist Parti, kurulduktan sonra parti başkanının çeşitli yerlerde yaptığı konuşmalarda ve yayınlarda, azınlık yaratma yasağına ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle, 10 Temmuz 1992 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmasına karar verilmiştir. Başvurucu, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği şikayetiyle Strasbourg organlarına başvurmuştur. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, aşağıdaki gerekçeyle, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir:

"43. Anayasa Mahkemesi, Perinçek'in ulusu, Kürt ulusu ve Türk ulusu şeklinde ikiye ayırmakla, Türkiye'de azınlıklar yaratılmasını ve sonuçta Türk

²³ Bkz., 25.05.1998 tarihli Sosyalist Parti ve Diğerleri - Türkiye kararı.

ulusunun birliğine ve ülkenin bölünmez bütünlüğüne aykırı olarak, bir Kürt-Türk federasyonunun kurulmasını savunduğunu kaydetmiştir. SP ideolojik olarak, Türkiye Cumhuriyeti'nin varlığını destekleyen en temel ilkelerden biri olan Atatürk milliyetçiliğine muhalefet etmiştir. SP terör örgütlerinden değişik yöntemler kullanmış olmakla birlikte, partinin siyasal faaliyetlerinin amacı terör örgütlerin amacı ile aynıdır. SP ayrılıkçılığı ve isyanı teşvik ettiği için, kapatılması gerekmiştir (bkz., yukarıda paragraf 15).

44. Bu faktörler ışığında mahkeme, ilk önce söz konusu ifadelerin içeriğini incelemeli ve daha sonra SP'nin kapatılmasını haklı kılıp kılmadığını tespit etmelidir.

İlk konu ile ilgili olarak mahkeme, yakından denetim yaptığı sıradaki görevinin, ilgili ulusal makamların görüşlerinin yerine kendi görüşlerini koymak olmayıp, bu makamların takdir alanları içerisinde verdikleri kararları, Sözleşme'nin 11. maddesine göre denetlemek olduğunu yineler. Mahkeme böyle yaparken, ulusal makamların ilgili olayları kabul edilebilir bir şekilde değerlendirecek karar verdiklerine ikna olmalıdır (bkz., ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, 30.01.1998 tarihli TBKP-Türkiye kararı, paragraf 47).

45. Bundan başka Mahkeme'nin daha önce de belirttiği gibi, demokrasinin başta gelen özelliklerinden biri, bir ülkenin sorunlarını şiddete başvurmadan, usandırıcı olsa bile diyalog yoluyla çözüme imkanı tanınmasıdır. Demokrasi ifade özgürlüğüyle gelişir. Bu açıdan bakılınca, bir siyasi grubun sırf ülke nüfusunun bir bölümünün durumunu aleni bir biçimde tartışmak ve demokratik kurallara uygun olarak herkesi tatmin edebilecek çözümleri bulmak üzere siyasi yaşamda yer almayı istediği için engellenmesi haklı görülmez (bkz., TBKP-Türkiye kararı, paragraf 57).

46. Perinçek'in konuşmalarını inceleyen Mahkeme, bu konuşmalarda şiddet kullanmaya veya ayaklanmaya bir çağrı veya demokratik prensiplerin herhangi bir biçimde reddine yönelik bir şey görmemektedir. Tam tersine Perinçek, çeşitli kereler, seçim sandığı ve referandum yoluyla, demokratik kurallara uygun biçimde siyasal reformların gerçekleştirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Perinçek aynı zamanda, 'toplum hayatında ve milletler arasında sorunları zor kullanarak çözmeyi savunan ve şiddeti kutsayan eski kültüre' karşı konuşma yapmıştır (bkz., yukarıda paragraf 13).

Hükümet temsilcisi duruşmada, Perinçek'in özellikle 'yoksul Kürt köylülerinin mücadelesiyle kader birliğinde denemiştir... Kürt şehir ve kasabalarında

binlerce insanı toplayıp korku duvarlarını yıkarken, Türkiye'nin dört bir yanında emekçi halka Kürt sorunu anlatırken denenmiştir...' diyerek, 'şiddet ve terör yöntemlerinin kullanılmasını meşru gösterdiğini' söylemiştir. Bundan başka hükümete göre Perinçek, toplantıya katılanlara 'Karpuz değil, cesaret ekin diyerek, düzeni yıkmaya dışındaki tüm faaliyetlerine son teşvik etmiştir'. Son olarak 'Kürt halkı ayağa kalkıyor' ifadesini kullanarak onları isyana çağırmıştır.

Mahkeme bu sözlerin Kürt kökenli vatandaşlara yönelik olduğunu ve onları bir bütün içinde hareket etmeye ve belli siyasi taleplerde bulunmaya teşvik ettiğini kabul etmekle birlikte, bu sözlerde şiddet kullanmaya veya demokratik kuralları hiçe saymaya tahrikin izine rastlamamıştır. Bu bakımdan söz konusu ifadeler, Avrupa Konseyi'nin diğer ülkelerinde faaliyette bulunan siyasi grupların kullandığı ifadelerden hiç de farklı değildir.

47. Anayasa Mahkemesi Perinçek'i, konuşmalarında ulusu, Kürt ulusu ve Türk ulusu şeklinde bölmesi ve bu suretle devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü aleyhine azınlıklar yaratılması ve Kürt-Türk federasyonu kurulması için talepte bulunması nedeniyle de eleştirmiştir. Nihayet Anayasa Mahkemesi'ne göre SP, ayrılıkçılığı savunmuştur.

Mahkeme bu konuşmaların birlikte okunmasını halinde, Türklerin ve Kürtlerin eşitlik ve gönüllülük temelinde demokratik kurallara göre bir federal sistemin kurulması temel amacına sahip bir siyasal programı getirdiğini kaydeder. Kabul edilmelidir ki, bu siyasal programda 'Kürt halkının' self-determinasyon hakkı ile 'ayrılma' hakkı bulunduğu belirtilmektedir; ancak bu kelimelerin geçtiği konuşmalar birlikte okunduğunda, Türkiye'den ayrılmayı teşvik etmek yerine, Kürtlerin bir referandum vasıtasıyla açıklayacakları serbest iradeleri olmadan federal bir sistemin kurulamayacağını vurgulanmak istendiği görülmektedir.

Mahkeme'ye göre bu tür bir programın Türk Devleti'nin mevcut ilkeleri ve temel yapılarıyla bağdaşmaz olması, programı demokrasinin kurallarıyla bağdaşmaz duruma getirmez. Demokrasinin kendisine aykırı olmadıkça, bir devletin mevcut organizasyonunu sorgulayacak nitelikte bile olsa, farklı siyasi programların önerilmesine ve tartışılmasına imkan verilmesi, demokrasinin özünü oluşturur.

48. TBKP kararında olduğu gibi (bkz., TBKP-Türkiye kararı, paragraf 58) söz konusu konuşmaların halka açıklanan amaç ve niyetlerden farklı amaç ve niyetleri gizleyebileceği gözden uzak tutulmaması gerektiği de doğrudur.

Perinçek'in konuşmalarındaki samimiyeti yalanlayabilecek somut eylemler bulunmadığından, bu samimiyetten kuşku duyulamaz. Bu nedenle SP, sadece ifade özgürlüğünü kullanmış olması nedeniyle cezalandırılmıştır.

49. Mahkeme, Perinçek'in aynı konuşmalar nedeniyle Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde açılmış olan davalardan da beraat ettiğini kaydeder (bkz., yukarıda paragraf 11). Bu bağlamda Hükümet, iki tür davanın birbirinden tamamen ayrı olduğunu, davalardan birinin Ceza Hukuku'nun uygulanması, diğerinin ise Anayasa Hukuku'nun uygulanmasıyla ilgili olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, Perinçek'in konuşmaları hakkında Türk mahkemelerinin birbirine karşı görüşlere sahip olduklarını kaydetmekle yetinmektedir.

Yukarıdaki anlatılanlar ışığında şimdi önemli olan, SP'nin kapatılmasının demokratik toplumda gerekli kabul edilip edilemeyeceğini, yani kapatma kararının 'bir toplumsal ihtiyaç baskısı'nı karşılayıp karşılamadığını ve 'izlenen meşru amaçla orantılı' olup olmadığını tespit etmektir (bkz., ayrıntılardaki farklılıklara birlikte Vogt kararı, paragraf 52).

50. Mahkeme, siyasi partilerin demokrasinin düzgün bir biçimde işlemindeki temel rolü dikkate alındığında (bkz., TBKP-Türkiye kararı, paragraf 25), siyasi partiler söz konusu olduğu zaman Sözleşme'nin 11. maddesindeki istisnaların çok dar yorumlanması gerektiğini, siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğünün kısıtlanmasını sadece ikna edici ve zorlayıcı sebeplerin haklı kılabileceğini yineler. Sözleşmeciler Devletler Sözleşme'nin 11/2. fıkrası anlamında bir gerekliliğin olup olmadığını belirlerken sadece sınırlı bir takdir alanına sahiptirler; bu takdir alanı, hem mevzuatı ve hem de bu mevzuatın uygulanması için bağımsız mahkemelerin verdikleri kararları da kapsayan, titiz bir Avrupa denetimiyle el ele yürür (bkz., TBKP-Türkiye kararı, paragraf 46).

51. Mahkeme bu olayda, radikal bir müdahale bulunduğunu gözlemlemektedir: SP hemen ve temelli kapatılmış, malvarlığı tasfiye edilip malları hukuken Hazineye geçmiş ve kapatma kararı sırasında Perinçek'in aralarında bulunmadığı liderleri (bkz., yukarıda paragraf 14) benzer siyasi faaliyetlerde bulunmaktan yasaklanmışlardır. Bu tedbirler, sadece çok ciddi olaylarda uygulanabilecek kadar ağırdır.

52. Mahkeme, Perinçek'in konuşmalarının, eleştirel nitelikte ve taleplerle dolu olmakla birlikte, demokratik ilke ve kurallarla bağdaşma sorunu yaratır gibi görünmediğini daha önce kaydetmiştir.

Mahkeme, önündeki davanın ardalanını ve özellikle terörle mücadele bakımından güçlükleri de dikkate almaya hazırdır (bkz., diğerleri arasında TBKP - Türkiye kararı, paragraf 59). Fakat bu davada bu sözlerin sahibi, demokrasiye bağlılığını ve şiddeti reddettiğini açıklamasına rağmen, nasıl olup da bu konuşmaların Türkiye'deki terörün yarattığı sorunlardan sorumlu tutulabileceği ortaya konamamıştır.

53. Yukarıda varılan sonuçlar karşısında, konuşmaları yapan şahsın sözlerinde Sözleşme'de düzenlenen hakları ve özgürlükleri tahrip etmek amacıyla faaliyete girişmek veya eylemlerde bulunmak üzere Sözleşme'ye dayandığı sonucuna varmayı gerektirecek hiç bir şey bulunmadığından, Sözleşme'nin 17. maddesini uygulama gereği de yoktur (bkz., ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte TBKP-Türkiye kararı, paragraf 60).

54. Sonuç olarak SP'nin kapatılması, izlenen amaçla orantısız olup, demokratik bir toplumda gerekli değildir. Bundan çıkan sonuca göre müdahale Sözleşme'nin 11. maddesini ihlal etmiştir."

ii. Azınlık yaratmak amacıyla örgüt kurma yasağı;

Ulus devletlerin içinde kendilerini azınlık olarak niteleyen gurupların hukuken azınlık statüsü kazanma çabaları, Sözleşmeciler devletlerin yasaklarıyla karşılaşmıştır. Bunlardan biri de Mahkeme'nin Sidiropoulos -Yunanistan kararına konu olmuştur.²⁴ Olayda:

"'Makedon' etnik kökenden olduklarını ve 'Makedon ulusal bilincine' sahip bulduklarını iddia eden başvuruçular, diğer kırk dokuz kişi ile birlikte 18 Nisan 1990 tarihinde 'Makedon Uygurluk Evi' adında, bir dernek kurmaya karar vermişlerdir. Dernek tüzüğü'nün 2. maddesine göre derneğin amaçları şunlardır: (a) üyelerinin ve daha genel olarak Florina'da yaşayanların kültürel, entelektüel ve sanatsal yönlerini geliştirme ve aralarındaki sevgi, işbirliği, dayanışma ruhunu sağlamlaştırma; (b) kültürel ademi merkezîyetçiliği sağlama, entelektüel ve sanatsal ürünler ile geleneksel ve uygurluk ürünlerini koruma ve daha genel olarak onların halk kültürünü iletme ve geliştirme ve (c) bölgenin doğal ve kültürel çevresini koruma".

²⁴ Ayrıca bkz., 17.02.2004 tarihli Gorzelik - Polonya kararı (Büyük Daire), Bu kararda Mahkeme, Polonya'da, "Silesian Milliyetinden Olanların Birliği" adıyla kurulmak istenen bir derneğin, bu adla bir ulusal azınlık bulunmadığı gerekçesiyle tescil edilmesini, tescil edilecek olursa genel seçimlerde diğer etnik guruplara karşı avantaj sağlayacağı gerekçesiyle Sözleşme'ye uygun bulunmuştur.

Başvurucuların Medeni Kanun hükümlerine göre tescil talepleri, ilk derece mahkemesi ve Üst Mahkeme tarafından reddedilmiş, Temyiz Mahkemesi de bu ret kararını onamıştır. Ulusal mahkemelere göre derneğin gerçek amacı, dernek tüzüğü'nün 2. maddesinde belirtilen şeyler olmayıp, ülkenin milli menfaatlerine ve sonuç olarak kanuna aykırı olarak, Yunanistan'da Makedon bir azınlığın bulunduğu düşüncesini yaymaktır; derneğin adında "Makedonya" terimini kullanılmasındaki amaç, dolaylı ve örtülü vasıtalarla Makedonya'nın Yunanlı kimliğini tartışmaktır; kurucu üyelerin niyetleri, Yunanistan'ın toprak bütünlüğünü bozmaktır.

Başvurucular, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği şikayetiyle Strasbourg organlarına başvurmuşlardır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, aşağıdaki gerekçelerle, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlaline karar vermiştir.

"44. Mahkeme ilk önce, tüzüğü'nde belirtildiği şekliyle 'Makedon Uygurluk Evi' isimli derneğin amacının münhasıran Florina bölgesindeki gelenekleri ve halk kültürünü korumak ve geliştirmek (bkz., yukarıda paragraf 8) olduğunu kaydeder. Mahkeme'ye göre bu amaçlar, çok açık ve meşru görünmektedir; bir ülkenin bir bölgesinde yaşayanlar, tarihsel olduğu kadar ekonomik nedenlerle de o bölgenin özelliklerini geliştirmek için örgütler kurma hakkına sahiptirler. Bu örnek olayda olduğu gibi bir örgütün kurucuları, bir azınlık bilincine sahip olduklarını iddia ettikleri kabul edilse bile, Yunanistan'ın da imzaladığı AGİK'in 29 Haziran 1990 tarihli Kopenhag'daki İnsani Boyut Toplantı Belgesi (Bölüm IV) ile 21 Kasım 1990 tarihli Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı, kendilerine kültürlerini ve manevi mirası korumak için örgütler kurmalarına izin vermektedir.

İkinci olarak, Selanik Üst Mahkemesi başvurunun tescil talebinin reddini haklı gösterirken, "Makedonya" teriminin kullanılmasındaki amacın dolaylı ve örtülü vasıtalarla Makedonya'nın Yunanlı kimliğini tartışmak ve kurucu üyelerinin niyetlerinin Yunanistan'ın toprak bütünlüğü bozmak olduğuna inanmak için yeterli sebep' bulunduğu sonucuna varmıştır.

Üst Mahkeme bu karara varırken, dava dosyasına konulmadığı için başvurucuların yargılama sırasında itiraz etme olanağı bulamadıklarını belirttikleri materyalleri, kendi kendine delil olarak dikkate almıştır.

45. Mahkeme, delillerin toplanmasının öncelikle iç hukuk kuralları tarafından düzenlendiğini ve önlerine getirilen delilleri takdir yetkisinin öncelikle

ulusal mahkemelerin görevi olduğunu hatırlatır (bkz., diğerleri arasında, 20.09.1993 tarihli Saidi kararı, paragraf 43).

Bununla birlikte, yargılamanın sonucu üzerinde belirleyici etkisi olan basındaki yazıların (bkz., yukarıda paragraf 14 ve 15) dikkatli bir biçimde incelendiğinde, bu yazıların bazılarında, başvuru ile bağlantısı olmayan olayların anlatıldığı ve yazarları tarafından ileri sürülmüş subjektif değerlendirmelerden çıkarsamalar yapıldığı görülmektedir. Ulusal mahkemeler bu yazılara dayanarak ve o sırada Yunanistan ile FYROM (ki, FYROM henüz daha o zaman bağımsızlığını ilan etmemişti) arasında hüküm süren siyasal gerginliği göz önünde tutarak, başvuru ile kurmak istedikleri derneğin Yunanistan'ın ülke bütünlüğüne bir tehlike oluşturduğu sonucuna varmışlardır.

Ne var ki ulusal mahkemelerin bu beyanları sadece, dernek kurucularının gerçek niyetleri ve faaliyete geçtiğinde yapabilecekleri eylemler hakkında duyulan bir kuşkuya dayanmıştır.

Mahkeme bu bağlamda, Yunanistan hukukunun kar amacı gütmeyen örgütlerin kurulmasında önleyici bir denetim sistemi getirmediğini dikkate almaktadır. Anayasa'nın 12. maddesinde örgütlerin kurulmasının önceden izne bağlanamayacağı hükmü yer almaktadır (bkz., yukarıda paragraf 17); Medeni Kanun'un 81. maddesi mahkemelere yerindelik denetimi değil ve fakat hukuka uygunluk denetimi yapma yetkisi vermektedir (bkz., yukarıda paragraf 18).

46. Mahkeme, yukarıda geçen Türkiye Birleşik Komünist Partisi kararında (bkz., 30.01.1998 tarihli TBKP-Türkiye kararı, paragraf 58), bir siyasal partinin programının, ilan ettiği amaçlarından ve niyetlerinden değişik amaçları ve niyetleri gizleyebileceği görüşünü belirtmiştir. Gizlemediğinin ortaya konması için, parti programının içeriği ile partinin faaliyetleri ve savunduğu görüşler karşılaştırılmalıdır.

Aynı şekilde bu davada da Mahkeme, bir derneğin, tüzüğünde belirtilen amaçlara göre bir kez kurulduktan sonra, bu amaçlarla bağdaşmayan faaliyetlerde bulunabileceğini gözden uzak tutmamaktadır. Dernek henüz kurulmadığı için bir faaliyeti bulunmadığından, ulusal mahkemelerin kesin olarak kabul ettikleri böyle bir ihtimali pratikte yalanlamak pek zor olacaktır. İhtimal gerçekleşecek olsa, yetkililer güçsüz kalacak değildir; Medeni Kanun'un 105. maddesine göre Birinci Derece Mahkemesi, derneğin tüzüğünde gösterilen amaçlardan farklı bir amaç izlemesi veya kanuna, ahlaka veya kamu düzenine aykırı faaliyette bulunması halinde, derneğin kapatılmasına karar verebilecektir (bkz., yukarıda paragraf 18).

47. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, başvuruçuların derneğin tescil talebinin reddedilmesinin, meşru amaçlarla orantısız olduğu sonucuna varmaktadır. Bu nedenle, Sözleşme'nin 11. maddesi ihlal edilmiştir.”

iii. Anayasal düzene hasım bir partide siyasal faaliyette bulunma nedeniyle meslekten çıkarma;

Anayasal düzene hasım partinin faaliyetlerine serbestlik tanıyan bir hukuk düzeninde, geçmişte böyle bir partiye üyeliği söz konusu olmuş kişinin memuriyetten çıkarılması, demokratik toplumda gerekli bir müdahale midir? Konu Mahkeme'nin Vogt-Almanya kararında ele alınmıştır.²⁵ Olayda:

Başvurucu Bayan Vogt, Almanca ve Fransızca öğretmenliği eğitimi gördükten sonra Devlet sınavlarını kazanmış ve orta öğretime öğretmen olarak atanmıştır. Öğrencilik yıllarından beri Alman Komünist Partisi (DKP) üyesi olan başvuruçucu, daha sonra partisi için siyasal faaliyetlerde bulunmuştur. Uzun yıllar süren soruşturma sonunda, anayasal değerlere karşı bir parti olarak kabul edilen, fakat Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmamış bir parti olan DKP'deki siyasal faaliyetleri nedeniyle, her memurun tabi olduğu anayasa sadakat ödevini ihlal ettiği gerekçesiyle öğretmenlik mesleğinden çıkarılmıştır. Başvurucunun ulusal mahkemelere yaptığı başvuru reddedilmiştir. Başvurucu, Sözleşme'nin 10 ve 11. maddelerinin ihlal edildiği gerekçesiyle Strasbourg organlarına başvurmuştur. İnsan Hakları Mahkemesi aşağıdaki gerekçelerle, Sözleşme'nin 10 ve 11. maddelerinin ihlaline karar vermiştir:

“57. Bu davada Mahkeme'nin görevi, Bayan Vogt'un memuriyetten çıkarılmasının 'toplumsal ihtiyaç baskısını' karşılayıp karşılamadığını ve 'izlenen meşru amaçla orantılı' olup olmadığını belirlemektir. Bu amaçla Mahkeme, dava konusu olayları, söz konusu tarihte Federal Almanya Cumhuriyeti'nde mevcut durumun ışığında inceleyecektir.

58. Bayan Vogt, 1972 yılında DKP üyesi olmuştur. Bu durumun, başvuruçucu 1979 yılında kadrolu memur olarak atanırken ve hatta memuriyetteki deneme dönemi sona ermeden önce, yetkili makamlar tarafından bilindiği konusunda bir tartışma yoktur. Ancak, başvuruçunun siyasal faaliyetleri hakkında araştırma yapıldıktan sonra, başvuruçucu hakkında 1982 yılında disiplin

²⁵ 26.09.1995 tarihli Vogt - Almanya kararı.

soruşturması başlatılmıştır (bkz., yukarıda paragraf 11). Bu soruşturma, daha başka araştırmaların yapılması için birçok kez durdurulmuş, fakat Bayan Vogt en sonunda 15 Ekim 1987'de, siyasal sadakat ödevini ihlal ettiği gerekçesiyle meslekten çıkarılmıştır. Başvurucunun DKP içindeki çeşitli siyasal faaliyetleri, bu partideki konumu ve Eyalet Parlamentosu seçimlerinde bu partiden adaylığı (bkz., yukarıda paragraf 19), başvurucuya karşı eleştirilerin odağında yer almıştır.

Almanya'da memurların tabi olduğu siyasal sadakat ödevi, Federal Anayasa Mahkemesi'nin 22 Mayıs 1975 tarihli kararında tanımlandığı şekliyle, bütün memurlara, devlete saldıran ve mevcut anayasal sistemin özüne karşı çıkan guruplardan, kendilerini tereddüde yer bırakmayacak bir şekilde soyutlama ödevi yüklemektedir. Olayların geçtiği dönemde Alman mahkemeleri, DKP'nin kendi resmi programına dayanarak bu partinin amacının, Federal Alman Cumhuriyeti anayasal düzenini ve toplumsal yapıyı yıkmak ve yerine Demokratik Alman Cumhuriyeti'ndekine benzer bir siyasal sistem kurmak olduğu sonucuna varmışlardır.

59. Mahkeme, demokratik bir devletin memurlarından, üzerinde kurulu bulunduğu anayasal ilkelere sadakat göstermelerini isteme hakkı bulunduğu temelinden hareket etmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, Almanya'nın, Weimar Cumhuriyeti altında ve bu rejimin çöküşünden 1949 tarihli Anayasa'nın kabulüne kadar geçen dönemde yaşadığı acı tecrübeleri dikkate almaktadır. Almanya yeni devletini, 'kendini savunabilir bir demokrasi' düşüncesi üzerinde kurmak suretiyle, bu tecrübelerin tekrarından kaçınmak istemiştir. Almanya'nın o tarihteki siyasal bağlam içindeki konumu da unutulmamalıdır. Bu koşullar, bu temel kavrama ve buna karşılık gelen memurlara yüklenen siyasal sadakat ödevine, daha fazla ağırlık verilmesini gerektirmektedir.

Bu durumda bile, bu ödevin Alman mahkemeleri tarafından yorumlandığı gibi mutlak bir niteliğe sahip olması çarpıcıdır. Görevi ve düzeyi ne olursa olsun, bütün memurlar eşit ölçüde bu ödevle yükümlüdür. Bu ödev, kendi görüşleri ne olursa olsun, bütün memurların, yetkili makamın Anayasa'ya hasım gördüğü bütün guruplardan ve hareketlerden, hiç tereddüde yer bırakmayacak bir şekilde uzak durmak zorunda olduğunu ima etmektedir. Bu ödev, hizmet yaşamı ile özel yaşam arasında bir ayırım yapmamaktadır; her zaman ve her koşulda vardır.

Konuyla ilgili bir başka nokta, olayların geçtiği tarihte, Avrupa Konseyi Üyesi başka bir devlette memurlara, aynı sert sadakat ödevinin yüklenmiş

olduğu görülmemektedir; kaldı ki, Almanya'da bile bu ödev, ülkenin her yanında aynı tarzda yorumlanıp uygulanmamıştır; Eyaletlerin önemli bir kısmı, burada söz konusu olan faaliyetlerin bu ödev ile bağdaşmaz olduğunu düşünmemektedir.

60. Bununla birlikte Mahkeme'den, bu sistemi değerlendirmesi istenmemiştir. Buna göre Mahkeme, Bayan Vogt'un meslekten çıkarılması meselesi üzerinde yoğunlaşacaktır.

Bu bağlamda Mahkeme ilk olarak, bir orta öğretim öğretmenin ödevi aykırılık nedeniyle disiplin tedbiri yoluyla meslekten çıkarılmasının çok ağır tedbir olduğunu düşünmek için birçok sebep bulunduğunu kaydeder. Çünkü birincisi, böyle bir kişinin itibarını etkileyeceği ve ikincisi bu şekilde meslekten çıkarılan orta öğretim öğretmenleri genellikle geçim kaynaklarını kaybedeceği için, disiplin mahkemesi bunlara aylıklarının bir kısmının ödenmesinin devamına karar verebileceğinden, bu tedbir önemlidir. Son olarak, bu durumdaki bir orta öğretim öğretmenin, başka bir yerde öğretmenlik işi bulması hemen hemen imkansızdır; çünkü Almanya'da memuriyet dışında öğretmenlik kadroları çok çok azdır. Sonuç olarak bu kişiler yapmayı istedikleri, öğrenimini gördükleri, yetkisini ve tecrübesini kazandıkları tek mesleği icra etme imkanından, hemen hemen kesin olarak yoksun kalacaklardır.

Kaydedilmesi gereken ikinci nokta, Bayan Vogt'un, niteliği gereği güvenlik riski taşımayan bir kadro olan, orta öğretimde Almanca ve Fransızca öğretmenliği yapmasıdır.

Öğretmenlere yüklenen görev ve sorumluluklara aykırı olarak, bayan Vogt'un dersler sırasında öğrencilerini endoktrine etmek (aşulamak) veya başka bir şekilde uygunsuz etkide bulunmak için, konumunun getirdiği avantajdan yararlanma ihtimali şeklinde bir risk vardır. Ancak şimdiye kadar kendisine bu noktadan hiçbir eleştiri yapılmamıştır. Tam tersine, başvurusunun okuldaki çalışmaları, amirleri tarafından bütünüyle tatmin edici bulunmuş ve öğrencileri ve velileri ile diğer meslektaşlarından saygı görmüştür (bkz., yukarıda paragraf 20 ve 22); disiplin mahkemeleri, başvurusunun görevini her zaman eleştiriye maruz kalmayacak bir şekilde yerine getirdiğini kabul etmişlerdir (bkz., yukarıda paragraf 20 ve 22). Gerçekten de yetkili makamların, disiplin soruşturması açtıktan dört yıldan uzun bir süre sonra başvurusunu görevden almaları (bkz., yukarıda paragraf 11 ve 16), öğrencileri başvurusunun etkisinden uzaklaştırma ihtiyacının acil olmadığını düşündüklerini göstermektedir.

Öğretmenler, öğrencilerin gözünde otorite oldukları için, öğretmenlerin özel görevleri ve sorumlulukları, belirli bir ölçüde okul dışındaki faaliyetleri için de geçerlidir. Ancak, Bayan Vogt'un okul dışında bile, anayasaya aykırı beyanlarda bulunduğu veya anayasaya aykırı bir tutum benimsediğini gösteren her hangi bir delil yoktur. Kendisine yöneltilen tek eleştiri, DKP'nin aktif bir üyesi olması, parti içindeki konumu ve Eyalet Parlamentosu seçimlerinde aday olmasıdır. Bayan Vogt, bu faaliyetlerinin, Alman anayasa düzeni ilkelerinin taraftarı olmakla bağdaştığına dair kişisel kanaatini ısrarla savunmuştur. Disiplin mahkemeleri, başvuruçunun kişisel kanaatini, hukuki bakımından önemli görmemekle birlikte (bkz., yukarıda paragraf 22), samimi ve içten bulmuşlardır.

Akılda tutulması gereken son bir nokta da, DKP'nin Federal Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmamış olduğu ve sonuç olarak başvuruçunun bu parti için yaptığı faaliyetlerin tamamen yasal olduğudur.

61. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, Bayan Vogt'un ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi haklı göstermek için Hükümet'in ileri sürdüğü gerekçelerin konuyla ilgili olduğu, fakat demokratik bir toplumda gerekliliğini ikna edici bir şekilde ortaya koymak için yeterli olmadığı sonucuna varmaktadır. Devlete belirli bir takdir alanı tanınmış olsa bile, Bayan Vogt'u disiplin yaptırımıyla orta öğretim öğretmenlik kadrosundan çıkarmanın, izlenen meşru amaçla orantısız olduğu sonucuna varılmalıdır. Buna göre Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

62. Başvuruçucu ayrıca Sözleşme'nin 11. maddesinde güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğünün de ihlal edildiğinden şikayetçi olmuştur.

63. Hükümet, Sözleşme'nin 10. maddesinde olduğu gibi, 11. maddenin de uygulanabilir olduğuna itiraz etmemiş; fakat duruşma sırasında Mahkeme'den bu meseleyi yeniden özenle incelemesini talep etmiştir.

64. Sözleşme'nin 11. maddesinin özerk bir rolü ve ayrı bir uygulama alanı bulunmakla birlikte, mevcut davada Sözleşme'nin 10. maddesinin ışığında ele alınmalıdır (bkz., 13.08.1981 tarihli Young, James ve Webster kararı, paragraf 57 ve 26.04.1991 tarihli Ezelin kararı, paragraf 37). Sözleşme'nin 10. maddesinin güvence altına aldığı kişisel görüşleri koruma, 11. maddede yer alan toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün de hedeflerinden biridir.

65. Kadrolu bir memur olan Bayan Vogt, yukarıda Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından zikredilen prensipler (bkz., yukarıda paragraf 43 ve 44) gereğince, Sözleşme'nin 11. maddesinin de korumasında yararlanır.

Başvurucu, kişisel görüşüne göre DKP üyeliğinin sadakat ödeviyle bağdaşmaz olmadığı gerekçesiyle, kendisini bu partiden soyutlamayı ısrarlı bir şekilde reddettiği için, memuriyetten çıkarılmıştır.

Buna göre Sözleşme'nin 11/1. fıkrasıyla korunan hakkın kullanılmasına bir müdahale vardır.

66. Böyle bir müdahale, son cümlesindeki istisna dışında, Sözleşme'nin 10/2. fıkrasındaki şartlarla aynı olan Sözleşme'nin 11/2. fıkrasındaki şartları yerine getirmediği, 11. maddeye bir aykırılık oluşturur.

67. Bu noktada Mahkeme, söz konusu görevinin işgal ettiği kadroyu dikkate alarak, bu maddedeki 'Devlet idaresi' deyiminin dar yorumlanması gerektiğine dair Komisyon görüşüne katılmaktadır.

68. Ancak öğretmenler, Sözleşme'nin 11/2. fıkrası bakımından 'Devlet idaresi'nin bir unsuru olarak kabul edilseler bile, ki Mahkeme mevcut davada bu sorunu karara bağlamayı gerekli görmemektedir, bayan Vogt'un memuriyetten çıkarılması, Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından daha önce gösterilen gerekçelerle (bkz., yukarıda paragraf 51-60), izlenen meşru amaçla orantısızdır.

Buna göre, Sözleşme'nin 11. maddesi de ihlal edilmiştir."

iv. Yasal derneğe üyelik nedeniyle kamusal göreve atanamama;

Yasal olarak kurulmuş olup faaliyette bulunan mason derneğine üyelik nedeniyle kamusal görevlere atanamama, bireyin örgütlenme özgürlüğüne demokratik toplumda gerekli bir müdahale sayılabilir mi? Bu sorun Mahkeme'nin Grande-Oriente-İtalya kararında tartışılmış ve sonuca bağlanmıştır.²⁶ Olayda:

Başvurucu dernek, birçok mason locasını bir araya getiren bir İtalyan mason derneğidir. 1805 yılından bu yana varlığını sürdürmekte olup, Evrensel Masonluk (Universal Freemasonry) ile bağlantılıdır. Başvurucu dernek, İtalyan Medeni Kanunu'nun 36. maddesi bakımından tescil edilmiş (unrecognised) bir özel hukuk örgütü statüsündedir. Bu nedenle tüzel kişiliğe (legal personality) sahip değildir. Başvurucunun tüzüğü (Articles of Association) noterdedir; dileyen herkes tüzüğe ulaşabilir.

²⁶ 02.08.2001 tarihli Grande Oriente - İtalya kararı.

Başvurucu dernek, İtalya'nın Maches Bölge Yönetimi tarafından atama ve görevlendirmeleri yapılacak olanlarla ilgili 1996 tarihli Yasa'nın 5. maddesindeki bir hüküm nedeniyle uğradığını iddia ettiği zarardan dolayı şikayetçi olmuştur. Bu Yasa'nın 1. maddesi, yasa hükümlerinin, Bölge Anayasası'na göre çıkarılan yasalar, tüzükler, yönetmelikler ve anlaşmalarla oluşturulan kuruluşlar tarafından, "Bölge Yönetimi dışındaki kamu ve özel kuruluşlardaki kadrolarda" atama ve görevlendirmelerde uygulanacağını öngörmektedir. Aynı maddede ayrıca, bu yasa hükümlerinin, on beş bölgesel kuruluş (1996 tarihli Yasa'ya ekli A listesi) ile bazı hallerde bölge meclisinin atama makamı olduğu diğer bölgesel kuruluşlar (aynı Yasa'ya ekli B listesi) bakımından uygulanacağı belirtilmiştir. Yasa'nın 5. maddesi, atama ve görevlendirme başvurusunda bulunabilme hükümlerini ve şartlarını düzenlemektedir. Bu madde, başka şeylerin yanında, masonların (Freemasons) aday olamayacaklarını öngörmektedir. Yasa'nın 5. maddesine göre, "başvurularda, bir mason locasına üye olmadığına dair bir beyan" eklenir. Başvurucu, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği şikayetiyle Strasbourg organlarına başvurmuştur. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, aşağıdaki gerekçeyle, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir:

"24. Mahkeme, itiraz konusu tedbiri, özellikle izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığını belirleyebilmek için, olayın bütünlüğü içinde incelemiştir.

25. Orantılılık ilkesi, Sözleşme'nin 11/2. fıkrasında sıralanan amaçların gerektirdikleri ile örgütlenme özgürlüğünün serbestçe kullanılması arasında bir dengenin kurulmasını gerektirmektedir. Adil bir denge kurma isteği, bireylerin yaptıkları iş başvurularının reddedilmesinden korkarak, örgütlenme haklarını kullanma heveslerinin kırılması sonucunu yaratmamalıdır.

26. Tabi ki, mason olmak ile 1996 tarihli Yasa'nın 5. maddesinde belirtilen kamu görevlerine girmeye çalışmak arasında bir seçim yapma ikilemiyle karşılaşabilecek olan fiili veya potansiyel üyelerin sayısı, başvurucu derneğin toplam üye sayısı ile karşılaştırıldığında, önemli değildir. Bu durumda başvurucu derneğin uğrayabileceği zarar da azalmaktadır. Ancak Mahkeme, örgütlenme özgürlüğünün, bir kamu görevlisi adayının bile, derneğe üyeliği sebebiyle cezalandırılabilir (reprehensible) bir fiil işlemedikçe, her hangi bir şekilde kısıtlanamayacak kadar önemli olduğunu düşünmektedir. Üyelerinin verecekleri kararların sonuçlarından derneğin zarara uğrayacağı da açıktır. Kısacası, şikayet konusu yasak, başvurucu dernek için ne kadar ufak olursa olsun, 'demokratik bir toplumda gerekli' görünmemektedir.

27. Mahkeme, yukarıdaki sonuca vardıktan sonra, şimdi Sözleşme'nin 11/2. fıkrasının son cümlesinin, söz konusu yasağı haklı kılıp kılmadığını belirlemek durumundadır; çünkü bu cümle devletlere, örgütlenme özgürlüğünün 'Devlet idaresinde bulunanlar' dahil, belirli guruplar tarafından kullanılmasına 'hukuka uygun kısıtlamalar' getirme yetkisi vermektedir.

28. Başvurucu dernek, söz konusu fıkranın son cümlesinin bu müdahaleyi haklı kılmadığını, çünkü müdahalenin 'hukuka uygun' olmadığını savunmuştur. Başvurucu derneğe göre Yasa'nın 5. maddesi, Anayasa'nın 2, 3, 18 ve 117. maddelerine aykırıdır; 5. madde, kamu hizmetinde bulunan memurların gizli örgütlere üye olmalarını yasaklayan kurallar konulabileceğini öngören 1982 tarihli ve 17 sayılı Çerçeve Kanun'da belirtilen sınırları aşmaktadır; son olarak 5. madde, İtalya iç hukukunun bir parçası olan Sözleşme'nin 8, 11 ve 14. maddelerini ihlal etmektedir.

Başvurucu dernek ayrıca, 5. madde tarafından istenen beyanın verilmesinin gerekli görüldüğü görevlerin, dar anlamda 'Devlet idaresi'nin bir parçasını oluşturmadığını iddia etmiştir. Başvurucuya göre bu görevler, mesleki kurumlar ve ayrıca bağlantılı alanlarda faaliyet gösteren kuruluşlardaki görevler dahil, çok çeşitli kategorilerdeki görevlerdir. Keza, özel hukuk kuruluşlarla veya bölgesel kurumlar karşısında belirli bir ölçüde özerkliğe sahip kuruluşlarla (üniversiteler, kültürel veya spor kuruluşları gibi) da ilgilidir.

29. Hükümet ise, 'Devlet idaresi' deyiminin, bir bütün olarak idari makamları kapsayacak şekilde geniş anlamda anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.

30. Mahkeme, bu cümledeki 'hukuka uygun' (lawful) teriminin, Sözleşme'nin özellikle 9-11. maddelerinin ikinci fıkralarında mevcut 'hukuken öngörülmüş' ifadesinde olduğu gibi, aynı veya benzer ifadelerin geçtiği başka yerlerdeki hukukilik (lawfulness) kavramıyla aynı kavramı ima ettiğini hatırlatır. Sözleşme'de kullanılan hukukilik kavramı, iç hukuka uygunluğu istemenin yanında, iç hukukun, önceden görülebilirlik (foreseeability) ve genel olarak keyifsellik bulunmaması gibi, niteliksel şartlara sahip olmasını da gerektirmektedir (bkz., Rekoenyi kararı, parag 59).

Tartışma konusu kısıtlamanın iç hukukta bir dayanağı bulunmadığına dair başvurucu derneğin eleştirisi konusunda ise Mahkeme, iç hukukta özellikle tereddütlü noktaların aydınlatılmasına ihtiyaç bulunması halinde, iç hukuku yorumlamanın ve uygulamanın öncelikle ulusal makamlara düşen bir görev olduğunu hatırlatır (bkz., 22.11.1995 tarihli S. W. - Birleşik Krallık kararı,

paragraf 36). Ancak mevcut olayda başvuru dernek, mahkemeler önünde tartışma konusu hükmün anayasa aykırılığına itiraz edemedi; bu durum, Hükümet tarafından da tartışma konusu yapılmamıştır. Buna göre Mahkeme, hukuki durumun, başvuru derneğin kendi davranışlarını düzenleyebilmek için yeterince açık olduğu ve önceden görülebilirlik şartının yerine getirilmiş bulunduğu sonucuna varmaktadır. O halde söz konusu kısıtlama, Sözleşme'nin 11/2. fıkrası anlamında 'hukuka uygun'dur.

31. Mahkeme, 1996 tarihli Yasa'nın 5. maddesinde belirtilen görevlerin, 'Devlet idaresi'nin kapsamına girip girmediği konusunda ise, 1995 tarihli Yasa'ya A ve B eklerinde sıralanan görevlerin, Bölge Yönetimi'nin teşkilat yapısının kapsamına girmediğini, fakat bölgesel örgütler ile atama ve görevlendirme yetkisinin Bölge Meclisi'nde olduğu görevler olmak üzere, diğer iki kategori içine girdiğini kaydeder. Mahkeme'nin içtihatlarına göre, 'Devlet idaresi kavramı, ilgili kişinin işgal ettiği kadro dikkate alınarak, dar yorumlanmalıdır' (bkz., 26.09.1995 tarihli Vogt kararı, paragraf 67). Mahkeme, Vogt kararında, kadrolu bir memur olan öğretmen, devlet idaresinin bir unsuru olup olmadığı meselesini karara bağlamayı gerekli görmemiştir (aynı karar, paragraf 68). Mevcut davada ise Mahkeme, önündeki delillere dayanarak, 1996 tarihli Yasa'ya ek A ve B listelerinde belirtilen görevlerin Marches Bölgesi'yle bağının, kadrolu bir öğretmen olan Bayan Vogt ile işvereni arasında mevcut bağdan, hiç kuşkusuz daha gevşek olduğunu kaydeder.

32. Buna göre, söz konusu müdahale, Sözleşme'nin 11/2. fıkrası bakımından haklı görülemez.

33. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 11. maddesi ihlal edilmiştir."

ADİL YARGILANMA HAKKI VE İDDİANAMENİN KABULÜ - İADESİ - TEBLİĞİ

M. Sezgin TANRIKULU*

I. Giriş

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) 1 Haziran 2005 tarihinde, Türk Ceza Kanunu (TCK), Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve Kabahatler Kanunu ile birlikte yürürlüğe girmiştir. Bu mevzuat, ceza adalet sisteminde önemli değişiklikler öngörmüştür. Yeni yasalara ihtiyaç tartışılmaz iken, toplumsal yaşamı bütünüyle etkileyen bu temel mevzuatın yeterince tartışılmadan, Türkiye'nin Avrupa Birliğine adaylık süreci nedeniyle hızlandırılmış ve sıkıştırılmış bir zaman diliminde kabul edilmesi ve yürürlüğe girmesi haklı eleştirilerin de konusu olmuştur.

Uygulanmaya başlanan bu mevzuatın yürürlükten kaldırılması söz konusu olamayacağına göre, uygulama ile ortaya çıkan hukuka ve insan haklarına aykırı durumların yapılacak yeni düzenlemelerle giderilmesi gerekmektedir. CMK'daki düzenlemelerin daha çok şüpheli ve sanık haklarına ilişkin olması nedeniyle bu alanda ortaya çıkacak sorunların daha ziyade insan hakları ile bağlantısı olacağı da tartışmasızdır.

CMK birçok yeni ceza muhakemesi kurumunu düzenlemiş bulunmaktadır. Bunlardan biri de; *"iddianamenin iadesi ve kabulü"*ne ilişkin düzenlemedir. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda (CMUK) öngörülme-yen bu yeni kurumun CMK'da düzenlenmesi kuşkusuz şüpheli-sanığın hakları bakımından yararlı olmuştur. Ancak, iddianamenin reddi-kabulü incelemesini yapacak yargı makamının aynı zamanda kovuşturmayı yürütmek ve sonuçlandırmakla görevli

* Avukat. Diyarbakır Barosu.

mahkeme-yargıç olması adil yargılanma hakkının sağladığı güvenceler bakımından sorunlar yaratabilecektir. Bu nedenle bu çalışmada, iddianamenin iadesi-kabulü ve iddianamenin tebliğinin adil yargılanma hakkı ile bağlantısı incelenecektir.

II. Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS ya da Sözleşme) 6.¹ ve buna paralel olarak da Anayasa'nın 36.² maddesinde düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkı demokratik bir yönetimin temel öğelerinden olan hukukun üstünlüğü ilkesini içinde barındırmakla birlikte, bu hakkın Sözleşme'de korunan diğer hakların uygulanabilirliği bakımından da temel bir işlevi bulunmaktadır. Bu hak, aynı zamanda birden fazla ve çeşitli unsurları içeren bir bütündür. Bu unsurların bir kısmını madde açıkça belirtmiş, diğerleri ise kavramın zorunlu sonuçları sıfatıyla madde hükmüne zımnen dahil unsurlar olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM - Mahkeme)

¹ İHAS Madde 6 – Adil yargılanma hakkı

1. Herkes, kişisel hak ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul bir sürede, adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Karar aleni olarak açıklanır. Ancak duruşmayı izleyenler ve basın mensupları, çocuk ve gençlerin menfaatlerini veya tarafların 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.

2. Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçlu olduğu kanıtlanuncaya kadar masum sayılır.

3. Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse asgari şu haklara sahiptir:

a) kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebepleri hakkında anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak derhal bilgilendirilme;

b) savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve kolaylıklara sahip olma;

c) kendisini bizzat veya seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma; avukata ödeme yapabilmek için yeterli imkanı yoksa ve adaletin yararı gerektiriyorsa ücretsiz hukuki yardım alma;

d) aleyhine olan tanıkları sorguya çekme ve sorguya çektirme; lehine olan tanıkların aleyhine olan tanıklarla aynı şartlarda hazır bulunmalarını ve sorguya çekilmelerini sağlama;

e) mahkemede kullanılan dili anlamıyor veya konuşmuyorsa, bir çevirmenden ücretsiz yararlanma.

² 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Kanun'la değişik Anayasa'nın 36. maddesi.

“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

tarafından saptanmıştır. Maddenin genel kuralını koyan 1. fıkrasında adil yargılanma kavramı içerisinde;

- kanunla kurulan,
- bağımsız ve tarafsız yargı yeri önünde,
- makul sürede,
- adil ve aleni, bir davanın görülmesi adil yargılanma hakkının unsurları olarak, sayılmıştır.

Madde metni içinde geçen hakkaniyete uygun yargılama kavramının ve mahkemenin dinamik yorum prensibini uygulamasının sonucu olarak da;

- hak arama özgürlüğü
- taraflar arasında silahların eşitliği prensibi
- yargılamada çelişiklik, gibi prensipler de adil yargılanma hakkı içerisinde kabul edilen diğer unsurlar olmuştur.³

Adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin, CMK'da kabul edilen iddianamenin reddi ve tebliğine ilişkin sorunlar karşısında değerlendirilmesini yapabilmek için adil yargılanma hakkının başladığı sürecin bilinmesi gerekmektedir.

1. Adil Yargılanma Hakkının Başladığı Süreç

Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında teminat altına alınan adil yargılanma hakkının soruşturma ve kovuşturma sürecinde hangi andan itibaren başlayacağını tespiti, iddianamenin tebliğinin adil yargılanma bakımından şüpheli ve sanığın haklarının belirlenmesinde önem taşımaktadır. İddianamenin iadesi CMK'da soruşturma başlığı altında 174. maddesinde düzenlenmiş iken, iddianamenin sanığa tebliği ise, iddianamenin kabulünden sonra kovuşturma evresi başlığı altında CMK'nın 176. maddesinde düzenlenmiştir. CMK'nın öngördüğü sistem

³ Gölcüklü, Feyyaz, "AİHS'ne Göre Doğru Yargılama", *AİHS Uygulamasını Kişisel Haklar Semineri*, Mart-Haziran-1995, AÜSBF, İHM Yayınları No:11, s. 2.3, Gözübüyük, Şeref - Gölcüklü, Feyyaz, *AİHS ve Uygulaması*, 6. Bası, Ankara, Ağustos 2004, s. 265-266.

bakımından; şüpheli, sanık sıfatını aldıktan sonra iddianame kendisine tebliğ edilmektedir.

İddianamenin soruşturma aşamasında; kabul kararı verilmesinden önce, şüpheliye tebliğ edilmemesi nedeniyle şüphelinin görüş ve itirazlarını kabul ile ilgili karar verecek yargı makamına sunma olanağı bulunmamaktadır. Keza, mahkemenin iade kararı vermesi durumunda savcılık makamının CMK 174/5. maddesine göre bu karara karşı itiraz olanağı varken şüphelinin bu itirazlara karşı kendi görüşlerini itirazı inceleyecek yargı makamına sunma olanağına ilişkin bir düzenleme de yasada yer almamaktadır. Şüphelinin, iddia makamına karşı bu dezavantajlı durumu adil yargılanma hakkı, özellikle de bu hakların kapsamı içerisinde yer alan “silahların eşitliği” – “çelişmeli yargı” ilkeleri bakımından değerlendirilmelidir.

İHAS’ın 6. maddesinin 1. fıkrası yargı yeri kavramından söz etmektedir. Dolayısıyla soruşturma evresi bakımından 6. maddenin uygulanabilirliği mahkemenin değişik kararlarına konu olmuştur.

İHAS’ın 6. maddesi kapsamındaki garantiler sadece mahkemede yargılama sürecinde uygulanmamakta, bu süreçten önce ve sonraki aşamalarda da uygulanabilmektedir. Ceza davalarında, garantiler polis tarafından gerçekleştirilen duruşma öncesi soruşturmaları da kapsamaktadır.⁴ Mahkeme Magee v. Birleşik Krallık davasında bu konuda şu görüşü ortaya koymuştur; “... ceza davalarında 6. maddenin esas amacı her ne kadar ‘yöneltilen suçlama’ hakkında karar vermeye yetkili bir ‘mahkemede’ adil yargılanmayı sağlamak ise de, bu 6. maddenin yargılama öncesi takibatta hiç uygulanmayacağı anlamına gelmez. Dolayısıyla, 6. madde ve özellikle de 3. fıkrası dava henüz açılmadan önce de geçerlidir. Zira bu hükümlere uyulmazsa yargılamanın hakkaniyeti ciddi şekilde olumsuz etkilenebilir.”⁵

Mahkeme tarafından savunulan “Külli Değerlendirme Öğretisi” dolayısıyla, –adeta bir ikinci alanda– önsoruşturmadaki şüpheli haklarındaki belirli bir ihlalinin (yargılamanın bütünlüğü içinde) yargılamayı tümüyle gayri adil hale getirecek derecede ağır olup olmadığı hakkında

⁴ Nuala, Mole - Catharina, Harby, *Adil Yargılanma Hakkı*, İnsan Hakları El Kitapları No. 3, s. 9.

⁵ Magee v. Birleşik Krallık, 6 Haziran 2000, Başvuru No. 28135/95, prg. 41, için bkz., Dutertre, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar* (Türkçe Çeviri), İnsan Hakları Genel Direktörü Avrupa Konseyi Yayını, Nisan, 2005, s. 223.

bir tahmin yürütülmesi zorunludur. Eğer silahların eşitliği ilkesi göze çarpan biçimde ihlal edilir veya şüphelinin hakları “*telafi edilemez ön hükümler*” aracılığıyla ihlal edilirse yani savunma hakkının çekirdek alanına tecavüz edildiği için hakkın ihlali duruşmada telafi edilemeyecekse, bu ihlalin tüm yargılamayı gayri adil hale getirdiği kabul edilir. Polis tarafından gözaltında tutulma olayı esnasında hukuksal (adli) yardımdan tamamen yoksun bırakma durumunda da adil yargılanma hakkının ihlali söz konusudur.⁶

Mahkemenin kararları çerçevesinde adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin sadece “*mahkeme önünde*” gerçekleşen kovuşturma aşamasını değil, kovuşturma aşamasından önce itham ile başlayan süreci de kapsadığını kabul etmek gerekmektedir.

i. İtham Kavramı

Suç işlediğinden şüphelenilen kimsenin, suç işlediği sanılan kimse olması, başka bir deyişle ile sanık olması demek, ona bir suç isnat edilmesi anlamını taşımaktadır.⁷

Adil yargılanma hakkı, uygulama alanı itibariyle, medeni hak ve ödevlerle ilgili uyumsuzluklarla, suç ithamına ilişkin yargılamaları kapsamaktadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bir hakkın uygulama alanı bakımından tüm durum ve ihtimalleri kapsayacak soyut ve genel bir formül vermekten ziyade her somut olayı kendi özel şartları içinde değerlendirerek bir sonuca varmaktadır.⁸

Mahkeme, Engel ve diğerleri kararında; isnat veya ceza davası bakımından 6. maddenin uygulama alanı olarak üç kriterinin var olduğuna dikkat çekmiştir. Buna göre ilk olarak, isnat olunan fiilin ilgili iç hukukta düzenleme yeri, eylemin doğası ve nihayet cezanın tür ve ağırlığı maddenin uygulama alanını saptamadaki kriterlerdir.⁹

⁶ Ambos, Kai, “Silahların Eşitliği, Çelişmeli Ön soruşturma ve AHS m. 6” çev. Ünver, Yener, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, s. 28-29

⁷ Kunter, Nurullah - Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Bası, Mayıs 2000, s. 162.

⁸ Gölcüklü, s. 7.

⁹ Engel ve diğerleri hakkında esas, karar, sıra no 23, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi* Cilt 1, İstanbul Barosu Yayınları, Doğru, Osman (edit.) s. 194-195, Altıparmak, Kerem, “AHS’ nin 6. Maddenin Uygulama Alanı”, *AUSBF Dergisi* Cilt 53, Ocak-Aralık 1998 s. 22 vd.

Keza İHAM isnat kavramını yorumlarken, bu ifade biçiminin sözleşme içinde özerk bir anlam taşıdığına dikkat çekmiş ve ifadenin esastan kavramlaştırılmış halinin tercih edilmesi gerektiğini öngörmüştür. Bu çerçevede İHAM'a göre; "...Fransızca ifadede yer alan" accusation en matiere penale (suç isnadı) kavramı "özerk" olmakla beraber, "Sözleşme'nin anlamı dahilinde anlaşılmalıdır.¹⁰ Demokratik bir toplumda adil yargılanma hakkının tuttuğu öncelikli yerin¹¹ Mahkeme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında söz edilen 'suç isnadı' kavramının 'biçimsel' olmaktan çok 'maddi' anlamıyla ele alınmasını gerektirmiştir. Mahkeme, görünenin ötesine bakarak, söz konusu usul hakkındaki gerçekleri araştırmak durumunda olduğunu ortaya koymuştur."

Bu çerçevede İHAM şu görüşü ortaya koymuştur; "Suçlama 6. maddenin 1. fıkrası açısından, bir bireye yetkili makam tarafından bir suç işlediğine ilişkin bir iddianın resmen bildirilmesi olarak tanımlanabilir. Çok sayıda kabul edilebilirlik kararında ve nihai raporlarda Komisyon bu konuyla oldukça yakından bağlantılı gibi görünen bir test benimsemiştir; 'şüphelinin durumunun esaslı bir biçimde etkilenip etkilenmediğine bakmıştır.'¹² İHAM, incelediği başvurularda;

- Suç işlediği için bir kişi hakkında tutuklama emri çıkarılması,
- Resmi olarak bir kişiye aleyhindeki davanın bildirilmesi,
- Gümrük suçlarını inceleyen yetkililerin bir kişiden kanıt göstermesini istemesi ve banka hesaplarını dondurması,
- Aleyhine ihbar yapılması üzerine savcılık tarafından hakkında soruşturma başlatılıp dosya açıldıktan sonra kişinin savunma avukatı tayin etmesi örneklerini itham örneği olarak göstermiştir.¹³

Sözleşme'nin 6. maddesi, isnadın kesin hükme bağlanmasına kadar geçerlidir ve kanun yolları da dahil olmak üzere bütün yargılamayı kapsamaktadır. Suç isnadının "esası" deyiimi de suçlamanın hem maddi (fiil),

¹⁰ König davası, 28 Haziran 1978 tarihli karar, Seri A No.27, s. 29, paragraf 88, için bkz., Dutertre, s. 209.

¹¹ Airey davasının kararı, s. 12-13, prg. 24, bkz., Dutertre, s. 210 - 211.

¹² Neumeister davası, Seri B No. 6, s. 81; Huber v. Avusturya İnsan Hakları Sözleşmesi Yılığ 18, s. Prg. 67, bkz. Dutertre, s. 210.

¹³ Nuala, Mole - Catharina, Harby, *Adil Yargılanma Hakkı*, İnsan Hakları El Kitapları No. 3, TBB Yayınları, Eylül 2005, Ankara.

hem de hukuki (kanun hükmü) yönden esasının yanında, sorumluluğun saptanması ve cezanın tayinini de kapsamaktadır. Bazı yargısal usuller ise, “suç isnadının esasına” ilişkin olmadıkları için Mahkeme tarafından 6. maddenin uygulama alanı dışında görülmüştür.¹⁴

ii. CMUK’da İtham

CMUK’da itham kavramına yer verilmemiştir. CMUK’da “itham”ın nerede başladığına ya da nerede son bulduğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. CMUK’da sanık veya şüpheli ayırımına yer verilmiş, hazırlık soruşturmasında ve son soruşturma safhasında suç şüphesi altında bulunan kişiden sanık olarak bahsedilmiştir.

iii. CMK’da İtham

5271 sayılı CMK’nın ikinci maddesine göre soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişiye “şüpheli”, kovuşturmanın başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre içerisinde suç şüphesi altında bulunan kişiye ise “sanık” denilmektedir. 5271 sayılı Yasa sanık sıfatı için suç isnadını aramamakta, bu terimi ceza yargılaması evrelerinde suç şüphesi altında bulunan kişiye ilişkin sıfat olarak kullanmaktadır.

CMK’nın 170. maddesi, hazırlık soruşturmasında toplanan delillerle, yeterli suç şüphesine ulaşıldığında, kamu davasının açılması gerektiğini kabul etmektedir. Yasa, tutuklama için ise kuvvetli suç şüphesinin aranacağını öngörmektedir. Bu durumda hakkında tutuklama kararı verilen suçlanan kişi, şüpheli olarak nitelenemez; onun adının bu aşamadan sonra sanık olması gerekir. Fakat yasa, bu statüleri yargılamanın aşamalarında adlandırmayı tercih ettiğinden, tutuklanan şüpheliden/sanıktan söz etmektedir. Bu durumda: kişi soruşturma evresinde tutuklandığında dahi, şüpheli sıfatını alır. Bu kişi ancak soruşturmada tutuklanırsa, ona sanık adını vermek uygun olacaktır. Oysa, tüm ülkelerin ceza yargılaması normlarında, şüpheli, hakkında kuvvetli suç şüphesi olan kişi değildir. Soyut bir ifade olarak algılanacak olan, kuvvetli şüphe/yeterli şüphe kavramları delillerin ortaya çıkardığı kavramlar olup, deliller şüpheyi

¹⁴ İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 2. Bası, İstanbul 2005, s. 102.

güçlendirecek ya da zayıflatacaktır. Bu konuda kesin, matematiksel ölçütler bulunmamaktadır.¹⁵

2. İddianamenin İadesi - Kabulü ve Tebliği Hususlarının İHAM'ın 6. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

5271 sayılı CMK'da düzenlenen iddianamenin reddi ve tebliğinin adil yargılanma hakkının sağlandığı güvenceler bakımından incelenmelidir. Zira, iddianamenin reddinde, yargıç-mahkeme, önüne gelecek dava bakımından önceden görüşünü açıklama durumu ile karşı karşıya kalabilmektedir. İddianamenin reddi bir karar ise bu kararın gerekçeli olma zorunluluğu vardır. Bu zorunluluk, Anayasa'nın 141/3. maddesinde; "*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*" şeklinde ifade edilmiştir. İHAM, Sözleşme'nin 6/1. maddesindeki aleni karar hakkının aynı zamanda mahkemelerin kararlarına gerekçe göstermesini sağlama amacı taşıdığını ifade etmiştir. Gerekçeli karar hakkı, sanığın bu karara itiraz edebilmesi için temel bir unsurdur.¹⁶ Kararların gerekçeli olmasını, mahkemelerin her soruya ayrıntılı yanıt vermesi şeklinde değerlendirilmemektedir. Fakat kararların gerekçeli olması aynı zamanda "*görünüşte adil olmanın*" gereklerindedir.

Bu durum karşısında, uyuşmazlığın esası ile ilgili karar verecek mahkeme-yargıcın, uyuşmazlığın esasa ilişkin olmasa da esasa etki edecek bir sorun hakkında önceden karar verme durumu ile karşı karşıya kalması, "*tarafsız mahkemede yargılanma*" hakkı bakımından değişik ihlallere neden olabilecektir. Nitekim, kamuoyunun yakından izlediği bir davada sorun bu yönü ile gündeme gelmiş, tartışma yaratmış ve iddianamenin reddi yönünde gerekli muhalefet görüşünü yazan yargıç ile ilgili reddi hakim talebi, bu talebi inceleyen yargı mercii tarafından kabul edilmiştir.¹⁷ Bu durumda, adil yargılanma hakkı bakımından sorunların yaşanmaya başladığını göstermektedir.

¹⁵ Yurtcan, Erdener, *CMK Şerhi*, 4. Bası, İstanbul, Kasım 2005, s. 448.

¹⁶ *Adil Yargılanma Hakkı*, Uluslararası Af Örgütü, İstanbul 2000, s. 242.

¹⁷ Van 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2005/221 esas sayılı dava dosyasının 23.12.2005 tarihli tensip zaptında iddianamenin reddi noktasında yazılan muhalefet şerhi ve bu hususun "*ihsası rey*" olduğu noktasında yapılan itiraz kabul eden Van 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2005/344 Müt. Sayılı, 14.12.2005 tarihli kararı.

"Gereği Düşünüldü

Van 3. ACM Üyesi Hakim (37011) Ferhat Erbaş'ın 23.11.2005 tarihli karşı oy yazısı incelenmiş olup. şüpheliler hakkındaki iddianamede yer alan suçların irdelendiği,

III. İddianamenin İadesi ve İHAS 6/1 Bakımından Mahkemenin - Yargıcın Tarafsızlığı

1. CMUK'da İddianamenin İadesi

Sadece iddianamenin mahkemeye sunulması halinde, iddianamenin kabulü veya reddi konusunda 1412 sayılı CMUK'da bir norm bulunmamaktaydı. Ancak öğretilerde dava açan iddianamede muhakeme hukuku müeyyidesini gerektiren bir aykırılık varsa veya muhakeme şartları gerçekleşmemişse, mahkeme davanın kabule şayan olmadığına karar vermeli ve dosyayı geri çevirmesi gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁸ 1412 sayılı CMUK'da döneminde uygulamada iddianamede hangi suçtan dolayı dava açıldığına açıklanması için dosyanın savcılığa tevdi gerektiğinden söz edilmektedir.¹⁹ Bunun anlamı davanın kabule şayan görülmemesidir. Bu karar verildiğine göre, kabule şayan kararı da verilebilecek demektir.²⁰ Ancak, yasanın yürürlükte bulunduğu dönemde, mahkemeler doktrinde ileri sürüldüğünün aksine "iddianamenin kabule şayan görülmemesi veya görülmemesi" niteliğinde bir uygulama içerisinde olmamışlardır.

örgüt, ve görev yönünden görevi kötüye kullanmak suçuna ilişkin, ayrımcılık suçuna ilişkin, kişisel/Verileri hukuka aykırı olarak kaydetmek suçuna ilişkin, özel hayatın ihlali suçuna ilişkin, şüpheliler hakkındaki iddiaların irdelendiği ve bunun sonucu olarak da "... C. Başsavcılığı'nın 1S.11.200S tarihli iddianamesinde şüphelilerin üzerlerine atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı" yönünde karşı oy yazısının sonuç bölümünde görüş ve kanaatini belirttiği görülmüş olup, Üye Hakim (37011) Ferhat Erbaş'ın karşı oy yazısında belirtilen şekilde görüş ve kanaat belirtmesi mahkememiz heyetince "ihsası rey" niteliğinde kabul edildiğinden aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

Hüküm.

1- Van 3. ACM'nin 2005/221 Esas sayılı dosyasında Müdahiller ve Müdahiller vekillerinin Hakim reddi yönündeki taleplerinin 5271 sayılı CMK'nın 24/1 ve 30/2. maddeleri gereğince Kabulüne,

2- CMK'nın 30/2.maddesi gereğince Mahkememiz hakimlerinden (34044) Vahit Baltacı'nın Görevlendirilmesine,

3- Dosyanın gereği yapılmak üzere Van 3. ACM'ye Gönderilmesine,

Evrak, üzerinde yasa yolu açık olmak üzere mütalaaya uygun olarak oybirliğiyle karar verildi.

¹⁸ Kunter - Yenisey, s. 934 .

¹⁹ 3. CD, 16/11/82 YKD 83/1, s. 119.

²⁰ Kunter - Yenisey, s. 934.

2. CMK'da İddianamenin İadesi

i. Düzenleniş Biçimi ve Amacı

İddianamenin kabulü ve iadesi, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK ile mevzuatımıza girmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 174. maddesinde iddianamenin iadesi düzenlenmiştir.²¹ 1412 sayılı CMUK'un yürürlükte bulunduğu dönemde savcıların kollukça hazırlanan fezlekedede belirtilenler dışında herhangi bir delil araştırma gereksinimi duymamaları, soruşturma işlemlerini eksik yapmaları nedenleriyle açılan ceza davaları uzamış, adaletin gecikmesine neden olunmuş ve hukuka aykırılıklar sıkça yaşanmıştır. Kamu davasının mümkünse tek oturumda, zorunlu hallerde birbirini izleyen oturumlarda ve mümkün olan en kısa sürede sonuçlandırılmasını gerçekleştirebilmek amacıyla, iddianamenin doğru ve eksiksiz olarak mahkemeye sunulması adil yargılanmanın gerekleri olduğu hususları CMK Hükümet Tasarısı'nın bu maddeye ilişkin gerekçesinde de yer almıştır. Bu amacı gerçekleştirebilmek için de iddianamenin iadesi müessesesi kabul edilmiştir.

ii. İddianamenin İadesi Nedenleri

İddianamenin iadesi nedenleri CMK'nın 174. maddesinde yer almıştır. Maddede iddianamenin iadesi sebepleri üç başlık altında

²¹ CMK m. 174 (1) Mahkeme tarafından, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren on beş gün içinde soruşturma evresine ilişkin bütün belgeler incelendikten sonra, eksik veya hatalı noktalar belirtilmek suretiyle;

a) 170 inci maddeye aykırı olarak düzenlenen,

b) Suçun sübütuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen,

c) Önödeme veya uzlaşmaya tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde önödeme veya uzlaşma usulü uygulanmaksızın düzenlenen, İddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığı'na iadesine karar verilir.

(2) Suçun hukukî nitelendirilmesi sebebiyle iddianame iade edilemez.

(3) En geç birinci fıkrada belirtilen süre sonunda iade edilmeyen iddianame kabul edilmiş sayılır.

(4) Cumhuriyet Savcısı, iddianamenin iadesi üzerine, kararda gösterilen eksiklikleri tamamladıktan ve hatalı noktaları düzelttikten sonra, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesini gerektiren bir durumun bulunmaması halinde, yeniden iddianame düzenleyerek dosyayı mahkemeye gönderir. İlk kararda belirtilmeyen sebeplere dayanılarak yeniden iddianamenin iadesi yoluna gidilemez.

(5) İade kararına karşı Cumhuriyet Savcısı itiraz edebilir.

toplanmıştır. Buna göre mahkeme, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren on beş gün içinde soruşturma evresine ilişkin tüm belgeleri inceledikten sonra kararını verecektir. Mahkeme tarafından on beş gün içerisinde iade edilmeyen iddianame kabul edilmiş sayılmaktadır.

Mahkemenin soruşturma evraklarını aşağıda sıralanan üç neden bakımından incelemesi zorunludur;

- 170. maddeye aykırı bir hususun bulunup bulunmadığı,²²
- Suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenip düzenlenmediği,
- Önödeme veya uzlaşmaya tabi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan suçlar bakımından önödeme veya uzlaşma usulünün uygulanıp uygulanmadığı,

Soruşturma evrakının incelenmesinden sonra sıralanan bu nedenlere aykırılık saptanırsa iddianamenin iadesine karar verilmesi gereklidir.

²² (1) Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet Savcısı tarafından yerine getirilir.
 (2) Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet Savcısı, bir iddianame düzenler.
 (3) Görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenen iddianamede;
 a) Şüphelinin kimliği,
 b) Müdafii,
 c) Maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği,
 d) Mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanunî temsilcisi,
 e) Açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği,
 f) Şikâyette bulunan kişinin kimliği,
 g) Şikâyetin yapıldığı tarih,
 h) Yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri,
 i) Yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi,
 j) Suçun delilleri,
 k) Şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri,
 Gösterilir.
 (4) İddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır.
 (5) İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür.
 (6) İddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği; suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri açıkça belirtilir.

Mahkeme CMK'nın 174/2. maddesi uyarınca, suçun hukuki nitelendirilmesindeki hata sebebiyle iddianamenin iadesine karar veremez. Suçun hukuki nitelendirmesini yapamayan mahkeme, iddianamenin iadesi bakımından görevli olup olmadığını ise değerlendirebilecektir. İddianamedeki delilleri değerlendiren mahkeme görevli olmadığı kanaatinde olursa iddianameyi reddedecektir. Reddedilen iddianameye karşı başsavcılıkça yapılacak olan itiraz neticesinde, itirazı inceleyecek merci itirazı yerinde görmediği takdirde herhangi bir problem doğmayacaktır. Ancak, itirazı inceleyecek olan merci itirazı yerinde görür ve mahkemenin iddianamenin iadesi kararını kaldırırorsa bu durumda göreve ilişkin iki olumsuz karar ortaya çıkacaktır. Birincisi mahkemenin iddianamenin iadesi ile kendini görevli olarak görmemesi, ikincisi ise itirazı inceleyen mahkemenin iade kararı veren mahkemeyi görevli olarak görmesi. Bu durum karşısında iade kararı veren mahkeme iddianameyi kabul edip, kovuşturmaya başlamak durumunda kalacak ve bu kez CMK'nın 4. maddesi uyarınca görevsizlik kararı verebilecektir. Örneğin; Asliye Ceza Mahkemesi'ne gönderilen bir iddianame bakımından Asliye Ceza Mahkemesi CMK 174/1-a maddesine göre CMK'nın 170. maddesi uyarınca kendisini görevsiz addederek kovuşturma dosyasının Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesi gerekçesiyle iddianamenin iadesine karar verebilir. C. Savcısı'nın bu karara Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde itirazı sonucunda itirazın reddi halinde bir sorun yaşanmayacak, iade kararı doğrultusunda C. Savcısı iddianameyi Ağır Ceza Mahkemesi'ne açılacak bir dava gibi düzenleyecektir. Ancak, itiraz merciinin C. Savcısı'nın itiraz gerekçelerini haklı görmesi durumunda iddianamenin iadesi kararı kaldırılacak ve kendisini açılan dava bakımından görevsiz gören mahkeme iddianameyi kabul etmiş sayılacaktır. Bu durumda da görevsizlik kararı vermesi söz konusu olabilecektir. Kanımızca; ceza muhakemesinin daha baştan görev yönünden uzamasının önüne geçmek için, ilk olarak mahkemenin bu nedenle verdiği kararlara karşı Cumhuriyet Savcısı'nın itiraz olanağı kaldırılması veya mahkemenin görev nedeni ile iddianamenin iadesi kararı vermesini engelleyici yeni bir düzenlemenin CMK'nın 174. maddesi kapsamında yapılması yararlı olacaktır.

iii. İddianamenin İadesi Prosedürü

Kamu davasının mümkünse tek, değilse zorunlu olduğunda birbirini izleyen oturumlarda ve bir günde sonuçlandırılmasını gerçekleştire-

rebilmek amacıyla, iddianamenin hukuken geçerli ve yeterli delillerin toplanmasından ve dava açma koşullarının gerçekleşmesinden hemen sonra, tüm yönleriyle doğru ve eksiksiz olarak mahkemeye verilmesi gerekmektedir.²³

5271 sayılı CMK'nın 174. maddesinde iddianamenin iadesi düzenlenmiştir. Bu müessese, savcılar, kolluktan gelen fezlekeleri tasdik makamı olmaktan çıkaracak ve artık iddianame adı verilmiş tek sayfalı sadece suç ve ilgili kanun maddesinin yazılı olduğu matbu evrakı düzenlemekten kısmen alıkoynabilecektir.²⁴

170. maddede bulunan koşulların oluşup oluşmadığını savcıların titizlikle incelemeleri ve bu maddedeki tüm koşullar oluşmadan dava açmamaları gerekecektir. Başka bir anlatımla, olaylarla delillerin ilişkilendirilmediği, suçun unsurlarının tartışılmadığı bir iddianame ile dava açılmayacaktır.²⁵

Bu madde ile ilgili olarak, üzerinde durulması gereken bir başka husus şudur: Savcılık bir olaydan ötürü, sanık/sanıklar hakkında kamu davası açıp mahkemeye gönderdiğinde ve mahkemenin bu iddianamenin iadesine karar vermesi halinde, savcılık yönünden o iş için soruşturma evresine geri dönmüş olunacaktır. Bu durum karşısında, savcılık yeni soruşturma işlemleri yapabilecektir. Bu çalışmanın sonunda, savcılık daha önce dava açtığı bir olaydan ötürü kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilecektir. Hatta sanıklarda değişiklik dahi yapabilecektir; bazı sanıkları iddianameden çıkarabilecek, iddianameye sanık/sanıklar ekleyebilecektir. Bu sonuçlar, yargılama tekniğine uygundur. Zira iade kavramı bir geriye dönüşü simgelemektedir.²⁶

İddianamenin geri gönderilmesi müessesesine uygulama yön verecektir ve bu konuda mahkemelerin uygulaması bu müessesedeki aksaklıkları ortaya çıkaracaktır. Ancak, mahkemeler iddianameleri geri gönderirken, hangi formatlarda hareket edeceklerine dikkat etmek zo-

²³ Çolak - Taşkın, s. 587.

²⁴ Yazıcıoğlu, Yılmaz, "5271 sayılı yeni CMK uyarınca Soruşturma ve Soruşturma İşlemleri, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na İlişkin Tebliğler", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl. 3, Sayı 32, Ağustos 2005, s. 2916.

²⁵ Öztürk, Bahri, *Türk Ceza Kanunu Reformu Üçüncü Kitap*, Yeni Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu Panel, Çanakkale 1 Nisan 2005, s. 71.

²⁶ Yurtcan, s. 444.

rundadırlar. Akla gelen ilk sonuç, yargılama konusu olayla ilgili düşünce açıklama, uygulamacı diliyle, ihsası rey, sınırından içeri girmektir. Bu sonuç, yargıç/yargıçların o davada tarafsız kalamayacakları sonucunu doğurabilecektir. Bu durumda yargıcın reddi kurumu devreye girebilecektir. Öğretide, bu konuda hassas bir yaklaşımla, iddianamenin iadesi gerçekleştiğinde, iddianame yeniden mahkemeye verildiğinde, dosya dağıtımında bu hususu dikkate alarak ve o dosyayı bir başka mahkemeye vermek suretiyle ihsası rey sorununun aşılabileceğini dile getirilmiştir.²⁷

iv. İddianamenin İadesi Kararına İtiraz

İade edilen iddianame üzerine Cumhuriyet Savcısı, kararda gösterilen eksiklikleri tamamladıktan ve hataları düzelttikten sonra kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi gereken bir halin varlığı halinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verecektir. Eğer kovuşturmaya yer olmadığına karar verecek bir hal yoksa Cumhuriyet Savcısı eksiklikleri ikmal ederek yeniden iddianame düzenleyecektir. Cumhuriyet Savcısı'nın yeniden düzenlediği iddianameye karşılık mahkeme, CMK'nın 174/4. maddesi uyarınca bir önceki kararında belirtilmeyen eksikliklere dayanarak iddianameyi iade edemeyecektir.

Cumhuriyet Savcısı iade edilen iddianamenin 170. maddede belirtilen koşulları taşıdığı ve 174. maddede belirtilen nedenleri ihtiva etmediği kanaatinde ise iade işlemine karşı CMK'nın 174/5 maddesi gereği itiraz edebilir. Cumhuriyet Savcısı 268. madde gereğince iddianamenin reddini öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içerisinde iddianameyi reddeden mahkemeye vereceği bir dilekçe ile itiraz edebilir. İddianameyi reddeden mahkeme itiraz üzerine üç gün içerisinde kararını düzeltmezse, itirazı incelemek üzere yetkili mercie gönderir. Yetkili merci kararını mümkün olan en kısa süre içerisinde açıklar.

3. İddianamenin Kabulü

İddianamenin kabulü CMK'da "*Kovuşturma Evresi*" bölümünde 175. madde de düzenlenmiştir. CMK'nın 174. maddesinde tanımlandığı biçimde eksikler içermeyen veya iade kararından sonra eksikleri gide-

²⁷ Yurtcan, s. 444 - 445.

rilen iddianame ile ilgili olarak kabul kararı verilecektir. Burada sorun, esasa ilişkin karar verecek yargıç-mahkemenin savunma olmadan bir muhakeme işlemi yapıyor olmasıdır. Sübut bakımından mevcut bütün delillerin toplanmış olmasının anlamı ispat için kovuşturma evresinde yeni bir işleme gerek duyulmamasıdır. Kanımca bu durumda, kabul kararı ile birlikte esas ile ilgili kararın da önemli ölçüde verildiğini söylemek mümkündür ve ortaya çıkan sonuç savunma hakkı bakımından dezavantajlı olacaktır. Ayrıca yargıcın tarafsızlığından şüphe duymak içinde yeterli bir nedendir.

4. Örnek Araştırma Alanı Olarak Diyarbakır Ceza Mahkemeleri

CMK'nın 174. maddesinde düzenlenen iddianamenin iadesi kurumunun, yeni olması nedeni ile mahkemelerin nasıl bir yaklaşım içerisinde oldukların bilinmesi, aksaklıkların baştan saptanması ve buna göre yeni düzenlemelerin yapılmasını önerme bakımından önemlidir. Bu çalışmaya dayanak olması bakımından, Diyarbakır'da bulunan ceza mahkemelerinin kayıtları üzerinden araştırma yapılmış ve örnek olarak saptanan mahkemeler üzerinden uygulamanın nasıl geliştiği saptanmaya çalışılmıştır.

i. Diyarbakır'daki Mahkemelerin Yapısı ve Örnekleme

Diyarbakır adli yargı çevresi içerisinde halen on sekiz ceza mahkemesi faaliyet göstermektedir.²⁸ Bu ceza mahkemelerinden iddianamenin değerlendirilmesi, kabul ve ret kararları ile bu kararların verilmiş usullerine göre yapılan değerlendirme sonucunda Diyarbakır Çocuk Mahkemesi, Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi, Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesi, Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesi (CMK'nın 250 maddesinde belirtilen suçlara bakmakla görevli), Diyarbakır 2. Sulh Ceza Mahkemesi ve Diyarbakır 8. Asliye Ceza Mahkemesi'nin verileri değerlendirmeye alınmıştır. Zira bu mahkemeler dışında, bazı mahkemelerin iade kararı vermediği de saptanmıştır. Ayrıca, mahkemede görevli asıl yargıcın bulunmadığı, incelemenin geçici olarak görevlendirilen yargıçlarca yapıldığı dönemlerde iade kararlarının daha

²⁸ 1 Çocuk Mahkemesi, 1 Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi, 2 Sulh Ceza Mahkemesi, 3 Ağır Ceza Mahkemesi, 3 CMK'nın 250. maddesinde belirtilen suçlara bakmakla görevli Ağır Ceza Mahkemesi, 8 Asliye Ceza Mahkemesi.

az verildiği de gözlemlenmiştir. Bu durum, bu kurumunun amacına uygun bir biçimde tam olarak uygulanmadığını da ortaya koymaktadır. İnceleme yasanın yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 ila 27 Aralık 2005 tarihleri arasındaki yedi aylık süreci kapsamaktadır. Bu dönemlerde mahkemelere sunulan toplam 1.157 iddianameden 69'unun iadesine karar verilmiştir.²⁹

Mahkemelerin iddianamenin incelenmesi sürecinde farklı değerlendirme ve usul yöntemlerini kullandıkları saptanmıştır. Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi ile Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesi iddianamenin kabulü veya reddi hususunda ayrıca karar vermektedir. Diğer mahkemeler ise iddianamenin kabulünü tensip ile birlikte yapmakta, iddianamenin reddi söz konusu ise bu konuda ayrıca bir karar vermektedir. Her mahkemede iddianame değerlendirme kartonu bulunmakta ve mahkemenin benimsediği usule göre muhafaza edilmektedir. İddianamenin tensip dışı kabulüne karar veren Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi ile Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesi iddianame değerlendirme kartonunda her iki kararı da bulundurmakta iken; iddianamenin kabulünü tensiple ile yapan mahkemeler yalnızca ret kararlarını iddianame değerlendirme kartonunda bulundurmaktadır. İddianamenin kabulü kararları gerekçe içermediğinden ret kararları esas alınarak inceleme yapılmıştır.

ii. Mahkeme Kararlarındaki İade Nedenleri

Yukarıda da belirtildiği üzere, kayıtları üzerinde araştırma yapılan mahkemelere gönderilen iddianame sayısı 1.157'dir. İade kararı verilen 69 iddianame arasında en fazla ret nedeni %50 (34 iddianame) oranı ile CMK'nın 174/1-b maddesi uyarınca reddedilen iddianamelerdir. CMK'nın 174/1-c uyarınca iade edilen iddianame oranı %25 (18 iddianame), CMK'nın 170. maddesindeki eksiklikler nedeni ile iade kararı verilen iddianame oranı da %25 (17 iddianame) tir. CMK'nın 174/1-c ve CMK'nın 170. maddesindeki eksikler nedeni ile iade oranlarının ileriki

²⁹ Diyarbakır Çocuk Mahkemesi, iddianame sayısı: 569, iade sayısı: 27.
Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi, iddianame sayısı: 25, iade sayısı: 8.
Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesi, iddianame sayısı: 148, iade sayısı: 7.
Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesi, iddianame sayısı: 101, iade sayısı: 7.
Diyarbakır 8. Asliye Ceza Mahkemesi, iddianame sayısı: 155, iade sayısı: 10.
Diyarbakır 2. Sulh Ceza Mahkemesi, iddianame sayısı: 159, iade sayısı: 10.

dönemlerde giderek düşeceğini, buna karşılık CMK'nın 174/1-b nedeni ile iade oranının ise yükseleceğini şimdiden ifade etmek mümkündür.

a. CMK'nın 170. Maddesine Aykırı Olarak Düzenlenmesi Nedeniyle İade Edilen İddianameler

CMK'nın 174/1-a maddesi gereğince toplam 17 iddianamenin iadesi kararı verilmiştir. Bunlar arasında esas itibariyle sanığın ad-soyadının, anne adının yanlış yazılması, uygulanması istenen güvenlik tedbirinin iddianamede gösterilmemesi,³⁰ keza başka bir kararda da soruşturma dosyasına eklenmesi gereken belgelerin eklenmemiş olması iade nedeni olarak gösterilmiştir.³¹ Bu karar örneklerinden de anlaşılacağı üzere bu iade nedeninde mahkemeler, iddianamenin yazılışındaki şekli eksiklikler ile soruşturma dosyasına konulması gereken belgelerin eksikliği nedeniyle iade kararı vermişlerdir.

b. Suçun Sübutuna Etki Edeceği Mutlak Sayılan Mevcut Bir Delilin Toplanmaması Nedeniyle İade Edilen İddianameler

CMK'nın 174/1-b maddesi gereğince incelenen iddianamelerden 34 iddianamenin iadesine kararı verilmiştir. Bu iade nedeninde mahkemelerin, şüpheli ifadesinde adı geçen şahsın dinlenmemiş olmasını, suçta kullanıldığı iddia edilen tabancanın bulunması için arama yapılmamasını,³² trafik kazasına konu olan olayda mahallinde keşif yapıp

³⁰ "Sanık A. U.'nun ad ve soyadının ve anne adının yanlış yazıldığı, Sanık A. U.'nun ad ve soyadının yanlış yazıldığı,

Sanıklar hakkında uygulanması istenen güvenlik tedbirlerinin iddianamede gösterilmediği, kanaati hasıl olduğundan aşağıdaki gibi hüküm kurmak gerekmiştir" Diyarbakır 8. Asliye Ceza Mahkemesi, İddianame iade no: 2005/7.

³¹ "Sanık G. A.'nin isminin, ana adının iddianamede yanlış yazılması, Sanık H. A.'nin adli sicil kaydı da yanlış şekilde Lice olarak istenmesi, Sanık G.'nin adli sicil kaydının da yanlış yazılmış olması, Sanık G. A.'nin adli sicil kaydında görülen sabikasına esas ilamların onaylı suretlerinin istenmemiş olması, Sanıklar hakkında hangi güvenlik tedbirlerinin uygulanmasının istendiğinin belirtilmemesi anlaşılacak şekilde hüküm kurmak gerekmiştir" Diyarbakır 8. Asliye Ceza Mahkemesi, İddianame iade no: 2005/10.

³² "Suçu sanıkla beraber işlediği iddia edilen M. E. adlı şahsın olayla ilgili sanık veya tanık olarak ifadesi alınmadan dava açılması, delillerin tam olarak toplanmadığı, Faturası ve seri no'su bulunan kurusıkı tabancanın ele geçirilmesi için şüphelinin mesken ve müstemilatının aranmadan suç ile sanık arasında irtibat kurulmadan iddianame ile dava açıldığı" Diyarbakır 8. Asliye Ceza Mahkemesi, İddianame iade karar no: 2005/1.

kusur oranının tespit edilmemiş olmasını,³³ çalınan emvalin değerinin tespit ettirilmemesi, bildirilen tanığın hangi suçtan cezaevinde bulunduğu soruşturulmaması,³⁴ telefon hırsızlığına konu olayda telefonun nereden alındığının tespit edilmemesi nedeniyle yetki meselesinin çözülmemiş olması³⁵ sözleşme ve belgedeki imzaların kendilerine ait olmadığını iddia eden şüpheliler ile ilgili olarak imzalar arasında grafolojik kriminal incelemenin yaptırılmaması³⁶, kira sözleşmesinde bulunan parmak izinin sıhhati konusunda gerekli incelemenin yapılamaması,³⁷ kenevir bitkilerinin ekili olduğu tarlanın plan,

³³ “Mahallinde keşif yapılarak sanığın kusurlu olup olmadığı, kusurlu ise ihlal ettiği trafik kuralının yazılması ve sanığın kusurlu olmaması halinde kamu davası açılmayacağı hususunun göz önüne alınmaması” Diyarbakır 8. Asliye Ceza Mahkemesi, İddianame iade karar no: 2005/2.

³⁴ “Sanık hakkında TCK’nın 493/3 ve 522 maddeleri uygulanması istendiği halde 765 sayılı kanunun 522. maddesi uygulanabilmesi şartı olan çalınan emvalin değerinin tespit ettirilmeden davanın iddianame ile açılması, Şüphelinin savunması yönünde A. G. B’nin tanık olarak dinlenilmemesi ve hapiste olduğunu bildiren şahsın hangi suçtan hapiste bulunduğu soruşturulmaması ve bu suç konucu emvalin çalınma eylemi ile alakasının tespiti yönüne gidilmemesi,

Müşteki Z. B. adlı şahsın hırsızlık olayı ile ilgili iddia ve ifadesinin alınmaması,

Hırsızlık olayının oluşunu ve nasıl olduğu konusunda dosyada hiçbir bilgiye ulaşılmaması ve bu konuda herhangi bir bilirkişi incelemesi yapılmaması, olayın afaki olarak ta anlatılmaması, Açıklanmasında sakınca olmadığı takdirde suç emvalinin şüphelinin elinde olduğunu bildiren tanığın dinlenmeden suç ile şüpheli arasında illiyet rabitası kurulmadan iddianame düzenlenerek dava açılması” Diyarbakır 8. Asliye Ceza Mahkemesi, İddianame iade karar no: 2005/3.

³⁵ “Sanığın çalıntı telefonu geçici süre ile kullanmak üzere aldığını iddia ettiği N. S.’nin tanık olarak dinlenmediği, Sanığın kullanmak için aldığını ileri sürdüğü N.S.’nin dinlenerek sanığın telefonu nerede N.’ten aldığının ve böylece yetki meselesinin açıklığa kavuşturulmadığı, yetkili mahkemenin tayininin tespiti için gerekli olan eksikliğin giderilmediği, Sanığa ait olduğu iddia edilen 05 ... nolu hattın karneye ait olduğuna dair dosyada hiçbir bilgi, belge ve kaydın bulunmadığı” Diyarbakır 8. Asliye Ceza Mahkemesi, İddianame iade karar no: 2005/4.

³⁶ “Şüpheliler Ş. B., A. M., R. A., M. B., R. C. aşamalarındaki beyanlarında ısrarla dava konusu sözleşme ve belgelerdeki imzaların kendilerine ait olmadığını beyan ettiklerinden şüphelilerin imza örneklerinin alınması ile dosyadaki imzalar arasında grafolojik mukayese yapılarak imzaların sıhhati konusunun araştırılmaması oluşu, Şüpheli S. P.’nin imza ve yazı örneklerinin alınarak davaya konu belge ve sözleşmelerdeki imza ve yazı örnekleri ile karşılaştırılarak grafolojik inceleme yapılmaması oluşu, S. A.’e verilen tapu kayıt örneğinin tapu müdürlüğünde verilmediği tapu müdürü sanık M. K. tarafından beyan edildiği halde bu belge üzerinde kriminal inceleme yaptırılmaması oluşu ve bu hususta İddianamede açıklık olmaması hususları tespit edildiğinden iddianamenin iadesine yönelik olarak aşağıdaki gibi hüküm kurulmuştur” Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesi; İddianame iade karar no: 2005/6.

³⁷ “Şüphelinin üzerine atılı suçun sahte resmi evrak düzenlemek olduğunun anlaşılmasına göre suça konu kira sözleşmesinde imzaları bulunan şüpheli S. P. ile M. B.,

kroki ve tapusunun dosya içerisinde bulunmaması ve ayrıca ekspertiz raporunun aldırılmamış olması,³⁸ kenevir bitkisinin ekildiği tarlanın ilgili bakanlıkça ekim alanı içerisinde kalıp kalmadığının araştırılmaması,³⁹ mağdurların kendilerine ateş eden kişileri görmediklerini beyan etmeleri karşısında elde edilen boş kovanların tek bir silahtan atılmış olduğunun tespit edilmiş olması ve suçu bir şüphelinin üstlenmiş olması dikkate alınmadan diğer 10 şüpheli hakkında da neden adam öldürmeye tam teşebbüs suçunu işledikleri iddiasıyla kamu davası açıldığının iddianamede açıklanamamış olması,⁴⁰ soruşturma

A. K. ve R. Ç.'a ait imzaların sıhhati konusunda gerekli tüm kriminal incelemeler yapılarak ve müşteki K. Ç.'nin isminin yazılı olduğu bölümde bulunan parmak izinin sıhhati konusunda da gerekli kriminal incelemesi yapılmamış oluşu ve bu hususta iddianamede açıklık olmaması hususları tespit edildiğinden iddianamenin iadesine yönelik olarak aşağıdaki gibi hüküm kurulmuştur" Diyarbakır 2.Ağır Ceza Mahkemesi, İddianame iade karar no: 2005/8.

³⁸ "Kenevir bitkilerini kimin ektiği konusunda dosyada hiçbir delil olmaması, Kenevir bitkilerinin ekili olduğu tarlanın şüpheliye ait olduğunu beyan eden şahsın açık kimliğinin dosya kapsamında bulunmaması, Kenevir bitkilerinin ekili olduğu tarlanın kroki, plan veya paftaları ile tapu kayıtlarının dosya içeriğinde bulunmaması, şüphelinin 1993 yılından beri köye gitmediğini ileri sürmesi karşısında şüphelinin tarlaya 170.000 kök hint keneviri ekimi yaptığına ilişkin ve ekimin yapıldığı tarihlerde şüphelinin köyde bulunduğuna İlişkin delillerin ve tanık isimlerinin dosya kapsamında bulunmamış olması, Ekspertiz raporunun aldırılmamış olması" Diyarbakır 2.Ağır Ceza Mahkemesi, İddianame iade karar no: 2005/11.

³⁹ "Yeni CMK sistemi bir bütün olarak ele alındığında davaların seri bir biçimde ve tek celsede bittirilmesi esasının kabul edildiği bu sebeple hazırlık evrakının bu prensibe uygun olarak düzenlenmesi gerektiği, Tanık T. Y.'nin ele geçirilen hint kenevirlerinin ekili olduğu tarlanın şüpheli M. S.'ye ait olduğunu Akçabudak köyü muhtarına sorularak öğrenildiğinin beyan etmesine göre muhtarın açık kimlik bilgilerinin ve beyanının dosya içinde yer almamış olması, Şüpheli M. S. C. Savcılığı'nda verdiği ifadesinde köyde kendisine ve sekiz kardeşine ait iki tarla olduğunu ve bu tarlaların ekimi ile babası S. S.'nin ilgilendiğini beyan etmesine göre şüphelinin babası S. S.'nin kimlik bilgileri ve adresinin dosya kapsamında bulunmaması ve S.S.'nin beyanının alınmamış olması, Şüpheli suça konu tarlaya kendisinin ve kardeşlerinin birlikte sahip olduklarını soruşturmanın seyrine göre şüphelinin kardeşlerinin kimlik, adres bilgilerinin dosya kapsamında bulunmaması ve beyanlarının alınmamış olması. Suça konu tarlaların varsa tapu kayıtlarının dosya kapsamında bulunmaması. Suça konu tarlaları suç tarihinde kimin ektiği ve bakımını yaptığına dair tanık beyanlarının dosya kapsamında bulunmaması. Suça konu tarlanın Tarım Orman ve Köy İşleri Bakanlığı'na belirlenen kenevir bitkisi ekim alanları içerisinde kalıp kalmadığının araştırılmamış olması göz önüne alınarak CMK 174 m. gereğince iddianamenin iadesine yönelik olarak aşağıdaki gibi hüküm kurulmuştur" Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesi, İddianame iade karar no: 2005/14.

⁴⁰ "1- Mağdur H. S. C.Başsavcılığı'na verdiği ifadesinde kendilerine uzun namlulu silah ile ateş eden çocuğu görse teşhis edebileceğini beyan ettiği halde şüpheli ile mağdurun teşhisinin yapılmayarak şüphelinin beyanı ile yetinilmesi,

dosyasında taşınmazın kime ait olduğuna ilişkin belge bulunmamasına rağmen kolluk güçlerinin bu tarlanın şüpheliye ait olduğunu nasıl öğrendiklerinin iddianamede belirtilmemiş olması,⁴¹ polis memurları olan müştekilerin olay günü görevli olup olmadıklarına dair belgenin ve zarara uğrayan aracın kamu malı olduğunu gösteren belgenin sovruşturma dosyasında bulunmayışı,⁴² tek delili müşteki beyanı olarak

2- Mağdurların her üçünün de kendilerine ateş eden kişileri görmediklerini beyan ettikleri halde olay yerinden elde edilen boş kovanların tümünün tek bir silahtan atıldığı kriminal raporu ile belirtildiği halde hangi nedenlerle suç kabul eden F. E. dışındaki 10 şüpheli hakkında üç kez adam öldürmeye tam teşebbüs suçunu da işledikleri ileri sürülerek kamu davası açıldığının açıklanmamış oluşu.

3- Ekspertiz raporuna göre olay yerinden elde edilen ve tek bir silahtan atıldığı belirtilen boş kovanların şüpheli F. E.'den elde edilen kaleşnikof marka silahtan atılmadığı belirtilmesine göre sanığa bu husus açıklanarak çelişkinin giderilmemiş olması,

4- Olay yerinden elde edilen boş kovanların şüpheli F.E.'ın teslim ettiği kaleşnikof silahtan atılmadığı kriminal raporla belirtilmesine göre söz konusu boş kovanların hangi tür silahlardan atılmış olabileceğinin bilirkişi raporu ile açıklanmamış oluşu.

5- Mağdur H.S.'nin aracından elde edilen 4015 seri nolu otomatik av tüfeği hakkında kriminal inceleme yaptırılıp olay yerinden elde edilen boş kovanlarda mukayesenin yaptırılmaması.

6- R.P.'ta elde edilen Visor marka tabancanın kriminal inceleme raporu ile olay yerinden elde edilen boş kovan ve mermi çekirdeği ile bu tabancanın mukayese raporunun aldırılmaması" Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesi, İddianame iade karar no: 2005/16.

⁴¹ "1- Suça konu kenevir bitkilerinin ekili olduğu tarlanın şüpheli E. S.'ye ait olduğunun Lice Jandarma Komutanlığınca düzenlenen fezleke yazılı olmasına rağmen kolluk güçlerinin bu tarlanın şüpheliye ait olduğunu nasıl öğrendiklerinin belirtilmemiş olması bu suça konu tarlaların şüpheliye ait olduğunu gösterir tapu kayıtları, tanık beyanları veya mahalli bilirkişiler nezaretinde yapılacak keşif ile ispatı mümkün iken bu yapılmamış olması.

2- Suça konu tarla şüpheliye ait olsa bile:

A) Suça konu kenevir bitkilerinin şüpheli tarafından ekilmiş olduğuna ilişkin dosya kapsamında bilgi ve belge bulunmaması.

B) Şüphelinin kolluk beyanında kendi tarlalarını babası S. S.'nin ektiğini beyan etmesi karşısında S. S.'nin tanık olarak dinlenmemiş olması CMK 170/3 fıkrada sayılan görevli Mahkemeye açılma şartına aykırılık bulunduğundan CMK 174 m. gereğince iddianamenin iadesine yönelik olarak aşağıdaki gibi hüküm kurulmuştur" Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesi, İddianame iade karar no: 2005/22.

⁴² "A)- Müştekiilerin polis memurları olduğu, sanıklara isnat edilen suçun görevli memura mukavemet olduğu, belirtilmiş olmasına göre müştekilerin okul günü görevli olup olmadığı konusunda dosyada bir kaydın bulunmadığı.

B)- Kamu malı niteliğinde olduğu söylenen ekip otosunun sanıklar tarafından kırıldığı iddia edilmiş olmasına göre de bu aracın kamuya aیل olup olmadığı konusunda dosyada herhangi bir belgenin bulunmadığı görüldüğünden bu belgelerin suçun sübutuna etki edeceği anlaşılma ile aşağıdaki hüküm kurulmuştur" Diyarbakır Çocuk Mahkemesi, İd. Değ. Def. No: 2005/24.

gösterilen dosyada müşteki ile sanığın yüzleştirmesinin yapılmamış olması,⁴³ suçun unsurunu etkileyen eylemin gece vakti işlenip işlenmediğinin saptanmamış olması,⁴⁴ ilgili şahısların bir araya getirilip yüzleştirme yapılmadan fotoğraf üzerinden yapılan teşhisle yetinilerek iddianamenin düzenlenmiş olması,⁴⁵ eşinin bileziklerini örgüte vererek yardım ettiği iddia edilen şüpheli ile ilgili olarak eşinin isminin ve evli olup olmadığının tespit edilmemiş olması,⁴⁶ işlendiği iddia

⁴³ “Dosya üzerinde yapılan İnceleme neticesinde toplanan deliller bir bütün olarak değerlendirildiğinde; şüpheli hakkında sadece müşteki beyanına göre kamu davası açıldığı. Şüphelinin suçu kabul etmediği, şüpheli ile müşteki bir araya getirilip yüzleştirme yapılmadan dava açıldığı, tanık delili ve diğer delillerinde bulunmadığı dosyada müşteki ile sanığın yüzleştirilerek yapılacak teşhisin “suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan delillerden” olduğu anlaşılacakla iddianamenin iadesine karar vermek gerekmiştir” Diyarbakır Çocuk Mahkemesi, İd. Değ. Def. No: 2005/46.

⁴⁴ “Dosyanın incelemesinde her ne kadar yaşı küçük sanığın müdafii huzurunda canlı teşhis tutanağının düzenlenmemiş olduğu görülmüşse de müşteki beyanında sanığı bizzat yakalayarak polise teslim ettiğini bildirdiğinden bu husus iade sebebi sayılmamıştır; ancak dosyanın incelemesinde olayın suç tarihinin 25.11.2005 olduğu ve saatin ise 17.30 sıraları olduğu belirtilmiş, suçun unsurlarını etkileyen eylemin gece vakti işlenip işlenmediği konusunda kanaat sahibi olmak için suç saatinin gece vaktine tekabül edip etmediği yönünden dosyada herhangi bir belge olmadığı, ayrıca iddianamede bulunması gereken unsurları düzenleyen CMK’nın 170. Maddesinde şikayetin yapıldığı tarih, suç yerinin de iddianamede bulunması gerektiği belirtilmiş olup iddianamede bunların bulunmadığı anlaşıldığından bu eksikliklerin giderilmesi yönünden iddianamenin iadesine karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur” Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi, İd. Değ. Def. No: 2005.

⁴⁵ “1-iddianamede örgütün dağıtılmasına katılmak İçin Malazgirt ilçesinden Diyarbakır iline gelen E. K. ve E. T. şüpheli M. İ.’nin Diyarbakır terminalinde karşılaştığını evlerine götürdüğü, daha sonra saat 19.00’da Van iline giden Best Van seyahat firmasına ait otobüs ile Van iline gönderdiğini yazdığı, E. K. ve E. T.’in hazırlık aşamasında kendisini Diyarbakır’da karşılayan kişilerin Z. isimli soyadını bilmedikleri kişi olduklarını söyledikleri ve şüpheli M. İ. fotoğraf teşhis: Tutanağında Zeynep olarak söylenen kişi olduğunu belirtmişse de de, M. İ.’nin bizzat bu şahıslar E. K. ve E. T. ile yüzleştirilmesi gerektiği, zira daha önce yapılan benzer yarılmalardan da anlaşılacağı gibi yüzleştirme mahkemelerde bizzat sanık ve teşhis eden kişilerce bir araya getirilmek üzere yapıldığı, şüpheli M. İ. aleyhine dosyadaki tek delilin E. T. ve E. K.’sı fotoğraf teşhisi olduğu, şahısların bir araya getirilmek suretiyle birbirleriyle yüzleştirilerek beyanlarının alınması durumunda açılacak davayı da etkilemesi söz konusu olacaktır” Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesi, İd. Def. Kayıt No: 2005/70.

⁴⁶ “1- S. A. ile Ö. G.’in hazırlık ifadelerinin ve dosyada bulunan doküman ve fotokopilerin onaylı ve mühürlü olmadığından bu eksikliklerin giderilmesi gerekir,

2- Sanık M. G. hakkında dava açılmasına rağmen, hakkında suçlamalar ile ilgili savunması alınmadığı, sanığın aleyhinde beyanları bulunan S. A.’ın ifadesi 10.06.2000 tarihi, Ö. G.’nin ifadesinin 25.12.2001 tarihli olması ve aradan uzun bir sürenin geçmesi nazara alınarak, sanığın hakkındaki suçlamalar ile ilgili savunması alınması gerekir,

edilen eylemin yer, tarih ve zaman diliminin belirtilmemesi ve eylem evraklarının soruşturma dosyası içinde bulunmaması,⁴⁷ iadesine karar verilen iddianamenin kararda belirtilen eksikler giderilmeden ve yeterli araştırma yapılmadan yeniden düzenlenmiş olması⁴⁸ nedenleri çok haklı bir biçimde iddianamenin iadesi kararlarının gerekçesi olarak gösterilmiştir.

3- İddianamede eşinin bileziklerinin örgüte verildiği belirtildiği, ancak eşinin bu konuda ifadesinin alınmadığı gibi sanığın evli olup olmadığının ve eşinin isminin tespit edilemediği, sanığın eşi varsa kimliğinin tespit edilerek ve bu konuda ifadesinin alınması gerekir,

4- İddianamede isimleri geçen B. K., Ö. G. ve S. A. hakkında açılan davanın bulunup bulunmadığı, açılmış ise bu şahısların savcılık ve mahkeme aşamalarında M. G. ile ilgili beyanlarının olup olmadığının tespit edilmemesi, ayrıca adı geçen şahıslar hakkında davalar açılmış ise iddianamenin, karar verilmiş ise kararın onaylı bir suretinin savcılık ve mahkeme ifadelerinin dosya içerisine bırakılması gerekir” Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesi, İd. Def. Kayıt No: 2005/.

⁴⁷ “İddianamede sanık K.İ.’in birinci eylemi olarak, 1992 yılında Botan Kod isimli N.T. liderliğinde 50-60 kişilik bir grupla Beytüşşebap ilçesi Zerbil köyünün baskın eylemine katıldığı, ikinci eylem olarak 1993 yılı Sonbaharında Botan Kod isimli N.T. liderliğinde 30 kişilik bir grupla Van İli Çatak İlçesinde Halilhan aşiretine bağlı iki köy baskın eylemine katıldığı, üçüncü eylem olarak 1995 yılı Yaz aylarında Şerif ve Kurtay Kod isimli örgüt mensupları liderliğinde Van İli Gürpınar İlçesinde köy yollarının kesilmesi, araçtan indirilen şahısların kimlik kontrollerinin yapılması aynı yıl Ağustos ayında Van İli Çatak İlçesinde S. Ağaya ait bir köyün basılması eylemine katıldığı belirtilmiş ve yukarıdaki sevk maddeleriyle cezalandırılmaları istenmiştir.

CMK’nın 170. maddesinde belirtildiği şekilde düzenlenecek olan iddianamede yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman diliminin belirtilmesi gerekmektedir.

1- Yukarıda her üç eyleminde bu anlamda yer, tarih ve zaman dilimi belirtilmemiştir, bu durumun belirtilmesi gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen her üç eylemin evrakları dosya içerisinde bulunmamaktadır,

2- Eylem evraklarının temin edilmesi gerekmektedir. Bu eylemler sonucunda yaralanma, ölüm ve benzeri olaylar meydana gelmiş ise rapor, otopsi tutanağı ve olay yeri tutanaklarının varsa oluşlara ilişkin tanık beyanlarının varsa mağdur ve müştekilerin beyanlarının bulunması gerekir” Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, İd. Def. Kayıt No: 2005/25.

⁴⁸ “Diyarbakır C. Başsavcılığı’nın 26.08.2005 tarih, 2005/248 esas sayılı iddianamesi mahkememize 02.09.2005 tarihinde gelmekle, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK 174 maddesi gereğince soruşturma evresine ait belgeler incelendi, K. I. ile ilgili daha önce Diyarbakır C. Başsavcılığı’nın 02.08.2005 tarih, 2005/232 esas sayılı iddianamesi mahkememize 05.08.2005 tarihinde geldiği ve mahkemeye delillerin toplanmadığı ve eksikliklerin olduğu gerekçesiyle 10.08.2005 tarihinde iddianamenin iadesine karar verildiği, K. I. hakkında Diyarbakır C. Başsavcılığı’nca 26.08.2005 tarih, 2005/248 esas sayılı iddianamesi yeniden mahkememize gelmekle soruşturma evresine ait belgeler yeniden incelendi, aşağıda yazılı eksikliklerin giderilmediği ve delillerin toplanmadığı tespit edilmiştir.

1- K.I. ile ilgili 10.08.2005 tarihli iddianamenin iadesi kararında; iddianamede K.

c. Ön Ödemeye veya Uzlaşmaya Tabi Olduğu Soruşturma Dosyasından Açıkça Anlaşılan İşlerde Ön Ödeme veya Uzlaşma Usulü Uygulanmaması Nedeniyle İade Edilen İddianameler

CMK'nın 174/1-c maddesi gereğince incelenen iddianamelerden toplam 18 iddianamenin iadesine karar verilmiştir. Bu kararlar ön ödeme ve uzlaşmanın yasal zorunluluk bulunmasına rağmen soruş-

I'nın birinci eylemi olarak 1992 yılında B. Kod isimli N. T.'nin liderliğinde 50-60 kişilik bir grupla Beytüşşebap İlçesi, Zerbil Köyüne (Kaynoba) baskın eylemine katıldığı belirtilmiş, ikinci eylem olarak 1993 yılı Sonbaharında B. kod adlı N. T. liderliğinde 30 kişilik bir grupla Van İli Çatak İlçesinde H. Aşiretine bağlı iki köy baskını eylemine katıldığı belirtilmiş, üçüncü eylem olarak 1995 yılı Yaz aylarında Ş. ve K. Kod isimli örgüt mensubu liderliğinde Van İli, Gürpınar İlçesinde köy yollarının kesilmesi, araçtan indirilen şahısların kimlik kontrollerinin yapılması, aynı yıl ağustos ayında Van İli Çatak İlçesinde S. Ağa'ya ait bir köyün basılması eylemine katıldığı belirtilmiş ve yukarıdaki sevk maddeleriyle cezalandırılmaları istenmiştir.

Mahkememizce verilen iddianamenin iadesi kararında yukarıdaki yazılı her üç eylem ile ilgili yer, tarih ve zaman diliminin belirtilmesi, eylem evraklarının temin edilmesinin gerekli olduğu, bu eylemler sonucunda yaralanma, ölüm ve benzeri olaylar meydana gelmiş ise rapor, otopsi tutanağı ve olay yeri tutanaklarının varsa oluşlara ilişkin tanık beyanlarının varsa mağdur ve müştekilerin beyanlarının bulunması gerektiği gerekçesiyle iddianamenin iadesine karar vermiştir.

İddianamede yazılı birinci eylem ile ilgili olarak şüpheli K.I. Beytülşebap C. Başsavcılığı'nda verdiği ifadesinde; 1992 yılında meydana gelen olay ile ilgili terör örgütü mensuplarından 17 kişinin öldürüldüğü belirtildiği halde bununla ilgili eylem evrakı, varsa önel terör örgütü mensuplarının kimlikleri, otopsi tutanağı, olay tutanağı K.I. hakkında açılan davaya eklenmesi gerektiği halde bu husus yerine getirilmemiştir.

İddianamede yazılı iki nolu eylem olarak 1993 yılı sonbaharında B. Kod N.T. ile 30 kişilik bir grup ile Van İli, Çatak İlçesi, H. aşiretine bağlı iki köye baskın yapıldığı belirtilmiş, bu olayla ilgili dosyada üç eylem evrakı olduğu halde hangi eylem evrakı olduğu somut olarak belirtilmemiştir.

İddianamede yazılı üç nolu eylem olarak yazılı 1995 yılı Yaz aylarında Ş. ve K. Kod isimli örgüt mensuplarının liderliğinde Van İli, Gürpınar İlçesinde köy yollarının kesilmesi, araçtan indirilen şahısların kimlik kontrollerinin yapılması, aynı yıl Ağustos ayında Van İli Çatak İlçesinde S. Ağa'ya ait bir köyün basılması eylemlerine katıldığı belirtildiği halde 1995 yılında meydana gelen bu olayla ilgili olarak herhangi bir eylem evrakı dosya içerisinde bulunmamaktadır.

5271 sayılı CMK'nın 170/3-1 maddesinde; İddianamede "Yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi" ve aynı maddenin j bendinde; Suçun delillerinin gösterileceğinin belirtildiği, yine CMK 170/4 maddesinde "İddianamede yüklenen suç oluşturulan olaylar mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır." maddelerinde yazılan hususlar yerine getirilmediği, iddianamede yazılı birinci olayın suç tarihi 1992 olarak belirtildiği halde bu tarih itibari ile şüphelinin C. Savcılığı'ndaki ifadesinde 17 terör örgütü mensubunun bu olayda öldüğünü belirtmesine rağmen herhangi bir eylem evrakı olmadan, iddianamede yazılı iki nolu eylemle ilgili olarak hangi eylem evrakının bu olayla ilgili olduğu belirtilmeden ve iddianamede yazılı üçüncü eylem tarihi

turma aşamasında uygulanmamasına ilişkindir. Diyarbakır Çocuk Mahkemesi bu usulün uygulanmamasının olayların hemen akabinde şaşkınlık içerisinde bulunan ve söylediklerinin ne anlama geldiğini değerlendiremeyecek suça karışmış çocuklar hakkında Çocuk Koruma Kanunu hükümlerinin uygulanma kabiliyetinin ortadan kalkabileceği değerlendirmesini yapmıştır.⁴⁹

1995 yılı olarak belirtildiği halde buna ilişkin iddianamede yazılı olayların geçtiği yerleri ve tarihleri kapsayan eylem evrakları olmadan kamu davası açılmıştır.

2- K.I. ile ilgili hazırlık dosyasında Van İli Çatak İlçesinde meydana gelen olaylarla ilgili eylem evrakları olarak 23.09.1993 tarihinde saat 23:00 sıralarında Boğazören Hırama mahallesine bir grup PKK terör örgütü mensubu teröristler tarafından yapılan silahlı saldırı ve taciz olayını içeren eylem evrakı, 13 Eylül 1993 tarihinde Beytüşşebap İlçesi Koyunoba Köyünün bir grup PKK teröristleri tarafından havan atışı yapılması olayı ile ilgili eylem evrakı, 16.09.1993 tarihinde Beytüşşebap İlçesi, Koyunova Köyüne bir grup PKK terör örgütü mensubu tarafından havan atışı ile ilgili eylem evrakları bulunmaktadır. K.I. hakkındaki dava şüphelinin hazırlık aşamasında vermiş olduğu ifadeler ile açılmıştır. Bu üç eylem evrakı iddianamede yazılı hangi olaylar ile ilgilidir. Eylem evrakları iddianamede yazılan hangi olayın delili olduğu ve iddianamede yazılı olaylarla aynı olaylar olup olmadığı belli değildir. Her üç eylem evrakı da 1993 yılına ait oluşu iddianamede yazılı birinci olay tarihi 1992, üçüncü olay tarihi 1995 yılı olmakla tarih olarak ve yer olarak CMK'nın 170/3-i-j maddesi ile CMK 170/4 maddesindeki suçun işlendiği yer tarih ve zaman dilimine uymadığı tespit edilmiştir.

5353 sayılı Kanun'un 27. maddesi ile değiştirilen CMK'nın 174/a maddesi gereğince iddianamenin CMK 170/3-i-j, CMK 170/4 maddelerine aykırı olarak düzenlendiği, yine CMK 174/b maddesi gereğince suçun sübutuna etki edeceği mutlak olan delillerin toplanmamış olduğundan CMK 174 maddesi gereğince iddianamenin Diyarbakır C. Başsavcılığı'na iadesine oy birliğiyle karar verildi" Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, İd. Def. Kayıt No: 2005/35.

⁴⁹ "5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 4. maddesi bu kanunun temel ilkelerinden bahsetmektedir. Bu meyanda aynı yasanın 4/g maddesinde "Soruşturma ve kovuşturma sürecinde çocuğun durumuna uygun özel ihtimam gösterilmesi" 4/h maddesinde de "Çocuklar hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler ile hapis cezasına en son çare olarak başvurulması" gerektiği yönünde ifadeler kullanılmaktadır. Aynı kanunun 19. Maddesi Çocuk Koruma Kanunu'nun temel ilkelerini gözeterek belli bir hapis cezasını (3 ayda/ fazla ve 2 yıla kadar hapis cezası) veya adli para cezasını gerektiren suçlarla ilgili olarak belirli bazı şartlar oluştuğunda, kamu davasının açılmasının 5 yıl süreyle ertelenebileceğini hükmünü getirmektedir. Burada da yasa koyucu aynı amacı gütmüş ve suça karışmış çocukların kovuşturma öncesinde onların mahkeme ile yüz yüze gelmesini istememiştir. Tüm bu ilkeler Çocuk Koruma Kanununun yapılış ve amaçlanan ruhu ile örtüşmektedir.

Uzlaşma, 5237 sayılı Yasa'nın getirdiği bir yenilik olup takibi şikayete bağlı suçlarda mağdurun zararının tamamen ya da büyük ölçüde karşılanması olanağını sağlar. Uzlaşma gerek sanık, gerekse mağdur açısından sonuç itibarıyla lehe bir durum yaratabilir. Bu bakımdan taraflara kullanılması zorunlu olan bir hak olarak kabul edilmelidir.

d. Mahkeme Kararlarının Değerlendirilmesi

Mahkeme kararları incelendiğinde, CMK'nın 174/1-a ve 1-c bentlerine aykırılıktan verilen kararlar bakımından sonuç itibari ile bir nevi usul incelemesi yapıldığı anlaşılmaktadır. Fakat 174/1-b'ye aykırılıktan verilen ret kararlarında ise esas incelemesi yapıldığı görülmektedir. Karar gerekçelerinde doğrudan doğruya sübutu etkileyecek görüşler ortaya konulmaktadır. Toplanması istenilen deliller ile adeta ilerdeki hükmün kurgusunun hazırlandığı anlaşılmaktadır. Mahkemelerin üst üste verdikleri ret kararlarından sonra iddianamedeki sevk maddelerinin değiştirilerek verilecek hükme uygun hale getirildiği de gözlemlenmiştir.

5. CMK'ya Göre Hakimin Davaya Bakamayacağı Haller

Hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek hal 1412 sayılı CMUK'un 22. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktaydı.⁵⁰ 1412 sayılı CMUK'un 22. maddesinde 3206 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmadan önce 2. fıkra olarak şu düzenleme yer almaktaydı; *"Karar hakimi ile ilk tahkikatı yapmış olan müstantik o davanın muhakemesinde bulunamaz"*.

Çocuk Koruma Kanunu'nun 24. maddesinde 12-15 yaş gurubunda alt sınırı 3 yılı 15-18 yaş gurubunda da alt sınırı 2 yılı aşmamak kaydı ile tüm kasıtlı suçlar ile taksirli suçlar uzlaşma kapsamına alınarak suça karışmış çocuklar açısından önemli bir olanak sağlanmıştır. Suçu ikrar eden sanığa hâlâ ebeveyninin bakım ve gözetimi altında olduğu göz önünde bulundurularak mağdur taraf ile uzlaşmaya yönelik kendini bağlayıcı ve dolayısı ile kovuşturma yolunun açılmasına vesile olacak beyandan kaçınabilmesi olanağı tanınmak gerekir. Bu meyanda suça karışmış çocuğun uzlaşma hakkını ancak bir kez kullanabileceği unutulmayarak her iki tarafın da böyle önemli bir olanaktan yoksun kalmaması için suça karışmış küçüğün kanuni veya uzlaşmanın mali yükümlülüğünü karşılayabilecek bir yakının nezaretinde ya da bu kişiler ile görüşme ve onların onayını alabilme fırsatı için sanığa veya müdafisine makul bir süre verilmesi uzlaşmanın lehine getirebileceği yasal sonuçlar da sanığa iyice anlatıldıktan sonra uzlaşma konusunda iradesinin tespiti gerekir. Aksi halde olayın akabinde şaşkınlık içersinde bulunan dolayısı ile ne söylediğinin farkına varamayan suça karışmış çocuklar hakkında, Çocuk Koruma Kanunu 24. maddesinin tatbik olanağı büyük oranda ortadan kalkacaktır" Diyarbakır Çocuk Mahkemesi, İd. Değ. Def. No: 2005/26.

⁵⁰ 1412 sayılı CMUK'un 22. maddesi "Aleyhinde kanun yollarından birine müracaat edilmiş olan bir hükme iştirak eyleyen hakim mafevk mahkemesince bu hükme dair verilecek karara iştirak edemez."

5271 sayılı CMK'nın 23. maddesi "Yargılamaya katılamayacak hakim" başlığı altında üç bent halinde yeni bir düzenleme öngörmüştür.⁵¹ CMK'nın 23/2. maddesi ile 1985'te 3206 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılan CMUK'un 22/2 maddesi benzer düzenlemelerdir.⁵² Bir bakıma yeni CMK'nın bu düzenlemesi ile 1985'ten önceki duruma yeniden dönülmüş olduğunu ifade etmek mümkündür.

Yasa'nın bu hükmünün yürürlükten kaldırılmasından önce, konu değişik biçimlerde Yargıtay önüne gelmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 05.12.1977 tarihli kararında konuyla ilgili şu değerlendirmeyi yapmıştır;

*"Gerçekten ilk tahkikatı yapan veya duruşmayı yöneterek delilleri toplan, olay hakkında belli bir kanıya varıp suçun niteliği ve uygulanacak yasa maddelerini açıklayan ve böylece oyunu belli etmiş bulunan hakimin, bu işe ait davada hükme iştiraki sakıncalı görülmüş ve yasaca yasaklanmıştır."*⁵³

⁵¹ 5271 sayılı CMK'un 23. maddesi:

(1) Bir karar veya hükme katılan hâkim, yüksek görevli mahkemeye bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz.

(2) Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz.

(3) Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz.

⁵² 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5320 sayılı Yasa'nın 11. maddesi ile CMK'nın 23/2. maddesinde değişiklik yapılmıştır.

⁵³ YİBK Göre; "CMUK'un 22. maddesi, karara iştirak edemeyecek hakimler başlığı altında (Aleyhinde kanun yollarından birine müracaat edilmiş olan bir hükme dair verilecek karara iştirak edemez. Karar hakimi ile ilk tahkikatı yapmış olan mustantik o davanın muhakemesinde bulunamaz) hükmünü ihtiva etmektedir. Maddenin yazılışından da açıkça anlaşıldığı gibi ilk tahkikatı yapmış olan hakim, o davanın yargılamasında bulunamaz; ve ilk hükme katılan hakim üst mahkemesince bu hükme dair verilecek karara iştirak edemez. Duruşmada anlaşılan suç vasfı nedeniyle verilen görevsizlik kararları da, son tahkikatın açılmasına dair olan bir kararın bütün neticelerini hasıl edeceği "CMUK'un 263" cihetle bu şekilde görevsizlik kararı vermiş bulunan hakim de ilk tahkikatı yapmış sayılır; ve bu yönüyle bu davanın yargılanmasına katılamaz. Burada yasa koyucu hakimin tarafsızlığını ve bu dava nedeniyle oy ve kanaatini daha önce belli etmiş olup olmadığını gözeterek yukarıda anılan yasaklayıcı hükmü getirmiş bulunmaktadır. Gerçekten ilk tahkikatı yapan veya duruşmayı yöneterek delilleri toplan, olay hakkında belli bir kanıya varıp suçun niteliği ve uygulanacak yasa maddelerini açıklayan ve böylece oyunu belli etmiş bulunan hakimin, bu işe ait davada hükme iştiraki sakıncalı görülmüş ve yasa yasaklanmıştır ama, duruşmada edinilen kanaat ve suç vasfının değişmesi ile değil de, iddianame veya son soruşturmanın açılması kararındaki suç niteliği yönünden davanın görülmesinin başka bir mahkemeye ait olduğunu görerek görevsizlik kararı veren hakim bu hali ile davaya bakmış sayılamaz. Hakimin burada yaptığı iş, maddi

Keza bu konuda değişik uyumsuzluklar Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Daire kararlarına da konu olmuştur.⁵⁴

hata sonucu mahkemesine açılan davayı görevsizlik kararı ile ait olduğu mahkemeye göndermekten ibaret olup dava hakkında olumlu veya olumsuz bir kanıya varmış ve oyunu da belli etmiş sayılamaz. Böyle olunca iddianame veya son soruşturmanın açılması kararındaki suç niteliği yönünden görevsizlik kararı veren hakimın asıl davaya bakan mahkemede ki yargılamaya katılmasına ve hükme iştirakine yasal engel ve sakıncadan söz edilemez. Burada kanun koyucu, davada esaslı işlemler niteliğinde bir soruşturma yapmış ve olay hakkında delilleri toplamış ve suç niteliğini belli ederek uygulanacak kanun maddesi de gösterecek biçimde kanaat, görüş ve oyunu belli etmiş olması halini temel ilke olarak kabul etmiştir. Bu nedenlerle CMUK'un 22 ve 262. maddeleri hükmü karşısında iddianame veya son soruşturmanın açılması kararında suç niteliği yönünden görevsizlik kararı veren hakimın asıl davayı gören mahkemeye katılmasında bir sakınca bulunmadığı doğrultusunda görüş birliğine varılmıştır.

Sonuç: Bu nedenlerle;

1- CMUK'un 22, 262. maddeleri karşısında iddianame veya son soruşturmanın açılması kararındaki suç niteliği yönünden görevsizlik kararı veren hakimın asıl davayı gören mahkemeye katılabileceği oybirliği,

2- İlk veya son soruşturma sırasında doğrudan doğruya veya talimatla sanığın sorgusunu yapan yada tanıkları dinleyen hakimın asıl davaya bakan mahkemeye katılabileceği üçte ikili geçen oyçokluğu ile,

3- Hazırlık soruşturması sırasında sanığın tutuklanmasına veya salıverilmesine karar veren hakimın asıl davaya bakan mahkemeye iştirak edebileceğine oybirliğiyle, 5/12/1977 günü karar verildi. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, E. 1977/2, K. 1977/3, KG. 5.12.1977, YG. 11.2.1978-16197, *Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza 3. Cilt 1947-1980, İkinci Basım-1984 Yargıtay Yayınları No:13 sh.949-952.*

⁵⁴ Davaya esaslı işlemler niteliğinde soruşturma yapan, olay hakkında delil toplayan ve suç niteliğini belli ederek uygulanacak yasa maddelerini gösteren, görevsizlik kararı vererek görüş ve oyunu belli eden hakimın şikayetçi ve tanıkların talimatla ifadesini almak yoluyla üst mahkemede ki yargılamaya katılması yasaya aykırıdır. (Yar. CGK, 9.3.1992, E. 1-399/K. 100)

Davada esaslı işlemler niteliğinde soruşturma yapan, olay hakkında delil toplayan ve suç niteliğini belli ederek uygulanacak yasa maddelerini gösteren görevsizlik kararı vererek görüş ve oyunu belli eden hakimın şikayetçi ve tanıkların talimatla ifadesini almak yoluyla üst mahkemede yargılamaya katılması yasaya aykırıdır. (Yar. CGK, 19.3.1984, E. 1-399, K. 100)

Asliye Ceza Mahkemesi'nde duruşma yapıp delilleri topladıktan sonra savcının istemini benimseyerek suç niteliğinde değişiklik bulunduğunu kabul eden ve görevsizlik kararı veren hakim bu davaya bakan Ağır Ceza Kuruluna katılamaz. Çünkü görevsizlik kararında oyunu açıklamış bulunmaktadır. (Yar. CGK, 12.7.1976, E. 1-335. K. 339)

Sulh Ceza Mahkemesi'nde suçun niteliğini belirterek görevsizlik kararı veren hakim görüşünü belli ettiğinden, Asliye Ceza Mahkemesi'nde aynı davaya bakamaz. (Yar. 4. CD, 17.4.1981, E. 2565, K. 2376)

Tutuklama kararına itirazı gerekçeli şekilde inceleyen hakim açılan kamu davasında kurula ve hükme katılamaz. (Yar. 5. CD, 9.4.1976, E. 1072, K. 1150)

Hakimlerin, hükme katılmalarını engelleyen asıl sakınca, daha önce oy' unu açıklamış olmalarıdır. Görevsizlik kararında oy' unu açıklamamış olan hakimın hükme katılması yasaya uygundur. (Yar. 5. CD, 27.4.1974, E. 678, K. 847) .

1402 sayılı CMUK'un yürürlükte bulunduğu dönemde, savcılık makamı tarafından verilen takipsizlik kararını inceleyip karar veren yargıcın daha sonra son soruşturma aşamasında görev almış olması da, yargıcın tarafsızlığı bakımından ret sebebi sayılabileceği ileri sürülmüştür.⁵⁵ Benzer düzenleme "*Cumhuriyet Savcısı'nın Kararına İtiraz*" başlığı altında CMK'nın 173. maddesinde yer almaktadır.

Ceza yargılamasında, itiraz mercii hakiminin, tüm davaya değil, sadece belli bir konuya ilişkin olarak inceleme yaptığından, esas mahkemesinde davanın yargılamasına katılabileceği de 1402 sayılı Yasa'nın yürürlükte bulunduğu dönemde görüş olarak ileri sürülmüştür.⁵⁶

Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, soruşturmada görev alan yargıcın daha sonra esas ile ilgili karar verecek mahkemede görev almış olması ve bunun yarattığı sorunlar değişik nedenlerle daha önceden uygulamaya yansımış ve tartışılmıştır.

Bu durumda yasa yargıçların önceki karar ve düşüncelerinin etkisi altında kalacaklarını ve tarafsız yargılama yapamayacaklarını faraziye olarak kabul etmiş ve bu yargıçların yerlerine başkalarının görevi yürütmesini emretmiştir. Yeni Yasa'nın 23/2. maddesi, soruşturmada görev yapan bir yargıcın kovuşturmada görev yapamayacağını belirtmektedir.⁵⁷ İncelenen tüm bu olasılıklarda yargıç tarafsız bir yargılama yapabilir. Fakat yasa koyucu bu şekilde düzenleme getirmek suretiyle tarafsız ve bu anlamada adil olmama tehlikesini önlemek istemiştir.⁵⁸

⁵⁵ Centel, Nur, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakim Tarafsızlığı*, İstanbul 1996, s. 99. Önsoruşturma savcının verdiği takipsizlik kararına karşı (CMUK m.164) yapılan itirazı (CMUK m.165) inceleyen Ağır Ceza Mahkemesi başkanının, sonradan davanın görülmesine katılıp katılmayacağı sorunu ortaya çıkabilir. Bu konuda, öğretilerdeki bir görüşe göre, davanın açılmasına karar veren hakim, duruşmada bulunmasına bir engel yoktur. Yargıtay ise, aksi görüştedir. Kanımca, takipsizlik kararına itirazı inceleyerek davanın açılmasına karar veren hakim, konuyu bir savcı gibi denetlemiş ve bir sonuca ulaşmıştır. Bu nedenle, aynı davada savcılık görevini yapmış olan hakim yargılamaya katılmasında söz konusu olan sakınca (CMUK m. 21/bent 4), bu durumda da aynen mevcuttur. Takipsizlik kararına itiraz üzerine dava açılmasına karar veren hakim subjektif yönden tarafsız olabilir. Ancak, böyle bir hakim katıldığı mahkeme objektif olarak tarafsız bir mahkeme görünümünde değildir. Bu yüzden, takipsizlik kararına itiraz üzerine kamu davası açılmasına karar veren hakim, o davanın yargılanmasına katılmamalı ve bu durum red sebebi olarak ileri sürülebilmelidir.

⁵⁶ Centel, Nur - Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 1. Bası, Ocak 2003, s. 465.

⁵⁷ Yurtcan, s. 103-105.

⁵⁸ Özbek Veli Özer, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı*, Ankara 2005, s. 122.

CMK'daki bu düzenlemeye karşın, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 11. maddesi ile CMK'nın 23/2. maddesinin uygulama alanı daraltılmıştır. Bu düzenlemeye göre, 23/2. maddesindeki düzenleme CMK'nın 163. hükmü dışındaki hallerde uygulanamayacaktır.

Kanımca; 5271 sayılı CMK'nın 23/2. maddesi aynı uyumsuzlukta soruşturma evresinde görev yapan yargıcın, kovuşturma aşamasında görev yapamayacağını düzenlediği halde, soruşturma aşamasında iddianamenin reddi konusunda karar veren mahkeme-yargıcı kovuşturma aşamasında görevlendirerek kendi içinde çelişik bir durum yaratmıştır.

6. İHAS'ın 6/1. Maddesi Anlamında Tarafsızlık

i. Kavram

Adil yargılanma İHAS'da korunan diğer hakların uygulanabilirliği bakımından da temel bir işlev görür. Adil yargılanmanın içinde barındırdığı temel ilkelerden birisi de "*tarafsız bir mahkemede yargılanma*" hakkıdır. Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında tarafsızlık, davanın çözümünü etkileyecek önyargı-tarafdırlık yoksunluğunu, yargıcın menfaatinin olmamasını ve özellikle de mahkemenin-yargıçların taraflara karşı leh ve aleyhte duygu, düşünce ve çıkara sahip bulunmamasını ifade etmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne gelen başvurularda tarafsızlık sorununu incelerken nesnel ve öznel tarafsızlık ayrımını yaparak değerlendirme yapmaktadır. Nesnel tarafsızlık yargıcın görev yaparken birey olarak kişisel tarafsızlığını ifade eder. Kural olarak, aksi kanıtlanmadıkça mahkeme üyelerinin tarafsız olduğu karine olarak kabul edilir. Öznel tarafsızlıkta ise kurum olarak mahkemenin ve üyelerinin kişide bıraktığı izlenim esas alınır. Keza burada dikkat edilen ve korunan değer demokratik bir toplumda ve her şeyden önce ceza davalarında sanıkta mahkemelerin yaratması gereken güvenilirlik hissidir. Belirli bir davada bir yargıcın tarafsız olamayacağından endişe etmek için meşru bir neden varsa, bu sanık bakımında önemli olsa da belirleyici değildir. Belirleyici olan bu korkunun nesnel anlamda haklılığının

saptanıp saptanamayacağıdır. Adil yargılanma İHAS' da korunan diğer hakların uygulanabilirliği bakımından da temel bir işlev görür. Adil yargılanmanın içinde barındırdığı temel ilkelerden birisi de “*tarafsız bir mahkemede yargılanma*” hakkıdır. Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında tarafsızlık, davanın çözümünü etkileyecek önyargı-tarafgirlik yoksunluğunu, yargıcın menfaatinin olmamasını ve özellikle de mahkemenin-yargıçların taraflara karşı leh ve aleyhte duygu, düşünce ve çıkara sahip bulunmamasını ifade etmektedir. Nesnel tarafsızlığa ilişkin olarak, daha çok mahkemenin ya da yargıcın farklı görevler üstlenerek veya davayla ilgili kişisel menfaatlere sahip olarak önyargılı olmaları dikkate alınmaktadır.⁵⁹

ii. Mahkeme Yargıcının Yargılama Sürecinde Değişik Rol Üstlenmesi ve Tarafsızlık

Tarafsız mahkeme ilkesi açısından, özellikle ceza yargılamasında, işin esası hakkında karar veren yargıcın son soruşturma öncesi aşamalarda davaya ilişkin roller üstlenip üstlenmediği önem kazanmaktadır. Yargıcın son soruşturma öncesi davayla ilgili verdiği kararlar tek başına tarafsızlık kuşkularını doğrulamamaktadır, önemli olan bu kararların kapsamı ve niteliğidir. Eğer yargıç son soruşturma öncesi davaya ilişkin bir rol üstlenmiş fakat bu durum davanın son soruşturma öncesi rutin gözetimi ise ihlal oluşturmayabilmektedir. Buna karşın, son soruşturma öncesi aşamada yargıcın verdiği karar esasa ilişkin bir konunun ön kararı niteliğinde ise m. 6/1'in ihlali ortaya çıkabilmektedir. Bu konudaki sorun yargıçla savcılık makamı arasındaki mesafenin azalması veya yargıcın davada aynı zamanda soruşturmacı olarak görev almasından kaynaklanabilmektedir. Son soruşturmada görev alan yargıcın, tutuklama kararı gibi bazı önsoruşturma aşaması kararlarını vermesi onun tarafsız olmadığını kabul etmek için tek başına yeterli değildir, başka koşulların mevcudiyeti aranmaktadır.⁶⁰

Yargıcın tarafsızlığının objektif olduğu kadar subjektif de olması hakkaniyete uygun yargılanma için gereklidir. Tarafsızlığın açıkça görünür olmasını yargı kararı göstermek durumundadır. Mahkeme, 26.09.1995 tarihli Deennet kararında temyize dayalı bozma kararından

⁵⁹ İnceoğlu, s. 190.

⁶⁰ İnceoğlu, s. 191-194.

sonra bu davanın aynı mahkemeye gönderilmiş olmasını sübjektif tarafsızlık⁶¹ ilkesine aykırı görmemiştir. Bu başvuruda; mahkemeye göre ilk karar usul eksikliğinden bozulmuş olduğundan ve başvuran yeni gerekçeler de ileri sürmediğinden yeni kararda sadece usul eksikliği giderilmiştir, dolayısıyla verilen karar yeni bir karar değil eski kararın benzeridir. Bu durum karşısında sübjektif tarafsızlık bakımından bir sorun olduğu ileri sürülemez. Bu karardan çıkan sonuca göre bozmadan sonra usul dışında esasa ilişkin sorunlar tartışılmış olsaydı sübjektif tarafsızlık konusu ihlal edilmiş olabilirdi.

Son soruşturmada görev alan yargıcın, daha önce üstlendiği role ilişkin olarak mahkemenin emsal niteliğinde olan *Du Cebber v. Belçika* kararı ile, tutuklama kararı veren yargıçların kovuşturma aşamasındaki rolleri *Karakoç vd. v. Türkiye* kararında da incelenmiştir. İddianamenin reddi-kabulü noktasında karar veren yargıçların rolünün değerlendirilmesinde benzerlik taşıyan bu emsal kararların incelenmesi konunun anlaşılması bakımından yararlı olacaktır.

Mahkeme, *Du Cubber - Belçika* kararında, soruşturma yargıçlığı yaptıktan sonra, son soruşturmada karar veren mahkeme bileşiminde yer alan yargıcın konumu sözleşmenin 6/1. maddesinde düzenlenen "tarafsızlık" ilkesi bakımından ayrıntılı olarak değerlendirmiştir. Konumuza benzerliği bakımından öncelikle kararda ortaya konan soruşturma yargıcının konumun anlaşılması gerekmektedir. Soruşturma yargıcı adli soruşturmanın hazırlık safhasını yürütür ve bu aşamada aynı zamanda adli polisin de amiri konumundadır. Soruşturma yargıcının görevi, suç işlendiği konusunda Cumhuriyet Savcısı'nın kendisine yazılı başvurusu veya suçtan zarar görenin şikayet dilekçesinin ulaşmasıyla başlar. Soruşturma yargıcı hazırlık soruşturmasının tüm aşamalarında yetkili olup, karar verici konumundadır. İHAM bu başvuruya konu olan olayda soruşturma yargıcının heyette yer almasının başvuru bakımından bazı meşru kuşklar doğurduğunu kabul etmiş ve tarafsızlık bakımından Sözleşme'nin 6/1. maddesine aykırılık tespit etmiştir.⁶²

⁶¹ Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Sancaktar, Oğuz, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. Baskı, Ankara, Şubat 2004, s. 336-337.

⁶² A. Soruşturma yargıcının (investigating judge) statüsü ve yetkileri.

15. Birinci derecedeki mahkeme yargıçları arasından Hükümet tarafından atanan soruşturma yargıcı (Yargı Kanunu m. 79), adli soruşturmanın hazırlık safhasını yürütür (Ceza Usul Kanunu m. 61 vd.). Bu aşamanın amacı, delilleri de ortaya çıkarmak, böylece sanığın aleyhinde olabileceği gibi lehinde olabilecek delilleri de ortaya çıkar-

Benzer olmasa da farklı bir tartışma, Karakoç vd./Türkiye davası nedeniyle İHAM'a yapılan başvuruda da tartışılmıştır. 27 Mayıs 1993'te bir basın açıklaması yapan Diyarbakır'daki sendika, meslek örgütü ve basın temsilcileri aleyhine soruşturma başlatılmış ve tutuklanma talebi

mak, böylece sanığın, durumuna göre "chamber du conseil" veya "chambre des mises en accusation" tarafından davaya sevk edilip edilmemesine karar verebilmesi için ihtiyaç duyduğu materyali sağlamaktır. Bu aşama gizlidir; bu aşamada taraflar yer almaz (non contradictoire); hukuki temsil bulunmaz.

Soruşturma yargıcı aynı zamanda, adli polis (investigation police, police judiciaire) amiridir. Soruşturma yargıcı bu sıfatla, hafif veya ağır suçları araştırma, delilleri toplama ve herhangi bir suçtan zarar gördüğünü iddia eden kişilerin şikayetlerini dinleme yetkisine sahiptir. (Ceza Usul Kanunu m. 9/son ve 63). Soruşturma yargıcı bu sıfatla hareket ederken, "Başsavcının gözetimine" tabidir. (Ceza Usul Kanunu m. 279 ve Yargı Kanunu m. 148) ; ancak Başsavcının buradaki yetkisi, direktifler vermeyi kapsamaz. "Şüphelinin suçüstü yakalandığının (caught in the act) kabul edildiği olaylarda", soruşturma yargıcı "doğrudan" ve şahsen, "savcının almaya yetkili olduğu tüm tedbirleri alabilir" (Ceza Usul Kanunu m. 59)

16. Bu son kategoriye giren haller dışında bir soruşturma yargıcı ancak, mesele kendisine savcıdan soruşturma açılması için yazılı bir taleple (Ceza Usul Kanunu m. 47, 54, 61, 64 ve 138) veya zarar görüldüğü iddiası ile birlikte bir suç şikayeti yoluyla (m. 63 ve 70) geldiğinde işlem yapabilir.

Eğer bir mahkemede birden fazla soruşturma yargıcı varsa, olaylar soruşturma baş yargıcı tarafından aralarında dağıtılır. Kural olarak, olaylar haftadan haftaya sırayla dağıtılır; ancak bu katı bir kural değildir; örneğin acil bir durum varsa veya daha önce görevlendirilen bir olayla bağlantılı yeni bir olay meydana gelmişse, soruşturma başyargıcı bu kuraldan ayrılabilir.

17. Gerçeğin ortaya çıkmasını kolaylaştırmak için, soruşturma yargıcına geniş yetkiler tanınmıştır; Temyiz Mahkemesi'nin içtihatlarına göre, soruşturma yargıcı "kanunla yasaklanmamış olan ve göreviyle bağdaşabilen her türlü işleri yapabilir". Soruşturma yargıcı, başka şeylerle birlikte sanığı huzuruna celp edebilir. (summon) veya gözaltına alınması, mahkeme huzuruna gelmesi veya tutuklanması için müzekkere çıkarabilir (Ceza Usul Kanunu m. 91 vd.); sanığın ifadesini alabilir, tanıkları dinleyebilir. (Aynı Kanun m. 71-86 ve 92), tanıkların birbirleriyle yüzleştirebilir (Yargı Kanunu m. 942), suç mahalini gezebilir (Ceza Usul Kanunu m. 62) binalara girebilir ve arama yapabilir (aynı kanun m. 87 ve 88), delillere el koyabilir (take possession of evidence) (md 89), ve diğerleri. Soruşturma yargıcı ele aldığı olayları "chambre du conseil" e bildirir. (m. 127); savcılık tarafından alınması istenen tedbirlerin yerinde olup olmadığına karar verir; bu karara karşı Üst Mahkeme'nin "chambre des mises en accusation" bölümüne başvuru yolu açıktır.

18. Soruşturma yargıcı soruşturmayı tamamlayınca, dosyayı "procureur du Roi" ye gönderir; o da mütalaa dosyayı iade eder (m.61(1).

Bundan sonra birinci derece mahkemesindeki tek yargıçlı "chambre du conseil" (25 Ekim 1919, 26 Temmuz 1927 ve 18 ağustos 1928 tarihli Kanunlar), başkaca araştırma yapılmasına gerek görmemiş ise, sanığın salıverilmesinin gerekip gerekmediğine (Ceza Usul Kanunu m. 128), sanığı duruma göre Sulh Mahkemesi'ne (criminal court) sevk edip etmemeye (m. 130) veya dosyayı Üst Mahkeme savcısına gönderip göndermemeye karar verir.

ile çıkarıldıkları hakim tarafından serbest bırakılmışlardır. Bu karara karşı, savcılık makamının yaptığı itiraz üzerine Diyarbakır 1 no'lu Devlet Güvenlik Mahkemesi gıyabi tutuklama kararı vermiştir. Tutuklama kararının gerekçesinde bildiri metninin suç olduğu konusunda ayrıntılı tartışma yapmıştır. Hazırlık soruşturması sonrasında iddianame ile

Belçika soruşturma yargıcı, Fransız muadilinden farklı olarak, kendi başına dosyayı bir mahkemeye sevk edemez. Kapalı oturum yapan "chambre du conseil" de karar verilmeden önce, soruşturma yargıcının raporu dinlenir. Bu rapor soruşturmadaki durumun sözlü şekilde anlatılması şeklinde olur; soruşturma yargıcı, sanığın suçluluğu hakkında herhangi bir görüş ifade etmez, şuna veya buna karar verilmesini isteyen nihai sunuşta bulunmak, savcılığın görevidir." (Belçika hükümeti, bu davada asıl savunmaları yanında farklı iki alternatif savunmayı da mahkemenin bilgisine sunmuştur. Hükümet asıl savunmalarında ileri sürdüğü hususlar ve mahkemenin değerlendirmesi de şu şekilde olmuştur;

"26. Ne var ki, Mahkemenin sübjektif testle yetinmesi mümkün değildir; yetki-lerin kullanılması ve iç organizasyonla ilgili kaygılar dikkate alınmalıdır (objektif yaklaşım). Bu noktada, görünüşler bile önemli olabilir; örneğin 19 Ocak 1970 tarihli Delcourt kararında alıntı yapılan İngiliz özdeyişine göre, " adalet sadece gerçekleştirmemeli, gerçekleştirileceği de gösterilmelidir" (bkz., Delcourt kararları, prg. 30). Belçika Temyiz Mahkemesinin de gözlemlediği gibi (21 Şubat 1979 tarihli, Pasicrisie 1979, I.s. 750), tarafsız olmadığından kaygı duymak için haklı bir sebep bulunan bir yargıç davadan çekilmelidir. Tehlikede olan şey, demokratik bir toplumda mahkemelerin halka ve her şeyden önce bir ceza davası söz konusu olduğunda sanığa vermek zorunda oldukları güven duygusudur. (bkz., 01.10. 1982 tarihli Piersack kararı, prg. 30).

27. Hükümet meclis tutanakları (bkz., Yukarıda prg. 20) ışığında yorumlandığı zaman, hiç tartışmasız Yargı Kanununa uygun olan bu fonksiyonlar bileşiminin Sözleşme'yle de bağdaşabilir olduğu göstermek için bir dizi arguman ileri sürmüştür. Hükümet, Belçika'da bir soruşturma yargıcının görevlerini yerine getirirken tamamen bağımsız olduğuna işaret etmiştir; mütalaaları kendisini bağlamayan savcıdan farklı olarak, bu yargıcın bir ceza davasında taraf statüsü bulunmamaktadır; "iddia makamının bir ensturmanı" değildir; onun "faaliyetinin amacı", başvuru De Cubber'in iddialarının tersine, "suçlu olduğuna inandığı kişinin suçlululuğunu ortaya koymak" değil (bkz., Kom. Raporu, prg. 44), fakat "sanığın aleyhine olduğu kadar lehine olan delilleri de tarafsız bir usülde toplamak" suretiyle "iddia makamı ile savunma arasında adil dengeyi" korumaktır; çünkü onun "yargıçlık sıfatı hiçbir zaman kalmaz"; sanığın yargılamaya sevk edilip edilmemesine karar vermez, kendi görüşünü oluşturmuş olsa bile, üyesi bulunmadığı "chambre du conseil"e, görüşünü ifade etmeden, hazırlık soruşturmasının gelişimini ve mevcut durumunu anlatan objektif bir rapor sunar (bkz., Kom. raporu prg. 52-54 ve 23 Mayıs 1984 tarihli duruşma tutanağı).

28. Sonuç olarak, Oudenaarde Mahkemesi'nin tarafsızlığı, başvuruca şüpheye açık görünebilecek durumdadır. Mahkemenin kendisinin, hazırlık soruşturmasını yürüten adli makam mensubunun tarafsızlığından kuşku duyması için sebep yoksa da, yukarıda tartışılan çeşitli faktörleri dikkate alan Mahkeme, bu yargıcın heyette yer almasının başvuruca bakından bazı meşru kuşklar doğurduğunu kabul etmektedir. Mahkeme, Hükümet'in argümanlarını hafife almadan ve sübjektif bir yakla-

açılan davaya da işbölümü gereği 1 no'lu DGM bakmıştır. Mahkeme, sanık müdafilerinin reddi hakim taleplerini dikkate almayarak, hazırlık soruşturması sırasında gıyabi tutuklama kararındaki gerekçelerle mahkumiyet kararı vermiş ve bu karar Yargıtay'ca onanmıştır.⁶³

sım benimsemeden adil yargılanma hakkının Sözleşme anlamındaki demokratik bir toplumdaki işgal ettiği öncelikli mevki akılda tutulacak olursa Sözleşme'nin 6/1. fıkrasının, özellikle mahkemelerin tarafsızlığı temel ilkesine uyulması konusunda dar yorumlanmasını bu fıkranın amacı ve gayesiyle tutarlı olmayacağını belirtir. Mahkeme, Sözleşmeci devletlerin hukuk sistemlerini, sözleşmenin 6(1). fıkrasının gereklerine uyum sağlayacak şekilde düzenlemekle yükümlü olduklarını hatırlatır. Tarafsızlık, hiç kuşkusuz bu gereklerin başında gelir. Mahkeme, Sözleşmeci Devletlerin, Sözleşme'nin istediği sonuçları gerçekleştirip gerçekleştirmediklerine karar vermekle görevlidir, bunun için neyi kullanacaklarını göstermekle görevli değildir.

Özetle, başvuru Du Cubber Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ihlal mağdurudur.

⁶³ 56. Mahkeme, bir yargıcın sadece bir duruşmadan önce olaya ilişkin bir karar vermiş olmasının, yargıcın tarafsızlığına dair iddiaların doğru olduğu anlamına gelmeyeceğini hatırlatır. Önemli olan, duruşmadan önce yargıç tarafından alınan tedbirlerin kapsamıdır. Ayrıca, yargıcın dosyanın ayrıntılarını biliyor olması, esasa ilişkin kararın verildiği an onun tarafsız olmadığı gibi bir önyargıyı gerektirmez. Kısacası, hazırlık aşamasında yapılan değerlendirmeler son aşamada yapılmış gibi düşünülemezler. Hazırlık aşamasında elde bulunan verilere dayanılarak yapılan değerlendirmeler, olayın sonucuyla ilgili takdiri bir karar alındığı anlamına gelmez. Bu takdir, duruşma sırasında ortaya çıkan ve tartışılan unsurlara dayanılarak yapılan yargılamaya müdahale ettiğinden önem taşımaktadır (bkz., özellikle, Hauschildt/Danimarka, 24 Mayıs 1989 vs.).

57. Bu açıdan Mahkeme, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 104. maddesi gereğince (üstteki 31. paragraf), tutuklamanın gerekliliği hakkında görevli olan yargıçların, olayda "suçlulukla ilgili ciddi belirtilerin (emarelerin)" bulunduğu itina olması (iyice inanması) gerektiğini gözlemlemektedir. Başvuruların tutuklanmasına ilişkin DGM'ce verilen karar ile esasa ilişkin olarak verilen kararın aynı olmadığı doğrudur. İlgililerin yargılanmakta oldukları suçta islediklerine kanaat getiren "kuvvetli emarelerin" varlığına inanmak için savcılarca ileri sürülen verileri tahkik etmek kâfidir.

58. Bununla birlikte, bazı durumlar verilen bir olayda, farklı sonuçlara varılmasını sağlayabilir. Bu açıdan Mahkeme, bir olaya özel bir önem atfedebilir: Yargıç başkan O. Karadeniz ve üye yargıçlar T. Özen (albay), C. D. Ural'dan oluşan DGM, başvurular aleyhine bir suçlama ileri sürülmeden önceki bir tarihte, 17 Eylül 1993'te bir karar almıştır (üstteki 15. prg.). Tutuklamayla ilgili bir karar söz konusudur. Bu yargılamaya göre; "...dava konusu basın açıklamasında, aynı toprak üzerinde yaşayan ve ortak bir kader etrafında birleşen, aynı kurucu değerleri paylasan ve Anayasa'ya göre bölünmez olan "Türk ulusu" gerçeği inkar edilmiş ve "Türkiye ve bizim ülkemiz" gibi laflarla TC'nin toprağının bir bölümü, Kürt diye adlandırılan bir halkın toprağıymış gibi gösterilerek bir Kürt ulusunun varlığı iddia edilmiştir. Başvuruların Terörle Mücadele Kanunu'nun 8/1. maddesinde belirtilen suç işlemiş bulduklarını gösteren kuvvetli emarelerden dolayı ve delil durumu vs... savcının iddiaları kabul edilmiştir..."

Her iki karardan ve mahkemenin değerlendirmesinden çıkan sonuç; soruşturma sırasında görev yapan yargıcın, uyuşmazlığın esasını çözecek mahkemede görev almasının tarafsızlık bakımından sorun yaratacak olmasıdır. Nitekim CMUK'un yürürlükte bulunduğu dönemde bozma ilamından sonra Yargıtay'ın dava dosyasını aynı düzeyde başka bir mahkemeye gönderme yetkisi bulunmasına karşın bu yetkisini genellikle kullanmamıştır. Doktrinde subjektif tarafsızlık ilkesinin tehlikeye girme olasılığının bulunduğu hallerde Yargıtay'ın bu yetkisini kullanarak dava dosyasını başka bir mahkemeye göndermesinin İHAS ve İHAM içtihatlarına daha uygun olacağı ileri sürülmüştür.⁶⁴

Her iki karara konu olan yargılama süreçleri ile iddianamenin iadesi prosedüründe görev alan yargıç-mahkeme bakımından yargılananların subjektif tarafsızlık noktasında haklı kuşku duyabilecekleri süreçler yaşanabilir. Bu nedenle bu düzenlemenin Sözleşme'nin 6/1. maddesi ile İHAM'ın bu konuda ürettiği içtihatlarla uygun bir hale getirilmesi gerekmektedir.

IV. İddianamenin Sanığa Tebliği ve Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde “Silahların Eşitliği Prensibi”

1. İddianamenin Tebliğinin CMK'da Düzenleniş Biçimi

İddianamenin tebliği CMK'da “Kovuşturma Evresi” başlıklı üçüncü kitapta düzenlenmiştir. Soruşturma aşamasında iddianamenin

59. Mahkemeye göre, ilgililer aleyhine cezai bir eylem yapılmadan önce yargıçlar tarafından tutuklamaya ilişkin karar verildiğinden, bu durum ilgililerin, aynı yargıçların uyuşmazlık konusu olan basın açıklamasının baskıcı iç hukukla uygunluğunun sınırlarını belirlemekten ibaret olan olayın esasını incelemek üzere çağrılmaları (görevlendirilmeleri) durumunda kuşkulılarına neden olabilir.

60. Oysa, yargıçlardan O. Karadeniz ve C. S. Ural daha sonra başvuruoları cezalandıran Diyarbakır DGM'de başkan ve asil üye olarak yer almışlardır (üstteki 21.prg.) Başvuruoların gıyaben tutuklanmasına dayanak yapılan gerekçeler, 13 Nisan 1994'te olayın esasına ilişkin olarak verilen kararın gerekçelerinden pek de farklı değildir (üstteki 22. prg.). Oysa ki, yargıçların yetkisi, başvuruoların “suçluluğu konusunda kuvvetli emarelerin” bulunup bulunmadığını, eldeki ilk verilere göre değerlendirmekle sınırlıydı; bu konuda görevli yargıçların saptamaları ile yargılama sonucunda çözmeleri gereken sorun arasındaki mesafe çok azalmıştır. Üstelik yargıç O. Karadeniz, başvuruoların cezalandırılmasına ilişkin kararı onaylamış bulunan 16 Kasım 1995 tarihli kararı veren mahkemede başkan olarak yer almıştır(üstteki 27.prg.). Mahkeme, bu unsurların, başvuruoların Diyarbakır DGM'nin tarafsızlığına ilişkin korkularını objektif olarak haklı gösterdiğini kabul eder. Sonuç olarak sözleşmenin 6(1).fıkrası ihlal edilmiştir.

⁶⁴ Tezcan - Erdem - Sancaktar, a.g.e. s. 337.

sanığa veya müdafisine tebliğine ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. CMK'nın Üçüncü Kitabı'nın kamu davasının yürütülmesi başlıklı birinci kısmının duruşma hazırlığı başlıklı birinci bölümünde yer alan 175. maddede iddianamenin kabulüyle kamu davasının açılmış sayılacağı ve kovuşturma evresinin başlayacağı belirtilmiştir. İddianamenin sanığa tebliği ise CMK'nın iddianamenin sanığa tebliği ve sanığın çağrılması başlıklı 176. maddesinde düzenlenmiştir.⁶⁵ Bu durumda kovuşturma evresinin başlaması ile birlikte iddianame sanığa tebliğ edilmektedir. Bu aşamadan önce iddianamenin sanığa veya müdafisine tebliği ve sanığın iddianamenin iadesi hakkında söyleyeceklerinin sorulması imkanı söz konusu olamayacaktır.

Oysa ki CMK'nın 278. maddesinde istinaf incelemesinden önce, 297. maddesinde ise temyiz incelemesinden önce ilgili Cumhuriyet Başsavcılıklarınca hazırlanan tebliğnamenin taraflara tebliğ edileceğine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir.⁶⁶ Temyiz incelemesi sırasında

⁶⁵ İddianamenin sanığa tebliği ve sanığın çağrılması

MADDE 176. - (1) İddianame, çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunur.

(2) Tutuklu olmayan sanığa tebliğ olunacak çağrı kâğıdına mazereti olmaksızın gelmediğinde zorla getirileceği yazılır.

(3) Tutuklu sanığın çağrılması duruşma gününün tebliği suretiyle yapılır. Sanıktan duruşmada kendisini savunmak için bir istemde bulunup bulunmayacağı ve bulunacaksa neden ibaret olduğunu bildirmesi istenir; müdafii de sanıkla birlikte davet olunur. Bu işlem, tutuklunun bulunduğu ceza infaz kurumunda cezaevi kâtibi veya bu işle görevlendirilen personel yanına getirilerek tutanak tutulmak suretiyle yapılır.

(4) Yukarıdaki fıkralar gereğince, çağrı kâğıdının tebliğiyle duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması gerekir.

⁶⁶ Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Savcısı'nın görevi

MADDE 278. - (1) Dava dosyası, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı'na geldiğinde incelenerek, varsa tebligat eksikliklerinin giderilmesi sağlandıktan ve sunulması gereken belge ve deliller de eklendikten sonra, yazılı düşüncüyü içeren bir tebliğname ile birlikte bölge adliye mahkemesi ceza dairesine verilir. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı'nca düzenlenen tebliğname ilgililere de tebliğ olunur.

Temyiz dilekçesinin tebliği ve cevabı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın görevi

MADDE 297. - (1) 296 ncı maddeye göre hükmü veren bölge adliye mahkemesince reddedilmeyen temyiz istemine ilişkin dilekçesinin bir örneği karşı tarafa tebliğ olunur. Karşı taraf, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevabını verebilir.

(2) Cevap verildikten veya bunun için belirli süre bittikten sonra dava dosyası, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir.

tebliğnamenin tebliğinin düzenleyen 297. madde İHAM içtihatları ile şekillenmiş ve taraflara tebliğden itibaren bir hafta içerisinde cevap verme hakkını tanımıştır. Ancak tebliğe cevap verme hakkını istinaf aşamasında tebliği düzenleyen 278. maddede görememekteyiz. Yasanın birbirine bu kadar paralel iki düzenlemesi arasında böylesine açık bir farkın olması yasanın alelacele hazırlanması nedeniyle unutulmuş bir eksiklik olarak görünmektedir.

2. Silahların Eşitliği Prensibi

Kollektif hüküm vermenin veya kısaca muhakeme yapmanın metodu hüküm verme faaliyetine katılacakların düşüncelerini karşılıklı olarak bildirebilmelerinin sağlanmasıdır. Böylece bütün süjeler birbirlerinin fikirlerini öğrenecekler, hep birlikte düşüneceklerdir. Bu imkanı sağlayan sisteme çelişme (contradittorio) denir.⁶⁷

“Silahların eşitliği” prensibi çelişmeli (adversarial-contradictoire) yargılama ilkesi, dava sırasında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil ve mütalaalar ya da görüşlerin her biri hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma imkanının taraflara tanınması olarak özetlenebilir. Çelişmeli yargılama ilkesi, silahların eşitliği ilkesi ile yakından ilişkilidir ve bu iki ilke mahkeme kararlarında birbirini tanımlar bir şekilde kullanılmaktadır. Zira, çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi, davasını savunabilmesi açısından taraflar arasındaki dengeyi bozabilmektedir. İHAM’a göre, silahların eşitliği geniş bir kavram olan adil yargılamanın sadece bir özelliğidir, adil yargılama ceza yargılamasının çelişmeli olması temel hakkını da içerir. İHAM’a göre, silahların eşitliği adil yargılamanın sadece bir özelliğidir, adil yargılama ceza yargılamasının çelişmeli olması temel hakkını da içerir. Çelişmeli yargılama, bir ceza davasında, savunma ve iddianın her ikisine de, diğer tarafın sunduğu delil ve dosyadaki görüşler hakkında yorum yapma ve bunlara ilişkin bilgi sahibi olma imkanının verilmesi zorunluluğu

(3) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nca düzenlenen tebliğname, hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi hâlinde sanık veya müdafii ile katılan veya vekillerine ilgili dairesince tebliğ olunur. İlgili taraf tebliğden itibaren bir hafta içinde yazılı olarak cevap verebilir.

(4) Üçüncü fıkra uyarınca yapılacak tebligatlar, ilgililerin dava dosyasından belirlenen son adreslerine yapılmasıyla geçerli olur.

(5) 262 ve 263 üncü madde hükümleri saklıdır.

⁶⁷ Kunter - Yenisey, s. 40.

demektir. Uygulanan hukukun bu zorunluluğu yerine getirebilmesini sağlayan çeşitli yöntemler vardır. Bununla beraber, hangi yöntem benimsenirse benimsensin, diğer tarafın dosyada yer alan mütalaaların farkında olması ve onlar hakkında yorum yapmaya gerçekten olanağı olması güvenceye alınmalıdır. Karara konu olan olayda, savcının mütalaasının bir kopyası başvuruca gönderilmemiştir. Uygulamada savcının mütalaasının dosyada tutulduğu ve bu uygulamanın avukat tarafından biliniyor olması gerektiği Hükümet tarafından savunulmuştur. İHAM savcılık mütalaasının dikkate değer bir öneme sahip olduğunu ve iddia edilen uygulamanın, savunma açısından bir çaba ve uyanıklık gerektirdiğini belirtmiştir. İHAM, mevcut uygulamanın temyiz edenleri bu savcılık mütalaasının dosyada olduğundan haberdar olmak yönünde yeterli derecede güvenceleşmediği kanaatinde. İHAM, istinaf mahkemesinin kararının daha sonra Yüksek Mahkeme tarafından bozulduğu ve yargılamanın ikinci aşamasında savcılık mütalaası değişmediği için bu hatanın düzeltilmiş sayılması yönündeki Komisyon görüşüne de katılmamaktadır. İHAM, istinaf mahkemesinin kararında yer alan savcılık mütalaasına ilişkin bilgilerden hareketle savunma yapılabileceği görüşünü dolaylı ve hipotetik bir imkan olarak görmektedir, ayrıca Yüksek Mahkeme'nin bozma kararının tamamıyla bu konuyla ilgili olmayan bir nedene dayandığını, bu nedenle de söz konusu hatayı düzeltmediğini belirtmektedir. Çelişmeli yargılama ilkesine aykırılık nedeniyle İHAM bu davada m. 6/1'e aykırılık olduğu kanaatine varmıştır.⁶⁸

i. İddianamenin İadesi Kurumu'nun İHAS'ın 6. Maddesi Bakımından Değerlendirilmesi

Şüpheli-sanığın isnattan itibaren her aşamada kendisi ilgili soruşturma işlemlerinden ve evrelerinden haberdar olması bunlara karşı görüş ve itirazlarını sunma olanağına sahip olması adil yargılanma hakkının gereklerindedir.

İsnadın "*tür ve nedeni*" hakkında mümkün olduğunca erken bir zaman diliminde haberdar olma hakkı, gibi, "*şaşkınlık ve gafil avlanmaktan*" korunmaya hizmet etmektedir. Eğer silahların eşitliği ilkesi ciddiye alırsa, telef edilemez bilgi gizlemeleri içinde hazırlık soruşturması

⁶⁸ İnceoğlu, s. 252.

makamlarıyla karşı karşıya kalmamak için, şüpheli kimse başlangıçtan itibaren yeterli ve geniş kapsamlı-sözlü veya yazılı, fiili veya hukuksal-açıdan bilgilendirilmek zorundadır. Bu nedenle, bildirim yükümlülüğü ancak davanın açılmasıyla değil, bilakis bir kimseye kendisinin maddi olarak şüpheli olduğu bildirilir bildirilmez doğmaktadır. Eğer şüpheli kimsenin, kendisinin usulü haklarını icrası aracılığıyla araştırmaları başka biçimde yönlendireceği biçiminde gerekçelendirilen korkulacak/sakıncalı bir durum ortaya çıkarsa, bildirim her halükarda daha sonraya kalabilir. İHAS'ın 6. maddesinin 3/a fıkrasından, şüpheli kimsenin daha önce suçlamanın tür ve nedeni hakkında bilgilendirilmiş olması halinde dahi, iddianamenin içeriğini bildirmek -kural olarak yazılı biçimde- yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Bu, yalnızca iddianamenin yeni hukuksal veya fiili noktalar içermesi halinde geçerli değildir, ancak bu gibi hallerin varlığı özellikle geçerlidir. İddianamenin bildirilmesini isteme talebi, bundan bağımsız olarak, çelişmelilik ilkesinden de ortaya çıkmaktadır. Çünkü, davada opponend ve adversary'nin karşılıklı tarafların ilk şekli ve bağlantılı açıklamaları söz konusu olmaktadır.⁶⁹

Voisine v. Fransa davasının kararında, vekili olmayan başvuru Yargıtay'ın ceza dairesine hukuk hakkında itirazda bulduktan sonra Başsavcının mütalaasına başvurmadığından ve bu mütalaaya yanıt veremediğinden dolayı şikayetçi olmuştur. Bu başvuruda mahkemenin kararı şu şekildedir;

"6. maddenin 1. fıkrası'nın içtihatındaki yorumu bağlamında nizalı davanın anlamı prensipte bir hukuk yada ceza davasının tüm taraflarının mahkemenin kararını etkilemek amacıyla, ulusal yargının bağımsız bir mensubu tarafından bile olsa, gösterilen deliller ve sunulan mütalaalar la ilgili bilgiye sahip olması ve bunlarla ilgili görüş bildirebilmesidir.

İş bu davada, başvuru Başsavcı'nın mütalaasına erişememiştir. Bu durumda incelenmesi gereken: 'davada başvuru açısından neyin önemli olduğu ve Başsavcı'nın mütalaasını niteliği olup, (ilgili kişinin başvurusunu raddeden) Yüksek Mahkeme önünde mütalaaya yanıt vermesinin olanaksız olduğu gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, başvuru nızalı dava hakkının ihlal edildiği belirtilmiştir'

⁶⁹ Ambos Kai, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları - Silahların Eşitliği, Çelişmeli Ön Soruşturma ve AİHS m. 6" Çev. Ünver Yener, *Adil Yargılama Hakkı ve Ceza Hukuku*, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, s. 28 - 29.

Başvurucunun uzman bir avukat tarafından temsil edilmek üzere avukat yardımı için başvuruda bulunmadığı doğru olmasına karşın, Hükümet'in iddiasının aksine başvuru nızalı dava hakkında feragat etmiş değildir. Bir dizi kararda tutarlı biçimde görülebileceği üzere, Sözleşme tarafından güvence altına alınmış olan bir hakkı kullanmaktan feragat sarih bir şekilde tesis edilmelidir.⁷⁰

Yargıtay önündeki yargılamanın spesifik özelliği dolayısıyla bu tür bir davada sadece uzman hukukçulara söz hakkı tanındığı açıktır. Anca, iç hukuk uyarınca kişiye kendini temsil etme hakkının tanındığı hukuk hakkında bir başvuruda bulunan kişiye, bu kişinin mahkeme önünde adil yargılanmasını güvence altına alınacak usul yollarını açık tutulmasını gerekçesi olarak gösterilemez. Mahkeme, hukuk sisteminde Yargıtay bulundurmaya seçmiş bir Devlet'in, hukuka tabi kişilerin Yargıtay önünde de 6. Maddede yer alan güvencelerden faydalanmasını sağlamasını gerektiğini hatırlatır.

Dolayısıyla, başvurucunun Yargıtay önündeki davasını nızalı usule göre adil şekilde incelenmesine olanak sağlanmadığı için, bu davada 6. maddenin 1. fıkrası ihlal edilmiştir.⁷¹

6. madde bakımından iddianamenin şüpheliye tebliğ edilmemesinin silahların eşitliği çelişmeli yargı bakımından adil yargılanma hakkına aykırı durum yarattığını ifade edebiliriz.

ii. İddianamenin Tebliğinin Soruşturma Aşamasında Düzenlenmiş Olması ve Sanık Olmanın Dezavantajları

İddianamenin sanığa tebliği, CMK'da "Kovuşturma Evresi Başlığı" altında 176/1. maddesinde düzenlenmiştir. Bu aşama, iddianamenin reddi ile ilgili uyuşmazlığın bittiği ve şüphelinin, sanık konumuna geçtiği aşamadır. Şüpheli, iddianamenin reddi-kabulü muhakemesinden habersizdir, zira bu muhakeme çelişmeli yargılama ilkelerine göre yapılmamaktadır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, yargılamanın bir aşamasında adil yargılanma ilkelerine aykırılık var ise ve bu aykırılık yargılama-

⁷⁰ Colozza - İtalya davası, 12 Şubat 1985 tarihli karar, Seri A No. 89, s. 14-15, paragraf 28, için bkz., Dutertre s. 237.

⁷¹ Ekbatani - İsveç davası, 26 Mayıs 1988 tarihli karar, seri A No. 134, s. 12, paragraf 24, için bkz., Dutertre, s. 237.

nun diğer aşamalarında giderilebiliyorsa kural olarak Sözleşme'nin 6. maddesine aykırılık halini kabul etmemektedir. Örneğin, soruşturmasında dinlenilmeyen bir tanığın kovuşturma aşamasında dinlenilmesinin olanaklı olması halinde 6. maddeye aykırılık söz konusu olmayabilecektir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Yürürlükteki mevzuatımız bakımından, sanık olmanın giderilmesi mümkün olmayan dezavantajlar yarattığının bilinmesi gerekmektedir. Salt, iddianame ile kovuşturmaya başlanılmış olmasının yarattığı manevi çöküntü dışında, bu durum birçok yasada değişik yasaklılık hallerinin başlangıcı olarak kabul edilmiştir.⁷² Kovuşturmanın bir

⁷² 4734 sayılı İhale Kanunu'nun 59/2. maddesinde aleyhine ceza kovuşturmasına başlanılmış olanların ihalelere katılmasının yasak olduğu açıkça belirtilmiştir.

1136 Avukatlık Kanunu'nun 153. maddesi ile hakkında meslekten çıkarma cezasını gerektirebilecek mahiyette soruşturma yapılmakta olan avukatın disiplin kurulu kararı ile tedbir mahiyetinde işten yasaklanabileceği düzenlenmiştir.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 77. maddesinde hakkında soruşturma yapılan hakim ve savcının göreve devamının, soruşturmanın selametine yahut yargı erkinin nüfuz ve itibarına zarar vereceğine kanaat getirilirse, hakimler ve savcılar yüksek kurulunca geçici bir tedbir olarak görevden uzaklaştırılmasına veya soruşturmanın sonuçlanmasına kadar geçici yetki ile bir başka yargı çevresinde görevlendirilmesine karar verilebileceği düzenlenmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 140. maddesine göre, haklarında mahkemelerce cezai kovuşturma yapılan Devlet memurlarının aynı Yasa'nın 138. maddesinde belirtilen yetkililer tarafından görevden uzaklaştırılabileceği düzenlenmiştir.

1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 123. maddesinde; suç teşkil fiillerden dolayı haklarında adalet müfettişi, Cumhuriyet Savcısı veya ceza mahkemesi tarafından soruşturma veya kovuşturma yapılan noterlerin, soruşturma ve kovuşturmanın selameti bakımından Adalet Bakanlığı tarafından gerekli görüldüğü takdirde, soruşturma veya kovuşturmanın kesin bir kararlar sonuçlanmasına kadar işten el çektilereceği düzenlenmiştir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 85. maddesinde; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinin (A) fıkrasının (5) numaralı bendinde öngörülen suçlarla ilgili olarak haklarında ceza davası açılan Kurul Başkan ve üyelerinden görevi başında kalması sakıncalı görülenlerin, Bakanlar Kurulu tarafından tedbiren görevden uzaklaştırılabileceği düzenlenmiştir.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Yasası'nın 34. maddesinde görevleriyle ilgili bir suç nedeniyle haklarında soruşturma veya kovuşturma açılan il özel idaresi organları veya bu organların üyelerinin, geçici bir önlem olarak kesin hükme kadar görevden uzaklaştırılabileceği düzenlenmiştir.

14.10.2005 tarihli Kamu Personeli Kanunu Tasarısı'nın taslak metninin 96. maddesinde kamu hizmetlerinin yürütülmesi bakımından görevi başında kalmasında sakınca görülen memurlar ve sözleşmeli personelin ihtiyati bir tedbir olarak görevden uzaklaştırılacağı düzenlenmiştir.

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 26. maddesinde görevden uzaklaştırmanın kamu hizmetinin ge-

kararla sona ereceği zamana kadarda bu halleri hukuken ve pratik olarak ortadan kaldırmak olanaklı değildir. Örneklerden de anlaşılacağı üzere salt iddianamenin düzenlenmiş olması şüphelinin hakları bakımından kovuşturma aşamasında da giderilemeyecek sorunlar yaratmaktadır.

iii. Mahkeme Kararları

İddianamenin tebliğine benzer sorunlar değişik biçimlerde İHAM'ın önüne götürülmüştür. Konunun değerlendirilmesi bakımından iki kararın incelenmesi yararlı olacaktır Mahkeme Göç v. Türkiye kararında, esas mahkemesinin kararının temyizi üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hazırlanan mütalaanın temyiz edene tebliğ edilmeden dava dosyasının ilgili Yargıtay Dairesi'ne gönderilmiş olmasını "silahların eşitliği" prensibi bakımından Sözleşme'nin 6/1. maddesine aykırı bulmuştur.⁷³ Bu karardan sonra 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri

rektirdiği hallerde, görevi başında kalmasına sakınca görülecek üst kuruluşlar ile yükseköğretim kurumu yöneticileri, öğretim elemanları, memurlar ve diğer personel hakkında alınan ihtiyati bir tedbir olduğu ve görevden uzaklaştırma tedbirinin soruşturmanın herhangi bir safhasında alınabileceğini düzenlemiştir.

⁷³ 33. Mahkeme, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın rolünün başvuran ve Hazine tarafından yapılan temyiz başvurularına ilişkin mütalaada bulunmak olduğunu gözlemlemektedir. Başsavcı ilk derece mahkemesi tarafından hükmedilen tazminat tutarının onanmasına ilişkin mütalaada bulunmuştur. Başsavcı'nın mütalaası bu nedenle Yargıtay kararını etkileyici niteliktedir.

34. Mahkeme'ye göre, başsavcının tebliğnamesinin niteliği ve başvurana, buna cevaben yazılı görüş bildirme olanağının tanınmaması göz önünde bulundurulduğunda başvuranın çekişmeli dava hakkının ihlal edildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu hak ilke olarak, ulusal hukuk sisteminin bağımsız bir üyesi tarafından -bu davadaki Başsavcı gibi- mahkemenin kararını etkilemek üzere toplanan kanıtlar ve sunulan mütalaalarla ilgili olarak bir hukuk ya da ceza davasının taraflarına bilgi verilmesi ve bu taraflara da görüş bildirme olanağının tanınması anlamına gelmektedir.

35. Başsavcı'nın Hazinenin temyiz başvurusunun reddine yönelik mütalaada bulunduğu da doğrudur. Fakat bu tarafsız yaklaşım temyiz aşamasında taraflar arasında silahların eşitliğini sağlasa da başvuranın kendisi için ilk derece mahkemesi tarafından hükmedilen tazminat tutarına yönelik itirazı sürmektedir. Bu nedenle başvuran Yargıtay önündeki başarı şansını zedeleyen her türlü mütalaadan haberdar edilme hakkına sahiptir. Gerçekten, hakkaniyet açısından, bu tür mütalaaların bildirilmesi başvuranın iç hukuk mahkemeleri önünde sözlü duruşma hakkına sahip olmaması gerçeği karşısında daha da zorunlu olmaktadır.

36. Dolayısıyla, başvurana, Başsavcı'nın Yargıtay'a sunduğu tebliğnamenin bildirilmemesi göz önünde bulundurulduğunda Sözleşme'nin 6/1 maddesi hükmünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılmaktadır (36590/97 - 9 Kasım 2000 tarihli karar).

Usulü Kanunu'nun 02.01.2003 tarih ve 4778 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle ek düzenleme getirilmiş ve daha sonra bu düzenleme 19.03.2003 tarih ve 4829 sayılı Yasa'nın 20. maddesiyle de değiştirilmiş, mevzuat Sözleşme'nin 6/1. maddesiyle uyumlu hale getirilmiştir. Aynı düzenleme 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 297/3. maddesinde aynı şekilde korunmuştur.

G. B. v. Fransa kararına konu olan olayda başvuru, Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülmekte olan bir davanın başlangıcında savcılık tarafından yeni belgelerin sunulmuş olmasına itiraz etmiş ve adil yargılanmadığını ileri sürmüştür. İHAM ise kararında, başvuru daha sonra sunulan bu deliller ile ilgili olarak itiraz edip tartışma yaratabileceğine dikkat çekerek Sözleşme'nin 6/1. maddesine aykırılık tespit etmemiştir.⁷⁴

⁷⁴ "G. B. v. Fransa davasının kararı ahlak ile ilgili olarak Ağır Ceza Mahkemesinde görülmekte olan bir davanın başlangıcında savcılık tarafından yeni belgelerin sunulmasıyla ilgilidir. Bu davda, başvuru adil yargılanmadığını iddia etmektedir. Yakınma üç kısımdan oluşmaktadır: önce, başvuru, savcılık tarafından Ağır Ceza Mahkemesinde ki duruşmanın başlangıcında savcılık tarafından yeni belgeler sunulduğu ve sunulan bu belgelerden sonra başvuru adına gerekli savunmayı hazırlayabilmek için avukatına çok kısa bir süre tanındığından dolayı silahların eşitliği ve savunma hakları ilkelerinin ihlal edildiği ileri sürülmüştür; başvuru, ikinci olarak, bilirkişinin bu yeni belgeleri incelemek için sadece 15 dakika vakti olması sebebiyle sonuçta mütalaasını tamamen aksi yönde değiştirdiğinden yakınmıştır; ve son olarak, bilirkişinin görüşünü değiştirmesinin jüriyi büyük ölçüde başvuru aleyhine etkilemesine karşın, başvuru delillerin karşılıklı çürütülmesi sırasında bilirkişi ifadesi eklemeye talebinin reddedilmesinin adil olmadığını düşünmektedir. AİHM önce avukata yeni belgeler ışığında savunmasını hazırlamak için verilen süreyi incelemiş ve şunları bildirmiştir (paragraf 60-63).

Mahkeme, duruşmanın başlangıcında savcılığın başvuru kişinin kişiliğine ilişkin yeni belgeler sunmasının tamamen yasal olduğuna dikkat çekerek; bu belgeler savunmaya iletilmiş ve daha sonra nizalı olarak incelenmiştir. Ayrıca, başvuru kişinin kendisinin de tek başına bu belgelerin mahkemeye sunulmasına itiraz etmediği görülmektedir. Dolayısıyla bu durumun tek başına taraflar arasında silahların eşitliği ilkesine hiçbir aykırılık oluşturmadığı kararlaştırılmıştır.

Mahkeme ayrıca, Ağır Ceza Mahkemesi duruşma zabtından olayların akış sırasını dikkatle incelemiş, ve bu duruşmanın başlangıcında, 13 Mart 1997 günü sabah saat 10:00 da savcı yardımcısı tarafından yeni delillerin sunulduğunu, başvuru kişinin avukatının bunların dosyayı eklenmemesi doğrultusundaki itirazının mahkeme tarafından reddedildiğini belirlemiştir. 13,14 ve 15 Mart günleri savunmanın sorulanmasına geçilmiş, tanıklar ve bilirkişinin ifadeleri dinlenmiş, sivil tarafların layihaları dinlenmiş, savcı yardımcısı sunuşunu yapmış itali sanığın avukatlarının layihaları dinlenmiş ve son olarak esas sanığın, yani başvuru kişiyi, avukatı 15 Mart 1997 günü akşam 19:05 - 20:45 arasında layihasını sunmuş ve duruşma sona ermiştir (daha sonra mahkeme heyeti ve jüri çekilerek kararı tartışmışlar ve üç saat sonra 23:45'te karar açıklanmıştır.).

V. Sonuç ve Değerlendirme

Yukarıda açıklandığı üzere iddianamenin reddi ve kabulü inceleme-si soruşturma aşamasında düzenlendiği halde bu görev esas incelemeyi yapacak mahkeme-yargıca verilmiştir. Esas olarak CMK'nın 23/2 maddesi uyarınca bu yargıçların esas incelemesinde görev alması olanaklı olmaması gerekirdi. Ancak yasal düzenleme karşısında bu inceleme uyuşmazlığın esasını çözecek yargıçlarca yapılmaktadır. Aktarılan Van Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki ile Diyarbakır Ceza Mahkemelerindeki araştırma sonuçları adil yargılanma ilkeleri bakımından sorunların yaşandığını ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak, Adalet ve yargı sistemine inancın neredeyse tümüyle sarsıldığı günümüzde ünlü İngiliz özdeyişini hatırlamakta yarar bulunmaktadır; *“adalet sadece gerçekleşmemeli, gerçekleştirileceği de gösterilmelidir.”* Sanık olmanın, bu nedenle insan onuru ile bağdaşmaz durum yaratmanın neredeyse *“keyfiliğe”* yakın olan günümüz yargı ortamında, yeni bir kurum olan iddianamenin kabulü-iadesi keyfiliğin hukuka uygun hale getirilmesi bakımından yararlı olmuştur. Bu düzenleme keyfiliğin önüne geçilmesi, yargılamaların uzamaması nedenleriyle mutlaka korunmalı, ancak karar inceleme makamı bakımından adil yargılanma ilkelerine uygun yeni bir düzenleme gecikmeksizin yapılmalıdır. İddianame soruşturmasında şüpheliye tebliğ edilmesi, şüphelinin itirazlarını oluşturulacak inceleme makamına sunma ve dinlenmesini talep etme olanağı adil yargılanma hakkı bakımından mutlaka sağlanmalıdır. Yapılacak bu düzenleme ile aynı zamanda hukuka aykırı delilleri değerlendirecek, iddianamenin reddi ve kabulü noktasında çelişmeli muhakeme ilkelerine göre değerlendirme yapacak bir yargı makamı oluşturulmalıdır. Bu yargı makamında görev alanlar hiçbir şekilde uyuşmazlığın esasını çözecek mahkemede görev almamalıdır. Düzenlemenin bu şekilde korunması halinde, birçok bireysel başvurunun İHAM'nin önüne götürülmesi kaçınılmaz olacaktır.

Bu doğrultuda Mahkeme, başvurunun ileri sürdüğü gibi, avukata (devam eden yargılamayı izlerken) yeni delilleri incelemek için sadece yarım gün süre tanındığının doğru olmadığını belirtir. Söz konusu yarım gün, önem dereceleri ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken, savcılık delillerinin sunulması ile bilirkişinin ifadesi arasında geçen süredir (bkz., aşağıdaki paragraf 68 ve sonraki paragraflar).

Yukarıdakilerin ışığında Mahkeme, başvurunun yeni delillere karşılık savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve imkana sahip olduğunu düşünmektedir ve Sözleşme'nin bu bağlamda 6. maddesi 3/b fıkrasıyla birlikte alınan 1. fıkrasının bu davada ihlal edilmediğine karar vermiştir.” 2 Ekim 2001, Başvuru no. 44069/98, Duterte, s. 237.

KAYNAKÇA

- Adil Yargılanma Hakkı*, Uluslararası Af Örgütü, İstanbul 2000.
- Altıparmak, Kerem, "AİHS'nin 6. Maddenin Uygulama Alanı" *AÜSBF Dergisi* C. 53, Ocak-Aralık 1998.
- Avusturya İnsan Hakları Sözleşmesi Yıllığı*, Neumeister Davası, Seri B No. 6.
- Ambos Kai - Çev. Ünver, Yener, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3.
- Centel, Nur, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakim Tarafsızlığı*, İstanbul 1996.
- Centel, Nur - Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1. Bası Ocak 2003.
- Çolak, Haluk - Taşkın, Mustafa, *a.g.e.*, s. 587.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, Cilt 1.
- Doğru, Osman, *İHAM İçtihatları*, C. 1 2004.
- Gilles, Dutertre, *İnsan Hakları Genel Direktörü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar*, Avrupa Konseyi 2005.
- Gölcüklü, Feyyaz, "AİHS'ne Göre Doğru Yargılama", *AİHS Uygulamasını Kişisel Haklar Semineri*, Mart-Haziran - 1995, AÜSBF, AHM Yayınları, No:11.
- Gözübüyük, Şeref - Gölcüklü, Feyyaz, *AİHS ve Uygulaması*, 6. Bası, Ağustos 2004.
- İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 2. Bası, İstanbul 2005.
- Kunter - Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, Mayıs 2000.
- Nuala, Mole - Catharina, Harby, *Adil Yargılanma Hakkı*, İnsan Hakları El Kitapları No.3, TBB Yayınları 89.
- Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Bayraktar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2.Baskı, Ankara 2004.
- Özbek, Veli Özer, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı*, Ankara 2005.
- Öztürk, Bahri, *Türk Ceza Kanunu Reformu Üçüncü Kitap*, Yeni Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu Panel, Çanakkale, 1 Nisan 2005.
- Yazıcıoğlu, Yılmaz, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na İlişkin Tebliğler, 5271 sayılı Yeni CMK Uyarınca Soruşturma ve Soruşturma İşlemleri", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl. 3, S. 32, Ağustos 2005.
- Yurtcan, Erdener, *CMK Şerhi*, 4. Bası, Kasım 2005.

CEZA MEVZUATINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNA ETKİSİ

Mehmet KARAARSLAN*

GİRİŞ

Ceza mevzuatında uzun yıllar süren tartışma ve çalışmaların ardından 2004 yılında çıkarılan TCK, CMK ve CGTİK gibi ceza hukuku alanını düzenleyen birçok kanun yeniden düzenlenerek yürürlüğe girdi. Bu düzenlemeler, özel ceza kanunlarını doğrudan ya da dolaylı olarak etkilemek suretiyle ciddi değişikliklere neden oldu. Bu değişiklikler özel ceza kanunu niteliğinde olan ve ceza mahkemelerince yargılanan vergi suçlarını düzenleyen hükümleri de büyük ölçüde etkiledi.

Özel kanunlarda farklı düzenlenmiş olan iştirak, içtima, teşebbüs, paraya çevirme, tecil gibi ceza hukuku genel müesseseleri bazı özel ceza kanunlarında olduğu gibi vergi ceza hukukunda da farklı düzenlenmiştir. Yasa koyucu, özel ceza kanunları ve ceza hukuku arasındaki bu farklılıkları gidermek ve hukuk uygulamasında birlik ve güvenliği sağlamak için ceza hukukundaki genel hükümleri tüm ceza kanunları için genel ve ortak hale getirmiştir.

Yeni TCK'nın 5. maddesiyle Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlar hakkında da uygulanacağı hüküm altına alındı. Bunun sonucu olarak yürürlükteki Vergi Usul Kanunu'nun "*Vergi Kaçakçılığı*" suçunu düzenleyen hükümleriyle Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri arasında çelişki ve çatışmalar ortaya çıkmıştır. Ancak yasa koyucu, bu çelişki ve çatışmaları gidermek ve kanunlar arasındaki uyumu sağlamak için özel ceza kanunu hükümlerinin uygulanmasını 31.12.2006 tarihine kadar uzatmıştır.

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi.

Bu çalışmada, meydana gelen bu değişiklikleri eski ve yeni Türk Ceza Kanunu, Vergi Usul Kanunu ve ilgili diğer kanun hükümleri göz önüne alınmak suretiyle incelenecektir.

1. GENEL OLARAK VERGİ HUKUKU-CEZA HUKUKU İLİŞKİSİ

Ceza hukukunun bir fonksiyonu da diğer hukuk branşlarındaki hukuki ilişkilerin hukuka uygun bir şekilde gelişmesini sağlayabilmek için, kendine has müeyyidelerinden bu hukuk branşlarını yararlandırmak olduğu ifade edilmiştir.¹ İşte devletin ceza müeyyideleri uyguladığı sahalardan biri de vergi hukuku'dur.² Vergi hukukunun vergi suç ve cezaları ile ilgili alt bölümüne vergi ceza hukuku denir.³

Vergi ceza hukukuna ilişkin kurallar esas olarak VUK'da düzenlenmiştir.⁴ Vergi Usul Kanunu içinde ayrı bir bölüm olarak düzenlenen vergi suç ve cezaları özel bir ceza kanunu yapısı göstermektedir.⁵ Zira 4369 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklik öncesi vergi cezalarıyla ilgili daha ayrıntılı düzenlemeler yer almaktaydı.⁶ Ancak vergi suç ve cezaları konusundaki hükümlerin önemli kısmı 1.1.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4369 sayılı Yasa ile değişikliğe uğramıştır.⁷

Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiş olan suç ve cezaların önemli bir bölümü yalnız vergi hukukunu ilgilendirir ve bunlardan suç sayılan fiil ve karşılığında uygulanacak müeyyideler idari usullerle saptanır.⁸ Aynı zamanda bunlara mali nitelikli suç ve cezalar da denir. Bu suçlar; "vergi zıyayı suçu" (VUK m. 341), "genel usulsüzlük" (VUK m. 351-352), "özel usulsüzlük" (VUK m. 353) suçlarıdır. Bu suçlar için para cezası ve işyeri kapatma cezası idare tarafından verilmektedir.

¹ Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. 1, 8. Baskı, İstanbul 1994, s. 20-34; Erman, Sahir, *Ticari Ceza Hukuku I, Genel Kısım*, İstanbul 1992, s. 1.

² Erman, Sahir, *Vergi Suçları*, İstanbul 1988, s. 2 (Vergi...).

³ Öncel, Mualla - Kumrulu, Ahmet - Çağan, Nami, *Vergi Hukuku*, Ankara 2005, s. 209.

⁴ Mutluer, M. Kamil, *Vergi Ceza Hukuku*, Eskişehir 1979, s. 10; Öncel - Kumrulu - Çağan, s. 209.

⁵ Mutluer, s. 10.

⁶ Mutluer, s. 10.

⁷ Bilici, Nurettin, *Vergi Hukuku, Genel Hükümler Türk Vergi Sistemi*, (Vergi Sistemi...) 11. Baskı, Ankara 2005, s. 85.

⁸ Uluatam, Özkan - Methibay, Yaşar, *Vergi Hukuku*, Ankara 1999, s. 205.

Ancak vergi kayıp ve kaçacağını önlemek için alınan mali tedbirlerin yeterli olmadığı bazı durumlarda ceza hukukuna has müeyyidelere müracaat edilir.⁹ İşte VUK'da düzenlenen bu fiiller ise ceza hukuku anlamında suç ve cezaları oluşturur. Bunlar da “Kaçakçılık” (VUK m. 359), “Vergi Mahremiyetini İhlal” (VUK m. 362), “Mükellefin Özel İşlerini Yapma” (VUK m. 363) suçları olarak düzenlenmiştir. Vergi mahremiyetini ihlal suçunun cezası 765 sayılı TCK'nın 198. maddesine, mükellefin özel işlerini yapma cezası ise 765 sayılı TCK'nın 240. maddesine atıfta bulunulmak suretiyle düzenlenmiştir.

Ancak; 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasına göre “Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanunu'na yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmıştır.” demek suretiyle, eski TCK'nın 198 ve 240. maddelerine yapılan atıfların bu maddelerin 5237 sayılı yeni Kanun'daki muadili olan maddelere yapılmış sayılacağını belirtmektedir. Buna göre VUK'un 363. maddesinde düzenlenen mükellefin özel işlerini yapan memurlara ilişkin suç 5237 sayılı yeni TCK'nın 257. maddesinde düzenlenmiştir.

VUK'un 362. maddesinde düzenlenen “Vergi Mahremiyetini İhlal” suçu ise; 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması başlığını taşıyan 258. maddesine göre cezalandırılacaktır.¹⁰

Bu suçlara ilişkin saptama ve cezalandırma faaliyeti gerek eski gerekse yeni ceza mevzuatına göre ceza mahkemesi tarafından yapılmaktadır.

765 sayılı eski TCK 10. madde; “Bu kanundaki hükümler hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan mevaddı hakkında da uygulanır” demek suretiyle özel kanunlarda farklı ya da hüküm bulunmayan durumlar da TCK hükümlerinin uygulanacağını belirtmekteydi.¹¹ Ancak 5237 sayılı yeni TCK 5. madde de, “Özel Kanunlarla İlişki” başlığı altında “Bu kanu-

⁹ Uysal, Ali - Eroğlu, Nurettin, *Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Usul Kanunu*, Ankara 2005, s. 669.

¹⁰ Bilici, “Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu” ile ilgili atfın yeni TCK 239 ile 258. maddelerine yapılmış sayılacağını belirtmesine karşın, bu suçla ilgili TCK 239. maddenin uygulanamayacağı kanaatindeyiz, *Vergi Sistemi...* s. 95.

¹¹ Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005, s. 94; Erman, *Ticari...* s. 31.

nun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" demek suretiyle yeni bir sistem getirmiştir.¹² Zira bu maddenin TBMM Adalet Komisyonu'nca kabul edilen gerekçesinde "Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda suç tanımlarına yer verilmesinin yanı sıra, çoğu zaman örneğin teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda da bu kanunda benimsenen ilkelerle çelişen hükümlere yer verilmektedir. Böylece, ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birlik sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir. Aksi yöndeki düzenlemelerin hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturması nedeniyle hükümet tasarısındaki madde metni değiştirilmiştir." Bu düzenleme ile VUK'da kaçakçılık suçuna ilişkin iştirak, paraya çevirme, tecil gibi genel hükümler 5237 sayılı TCK'ya göre incelenecek ve uygulanacaktır.

Ancak doktrinde TCK 5. maddeyle getirilmiş olan yeni düzenlemeye rağmen özel kanunlarda farklı bir düzenleme olduğu takdirde özel yasaların esas alınması gerektiği ileri sürülmüştür.¹³ Madde gerekçesi, eski ve yeni Ceza Kanunu'nun ilgili hükmü bir bütün olarak değerlendirildiğinde bu görüşün isabetli olmadığını söyleyebiliriz.

Doktrinde, özel kanunlardaki TCK'nın genel hükümleriyle çelişen düzenlemelerin kaldırılmasının bir başka ifadeyle uygulanmamasının, hukuk birliğini sağlama noktasında isabetli olduğu görüşüne karşın

¹² Yargıtay 16. Hukuk Dairesi 16.02.2005 tarih, 2005/2460 esas ve 2005/733 sayılı kararında; İcra İflas Kanunu 337/1 maddesi gereğince 10 gün hafif hapis cezası ile cezalandırılan sanığın infazın durdurulması istemini reddeden mahkeme kararına itirazı üzerine vermiş olduğu kararda, YTCK 5. madde gereği bu Kanun'un genel hükümlerinin özel ceza kanunları içinde uygulanacağını, dolayısı ile İcra İflas Kanunu'na göre verilen cezanın; tecilini, para cezasına çevrilmesini ve ön ödmeden yararlandırılmasını yasaklayan İİK 353/b maddesinin uygulanmayacağına, bunun yerine YTCK hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. *Yargıtay Kararlar Dergisi*, C. 31, S. 6, Haziran 2005, s. 910, Ancak aşağıda da açıklanacağı üzere 11.05.2005 tarihinde yapılan değişikliklerle özel kanunların uygulanması, 31.12.2006 tarihine kadar devam edebilecektir (5252 sayılı Kanun'un Geçici Madde 1 Ek. 11.05.2005-5349/6).

¹³ Şenyüz, s. 231.

bu durumun ciddi sorunlar yaratabileceğini ileri süren görüşlerde mevcuttur.¹⁴

Hemen ilave edelim ki; 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 11.05.2005 tarih ve 5349/6 maddesi ile Geçici 1. maddesine ek düzenlemeye göre "Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Birinci Kitabı'nda yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır" demek suretiyle özel ceza kanunlarında düzenlenen müesseselerin (iştirak, teşebbüs, tekerrür, zamanlaşımı, vb.) 31.12.2006 tarihine kadar uygulanmaya devam edeceği hüküm altına alınmıştır.

Yine eski TCK 44. maddede düzenlenen "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" ilkesi yeni TCK'nın 4. maddesinde "ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz" şeklinde düzenlenmiştir. Bu ilke diğer ceza mevzuatı gibi vergi suçları için de geçerlidir.¹⁵

2. SUÇUN HUKUKİ KONUSU

Genel olarak ifade edersek suçun hukuki konusu, suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir.¹⁶ Bu menfaat ya da varlık bireylere, topluma veya devlete ait olabilir.¹⁷ Vergi suçlarındaki "başta kaçakçılık" olmak üzere devlete ait bir menfaat ihlal edilmekte ve kamu düzeni bozulmaktadır.

Vergi suçu; vergi ödevinin yerine getirilmemesi sonucu oluşan fiililere verilen isimdir. Diğer bir ifadeyle sorumluluğu olan vergi mükellefi veya vergi sorumlusu tarafından ya da vergilendirme işlerindeki görevliler tarafından vergi kanunlarında gösterilen maddi ya da biçimsel yükümlülüklerle ve mecburiyetlere aykırı olarak işlenen devleti vergi kaybına uğratan ya da kamu düzenini bozan kanuni tarife uygun cezayı

¹⁴ Parlar, Ali - Hatipoğlu, Muzaffer, *Açıklamalı-Gereççeli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun Getirdiği Yenilikler Bağlamında Temel İlkeler Tanımlar Uygulama Alanı, Kast ve Taksir*, (Kast...) İstanbul 2005, s. 119, lehte ve aleyhte görüşler için aynı eser bkz., s. 117-118.

¹⁵ Erman, *Vergi...* s. 14.

¹⁶ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Aralık 2005, Ankara, s. 65; Mutluer, s. 71.

¹⁷ Toroslu, Aralık 2005, s. 65.

gerektiren fiillerdir.¹⁸ Vergi suçu dar anlamda bir suç olduğundan eski TCK'nın 10. ve yeni TCK'nın 5. maddesi gereğince ceza hukukunun genel prensipleri bu suçlar hakkında da uygulanır.¹⁹ 765 sayılı eski TCK 10. maddede "Bu kanundaki hükümler, hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan mevaddı hakkında da tatbik olunur" şeklinde bir düzenleme ile özel ceza kanunları ile farklı bir düzenleme ve uygulamaya imkan tanıdığı halde yeni TCK ile *Birinci Kitap* tüm ceza kanunları için 31.12.2006 tarihinden itibaren ortak olarak uygulanacaktır. Diğer bir ifadeyle özel kanunlarda bulunan genel hükümler yeni TCK'da aynen tekrarlınsın ya da buna aykırı hükümler barındırsın 5237 sayılı yeni TCK genel hükümleri uygulanacaktır.²⁰

Vergi suç ve cezalarında suçun hukuki konusu hazinenin zarara uğratılmasını önlemektir. Bu suçu önlemek suretiyle korunan hukuki menfaat kamu yararadır. Vergi ceza hukuku anlamında getirilen düzenlemeler ile izlenen amaç vergi yasalarının gereklerinin zamanın da ve kurallara uygun yerine getirilmesini sağlamaktır. Vergi borçlarının zamanın da ve eksiksiz ödenmesini gerçekleştirerek hazinenin vergi kaybı önlenmektedir.²¹

Vergi ceza hukuku alanında; Hazine aleyhine işlenen fiil aynı zamanda kamu düzenini ihlal ediyorsa artık idari cezalarla yetinilmez, bunun yanında ceza mahkemesince verilecek cezalar ve müeyyideler devreye girer. Ceza mahkemesinin devreye girdiği durumlardan biri olan kaçakçılık suçu VUK'un 359. maddesinde düzenlenmiştir.

Kaçakçılık suçu ve cezası ile hazinenin menfaati ve kamu yararı korunmaktadır.²² Yani zararın tezahür etmesi gerekmemektedir. 4369 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce zararın gerçekleşmesi şartı aranıyordu. Yeni düzenleme ile zarar ortaya çıkmadan da, yani fiillerin tarh döneminden önce ortaya çıkarılması durumunda da kaçakçılık cezası verilebilmektedir. Nitekim Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda "usulüne uygun olarak yapılan tebligata rağmen, defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmemek suretiyle müsnet suçu subuta eren sanığın

¹⁸ Bayraklı, Hasan Hüseyin, *Vergi Ceza Hukuku*, Afyon 1996, s. 68.

¹⁹ Erman, *Vergi...* s. 10; Mutluer, s. 10.

²⁰ Erol, Haydar, *Gerekçeli, Açıklamalı, İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2005, s. 13; Demirbaş, s. 94.

²¹ Öncel - Kumrulu - Çağan, s. 209.

²² Mutluer, s. 71, 72.

eyleminin, verginin tarhu için kanunda belli edilen sürenin geçmesinden önce meydana çıkarılması nedeniyle, bu fiilin vergi kaybına neden olup olmayacağına bakılmayacağı, VUK m. 359/a-2 bendi kapsamına girdiğini, bilirkişi raporları ile vergi kaybı doğmadığı gerekçesi ile verilen beraat kararını hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle bozmuştur.²³

Vergi cezaları her şeyden önce aykırı davranışlarda bulunulmamasının teminatıdır.²⁴ Yukarıdaki karardan da anlaşılacağı üzere, Yargıtay; suçun oluşması için vergi kaybının gerçekleşmesinin şart olmadığına karar vermektedir.²⁵

3. SUÇUN FAİLİ

Başta vergi mükellefi ve sorumlusu olmak üzere bu suçun faili herkes olabilir. Bir başka ifade ile vergi mükellefi ya da sorumlusu olmayanlar tarafından da işlenebilir bir suçtur.²⁶ Vergi suçlarında bazen mükellef adına hareket eden vasi, kayyım da suçun faili olabilir.²⁷ Yani Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde belirtilen filleri işleyen kişiler bu suçun failidirler.

Kaçakçılık suçunun cezası hapis cezası olduğundan tüzel kişilerin işlemiş olduğu kaçakçılık suçlarında durumun ne olacağı tereddüde neden olabilmektedir. Zira suçlu devletin koyduğu normlara isyan eden, bu isyan arzu ve iradesini açığa vurabilen, isnat kabiliyetiyle kusurluluğu haiz bulunan bir gerçek kişi olmalıdır.²⁸ Bu nedenle tüzel kişilerin suçun aktif süjesi olup olamayacakları tartışmalıdır.²⁹ Doktrinde tüzel

²³ Y. 11. CD, T. 01.12.1999, E. 1999/6980 K. 1999/8295, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, C. 26, S. 2, Şubat 2000, s. 313.

²⁴ Ergül, Ergün, *Kara Paranın Aklanması ve Suçları*, Ankara 1998, s. 5.

²⁵ "Vergi kaybı doğmadığına ilişkin bilirkişi raporuna dayanarak verilen beraat kararını bozmuştur", Y. 11. CD, T. 29.01.2001, E. 2000/6119 K. 2001/551, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, C. 27, S. 3, Mart 2001.

²⁶ Yargıtay, 4369 sayılı Kanun'la vergi ziyanının kaçakçılık suçunun unsuru olmaktan çıkarılması sebebiyle, sahte fatura düzenleme suçunun, mükellef sıfatı olsun ya da olmasın, herkes tarafından işlenebileceğine karar vermiştir. Candan, 2004, s. 285; Hatipoğlu, Muzaffer - Parlar, Ali, *Özel Ceza Yasaları Uygulamalarında Ekonomik ve Ticari Suçlar*, (Ticari Suçlar...) Ankara, 2005, s. 251.

²⁷ Hatipoğlu - Parlar, *Ticari Suçlar...* s. 252.

²⁸ Erman, *Ticari...* s. 102; Şenyüz, s. 238.

²⁹ 1982 Anayasası'nın 38. maddesinde "ceza sorumluluğu şahsidir" ilkesine yer verilmiştir. Bu bağlamda Ceza Hukuku'nda tüzel kişilerin suçun faili olup olmayacağı ve ceza sorumluluklarının bulunup bulunmadığı konusunda bkz., Muharrem Özen,

kişilerin suç faili sayılmalarını genel bir kaide olarak kabul edilemeyeceği düşüncesine³⁰ karşın mali-ekonomik alandaki suçlarla ilgili olarak suçun faili olabilecekleri ileri sürülmektedir.³¹

Ancak 5237 sayılı yeni TCK'nın m. 20/2 göre tüzel kişiler hakkında "ceza yaptırımını uygulanamayacağı" bunun yerine kanunda öngörülen "güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği" hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda, tüzel kişilerin faaliyeti çerçevesinde işlenen suç dolayısıyla ilgili tüzel kişi hakkında sadece güvenlik tedbiri uygulanabilecektir.³² Ancak bu güvenlik tedbiri bir ceza olarak düşünülmemektedir.³³ Bu hüküm özellikle 31.12.2006 tarihinden sonra TCK'nın genel hükümlerinin diğer özel ceza kanunları içinde genel hüküm niteliği taşıyacağından çok daha önemli hale gelecektir. Zira bu tarihe kadar özel kanunlarda tüzel kişileri cezalandıran hükümler uygulanacaktır.³⁴

Doktrinde Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılacak özel kanunlarla tüzel kişileri cezalandırabilen düzenlemelere gidilmesinin mümkün olduğu düşüncesi ileri sürülmektedir.³⁵ Bu durumun yeni TCK'nın 5. maddesiyle getirmeye çalıştığı ve madde gerekçelerinde belirtilen hukuk uygulamasındaki birliği bozacağı ve genel kurallara aykırı uygulamalara sebep olacağı muhakkaktır.

Eski VUK'un 333. maddesi hürriyeti bağlayıcı cezanın "kanuni temsilciye" verileceğini öngörüyordu.³⁶ 4369 sayılı Kanun ile değişik Vergi Usul Kanunu'nun 333. maddesi ise "Bu kanunun 359. maddesinde yazılı fiillerin işlenmesi halinde bu fiiller için 359 ve 360. maddelerde öngörülen cezalar bu fiilleri işleyenler hakkında hükmolunur" demektedir. Böylece suçun şekli sorumlusu olan kanuni temsilcileri değil suçun ayrıntılarını bilen ve oluşumunda yer alan kişiler cezalandırılmaktadır.³⁷ Dolayısıyla

"Ceza Kanunu Tasarısı'nın Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış", *Yargıtay Dergisi*, C. 29, S. 1-2, Ocak-Nisan 2003, s. 155 vd.

³⁰ Erman, *Ticari...* s. 102; Şenyüz, s. 238.

³¹ Toroslu, Aralık 2005, s. 241.

³² Özgenç, İzzet, "İhale Sürecinde İşlenen Suçlar", *Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu*, 30 Nisan 1 Mayıs 2005, (Ekonomik Suç...) Ankara, s. 75; Şenyüz, s. 238.

³³ Özgenç, *Ekonomik Suç...* s. 75.

³⁴ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ekim 2005, Ankara, s. 329.

³⁵ Toroslu, Ekim 2005, s. 329; Parlar - Hatipoğlu, *Kast...* s. 119.

³⁶ Erman, *Vergi...* s. 26; Oktar, s. 124.

³⁷ Erman, *Vergi...* s. 26,27; Hatipoğlu - Parlar, *Ticari Suçlar...* s. 252; Mutluer, s. 60; Oktar, s. 126; Uğur Yiğit, "Vergi Usul Kanunu'nda Hürriyeti Bağlayıcı Suç ve Cezalar", *Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları*, İstanbul, Mart 2004, s. 86; Şenyüz, s. 240.

tüzel kişilerin kanuni temsilcileri azmettirme ya da başka şekilde suçta katılmış ise iştirak hükümleri çerçevesinde cezalandırılacaktır. Bu sorumluluğun devri ise mümkün değildir. Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararında “*defter ve belgelerin muhafazası; mükellef ya da vergi sorumlusuna ait olup bu sorumluluğun vekaletname ile devrinin mümkün olmadığına*” karar vermiştir.³⁸

Bu durumda kanuni temsilci olan şirket yöneticisinin bilgisi dışında muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeyi alan kullanan şirket çalışanı sorumlu olacaktır. Suç teşkil eden fiilden habersiz bulunan şirket yetkilisinin ise sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak yaşamın olağan akışı, kanuni temsilcilerin emir ve talimatı olmaksızın çalışanların hareket etmeyecekleri şeklinde olduğundan, kanuni temsilcinin ilgi ve bilgisinin olmadığını ispat etmesi gerekecektir.³⁹

Fail ile fiil arasında kusur ve illiyet bağı esas alınmak suretiyle cezaya hükmolunacaktır.⁴⁰ Yargıtay'da; müsnet suçun oluşmasında rolü olan şirket ortağı veya müdürü belirlenerek temsil yetkisinin bölüşümündeki ağırlık ve sınırlarda tespit edilip sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayini gerektiğine karar vermiştir.⁴¹

4. SUÇUN UNSURLARI

4.1. Genel Olarak

Suçlarda unsur; bir suçun varlığı için bulunması şart olan hususlardır. Suçun unsurlarından bir ya da bir kaçısı olmadığı takdirde suç oluşmaz.⁴² Kısaca suç tipikliğe uygun, hukuka aykırı kusurlu hareket olarak tanımlanabilir.⁴³ Suçun kurucu unsurları kanuni unsur, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık olarak ortaya konulabilir.⁴⁴

³⁸ Y. 11. CD, T. 4.6.2001, E. 2001/5241 K. 2001/6129, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, C. 28, S. 2, Şubat 2001.

³⁹ Candan, Turgut, *Vergi Suçları ve Cezaları*, (Candan, 2004...) İstanbul-Kasım 2004, s. 306-307; Yiğit, s. 86-87.

⁴⁰ Yiğit, s. 73.

⁴¹ Y. 11. CD, T. 31.5.2001, E. 2001/5976, K. 2001/5333, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, C. 28, S. 4, Nisan 2002.

⁴² Şenyüz, Doğan, *Vergi Ceza Hukuku*, Bursa 2005, s. 2.

⁴³ Fatih S. Mahmutoğlu, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, *Hukuk ve Adalet*, Yıl: 2, S. 5, Nisan 2005, s. 43; Şenyüz, s. 2.

⁴⁴ Şenyüz, s. 2.

Suçun bir kısım unsurları asli, bir kısım unsurları talidir. Asli unsurlar bulunmadığı takdirde suç oluşmaz. Tali unsurlar ise suça etkili haller olarak görülür.

4.2. Kanuni Unsur

Vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesi, sert ve belirgin bir şekilde kendini gösterir⁴⁵ Bir fiilin suç olarak nitelenebilmesi için bu fiilin ceza tehdidini taşıyan kanundaki tarife ve tipe uygun olması gerekir. Buna suç ve cezada kanunilik ilkesi diğer bir ifadeyle tipiklik denir. Bu da kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin doğal sonucudur. Bir fiilin değişik bir yorum ya da metotla suç olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla kıyas yasağı vergi hukuku ve vergi ceza hukuku alanında da uygulanır⁴⁶

Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesi kaçakçılık suçunu ve bu suça verilecek cezayı açıkça tarif etmiştir. Bu suçun oluşabilmesi için tipikliğe uygun olması yani kanuni tarife uyması gerekir. VUK'un 359. maddesinde düzenlenen yetkili makamların mükellefe yazı ile yanlış izahat vermeleri ve yetkili makamların bir hükmün uygulanması konusunda görüşlerini ya da içtihadını değiştirmiş olması halinde mükellefe ceza verilmeyecektir.

Ancak kanunilik ilkesi Vergi Usul Kanunu ile bazı durumlarda ihlal edilebilmektedir. Doktrinde; haklı olarak belirtilen; VUK'un 359. maddesindeki "*Vergi kanunlarına göre tutulması gereken defterler*" kavramının Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesine göre Maliye Bakanlığı'nca düzenlenebildiği, yasamaya ait yetkinin yürütme organı olan Maliye Bakanlığı'nca kullanılmasının suç ve cezada kanunilik ilkesinin ihlaline sebebiyet verdiği ifade edilmiştir. Zira Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesine göre; yasada sayılanlar dışındaki defter, kayıt veya belgeleri tutma zorunluluğu getirilebilmekte ya da tutulma zorunluluğu kaldırılabilir. Böylece yasada belirtilmeyen yeni bir suç konusu oluşturulabilmekte ya da suç konusu olmaktan çıkarılabilmektedir.⁴⁷

⁴⁵ Atar, s. 152; Kırbaş, s. 190.

⁴⁶ Öncel - Kumrulu - Çağan, s. 209; Şenyüz, s. 4; Bayraklı, s. 110.

⁴⁷ Yiğit, s. 70.

4.3. Maddi Unsur

Maddi unsur hareket, netice ve illiyet bağından oluşur. Vergi kaçakçılığı suçu serbest hareketli suçlardandır.⁴⁸ Bu suç icrai bir hareketle işlenebilir. Hareketin şekli ve sayısı yönünden seçimlik hareketli⁴⁹ suçlardandır. Kanuni tarifte yer alan hareketlerden birinin, birkaçının ya da hepsinin yapılması ile işlenebilir.⁵⁰

Maddi unsurun oluşması için vergi zıyaının gerçekleşmesi gerekli değildir.⁵¹ Eylemin yapılmış olması suçun gerçekleşmesi için yeterlidir.⁵² Bir başka ifade ile neticesi harekete bağlı olan suçlardandır.⁵³ Vergi zıyaı tehlikesi veya kamu düzenin bozulması durumlarında da maddi unsur gerçekleşmiş olur. 4369 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikte netice itibari ile zarar suçu olmaktan çıkarılmış ve tehlike suçuna⁵⁴ dönüştürülmüştür. Tehlike hukuka aykırı bir neticeyi doğurma ihtimalidir. Eski düzenlemede vergi zıyaının gerçekleşmesi gerekmesine karşın 4369 sayılı Yasa ile vergi zıyaının gerçekleşmiş olması şartı aranmamaktadır.

VUK 359. maddeye göre;

a. Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan;

1. Defter ve kayıtlarda, hesap ve muhasebe hileleri yapma, gerçek olmayan ve kayda konulan işlemlerle ilgisi bulunmayan kişilere hesap açma veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahını azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen ya da kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydetme.

2. Defter kayıt ve belgeleri tahrif etme⁵⁵ veya gizleme (incelemede ibraz etmeme) içeriği yanıltıcı belge düzenleme ve kullanma,

⁴⁸ Bilici, Nurettin, *Vergi Hukuku Genel İlkeler*, (Genel İlkeler...) Ankara 2000 s. 77.

⁴⁹ Mutluer, s. 76-77; Şenyüz, s. 254.

⁵⁰ Erman, *Vergi...* s. 17,51; Mutluer, s. 77; Yiğit, s. 121.

⁵¹ Kızılot, Şükrü, "Sahte ya da Kapsamı İtibariyle Yanıltıcı Belge Kullanımında Hapis Cezası ve Muhatabı", *Yaklaşım*, Yıl: 6, S. 69, Eylül 1998, Vergi zıyaı unsurunun kanun metninden çıkarılmasının doğru olmadığı ifade edilmiştir, (Sahte Belge...) s. 27; Hatipoğlu - Parlar, *Ticari Suçlar...* s. 169; Uysal - Eroğlu, s. 671.

⁵² Candan, 2004, s. 282; Özbalcı, Yılmaz, *Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, Ankara, Ocak 2004, s. 963.

⁵³ Oktar, s. 119.

⁵⁴ Yiğit, s. 156.

⁵⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre tahrif edilmiş belge; gerçeğe uygun olarak düzenlendikten sonra üzerindeki rakam ve yazıları kazanmış, cezalı maddelerle si-

b. Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan;

1. Defter kayıt ve belgeleri yok etme, yerlerine yeni kayıt, belge koyma ya da hiç koymama belgelerin asıl ya da suretlerini kısmen ya da tamamen sahte olarak düzenleme veya kullanma,

2. Maliye Bakanlığı ile anlaşmalı olmadığı halde belge basma, sahte olarak belge basma, kullanma, fiillerinin yapılması ile oluşur.

Maddede geçen vergi kanunlarında kasıt; Vergi Usul Kanunu, Vergi Usul Kanunu hükümlerine tabi vergi, resim ve harç kanunları ile Vergi Usul Kanunu hükümlerine göndermede bulunan diğer kanunlardır.⁵⁶

Kanun koyucu yine aynı maddede sahte belge ve muhtevası itibarıyla yanıltıcı belgenin tarifini yapmıştır. Buna göre; “gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde, bunlar varmış gibi düzenlenen belge” sahte belge, muhteviyatı itibarı ile yanıltıcı belge ise; “gerçek bir muamele ve duruma dayanmakla birlikte, bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibarıyla gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge” olarak tanımlamak suretiyle bu konuda çıkabilecek ihtilafların önüne geçmiştir.⁵⁷

4.4. Manevi Unsur

Manevi unsur isnat kabiliyeti ve kusurluluk olmak üzere iki kısımda incelenir.⁵⁸ Failin kusurlu hareket edebilme ehliyetine isnat kabiliyeti denir. Bir başka ifade ile bir kimsenin kanunun suç saydığı bir fiilden dolayı cezalandırılabilmesi için sahip olması gereken niteliklerin tamamı olarak ifade edilebilir.⁵⁹

Burada karşımıza çıkan en önemli sorun küçük, kısıtlı ya da tüzel kişilerin vergi mükellefi olması durumunda hürriyeti bağlayıcı cezaya

linmiş veya bunların yerine yeni rakam ve yazıların yazılmış olan belgedir. Belgede tahrifat yapma eyleminin sahte belge düzenlemekten farkı, tahrif edilmiş belgenin esası gerçek bir işleme dayanmakta fakat düzenlenen bu belge üzerindeki yazı ve rakamlar sonradan değiştirilmektedir. YCGK, T. 17.3.1986, E. 1985/9-462, K. 1986/125, Candan, 2004, s. 274.

⁵⁶ Candan, 2004, s. 266.

⁵⁷ Kızılot, Şükrü, *Sahte Belge...* s. 25; Hatipoğlu - Parlar, *Ticari Suçlar...* s. 232, 233.

⁵⁸ Erman, *Vergi...* s. 25; Oktar, s. 117, 119.

⁵⁹ Toroslu, Aralık 2005, s. 245.

muhatap olup olmayacakları sorunudur. Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesine göre "Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef ve vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir". Bu hükmün sonucu olarak vergi kaçakçılığı ile ilgili kanuni temsilcinin birinci derecede sorumlu olduğu ve temsil yetkisi olmayan ya da bu yetkisini devreden yönetim kurulu üyesinin kural olarak cezai sorumluluğu olmayacağı şeklindedir.⁶⁰

Kaçakçılık suçunda kusur yeteneği esas alındığından küçüklerin ya da kısıtlıların 5237 sayılı TCK'nun 31. maddesine göre ceza ehliyetleri varsa ve yine işlenen suça azmettirme, iştirak vb. bir şekilde katılmışlarsa ceza verilebilecektir.⁶¹ Fakat ceza sorumluluğu olmayan kişilere ceza verilemeyeceği gibi ceza sorumluluğunu azaltan sebeplerin bulunması halinde de cezada indirimde gidilecektir (TCK m. 31, 32, 33, 34).⁶²

Tüzel kişiliğin ceza yargılamasında muhatap olamayacağını göz önüne alan yasa koyucu VUK'un 4369 sayılı Yasa ile değişik 333. maddesinde hürriyeti bağlayıcı cezaların bu fiilleri işleyenler hakkında uygulanacağını açıkça belirtmek suretiyle, kusur sorumluluğunun uygulanacağını hiçbir tereddüde yer verilmeyecek şekilde ifade etmiştir.⁶³ Bu durumda salt kanuni temsilci değil kusuru olan herkesin, kanundaki ifade ile "bu fiilleri işleyenlerin"⁶⁴ cezalandırılacağını ifade etmektedir. Hakeza Yargıtay vermiş olduğu bir kararda; "suç tarihinde şirketi idare ve temsilin kimlere ait olduğu ve temsil yetkisinin bölüşümündeki ağırlık ve sınırlar, şirket ana sözleşmesi getirtilip Ticaret Sicil Memurluğu'ndan sorularak tespiti ve sonucuna göre delillerin küll halinde değerlendirilip hukuki durumlarına göre hüküm kurulması gerektiği" sebebiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.⁶⁵ Bu karardan da açıkça anlaşıldığı gibi Yargıtay,

⁶⁰ Candan, 2004, s. 305.

⁶¹ Mutluer, s. 61-62.

⁶² Şenyüz, s. 245.

⁶³ Sarılı, Mustafa Ali, *Türk Vergi Hukukunda Sorumluluk*, İstanbul 2004, s. 226; Bilici, *Genel İlkeler...* s. 70-71.

⁶⁴ Kızılot, Şükrü, "Şirketlerde Vergi Suçları", *Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu*, 30 Nisan 1 Mayıs 2005 (Sempozyum...), Ankara, s. 201; Şenyüz, s. 238; Sarılı, s. 227; Mutluer, s. 60.

⁶⁵ Y. 11. CD, T. 16.5.2001, E. 2001/3907, K. 2001/5039, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, C. 28, S. 4, Nisan 2002.

müsnet suçun oluşmasında rolü olan failleri ve bu failerin temsil derecesi, görev bölüşümündeki ağırlık ve sınırları tespit etmek suretiyle ceza tayini yoluna gitmektedir.⁶⁶

Yine bir başka kararda; anonim şirketin esas mukavelesinin onaylı örneği getirtilip incelenerek ve Ticaret Sicil Müdürlüğü'nden sorularak, sanıkların 213 sayılı Yasa'ya aykırılık suçundan sorumluluklarının olup olmadığına Türk Ticaret Kanunu 317 ve 319. maddeleri nazara alınarak belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁶⁷ Bu suretle hem cezaların tüzel kişilerin organlarına verileceğini hem de bu cezaların sanıkların kusur ve sorumluluklarına göre tayin edileceğine karar vermiştir.

4369 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önce sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeleri tanzim etmek ve bilerek kullanma durumunda hürriyeti bağlayıcı cezalar söz konusu iken, 4369 sayılı Yasa ile yapılan düzenleme sonrası bilerek veya bilmeyerek ayırımına yer verilmemiştir.⁶⁸ Bu durumda da ceza hukukunun kasta ilişkin genel hükümlerine gidileceğinden kuşku duymamak gerekir. Zira Kaçakçılık suçu taksirli hareketlerle gerçekleşmez, manevi unsuru kast olan bir suç türüdür.⁶⁹

4369 sayılı Yasa ile yapılan düzenlemede sahte ve muhteviyatı itibari ile yanıltıcı belge kullanma suçunda, bilerek sözcüğünün kullanılmamış olması, bu suç için kastın aranmadığı manasına gelmez. Her ne kadar doktrinde 359. maddedeki eylemlerin yapılması ile bu suçun oluşacağına yönelik görüşler⁷⁰ olsa da ağırlıklı olan görüş bilerek kelimesinin yer almayışının herhangi bir değişiklik yaratmadığı yönündedir.⁷¹ Gerek ceza hukuku sistemimiz gerekse özel kanunlarla ilişki başlığını taşıyan

⁶⁶ Y. 11. CD, T. 31.5.2001, E. 2001/5976, K. 2001/5333, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, C. 28, S. 4, Nisan 2002.

⁶⁷ Y. 11. CD, T. 20.6.2001, E. 2001/3350, K. 2001/7004, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, C. 28, S. 5, Mayıs 2002.

⁶⁸ Ergül, s. 97-104; Oktar, Ateş, "Sahte Fatura Kullanılmasında Sorumluluk", *Vergi Sorunları*, Ağustos 2002, S. 167, s. 116.

⁶⁹ Candan, 2004, s. 310; Mutluer, s. 62; Oktar, s. 120; Yiğit, s. 159; Şenyüz, s. 256.

⁷⁰ Özbacı, s. 964, 966; Hatipoğlu - Parlar, *Ticari Suçlar...* s. 170, 232, 233; Uysal - Eroğlu, s. 672 Kızılot, *Sempozyum...* s. 193-194; Kızılot, *Sahte Belge...* Bilerek kullanma sözcüğünün çıkarılmış olmasıyla iyi niyetli (bilmeyerek kullanan) mükellefler ve kanuni temsilcilerin, hapis cezası istemiyle yargılanması ya da cezalandırılması sonucunun doğabileceğini ileri sürmektedir, s. 25, 26.

⁷¹ Candan, 2004, s. 111; Mutluer, s. 62; Şenyüz, s. 257; Oktar, s. 116-117; Yiğit, s. 163.

5237 sayılı TCK 5. maddeyi göz önüne alınca, TCK genel hükümlerinin özel kanunlar içinde cari olduğunu, suçta kastın aranması gerektiğini dolayısıyla sadece eylemin yapılmış olmasının cezalandırma için yetmeyeceğini söyleyebiliriz. Keza 765 sayılı eski Ceza Kanunu'nun 45/1 maddesinde "*cürümde kastın olmaması cezayı kaldırır*" hükmü gerekse 5237 sayılı yeni Ceza Kanunu'nun 21/1 maddesinde "*suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır ve Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*" hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kastın bu suç içinde aranacağı sonucuna ulaşabiliriz.

Zaten Maliye Bakanlığı da bu konuya ilişkin duraksama ve tereddütler üzerine yayınlamış olduğu 306 seri nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği⁷² ile "*failin, failinin oluşturduğu suçtan sorumlu tutulabilmesi için kastın mevcudiyeti gerekmekte, kasten hareket edilmiş sayılabilmesi için suçu oluşturan failin bilerek ve isteyerek işlenmiş olmasını ve sahte ya da muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgelerin bilerek kullanılıp kullanılmadığının araştırılmasında, bu belgeleri bilmeden kullandığı sonucuna varılan mükellef adına vergi suçu raporları düzenlenmemesi ve haklarında Cumhuriyet Savcılıklarına suç duyurularında bulunulmaması gerektiğini*" belirtmiştir.

Sonuç olarak; tıpkı eski düzenleme döneminde (4369 sayılı Yasa öncesinde) olduğu gibi⁷³ kastın varlığı yine aranacak ve kastın varlığı iddia makamı tarafından ispat edilecektir.⁷⁴ Ancak doktrinde bu düzenleme ile vergi idaresinin mükellefin kasıtlı olduğunu ispat etmesi zorunluluğunun olmadığı ileri sürülmektedir.⁷⁵

Buna karşın; gerek 4369 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik öncesi⁷⁶ gerekse değişiklik sonrası düzenlemede mükellef, bilerek kullanmadığını yani kastı olmadığını ispat etmek suretiyle cezadan kurtulabilecektir.

Vergi Usul Kanunu'nun 373. maddesinde düzenlenen mücbir sebep, VUK'un 369. maddesinde düzenlenen yanılma ve VUK 413. maddede düzenlenen mükellefin izahat talebine verilecek cevaba göre hareket etme durumu kusurluluğu kaldıran sebeplerdir.⁷⁷ Mücbir sebeple ilgili

⁷² 18.06.2002 tarih ve 24789 sayılı *Resmi Gazete*'de yayınlanmıştır.

⁷³ Bayraklı, s. 100.

⁷⁴ Candan, 2004, s. 112.

⁷⁵ Bilici, *Vergi Sistemi...* s. 93.

⁷⁶ Bayraklı, s. 101.

⁷⁷ Erman, *Vergi...* s. 31, 60; Şenyüz, s. 249, 251.

Yargıtay'ın 2.2.2001 tarihli bir kararında "beş yıl süre ile muhafaza edilmesi mecburiyeti bulunan defterlerle belgelerin, 13. maddede düzenlenen mücbir sebep kapsamında sayılmayan nedenlerle ibraz edilememesi halinde, mahkumiyet kararı verilmesi gerektiğini"⁷⁸ belirtmek suretiyle mücbir sebebin kusurluluğu kaldırdığı ifade edilmiştir. Aynı şekilde yanılma durumunda da, fiili hataya düşen fail, pişmanlık müessesesine başvurmuş olmasa da, bu hata esaslı olduğu takdirde, hakim resen kastın olmadığına ve failin beraatına karar verecektir.⁷⁹

Ceza mahkemesince hükmedilecek cezalar açısından, eski TCK 45. maddede ifadesini bulan kast kaidesi aranmaktaydı.⁸⁰ Aynı şekilde 5237 sayılı Yeni TCK'nın 21. maddesinde de kastın varlığı aranmaktadır. Bunun sonucu olarak fiili bilmemek, keza cebir, ikrah ve tehdidin kusurluluğu kaldıracağı sonucuna ulaşabiliriz.

4.5. Hukuka Aykırılık

Hukuka uygunluk nedenleri, kural olarak ceza mevzuatınca yasaklanmış bir fiilin, bu fiilin işlenmesine yetki veren veya onu emreden bir normun varlığı nedeniyle, suç sayılmasını engelleyen özel durumlar olarak tanımlanmaktadır.⁸¹ "Hukuka aykırılığın oluşmasına engel olan nedenlere hukuka uygunluk nedenleri denir".⁸²

Hukuka uygunluk nedeni eylemi sonradan hukuka uygun hale getirmez, eylem zaten hukuka uygundur. Çünkü suçun yapısal unsuru olarak görülen hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırmaktadır.⁸³

Eski Ceza Kanunumuzda genel hukuka uygunluk nedeni TCK 49. maddede düzenlenmişti. Buna göre; kanun hükmünü icra, yetkili merciin emrini ifa, meşru müdafaa, ızdırar hali hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmişti. 5237 sayılı yeni Ceza Kanunu'nun bunlara ilaveten hakkın kullanılması ve mağdurun rızasını da 26. maddede genel hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemiştir.

⁷⁸ Y. 11. CD, T. 2.2.2001, E. 2000/5998, K. 2000/823, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, C. 27, S. 8, Ağustos 2001.

⁷⁹ Erman, *Vergi...* s. 31.

⁸⁰ Öncel - Kumrulu - Çağan, s. 214.

⁸¹ Toroslu, Aralık 2005, s. 98.

⁸² Şenyüz, s. 14; Oktar, s. 119; Mahmutoğlu, s. 43.

⁸³ Mahmutoğlu, s. 43-44.

Bu hukuka uygunluk nedenlerinin tümü vergi kaçakçılığı suçu için hukuka uygunluk nedeni olmasa da, kanun hükmünü icra⁸⁴ ve ızdırar hali⁸⁵ vergi kaçakçılığı suçu için hukuka uygunluk sebebi olarak kabul görmektedir. Buna karşın bazı yazarlar hukuka uygunluk sebeplerinin hiçbirinin vergi kaçakçılığı suçu için uygun olmadığını savunmaktadır.⁸⁶

Izdırar hali bir kimsenin bilerek sebebiyet vermediği ağır ve muhakkak bir tehlikeden kendisini veya bir başkasını korumak zorunda kalarak bir suç işlemesi olarak düzenlenmiştir.⁸⁷ Bu düzenlemede tehlikenin nefse yani hayata ve vücut bütünlüğüne yönelik olması gerekiyordu.⁸⁸ Ancak 5237 sayılı yeni Ceza Kanunu'nun 25/2 maddesinde *"gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan, ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğuyla ve tehlikenin ağırlığıyla konu ve kullandığı vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez"* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle sadece hayata ve vücut bütünlüğüne yönelik tehlike değil aynı zamanda malvarlığı haklarına yönelik tehlike de zorunluluk hali olarak kabul edilerek ceza sorumluluğunu kaldıracağı ifade edilmiştir.⁸⁹

Kaçakçılık suçu için hukuka uygunluk sebebi olarak ızdırar hali doktrinde kabul görmüştür.⁹⁰ Mesela bir tacirin bozulan ekonomik durumunun daha da kötüleşmemesi için vergi kaçırması durumunda ızdırar halinden istifade edebilmesi gerekir. Doktrinde iflasın şeref ve haysiyeti⁹¹ hatta medeni hakların bir kısmını kaybettiği varsayımından hareketle mükellefin vergi ödemediği takdirde kesin iflas edeceği ve iflastan kurtulmasının (konkordato dahil) mümkün olmayacağı durumda, vergi kaçakçılığı suçunu işlemiş olmasının ızdırar hali olarak

⁸⁴ Yiğit, s. 157.

⁸⁵ Dönmezer - Erman, C. 1, s. 413; Erman, *Vergi...*, s. 25; Oktar, s. 119; Bayraklı, s. 106.

⁸⁶ Yiğit, s. 157-158.

⁸⁷ Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, C. II-III, İstanbul 1992, s. 203; Dönmezer - Erman, C. 1, s. 413; Demirbaş, s. 267.

⁸⁸ Önder, s. 203; Toroslu, Aralık 2005, s. 110.

⁸⁹ Toroslu, Aralık 2005, s. 110; Mahmutoğlu, s. 52; Erol, s. 118.

⁹⁰ Dönmezer - Erman, C. 1, s. 413; Erman, *Vergi...*, s. 25.

⁹¹ Izdırar halini açıklayan "dar sisteme" göre hayat ve vücut bütünlüğü tehlikenin yönelik olduğu haklar olmasına karşın, "geniş sisteme" göre hayat, vücut bütünlüğü, şeref, hürriyet, malda zorda kalma durumu da tehlikenin yönelik olduğu hakların konusunu oluşturur. Önder s. 203.

görülebileceği ve 765 sayılı eski TCK m. 49/3, 5237 sayılı yeni TCK m. 25/2 kapsamına gireceği ifade edilmiştir.⁹² Eski düzenlemeye göre nefse yönelik tehlike şartı arandığından ızdırar halinin uygulanması konusunda tereddüt olmasına karşın yeni kanunla, malvarlığı hakları kapsama alınmak suretiyle ızdırar halinin uygulanabileceğine yönelik tereddütler ortadan kaldırılmıştır.

Vergi kanunlarındaki istisna ve muafiyetlerden yararlanmak suretiyle vergi ödememe, eksik ödeme ya da geç ödeme durumunu kanun hükmünü icra olarak kabul edebiliriz.⁹³ Kanun hükmünü icra; kanun, tüzük ya da yönetmelik gibi maddi anlamda kanun niteliği taşıyan bir hukuk kuralını uygulayan şahsın eyleminin tipikliğe uygun olması durumunda bile, bu şahsın eyleminin kanuna uygun sayılarak cezalandırılmamasıdır.⁹⁴

Yine Vergi Usul Kanunu'nun 369/1. maddesine göre; yetkili mercilerden görüş isteyen mükellefe, yazı ile yanlış izahat verilmiş olunması durumunda, bu görüşler doğrultusunda hareket eden mükellefe, vergi cezasının kesilmeyeceğini dolayısıyla hürriyeti bağlayıcı ceza ile yargılanmayacağını belirtmektedir. Hakeza bir hükmün uygulanma tarzı hususunda yetkili makamların görüş ve kanaatini değiştirmiş veya bu hükme ait içtihadın değişmiş olması ihtimalinde de fail cezalandırılmaz (VUK m. 369/2). Bu iki durumda yanılma olarak nitelenmiş ve vergi suçluluğunu kaldıran sebep olarak sayılmıştır.⁹⁵

Aynı şekilde Vergi Usul Kanunu'nun 413. maddesi göre; mükelleflerin, maliye bakanlığı ya da yetkili kılınan makamlardan izahat alması durumunda ve aldıkları bu cevaba göre hareket ettikleri takdirde, mükellefin fiili suç olsa bile cezalandırılmayacağı ifade edilmiştir. Bu durum fiilin cezalandırılmasını önleyen bir başka hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir.⁹⁶

⁹² Dönmezer - Erman, C.1, s. 413.

⁹³ Yiğit, s. 157.

⁹⁴ Mahmutoğlu, s. 47-48; Erol, s. 133.

⁹⁵ Erman, *Vergi...* s. 15.

⁹⁶ Bayraklı, s. 106.

5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ USULLERİ

5.1. İştirak

TCK'da iştirak bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden çok kişi tarafından işlenmesi olarak tanımlanmıştır.⁹⁷ VUK 360. maddesi vergi kaçakçılığı suçunun iştirak halinde işlenmesine ilişkin özel hüküm getirmiştir.⁹⁸ Bir başka ifade ile VUK'da düzenlenen iştirak TCK'dan farklı olarak düzenlenmiştir.

VUK 360. maddesinde asli ve ferî iştirak olarak düzenlenmiştir. Buna göre asli iştirak; asli maddi ve asli manevi iştirak şeklinde eski TCK'ya paralel bir düzenleme öngörmüştür. Ancak burada eski TCK'dan farklı olarak asli ferî ayrımında temel alınan ölçüt, "bir çıkar gözetmek" (maddi menfaat) ya da gözetmemek şeklinde ifade edilmiştir.⁹⁹ Mesela; tüzel kişiliğe haiz bir şirkette, patronun, vergi işlemleriyle ilgili olarak muhasebecinin vergi kayıtlarında tahrifat yapmasını istemesi ve şirket muhasebecisinin bunu yapması durumunda patron asli manevi iştiraktan muhasebeci ise normal ücretinden başka bir şey almadığı takdirde ferî iştiraktan, normal ücreti dışında bir maddi çıkar sağladığı takdirde o da asli iştiraktan (irtikap eden sıfatı ile) yargılanacaktır.

Görüldüğü gibi gerek eski gerekse yeni TCK'dan farklı olarak düzenlenmiş ve asli failer için işlenen suçun gerektirdiği ceza ile asli şerikler cezalandırılmakta ferî failer ise bu cezanın 1/4'ü ile cezalandırılmaktadır.

Şerikler için hükmedilecek ceza hem ceza yargılaması (hürriyeti bağlayıcı ceza) açısından hem de kaçakçılık suçu dolayısı ile kesilecek idari nitelikte para cezası açısından uygulanacaktır.¹⁰⁰

5237 sayılı Ceza Kanunu'nun 5. maddesine göre iştirak hükümleri de ceza kanununa tabi olacaktır. Diğer bir ifadeyle Kaçakçılık suçuna iştirakle ilgili Vergi Usul Kanunu'nun 360. maddesindeki düzenleme 31.12.2006 tarihinden itibaren uygulanmayacak bunun yerine yeni Türk Ceza Kanunu'nun iştirakle ilgili hükümleri uygulanacaktır.

⁹⁷ Toroslu, Aralık 2005, s. 201; Mutluer, s. 102; Demirbaş, s. 413; Uysal - Eroğlu, s. 683; Candan, 2004, s. 125.

⁹⁸ Kızılot, *Sempozyum...*, s. 190; Şenyüz, s. 283.

⁹⁹ Mutluer, s. 106; Kızılot, *Sempozyum...*, s. 191.

¹⁰⁰ Akış, Ercüment, "Vergi Cezalarının Özellikleri", *Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi*, Ankara, Nisan 1999, C. 4, S. 4, s. 56.

Hemen belirtelim ki eski Ceza Kanunu'nun iştirak müessesesini asli ve ferî olarak düzenlemesine karşın yeni Türk Ceza Kanunu bu müesseseyi, azmettirme ve yardım etme olarak düzenlemiştir.¹⁰¹ Yeni Ceza Kanunu'na göre azmettiren, işlenen suçun cezasıyla cezalandırılmasına (m. 38) karşın yardım edene işlenen suçun gerektirdiği cezanın yarısı verilir (m.39). Ancak 5252 sayılı TCKYUŞHK'nın Geçici 1. maddesine göre 31.12.2006 tarihine kadar özel kanunlar dolayısıyla VUK'un 360. maddesi uygulanmaya devam edecektir.

5.2. İçtima

Suçların içtması; tek bir fiille kanunun birden fazla hükmünün ya da birden çok fiille kanunun aynı hükmünün birden fazla ya da farklı hükümlerinin ihlal edilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır.¹⁰² Cezaların içtması ise, bir kişinin birden fazla ve birbirinden bağımsız hareketlerle Ceza Kanunu'nun aynı hükmünü veya değişik hükümlerini değişik zamanlarda ihlal etmiş olması halini belirtir.¹⁰³

Vergi Usul Kanunu 335. maddede tek fiille başka neviden birden çok vergi ziya uğratılmışsa her vergi bakımından ayrı ceza kesilir. Aynı Kanun'un 336. maddesinde ise fikri içtima¹⁰⁴ müessesesi düzenlenmiştir. Ancak bu iki düzenlemede vergi dairesince verilen idari para cezaları için geçerlidir. Ceza Mahkemesi'nce yargılanacak "*Kaçakçılık, Vergi Mahremiyetini İhlal ve Mükellefin Özel İşlerini Yapma*" suçu için geçerli değildir.

Yine VUK'un 340. maddede vergi zıyayı, usulsüzlük ve kaçakçılık suçlarının içtima ve tekerrür hükümleri bakımından birleştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Şöyle ki; failin işlemiş olduğu fiille hem kaçakçılık suçunu işlemiş hem de vergi zıyayına sebebiyet vermiş olması durumunda idare tarafından vergi cezası verilir (üç kat arttırılarak) hem de ceza mahkemesinde hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.

¹⁰¹ Demirbaş, s. 413.

¹⁰² Toroslu, Aralık 2005, s. 230; Yargıtay vermiş olduğu bir kararda yanılıcı fatura düzenlemek eylemiyle defter ve belgeleri ibraz etme eyleminin birbirinden ayrı ve bağımsız suç oluşturduğu, tek suç kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Y. 11. CD, T. 12.2.2001, E. 2001/419, K. 2001/1312, Candan, 2004, s. 277

¹⁰³ Önder, s. 683.

¹⁰⁴ Fikri içtima; failin bir fiil ile kanunun birkaç hükmünü ihlal etmesi durumunda failin bunlardan en ağır cezayı gerektiren hükümle cezalandırılmasıdır.

“ Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar”ı gerektiren suçlar bakımından Vergi Usul Kanunu’nda içtimaya ilişkin özel bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bu nedenle VUK’un 359. maddesi açısından 5237 sayılı TCK’da düzenlenen içtima hükümleri tatbik edilecektir.¹⁰⁵

Mesela; fail yapmış olduğu tek hareketle¹⁰⁶ hem VUK’un 359. maddesinin (b) bendini ihlal etmiş hem de bu parayı aklamak için 4208 sayılı Kara Paranın Aklanması Hakkında Kanun’un 2-b maddesini ihlal etmiş olsun. Bu durumda, faile 5237 sayılı yeni TCK’nın 44. maddesi gereği tek ve daha ağır ceza verilmek suretiyle fikri içtima kuralları uygulanacaktır.¹⁰⁷

Yargıtay mahiyeti itibari ile yanıltıcı belge düzenleme eylemi ile defter ve belgeleri gizleme eyleminin ayrı ve bağımsız suçlar olduğunu, her birine ayrı ceza tayini gerektiğini, tek suç kabul edilerek tek ceza verilmesinin isabetli olmadığına¹⁰⁸ karar vermiştir. Yine bir başka kararın da ise sahte fatura kullanılmasının her tarh dönemi için ayrı suç oluşturduğuna¹⁰⁹ karar vermek suretiyle ceza hukukunun içtimaya ilişkin genel hükümlerini uyguladığı görülmektedir.

5.3. Tekerrür

Tekerrür; TCK da ceza miktarına etki eden bir başka husus olarak düzenlenmiştir. Tekerrür; suç işleyerek mahkum olmuş kişinin yeni bir suç işlemekten dolayı ikinci defa mahkum olması halinde söz konusu olur.¹¹⁰ 765 sayılı eski Ceza Kanunu’nda bir suç işleyip cezasını çektikten ya da düştükten sonra tekrarlama süresi içinde tekrar suç işleyen kişinin şahsi durumu olarak ifade ediliyordu.¹¹¹ Ancak 5237 sayılı yeni Ceza Kanunu’nun 58. maddesinin 1. bendine göre “Önceden işlenen suçtan

¹⁰⁵ Akış, s. 56; Nitekim Yargıtay’da kaçakçılık suçları bakımından müteselsil suç vb. müesseseleri uygulamaktadır, YCGK, T. 5.3.2002, E. 2002/11-28, K. 2002/179.

¹⁰⁶ Yargıtay; tek yazıyla istenilen birden fazla vergilendirme dönemine ait (1994 ve 1995 vergilendirme dönemi) defter ve belgelerin ibraz edilmemesinin, tek gizleme eylemi ve kaçakçılık suçu sayılacağına karar vermiştir. Y. 11. CD, T. 16.01.2002, E. 2001/11378, K. 2002/162, Candan, 2004, s. 277.

¹⁰⁷ Bilici, *Vergi Sistemi...*, dnp. 128, s. 94.

¹⁰⁸ Y. 11. CD, T. 12.02.2001, E. 2001/419, K. 2001/1312, Candan, 2004, s. 283.

¹⁰⁹ Y. 11. CD, T. 27.9.2001, E. 2001/6274, K. 2001/8764, Candan, 2004, s. 283.

¹¹⁰ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1998, s. 561; Önder, s. 643.

¹¹¹ Öncel - Kumrulu - Çağan, s. 216; Akış, s. 56.

dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, tekrerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez.” şeklinde düzenlenmiştir. İki düzenleme arasındaki temel fark, eski düzenlemede, cezanın çekilmesi ya da düşmesi şartı olmasına karşın yeni düzenlemede, mahkumiyet hükmünün kesinleşmesi yeterli kabul edilmiş ve cezanın infazı şartı aranmamıştır.

Gerek eski gerekse yeni Ceza Kanunu süreli tekrerrürü kabul etmiştir.¹¹² Eski TCK 81. maddede tekrerrür süreleri 5 seneden ziyade hürriyeti bağlayıcı ceza için 10 yıl, 5 seneden az hürriyeti bağlayıcı ceza için 5 yıl olarak düzenlenmişti. Ancak Yeni Ceza Kanunumuzda 5 yıldan fazla olan hapis cezaları için 5 yıl, 5 ya da daha az hapis cezaları veya adli para cezaları için 3 yıllık tekrerrür süresi öngörülmüştür.

5237 sayılı yeni Ceza Kanunu tek tip tekrerrürü kabul etmiştir.¹¹³ Ayrıca tekrerrür durumunda cezanın artırılması gibi bir seçenekte söz konusu olmamaktadır. Sadece yeni Kanun’un 58/3. fıkrasında; tekrerrür halinde sonraki suça ilişkin kanun maddesi hapis ve adli para cezasını seçimlik olarak öngörmüşse, bu durumda doğrudan hapis cezasına hükmolunur. Tekerrürün, bunun dışındaki sonuçları daha ziyade infazla ilgili olarak düzenlenmiştir.¹¹⁴ Fail tekrerrür durumunda daha uzun şartlı salıverme süresine tabi olacak ikinci defa tekrerrür hükümlerine tabi tutulan fail şartlı salıverilmeden yararlandırılmayacaktır (CGTİHK m. 108/3).

Tıpkı ceza hukukunda olduğu gibi vergi hukukunda da tekrerrür müessesesine yer verilmiştir. Ancak bunlar arasında benzerlik ve farklılıklar mevcuttur. Her iki alanda süreli tekrerrürü kabul etmiştir. Yeni Ceza Kanunu’nun tekrerrür süresini cezanın kesinleştiği tarihten itibaren başlattığı halde idari vergi cezaları için VUK m. 339 da bu sürenin önceki cezanın kesinleştiği tarihi izleyen yılın başından itibaren işlemeye başlayacağını kabul etmiştir.

4369 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik öncesi Vergi Usul Kanunu’nda hem hürriyeti bağlayıcı cezalar için hem de idari nitelikteki para cezaları için tekrerrür müessesesi düzenlenmişti. 4369 sayılı Yasa’yla değiştirilmeden önce; Hürriyeti bağlayıcı cezalar açısından VUK’un 359. maddesinin

¹¹² Demirbaş, s. 562.

¹¹³ Toroslu, Aralık 2005, s. 259; Demirbaş, s. 561.

¹¹⁴ Toroslu, Aralık 2005, s. 261.

4108 sayılı Kanun'la değişik 2. fıkrasında *"bu maddenin 1 ve 2 numaralı bentlerinde belirtilen fiilleri tekrar işleyenler hakkında verilecek cezalar bir kat arttırılır"* şeklinde bir hükümle düzenlenmişti. Böylece cezalar; suçun tekrarlanması halinde, cezanın bir kat arttırılarak verilmesini öngörüyordu.¹¹⁵ Fakat 1998 yılında 4369 sayılı Yasa ile yapılan düzenlemelerde kaçakçılık suçu nedeniyle verilecek hürriyeti bağlayıcı cezalar için tekerrürü düzenleyen hükümler kanundan çıkarıldı. Böylece hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren kaçakçılık suçlarında da Ceza Kanunu'nun tekerrüre ilişkin genel hükümleri uygulanmaya geldi.¹¹⁶

Aynı Yasa'yla; vergi kaçakçılığı dolayısı ile işlenen vergi zıyaı suçu için VUK 339. madde değiştirilerek yeniden düzenlendi. Buna göre; vergi kaçakçılığı sonucu işlenen ve kesinleşen vergi zıyaı suçu, tekerrür süresi içinde tekrarlanırsa vergi zıyaı cezası %50 zamlı olarak uygulanacak ve VUK 339. maddeye göre vergi zıyaı suçu için 5 yıl, usulsüzlük suçu için 2 yıllık tekerrür süresi, cezanın kesinleştiği tarihi takip eden yıldan itibaren hesaplanacaktır.

5237 sayılı Ceza Kanunu'nun 5. maddesi bağlamında TCK'nın tekerrüre ilişkin hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Dolayısıyla vergi kaçakçılığı suçunu Türk Ceza Kanunu bağlamında değerlendirmek gerekmektedir.¹¹⁷

Buna göre; kaçakçılık suçları için öngörülen hapis cezasının üst sınırı 36 ay olduğu için yeni TCK m. 58/2-b bendinde düzenlenen tekerrür hükümleri uygulanacaktır. Bu bende göre *"5 yıl ya da daha az hapis veya adli para cezalarına mahkumiyet halinde bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla"* tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağını belirterek infazdan itibaren üç yıllık süre öngörmüştür.

5.4. Teşebbüs

Teşebbüs; işlenmesine karar verilen bir cürümün icrasına elverişli vasıtalarla başladıktan sonra, failin ihtiyarında olmayan sebepler yüzünden icra fiillerinin tamamlanmaması veya tamamlanamaması ne-

¹¹⁵ Candan, 2004, s. 312.

¹¹⁶ Kızılot, *Sempozyum...* s. 191.

¹¹⁷ Mutluer, s. 88.

deniyle neticenin husule gelmemesidir.¹¹⁸ Kanuni tarifte yer alan netice gerçekleştiği takdirde tamamlanmış bir suç yer alır.¹¹⁹ Buna karşın netice gerçekleşmemişse suç tamamlanmamıştır. 765 sayılı eski TCK'nın 61. maddesinde fail yapacağı bütün hareketleri bitiremediği için neticeye ulaşamadıysa eksik teşebbüs, elinde olan bütün hareketleri yapıp bitirdiği halde netice gerçekleşmemiş ise¹²⁰ tam teşebbüs (765 sayılı TCK m. 62) söz konusu oluyordu.

Ancak 5237 sayılı yeni TCK'nın 35. maddesinde düzenlenen teşebbüs eksik ya da tam teşebbüs ayrımı yapmamış, bunun yerine; mahkemelere, cezadan dörtte birden-dörtte üçe kadar indirim yapma yetkisi tanımıştır.

Failin suç yolundaki birinci ve ikinci aşaması yani tasarlama (proje) ve hazırlık hareketleri cezalandırılmamaktadır. Ancak icra hareketlerine başlayan failin hareketleri netice meydana gelmese de cezalandırılacaktır.

Vergi Usul Kanunu'nda 4369 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklik öncesi VUK'un 358. maddesi kaçakçılık suçuna teşebbüsü ayrı bir suç tipi olarak tarif etmek suretiyle TCK'nın genel teşebbüs hükümlerinden ayrılmaktaydı.¹²¹ Böylece ayrı bir suç tipi oluşturmuş olan kanun koyucu TCK'nın teşebbüse ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemiştir.¹²² Ancak VUK'da 22.7.1998 tarih ve 4369 (82-1/b) sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile vergi kaçakçılığına teşebbüs suçu kaldırıldı. Bunun yerine yeni bir düzenleme de yapılmadığından eski TCK 10. madde gereği Ceza Kanunu'nun teşebbüse ilişkin genel hükümleri vergi kaçakçılığı suçu için de uygulandı. Yeni Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle de yeni Kanun'un teşebbüse ilişkin genel hükümleri uygulanmaktadır. Zaten "*Vergi Mahremiyetini İhlal ve Mükellefin Özel İşlerini Yapma Suçu*" için Ceza Kanunu'nun teşebbüse ilişkin genel hükümleri uygulanmak-

¹¹⁸ Candan, Turgut, *Vergi Suçları ve Cezaları*, Ankara Eylül 1995, s. 310; Mutluer, s. 177.

¹¹⁹ Yargıtay; 3065 sayılı KDV Kanunu'nun 41 ve 45. maddeleri uyarınca, suç tarihinin, verginin tarhi için yasada belirtilen sürenin son günü olduğu beyanname verilmele vergi kaçakçılığı suçunun tamamlandığı ve artık teşebbüsten bahsedilemeyeceğine karar vermiştir. Y. 11. CD, T. 31.01.2001, E. 2000/6138 K. 2001/571, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, C. 27, S. 6, Haziran 2001.

¹²⁰ Dönmezer - Erman, C. 1, s. 443.

¹²¹ Kırbas, s. 185; Abdurrahman Akdoğan, *Türk Vergi Sistemi*, Ankara 1998, s. 44.

¹²² Akdoğan, s. 43.

taydı. Sonuç olarak kanun koyucu vergi kaçakçılığı suçu için getirdiği özel düzenlemeyi kaldırmak suretiyle TCK'nın teşebbüse ilişkin genel hükümlerinin uygulanmasını sağlamıştır.

Kanun koyucu, Vergi Usul Kanunu'nda "vergi kaçakçılığına teşebbüs" olarak düzenlenmiş bulunan bir kısım fiilleri, 4369 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle tamamlanmış suç (kaçakçılık suçu) olarak düzenlemiştir. Maliye Bakanlığı'ndan izinsiz (yetkisiz) belge basma gibi.

5.5. Gönüllü Vazgeçme ve Aktif Pişmanlık

"Suçun icrası sırasında ve henüz suç tamamlanmadan, harekete son vermek veya sonucun gerçekleşmesini önlemek suretiyle failin suç işleme kararından vazgeçmesi mümkündür". Birinci ihtimalde icra hareketlerinden vazgeçme, ikinci ihtimalde ise suçun gerçekleşmesi ya da neticenin meydana gelmesi önlenmeye çalışılmaktadır.¹²³

Failin elinde olan sebeplerle icrannın bitmesine engel olması halinde gönüllü vazgeçme, failin aynı nitelikteki sebeplerle neticenin gerçekleşmesine engel olması halinde ise faal nedamet (faal pişmanlık, aktif pişmanlık) söz konusu olur.¹²⁴ 765 sayılı eski TCK gönüllü vazgeçmeyi 61. maddenin son fıkrasında düzenliyordu. Buna göre, icra hareketlerinden gönüllü vazgeçen fail o ana kadarki hareketler başka suç oluşturuyorsa, salt teşebbüsten dolayı cezalandırılmıyordu. Ancak 5237 sayılı Yeni TCK 36. madde sadece icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmeyi değil aynı zamanda suçun tamamlanması veya sonucun gerçekleşmesini önleme durumunda da (faal nedamet, aktif pişmanlık) faile ceza verilmeyeceğini düzenlemektedir.¹²⁵ Bu düzenlemeyle, mevzuatımıza aktif pişmanlık müessesesi de girmiş bulunmaktadır. Hemen ilave edelim ki; aktif pişmanlık aşamasına kadar olan aşamalar başka suç oluşturuyorsa bundan dolayı fail cezalandırılacaktır. Eğer oluşturuyorsa sadece bu suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır.

Faal nedamet; vergi mevzuatımızda VUK'un 371. maddesinde pişmanlık ve ıslah olarak düzenlenmiştir.¹²⁶ Buna göre yetkili makamlar

¹²³ Toroslu, Aralık 2005, s. 196.

¹²⁴ Dönmezer - Erman, C. 1, s. 443; Önder, s. 422-423.

¹²⁵ Toroslu, Aralık 2005, s. 197.

¹²⁶ Erman, *Vergi...*, s. 20.

herhangi bir inceleme başlatmadan yetkili makama herhangi bir ihbar yapılmadan, mükellef kendiliğinden idareye başvurur, yerine getirmediği yükümlülükleri yerine getirip uygulanacak gecikme zammı ile ödemeyi haber verdiği tarihten itibaren 15 gün içinde öderse kendisine vergi cezası kesilmez. Bu şartları yerine getiren kaçakçılık suçu fail ve iştirakçilerine de (VUK'un 359. maddesine göre 371. maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildiren) ceza verilmeyecektir.¹²⁷ Ancak bunun tek istisnasını Emlak Vergisi oluşturmaktadır.¹²⁸

Faal nedamet tüm icrai hareketler tamamlandıktan sonra neticenin meydana gelmesini önlemek, önlemeye çalışmak olarak ifade edildiğinden 371. maddeye uygun olarak yükümlülüklerini yerine getiren faillerin sorumluluğu ortadan kalkmış olur.¹²⁹ Bunlar hakkında dava açılmaz ve cezaya hükmedilemez.

VUK'un 371. maddesi beyana dayanan vergiler için böyle bir imkan tanımaktadır. Ancak VUK'un 359. maddesi beyana dayanan ya da dayanmayan ayrımı yapmadığı için diğer fıkralarda düzenlenen suçlar için de faal nedamet müessesinden faydalanılabilir.¹³⁰ Mesela maliye bakanlığından yetki almadan belge basan matbaanın bu belgeleri kullanmadan idareye haber vermesi durumunda bunlar aleyhine dava açılmamalıdır. Zira Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesi, 371. maddeye atıfla hükmün uygulanacağını söylediğinden¹³¹ ayrıca tüm yasaların amacının suç ve cezayı önlemek olduğu ve vergi mevzuatı ile de hazinenin menfaatleri korunmaya çalışıldığı varsayıncıca faillerin bu durumda faal nedametten faydalanması gerekmektedir. Sonuç olarak hazinenin ve kamu menfaatinin tazmin edilmesi ya da zarar tehlikesini önleme imkanı mevcut ise faillerin faal nedamet müessesesinden faydalandırılmaları gerekecektir. Bu itibarlar pişmanlık ve ıslah kurumu sayesinde işlenmiş ve tamamlanmış olan vergi suçu cezalandırılmayacaktır. Bir başka ifadeyle devlet, tamamlanmış bir suçun cezalandırılmasından vazgeçmiş olmaktadır.¹³²

¹²⁷ Kırbas, s. 185; Mutluer, s. 203; Hatipoğlu - Parlar, *Ticari Suçlar...*, s. 165-166; Özbacı, s. 963; Akdoğan, s. 44; Uysal - Eroğlu, s. 682.

¹²⁸ Bilici, *Vergi Sistemi...*, s. 97.

¹²⁹ Öncel - Kumrulu - Çağan, s. 218; Mutluer, s. 203.

¹³⁰ Özbacı, s. 965.

¹³¹ Akdoğan, s. 43.

¹³² Yusuf Karakoç, *Türk Vergi Ceza Hukuku'nda Pişmanlık ve Islah*, İzmir 1997, s. 11.

Ancak Vergi Usul Kanunu'nda "Pişmanlık ve Islah" olarak düzenlenen müessese 5237 sayılı TCK'da da düzenlendiğinden ve 5. madde ile yapılan genel atıf bu müesseseler içinde geçerli olduğundan 31.12.2006 tarihinden sonra artık Vergi Usul Kanunu'ndaki yukarıda bahsedilen hükümler uygulanmayacaktır. Zira 5252 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesine göre özel ceza kanunlarındaki TCK Birinci Kitap'ta yer alan düzenlemelere aykırı hükümler, gerekli değişiklikler yapıncaya kadar ve en geç 31.12.2006 tarihine kadar uygulanmaya devam edecektir.

6. Müeyyide

Kaçakçılık suçuna verilecek ceza Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde ikiye ayrılmak suretiyle düzenlenmiştir. Buna göre; (a) bendinde sayılan fiilleri işleyenler için altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu bentte düzenlenen fiilleri işlemek suretiyle hükmolunan ceza para cezasına çevrilebilmektedir. Buna göre para cezasına¹³³ çevrilen hürriyeti bağlayıcı cezanın her bir gün için sanayi sektöründe çalışan 16 yaşından büyük işçiler için yürürlükte bulunan¹³⁴ asgari ücret tarifesinin brüt tutarının yarısı esas alınmak suretiyle hesaplanıp para cezasına çevrilmekte,¹³⁵ ancak bu para cezası ertelenememektedir.¹³⁶

Vergi Usul Kanunu 359. maddenin (b) bendinde düzenlenen fiilleri işleyenler için 18 aydan 3 yıla kadar ağır hapis cezasına hükmolunmakta fakat bu cezalar da para cezasına çevrilememekteydi.¹³⁷

¹³³ Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesindeki paraya çevirme yönteminin 647 sayılı Yasa'nın 4. maddesindeki paraya çevirme yöntemine göre eşitsizlik yarattığı, bu nedenle Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu iddiası, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüş ve Anayasa Mahkemesi'nin 11.5.1999 tarih, 1996/6 esas ve 1999/13 sayılı kararla eşitlik ilkesini ihlal etmediğine karar vererek iptal istemini red etmiştir. Yiğit, s. 118.

¹³⁴ Anayasa Mahkemesi; 213 sayılı VUK'un 4369 sayılı Kanun'la değiştirilen 359. maddesinin (a) bendinin son paragrafında yer alan "... hüküm tarihinde ..." sözcükleri Anayasa'nın 2, 10, 11 ve 38. maddelere aykırı bulunarak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, T. 7.6.1999, E. 1999/10, K. 1999/22, RG, T. 12.10.2000, S. 24198, s. 47.

¹³⁵ Ahmet Gündel, Vergi Suçları ve Cezaları, Ankara 1991, s. 86; Kızılot, Sempozyum... s. 192; Karakoç, s. 11.

¹³⁶ Bilici, *Vergi Sistemi...*, s. 93-94; Şenyüz, s. 260.

¹³⁷ Ela, Hatice - Kelecioğlu, M. Aykut, *Vergi Sorunları Dergisi*, (*Vergi Sorunları Dergisi*'nin Haziran-2000 eki) *Vergi Cezaları ve Uzlaşma*, Haziran-2000, s. 51; Kızılot, *Sempozyum...* s. 193; Bayraklı, s. 226.

5237 sayılı TCK'nun 45. maddesine göre "suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır" şeklinde bir düzenlemeye gidilmiştir. Böylece eski sistemde var olan ağır hapis, hapis, hafif hapis, ağır para ve hafif para cezaları sistemi terkedilmiş bunun yerine "hapis ve adli para cezaları" sistemi getirilmiştir. Ayrıca 5252 sayılı TCKYUŞHK 6/1 maddesiyle kanunlarda öngörülen ağır hapis cezaları hapis cezasına dönüştürülmüştür.¹³⁸

Eski sisteme göre verilen cezalar 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 5, 6 ve 7. maddelerine göre yeni ceza sistemine dönüştürülmektedir. Bu durumda vergi kaçakçılığı suçu ile ilgili olarak verilen ağır hapis cezaları hapis cezasına çevrilmiş olduğundan dolayı bu cezalar bakımından da erteleme ve para cezasına çevrilme imkanı doğmuştur.¹³⁹ Ayrıca (b) bendinde düzenlenen cezaların para cezasına nasıl çevrileceğine ilişkin VUK'da özel bir hükümde olmadığı için yeni Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine göre diğer şartlarda mevcutsa adli para cezasına çevrilebilecek¹⁴⁰ ya da şartları varsa (iki yıl ya da altındaki hapis cezaları) tecil edilebilecektir.

VUK'un 359/b fıkrasında belirtilen fiillerin karşılığı olan cezanın alt sınırının 18 ay olması nedeniyle paraya çevrilmenin mümkün olmadığı¹⁴¹ düşünülse de paraya çevirme, ceza hukuku müesseselerinin uygulanmasından sonra ortaya çıkacak olan miktar üzerinden yapılacağından, bu miktarın bir yıl ya da altına inmesi durumunda adli para cezasına çevrilme mümkün olabilecektir.

Ceza mahkemesi hakimi hürriyeti bağlayıcı ceza yanında ceza hukukunun genel ilkelerine göre sanat ve meslek icrasından mahrumiyet cezasına da hükmedebilecektir¹⁴² (5237 sayılı TCK m. 50-53).

Kaçakçılık suçu işlenirken vergi zıyayı da ortaya çıkmışsa bu suçlara vergi zıyayı cezası da ayrıca uygulanacaktır. Vergi Usul Kanunu 344/3

¹³⁸ Hakan Üzeltürk, "Ekonomik Suçlar ve Vergiler", *Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu*, 30 Nisan 1 Mayıs 2005, Ankara, s. 230; Şenyüz, s. 262.

¹³⁹ Candan, 2004, s. 311.

¹⁴⁰ Üzeltürk, ceza kanunlarında yapılan değişiklikler nedeniyle VUK'un 359. maddenin b fıkrasında ki suçlar için erteleme mümkün olduğunu ancak paraya çevrilemeyeceğini belirtmektedir, s. 231.

¹⁴¹ Şenyüz, s. 362.

¹⁴² Bilici, *Vergi Sistemi...*, Dipnot 130, s. 94; Ok - Gündel, s. 81; Uluatam - Methibay, s. 209; Kırbaş, s. 188.

fıkraya göre vergi zıyanına Vergi Usul Kanunu 359. maddede yazılı fiiller ile sebebiyet verildiği takdirde vergi zıyaı cezası üç kat ve bu fiillere iştirak edenlere ise bir kat ceza kesilir. Kanun koyucu idari (mali) nitelikte para cezaları için iştirak bakımından farklılık öngörmüştür.

Ceza mahkemesinin beraat kararı idarenin verdiği vergi cezasına engel olmadığı gibi, idarenin para cezası uygulamaması ceza mahkemesinin vereceği hürriyeti bağlayıcı cezayı etkilemez, cezaya engel olmaz.¹⁴³ Tabi olarak mahkemece hükmedilecek ceza ile idari cezalar arasında “*non bis in idem*”¹⁴⁴ kuralı uygulanmaz.

Aynı şekilde Ceza Yargısı ile İdari Yargılama arasında da mutlak bir bağıllık yoktur. Zira Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararda da belirttiği gibi “*Vergi Mahkemesi kararının, sahtelik konusundaki delillerin değerlendirilmesinde Ceza Mahkemesi’ni bağlamayacağına karar vermiştir*”.¹⁴⁵

Ceza hakimince verilen hürriyeti bağlayıcı cezanın tecili TCK hükümlerine tabidir. Ancak VUK 356/a-son maddesine göre kaçakçılık suçu sonucu verilen hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen para cezası tecil edilememektedir.¹⁴⁶ Ayrıca bu fıkraya göre verilen cezanın süresine bakılmaksızın paraya çevrilebilecektir.¹⁴⁷ Hemen ilave edelim ki; (a) fıkrasına göre verilen iki yıla kadar olan hapis cezaları, para cezasına çevrilmeden doğrudan ertelenebilmektedir. Nitekim Yargıtay’da “*ibrazı istenen defter ve belgeleri gizlemek suçundan sanığa hükmolunan hapis cezasının ertelenmiş olmasına, süresi itibari ile para cezasına çevrilebilecek olan hapis cezasının 213 sayılı Yasa’nın 359/a-son maddesine göre paraya çevrileceğini, bu durumda da erteleme yasağı olacağına*”¹⁴⁸ karar vermek suretiyle 213 sayılı Yasa’nın 359/a maddesine göre verilen hapis cezalarının tecilinin mümkün olduğuna işaret etmiştir. Sonuç olarak tecil yasağı paraya çevrildikten sonra yani para cezası için söz konusu olmaktadır.

¹⁴³ Kırbaş, s. 188; Gündel, s. 89.

¹⁴⁴ “Somut bir vakia ile ilgili olarak belli bir kişi hakkında bir ceza kovuşturması başlatılmış, bir ceza davası açılmış ise, aynı şahıs hakkında aynı fiilden dolayı ayrıca ceza kovuşturması başlatılmayacağını, ayrıca bir ceza davası açılmayacağını ifade eder.” Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz., İzzet Özgenç, “Non Bis in Idem” Kuralının Milletlerarası Değeri ve TCK’nın 10/A Maddesi Hükümüne İlişkin Değerlendirme”, *Yargıtay Dergisi*, C. 28, S. 3, Temmuz 2002, s. 323 vd.

¹⁴⁵ Candan, 2004, s. 279.

¹⁴⁶ Öncel - Kumrulu - Çağan, s. 214.

¹⁴⁷ Yiğit, s. 167.

¹⁴⁸ Y. 11. CD, T. 10.5.2001, E. 2001/4115, K. 2001/4683, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, C. 28, S. 3, Mart 2002.

5237 sayılı Yeni TCK 51. maddeye göre adli para cezalarının tecili zaten mümkün değildir. Sadece iki yıla kadar olan hapis cezalarının teciline imkan verilmiştir. Oysa 647 sayılı Ceza İnfaz Kanunu'nun 6. maddesine göre miktarına bakılmaksızın ağır ya da hafif para cezaları ertelenebilmektedir.

Sonuç olarak 31.12.2006 tarihine kadar (a) bendindeki para cezasına çevirme yöntemi uygulanmaya devam edecektir. Bu tarihten sonra yeni TCK'nın genel hükümlerine göre para cezasına çevrilecektir. Fakat (b) fıkrasında paraya çevirmeye ilişkin özel bir düzenleme olmadığından yeni TCK'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, genel hükümlerine göre adli para cezasına çevrilebilecek ya da şartları varsa (iki yıl ya da daha az hapis cezası ise) hapis cezası ertelenebilecektir. Aynı şekilde (a) fıkrasına göre verilen hapis (iki yıl ya da daha az hapis cezası) cezaları da paraya çevrilmeden ertelenebilecektir. 5252 sayılı kanunla tüm hürriyeti bağlayıcı cezalar, tek tipleştirilmiş yani hapis cezasına çevrilmiş ve iki yıla kadar olan hapis cezaları da ertelenebilme kapsamına alınmıştır.

7. SUÇA TESİR EDEN HALLER

Ceza mevzuatımız açısından genel ağırlatıcı sebep kabul edilmemiş, genel hafifletici sebep olan haksız tahrik kabul edilmiştir.¹⁴⁹ Genel hafifletici sebebin vergi ceza mevzuatımız açısından vergi mahremiyetini ihlal ve mükellefiyetin özel işlerini yapma suçlarında düşünülebileceğine karşın VUK 359. maddede düzenlenen kaçakçılık suçu açısından uygulanması mümkün değildir. İster tamamlanmış, ister teşebbüs derecesinde kalmış olsun kaçakçılık suçları için özel sebeple öngörülmuş ağırlatıcı veya hafifletici sebepler mevcut değildir.¹⁵⁰ Ancak sebebiyet verilen vergi ziyanının miktarı cezanın yukarı sınıra çıkılmasına yol açabilmektedir.¹⁵¹

¹⁴⁹ Kırbas, s. 188; Öncel - Kumrulu - Çağan, s. 214.

¹⁵⁰ Bilici, *Genel İlkeler...*, s. 68.

¹⁵¹ Bilici, *Genel İlkeler...*, s. 71.

8. ZAMANAŞIMI

8.1. Genel Olarak

Zamanaşımı yasanın belirttiği şartlar altında öngörülen sürenin geçmesi ile suç ve cezanın sona ermesi sonucunu doğuran hukuki müessesedir. Zamanaşımı mükellefin ya da sanığın bu hususta bir müracaatı olup olmadığına bakılmaksızın hüküm ifade eder.¹⁵² Vergi Usul Kanunu'nda vergi zıyaı ve usulsüzlük suçları ile ilgili ceza kesme ve Amme Alacakların Tahsil-i Usulü Hakkında Kanun'da ise tahsil zaman aşımı açıkça düzenlenmiştir. Ancak ceza hukuku manasındaki "Kaçakçılık, Vergi Mahremiyetini İhlal" ve "Mükellefin Özel İşlerini Yapmakla İlgili Açık Hüküm" bulunmamaktadır. Bu bağlamda 765 sayılı eski TCK 10 ve 5237 sayılı yeni TCK 5. madde hükmüne binaen genel hükümlerin bu suçlar için de geçerli olması sonucu, TCK'daki dava zaman aşımı ve ceza zaman aşımı süreleri bu suçlar için de uygulanacaktır.¹⁵³

8.2. Dava Zaman aşımı

765 sayılı eski TCK 102/4 maddeye göre 5 seneden ziyade olmayan ağır hapis ve hapis cezalarını müstelzim cürümler için zaman aşımı süresinin 5 yıl olduğunu hükme bağlamıştı. 5237 sayılı yeni TCK'nın 66. maddesinin 1/e bendine göre "beş yıldan fazla olmamak üzere hapis ya da adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl" geçmesi ile kamu davasının düşeceğine hükmetmiştir. Dava zaman aşımı kaçakçılık suçunun işlendiği tarihte başlar ve zaman aşımı hesabında suç gününde hesaba katılır. TCK'nın öngördüğü zaman aşımı kesme ve durdurma sebepleri kaçakçılık suçu için de geçerlidir. Dava zaman aşımına uğramış bir suçu haber alan savcı takibata yer olmadığına karar vermeli ve hakim de resen göz önüne almalıdır.¹⁵⁴

Burada sekiz yıl olarak düzenlenen dava zaman aşımı Vergi Usul Kanunu'nda (m. 114) düzenlenen zaman aşımı ve belge-bilgilerin beş yıllık ibraz süresine göre daha uzun olduğundan doktrinde haklı olarak dava zaman aşımı süresi içinde açılacak davalar bakımından ispat sorunun yaşanabileceği ifade edilmiştir.¹⁵⁵

¹⁵² Gündel, s. 156; Toroslu, Aralık 2005, s. 308; Soyaslan, s. 647.

¹⁵³ Mutluer, s. 216.

¹⁵⁴ Toroslu, Aralık 2005, s. 308; Bayraklı, a.g.e., s. 226; Soyaslan, s. 647; Öncel - Kumrulu - Çağan, s. 146.

¹⁵⁵ Üzeltürk, s. 231.

8.3. Ceza Zamanaşımı

Ceza zamaşıımı; kesin karara bağlanmış bir cezanın karar tarihinden itibaren yasada öngörülen süre içerisinde yerine getirilememesi sonucu cezanın kalkmasıdır (sona ermesidir). 765 sayılı eski TCK 112 ve 5237 sayılı yeni TCK 68. madde de düzenlenmiştir. Yeni Kanun'a göre "beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıl" olarak düzenlenmiştir. Ceza hukukundaki ceza zaman aşımını kesme ve durdurmaya ilişkin hükümler kaçakçılık suçu için de geçerlidir. Ceza zaman aşımı süresi dolduktan sonra devletin cezayı çektirme yetkisi ortadan kalkmaktadır.

Ceza zaman aşımı süresinin bir başka önemli sonucu ise "cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunluklarının süresi ceza zamaşıımı süresi doluncaya kadar devam eder" (5237 sayılı TCK m. 69). Ayrıca ceza zamaşıımına uğramış olan ceza ortadan kalkmamakta sadece cezanın infaz edilebilirliği ortadan kalkmaktadır.

9. USUL HÜKÜMLERİ

Vergi Usul Kanunu'nda kaçakçılık suçlarına ilişkin kovuşturma usulü farklı olarak düzenlenmiştir. Yaptıkları inceleme sonunda, VUK 359 ve 360. maddede yazılı kaçakçılık suçu ve iştiraki saptayan maliye müfettişleri, hesap uzmanlarıyla bunların yardımcıları ve gelirler kontrolörleri ile stajyer gelirler kontrolörleri tarafından doğrudan doğruya cumhuriyet savcılığına ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili vergi dairesinin bağlı bulunduğu defterdarlığın mü-talaası veya gelirler bölge müdürlüğünün görüşü ile durumu yetkili Cumhuriyet Savcılığı'na bildirmelidirler (VUK m. 367/1).¹⁵⁶ Keza bu yetkililer, durumu raporla tespit etmekten başka bu delillerin kaybolması ihtimaline karşı tutanakla delilleri muhafazaya da alabilirler.¹⁵⁷

VUK m. 367'de düzenlenmiş bulunan "Defterdarlığın Mü-talaası" ceza muhakemesi hukuku bakımından bir dava ve muhakeme şartıdır.¹⁵⁸ Yargıtay "213 sayılı Yasa'nın 367. maddesi uyarınca defterdar mü-talaası

¹⁵⁶ Kunter - Yenisey, *Ceza Muhakemeleri Hukuku*, İstanbul 1998, s. 90; Şenyüz, s. 235; Oktar, s. 122; Kırbaş, s. 188; Ela - Kelecioğlu, s. 54; Özbalcı, s. 968; Hatipoğlu - Parlar, *Ticari Suçlar...*, s. 242.

¹⁵⁷ Uluatam - Methibay, s. 209; Kırbaş, s. 188.

¹⁵⁸ Kunter - Yenisey, s. 91; Ok - Gündel, s. 21; Şenyüz, s. 235; Hatipoğlu - Parlar, *Ticari Suçlar...*, s. 243.

alınmadan vergi dairesi başkanlığının ihbarı üzerine açılan kamu davasına devamla hüküm kurulmasını yasaya aykırı bulmuştur”.¹⁵⁹

Bu mütalaayı alan Cumhuriyet Savcılığı kamu davası açabileceği gibi takipsizlik kararı da verebilecektir.¹⁶⁰ Aynı şekilde, verilen bu mütalaanın olumlu ya da olumsuz olması yargılama makamını bağlamaz ve mütalaanın olması yeterlidir.¹⁶¹

Cumhuriyet Savcılığı da kaçakçılık suçunun işlendiğini değişik bir yolla öğrenmişse ilgili vergi dairesinden inceleme yapılmasını ister (VUK m. 367/2).¹⁶² Kamu davasının açılması bu incelemenin sonucuna kadar ertelenir (VUK m. 367/3).¹⁶³ Cumhuriyet Savcısı doğrudan kamu davası açamaz.¹⁶⁴ Öncelikle durumu ilgili vergi dairesine bildirir. Vergi idaresi mükellefi ceza mahkemesinde yargılanmasını gerektirir bir suç işlediğini tespit ederse dosyayı yetkili Cumhuriyet Savcılığı'na göndermek zorundadır.¹⁶⁵ Yukarıda da ifade edildiği gibi ceza mahkemesi ile idarenin vermiş olduğu cezalar birbirini etkilemez ve birbirinden bağımsız olarak hükmedilir.

Vergi Usul Kanunu'nun 359-a maddesindeki suçlar gerek eski gerekse yeni ceza mevzuatımıza göre Asliye Ceza Mahkemesi'nin görev alanına girmekte olmasına karşın Vergi Usul Kanunu'nun 359-b maddesindeki suçlar bakımından 5237 sayılı Yasa'yla ciddi değişiklik olmuştur. Zira 5237 sayılı Yasa yürürlüğe girmeden önce Ağır Ceza Mahkemesi'nin görev alanına giren 359. maddenin b fıkrasındaki suçlar, yeni Kanun'un yürürlüğe girmesiyle Asliye Ceza Mahkemesi'nin görev alanına girmiştir.¹⁶⁶

¹⁵⁹ Y. 11. CD, T. 24.11.2000, 5292/5383, Aynı yönde bir başka kararda da mütalaa olmadan hüküm kurulmasını Yasa'ya aykırı bularak bozmuştur, Y. 11. CD, T. 03.07.2000, 2902/3249, Ok - Gündel, s. 23.

¹⁶⁰ Ok - Gündel, s. 20; Yiğit, s. 171.

¹⁶¹ Kunter - Yenisey, s. 90.

¹⁶² Şenyüz, s. Öncel - Kumrulu - Çağan, s. 214; Oktar, s. 122; Hatipoğlu - Parlar, *Ticari Suçlar...*, s. 244.

¹⁶³ Kırbaş, s. 188; Öncel - Kumrulu - Çağan, s. 214; Kunter - Yenisey, s. 90; Gündel, s. 89; Yargıtay "213 sayılı Yasa'nın 367. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kaçakçılık suçunun işlendiğine muttali olan C. Savcısı'nın hemen ilgili vergi dairesine haber vererek inceleme yapılmasını istemesi ve kamu davasının açılması hususunun, inceleme sonucunun C. Savcılığı'na bildirilmesine kadar talik olunması gerekirken, suç duyurusu üzerine açılan kamu davasına devamla hüküm kurulmasını yasaya aykırı bulmuştur", Y. 9. CD, T. 23.02.1989, 6394/1042, Ok - Gündel, s. 22.

¹⁶⁴ Ok, Nuri - Gündel, Ahmet, *Açıklamalı-İçtihatlı, Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren "Vergi Kaçakçılığı Suçları"*, Ankara 2002, s. 20; Gündel, s. 90.

¹⁶⁵ Bilici, *Vergi Sistemi...*, s. 92; Kunter - Yenisey, s. 90.

¹⁶⁶ Üzeltürk, s. 230; Bilici, *Vergi Sistemi...*, s. 93; Şenyüz, s. 259, 262.

SONUÇ

Vergi kaçakçılığı suçu hazine aleyhine işlenen ve kamu düzenini bozan yapısı sebebiyle hem idari para cezası hem de hürriyeti bağlayıcı ceza ile yaptırma tabi tutulmuştur. Hürriyeti bağlayıcı cezalar ceza mahkemeleri tarafından ve ceza hukuku kural ve kaidelerine göre uygulanmaktadır.

Yeni Ceza Kanunu'nun 5. maddesi ile Ceza Kanunu'nun genel hükümleri özel ceza kanunları içinde uygulanacaktır. Ancak kanun koyucu, aradaki çelişkileri gidermek ve gerekli düzenlemeleri yapmak için 31.12.2006 tarihine kadar özel ceza kanunlarının yeni Türk Ceza Kanunu'na muhalif genel hükümlerinin uygulanmaya devam edeceğini hüküm altına almıştır.

VUK 359/b fıkrasında düzenlenen kaçakçılık suçunun 18 aydan 3 yıla kadar ağır hapis cezası öngörmesi nedeniyle ertelenemeyen hürriyeti bağlayıcı cezalar, Yeni Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle tüm ağır hapis cezaları hapis cezasına dönüştürüldüğünden, iki yıla kadar olan hapis cezaları erteleme imkanına kavuşturulmuştur. Hakeza eski Ceza Kanunu'na göre ağır hapis cezaları para cezasına çevrilemiyorken Yeni Ceza Kanunu ile bir yıla kadar olan hapis cezaları adli para cezasına çevrilebilmektedir.

Yine 5252 sayılı TCKYUŞHK'nın Geçici 1. maddesine göre; özel kanunlarda ki genel hükümler içeren düzenlemeler 31.12.2006 tarihine kadar uygulanacağından VUK'un m. 359/ (a) ve (b) fıkraları için iki farklı paraya çevirme sistemi uygulanacaktır. VUK m. 359/a fıkrası daha hafif suç olmasına karşın; her bir günü sanayi sektöründe çalışan 16 yaşından büyük işçiler için yürürlükte bulunan asgari ücret tarifesinin bir aylık bürüt tutarının yarısı esas alınmak suretiyle para cezasına çevrilecektir. Buna karşın (b) fıkrası için TCK'nın paraya çevirme sistemi (5237 sayılı TCK m. 52'ye göre günlüğü 20-100 YTL arasında) uygulanacaktır. Böylece daha hafif suç işleyenlerin cezası daha yüksek miktarda para ödeyerek çevrilmiş olacaktır.

Sonuç olarak yürürlüğe giren Ceza Kanunu ile birlikte bütün özel ceza yasaları gibi vergi ceza mevzuatı da çelişki ve belirsizliklere sürüklenmiştir. Ceza Yasası'nın yenilenmesi tabii ki doğru ve olumlu bir gelişmedir. Ancak Yasa'nın değiştirilmesi ile ortaya çıkan özel yasalarla uyum sorunlarının çözümü 31.12.2006 tarihine kadar bekletilmemeli ve bir an önce gerekli yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akdoğan, Abdurrahman, *Türk Vergi Sistemi*, Ankara 1998.
- Akış, Ercüment, "Vergi Cezalarının Özellikleri", *Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi*, Ankara, Nisan 1999, C. 4, S. 4.
- Atar, Yavuz, *Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Konya 1994.
- Bayraklı, Hasan Hüseyin, *Vergi Ceza Hukuku*, Afyon 1996.
- Bilici, Nurettin, *Vergi Hukuku Genel Hükümler*, *Türk Vergi Sistemi*, 11. Baskı, Ankara 2005.
- Bilici, Nurettin, *Vergi Hukuku Genel İlkeler*, Ankara 2000.
- Candan, Turgut, *Vergi Suçları ve Cezaları*, Ankara Eylül-1995.
- Candan, Turgut, *Vergi Suçları ve Cezaları*, İstanbul-Kasım 2004.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005.
- Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. 1, 8. Baskı, İstanbul 1994.
- Ela, Hatice - Kelecioğlu, M. Aykut, *Vergi Sorunları Dergisi*, (*Vergi Sorunları Dergisi'nin Haziran-2000 eki*) *Vergi Cezaları ve Uzlaşma*, Haziran-2000.
- Ergül, Ergün, *Kara Paranın Aklanması ve Suçları*, Ankara 1998.
- Erman, Sahir, *Vergi Suçları*, İstanbul 1988, (Vergi...).
- Erman, Sahir, *Ticari Ceza Hukuku I, Genel Kısım*, İstanbul 1992.
- Erol, Haydar, *Gerekçeli, Açıklamalı, İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2005.
- Gündel, Ahmet, *Vergi Suçları ve Cezaları*, Ankara 1991.
- Hatipoğlu, Muzaffer - Parlar, Ali, *Özel Ceza Yasaları Uygulamalarında Ekonomik ve Ticari Suçlar*, Ankara, 2005.
- Karakoç, Yusuf, *Türk Vergi Ceza Hukuku'nda Pişmanlık ve İslah*, İzmir 1997.
- Kırbaş, Sadık, *Vergi Hukuku Temel Kavramları*, Ankara 2000.
- Kızılot, Şükrü, *Şirketlerde Vergi Suçları, Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu* 30 Nisan 1 Mayıs 2005 (Sempozyum), Ankara.
- Kızılot, Şükrü, "Sahte ya da Kapsamı İtibariyle Yanıltıcı Belge Kullanımında Hapis Cezası ve Muhatabı", *Yaklaşım*, Yıl: 6, S. 69, Eylül 1998.
- Kunter - Yenisey, *Ceza Muhakemeleri Hukuku*, İstanbul 1998.
- Mahmutoglu, Fatih S., "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri", *Hukuk ve Adalet*, Yıl: 2, S. 5, Nisan 2005.
- Mutluer, M. Kamil, *Vergi Ceza Hukuku*, Eskişehir 1979.

- Ok, Nuri - Gündel, Ahmet, *Açıklamalı-İçtihatlı, Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren "Vergi Kaçakçılığı Suçları"*, Ankara 2002.
- Oktar, Ateş, *Sahte Fatura Kullanılmasında Sorumluluk, Vergi Sorunları*, S. 167, Ağustos 2002.
- Öncel, Mualla - Kumrulu, Ahmet - Çağan, Nami, *Vergi Hukuku*, Ankara 2005.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III*, İstanbul 1992.
- Özbalcı, Yılmaz, *Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, Ankara, Ocak 2004.
- Özen, Muharrem, "Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış", *Yargıtay Dergisi*, C. 29, S. 1-2, Ocak-Nisan 2003.
- Özgenç, İzzet, "'Non Bis in Idem' Kuralının Milletlerarası Değeri ve TCK'nın 10/A Maddesi Hükümüne İlişkin Değerlendirme", *Yargıtay Dergisi*, C. 28, S. 3, Temmuz 2002.
- Özgenç, İzzet, "İhale Sürecinde İşlenen Suçlar", *Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu* 30 Nisan 1 Mayıs 2005, Ankara.
- Parlar, Ali - Hatipoğlu, Muzaffer, *Açıklamalı-Gerekeçli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun Getirdiği Yenilikler Bağlamında Temel İlkeler Tanımlar Uygulama Alanı, Kast ve Taksir*, İstanbul 2005.
- Pınar, İbrahim (Derleyen), *Tüm Vergi Kanunları, Kanun Metinleri Dizisi, Seçkin Yayıncılık*, Ankara, 26. Baskı, Nisan 2005.
- Sarı, Mustafa Ali, *Türk Vergi Hukukunda Sorumluluk*, İstanbul 2004.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1998.
- Şenyüz, Doğan, *Vergi Ceza Hukuku*, Bursa 2005.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Ekim 2005.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Ankara, Aralık 2005.
- Uluatam, Özhan - Methibay, Yaşar, *Vergi Hukuku*, Ankara 1999.
- Uysal, Ali - Eroğlu, Nurettin, *Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Usul Kanunu*, Ankara 2005.
- Üzeltürk, Hakan, "Ekonomik Suçlar ve Vergiler", *Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu* 30 Nisan 1 Mayıs 2005, Ankara.
- Yalvaç, Gürsel, *Ceza ve Yargılama Hukuku Yasaları, TC Anayasası, TCK, CMK, CGTİK ve İlgili Mevzuat*, 7. Bası, Temmuz 2005.
- Yiğit, Uğur, *Vergi Usul Kanunu'nda Hürriyeti Bağlayıcı Suç ve Cezalar Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları*, İstanbul Mart 2004.

HUKUK UYUŞMAZLIKLARI BAĞLAMINDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI VE ÖZELLİKLE ARABULUCULUK

Prof. Dr. Süha TANRIVER*

A. GENEL OLARAK ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI KAVRAMI

Anglo-Sakson menşeli bir kurum olan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, temelde pragmatist bir karakter taşıması sebebiyle, küreselleşmesinde etkisiyle, Kıta Avrupası ülkelerinde de hızla işlerlik kazanmaya, uygulama alanı bulmaya başlamıştır. Genel çerçevede, alternatif uyuşmazlık çözümünden maksat, tarafsız ve objektif konumda bulunan üçüncü bir kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları, ortaklaşa bir çözüme ulaşmaları için bir araya getirerek iletişim kurmalarını ve bu suretle sorunlarının çözümünü kendilerinin bulmalarını sağlamasını yahut onlara somut olayın koşullarına ve özelliklerine uygun olarak, üzerinde mutabakata varabilecekleri optimal çözüm önerileri üretip sunmak suretiyle, uyuşmazlığın halli bağlamında destek vermesini öngören ve Devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya nazaran seçimlik bir yol olarak işlerlik kazanan ve tümüyle gönüllülük esası üzerine bina edilmiş olan uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür.¹ Bu

* Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ Benzer tanımlar için, bkz., Özbek, M., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2004, s. 83; Ildır, G., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2003, s. 30; Sungurtekin - Özkan, M., "Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi" *Legal Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi*, 2005/2, s. 353-369; Özbay, İ., "Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004/3-4, s. 317-418; Yılmaz, E., "Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2005, s. 843-855; Çulha, R., *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma*, (Uzlaşma) İstanbul 2005, s. 41-59; Soysal, T., *Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma (Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma)*, İstanbul 2005, s. 203-242).

tanımlama çerçevesinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının karakteristik özelliklerini, gönüllü katılım, bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunma ve tatmin olmama halinde tarafların yargıya başvuru hakkının mevcudiyeti teşkil etmektedir.²

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan yahut onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü değildir. Sözü edilen yolların asıl hedefi, küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların, adli bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirmektir.³

Uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma işlevi, esasında devletin işidir ve devlet bu işlevini, yargı erkini kullanmak suretiyle yerine getirir. Alternatif uyuşmazlık çözümleri ise, uyuşmazlıkların çözümünde, yargısal yolların yanında yer alan ve ilgililerin istemleri halinde işlerlik kazanan, esas itibarıyla, ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünü konumundadır. Bir başka ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine hanel getirilmeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir.⁴ Öte yandan, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin işlerlik kazanacağı alanlar, kamu düzeninden sayılmayan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Devlet yargısının işleyişini düzenleyen usul hukuku kodifikasyonlarında da, zaten tarafların bu tür uyuşmazlıklarda sulh olabilmelerine olanak tanınmakta ve hatta hakime, bu bağlamda tarafları uzlaşmaya yahut sulh olmaya teşvik etme bir ödev olarak yüklenmektedir. Burada, belki de ürkütücü olan ve dostane yöntemlerle uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasına karşı bir direncin oluşmasına sebebiyet veren temel olgu, küreselleşmenin de etkisiyle, kamu düzeni kavramı ile onunla ilintili bir kavram durumunda bulunan tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş kavramının, kapsam itibarıyla, bir genişleme eğilimi içinde bulunmasıdır. Ancak, her ülke, kendi sosyal gerçekliğini ve

² Sungurtekin - Özkan, s. 355.

³ Pekcanitez, H., "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2005/5, s. 12-16.

⁴ Rosenberg, L. - Schwab, K. - Gottwald, P., *Zivilprozessrecht*, 16. neubearbeitete Auflage, München 2004, s. 5; Pekcanitez, s. 15.

sosyo-ekonomik ve kültürel yapılarını gözetererek, bu genişleme eğilimini sınırlayan bariyerleri oluşturma imkanına da zaten sahip durumdadır. O nedenle, bu çerçevede, endişelenmeyi gerektiren herhangi bir durum mevcut değildir.

B. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMLERİNİN HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ İLE İLİŞKİSİ

Alternatif uyuşmazlık çözümleri, anayasalarda temel hak ve özgürlükler arasında kendisine yer verilmek suretiyle güvence altına alınmış bulunan hak arama özgürlüğünün önünde bir engel değildir; onun, bu özgürlüğü sınırlamak yahut bertaraf etmek gibi herhangi bir amacı ve işlevi de bulunmamaktadır.⁵ Aralarında uyuşmazlık bulunan taraflar, bu uyuşmazlığı, mutlaka yargısal yollara başvuru suretiyle çözüme kavuşturmak zorunda da değildirler. Pekala, mahkeme dışı yollara başvuru suretiyle, yani bir araya gelip iletişim kurup, müzakerelerde bulunmak suretiyle de, aralarındaki uyuşmazlığı kendileri çözebilirler yahut kopmuş olan iletişimi kurması ve müzakerenin önkoşulu olan diyalog sürecini başlatması, hatta somut olayın koşulları ve özellikleriyle örtüşen, her iki tarafın da menfaatlerinin korunmasına ve gerçekleştirilmesine hizmet eden makul çözümleri üretip sunması için, tümüyle tarafsız ve objektif konumda bulunan üçüncü bir kişinin yardım ve desteğini de alabilirler. Buna, herhangi bir hukuki engelde bulunmamaktadır. Yargısal çözüm seçeneği tercih edildiğinde, hukuk devletinde, hak arama özgürlüğü, tüm mekanizmalarıyla birlikte, uyuşmazlık çözümü bağlamında zaten devreye girecektir. Yargısal yahut mahkeme dışı çözüm yollarına müracaat konusunda, aralarında uyuşmazlık bulunanlar, tam bir serbestiye sahiptirler. Uyuşmazlığın çözümü için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kararlaştırılmış olması, yargının genel yetkisini bertaraf etmez ve böyle bir kaydın varlığına rağmen yargıya başvurulmuş olması, diğer tarafa herhangi bir itirazda bulunma hakkı bahsetmez.⁶ Kaldı ki; özellikle, alternatif uyuşmazlık

⁵ Özbek, s. 177; İldır, s.48.

⁶ İldır, s. 48; Küçükgüngör, E., "Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri", *Batider*, C. XXII, S.4' den ayrı bası, s. 51, 52. Hemen burada belirtmek gerekir ki, genelde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında zikredilen tahkim (Özbek, s. 355; Yılmaz, s. 845) gerçekte böyle bir niteliğe sahip değildir; o Devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamanın yerine ikame edilmek istenen istisnai bir yargısal yol konumundadır (Pekcanitez, s. 15; Küçükgüngör, s. 48. ve

çözüm yöntemleri arasında yer alan arabuluculuk veya uzlaşma süreci başarısızlıkla sonuçlanacak olursa, taraflar zaten uyuşmazlığı büyük bir olasılıkla mahkeme önüne taşıyacaklardır

Burada vurgulanması gereken diğer bir hususta, alternatif uyuşmazlık çözümlerinin tümüyle gönüllülük esasına göre yürüyen bir kurum olması esasının korunması, tarafların, özellikle yaptırımlar öngörülerek, bu yollara başvurusunun zorunlu kılınmamasıdır. Bu bağlamda getirilecek olan yasal bir zorunluluk, hak arama özgürlüğüne müdahale olarak dahi algılanabilir⁷ ve özellikle iş yükünün fazlalığı sebebiyle yargılama sürecinin ağır işlediği ülkelerde, uyuşmazlık çözüm sürecinin daha da uzamasına sebebiyet verebilir. Uzlaşma bilincinin yeterince oluşmadığı ve uzlaşmaya varmada genel bir isteksizliğin egemen olduğu toplumlarda, öncelikle arabuluculuk yahut uzlaştırma mekanizmalarına işlerlik kazandırma konusunda getirilecek olan yasal zorunluluğun, yarardan çok sakınca yaratacağı her türlü izahtan varestedir.

Öte yandan, alternatif uyuşmazlık çözümleri konusunda kamuoyu bilinçlendirilir ve bu yolların, yargının yerine ikame edilmek istenen yollar olmadığının sürekli bir biçimde altı çizilir, yararları da açıkça ortaya konulmak suretiyle, bu yollara başvurulmasının özendirilmesine ve teşvik edilmesine uygun bir ortam yaratılırsa, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının özüne de uygun olarak, taraflar kendiliğinden bu mekanizmaları işletmek için istekli hale gelecek ve bu suretle birçok sorun yargı önüne getirilmeden çözüme kavuşturulacak, dolayısıyla yargının iş yükü de önemli ölçüde azalacağı için, onun daha etkin ve daha verimli çalışması da sağlanmış olacaktır. Bu durum ise, yargılamanın usul ekonomisi ilkesine uygun olarak cereyanı ve hak arama özgürlüğünün tüm boyutları itibariyle gerçekleştirilmesine hizmet edici bir işlevi de görecektir. Yapılan bu tespit, alternatif uyuşmazlık çözümlerini, yargının yerine ikame edilmeye çalışan bir kurum olmayıp; aksine yargının etkin ve verimli çalışabilmesine ve yargı ile ilgili anayasal kuralların tam anlamıyla işlerlik kazanabilmesine katkı sağlayan, yargının yanında yer

ayrıca bkz., F başlığı). Dolayısıyla, tahkim sözleşmesinin yapılması halinde, Devlet mahkemelerinin yetkisinin ortadan kalkması, alternatif uyuşmazlık çözüm kaydının yahut bu konudaki müstakil bir sözleşmenin varlığının, yargının genel yetkisini bertaraf etmeyeceği şeklindeki tespitimiz kapsamında mütalaa edilip değerlendirilmesi mümkün değildir.

⁷ İldır, s. 48.

alan ve uyuşmazlık çözümü bağlamında işlev gören bir mekanizmalar bütünü olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.⁸

Sonuç olarak, alternatif uyuşmazlık çözümleri, yargının yanında yer alan ona yardımcı olan ve onunla yan yana yürüyen uyuşmazlık çözümünde kendisine müracaat edilebilecek, etkin ve barışçıl hukuksal korunma yöntemleri bütünü olarak nitelendirilebilir. Bu nedenle sözü edilen kurumu, terminolojik bazda ifade etmek için, yargıyla rekabet eden onun yerini almaya çalışan bir mekanizma gibi algılanmasına neden olan “*alternatif uyuşmazlık çözümleri*” tabiri yerine, amaç ve işlevinin daha iyi biçimde tanımlanmasına hizmet etmesi sebebiyle, “*dos-tane bir biçimde uyuşmazlık çözüm yöntemleri*” tabirinin yahut ibaresinin kullanılması daha uygun olur. Bunlara ilaveten alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yargısal bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olması hasebiyle, yargısal çözüm yöntemlerinde işlerlik kazanacak olan yargılama ilkeleriyle ilişkilendirilmesinin mümkün bulunmadığının da bu çerçevede vurgulanmasında yarar vardır.

C. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN HUKUKİ TEMELLERİ

Türk hukukunda da, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle ilgili çeşitli yasal düzenlemeler mevcuttur. Sözü edilen uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile ilgili olarak vergi hukukunda, toplu iş hukukunda (TSGLK m. 22, 23 ve 34,1), avukatlık hukukunda (Av. K. m. 35/A) hatta kamu düzenin korunması düşüncesinin ve kamu yararının en ağır bastığı alan olan ceza hukuku alanında (CMK m. 253, 256) dahi hukuki düzenlemeler bulunmaktadır. Yine, tüketici hukuku (TKHK m. 22) ve aile hukuku alanlarında (4787 sayılı Kanun m. 7), alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak nitelendirilebilecek yahut bu bağlamda irdelenebilecek uyuşmazlık çözme yöntemlerini içeren düzenlemeler öngören hukuk kuralları yer almaktadır. Öte yandan, İdari Usul Kanunu Tasarısı’nda da, uzlaşmayla ilgili hükümler sevk edilmiş durumdadır. İşaret edilen tüm bu tespitler ile ihtiyaçların varlığı, genel çerçevede, özel hukuk alanında da uyuşmazlık çözümü bağlamında işlerlik kazanabi-

⁸ İldr, s. 48. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında, “...uyuşmazlık çözümü için alternatif uyuşmazlık çözümlerinin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin Anayasa kurallarının etkinliğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir...” demiştir. (AYM’nin 3.3.2004 günlü ve 2003/98-2004/31 sayılı kararı).

lecek alternatif uyuşmazlık çözümlerini içeren bir yasal düzenlemenin yapılmasını gerekli kılmaktadır. Bu düzenleme gerçekleştirilirken de, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının en yaygın ve en etkin biçimi olan arabuluculuk kurumu baz alınmalıdır.

Avrupa Birliği Konseyi, alternatif uyuşmazlık çözümlerinin en yaygın biçimi olan arabuluculukla ilgili olarak konunun uzmanlarına 2004 tarihli bir direktif taslağı hazırlatmıştır. Bu direktif taslağı, Avrupa Parlamentosu'nca kabul edildiği takdirde, Birlik üyesi tüm ülkeler bağlamında bağlayıcılık kazanacak ve ülkelerin bu direktifte belirlenen ilkeler çerçevesinde, arabuluculukla ilgili hukuki düzenlemeleri gerçekleştirme, kendi iç hukuk sistemlerine adapte etme zorunluluğu doğacaktır. Bu direktif taslağı, Avrupa Parlamentosu'nca kabul edildiği takdirde, ileride Birlik bünyesine dahil olmak için müracaatta bulunmuş; müzakere için tarih almış ve mevzuat uyumlaştırması çalışmalarına başlamış olan ülkemiz için de bağlayıcılık kazanacak; öngörülen ilkeler çerçevesinde hukuk ve ticaret uyuşmazlıkları bağlamında, arabuluculuk kurumunun yasal çerçevesini oluşturmak, bizim için de bir zorunluluk haline gelecektir. Direktif taslağı, uyuşmazlıkların, dostane yollarla çözüme kavuşturulması düşüncesini temel almakta ve arabuluculuğu bu çerçevede en etkin uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak öngörmektedir. Direktif taslağında, arabuluculuk kurumuna tüm üye devletler bağlamında işlerlik kazandırılabilmesi için, ortak bir takım ilkeler belirlenmiştir.

Bu ilkeler, şu şekilde sıralanabilir:

1. Mahkemeler, somut olayın koşullarına ve özelliklerini gözetererek, uyuşmazlığın çözümünü arabulucuya havale etmeyi taraflara önermeli; en azından taraflardan arabuluculuk sürecinin uygulanmasına ilişkin bilgilendirme toplantısında hazır bulunmalarını talep etmelidir.

2. Arabulucuların kalitelerinin güvence altına alınabilmesi için gerekli önlemler alınmalı, eğitim standartları tespit edilmeli, davranış normlarının (etiğinin) vücuda getirilmesi ve disipline edilebilmeleri için, ihtiyaç duyulan organizasyonlar ve alt yapı kurumları oluşturulmalıdır.

3. Arabuluculuk sürecinde bir çözüme ulaşılmış yani anlaşma sağlanmışsa, bu çözüm ya da anlaşma arabulucu tarafından belgelendi-

rilmeli ve bu belgenin tarafların isteği üzerine, mahkeme yahut diğer bir resmi makam tarafından tasdik edilmesi sağlanarak, iç hukuklara göre verilmiş bir mahkeme kararı gibi icra edilmesine olanak tanıyan düzenlemeler yapılmalıdır. Yani, arabuluculuk sürecinin sonucunda ulaşılan anlaşmaya, icra edilebilirlik açısından ilam niteliğinde belge kimliği kazandırılmalıdır.

4. Arabuluculuk faaliyetinin gizliliği vurgulanmalı ve arabulucuların sır saklama yükümlülüklerinin bulunduğuna açıkça işaret edilmelidir.

5. Arabuluculuk sürecinin işletilmeye başlamasına, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemlerini durdurucu bir etki tanınmalıdır.

Yine, 1987 yılından beri üzerinde çalışılan Avrupa Medeni Usul Model Kanun Tasarısı'nda da, uzlaştırmayla ilgili hükümler yer almaktadır. Bu Model Kanun Tasarısı kabul edildiği takdirde, Birliğe dahil ülkeler, kendi milli kanunlarında, model kanunda getirilen ilkeler çerçevesinde uzlaşmayla ilgili hükümler sevk etmek; varsa uzlaşmayla ilgili bu hükümleri, Model Kanun'da kabul edilmiş sistemle uyumlu hale getirmek zorunluluğuyla karşı karşıya kalacaktır. Biz de, birlik üyeliğine aday ülke olduğumuz için, bu durum ister istemez bizim mevzuatımızı da etkileyecektir. Bunların dışında, Amerikan Hukuk Enstitüsü ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitü'nün hazırlamış olduğu Uluslar- Ötesi Hukuk Usulü Prensiplerine İlişkin Model Kanun'da da, uzlaşmayla ilgili özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu Model Kanun'un 24. maddesi aynen şu şekildedir: *"Mahkeme, tarafların yargılamaya devam etme fırsatına saygı gösterirken aynı zamanda mümkün olan hallerde makul bir biçimde, tarafları uzlaşmaya teşvik eder. Mahkeme, yargılamanın herhangi bir aşamasında tarafların uyuşmazlığın alternatif yollarla çözümü sürecine katılımını kolaylaştırmalıdır. Taraflar, yargılamanın hem başlamasından önce hem de sonra makul uzlaşma çabaları konusunda iş birliği yapmalıdır. Mahkeme, masraflara ilişkin kararını, iş birliği yapmadaki makul olmayan başarısızlığı veya uzlaşma çabalarına kötü niyetle katılımı yansıtacak bir şekilde ayarlayabilir."*

D. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ OLUMLU VE OLUMSUZ YÖNLERİ

I. Olumlu Yönleri

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının olumlu yönleri, şu şekilde sıralanabilir:⁹

a. Tarafların, uyuşmazlık çözüm sürecine doğrudan doğruya katılımlarını ve sonucun elde edilmesinde egemen olmalarını sağlaması,

b. Uyuşmazlığın, konunun uzmanlarınca incelenmesine ve değerlendirilmesine olanak vermesi,

c. Uyuşmazlık çözüm sürecinde tümüyle gizliliğin işlerlik kazanması sebebiyle, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafların aralarındaki ilişkilerin ve iletişimin tahrip edilmeden gelecekte de korunmasına, devam ettirilmesine uygun bir yapı arz etmeleri,

d. Daha seri ve daha az giderle uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasına olanak vermeleri,

e. Genel itibarıyla, tarafların haklılığını değil de; menfaatlerin bir şekilde dengelenmesini, dolayısıyla geçmişi değil de; geleceği gözeten bir temeli baz almaları sebebiyle, her iki tarafında tatmin edilmesine olanak veren bir çözüme ulaşılmasını model olarak benimsemiş bulunmaları; yani kazan-kazan ilkesinin işlerlik kazandığı mekanizmaları bünyelerinde barındırıyor olmaları,

f. Daha esnek ve daha ılımlı bir karakter arz etmeleri sebebiyle, yaratıcı çözümlere ulaşılmasına olanak veren bir alt yapıya sahip bulunmaları,

g. Uyuşmazlık çözümünde bu yollara müracaat edilmiş olmasının, yargı yollarına başvuruyu önleyici herhangi bir etki doğurmaması.

⁹ Pekcanitez s. 14; Ildır s. 61-64; Özbek s. 155-174

II. Olumsuz Yönleri

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının olumsuz yönleri de, şu şekilde sıralanabilir:

a. Taraflardan birisinde uzlaşmaya varmak konusunda genel bir isteksizliğin bulunduğu durumlarda, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kendisinden beklenen hiçbir etkiyi doğuramaz.

b. İletişim kopukluğunun yaşandığı ve uzlaşma kültürünün yeterince oluşmadığı yahut gelişmediği toplumlarda, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının etkin ve yaygın bir biçimde kabul görmesi ve işlerlik kazanması pek mümkün değildir. Çünkü bu yollar, ancak iletişim ve diyalog kurulması suretiyle, sorunların, konuşularak, müzakere edilerek çözümleneceği bilincinin yeterince oluşması halinde, etkin bir biçimde uygulanma alanı bulabilecek mekanizmalar konumundadır.

c. Uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafların mali durumlarındaki eşitsizlikler yahut taraflardan birisinin mali yönden diğerine nazaran daha zayıf konumda bulunması, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru halinde, sürecin işleyişinde olumsuz etkiler yaratır; özellikle, özgür ve rahat bir müzakere ortamının oluşturulmasını önlenmesi sebebiyle, her iki tarafın da tatmin edilmesini hedefleyen optimal bir çözüme ulaşılmasını sınırlar.

d. Uyuşmazlık çözüm sürecini katkı sağlayacak yahut destek verecek olan üçüncü kişilerin, mesleki uzmanlık, tarafsızlık, bağımsızlık, gizliliğe riayet ve sair nitelikler açısından yetersiz olmaları, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının içerdiği mekanizmaların, akim kalmasına yani kendisinden beklenen etkileri doğuramamasına sebebiyet verir. Yine, uyuşmazlık çözüm sürecine katkı sağlayacak üçüncü kişilerin kalifikasyonu, tarafsızlığı ve disiplinizasyonu açısından gerekli standartların, mekanizmaların ve güvencelerin oluşturulmamış bulunması, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına şüpheyle yaklaşılmasına neden olabilir.

e. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının en yaygın türü olan arabuluculuk ve uzlaşma giderlerinin adli yardım kurumu ile hukuki himaye sigortalarının kapsamı dışında tutulması ve bu süreçte görev alan üçüncü kişilerin, taraflara vereceği zararların tazmini açısından

bir güvence oluşturacak mesleki sorumluluk sigortasının bulunmaması, anılan uyuşmazlık çözüm yollarının cazibesini azaltmakta; hatta bu yollara başvuruyu önleyici bir etki doğurmaktadır.¹⁰

f. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, küçük uyuşmazlıklar ile tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda işlerlik kazanan bir süreçler bütünü konumunda bulunması, uyuşmazlıkların çözümünde oynayacağı rolün yahut göreceği işlevin sınırlı kalmasına sebebiyet vermektedir.¹¹

E. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının belli başlıları, müzakere, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların tespiti, kısa duruşma, arabuluculuk ve uzlaşmadır.¹² Sözü edilen çözüm yolları, bunlarla sınırlı değildir; her ülke, kendi koşullarını ve sosyal gerçekliğini gözetmek suretiyle, bunların bir ya da birkaçını bir araya getirmek suretiyle karma yöntemler oluşturabileceği gibi; bunların dışında başka alternatif uyuşmazlık çözüm yolları da oluşturabilir.¹³

I. Müzakere

Müzakere, tarafların, üçüncü bir kişinin herhangi bir yardım veya desteğini görmeden, zaman zaman avukatlarını da yanlarına alarak, bir araya gelip, görüşüp, karşılıklı olarak fikir alış-verişinde bulunmak ve birbirlerini tartmak suretiyle bir anlaşmaya varmalarını hedefleyen en klasik alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.¹⁴ Bu yöntem, özellikle, devletler arasında uyuşmazlıkların, diplomatik çerçevede çözüme kavuşturulmasında sıkça uygulanan bir yöntem konumundadır.¹⁵

¹⁰ Pekcanitez s. 14.

¹¹ Pekcanitez s. 14.

¹² İldır s. 78-114; Pekcanitez s. 15-16; Yılmaz s. 845; Soysal s. 212-216.

¹³ Küçükgüngör s. 55; Pekcanitez s. 15.

¹⁴ Soysal s. 212; Özbek s. 73.

¹⁵ Soysal s. 212.

II. Tarafsız Ön Değerlendirme

Tarafların, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için nasıl bir yol izlenmesi gerektiği hususunda karar almak amacıyla, daha işin başında, uyuşmazlığın oluşumu, gelişimi ve bundan sonra kaydedeceği seyir hakkında, objektif, bağımsız ve deneyimli üçüncü bir kişi aracılığıyla bilgilendirilmesini öngören alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine, tarafsız ön değerlendirme yöntemi denir.¹⁶ Sözü edilen yöntemde, üçüncü kişi, uyuşmazlığın nasıl ortaya çıktığı, nerede ve nasıl geliştiği ve gelecekte de ne yönde bir seyir kaydedeceği konularında, sistematik bir bütünlük içerisinde ve bağlayıcılık arz etmeyecek bir biçimde, bir takım değerlendirmelerde bulunmakta; bu suretle, tarafların, uyuşmazlıkla ilgili olarak tam bir fikir edinebilmelerine ve yeni bir bakış açısı kazanmalarına katkı sağlayarak, onların, uyuşmazlık çözümünde, nasıl bir strateji izlemeleri ve hangi uyuşmazlık çözüm yöntemini seçmeleri gerektiği hususunda, karar almasını kolaylaştırmaktadır.¹⁷

Tarafsız ön değerlendirme sürecinin gerçekleştirilmesinde, izlenmesi gereken zorunlu bir prosedür mevcut değildir.¹⁸ Üçüncü kişi, taraflar ve onların avukatlarıyla birlikte bir araya gelir, bir toplantı yapar ve bu toplantı sonucunda bir değerlendirme raporu düzenler; sözü edilen raporunda, ayrıca, çözüm önerilerine de işaret edebilir.¹⁹ Taraflar, raporda işaret edilen çözüm önerilerinden birisini benimsemek suretiyle aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirebilirler. Çoğunlukla, değerlendirme raporu sonucunda, taraflar, hukuki açıdan güçlü ve zayıf olan yönlerini, gerçekçi bir gözle görebilme imkanına kavuşurlar.²⁰

III. Vakıaların Saptanması Yöntemi

Vakıaların saptanması, uyuşmazlığın tanımlanıp somutlaştırılması; özellikle uyuşmazlığın temelini teşkil eden maddi olguların, tarafların üzerinde mutabakata varmış oldukları tarafsız, bağımsız, deneyimli ve çoğunlukla uzman kimliği bulunan üçüncü bir kişi aracılığıyla açıklığa

¹⁶ İldır s. 83; Soysal s. 284; Pekcanitez s. 16; Küçükgüngör s. 57.

¹⁷ İldır s. 83; Küçükgüngör s. 57.

¹⁸ Soysal s. 214; İldır s. 84.

¹⁹ İldır s. 85.

²⁰ İldır s. 85.

kavuşturulmasını hedefleyen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.²¹

Vakıaların saptanması yöntemi, tarafsız ön değerlendirme yöntemi ile benzerlikler gösterse de, uyuşmazlığın başlangıcında değil de, daha sonraki bir aşamasında işlerlik kazanması ve daha kapsamlı ve derinlemesine bir araştırmayı gerekli kılması yönleriyle, ondan farklılaşır.²²

Tarafların, genelde uzlaşmaz bir tutum içerisine girdikleri hallerde, vakıa saptayıcısı devreye girer ve onların hangi risklerle karşı karşıya bulduklarını anlamalarına yarayan bir rapor hazırlar.²³ Taraflar, bu yöntemle başvuru suretiyle, çoğunlukla, durumlarının tarafsız bir şekilde değerlendirilmesini amaçlarlar ve özellikle, devlet yargısına başvurdukları takdirde, davayı kazanma olasılıklarının ne olacağı hususunda bir fikir sahibi olmak amacıyla, bu yöntemi kullanmayı tercih ederler.²⁴

Taraflar, anlaşmak suretiyle, vakıa saptayıcısının, işlevini görürken uyacağı yöntemi, belirlenebilir; böyle bir belirleme yapılmamışsa, vakıa saptayıcısı, izlenecek olan yöntemi kendisi tayin eder.²⁵

Vakıa saptayıcısı, aydınlatılması gereken olgular hakkında, her iki tarafın ileri sürdüklerini de dinler; tüm bilgilere ulaşır, taraflarla ve tanıklarla gerekiyorsa, ayrı ayrı görüşmeler yapar, derinlemesine araştırma ve incelemelerde bulunur ve bu faaliyetinin sonucunda, öneri içeren yahut içermeyen bir rapor hazırlar, ilgililere sunar.²⁶

²¹ İldır s. 78; Pekcanitez s. 16. Taraflar aralarındaki belirli bir uyuşmazlık konusunun miktarının yahut niteliklerinin tespit edilmesini, tarafsız ve uzman kimliği bulunan bir üçüncü kişiye bırakmışlar ve onun bu konuda yapacakları tespitle kendilerinin bağlı olacaklarını kararlaştırmışlarsa, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan vakıa tespitinden değil; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 287. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye uygun bir biçimde gerçekleştirmiş olan münhasır bir delil sözleşmesi türü olan, hakem-bilirkişi sözleşmesinin varlığından söz etmek gerekir. Bu halde, hakem-bilirkişinin yapacağı tespit, hem tarafları hem de mahkeme-yi bağlayıcı bir nitelik taşır (Kuru, B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü C. III*, 6. B. İstanbul 2001. s. 2899), Hakem-bilirkişiye, özellikle inşaat sözleşmelerinde, metraj hesabı ile sigorta sözleşmelerinde hasarın tespiti bağlamında başvurulmaktadır.

²² Soysal s. 214.

²³ İldır s. 79.

²⁴ İldır s. 79.

²⁵ İldır s. 80.

²⁶ Pekcanitez s. 16; İldır s. 80.

Öneri içermeyen vakıa saptama raporunda, vakıa saptayıcısı, somut herhangi bir çözüm önerisi getirmeden, uyuşmazlığa ilişkin vakıalar ile istatistiksel gerçekler hakkındaki düşüncelerini belirtir; taraflar, vakıa saptayıcısının bu belirlemeleri çerçevesinde oluşan müşterek zemin üzerinde, karşılıklı olarak fikir alış-verişinde ve müzakerelerde bulunmak suretiyle bir anlaşmaya varmaya çalışırlar.²⁷ Ya da, vakıa saptayıcısı, sözü edilen türdeki raporunda, uyuşmazlık içinde bulunan taraflardan her birinin konumlarını ayrı ayrı ortaya koyar; konumlarının güçlü ve zayıf yanlarına işaret eder; böyle bir raporun gizliliği korunur; daha güçlü konumda bulunan ve karşı tarafın zayıf yönlerini öğrenen taraf, bunu, kendi çıkarlarını daha fazla korumayı hedefleyen bir çözüme ulaşmakta kullanamaz.²⁸

Öneri içeren vakıa saptama raporunda ise, vakıa saptayıcısı, uyuşmazlık içinde bulunan taraflardan birisinin önerisini aynen benimsemek yahut bu öneriden esinlemek suretiyle kendisinin geliştirdiği ya da tümüyle kendisinin ürettiği bir çözüm önerisine raporunda işaret eder.²⁹ Raporun öneriyi içermesi, hiçbir zaman, onun taraflarca kabul edilmek zorunda olduğu anlamına gelmez; taraflar bu öneriyi kabul edip etmemekte tümüyle serbesttirler.³⁰ Raporda işaret edilen çözüm önerisinin taraflarca kabul görmesi, genelde, tarafların her ikisinin de menfaatlerinin tatmin edilmesini hedefleyen optimal bir çözüm önerisi olması koşuluna bağlıdır.

Vakıa saptayıcısının geliştirdiği ve raporunda işaret ettiği çözüm önerisinin bağlayıcı olacağı kabul edilmiş ve getirilen çözüm önerisi de maddi bir olguya ilişkin bulunuyorsa, bu durumda, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan vakıa saptamasından değil; münhasır bir delil sözleşmesi türü olan hakem-bilirkişi sözleşmesinden söz etmek daha doğru olur.³¹ Vakıaların saptanması yöntemine, hisse senetlerinin değerlerinin belirlenmesi, şirket birleşmelerinde fiyat ayarlanmasının yapılması, sigorta, gaz ve petrol projelerinde ortak hisse değerlerinin tayini ve inşaat sözleşmelerinde metraj hesaplamaları için sıkça müracaat edilmektedir.³²

²⁷ İldır s. 80.

²⁸ İldır s. 80-81.

²⁹ İldır s. 81.

³⁰ İldır s. 81.

³¹ Bkz., dpn. 21.

³² Küçükgüngör s. 56.

Müşterek avaryanın kapsamına girecek zararların belirlenmesi için yapılacak olan hesap işlemini gerçekleştirecek ve bu bağlamda düzenleyeceği raporda, tarafların, müşterek avaryadan doğan hak ve borçlarına işaret edecek olan dispeççi de³³ (TK. m. 1207-1213), vakıa tespitçisi olarak nitelenebilir.

IV. Kısa Duruşma Yöntemi

Kısa duruşma, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi ile taraf temsilcilerinden oluşan bir kurulun, bağlayıcılık arz etmeyecek bir biçimde çözüm bulmak veya çözüm önerisi geliştirmek üzere, uyuşmazlığı, adeta bir iş problemi imiş gibi içselleştirerek gizlilik içinde ele almasını, incelemesini ve değerlendirmesini öngören, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.³⁴ Anılan kurulda yer alan taraf temsilcilerine, temsilci çözüm elemanı denir.³⁵ Bu yöntem, iş çevreleri tarafından geliştirilen ve özellikle ticari uyuşmazlıkların çözümünde olumlu sonuçlar alınmasına olanak veren bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu konumundadır.³⁶

Taraflar, sözü edilen uyuşmazlık çözüm sürecinde, izlenecek yöntemin kapsamını, hangi aşamaları içereceğini ve kimlerin sürecin işleyişine katılacağını, serbestçe anlaşmayla takdir ederler; hatta temel birkaç kurala uymak kaydıyla, salt mevcut uyuşmazlığa özgü bir yöntem dahi geliştirebilirler.³⁷ Kurul, arz edilenleri dinler, elde edilen bilgileri değerlendirir, tanıklara sorular yöneltebilir ve çözüm için görüşmelerde bulunur.³⁸

Taraflar, anlaşmak suretiyle, tarafsız üçüncü kişiyi oturmalarına başkanlık etmek, arabuluculuk yapmak, görüş bildirmek ve bağlayıcı bir biçimde son kararı vermek gibi yetkilerle donatabilir.³⁹

Kısa duruşma anlaşmasında, duruşmaların gün ve saati ile yeri, tarafların her birinin iddialarını dile getirebilmesi için tanınacak olan

³³ Kalpsüz, T., *Deniz Ticaret Hukuk Ders Notları* (Teksir), Ankara (Tarihsiz), s. 114, 116; Tekil, F. Müşterek Avarya, *Deniz Nakliyatı ve Sigorta İhtilafları*, İstanbul 1965, s. 286-288.

³⁴ Pekcanitez s. 16; İldır s. 108.

³⁵ İldır s. 110.

³⁶ İldır s. 108.

³⁷ İldır s. 108.

³⁸ İldır s. 108.

³⁹ İldır s. 108-109.

süre, duruşmaların nasıl cereyan edeceği, tarafların tanıklarının kimler olduğu ve nelerin delil olarak kabul edileceği konusunda esas alınacak ilke ve kurallar ile temsilci çözüm elemanlarının kimler olduğu ve tarafsız üçüncü kişiye bahşedilen yetkilerin neler olduğu gösterilir.⁴⁰

Taraflardan her biri, iddiaları ile delillerini kısa duruşma anlaşması çerçevesinde, Kurula sunarlar. Bunun üzerine, Kurul üyeleri, bir çözüme ulaşılmasını sağlamak için derhal harekete geçerler ve ellerinden gelen tüm çabayı sarf ederler. Taraflar, tarafsız üçüncü kişiden, bağlayıcılık arz etmeyecek biçimde bir çözüm önerisinde bulunmasını veya temsilci çözüm elemanlarının bir anlaşmaya varmasını sağlamak için arabulucu rolünü üstlenmesini isteyebilirler. Yahut da, taraflar, tarafsız üçüncü kişice önerilmiş olan çözümün, kendileri için de bağlayıcılık kazanmasını anlaşmayla kararlaştırabilirler.⁴¹

V. Arabuluculuk ve Uzlaşma

Alternatif uyuşmazlık çözümlerinin en etkin ve en yaygın işlerlik kazanmış biçimleri, arabuluculuk ve uzlaşmadır. Arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, tümüyle bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı yahut katılımıyla yürütölen gönüllü bir usuldür.⁴² Arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar vermez. Taraflara tartışabilecekleri ve irdeleyebilecekleri çözüm önerilerinde bulunmaz. O sadece sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve bir diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; onlara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları tümüyle kendilerine ait olmak üzere, kendi çözümlerini kendilerinin bulmasına yardımcı olur.⁴³ Bir başka ifadeyle, arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin ile tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağla-

⁴⁰ İldır s. 111.

⁴¹ İldır s. 113-114.

⁴² Bkz., benzer tanımlar için, bkz., İldır, s. 88; Özbek, s. 202.

⁴³ İldır, s. 100; Pekcanitez, s. 16; Sungurtekin-Özkan, s. 358.

malarına imkan veren bir ortamı oluşturmayı hedefler; o haklıyı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik olarak değil; tarafların her ikisinin de menfaatlerinin optimal bir şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına çaba sarf ederek, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasına katkı sağlar.⁴⁴ Arabulucu, tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları, ortak paydaları tespit eder ve bu zemin üzerinde mutabakata varmalarına yönelik olarak faaliyet gösterir⁴⁵; taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz, bir çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemez ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz.⁴⁶ Arabuluculuk görüşmelerinde, tarafların birbirleriyle iletişim kurmaları ve bunun pekiştirilmesiyle, birbirlerine ait menfaatleri ve ortak yönleri daha iyi anlamaları, hukuki durumlarındaki güçlü ve zayıf noktalar ile çözüme ulaşılmaması halinde doğabilecek sonuçları görmeleri ve somut duruma göre işlerlik kazanabilecek değişik çözüm seçeneklerini genel bir çerçevede değerlendirmeleri temin edilir.⁴⁷ Arabulucu, tarafların, sakin ve makul bir biçimde görüş ayrılıklarını tartışmalarını sağlamak için uyuşmazlık çözüm sürecinde çaba sarf eder, uzayan görüşmelerde sinirlerin gerildiği, gurur sorunlarının ortaya çıktığı hususu dikkate alındığında, onun rolü tarafların soruna daha akılcı ve daha ılımlı bir biçimde yaklaşmalarını temin etmektir.⁴⁸ Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun (başarının) elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir. Uzlaşma ise, taraflardan tümüyle bağımsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan taraflara, somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre şekillenecek çeşitli çözüm önerileri sunup; onların bu çözüm önerilerini müzakere etmesini ve sunulan somut çözüm önerilerinden birisi üzerinde mutabakata varmalarını hedefleyen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Uzlaştırıcı, sürecin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde arabulucuyla karşılaştırıldığında, daha etkin bir konumdadır; onun asli işlevi, tarafların karşılıklı olarak menfaatlerinin korunmasını ve gerçekleştirilmesini hedefleyen bir çözümler katalogu üretip sunmaktır. Arabulucu ise, taraflara çözüm önerileri sunmaz; onların kendi

⁴⁴ Subaşı, İ., *Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk* (Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II İstanbul 2003, s. 743-833), s. 760-761 dnp. 45.

⁴⁵ Subaşı, s. 757-758.

⁴⁶ Küçükgüngör, s. 51; Subaşı, s. 760.

⁴⁷ Sungertekin - Özkan, s. 359.

⁴⁸ Subaşı, s. 761-762 dnp. 47.

çözümlerini kendilerinin bulmasını temin amacıyla, bir masa etrafında bir araya gelmelerini, aralarındaki iletişim kopukluğunun giderilmesini, sürekli diyalog içinde bulunmak suretiyle, iletişimin pekiştirilmesini hedefleyen bir işlevi yerine getirir. Arabuluculuk ile uzlaşma arasındaki diğer temel farklılıklar ise, şu şekilde sıralanabilir:

a. Arabuluculuk süreci sorun odaklı; uzlaşma süreci ise, dava odaklıdır.

b. Arabuluculuk süreci çıkarların dengelenmesi temeline dayalıdır; geçmişi değil, geleceği gözetir; uzlaşma süreci ise, hakkı ve haklılığı temel alır; geleceği değil, daha ziyade geçmişteki durumu gözetir.

c. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ilişkiler daha ön planda tutulduğu halde; uzlaşma sürecinin işleyişinde, teamüller ve ilkeler daha ön plandadır.

d. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde hukuk kuralları, deliller ve delil değerlendirilmesi daha geri planda bulunup; tarafların her ikisinin de menfaatlerinin gerçekleştirilmesini ve tatminini hedefleyen optimal bir çözümün üretilmesi daha ön plana çıktığı halde⁴⁹; uzlaşma sürecinin işleyişinde, hukuk kuralları, deliller ve delil değerlendirmesi daha ön plandadır, daha baskındır. Bu nedenle, arabuluculuk süreci daha esnek ve daha ılımlı bir süreç olduğu halde; uzlaştırma süreci, daha katı ve inisiyatif kullanmaya fazla imkan vermeyen bir süreç konumundadır.

e. Arabuluculukta, yaratıcı çözümler üretilmesi daha muhtemel olduğu halde; uzlaşmada varılacak çözümler daha sınırlıdır.

f. Arabuluculuk, tarafların her ikisinin de tatmin edilmesini dolayısıyla her iki tarafın da oranları farklılık arz etse bile kazanmalarını öngören optimal bir çözümün üretilmesini, deyiş yerindeyse en iyi müşteri sonucunu; uzlaşma ise, en iyi hukuki sonucun elde edilmesini hedeflemektedir.

g. Arabuluculuk, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin becerisi ve psikolojik taktikleri ile taraflar arasındaki farklılıkların ortadan kaldırılmasına yönelik dinamik bir süreç olduğu halde; uzlaşma, esas itibarıyla ortaya bir karar çıkartılmasını hedefleyen ve genelde bir kurul yoluyla gerçekleştirilen daha statik ve daha formel bir süreçtir.⁵⁰

⁴⁹ Bkz., aynı yönde: Küçükgüngör, s. 51.

⁵⁰ Subaşı, s. 762 dñn. 51.

Bu konuyla ilgili açıklamalarımıza son vermeden önce, özellikle, arabuluculuk bağlamında şu tespitlere işaret edilmesinde de büyük yarar görmekteyiz.

Her şeyden önce, hukuksal barışın, salt devlet mahkemeleri aracılığı ile gerçekleştirilebileceği görüşünün sürekli bir biçimde dillendirilmesinden vazgeçilmeli; uyuşmazlık çözümünde, Devlet yargısının yanı sıra, tarafların her ikisinde tatmin edilmesini ve bu suretle optimal bir çözümün üretilmesini temel alan başka uyuşmazlık çözüm yollarının, bu arada arabuluculuğunda işlerlik kazanabileceği, hukuksal barışın daha kalıcı ve daha etkin bir biçimde bu yollarla sağlanmasının da mümkün olduğu görüşü çeşitli sosyal platformlarda, sık sık ifade olunmalıdır. Bu yapılırken, genelde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının; özel de ise arabuluculuğun, yargı sisteminin yerine ikame edilmeye çalışılan bir kurum değil de, onunla entegre bir biçimde işlerlik kazanan ve uyuşmazlık çözümü bağlamında yan yana yürüyen ve hukuk sistemini zenginleştiren bir mekanizma olduğunun altı özenle çizilmelidir.

İletişim tikanıklığı veya kopukluğunun yaşandığı ve uzlaşma kültürünün yeterince oluşmadığı yahut gelişmediği toplumlarda, eğitim araçlarından ve medyadan yararlanmak suretiyle, iletişim tikanıklığının ve kopukluğunun giderilmesine uygun ortam yaratılmalı ve bireylerin birbirleriyle iletişim kurmak, gerekiyorsa bu bağlamda tarafsız ve objektif üçüncü bir kişinin yardım veya desteğini alarak bir araya gelmek suretiyle, kendi sorunlarını kendilerinin çözebileceği bilincinin oluşturulması sağlanmalıdır. Bu uzun soluklu bir iştir ve bu bilincin oluşturulabilmesi için, vakit kaybedilmeden derhal harekete geçirilmelidir. Öncelikle Devlet yargısı ile karşılaştırıldığında, sağladığı avantajlar da açıkça ortaya konulmak ve ön plana çıkarılmak suretiyle, uyuşmazlık çözümünde, arabuluculuk yönteminin, amaca en uygun ve en ideal yöntem olduğu yönünde kamuoyunda bir bilinç oluşturulması için, gayret edilmeli; bu çerçevede her türlü kütle iletişim araçlarından yararlanılmalı; bireylere aile içinden ve ilkokuldan başlayarak, hayatın her alanında, sorunlarını, diyalog içinde, müzakerelerde bulunmak suretiyle çözme alışkanlığı kazandırılmalı; gerekiyorsa bunun temini için, tarafsız bir üçüncü kişinin yardım ve desteğini alma bilinci de verilmelidir.

Yeni bir kurum olan arabuluculuk kurumuna, halkın şüpheyle yaklaşımını önlemek ona güven duygusu içinde sıcak bakmasını sağlamak için, ilk aşamada, arabuluculuk işlevini yerine getirecek birimlerin,

güven telkin edici bir kuruluş olmaları sebebiyle, mahkeme destekli (mahkeme içi) veya mahkemelerin yanında faaliyet gösteren kuruluşlar olarak örgütlenmesi gerçekleştirilmelidir. Bunun için de, her şeyden önce, yargının işleyişine büyük katkı sağlayan hakimlerin ve avukatların, arabuluculuk sürecine destek vermelerini temin için, önyargılı ve temkinli yaklaşımlarının hatta dirençlerinin, bilgilendirilmeleri suretiyle aşılmasına özen gösterilmelidir. Arabuluculuğun, yargının yerine ikame edilmeye çalışılan yahut yargıyla rekabet halinde bulunan bir kurum olmadığı; arabuluculuk sürecinin, yargılama sürecinden daha farklı işleyen ve daha esnek bir mekanizmayı bünyesinde barındırıyor olması sebebiyle devreye girmesi halinde, birçok uyuşmazlığın yargıya taşınmasını önlemede bir emniyet sübabı işlevi göreceği, dolayısıyla yargının asli unsuru olan hakimlerin daha etkin ve daha verimli çalışmasına imkan veren bir kurum olduğu hususuna hakimler nezdinde sürekli işaret edilmeli ve kamu güvenine en ziyade mazhar kişi konumunda bulunmaları sebebiyle, arabuluculuğun işleyişini teşvik etmek ve halkı bu bağlamda özendirme amacıyla, özel bir eğitim almaları koşuluyla, hakimlerden de arabulucu olarak yararlanma seçeneği, özellikle başlangıç evresinde tercih edilmelidir.

Yine, uyuşmazlık çözümünde, arabuluculuk sürecinin işletilmesi halinde, avukatların ücret bağlamında doğabilecek endişelerini giderebilecek düzenlemelere, bu alana ilişkin temel yasada mutlaka yer verilmelidir. Avukatların, arabuluculuk sürecinde, yargısal süreçtekinden daha fazla veya ona eşdeğer bir biçimde ücreti vekalet elde etmesine olanak verecek bir model, işaret edilen hukuki düzenleme yapılırken benimsenecek olursa, onların bu sürecin işleyişine büyük katkı sağlamaları da mümkün hale gelir.

Bizim gibi iletişim kopukluğunun ve diyalog eksikliğinin yaşandığı, uzlaşma kültürünün geçmişimizde olmasına rağmen günümüzde yavaş yavaş kaybolmaya yüz tuttuğu toplumlarda, uzun soluklu da olsa, her sosyal alanda, sürekli eğitim vermek ve uygun propaganda araçlarından yararlanmak suretiyle, uzlaşma bilincinin oluşturulması ve geliştirilmesi seçeneği yerine; kişilere arabulucuya başvuru konusunda genel bir yasal zorlama getirmek, yarardan ziyade büyük sakıncalar yaratır. Ağır iş yükü altında bulunması sebebiyle, yargının yavaş işlediği bizim ülkemiz gibi ülkelerde, zorunlu arabuluculuğa başvuru mekanizması, yargıdaki gecikme sebebiyle, lehine daha avantajlı bir durum doğan ta-

rafın, uyuşmazlık çözüm sürecini daha da uzatmasına prim verir; bu da arabuluculuk kurumundan beklenen yararın tümüyle gerçekleşmesini önler. Bu nedenle, arabuluculuk sürecinin işleyişi, tümüyle tarafların ihtiyarına bırakılmalıdır. Yine, kişilere, arabuluculuk sürecini işletmek suretiyle uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma alışkanlığının kazandırılabilmesi için, arabuluculuk yapacak olanların, bağımsızlık, tarafsızlık, gizliliğe riayet, mesleki uzmanlık ve sair nitelikler açısından, hakimler gibi güven telkin edici bir konuma getirilmesine gayret edilmeli; bunu temin çerçevesinde de varlığı gereken standartlar, güvenceler ve mekanizmalar oluşturulmalıdır. Son derece kaliteli, profesyonel, objektif bir kimliğe sahip arabulucuların uyuşmazlık çözümünde görev alabilmesini temin ve sürecin işleyişinde daha işin başında bir hayal kırıklığı yahut fiyasko ile karşılaşılmasından dolayı, resmi sıfatı bulunan üst bir hukuki yapılanma çerçevesinde, arabuluculuğun koordinasyonu, işleyişi ve denetimi gerçekleştirilmelidir.

Yine, arabulucuya başvuruyu teşvik bağlamında, ilgililerin nitelikli arabuluculara kolay ve şeffaf bir biçimde ulaşabilmesine imkan veren bir mekanizma oluşturulmalı; arabuluculuk faaliyetinde bulunacak olanlara, salt bu faaliyetlerinden kaynaklanan zararların tazmini bağlamında işlev görmek üzere sorumluluk sigortası yaptırma ve bunu faaliyette bulunduğu sürece ayakta tutma zorunluluğu getirilmeli ve ayrıca bunların yanı sıra, arabuluculuk giderlerinin, adli yardım ile hukuki himaye sigortasının kapsamında mütalaa edilmesine olanak sağlayan yasal düzenlemeler gerçekleştirilmelidir.

Arbuluculuk sürecinin işletilmesi halinde, hak kayıplarına sebebiyet vermemek için, zamanaşımı süreleriyle hak düşürücü sürelerin işleminin duracağı da, mutlaka hüküm altına alınmalıdır.

Bizim gibi sosyo-ekonomik zorlanmalar sebebiyle ahde vefa ve anlaşmalara saygı gibi ilkelerinin anlam ve önemini yavaş yavaş kaybettiği toplumlarda, arabuluculuk süreci sonucunda bir anlaşma sağlanmışsa, bunun, hakime yahut notere tasdik ettirilmesinden sonra, aynen mahkeme ilamları gibi cebri icra yoluyla yerine getirilmesine olanak veren hukuki düzenlemelere, arabuluculukla ilgili yasal metnin oluşturulması sırasında mutlaka yer verilmelidir. Aksi takdirde, anlaşmanın ihlali ve dolayısıyla yargısal sürecin işlemesi gibi bir durumla tekrar karşılaşılır. Bu durumda, arabuluculuk sürecinin işletilmesi sebebiyle, boş yere

emek ve zaman harcanmış ve giderler yapılmış olacaktır. Bu da, zaten arzu edilmeyen bir sonuçtur.

F. İHTİYARİ TAHKİMİN, BİR ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU OLUP OLMADIĞININ TARTIŞILMASI

Tarafların, anlaşmak suretiyle, üzerlerinde serbestçe tasarruf edebileceği işlerden kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkların çözümünü, devlet mahkemeleri yerine, hakem denen özel kişilere bırakmalarına ihtiyari tahkim denir. Sözü edilen tahkim türünün hukuki niteliği, doktrinde tartışmalıdır:

Bir görüşe göre, tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi ve en etkin ve yaygın olarak işlerlik kazananıdır.⁵¹

Doktrindeki diğer görüşe göre ise, tahkim alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir; o Devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamanın yerine ikame edilen ve ona nazaran istisnai bir yargısal yol konumundadır.⁵²

Kanımızca da, tahkim, hukuki niteliği itibariyle, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi değil; istisnai bir yargısal yol konumundadır. Çünkü hakemlerin görevi de, taraflar arasındaki maddi hukuk ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlığı, Devlet mahkemesi hakimi gibi bir yargılama yapıp çözüme kavuşturmaktan ibaret bulunmaktadır. Hakemlerin, maddi hukuku uygulama zorunluluğundan kurtarılmış olması halinde de, bu işlevin niteliğinde herhangi bir değişme ortaya çıkmaz; hakemin faaliyeti, yine maddi vakıaları bir hukuki kalıba göre nitelendirerek hüküm vermek biçiminde ortaya çıkacaktır. Özellikle, iç tahkim bağlamında yaklaşıldığında, hakem hükmü, Devlet mahkemesi hükmünün gerçek bir sürrogatı konumundadır. Bunun açık kanıtlarını, hakem kararlarının temyizinin mümkün olması, kesin hüküm niteliği taşımaları, yargılamanın yenilenmesi davasına konu kılınabilmeleri ve cebri icra yoluyla yerine getirilebilmelerinin mümkün bulunması teşkil etmektedir.⁵³

⁵¹ Özbek s. 355; Yılmaz s. 845.

⁵² Pekcanitez s. 15; Küçükgüngör s. 48; Ildır s. 58.

⁵³ Arslan, R. - Tanrıver, S., *Yargı Örgütü Hukuku Ders Kitabı*, 2. B. Ankara 2001, s. 214; Tanrıver, S., *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Ankara 1998, s. 46 (dnp. 19).

G. HUKUK UYUŞMAZLIKLARI BAĞLAMINDA MÜNFERİT KANUNLARIMIZDA YER ALAN VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI İLE İLİŞKİLENDİRİLEN DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun

213. Maddesinin Birinci Fıkrasındaki Düzenleme

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 213. maddesinin birinci fıkrasında, sonuç alınacağı umulan hallerde, hakim, tarafları sulha teşvik etmekle ödevli kılınmıştır. Arabuluculuk kurumunun temelinde ise, sulh kurumu yatmaktadır.⁵⁴ Sulh ise, tarafların, karşılıklı olarak ödünler vermek yahut fedakarlıklarda bulunmak suretiyle, aralarındaki uyuşmazlığı, kısmen ya da tamamen sona erdirmelerini hedefleyen bir sözleşme konumundadır.⁵⁵ Arabuluculuk süreci sonunda bir anlaşma sağlanacak olursa, her iki tarafın tatmin edilmesini hedefleyen ve optimal bir çözümlü içeren bu anlaşma, genelde, her iki tarafın da karşılıklı ödünler vermesi suretiyle gerçekleştirilecektir. Bu açıdan yaklaşıldığında, hakimin, sulha teşvik ödevinin kapsamı içerisinde, sonuç alınacağından ümit ettiği hallerde, uyuşmazlığın çözümü bağlamında onun arabulucu gibi hareket etme yetkisinin de yer aldığını söylemek mümkündür.

II. 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu'nun 7. Maddesinin Birinci Fıkrasındaki Düzenleme

4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu'nun 7. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esassa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından, eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek, bunları sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanmadığı takdirde, yargılamaya devam olunarak esas hakkında

⁵⁴ Yılmaz s. 846.

⁵⁵ Tandoğan, H., *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, 4. B. Ankara 1985, s. 14; Bilge, N., *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, 2. B. Ankara 1971, s. 6; Tanrıver, S., *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Ankara 1996, s. 84.

karar verilir. Anılan yasal düzenleme ile aile mahkemesi hakimleri, önelerine gelen dava ve işlerde, esasa girilmesinden önce, uyuşmazlıkları, sulha teşvik ve sulhu gerçekleştirmek suretiyle çözüme kavuşturmakla ödevli kılınmıştır. Burada, aile mahkemesi hakimine, taraflar arasında bir anlaşmanın sağlanabilmesi için, “*aile arabulucusu*” gibi hareket etme⁵⁶; hatta mahkemesi nezdinde görev yapan uzmanları bu bağlamda arabulucu sıfatıyla yetkilendirebilme olanağı yaratılmıştır. Ancak, aile hukuku kapsamına giren uyuşmazlıkların, büyük ölçüde kamu düzenine ilişkin bulunduğu, dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer almadığı gözetilecek olursa, sulh teşebbüsünü ve sulhu sağlamakla aile mahkemesi hakimini ödevli kılan ve hatta onu bu bağlamda aile arabulucusu gibi hareket etmekle yetkilendiren kuralın işlevselliğinin sınırlı kalacağı; özellikle, boşanma davaları ile evlilik mallarının tasfiyesi ile ilgili davalarda uygulama alanı bulabileceği söylenebilir.⁵⁷

III. Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesindeki Düzenleme

Avukatlık Kanunu’nun 35/ A maddesinde yer alan hukuki düzenleme, aynen şu şekildedir. “*Avukatlar, dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte, karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar, 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 38. maddesi anlamında ilam niteliğindedir*”.

Avukatlık Kanunu’nun 35/ A maddesinde yer alan bu yasal düzenleme, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında yer alan müzakere yönteminin, somut bir örneğini oluşturmaktadır.⁵⁸

⁵⁶ Tanrıver, S., “Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler”, *Makalelerim I*, Ankara 2006, s. 186.

⁵⁷ Tanrıver, *Makalelerim*, s. 186.

⁵⁸ Özbek s. 414; Doktrindeki diğer görüşe, anılan yasal düzenleme çerçevesinde, avukat, uyuşmazlığın çözümünde, artık bir taraf değil, tarafsız üçüncü kişi konumundadır. Sözü edilen süreçte avukat, ya arabulucu rolünü üstlenmiş olabilir yahut da ona, uyuşmazlığın ileride, Devlet veya tahkim yargısına başvuru suretiyle çözümlenecek olması halinde, ulaşılabilecek muhtemel sonucu öngörebilmesi sebebiyle, vakıa

IV. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 22. Maddesinin Beşinci ve Altıncı Fıkralarındaki Düzenleme

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, özel hukuk bütünü içinde yer alan tüketici hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde, uzmanlık yargı yerleri olan tüketici mahkemelerinin yanı sıra, tüketici sorunları hakem heyetlerini de görevlendirmiştir.

Anılan Kanun'un 22. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, değeri 725 YTL'nin altındaki tüketici hukuku uyuşmazlıklarında, uyuşmazlığın çözümü için, tüketici sorunları hakem heyetine başvurulması zorunludur; doğrudan doğruya tüketici mahkemesinde dava açılması yoluna gidilemez; ancak, sözü edilen heyetin vermiş olduğu karara karşı 15 günlük süre içerisinde tüketici mahkemesine itirazda bulunabilir. İtiraz üzerine, tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir. Tüketici sorunları hakem heyetinin, değeri 725 YTL'yi aşmayan uyuşmazlıklarda vermiş olduğu kararlar, tarafları bağlar ve cebri icra yolu ile yerine getirilebilme açısından ilam niteliğinde belge sayılır.

Değeri 725 YTL'yi aşan uyuşmazlıklarda ise, tüketici sorunları hakem heyetine başvurulmadan, doğrudan doğruya tüketici mahkemelerinde dava açılabilir. Ancak, ilgili, önce tüketici sorunları hakem heyetine başvurup; buradan alacağı kararı, ileride tüketici mahkemesinde dava açması halinde, bu davada, delil olarak kullanabilir (4077 sayılı Kanun m. 22, VI). Sözü edilen halde, tüketici sorunları hakem heyeti kararı, tüketici mahkemesinde açılacak olan davada, kuvvetli bir takdiri delil teşkil eder.

Doktrinde, bugün için değeri 725 YTL'nin altındaki tüketici uyuşmazlıkları bakımından, tüketici sorunları hakem heyetinin, görmüş olduğu işlev dikkate alındığında, alternatif uyuşmazlık çözümünü gerçekleştiren resmi bir kuruluş konumunda bulunduğu görüşü dile getirilmektedir.⁵⁹

Değeri 725 YTL'nin altındaki tüketici hukuku uyuşmazlıklarında, tüketici sorunları hakem heyetine başvurunun, ihtiyari değil de; zorunlu

saptayıcısı ya da tarafsız ön değerlendirici niteliği tanınmış olabilir. (İldır s. 143-144; Sungurtekin-Özkan s. 365)

⁵⁹ İldır s. 130; Tutumlu, M. A., *Tüketici Mahkemelerinin Görev ve Yetki Sınırları*, Ankara 2006, s. 180.

olması, anılan heyetin tarafların haklılığını ve sunmuş oldukları delilleri gözeterek, önüne getirilmiş bulunan uyuşmazlığı, tarafları da bağlayıcı bir şekilde bir kararla çözüme kavuşturması ve vermiş olduğu kararın da icra edilebilirlik açısından ilam hükmünde belge sayılması karşısında, tüketici sorunları hakem heyetlerinin, bir alternatif uyuşmazlık çözüm mercii olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Onların konumu, işaret edilen tüm bu tespitler karşısında, bir mecburi tahkim organı olarak tanımlanabilir.

V. 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. Maddesinin Birinci Fıkrasındaki Düzenleme

5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinin birinci fıkrasında yer alan yasal düzenleme ile iş mahkemesi hakimi, iş davalarında, ilk oturumda, tarafları sulha teşvik etmekle ödevli kılınmıştır.

Arabuluculuk kurumunun temelinde ise, sulh kurumu yatmaktadır. Sulh ise, tarafların, karşılıklı olarak ödünler vermek yahut fedakarlıklarda bulunmak suretiyle, aralarındaki uyuşmazlığı, kısmen ya da tamamen sona erdirmelerini hedefleyen bir sözleşme konumundadır. Arabuluculuk süreci sonunda, bir anlaşma sağlanacak olursa, her iki tarafın tatmin edilmesini hedefleyen ve optimal bir çözümü içeren bu anlaşma, genelde, her iki tarafın da karşılıklı ödünler vermesi suretiyle gerçekleştirilecektir. Bu açıdan yaklaşıldığında, hakimin, sulha teşvik ödevinin kapsamı içerisinde, sonuç alınacağından ümit ettiği hallerde, onun uyuşmazlığın çözümü bağlamında arabulucu gibi davranma yetkisinin de yer aldığını söylemek mümkündür.

VI. 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 22 ve 23 ile 34. Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer Alan Düzenlemeler

Toplu görüşme için tespit edilen yer, gün ve saatte, taraflardan biri, toplantıya gelmez veya geldiği halde görüşmeye başlamaz yahut toplu görüşmeye başladıktan sonra toplantıya devam etmez ya da toplu görüşmeye başlanmasından itibaren otuz gün geçmesine rağmen, taraflar arasında bir anlaşma sağlanamazsa, grev ve lokavttan, grev ve lokavtın yasak olduğu iş ve işyerlerinde ise (2822 sayılı Kanun m. 29,30), zorunlu

tahkime (Yüksek Hakem Kurulu'na) başvurulmasından önceki evrede, arabulucu devreye girer (2822 sayılı Kanun m. 22); tarafların anlaşmaya varması için, elinden gelen her türlü çabayı sarf eder ve ilgililere önerilerde bulunur (2822 sayılı Kanun m. 23, II). Arabuluculuk sürecinin sonunda, bir anlaşma sağlanamaz ise, arabulucu, üç iş günü içinde, uyuşmazlığı belirleyen bir tutanak düzenler ve bu tutanağı, uyuşmazlığın sona erdirilmesi için gerekli gördüğü tavsiyeleri de ekleyerek görevli makama tevdi eder (2822 sayılı Kanun m. 23 son. f).

Karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt genel sağlığı veya milli güvenliği bozucu nitelikte ise, Bakanlar Kurulu, bu uyuşmazlıkta grev ve lokavtı bir kararname ile altmış gün süre ile erteleyebilir. Erteleme süresi, kararnamenin yayımı tarihinde işlemeye başlar (2822 sayılı Kanun m. 33, I). Erteleme kararnamesinin yürürlüğe girmesi üzerine, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı ya bizzat ya da seçeceği bir arabulucu vasıtasıyla arabuluculuk faaliyetinde bulunur (2822 sayılı Kanun m. 34, I); sözü edilen faaliyeti icra eden kişi, erteleme süresi içinde, uyuşmazlığın taraflarca çözüme kavuşturulması için, elinden gelen her türlü gayreti sarf eder.

Sözü edilen süreçlerde, arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafların bir anlaşmaya varmalarını temin için, uygun ve rahat bir müzakere ortamı yaratır; taraflar arasında sürekli bir iletişim ve diyalogun kurulmasına, geliştirilmesine ve canlı tutulmasına yardımcı olur; sorunun kaynaklarına inip ve birbirlerini anlamaları için, elinden gelen her türlü gayreti sarf eder ve onlara üzerinde tartışabilecekleri muhtelif çözüm önerilerinde bulunur.⁶⁰

2822 sayılı Kanun'un 23. maddesinin ikinci fıkrası ile son fıkrasında yer alan düzenlemelerin metni birlikte gözetildiğinde, süreçte görev alan üçüncü kişinin konumunu, yasa, her ne kadar arabuluculuk olarak tanımlamışsa da; bunu, uzlaştırıcılık olarak algılamak ve değerlendirmek, daha sağlıklı ve daha doğru bir yaklaşım biçimi olur.⁶¹ Çünkü üçüncü kişi, aralarında toplu iş uyuşmazlığı bulunan tarafları, bir araya getirip, iletişim kurmalarını sağlamakla kalmayıp; onlara üzerinde tartışabilecekleri muhtelif çözüm önerilerinde de bulunmaktadır. Uyuşmazlık içinde bulunan taraflara, somut olayın koşullarını ve özelliklerini dik-

⁶⁰ Subaşı s. 790.

⁶¹ Krş. Ildır s. 153.

kate olarak, bir çözüm önerileri katalogu sunmak, arabulucunun değil; uzlaştırıcının görevleri arasında yer alır.

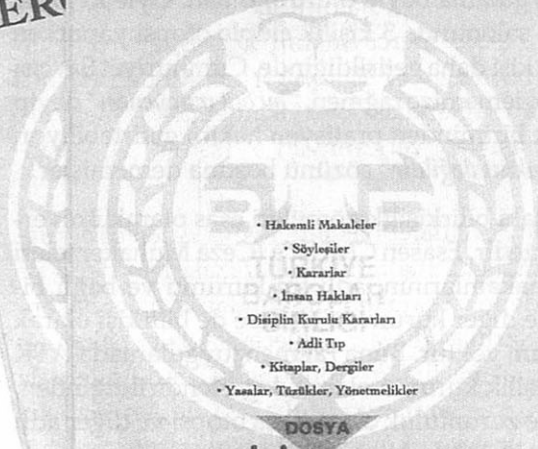
Tarafların anlaşarak, toplu hak uyuşmazlıklarında, özel hakeme başvurmaları mümkündür. Bu durumda, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin işlerlik kazanmasından değil; onun kapsamı dışında kalan ve tahkim yargısının bir parçasını oluşturan ihtiyari tahkimden söz etmek gerekir. Bunun en açık kanıtını, hak uyuşmazlıklarında, özel hakem kararlarının, genel hükümlere tabi olacağını öngören yasal düzenleme oluşturmaktadır (2822 sayılı Kanun m. 58,IV).

Toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde, Yüksek Hakem Kurulu'nun devreye girdiği hallerde ise (2822 sayılı Kanun m. 52, 34,III), alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kapsamı dışında kalan ve tahkim yargısının bir türü olan mecburi tahkimden söz edilir; bu süreçte görev yapan Yüksek Hakem Kurulu ise, mecburi bir tahkim organı konumundadır (2822 sayılı Kanun m. 53-55).

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2404



- 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

DEMOKRATİK ÜLKELERDE KOLLUK GÜÇLERİ ARASINDA YETKİ VE GÖREV ALANI PAYLAŞIMI: TÜRKİYE ÖRNEĞİ

Doç. Dr. M. Bedri ERYILMAZ*

GİRİŞ

Bu makalede, Türkiye’de iç güvenliği sağlama noktasında görev alan farklı kolluk birimleri arasındaki yetki ve görev alanı paylaşımının sınırlarına işaret edilecektir. Zira kolluk birimlerinden birisinin yetkisi olmadığı halde veya görev ve sorumluluk alanı dışında bir yetki kullanması halinde yaptığı işlem idare hukuku açısından görev veya yetki tecavüzü olarak nitelenecek ve geçersiz olacaktır. Bir kolluk görevlisi kendi görev alanı dışında yetkisiz herhangi bir üçüncü kişi durumunda-
dır ve ancak bir vatandaşa suçla mücadelede verilen yetkileri kullanabilir. Yetkisi olmadığı halde yetki kullanan bir kolluk görevlisinin eylemi aynı zamanda ceza hukuku açısından suç teşkil edecektir. Ceza Usul Hukuku açısından da bu şekilde elde edilen deliller hukuka/kanuna aykırı kabul edileceğinden ne kolluk, ne savcı ne de mahkemece delil olarak kullanılabilir.

Her ülke, iç güvenliğini sağlamak için kolluk hizmetini değişik birimler vasıtası ile sunabilir. İç güvenliği sağlayan güvenlik birimlerinin birden fazla olması veya polis ve jandarma olarak farklı isimler altında yapılması ile o ülkenin yapısının demokratik olması arasında doğrudan bir ilişki yoktur. Nitekim Türkiye’de güvenlik hizmeti, genel kolluk olarak bilinen, polis ve jandarma yanında, özel kolluk olarak isimlendirebilecek varlığını özel bir kanuna borçlu olan Sahil Güvenlik Komutanlığı görevlileri, çarşı ve mahalle bekçileri, köy bekçileri ve köy korucuları, özel güvenlik kuruluşları görevlileri, orman muhafaza

* Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi öğretim üyesi, mberyilmaz@yahoo.com

memurları, gümrük ve tekel zabıtası iç güvenlik hizmetine katkıda bulunmaktadır.

Benzer şekilde, İngiltere’de, yerel olarak görev yapan kırk üç polis teşkilatından başka, benzer yetkilerle donatılmış olan Ulaşım Polisi (British Transport Police) ve Savunma Bakanlığı Polisi (Ministry of Defence Police) gibi farklı güvenlik birimleri vardır. Yine Fransa, İspanya, İtalya, Hollanda ve Portekiz’de, polisten başka, jandarmada, değişik isimler altında, güvenlik hizmeti sunmaktadır.

Demokratiklik, iç güvenlik hizmeti sunan birimlerin tek bir isim ve çatı altında toplanmasından çok bu birimlerin, yapısı, işleyişi, kendisini halka karşı sorumlu hissetmesi ve halka hesap verme alışkanlığına sahip olmasının yanında, insan haklarına saygıyı temel hizmet prensibi olarak kabul etmiş olması ile yakından alakalıdır. Bu bağlamda, bir güvenlik biriminin, sivil katılıma, denetime ve eleştiriye açık olması o birimde demokratik bir yapı ve işleyişin varlığının önemli göstergeleridir.

Esasen, bir ülkede güvenlik hizmeti sunan birimlerin, görev alanlarına göre farklılaşması ve farklı isimler alması kaçınılmazdır.

Fakat bu farklılık, bir takım problemleri de beraberinde getirmektedir. Bu problemlerden bir tanesi, belki de en önemlisi, daha fazla yetki ve daha geniş görev alanı daha fazla sorumluluk anlamına gelmesine rağmen, güvenlik birimlerinin, uygulamada, yetkilerini ve görev alanını genişletme mücadelesi içine girmesidir.

Kanun koyucu, bu muhtemel problemi, Türkiye’de aşağıdaki şekilde çözmüştür;

1. Yetki Paylaşımı

Bilindiği üzere kolluk yetkileri, idari (önleyici) ve adli olmak üzere iki grupta toplanmaktadır. İdari yetkiler, uzakta olan suç tehlikesini bertaraf etmek için suçun önlenmesine yönelik yetkiler iken, adli yetkiler belirli bir suç işleme şüphesinin ortaya çıkması sonrası kullanılan yetkilerdir.

Örneğin, terör olaylarının yoğun olarak yaşandığı bir ilde geceleyin yapılan bir uygulama kapsamında bütün araçların durdurularak aranması halinde yapılan arama, önleme araması iken, bu sırada araçlardan

birisinin dur emrine uymayarak kaçması halinde arabanın durdurulması ve içindekilerinin yakalanması için kullanılan yetkiler adlidir.

Kullanılan bir yetkinin adli veya idari niteliğinin tespiti, yetkinin kullanılması sırasında amirin savcı veya mülki amir olmasını belirlemenin yanında, adli bir yetkinin kullanılması sırasında suç işlenmesi halinde 4483 sayılı Kanun gereği dava açılabilmesi için ilgili kolluk görevlisi hakkında soruşturma ve dava açma izni alınması gereğini ortadan kaldırmaktadır.

İdari yetkiler, esas itibari ile istihbarat faaliyetinde bulunma, devriye gezme, toplumsal olaylarda yeterli sayıda kolluk görevlisi bulundurma ile önleme amaçlı arama ve yakalama iken, adli yetkiler, olay yeri incelemesi, bilgi alma, kimlik sorma, arama, el koyma, telefon dinleme, gizli izleme, gizli ajan kullanma, kayıt ve verileri inceleme, zor kullanma, yakalama ve ifade almadır.

Genel kolluğu temsil eden polis, jandarma ve sahil güvenlik komutanlığı görevlileri bir kolluk görevlisine verilen bütün adli ve idari yetkileri kullanabilmektedir.

Kanun koyucu, kolluk yetkisi verdiği her güvenlik biriminin yetkilerini kendi özel kanunlarında belirtmiştir.

Polis açısından, idari yetkiler ile adli yetkilerin bir kısmı, esas itibari ile Polis Vazife ve Selahiyat Kanunu'nda (PVSK) düzenlenmiştir. PVSK m. 25'deki,

“Polis teşkilatı bulunmayan yerlerde il, ilçe ve bucak jandarma komutanları ile jandarma karakol komutanları bu kanunda yazılı vazifeleri yapar ve yetkileri kullanırlar.”

Hükmü gereği jandarmada PVSK'daki yetkileri kullanabilir. Bu sebeple olsa gerek, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun m. 10'da yer alan, silah kullanma yetkisi dışında bir yetkiden söz edilmemektedir. Bununla beraber, bu Kanun'a dayanarak çıkarılan Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Hakkındaki Yönetmelik'te bütün idari ve adli yetkiler son derece modern ve ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Fakat olması gereken, bu yetkilerin, kaynağı olduğu söylenen Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun'a taşınmasıdır. Aksi takdirde, jandarmanın kullandığı yetkilerin kanuniliği tartışılır hale gelecektir.

Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu m. 5'e göre ise, Sahil Güvenlik Komutanlığı mensupları kendilerine bu Kanun'da verilen görevlerin yapılmasında silah kullanma yetkisi dahil polis ve jandarmaya tanınan bütün hak ve yetkilere sahiptir.

Adli yetkiler açısından ise yetkilerin esas kaynağı, hem polis ve jandarma hem de Sahil Güvenlik Komutanlığı mensupları için CMUK ve Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'dur.

Bu yetkiler incelendiğinde polis ve jandarmanın yetkileri arasında ne içerik ne de kapsam bakımından bir fark olmadığı görülür. Esasen, bir ülkenin farklı yerlerinde aynı işi yapan farklı kolluk görevlilerinin yetkilerini farklı kullanması düşünülemez.

Bununla beraber özel kolluğun dışında kalan, orman muhafaza memurları, gümrük memurları gibi özel kolluk görevlileri polis ve jandarmaya verilen yetkilerin tamamını kullanamamaktadırlar.

Özel kolluk görevlilerine verilen yetkiler, esas itibari ile adli nitelikte olup, aramayı, yakalamayı ve bu amaçla zor kullanmayı içermekte olup, bu görevliler, olay yeri incelemesi, telefon dinleme, gizli izleme, ifade alma, gibi özel nitelikteki yetkileri kullanamamaktadır. Çünkü bu yetkiler, teknik olarak özel bir yapılanmayı ve bazı yetkilerin kullanılmasından, fiziksel olarak, hakim, savcı ve avukat ile yakın bir ilişki içinde olmayı gerektirir.

Örneğin, 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkındaki Kanun'a göre, özel güvenlik teşkilatı personeli, delilleri muhafaza altına alma ve yakalama yetkisine sahiptir. Bu görevliler gerekirse, PVSK m. 16'daki şartların doğması halinde silah kullanabilir.

Yine, Köy Kanunu'na göre, köy korucuları, köy sınırı içinde herkesin ırzını, canını ve malını korumak için m. 77 gereği sadece silah kullanma yetkisine sahiptir.

Benzer şekilde, Orman Kanunu m. 77, 78 ve 79 gereği, orman muhafaza memurları, ormanların muhafazası için, arama, el koyma, yakalama ve silah kullanma yetkilerini kullanabilirler.

Aynı şekilde, Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu m. 3'e göre, çarşı ve mahalle bekçileri bazı önleyici görevleri yanında, yakalama, delil-

leri muhafaza altına alma ve m. 5'e göre de PVSK m. 16'daki şartların gerçekleşmesi halinde silah kullanma yetkisine sahiptir.

Kamu hukukunda yetkisizlik esas olduğundan, özel kolluk görevlileri kendi özel kanunlarında kendilerine verilmeyen bir yetkiyi kullanamazlar. Kullanırlarsa idare hukuku açısından yetki gaspı söz konusu olup işlemi hukuken geçersizdir.

Özel kolluk görevlileri bu yetkilerini genel kolluğun yokluğunda, genel kolluğun varlığında da, onun emrinde, genel kolluk görevlilerine yardımcı olmak amacıyla kullanabilir.

2. Görev ve Sorumluluk Alanı Paylaşımı

Özel kolluk görevlilerinin görev ve sorumluluk alanı kendi özel kanunlarında tanımlanmıştır. Buna göre, örneğin orman muhafaza memurları, Orman Kanunu'nda tanımlanan orman sınırları içinde, çarşı ve mahalle bekçileri, belediye hudutları içinde görevlendirildikleri çarşı ve mahalle sınırları içinde, özel güvenlik teşkilatı görevlileri, ilgili kuruluşun faaliyet sahası içinde, köy korucuları köy sınırları içinde görev yapar.

Genel kolluk içinde yer alan Sahil Güvenlik Komutanlığı görevlileri Türkiye Cumhuriyeti'nin bütün sahillerinde, iç suları olan Marmara Denizi, İstanbul Boğazı ve Çanakkale Boğazı'nda, liman ve körfezlerinde, karasularında, egemenlik ve denetimi altında olan deniz alanlarında yetkilerini kullanabilir.

Genel kolluğun diğer iki birimi olan polis ve jandarma arasındaki görev ve sorumluluk alanı ise 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu m. 10'da belirlenmiştir. Buna göre;

"Jandarmanın genel olarak görev ve sorumluluk alanı; polis görev sahası dışı olup, bu alanlar il ve ilçe belediye hudutları haricinde kalan veya polis teşkilatı bulunmayan yerlerdir."

Diğer bir ifadeyle, jandarma, il ve ilçe belediye sınırları içinde görev yapamaz. Bu kuralın istisnası il ve ilçe belediye sınırları içinde polis teşkilatının olmamasıdır. İl ve ilçe belediye sınırları içinde her ne sebeple olursa olsun polis teşkilatı kurulmamışsa burada jandarma teşkilatı ku-

rulabilir. Yine, il ve ilçe belediye sınırları dışında jandarmanın görev yapması buralarda polis teşkilatının bulunmamasına bağlıdır.

Bu durumda, jandarmanın varlık sebebi bir yerde polis teşkilatının olmamasıdır. Polis teşkilatının ülke çapında yaygınlaşması ile veya il ve ilçe belediye sınırlarının genişlemesi sebebiyle jandarmaya iç güvenlikte olan ihtiyaç azalacaktır. Diğer bir ifade ile şu anda, jandarma, polisin boşluğunu doldurarak iç güvenlikte polise yardımcı olmaktadır.

Nitekim bu husus, "Polisle İlişki Çalışma ve İşbirliği Esasları'nı" düzenleyen Jandarma Yönetmeliği'nin 154. maddesinde de açıkça dile getirilmektedir. Söz konusu maddeye göre,

"Polis görev ve sorumluluk alanı olup ta, bugüne kadar Polis Teşkilatı kurulmayan yerlerdeki emniyet ve asayişe ilişkin hizmetler, polis teşkilatı kuruluncaya kadar, Jandarma iç güvenlik birliklerince yerine getirilir. Şehir ve kasabalarda kentleşme nedeniyle; belediye sınırları genişledikçe bu yerlerdeki, jandarmaya ait görev ve sorumluluk alanları polise devredilir."

Aynı anlayışın devamı olarak, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun'a dayanarak çıkarılan Yönetmeliğin 21. maddesi, jandarmaya olan ihtiyacın ortadan kalkması halinde jandarmanın görev ve sorumluluk alanının polise nasıl devir edileceğini düzenlemektedir. Buna göre;

"Gerek mülki ve gerekse mahalli idaredeki değişiklikler ve kentleşme nedeniyle ortaya çıkan yeni durumlar karşısında, jandarmanın sorumluluğuna verilmiş alanlar, aşağıdaki esaslara göre polisin sorumluluğuna verilebilir:

a. Kentleşme nedeniyle jandarma sorumluluk bölgesinin belediye sınırları içine girmesi,

b. Özel kanun ve nizamların öngörmesi,

c. İlgili bakanlıklarca gerekli görülen ve özellik taşıyan yerler için özel düzenleme getirilmesi

durumlarında; valiliğin önerisi, Jandarma Genel Komutanı'nın uygun görmesi ve İçişleri Bakanı'nın onayı ile polise devredilebilir."

Fakat kanımızca, kanun, bir yerin polisin görev alanı sayılması için o yerin il ve ilçe belediye sınırı haline gelmesini veya o yerde polis teşki-

latı olmasını yeterli sayarken, bir yerde yeni bir polis teşkilatı kurulmak istenmesi halinde, o yerin polise devri için bu Yönetmelik hükmü ile Jandarma Genel Komutanlığı'nın uygun görmesinin aranması kanunun lafzına ve ruhuna aykırıdır. Burada, Yönetmeliğin son cümlesinin, takip edilmesi gereken bir usulü açıklaması bakımından, aslında "Jandarma Genel Komutanlığı'na bilgi verilerek, valinin önerisi, İçişleri Bakanı'nun onayı ile polise devredilir" şeklinde olması gerekir.

Jandarma Yönetmeliği'nin 22. maddesine göre, jandarma ve polisin sorumluluk alanları mülki amir ya da yetkili kılacağı görevlinin başkanlığında jandarma, emniyet ve belediye temsilcilerinin katılacağı bir komisyon tarafından belirlenir ve bir protokolle gösterilir. Oybirliği ile alınan kararlar kesindir.

Oybirliği sağlanamayan durumlarda; bucak ve ilçelere ilişkin sorumluluk alanları konusundaki itirazları vali; kesin olarak çözümler. Bu konudaki kararlar, düzenlenecek protokole esas alınır.

Protokoller ayrıntılı bir biçimde düzenlenir ve komisyona katılanlarca imzalanır. Harita, kroki ve diğer ekler komisyonca onaylanarak, protokolle birlikte bir örneği İçişleri Bakanlığı'na gönderilir. Birer örnek mülki amirlik makamında jandarma ve emniyet birimlerinde dosyalanır.

En son verilere göre jandarmanın görev ve sorumluluk alanı ülke coğrafi sınırlarının %91'ini oluşturmaktadır.

Polis ve jandarmanın, birbirinin görev ve sorumluluk alanında görev yapabilirler mi sorusunun cevabı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu'nun yine 10. maddesinde verilmiştir. Buna göre,

"Jandarma veya emniyet teşkilatı, kendi sorumluluk sahasında yetersiz kaldıkları veya kalacaklarının değerlendirilmesi halinde, mahalli mülki amirler tarafından birbirlerinin sorumluluk sahalarında geçici olarak görevlendirilebilirler."

Bu durumda, Jandarma Yönetmeliği'nin 23. maddesi'nde de açıklandığı üzere, gerek jandarma ve gerekse emniyet teşkilatı kendi sorumluluk alanlarındaki görevlerini, kendi kuvvetleriyle yerine getirmek zorundadır. Ancak, jandarma ve emniyet teşkilatı, kendi sorumluluk bölgesinde yetersiz kaldıkları takdirde ya da gelişmekte olan olayların

değerlendirilmesinde yetersiz kalacakları anlaşıldığında; jandarma ve polis geçici bir süre için birbirlerinin sorumluluk bölgesinde görevlendirilebilirler. Bu görev hiç bir zaman süreklilik taşımaz. İstenen sonuç alındığında yardıma gelen kuvvet kendi görevine döner. Jandarmanın polise ve polis jandarmaya yapacağı yardım; belirli bir bölgede emniyet ve asayiş görevlerini üzerine almak, devriyeleri gezdirmek ya da toplu kuvvet sevk etmek biçiminde olur.

Kanun'a göre, jandarma ve polis birbirlerinin görev alanında görev alabilmesi kendi görev alanlarındaki bir olayla ilgili yetersiz kalacak olmasına bağlıdır. Bu hususta değerlendirme yetkisi o yerin mülki amirinin takdirine bırakılmıştır. Şüphesiz bu görevlendirmenin süresi tehlikenin boyutuna ve süresine göre değişecektir.

Bu durumda, Kanun'daki polis ve jandarmanın birbirlerinin görev sahasında görevlendirilmesinin tek kriteri "*bir suç veya olayla mücadelede yetersiz olma*" iken başka bir mülahazayla örneğin bu birimlerden birisine güvenmeme gerekçesi ile polis, jandarmanın görev alanında jandarmanın da polis görev alanında görevlendirilmesinin kanuni dayanağı yoktur.

Aynı sebeple, jandarma polis bölgesinde, polis de jandarma bölgesinde bir yetki kullanmak için (örneğin, arama veya iletişimin dinlenmesi ve tespiti kararı için) Cumhuriyet Savcısı'na veya hakime müracaat edemez. Benzer şekilde, Cumhuriyet Savcısı da, polis veya jandarmayı birbirinin görev ve sorumluluk alanında görevlendirilemez. .

Jandarma Yönetmeliği'nin 154. maddesine göre, polis sorumluluk alanında; herhangi bir suçla karşılaşan jandarma iç güvenlik kuvvetlerine mensup jandarmalar, orada o anda polis yoksa olaya müdahale etmek ve polise de haber vermek, polis memurlarının istemi üzerine gerekli yardımı, yapmakla yükümlüdür. Bu gibi durumlarda jandarma; polis memurları gelinceye kadar olay yerinde soruşturma yapamazlar. Durumu olduğu gibi koruyarak, delillerin kaybolmaması için gereken önlemleri alırlar. Olay yerinde el koydukları nesnelere gelen polis memurlarına bir alındı belgesiyle teslim ederler. Jandarma; polis memurlarının gelmesi geciktiğinde, soruşturma yapar ve soruşturma evrakını, istem olmadan ilgili polis makamlarına gönderir.

Zorunlu durumlarda, polis yetkilileri de, jandarma sorumluluk alanında yukarıdaki şekilde hareket ederler.

Olay faillerinin belirlenmesi ve yakalanmaları konularında, jandarma ve polis kendi sorumluluk alanlarında birbirlerine gerekli yardımı yapmakla yükümlüdürler.

Jandarmanın sorumluluk alanında, polis tarafından; siyasi emniyetle ilgili ya da emniyet ve asayişle ilgili diğer konularda yürüttüğü çalışma ve haber toplama faaliyetlerinde; jandarma bu görevlilere gerekli yardımı yapar. Buna karşılık polis yapacağı çalışmalardan ve edindiği bilgilerden, jandarmaya bilgi verir. Jandarma ve polis kuruluşları kendi bölgelerindeki suç ve diğer olaylardan ilgili olanları birbirlerine bildirirler.

Jandarma ile polisin birlikte çalışmalarına gerek duyulan durumlarda, ortak kuvvetin komuta, sevk ve idaresi, bu çalışmaya katılan jandarma kuvvetlerinin en kıdemli birlik komutanı tarafından sağlanır. Ancak ortak çalışmaya katılan polis teşkilatının amiri; emniyet amiri ya da emniyet müdürü rütbesinde ise, bu amirler çalışma sonuçlanıncaya kadar mülki amirin emrinde müşavir olarak görev yaparlar.

Bir polis memur veya amiri kendi mülki alanı dışında bir olayla karşılaştığında bu olaya müdahale etmek zorunda olup olmadığı hususu da PVSK Ek m. 4' de düzenlenmiştir. Buna göre,

“Polis, görevli bulunduğu mülki sınırlar içinde hizmet branşı, yeri ve zamanına bakılmaksızın, bir suçla karşılaştığında suça el koymak, önlemek, sanık ve suç delillerini tespit, muhafaza ve yetkili zabıtaya teslim etmekle görevli ve yetkilidir.

Bu madde hükmü gereğince bir suça müdahale eden polise karşı işlenen suçlar görevli memura karşı işlenmiş suç, müdahalede bulunan polisin işlediği suçlar ise görevli memurun işlediği suç sayılır.”

Bu durumda, bir il veya ilçede görevli polis memur veya amiri, o il veya ilçe sınırları içinde adli bir olayla karşılaştığında, çalıştığı birime (trafik, asayiş, çevik kuvvet, karakol, vb.) bakmaksızın, o olaya müdahale etmek zorundadır. Müdahale etmemesi halinde, eylemi (eylemsizliği), görevi ihmal suçunu oluşturacaktır. Bu olaya müdahale sırasında, kanunun da vurguladığı gibi, polisin kendisine karşı işlenen suçlar, görevli memura karşı işlenmiş, polisin işledikleri suç ise görevli memurun işlediği suç olarak değerlendirilecektir.

Bu durumda, polis, bağılı bulunduğu mülki sınırlar dışında (örneğin, tatil için gittiği bir beldede) hak ve yetkilerini normal vatandaş sıfatı ile kullanacaktır.

SONUÇ

Türk kanun koyucusu iç güvenliği sağlamada kolluk birimleri arasında yetki ve görev paylaşımını tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde net olarak belirlemiştir.

Kanun koyucu, demokratik bir toplumda kolluk hizmetinin sivil bir birimce karşılanması gerektiği öngörüsü ile askeri bir yapının temsilcisi olan jandarmanın kolluk hizmetini sadece istisna kabul etmemiş bu hizmeti kırsal kesim ile sınırlamış ve polis teşkilatı kuruluncaya kadar jandarmanın polise yardımcı olmasını öngörmüştür.

Bundan sonrası için, yapılması gerekenler;

1. Uygulamayı kanun koyucunun bu öngörülerine göre şekillendirmektir.

2. AB sürecinde, kolluk kuvvetlerinin sivil bir yapıya kavuşturulması, amacı ile Fransa, Belçika, İspanya, İtalya, Portekiz gibi Avrupa Birliği üyesi ülkelerde başlatılan, Jandarma Teşkilatları mensuplarının statülerinin diğer kuvvet komutanlıklarına tabi personelin statülerinden ayrılması işlemi Türkiye’de de başlatmalıdır.

SIYASAL PARTİ KONGRELERİNİN YARGISAL DENETİMİ

Ahmet İYİMAYA*

GİRİŞ

Siyasal partiler, seçim yoluyla yürütme ve yasama iktidarını elde etme amacına yönelik demokratik kuruluşlardır. Siyaset kurumunun özünü ve omurgasını, siyasal partiler oluşturur. Devleti dönüştürme ve iyi yönetim projesi, örgütlenme kollektif özgürlüğünün tepe noktasını oluşturan siyasal partilerin doğal misyonudur.

Siyasal parti sisteminin gereği gibi işlemediği, kurumsallaşmadığı yapılarda “demokrasi, hukukun üstünlüğü, temel hak ve özgürlükler, iyi yönetim” gibi değerlerin yaşam gerçeğine dönüşmeleri imkansızdır.

Nihayet insan aklının, giderek uygarlığın ürünü olan herhangi bir sistemin veya siyasal partiler sisteminin “işlerliği/kurumsallaşması” sorununu, yalnızca siyaset kurumunun sorunu değildir. Bilakis bu sorunlar, “toplumun, bireyin” ve daha fazlası “yargı”nın ortak sorunudur. Bozulmaya ve yozlaşmaya karşı “toplumsal refleksler”in harekete geçmediği ve hukukun tanımladığı “yaptırımlar”ın esirgendiği bir yapıda “erdem gelişme”, hayallerin dahi gündemine giremez.

Siyaset kurumu ve siyasal partiler sistemi, bir “çürüme” içindedir. Yozlaşma ve çürüme, tek sebebe ve tek sorumluya indirgenemez. Kuşkusuz bu sorun, ciltlerce eserleri dolduracak yoğunlukta sosyoloji, siyaset bilimi ve benzeri dalların ana konularını oluşturur.

* Avukat. Ankara Barosu, TBMM Anayasa Komisyonu önceki başkanı.

Biz bu incelememizde “siyasal parti sistemindeki çürüme”nin hem kısmen bir “nedeni”, hem de “göstergesi” olarak “siyasal parti kongrelerinin yargısal denetimini” ele alacağız.

Siyasal partiler hukuku ve özellikle kongre hukuku, Türk hukuk öğretisinin ilgi alanı dışında kalmıştır.¹ Hukuku üreten temel dinamikler olarak siyasal partilerimizden herhangi birisi, “partilerin iç hukuku” noktasında bilimsel araştırma yaptırmak ve yayınlamak gibi “doğal görevlerinin” ayırında olmamıştır.²

Siyasal partiler hukukunun pozitif kaynağı olarak bu alanı düzenleyen “yasal çatı”da, bu incelemede ortaya konacağı gibi siyaset kurumunu hukuktan ve hukuki denetimden uzak tutacak “boşluk, çatışma ve keyfilikler”le doludur. Bu alanın genellikle ara rejimlerde reforma tabi tutulması ve olağan dönemlerde uzlaşma temelinde bir “siyaset hukuku kodu”nun çıkarılmamış olması gerçeği, anlamlıdır.³

Siyasal partiler hukukunun korporatif hukuka yaptığı atfın yol açtığı hukuki sonuçlar (SPK m. 121, 29/1), tamamen Türk yargısını ilgilendirmektedir. Dernekler Kanunu’nun ve Türk Medeni Kanunu’nun bu alanda uygulama sınırları konusunda Türk yargısı, üzerine düşeni

¹ Siyasal partilerin Anayasa hukuku açısı konusunda Türk öğretisi, hayli zengin kaynaklara sahiptir: Payashoğlu, Arif T., Prof. Dr., *Siyasi Partiler*, Ank. 1952; Teziç, Erdoğan, Prof. Dr., *Yüz Soruda Siyasal Partiler (Partilerin Hukuki Rejimi)*. İst. 1976; Özbudun, Ergün, Prof. Dr., *Siyasal Partiler*, Ank. 1979. Aynı müellif, *Parti Disiplini*, Ank. 1968; Perinçek, Doğu, *Anayasa ve Partiler Rejimi*, İst. 1985; Sağlam, Fazıl, Prof. Dr., *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, İst. 1999; Öden, Merih, Prof. Dr., *Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları*, Ank. 2003; Yanık, Murat, *Parti İçi Demokrasi*, İst. 2002; Tuncay, Suavi, Dr., *Parti İçi Demokrasi ve Türkiye*, Ank. 1996; Durmuş, Arzu, Dr., *Siyasi Partilerin Kapatılması... İst. 2001. Anayasa ve Siyasal Partilerin Kapatılması... Siyasal partilerin iç-hukuku, işleyişi, hukuki sorunları, kurumsal yasanın atfıyla (SPK m. 121, 29) bir medeni hukuktur. Ancak Anayasa ile bağı olan ve bu bağlamda anlam yüklemesine uğrayan bir medeni hukuk (AY m. 68, 69)... Siyasal Partiler Hukuku’nun bu dalı, akademik fukaralığın yaşandığı bir daldır. Değindiğimiz anlam yüklenmesi (AY m. 68-69), siyasi partiler hukukunu dernekler hukukundan daha farklı kılmaktadır. Bu alanda ciddi ve uygulamayı etkileyen bir boşluk vardır.*

² Bu alanda siyasal partilerin, bilim kuruluşları (üniversite ve diğerleri) ile temasa geçerek boşluğu hukuk ekseninde dolduracak ve farklılıklarla zenginleştirecek bir çaba göstermeleri gerekir. Siyaset piyasasında görünme amacı dışında bir işlevi olmayan ve kimi partilerce düzenlenen konuya ilişkin sempozyumlar, -kaliteleri bir yana- esere dönüşmeyen “sözler” (hitabet) olarak “buharlaşmak” tadır.

³ İçinde bu makalenin de yer alacağı kimi incelemelerimi, yakın gelecekte “Siyaset Hukuku Sorunları” adıyla yayınlamayı düşünmekteyim.

yapmamış, yapamamıştır. Bu alanda “siyaset kurumunu ve parti dinamiğini” “hukuki zemine çekecek”, yozlaşmayı önleyecek, içtihat temelinde istikrarı sağlayacak bir hukuk inşası, başta Yüksek Yargıtay’ımız olmak üzere yargı erkinin şimdilik uykuya metruk normatif görevi olarak açık durmaktadır. Türk yargısının –adeta– yargısal denetimden kaçışı ile yaratılan ve siyaset kurumunun memnuniyetle karşıladığı “denetimsiz ve dokunulamaz siyasal parti alanı”, çürümenin temel göstergesi ve klastikleşecek kürsü örneği olarak ortadadır.

Sorun, kendi hukuki yapısında ortaya konmuş ve henüz Türk yargısına yansımamış olmakla birlikte, 2004 Anayasa değişikliği (m. 90) ile iç etki doğuran İHAS (m. 11, 13, 6)’ın yol açtığı zorunlu sonuçlar bağlamında da bir değerlendirme yapılmıştır.

Seçimli siyasal parti kongrelerinin yargısal denetiminde yasanın açıkça çizdiği görev sınırları hiçe sayılarak, “seçim yargısı-adli yargı” görev alanının kriterleri ele alınmayarak “Yüksek Yargıtay’ın” formül onamalı görevsizlik çözümü, “içtihat ve hukuk güvenliği” hassasiyetini öteleyen (AY m. 2, 154) bir konumla “hukukun ve yaptırımın” uygulanmasını bizatihi engellemektedir.

Kongrenin yargısal denetimine yönelik ve yasal süresinde açılan davaların uzamasına (yargının geç işleyişine), üzerinden bunca zaman geçtikten sonra “iptale gidilir mi” yollu hukukun üstünlüğü temel değerine yabancı bir “ön yargı” şablonunun geçirilmesi, elbette ki hiçbir şartta mümkün değildir. Zihin sekelleri ile yürürlükteki hukukun uygulamadan düşürülmesini yine “hukuk” tanımaz (AY m. 2).

İncelememizin amacı, hukukun üstünlüğüne ve hukuk zemininde pozitif siyasete hizmettir.

II. SİYASAL PARTİ KONGRESİ

A. Kongrenin Önemi

Kongre, “üye veya delegelerin yetkili organın hazırladığı gündemdeki sorunları görüşmek ve sonuçlandırmak üzere, belli sürelerde ve divan yönetiminde yaptıkları toplantı”dır. Kongre, dernekler ve diğer korporatif yapılardaki “genel kurul”un siyasi partiler hukukundaki “karşılığı”dır (SPK m. 14, 19, 20). “Kongre”, hem partinin en yüksek “organ”ını ve hem

de toplantının işleyişini anlatan çifte karakterli bir kavramdır (SPK m. 4/1, 4; MK m. 73, 79/1, 80).⁴

Kollektif özgürlükler hukuku yönünden kongre, bu temel hak ve hürriyetin “özü”nü oluşturur. Kurucu unsurları sakat kongre, somut olay bağlamında özü boşaltılmış kollektif özgürlükle eşdeğerdedir.⁵ (İHAS. m. 11, AY m. 33)

Siyasal parti, dış işleyişinde “*iktidar veya muhalefet*”, iç yapısında ise, “*her şeyden önce*”, “*kongre*” demektir. Siyasal parti iç işleyişinin, diğer tüzelkişilerin aksine Anayasa seviyesinde düzenlenmesi, parti hukukuna verilen önemin bir başka yönden ifadesidir (AY m. 69/1).

Kongre, siyasi partinin her kademedede en yüksek organıdır (SPK m. 14/1 ve diğerleri). Anayasa ve yasanın dışında kalan parti iç hukukunu, kongre oluşturur (SPK m. 14/5, 16/2). Partiye yön veren kararlar, iktidara gelindiğinde izlenecek siyasalar, bu platformda teşekkül eder. Organları seçen, kadroları belirleyen kongredir. Partide yetki kullananların, tasarrufta bulunanların hesaba çekilecekleri yer, kongre zeminidir. Siyasal parti kongresinin gerçekleşme biçimi ve buna dayalı gözlem, o partinin iktidara geldiğinde nasıl bir yönetim sergileyeceğinin temel göstergelerindedir.⁶ Bir kongrede “*parti içi demokrasi*” işlemiyorsa, o

⁴ Özsunay, Ergün, Prof. Dr., *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İst. 1982. s. 170 vd.; Öztan, Bilge, Prof. Dr., *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fillerinden Doğan Sorumluluk*, Ank. 1970, s. 80, 102. Değerli bilim adamı, doğru olarak genel kurulu, “başka hiçbir yerden talimat almadan, tüzelkişinin iradesini teşekkül ettiren” (kurucu) organ olarak nitelemiştir (s. 102). Egger, A. Dr., (Volf Çernis çevrisi). *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Kişinin Hukuku/Tüzel Kişiler*, Ank. 1948. Art. 64. s. 91 vd.

⁵ Kaboğlu, İbrahim, Prof. Dr., *Özgürlükler Hukuku*, İst. 2002. s. 227-229, 232. Aynı müellif, *Kollektif Özgürlükler*, Diyarbakır 1989; Yanık, Murat, Dr., *a.g.e.*, s. 149 vd.

⁶ Tuncay, Suavi, *a.g.e.*, s. 188-189 vd. Müellif aynen “Türkiye’de siyasi partilerin kongreleri, aynı zamanda demokrasimizin gelişme düzeyini de göstermektedir... Demokraside bulunduğumuz noktanın nerede olduğunu adeta kongrelerden öğrenebiliriz” demektedir (s. 189). *Anadolu Stratejik Araştırmalar Vakfı, Parti İçi Demokrasi*, Prof. Kalaycıoğlu, sempozyumda ilginç bir somutlama ile şunları ifade etmektedir: “Ama ben demokratik bir örgütüm ve Türkiye’yi demokrasi içerisinde yöneteceğim diye ortaya çıkıyorsa bir parti, o zaman seçmen olarak siz ve ben tamam kardeşim, madem Türkiye’yi demokrasiye göre ve demokratik olarak yöneteceksiniz ve demokratik bir örgüt olduğunuzu söylüyorsunuz, gösterin bakalım, nasıl bir demokrasiyle kendinizi yönetiyorsunuz, demek hakkına sahibiz. O da bize kendi gözünde demokrasi ne ise, onu partisi içinde yaşatarak bize gösterme mükellefiyeti içerisindedir. Bu yükümlülüğünün altına kendisini sokuyor, kendi kendine sokuyor. Eğer böyle bir iddiada bulunmuyorsa, zaten demokratik olmak mecburiyetindedin,

partinin topluma seslendirdiği “demokrasi” vaadi, havada kalır. Aynı şekilde kongrede “iç hukukundan kaçan bir parti”, “hukukun üstünlüğü” vaadinde kendisine karşı güveni ta baştan yok etmiştir. Her iki durum, genel ve yaygın yolsuzluğun siyaset kurumundaki “duru adresini” göstermektedir...

Özellikle büyük kongreler için öngörülen sürenin kısalığı veya uzunluğu (bir günlük kongre, üç günlük kongre gibi), kongre verimi bakımından önemlidir. Sorunların tartışılmasına/müzakere ve karar süreçlerine zaman ayırmayan kongreler; siyaset patolojisine tipik örnek oluştururlar. Böyle yapılardan “ülke sorunları çözecek” projeler yerine, ancak “sandalye/makam odaklı” “kifayetsiz ihtiraslar” üreyebilmektedir.

B. Kongrenin Anatomisi

Siyasal partilerde kongreler, kademelere göre, “belde, ilçe, il kongreleri” ve “büyük kongre” şeklinde bölümlere ayrılırlar. Ayrıca “olağan” ve “olağaniüstü” kongre grubu da bulunmaktadır (SPK m. 14, 19, 20). Keza kongrenin gündemine göre, “seçimli kongre/seçimsiz kongre, karma kongre” ayırımı da vardır (SPK m. 21).

Kongrelerin yargısal denetiminde ortaya çıkan ve maalesef yargı seviyesinde henüz çözüme ulaştırılamamış (kurumsal içtihadın oluştu-

çünkü bu demokrasidir diyemeyiz. Çünkü demokraside her örgüt demokratik olmak zorunda değildir. Ancak bu partilerden demokrasi ilkesi arayabilirsiniz. Yoksa bir parti faşisttir, bir Fühler tarafından yönetilmek istemektedir ve Türkiye’yi de öyle yönetmek istemektedir. O partinin ille demokratik olacağını diye üzerine gitmemiz, demokrasi ilkesine sığmaz. Ve anlamsız bir sonuca götürür. Dolayısıyla bu durumda olan partiler, kendilerine bir demokrasi modeli olarak yaklaşmamıza fırsat verirler veya vermelidirler. Seçmenlerin, bunu talep etme hakkı vardır. O zaman, onlar iktidara gelirlerse, bizi nasıl yöneteceklerini iktidara gelmeden önce parti olarak, kendi kendilerini nasıl yönettiklerini göstererek sunarlar. Biz de buna bakar, ona göre oyumuzu kullanırız. Bu fırsat, bugünkü yasada da siyasal partilere temin edilmiştir. Ve kendilerinin içerisindeki uygulamalar, iktidara geldiklerinde bizi nasıl yöneteceklerinin bir aynası görünümündedir zaten. Bunu da kabul etmemiz lazım. Bakıyorsunuz X partisine, nasıl yönetiliyorsa X partisi, parti ve liderinin üç aşığı, beş yukarı şirketi gibi, iktidara gelince de bizi öyle yönetiyor. Ben, seçmen olarak, arada bir fark göremiyorum. Siz görüyorsanız lütfen bana daha sonra anlatın. Ben de öğrenmiş olayım. Ama bu siyasi partiler için önemli bir fonksiyon. Dolayısıyla Türkiye’deki siyasal partiler demokratik olarak yönetilmiyorlarsa, o zaman biraz tercihlerimiz azalıyor demektir.” (Kalaycıoğlu, Ersin, *Değindiğimiz Parti İçti Demokrasi Eseri*, s. 71 vd.)

rulmadığı) sorunlar, seçimli kongrelerde yaşanmaktadır. İncelememiz, bu ihtiyaca nesnel çözüm oluşturmak hedefinde bu soruna odaklanmıştır.

1. Kongre Gündemi

Doğru ve hukuka uygun çözümün oluşturulabilmesi, sorunun doğru tespitine ve doğru tavsifine (teşhisine) bağlıdır. Bu bağlamda “seçimli kongre gündeminin” mutlaka göz önüne alınması gerekir.

Kongrenin anatomisi, bir bütün olarak “gündem”den izlenebilir. Hukuka uygun denetimin yapı ve sınırlarının gözlem temelinde ortaya konabilmesi için gerçek yaşamdan (bir parti kongresinde uygulanmış) somut bir gündemi, incelememize aynen alıyoruz:

(BÜYÜK) KONGRE GÜNDEMİ

14 MAYIS 2005, CUMARTESİ Saat: 10.00

01. Yoklama ve Açılış,
 02. Kongre Başkanlık Divanının Seçimi (1 Başkan, 4 Başkan Yardımcısı, 8 Katip Üye),
 03. Atatürk ve Şehitlerimiz için saygı duruşu ve İstiklal Marşı,
 04. Anıtkabir’i ziyaret heyetinin tespiti (Her ilden birer üye olmak üzere.)
 05. Komisyonların teşkili:
 - a. Tüzük Komisyonu,
 - b. Ülke Meseleleri Komisyonu,
 - c. Bütçe ve Hesapları İnceleme Komisyonu,
 - d. Dilek ve Temennileri İnceleme Komisyonu.
 06. Genel Başkan’ın konuşması,
 07. Genel Başkan seçimi hazırlığı,
- (Genel Başkan adayları oy pusulalarının en geç saat: 11.00’e kadar Başkanlık Divanı’na verilmesi.)

08. Genel İdare Kurulu ve Merkez Karar Kurulu raporları ile gelir-gider kesin hesap raporunun okunması, müzakeresi ve onaylanması,
09. Komisyon raporlarının okunması, müzakeresi ve onaylanması,
10. Genel Başkan seçimi ve sonucunun açıklanması.

15 MAYIS 2005, PAZAR Saat: 10.00

01. Siyasi Konuşmalar,

02. Dilek ve Temenniler,

03. Genel İdare Kurulu Asil ve Yedek üyeleri, Merkez Karar Kurulu Asil ve Yedek üyeleri, Yüksek Haysiyet Divanı Asil ve Yedek üyelerine ait aday listelerinin Başkanlık Divanına Teslimi ve seçimlerinin yapılması ve sonuçlarının açıklanması,

04. Kapanış.

Gündem, iç hukukun yetkili kıldığı kişi ya da kurul organca hazırlanan, genel kurulun görüşeceği işleri sıra düzenine koyan, vasıflı çoğunlukça belli sınırlarda ancak değiştirilebilen, kongreyi bağlayan korporatif bir işlemdir (MK m. 79).⁷

Kongrenin yargısal denetiminde gündem, anlaşmazlığın ferdileştirilmesi ve somuta indirgenmesi bakımından önemli bir veri oluşturur.

Seçimli kongre ile seçim gündemini içermeyen kongre arasındaki yegane fark, seçimli kongrede “seçime hazırlık” (örnek gündemde, sıra no 07) ve “seçim” (sıra no 10 ve ikinci gün gündemi, sıra no 03) maddelerinin yer almasıdır. Yalnızca seçim gündemli bir kongrenin yapılmasını

⁷ Özsunay, Ergün, Prof. Dr., a.g.e., s. 193 vd.; Egger, Dr., a.g.e., Art. 64. s. 94 vd.; Yiğit, İlhan, *Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar*, İst. 2005. s. 164 vd. (TTK 1’le kurulan MK ilişkisi), Aynı müellifin “Gündeme Bağlılık İlkesi” adlı yayınlanmamış yüksek lisans tezi. Ayrıca parti tüzüklerinde, genel kurulun gündeme bağlılık ilkesi çerçevesinde yürütülmesi gerekeceğine ilişkin hükümler de vardır. Aynı şekilde YHGK 15.3.1967 T. 400/154-E/K (ABD 1967/S 24. s. 5256).

engelleyen bir kural yoktur. Pratikte siyasal partiler, seçimli kongreleri, karma gündemle (yani seçim dışı sorunları da görüşme konusu kılan bir gündemle) yapmaktadırlar. Aynı şekilde, seçim gündemini içermeyen kongrelerin yapılması da mümkündür. En yetkili organ olan kongrenin parti yönetimine rağmen azınlığın isteği ile (olağanüstü) toplanması sistemi, kollektif özgürlüğün işlevselliği bağlamında bütün tüzel kişiler hukukunun ortak karakteridir (SPK m. 14/6, MK 75/1).⁸ Seçimli kongrede yapılan “seçimin” seçim yargısı tarafından “iptali” halinde, iptal kararını izleyen en erken bir, en geç iki ay içinde kongrenin yeniden yapılması ve gündeme seçimin dışında başka konunun konmaması gerekir (SPK m. 21/11).

Gündeme uyulması, gündemdeki konuların sonuçlandırılması yalnızca kollektif özgürlüğün işleyişi bakımından değil, aynı zamanda kongrenin hukuka uygunluğu ve geçersizlik yaptırımı ile karşılaşmaması bakımından da önemlidir.

2. Kongre Divanı

Oluşumu iç-hukukta (partiler yönünden tüzükte) belirlenen divan; başkan, yardımcı ve sekreter gibi unsurlardan oluşan; genel kurulu yöneten, gündemi işleten, uygulayan ve genel kurula bağlı, süreçte genel kurulca değiştirilebilen “yürütme” organıdır (MK m. 79/1, SPK m. 29/1). Aslında divan, farklılıkların, zıt-düşüncelerin, karşıt-siyasaların, alternatif politikaların çarpıştığı ve yaratıcı özgürlüğün rekabet temelinde boy verdiği kongre platformunun “hakem ve bilge” organıdır.⁹ Çatışmayı ve gerilimi “tarafsızlığın ve hukukun üstünlüğü” ekseninde fırsata

⁸ İyimaya, Ahmet, “Siyasal Parti Tüzüklerinin Yargısal Denetimi”, *TBB D*, 2005, S. 61, s. 280; Egger, *a.g.e.*, m. 64, N. 8, s. 94; Birsal, Mahmut, Prof. Dr., “Azınlık Hakları”, *İmran Ökteme Armağanı*, Ank. 1970. s. 619 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Prof. Dr., *Hıfzı Timur'un Anısına Armağan*, İst. 1979 s. 386 vd.; Poroy, Reha, Prof. Dr., - Tekinalp, Ünal, Prof. Dr., - Çamoğlu, Ersin, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 9. Basım İst. 2003. N. 753. s. 432, Azınlık hakkı kurumunun felsefi temeli yönünden Hugo Horowitzin anlatımı özgündür: “... Azınlık, bütünü bir kısımdır; fakat özel bir türü değildir. Bütün içinde tanınabilir, fakat ondan ayrılamaz. Tıpkı denizde akışı hala fark edilebilen, fakat artık denizin bir parçası olan nehir suları gibi ...” (*İmran Ökteme Armağanı*, s. 621). Özsunay, *a.g.e.*, s. 264.

⁹ Özsunay, *a.g.e.*, s. 190; Ballar, Suat, *Dernekler Hukuku*, İst. 1996. s. 172; Uçar, Bilal - İmamoğlu, A. Haydar, *Dernekler Hukuku*, Ank. 2001. s. 174; Yiğit, İlhan, *a.g.e.*, s. 132 vd.; Moroğlu, Erdoğan, Prof. Dr., *Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, İst. 2001. s. 100.

döndürecek bir “dinamik”tir. Ne var ki siyasal parti gerçeğinde divan, kendisini seçtiren çoğunluğun bağlı bulunduğu tarafın (oligarşinin yahut çekirdek azınlığın) gizli stratejilerini ve talimatlarını uygulayan güdümlü bir “yapı”dan başka bir şey değildir.

Siyasal parti kongrelerinin hukuka uygunluk denetimi yönünden divanın teşekkülü, gündemi uygulaması ve yönetme tarzı, hitabetleri sonuç değiştirecek kimi kişilere söz vermemesi, seçime (yarışa) katılan adayları bin bir türlü hukuksuzluklarla yarış dışı bırakması, oy pusularını ve adaylık başvurularını kayda almaması ve benzeri eylem yahut kaçınmalar, önemli veri oluşturur.

Seçimli kongrelerde divanın teşekkülü, genel kurulu yönetmesi herhangi bir devlet organının yahut seçim yargısının gözetim ve denetiminde değildir. Yasa koyucu -isabet içinde- kollektif/korporatif ve siyasal parti özgürlüğünün doğal gereği olarak kongre işleyişinde, divan işlemlerinde gözetim ve denetimi gerekli görmemiş, sadece genel yargısal denetimle yetinmiştir (SPK m. 29/1, 21/5). Yasa açıkça, yalnızca “yapılacak seçimlerde seçim yargısının gözetim ve denetimi” kuralını öngörmüştür (SPK m. 21/5).

Örnek gündemde belli olduğu üzere divanın görevi birinci günde, olduğu andan itibaren (yani örnek gündemde 02. maddeden itibaren) başlamakta, komisyon raporlarının oylandığı 09. madde gündeminin ifası ile bitmektedir. İlçe seçim kurulunun işi (gözetim, denetim ve seçimleri yaptırma); 1. günde 10. sırada yer alan gündemle (yani genel başkan seçimine geçişle) başlamakta ve seçimlerin tutanağa bağlanması (seçim tutanağı) ile bitmektedir (SPK m. 21/9). Uygulamada, divanın tuttuğu tutanakta bu safha şu tür ifadelerle resmedilmektedir (09. maddeden sonra); “... Divan, görevini seçim kuruluna devretti”.¹⁰ İlçe seçim kurulu yargıcı (seçim hakimi) ve yardımcısı (genellikle yazı işleri müdürü), seçimlere geçişten itibaren seçim tutanağının tanzimine kadar divanın terk ettiği kürsüde yerlerini almakta ve geçilen seçim sürecindeki yönetim, yargı erkince yerine getirilmektedir (SPK m. 21, AY m. 67/2, 79).

Örnek gündemdeki ikinci günde de 01, 02, 04 nolu sıralarda yer alan işler divanın, 03 nolu sıradaki iş (diğer organ seçimleri) ise seçim yargısının (yönetiminde) 1. gündeki şekilde tamamlanmaktadır.

¹⁰ Örnek gündemin uygulandığı parti kongresinin tutanak metninden.

Divan ve seçim yargısının kongre sürecindeki görevlerinin zaman ve iş türü bakımından somut olarak ayrılmaması, bu tür bir analize gidilmemesi, özellikle seçim yargısı-adli yargı görev ayırımında sorun yaratmakta, yasanın öngördüğü görevden kaçma anlamına gelebilecek sonuçlarla karşılaşılmaktadır. Bu konuya normatif yapı bağlamında ayrıca dönülecektir. Doğru hukuka giden yolda bu hususa –şimdilik– sadece değinmekle yetinelim.

Örnek gündemde belli olduğu üzere (aynen) “Genel Başkan Seçimi Hazırlığı” (Genel başkan adaylarının oy pusulalarının en geç saat: 11.00’a kadar başkanlık divanına verilmesi) maddesi (sıra no 07) divanın yönetimindedir. İlçe seçim kurulunun bu aşamada, denetim, gözetim ve müdahale yetkisi yoktur. Esasen organ seçiminde aday olanlar, partilerin iç hukukuna (tüzük) göre divana başvurmak zorundadır (Aynen milletvekili adaylarında olduğu gibi). Kimin yarışacağına, aday veya ilçe seçim kurulu değil, kongrede “divan” karar vermektedir. Tüzükte seçime katılma (aday) ehliyeti tanzim edilmiş olabilir. Bu yöndeki tüzük hükmünü uygulayacak ve bu bağlamda eleme yapacak olan “divan”dır. İlçe seçim kurulu, divanca kendisine iletilen “adayların yarışımı” (seçimi) yönetmektedir. Seçime hazırlık aşamasının hukuksal/yargısal denetimi, bu işin divanca yürütülmesi sebebi ile ve zorunlu olarak adli yargının görev alanındadır (SPK m. 21/9).

3. Kongre Tutanağı

Kongre tutanağı, genel kurulu bütün safahatı ile kayda geçiren ve hukuka aykırılık denetimi yönünden hemen hemen yegane “delil” olan ve divanca düzenlenen bir “metin zemini”dir (SPK m. 60/3. C. 3, 113; MK m. 79/1).

Özellikle “hakem organ” niteliğini hatırlamayan güdümlü divanlarda, olası kongre iptal davalarına karşı bir önlem olarak, sahteciliğe kadar uzanan “tutanak sakatlıkları”na rastlanmaktadır. Sözelimi genel başkanlığa aday olan ve aday yeterliğini taşıyan kişinin adaylık başvurusunun genel kurula oylatma yoluyla divan tarafından reddi ve yarış dışı bırakılma çıplak olayı, tutanağa “...Bu müracaatın belirtilen süre içinde yapılmadığı için genel kurul kararı ile adaylık reddedildi” (örnek gündem; 07’deki saat 11.00 kaydı) biçiminde geçirilebilmektedir.¹¹

¹¹ Örnek gündemin uygulandığı kongrede Emniyet Müdürlüğü görevlilerince düzen-

Kongre tutanağındaki sakatlığın niteliği (somut özelliği), topluma iyi yönetim, saydamlık ve hesap verebilirlik vaadiyle seçim pazarına çıkan siyasi partiler yönünden “*bütün sonuçları ile kongreyi hükümsüz kılan*” bir hukuki sebep oluşturur. “*Sahte tutanak*” üzerinde yükselen hiçbir sonuç veya zafer (!), sermayesi birey ve toplum olan yapılarda makus bulamaz. Hukuk, bu gerçeğe kulağını tıkayamaz. Bu konuya, özel bölümünde yeniden dönülecektir.

Teknolojinin ulaştığı dijital imkanın siyasal parti kongrelerine uyarlanması ve tutanakla birlikte “*karartılmamış görüntülü kaydı*”, zorunlu parti verisine (evraka) dönüştüren bir yasal düzenleme, kaçınılmazdır.¹² Kongre sürecini oluş gerçeğinin dışında kayda alan bir tutanak temeline yapılacak yargısal denetimin adaleti yakalaması zordur.

III. SİYASAL PARTİ KONGRESİNİ SAKATLAYAN SEBEPLER (YARGISAL DENETİM EKSENİNDE KISMİ BİR YAKLAŞIM)

Siyasal Parti kongresini düzenleyen hukuka aykırı işlem, eylem ve ihmaller, iptal yaptırımının uygulanmasını zorunlu kılar. Vurgu ile belirtelim ki burada üzerinde durulan sebepler, kongrenin teşekkülüne, kongre düzenine, kongre gündemine ilişkin sebeplerdir. Kongrenin vücut ve zafiyeti ile ilgili sebeplerdir. Hukuka uygun kongrelerde alınan hukuka aykırı kararların yargısal denetimi, inceleme alanımızın dışında kalmaktadır (MK m. 83).

lenen raporda, olay oluşu/gerçeğe uygun olarak ve çarpıtılmadan şu şekilde kayda geçmiştir: “Divan Başkanlığı’na X isimli şahıs tarafından Genel Başkanlık Adaylığı için müracaatta bulunuldu. Kongre delegesi olmadığı için adaylığı divan tarafından açık oya sunuldu. Oybirliği ile kabul edilmedi” (bkz., Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, 27.06.2005 T. 72 sayılı Yazı ekindeki Emniyet Görevlileri Tutanağı/Raporu). Siyasal parti kongrelerini baştan/sona canlı olarak yayımlayan görüntülü medyanın (kongredeki çarpıcı ve sonuca etkili hukuka aykırılıkların kayıtlarını) karartma olayları, siyasal çürümenin özgün örneği olarak mikro-sosyolojiye önemli bir inceleme verisi oluşturmaktadır.

¹² Siyasal parti kongrelerinin yargısal denetiminin sağlıklı bir temele oturtulması ve iç demokrasinin kayda alınması bakımından SPK m. 60/3 hükmüne, şöyle bir cümle eklenebilir: “Siyasal parti kongresi, açılışından kapanışına kadar kesintisiz olarak elektronik kayda alınır.” Böyle bir hükme aykırı davranış, özellikle görüntüleri silme, elbette ki SPK m. 113 maddesinde öngörülen suç ve ceza hukukunu işletir. Benzer bir yaklaşım için bkz., Teoman, Ömer. Prof. Dr., “... Genel Kurul Toplantılarında Ses Aygıtlarının Kullanılması”, *Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim*, C. 1 (1971-1982). İst. 2000. s. 282 vd.) Aynı şekilde, bkz., 31.03.2005 T. 25772 sayılı Dernekler Yönetmeliği m. 97 (Özdamar, Demet., Doç. Dr. ve Arkadaşları, *Dernekler Kanunu* Ank. 2006 s. 67).

Kongreyi sakatlayacak başlıca sebepleri ampirik olarak şöyle sıralayabiliriz:

- Genel kurulun, tüzük dahil, hukukun emrettiği üyelerden oluşmaması, yoklama tutanağında üye sahteciliği (SPK m. 14/1; MK m. 73, Parti tüzüğü).
- Çağrı hukukuna uymama (eylemsel toplantı) (MK m. 74, 77; SPK m. 14; Tüzük) (SPK 21/2 hükmü karşısında, MK m. 76 hükmü siyasi partiler hukukunda uygulanamaz).
- Normatif nisabın (yeter sayının) altında bir çoğunlukla kongre icrası (MK m. 78; SPK m. 14/9, 29/2; Tüzük).
- Toplantı yerinin, zamanın ve gündeminin bildirim kurallarına aykırı davranış, bildirilen yer ve zamanın dışında kongre icrası (MK m. 74, 77, 78; SPK m. 29/1; Tüzük).
- Divanın teşekkülünde yapılan aykırılıklar (sözgelimi, divan başkanlığına adayın birden fazla olması halinde gizli seçim kuralını çiğneme, vb., MK m. 79; Tüzük).
- Divanın kongre hukukuna aykırı davranış, eylem ve yönetim tarzı, gündemi ihlal etmesi, kongre güvenliğini ortadan kaldıracak yanlı uygulamaları (Tüzük, MK m. 79. Kıyasen Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü; MK m. 1; Moroğlu'na ve Egger'e atfen).
- Gündem hukukuna aykırılık (genel kurul oluru alınmadan bazı gündem maddelerini uygulamama, gündemin noksan bırakılması, gündem değiştirme yetkisinin kullandırılmaması (MK m. 79/2; Tüzük).
- Seçime hazırlık sürecindeki yolsuzluklar (adaylık ehliyeti var olan kişiyi yarış dışı bırakma, bu kişinin oy pusulalarını yok etme, adaya konuşma fırsatı vermeme ve benzeri gibi).
- Parti organlarının raporlarının, kongre komisyonlarınca hazırlanan raporların, siyasaların müzakeresi için bir fırsat tanımama (müzakeresiz/oligarşik kongre).
- Tutanak hukukuna aykırılık (kongrenin oluşu ve gerçek hilafına tutanak düzenleme/sahtecilik, noksan tutanak düzenleme, kongre sürecindeki önemli olguları tutanağa yansıtma yoluyla gizleme gibi) (SPK m. 60/3, c. 3; 113. Tüzük).

• Seçim yolsuzlukları (İlçe seçim kurulunun gözetim ve denetim sürecinde/seçim sırasında işlenen yolsuzluklar) (SPK m. 21/5, 9, 10, 11).

Yukarıdaki sebepler tahdidi değildir. Sakatlık görüntüsü veren yukarıdaki kategorilere girmeyen bir maddi olay yahut işlemin kongre hukuku bağlamında nitelendirilmesi, “iptal yaptırımı”nın uygulanmasını zorunlu kılabılır.

Biz, hem yargısal denetimdeki önemleri ve hem de siyaset hukukuna katkı sunmaya elverişlilikleri bakımından yukarda ortaya koyduğumuz sakatlıklardan dördü üzerinde duracağız.

1. Kongreyi Sakatlayan Sebep Olarak Müzakere Sürecinin İşletilmemesi ve Müzakere-Görüşme Hakkının Engellenmesi: Kongrede müzakere sürecinin işletilmesi ve müzakereye katılma hakkı, dernek/ siyasal parti kurma ve üyelik özgürlüğünün en doğal uzantısıdır. Üye; düşüncesini, önerisini ve siyaset projesini kongrede paylaşmak, etkileşimde bulunmak ve örgütüne bir şeyler katmak durumundadır.¹³ Müzakere süreci ve hakkı tanınmayan kongreler, demokrasi özürlü ve oligarşi damgalı bir siyaset patolojisini simgeler.

Örnek gündemde raporlar yönünden müzakere süreci tanınmış (gündem sıra no: 07, 09), fakat mevcut genel başkan dışında, genel başkan adaylarına konuşma (enformasyon ve hitabet) hakkı tanınmamıştır (sıra no 06). Genel başkanlığa bir başka adayın ortaya çıkması halinde, ona bu hakkın tanınmaması ve gündemde yer almasına rağmen raporlar üzerinde fiilen müzakere açılmaması, kongreyi sakatlar.¹⁴ Bu gibi durumlarda müzakere hakkının işletilmesi, aynı zamanda anayasal bir zorunluluktur. Anayasa “*siyasi partilerin faaliyetleri, parti içi düzenlemeleri ve çalışmaları, demokrasi ilkelerine uygun olur.*” (m. 69/1) hükmünü öngörmüştür. “*Suskun veya susturulmuş demokrasi*”nin örneğini tarih henüz yazabilmiş değildir.

¹³ Egger, *a.g.e.*, Art. 66/67, s. 102-103; Moroğlu, Erdoğan, Prof. Dr., *a.g.e.*, s. 82 vd.; Özsunay, Ergün, Prof. Dr., *a.g.e.*, 197 vd.

¹⁴ Genel başkan adayına bu -adaylık ehliyetini taşıması koşulu ile- kim olursa olsun, “söz verilmemesi”, AY m. 69/1 hükmü (yatay etki) sebebiyle, kongrenin iptalini zorunlu kılar (AY m. 11). Aynı sonuç, korporatif hukukun da bir gereğidir (bkz., bu yazımızın “13” nolu dipnotu).

Seçim, oluşmuş görüşün oya dönüşmesidir. Seçileceklerle ve somut seçimle ilgili tartışmaların yapılmadığı, farklı görüşlerin ifade edilmediği, müzakere fırsatının tanınmadığı bir platformda oy için zorunlu ve olgun düşünce teşekkür etmiş olmaz. Demokrasi teorisi ve korporatif hukuk, "oy/rey" den önce müzakere fırsatının tanınmasını, seçimin sıhhat şartı olarak değerlendirmektedir.¹⁵ Genel olarak bütün parti kongrelerinde, genel başkan seçimi öncesi bir müzakere süreci konmamaktadır. Mevcut genel başkanın vaat ve taahhüt debisi yüksek, ifa karatı sifıra yakın ve tiz sesli hitabetinden fazlası ve başkası, kongre oligarşinin yasaklarındandır. Oysa bu süreçteki müzakerelerin yönüne göre yeni adayların çıkması, oy değişimleri, giderek umulanın dışında genel başkan seçimi, gelişmiş ülkeler pratiğinde çokça görülmektedir.

"a. Gerek genel başkan ve gerekse diğer organ adaylarının delegelere tanıtılması,

b. Propaganda imkanı verilmesi",

seçimli kongrelerin objektif standartlarını oluşturur.

Hukuk pratiğinde ve yargıda, korporatif hukukun bu karakteri üzerinde yeterince durulmadığı gözlenmektedir. Oysa siyasal oligarşiyi, tek-kışi egemenliğini besleyen ve ortak hukuku bozan temel alanlardan birisi de budur. Yargının bu yönde oluşturacağı içtihat bariyeri, demokrasimizi derinleştirecektir (AY m. 2).

"Onay" ile "seçim", çatışan kavramlardır. Müzakeresiz kongrelerde delegeler seçmemiş, onaylamış olmaktadırlar.

Özellikle seçimli kongrelerde müzakere sürecini, bir zorunluluk olarak yargı pratiğine aktaracak bir içtihat, siyaset hukukuna ve siyasete rasyonel bir disiplin kazandıracaktır (AY m. 69/1).

2. Kongreyi Sakatlayan Sebep Olarak "Seçime Hazırlık Aşaması"ndaki İhlaller: Organ seçimleri yargı gözetim ve denetiminde yapılan tüzel kişilerde, bu arada siyasal parti kongrelerinde "adaylığa başvuru, oy pusulalarının sunumu gibi" seçime hazırlık işlemleri, divanın

¹⁵ MK m. 79; Egger, A. Dr., *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Kişinin Hukuku/Tüzel Kişiler Hukuku* (Çeviren, Volf Çernis), Ank. 1948; m. 66/67, N. 3, 4, 6. s. 102-103; Moroğlu, Erdoğan, Prof. Dr., *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, Ank. 1993. s. 82 vd.

yönetiminde ve denetiminde yapılmaktadır. Bu, korporatif özgürlüğün yapısına uygun olarak kanun koyucunun (ve yasanın) bir tercihidir. Nitekim partilerin iç hukuku (tüzükler), aday olma ehliyetini, adayın divana başvurması zorunluluğunu ve oy pusulalarının divana teslimini ayrıntılı olarak düzenlemektedir.

Divanın yahut kongrenin herhangi bir unsurunun (belli bir azınlığın), önceden bilinen alternatif adayın genel kurula gelişini önlemesi, başvurunun gündemde belirtilen sürede yapılmasına rağmen “süre geçti” işlemine tabi tutulması, seçilme ehliyetini taşıyan adayın genel kurula oylatma yoluyla seçim dışı bırakılması, oy pusulalarının yok edilmesi ve bu yolla seçim sürecine “*bu adaysız*” girilmesinin sağlanması (hazırlık aşamasında hukuk dışı yolla yarış dışında bırakma), bu süreçteki belli başlı ihlallere örnek oluşturur.

Vurgulanmalıdır ki “*aday olma*” hakkı, gelişme, katılma ve seçilme haklarının öncüsü olarak temel bir insan hakkıdır (AY m. 67).¹⁶ İnsan olarak tarifi mümkün hiç kimseden; küçümsenerek, tepeden bakılarak bu hak, gasp edilemez.

Seçim, -varsa- birden fazla seçenek arasındaki “*tercih*”tir. Sosyopolitik koşullar ve oligarşik yapı, “*aday*” seçeneği yönünden bir kısıtlığı anlatır. Ancak bu kıt zeminde dahi -her nasılsa- ortaya çıkan fırsatın “*seçmenden/delegeden*” kaçırılması, seçimi seçim olmaktan çıkarır. Böyle bir karar, delege/seçmen hukukunu da açıkça ihlal niteliğindedir. Tercih hürriyetinin ve imkanının fiilen yok olduğu yerde seçimden ve seçilmişlikten bahsedilemez.¹⁷

¹⁶ Atina demokrasisinde aday karşılığı olarak kullanılan “*cardidate*” sözcüğü, kişinin kendisini tanıttığı “*Lekesiz/Beyaz Giysi*” anlamındaki “*Candida*” dan türemiştir (Araslı, Oya, Prof. Dr., *Adaylık Kavramı ve Türkiye’de Milletvekili Adaylığı*, Ank. 1972. s. 41. dpn. 1). “*Aday olma Özgürlüğü ve İnsan Hakkı*” vurgusu için, bkz., AY m. 67; Kaboğlu, Ö. İbrahim., Prof. Dr., *Özgürlükler Hukuku*, 6. Bası, İst. 2002 s. 425; Karamustafaoğlu, Tuncer, Prof. Dr., *Seçim Hakkının Demokratik İlkeleri*, Ank. 1970, s. 124; Gören, Zafer, Prof. Dr., *Anayasa Hukukuna Giriş*, İzmir 1996, s. 472-477; Anayasa Mahkemesi Kararı (AMK) 22.5.1987 T, 6/14-E/K; Gören, Zafer - İzgi, Ömer, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Yorumu*, Ank. 2002, s. 670 vd. AİHS m. 11, ayrıca 1 nolu Ek Protokol m. 3.

¹⁷ AY m. 67; Kapani, Münci, Prof. Dr., *Politika Bilimine Giriş*, Ank. 1988, s. 138 vd.; Atar, Yavuz, Prof. Dr., *Türkiye’de Seçim Sistemlerinin Gelişimi ve Siyasi Hayat Üzerindeki Etkiler* (yayımlanmamış doktora tezi) s. 13.

Demokrasi, yalnızca bir rejimin adı değil, aynı zamanda “devleti, kişileri, partileri, divanı ve yargıyı” bağlayan “kriterler/ilkeler ve hukuk kuralları” manzumesidir (AY m. 2, 4, 11).

“Siyasi partilerin parti içi düzenlemeleri ve çalışmaları, demokrasi ilkelerine uygun olmak” zorundadır (AY m. 69/1).¹⁸ Aday vatandaşımızın genel başkanlık yarışından dışlanması, kongre divanını etkisi altına alan anti demokratik zihniyetin ve Anayasa tanımazlığın küçük (!) bir örneğidir.

Seçim, hür insanın akıl ve iradesinin uygarlığa kattığı en büyük buluştur. Adayı dışlamak, seçimden kaçmaktır. Bu tür aykırılıklar, organ seçimini hazırlık aşamasında geçersizleştirmektedir. Çünkü imkan doğmasına rağmen, “yarış” gerçekleşmemiştir (competitive election).¹⁹

Parti (divan/hakem), herkese eşit davranmak zorundadır. Aynı durumda olanlardan birisine tanınan fırsatın öbüründen esirgendiği hallerde ne hukuktan, ne demokrasiden ve ne de eşitlikten söz edilemez. Bu gibi durumlarda olsa olsa “ehil olmayan gücün keyfi egemenliği”nden söz edilebilir. Eşitlikte “öteki” yoktur.²⁰

Yasa uyarınca seçimle gelinen her yere “seçme ve seçilme hakkı”, temel hak ve hürriyetlerdendir (AY m. 67/1). Temel haklar, ancak yasa ile sınırlandırılabilir (AY m. 13. c. 1). Genel başkan seçimi ile ilgili yasal düzenlemede, adaylığa başvuru için bir “zaman kısıdı” yoktur (SPK m. 15/1). Ancak başvurunun seçimlere geçilmeden önce yapılması gereği, işin tabiatında vardır. Gündemde belirtilen başvuru süresinden sonra ve fakat divanın işi seçim kuruluna tevdiinden önce ortaya çıkan adaylara da seçime katılma fırsatının tanınması, demokrasi kuralının bir gereğidir. Böyle bir durumun kongreye kaybettireceği süre, nihayet yarım saattir. Kazandıracığı ise ölçülemez/kestirilemez pozitif bir değer olabilir.

¹⁸ AY m. 69/1; Anayasa Mahkemesi Kararı (AMK) 9.10.1987 T, 23/27-E/K; Yanık, Murat, Dr., *Parti İçi Demokrasi*, İst. 2002, s. 137; Tuncay, Suavi, Dr., *Parti İçi Demokrasi ve Türkiye*, Ank. 1996, s. 154, 184; Perinçek, Doğu, Dr., *Anayasa ve Partiler Rejimi*. Ank. 1985, 2. bası. s. 13 vd.

¹⁹ Atar, Yavuz, a.g.e., s. 11 vd. Müellif, tek liderli seçimi, tek partili rejimle benzeştirmektedir.

²⁰ AY m. 12; Öden, Merih, Prof. Dr., *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ank. 2003, s. 32 (özellikle eşit işlem hakkı), 135, 150, 388, 393. Anayasa Mahkemesi Kararı (AMK) 22.5.1963 T, 205/123-E/K; Özbudun, Ergün, Prof. Dr., *Türk Anayasa Hukuku*, 8. bası, Ank. 2004, s. 137 vd.

Öte yandan adaylığın genel kurul oylaması ile reddinin de sonuca etkisi yoktur. Çünkü genel kurulun, seçime katılmayı önleme (aday sınırlama) yetkisi bulunmamaktadır (AY m. 67; SPK m. 15/1). Tüzükte ve yasada öngörülmeleyen koşul (delege koşulu) genel kurul kararı ile üretilmez (AY m. 13). Ayrıca bu gibi oylamalar, seçim hükmünde olup seçimde gizli oylama, yasal ve anayasal ilkedir (AY m. 67/1, 2; SPK m. 15/1, 14/5). Genel kurulun görevi, aday sınırlamak değil, bireysel tercih olarak “seçme ve seçilme” ikilisinden oluşan seçimi ve adayların yarışını gerçekleştirmektir. Aksine bir anlayış, genel kurulun istemediği hiç kimsenin aday olamaması ile denktir ki bu, partide demokrasiyi ve yapıcı rekabeti (seçenek hakkını) öldürür (AY m. 69/1). Yasal koşulları taşıyan adayların seleksiyonu ancak seçimle olur ve en yüksek oy kuralı, hükmünü icra eder.

Seçime hazırlık aşamasında belirtilen şekilde ortaya çıkan ihlaller ve benzerleri, bizatihi kongreyi sakatlar.

3. Kongreyi Sakatlayan Sebep Olarak “Genel Kurul Tutanağında-ki” Hukuka Aykırılıklar: Kongre tutanağı, süreçteki oluş, öneri, müzakerelere ve kararları kayda alan önemli bir belgedir. Korporatif özgürlüğün ve tüm tüzel kişilerin kongre süreci, tutanakla hukuk ekseninde deklere edilmekte, partinin bağlayıcı veri tabanını oluşturmakta, müktesebatı geleceğe taşımaktadır. “*Olmayanı var gösteren, var olanı yok sayan, olanı olduğundan tamamen farklı dile getiren, (olayın kimliğini bozan, kimlik üreten) tutanaklar*”, siyaset kurumunun birer “*çürüme belgeleri*”dir. Sözelimi genel başkanlık adaylığı, iç-hukuka aykırı olarak delege olmadığından bahisle genel kurula oylatılarak reddedilen kişinin durumunun (bu çıplak olayın), “*gündemde belirtilen süre geçtikten sonra başvurduğundan*” biçiminde tutanağa geçmesi, olası iptal davasından firarı ve güya önlem almayı (korunmayı) anlatan kılıfına uydurma (hile-i şeriyeye) formatında bozulmanın has örneğini oluşturmaktadır. Bu tür aykırılık, kongreyi sakatlamaktan öte, saydam ve demokrasi refleksi toplumlarda aktörlerinin siyasal yaşamlarını sona erdirir.

Kongre hukuku ekseninde tutanak sahteciliğinin biraz açılması gerekir:

a. Kongre tutanağı, yalnızca arşiv değeri olan bir veri değil, kongrenin hukuki denetimini mümkün kılacak “*kurucu belge*”dir. Kongrenin,

fiziki varlığı delegeler ise, kaydi varlığı da “tutanak”tır. Bu yönüyle tutanak, kongrenin kaydi-asli unsurudur. Ülkeyi yönetme iddiasında olan siyasal partiler bakımından özellikle böyledir. Diğer hukuk dallarından (derneklerden, kooperatiflerden) daha çok ve yoğun olarak böyledir.

Asli unsuru sahte kongre, kongrenin yokluğu ile özdeştir. Kongre hukuku yönünden, sahte tutanak “toplantının bütünüyle iptali” sebebidir. Yasa koyucu, diğer korporasyonlardan farklı ve özel olarak, siyasal partiler yönünden “alınan kararlarla birlikte kongrede olanların tam ve gerçeğe uygun şekilde tutanağa geçirilmesini”, aykırı duruma sahteciliğe tertip olunan ceza müeyyidesini öngörerek bu iradesini açıkça ortaya koymuştur (SPK m. 60/3, c. 2, 113).²¹

b. Tutanak sahteciliği, Siyasi Partiler Kanunu’nda evrakta sahtekarlığın özel çeşidi olarak düzenlenmiştir.²² Bilindiği gibi bu suçlardan hüküm giyenler, ceza süresi bir gün de olsa, milletvekili aday olamamakta, seçilme ehliyetini sürekli yitirmektedir. Konusu sahtecilik olan olayların hukuk dahil, her türlü davalarında oluşacak mahkumiyet hilafına gerçeğe aykırı şahadette bulunanların durumları dahi aynı olmaktadır (AY m. 76 “yüz kızartıcı suçlar” torbası, AY m. 84).

c. Kongre iradesini çarpıtanların (azmettiren asli irade her kimlerse), yarın milli iradeyi temsilde gösterecekleri ihlal performansını hayal

²¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Şirketler Hukuku yönünden dahi kongre zaptının her olanı oluşa uygun şekilde içermesi gerektiği sonucuna varmıştır (YHGK 16.12.1964 t, 1325/742-E/K; TTK m. 375/II, Prof. Poroy - Tekinalp - Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 9. bası, İst. 2003, s. 302, N. 533 prg. 11). Yiğit, İlhan, a.g.e., s. 151, 140 vd. Moroğlu, Erdoğan, Prof. Dr., *Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, İst. 2001, s. 107. Siyasi Partiler Yasası’nın kararları ve sonuca etkili diğer kongre fenomenlerini ihtiva etmesi gereken tutanağı zorunlu görmesinden öte, aykırı davranış türleri olarak tutanak sahteciliğini, tutanağı gizlemeyi veya yok etmeyi suç saymasının özel anlamı vardır. Cezai müeyyide, tutanağı kongrenin sıhhat koşulu olduğu sonucunu ortaya koyar. (SPK 60/III hükmü şöyledir: “Karar defteri, ilgili organın kararlarını, tarih ve numara sırasıyla ihtiva eder. Kararlar oylamaya katılanlar tarafından imzalanır. Kongrece alınan kararları da ihtiva etmesi gereken kongre tutanak özetleri başkanlık divanı üyelerince imzalanır.” SPK 113 hükmü şöyledir: “Bu Kanun’un 60. maddesinde yazılı defter ve kayıtları tutmayanlar, altı aydan bir yıla, bu defter ve kayıtları tahrif veya yok edenler veya gizleyenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.”

²² SPK m. 60, 113; 765 sayılı TCK m. 339 vd.; 5327 sayılı TCK m. 204, 207; Erman, Sahir, Prof. Dr., *Sahtekarlık Suçları*, İst. 1987. s. 303, 412 vd. Oradaki içtihatlar, Erem, Faruk, Prof. Dr., *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, s. 1685 vd.; Y. 8. CD. 20.9.1982 T, 2828/2829-E/K.

etmek dahi ürkütücüdür. Sahteciliğe; ne ahlak, ne hukuk ve hatta ne de demokrasi, pozitif bir sonuç yükleyemez. Temeli sahteciliğe dayalı her türlü statü, hak ve çıkar; gayrimeşru, gayri ahlaki ve hukuk dışıdır. Hukuk ve demokrasi refleksi, siyasi partinin kongre tutanağına sinmiş sahteciliği yok etmeye mecburdur (AY m. 2, 138, 11).

d. Tek de olsa sahtecilik eyleminin niteliği (omurga işlem genel başkan seçimi ile ilgili olma gibi), yoğunluğu ve faillerinin Türkiye'ye şümülü (yaygınlığı) itibarıyla partiyi "suç odağı" ithamına muhatap kılabilmesi tehlikesi de göz ardı edilmemelidir (AY m. 69/VI; SPK m. 101/c).²³

f. "Tutanağın sahtesi olur ama hukukun sahtesi olmaz." Yanlış hukuku amaçlayan bir mühendisliğin safahattan illa birine yakalanmadan sonuca ulaşması, iyi bir hukuki denetim mekaniğinde imkansıza yakın zorluktadır.

Türk özel hukuk yargılamasında (Medeni usulde), yasalarda gösterilen istisnalar dışında (Par. Ex. HUMK 288) "serbest delil sistemi" vardır. "İspata elverişli her araç" "delil" değeri görür (Anayasa, m. 138/1; HUMK m. 238/1, 2; 367. Prof. Pekcanitez, Hakan - Dr. Atalay, Oğuz - Dr. Özkes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, Ank. 2004. s. 334 vd.; 379. Prof. Dr. Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ank. 2001. s. II/1966, III/2879; Prof. Dr. Karafakih, İ. H., "Vasıtalı Deliller", *Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan*, Ank. 1964. s. 169-180). Nesep anlaşmazlıklarında "kan"ın, genel olarak dijital kayıtların "delil" işlevi görmesinin dayanağı, "serbest delil sistemi"dir.

İmdi kongrede görevli emniyet mensuplarının düzenledikleri tutanak, yalnızca fiziki bir veri değil, "ispata elverişli araç"tır. Nitekim Yüksek 4. Hukuk Dairesi, kongre hukuku bakımından bu gibi tutanakları delil olarak kabul etmiştir (Yüksek 4. HD, 5.2.1976 T. 13360/1157-E/K). Kongrede görevli emniyet mensuplarının tutanak tutması, kendi iç yönergelerinin ve yerleşmiş teamülün bir gereğidir. (Ceza yargısındaki delil yasaklarının medeni usulde mevcut olmadığı, ne pahasına olursa olsun gerçeğe ulaşma temelinde serbest delil sisteminin benimsendiği

²³ Bkz., 3.10.2001 T, 4709 sayılı Anayasa Değişikliği Müzakereleri. Keza SPK m. 101'le ilgili muhtelif değişiklik tekliflerinin (özellikle 1997 teklifinin) müzakereleri. Anayasa Komisyonu aşaması/tek-yoğun eylem/istikrarlı-birden çok eylem ölçütlerine ilişkin örneklemeler ve tartışmalar.

unutulmamalıdır.)²⁴ Divan, parti (genel kurul) organı sıfatıyla taraftır ve taraflıdır. Emniyet mensubu ise; hem 3. kişi, hem kamu görevlisi konumuyla gözlemci olarak tarafsızdır. Bu itibarla delillerin değerlendirilmesi bağlamında, emniyet tutanağı, divan tutanağına karşı üstün delildir. Kaldı ki kongre tutanağının aksi tanık, dijital kayıt ve benzeri delillerle de ispatlanabilir (MK m. 7 kıyasen). Totaliter rejim ve zihniyetleri, “*alın da kaçan mı*” sakatlıklarını, demokrasiden ayıran fark, işte budur. Burada vicdan da, hukuk da, demokrasi de durmak zorundadır.

4. Yeniden Kongre Yapılmasını Zorunlu Kılan “Sakatlık” Olarak “Seçim Yolsuzlukları”: Seçimli siyasal parti kongrelerinde divanın işten el çekmesi anından itibaren ilçe seçim kurulunun (yeğlediğim terimle seçim yargısının) yönetim, denetim ve gözetim görevi başlamaktadır (SPK m. 21/5, 9, 10, 11). Divanın işi seçim kuruluna devri ile seçimin başlaması, iki farklı zamanın (divan ve seçim kurulu zamanlarının) kesişme (birisini için bitiş/öbürü için başlama) noktasını simgeler. İlçe seçim kurulunun görevinin başladığı bu nokta ile seçim tutanağının tutulduğu nokta arasında meydana gelen ve seçimi etkileyen aykırılıklar, birer “*seçim yolsuzluğu*”nu oluşturur (AY m. 79/II; SPK m. 21).

Bu süreçte yapılan sakatlığa, yasa doğrudan yaptırım düzenlemiştir. Bu yaptırım, “*seçimin iptali ve yalnızca seçim gündemli ve zorunlu kongre tekrarı*”dır (SPK m. 21/11).

Soruna yargısal denetimde/görev alt-ayırımında analitik bir yaklaşımla ve ayrıntılı olarak yeniden dönülecektir.

IV. SAKATLIK SEBEBİ TAŞIYAN KONGREYE UYGULANACAK “İPTAL YAPTIRIMI” yahut (SİYASAL PARTİ KONGRESİNİN İPTALİ/YAPTIRIM HUKUKUNA YAKIN BAKIŞ)

A. İptal Yaptırımının Ön Koşulu Olarak “Hukuka Aykırılık” Belirlemesinde Başvurulacak “Ölçü Normlar” Sorunu: Siyasal parti kongre unsurlarındaki sakatlığın/hukuka aykırılığın belirlenmesinde uygulanacak hukuk ve hakim kriterler bakımından genel korporatif

²⁴ Delil değeri ve ispat derecesi kriter ve kavramlarının analizi ve somutlamalar yönünden bkz., Dr., Yıldırım, Mehmet, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İst. 1990 s. 35 vd.; Prof. Dr., Pekcanitez, Hakan ve Arkadaşları, *a.g.e.*, s. 322 vd.; HUMK 240; AY m. 138/1.

hukuktan (Dernekler K m. 34; MK m. 56-100) farklılar bulunduğu unutulmamalıdır. Bu farklılık, siyasal partinin yürütme ve yasama iktidarına talip yegane kuruluş olmasından (iktidar-muhalefet/iktidar adayı tekelinden) kaynaklanmaktadır. Aşağıda görüleceği gibi olağan dernekler hukuku yönünden iptal yaptırımına yol açamayacak sakatlık sebebi (geniş yorum), Siyasal Parti Kongresi söz konusu olduğunda, rahatlıkla iptali sonuçlandırabilecektir. Siyasi partilerin bağlı bulunduğu ölçü normların hukuki sonucu ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin İHAS 11 hükmü uygulamasında oluşturduğu yerleşmiş eğilim budur. Korporatif özgürlük olarak, siyasi parti özgürlüğünü kamu düzeni/ tehdit bağlamında sınırlayan sebeplerin dernekler hukukundan farklı olarak "*partiyi ayakta tutacak*" amaç ekseninde yorum, İHAM'ca benimsenmiştir.²⁵ Aynı yorumun doğal uzantısı gereği, kongrenin işlevselliğini, katılım ve çoğulculuk bağlamında demokrasiyi engelleme amacını taşıyan veya de facto böyle bir sonuç doğuran sakatlıklar, hayda hay iptal sebebi oluştururlar.

Türk hukuk doktrininin ve Türk yargısının, siyaset kurumunu dönüştürme kapasitesi bakımından fevkalade önemli olan bu farkın -genel olarak- ayırında olduğu söylenemez. Bundan öte böyle bir fark, savunma ekseninde gündeme dahi gelmiş değildir.

²⁵ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında, siyasal parti özgürlüğünün işleyişi ve sınırlandırılması, sözleşmenin 11. maddesi kapsamında ele alınmaktadır (Bir kararda ulaşılan sonuç şudur: "... Siyasi partiler söz konusu olduğu zaman, 11. maddede belirtilen istisnalar çok dar anlamda yorumlanır. Yalnızca tam inandırıcı ve zorlayıcı nedenler siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğünün sınırlanmasını haklı gösterebilir. Sözleşmeciler devletler, 11. maddenin ikinci fıkrası kapsamında bir gerekliliğin olup olmadığına karar verirken, yalnızca sınırlı bir takdir alanına sahiptirler. Ulusal organların koydukları kuralları ve bu kuralların uygulanması doğrultusunda mahkemelerin verdikleri kararları da kapsayan özenli Avrupa denetimi, birlikte ve el ele yürütülür... Bu tür yakından denetim, bir siyasal partinin kapatılmasıyla birlikte, parti liderlerinin de gelecekte benzer siyasal etkinliklerini sürdürmekten yasaklandıkları bir davada özellikle gereklidir." Keza aynı şekilde "Sözleşme'nin 11. maddesi bir örgütün sadece kurulmasıyla sınırlı tutulacak olursa, bu maddede güvence altına alınan hak, büyük ölçüde teorik ve hayali kalacaktır. Çünkü ulusal makamlar, sözleşme'ye uygun davranmaksızın, bu örgütü hemen yasaklayabilirler. Buradan çıkan sonuca göre, 11. maddenin sağladığı koruma, örgütün bütün yaşamı boyunca devam eder. Bir örgütün yetkili ulusal organlarca kapatılması, 11.maddenin ikinci fıkrasındaki şartlara uygun olmak zorundadır." (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Türkiye Barolar Birliği, Ank. 2006. s. 184, 185; Av. Güney Dinç Tebliği, Gölcüklü, Feyyaz, Prof. Dr. - Gözübüyük, Şeref, Prof. Dr., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Ank. 2002, s. 372. N. 657). Kartal, Bilal. Dr., "Dernek Kurma ve Toplantı Özgürlüğü", *Yargıtay Dergisi*, 2005/3, s. 233-250.

İptal yaptırımının kurucu unsuru olarak hukuka aykırılığın belirlenmesinde başvurulacak ölçü normlar şunlardır:

1. Anayasa: Anayasa koyucu (asli kurucu iktidar), siyasi partileri, diğer tüzel kişilerin aksine (AY m. 33, Dernekler Yasası, MK) bir “Anayasa sorunu” olarak görmüş, birçok unsurları yönünden partileri “Anayasa seviyesinde” düzenlemiştir.

“Siyasi Partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır” (AY m. 68/2).

“Siyasi partilerin faaliyetleri, parti içi düzenlemeleri ve çalışmaları demokrasi ilkelerine uygun olur...” (AY m. 69/1).

Bilindiği gibi Anayasa hükümleri herkesi, bu arada yargıyı da bağlayan (erge omnes) temel hukuk kuralları olup (AY m. 11, 138/1) somut anlaşmazlıkta yatay etki gereği doğrudan uygulanırlar.²⁶

“Demokrasinin vazgeçilmez unsuru”(I), “çalışmaların demokrasi ilkelerine uygunluğu”(II) gibi anayasal/normatif paradigmlar, parti çalışmasının en temel görünümü olan “kongre” sürecinde hukuksal etkisini doğurur. Şu anlamdaki “kongrenin oluşumunu, işleyişini, oraya katılımı, orada yarışı engellemeye yönelik her türlü ve her ağırlıkta sakatlık” Anayasamızın belirttiğimiz “ölçü normlarına” aykırılık teşkil eder. O tür kongrelerin, açılan iptal davasına rağmen “ayakta tutulmasını sağlayacak” bir yargısal çözüm, bizatihi anayasa ile çatışır. “Adayın seçime hazırlık aşamasında yarış dışı bırakıldığı, müzakere (katılım) fırsatının tanınmadığı, tutanağı sahte kongreyi” ayakta tutacak bir yargısal çözüm, anayasa karşısında bir paradoks oluşturur.

Sözgelimi dernekler hukuku yönünden iptal yaptırımını gerekli kılmayacak (sonuca etkisiz görülen) bir çağrı sakatlığı, siyasi parti kongreleri bakımından yukarıdaki anayasal ilkeler sebebiyle iptale yol açabilecektir.

²⁶ Tanör, Bülent, Prof. Dr., *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, İst. 1978, s. 255; Atar, Yavuz, Prof. Dr., “Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları”, Prof. Dr., *Coşkun Üçok’a Armağan, SÜHFD*, 1989. C. 2, S. 2, s. 202); Armağan, Servet, Prof. Dr., *a.g.m.*, s. 1144. dpn.15.

2. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Müktesebatı: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, sözleşmenin “Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü”nü düzenleyen 11. maddesi yoluyla “siyasal partilere ilişkin bütün davaları” (üye ülke yargı kararlarını ve uygulamalarını) başvuru halinde incelemektedir. Özellikle parti kapatma davaları yönünden bu mahkemede bir “Türkiye koleksiyonu”nun oluştuğu da söylenebilir.

“Siyasal parti özgürlüğü”, Anayasamızın “Temel Hak ve Ödevler”in topluca yer aldığı İkinci kısmının “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde düzenlenmiştir (m. 68, 69). Sonuç olarak “siyasal partinin kuruluş ve işleyişi” “Temel Hak ve Hürriyetler” kategorisindedir. 7.5.2004 T., 170 sayılı Yasa’nın 7. maddesiyle Anayasa’nın 90. maddesine eklenen değişiklik, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletler arası anlaşmaların iç hukukta doğrudan ve yatay etki doğurması” postulatına dayanır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nce yorumu, iç hukukumuz yönünden bağlayıcı etki doğurur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “parti özgürlüğünün işleyişinde” derneklerden daha fazla bir koruma sağlanmasını partinin işlevi yönünden içtihadi bir zorunluluk görmüştür (bkz., bu yazımızın 25 nolu dipnotu). Esasen aynı sonuç, genel olarak siyasal partiler hukuku ve özelde “parti kongresi” bağlamında ölçü norm işlevi gören Anayasa hükümlerimizin de (m. 68/2, 69/1) kaçınılmaz gereğidir. Anayasal kurgumuzla İH Avrupa Mahkemesi müktesebatı, tamamen bir uyum içindedir.

3. Siyasi Partiler Kanunu: Siyasi Partiler Kanunu, siyasal alanın temel kanunlarından. Bu Yasa’da kongreye ilişkin özel düzenlemenin varlığı halinde başka bir yasa kuralı uygulanamayacaktır. SPK’da kongrelerle ilgili özel düzenlemeler vardır (m. 14, 21 ve diğerleri). Kongrenin hukuka uygunluk denetiminde, bu hükümler “ölçü norm” oluşturur. Kongredeki seçim yolsuzluklarının sonuçlandırılması noktasında, SPK m. 21 hükmüne ilaveten 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri Hakkındaki Yasa’da “ölçü norm” niteliğindedir (Par. Ex. m. 103).

4. Türk Medeni Kanunu Hükümleri: Türü ne olursa olsun tüzel kişilerin temel hukuku (korporatif hukuk), Türk Medeni Kanunu’nun

56-100 hükümlerinde düzenlenmiştir. Siyasi Partiler Kanunu, Sendikalar Kanunu, Medeni Kanun, Dernekler Kanunu, hüküm bulunmayan hallerde, Türk Medeni Kanunu'na atıf yapmışlardır. Siyasi Partiler Yasası, diğerlerinden farklı olarak Türk Medeni Kanunu'na, hem genel, hem kongre özelinde (iki kez) atıfta bulunmuştur (SPK m. 121, 29).

Siyasi Parti kongresindeki sakatlıkların *"hukuka aykırılık"* belirlenmesinde, TMK hükümleri *"ölçü norm"* oluştururlar. Şu kadarki *"ölçü normun"* yorumu ve uygulanması, derneklerden daha farklı olarak *"kongrede katılım/müzakere fırsatı gibi"* kollektif/korporatif özgürlüğü ve demokrasiyi ayakta tutacak yönelimde ve ağırlıkta yapılacaktır (Anayasaya uygun yorum).²⁷

5. Siyasal Partinin İç Hukuku: Tüzük, bir partinin iç-hukukunu oluşturur. Yasa, kongre hukuku bakımından *"kongre yönetmeliğini"* de norm olarak ele almıştır (SPK m. 21/5, 8).²⁸ Siyasi Partiler Kanunu'nun ve Türk Medeni Kanunu'nun *"buyurucu hüküm"* seviyesinde düzenlemediği hususlarda, tüzük bağlayıcı bir normdur (SPK m. 14, 16, 90).

Siyasal parti tüzükleri, kongre sürecini genellikle ayrıntılı olarak düzenlemektedir. Kongredeki *"aykırılık iddiaları"*nın sonuçlandırılma-

²⁷ Seçkin, Recai, "Anayasa Mahkemesi'nin Başka Mahkemelerin Anayasayı Uygulamaları ve O Mahkemelerce Hukuk Kurallarının Anayasa'ya Uygun Yorumu", *Yargıtay'ın Yüzdüncü Yıldönümü Armağanı*, Ank. 1968. s. 121-153.

²⁸ Kongre düzenini "yönetmeliğe", oyların geçerlik ve şekil şartlarını "tüzük ve yönetmeliğe" bırakan yasa hükmü, 1986 ve 1990 yılı değişiklikleri ile getirilmiştir. Bu hükümler, olağan dönemlerde iç-demokrasinin, siyaset kurumu çıkarı adı altında egemen oligarşi tarafından nasıl bozulduğunun saf-örneklerini oluşturur. "Yönetmelik", genel kurul dışındaki organlarca oluşturulan "hukuki metinler"dir. Bu metinlerin kongreye hükmetmesi, bizatihi yasanın iç-sistemine aykırıdır (Kongre hukukunu, ancak genel kurul tanzim edebilir. SPK m. 14/5). Öte yandan "oy'un geçerlik şartları", evrensel demokrasinin ön-koşulu olarak, "genel, sürekli ve soyut" nitelikli bir normla (yasayla) ancak düzenlenebilir (AY m. 13). Bu konuda yürürlükteki hukukumuz yönünden bir boşluk yoktur (298 sayılı Yasa m.103). Sözü geçen yasa hükümleri (SPK m. 21/5, 8'deki "yönetmelik" kaydı), iç demokrasiyi sakatlayacak esnekliğe ve sınırsızlığa elverişliliği bakımından Anayasa'ya da aykırıdır (AY m. 69/1). Yasanın mevcut hükmü, yakın gelecekteki bir genel kurulda uygulanmak üzere "geçerliği etkileyecek yahut etkilemeyecek" oy pusulası arazları ile ilgili kongre yönetmeliğini mevcut yönetimin kendi stratejisine uygun bir ekseninde ve o muhteva ile yürürlüğe koyması, daima mümkündür. Oysa, "oy" demokrasinin "iliği" olup oyuncuların hiçbirinin insafına veya takdirine feda edilemeyecek "evrensel terazide" ancak tartışılabilir.

sında “tüzük”, “ölçü norm” oluşturur. Tüzüğün bütün hükümleri, “partiyi bağlayıcı”dır.²⁹ Norm hukukunda buna “nispi buyuruculuk” denmektedir. Kongrede tüzüğün en hafif hükmünün ihlali, meteor etkisine yol açabilir. Sözelimi, “tüzük hükmüne veya tüzük gereği hazırlanan gündeme rağmen adaylara söz hakkının verilmemesi”, mutlak bir “iptal sebebi” oluşturur (AY m. 68/1, tüzük hükmü). Kendi hukukuna uymayan, kendi hukukunu ihlal eden yahut askıya alan bir siyasi teşekkülün hukukun üstünlüğünü savunabilmesi, giderek iktidar değneğini eline geçirdiğinde hukuk ve adalet vatanını kurması düşünülemez. Yargı, “kongre iptali” yolu ile siyaset kurumunu evcilleştirmekte, demokrasinin yolunu açmakta, gerçek ve meşru güç olarak hukukun gücünü ortaya koymaktadır. Dosya satırlarına gömülü formal mantık, böyle bir misyonu ne üstlenebilir ve ne de gerçekleştirme cesaretini gösterebilir. Bu yönüyle hukuk, “her şey”dir.

B. İptal Yaptırımı

1. İptal Yaptırımının Normatif Temeli: Kongre, yalnızca “en yetkili organ” değil, aynı zamanda, “birden fazla kurucu unsurdan oluşan, açılışında başlayan ve kapanışında sona eren sürece yayılmış” “medeni hukuk (özel hukuk) ortak işlemi (kollektif bir irade)”dir (MK m. 73 ve diğerleri).³⁰ Ortak işlem olarak kongre, unsurlarındaki herhangi bir sakatlık nedeniyle “hükümsüz hale” gelir. Kongreye uygulanacak iptal yaptırımının hukuki dayanağı, TMK m. 5 hükmü yoluyla BK 20/1’dir.

Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu, özel hukukun parçalanmaz bütünü oluşturur. Başta siyasi partiler olmak üzere, şirketler dahil, bütün tüzelkişiler, sorunların arındırılmasında, bu temel kanunları referans alırlar. Bu yönüyle Siyasi Partiler Hukuku, değerli bir bilim adamının

²⁹ İyımaya, Ahmet. *a.g.m.*, s. 241, dph. 1; SPK m. 90, AY m. 69/5)

³⁰ Organın “korporatif” içeriği ve tanımı yönünden, bkz., Öztan, Bilge, Prof. Dr., *a.g.e.*, s. 82. Genel kurulun “bağımsızlığı” yönünden aynı kaynak. s. 102; Egger, bu bağlamda şunları dile getirir: “Bu mecliste üyelerin mecmu heyeti haklarını kullanır (BK m. 639). Bu mecmu heyet, bizzat derneğin özüdür. Bu öz, üyeler meclisinde tezahür eder. Sözü geçen meclis, derneğin hasselerle idraki kabil ifadesidir. O, kanunen organ olarak mevcuttur. Ayrıca teşkil edilmeğe muhtaç değildir, yalnız toplantıya çağrılmasına lüzum vardır. Bundan dolayı bu meclis, en yüksek organdır (BK m. 643, muaddel BK projesi m. 696, 866). Yine en üstün, kat’i mahiyette olan salahiyetleri bununla kabili izahtır (m. 65).” (*a.g.e.*, Art. 64. s. 91); Özsunay, *a.g.e.*, 170.

işaret ettiği gibi “Dernekler Hukuku ve Medeni Hukuktur”. Bu hukukun gelişimi de “dernek orjinli”dir.³¹

İmdi:

a. MK 5. hükmü, yürürlükten kalkanından³² farklı olarak, “Bu Kanun ve Borçlar Kanunu’nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.” biçimindedir. Yeni hükmün gerekçesi şöyledir: “Madde 5. Yürürlükteki Kanun’un 5. maddesini karşılamaktadır.

Maddenin kenar başlığı ‘Genel nitelikli hükümler’ şeklinde değiştirilmiştir. Yürürlükteki maddenin Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinin sadece ‘medeni hukuk ilişkilerinde’ uygulanabileceği kanısını uyandıran ifadesi, Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu’nun 1 ila 181. maddelerindeki genel hükümler ile bunların dışında kalmakla birlikte genel nitelik arz eden diğer hükümlerin de tüm özel hukuk ilişkilerine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilmesine olanak sağlayacak şekilde değiştirilmiştir. Gerçekten tartışmasız olarak kabul edildiği üzere, bu madde, ‘medeni hukukun diğer kısımlarında’ değil, ‘özel hukukun diğer kısımlarında da’ uygulanabilen temel bir kural koymaktadır. Bunun açıklığa kavuşturulması bakımından ‘medeni hukuk ilişkileri’ deyimini yerine, ‘özel hukuk ilişkileri’ deyimine yer verilmiştir.”³³ Kaynak İsviçre Medeni Kanunu’nun ilgili hükmü de soruna ışık tutucudur. Madde hükmü şöyledir: “Borçlar Kanunu’nun akitlerin doğumu, yerine getirilmesi ve ortadan kaldırılmasına ilişkin genel hükümleri, başka medeni hukuk münasebetlerine de tatbik olunur.” (İsviçre MK m. 7)³⁴

³¹ SPK m. 29/1. Hatemi, Hüseyin, Prof. Dr., *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri*, İst. 1979, s. 264. Yazar, siyasi partinin doğuş, gelişim ve hukukunun oluşumunun sivil itiraz, oy hakkı gibi kişi-toplum kökenli zeminden fıskırdığını referanslarla ortaya koymaktadır. Siyasi Partilerin genel tarihi bakımından doğru olan bu belirleme, özellikle ülkemiz açısından da yoğun bir gerçeği ifade eder. Bizim siyasi partilerin hukuk kökleri, Cemiyetler Kanunu’na dayanır. Keza, Payashoğlu, Arif, *Siyasi Partiler*, Ank. 1952; Karpat, Kemal, Prof. Dr., *Türk Demokrasi Tarihi*, İst. 1967. Perinçek, Doğu, Dr., *Anayasa ve Partiler Rejimi*, İst. 1985. s. 77 vd. Yazar, doğru olarak şu sonuca varmaktadır: “...Siyasi Partiler Anayasa ve özel kanunlarda düzenlenmiş olmakla Medeni Hukuk’un düzenleme alanından çıkmamışlardır. SPK 121. maddesine göre Medeni Kanun ile Dernekler Kanunu ve dernekler hakkında uygulanan diğer kanunların SPK’ya aykırı olmayan hükümleri siyasi partilere de uygulanacaktır...”

³² Eski MK 5. hükmü şöyle idi: “(C. Borçların Umumi Kaideleri)-Akitlerin in’ikadına ve hükümlerine ve sukutu sebeplerine taalluk edip borçlar kısmında beyan olunan umumi kaideler, medeni hukukun diğer kısımlarında dahi caridir.”

³³ TBMM Adalet Komisyonu Raporu, S. Sayısı: 723, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, s. 36.

³⁴ Egger/Çernis, Art. 71, a.g.e., s. 117.

b. Yeni değişiklik, Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun ve hatta uygun düştüğü ölçüde diğer kanunların "genel nitelikli hükümlerinin" "tüm-özel hukuk ilişkileri"ne uygulanmasını emretmektedir. Hüküm, büyük hukuk mimarı Huber'in sihirli değneği geride bırakan şaheseridir.³⁵

c. Medeni Kanun'un 5. maddesinin bir soruna uygulanmasının temel koşulu, somut sorunla ilgili bir düzenlemenin olmamasıdır. Özel sorunla ilgili normatif düzenlemede Medeni Kanun'a bir atıf var ise, artık uygulamanın sadece yargıç tarafından bulunması gereğinin ötesinde yazılı hukukun bunu emrettiği sonucu çıkar.³⁶

d. BK m. 20 hükmü, MK m. 5 hükmünün değişiklik gerekçesinde açıkça belirtildiği gibi, özel hukuk işlemlerine uygulanabilecek genel nitelikli bir hükümdür. BK m. 20/1 hükmü şöyledir: "Bir akdın mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır."

Sonuç olarak, özel hukuk işlemi olan kongre, kurucu unsurlarının en az birinin veya tamamının ölçü normlara aykırı şekilde oluşması veya hiç oluşmaması; kongre hukuku deyimiyile bu yazıda belirtilen türde sakatlıkların varlığı halinde "iptal yaptırımına" muhatap olacaktır. Anayasamızın özel normları ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihadı bağlamında bu sonuç, "kaçınılmaz" dır (MK m. 5, 20/1; MK m. 56-100; SPK m. 29/1; AY m. 68/2, 69/1; İHAS. m. 11).

³⁵ Prof. Dr., Schwartz, Andreas, *Medeni Hukukta Umumi Hükümler Meselesi (Medeni Kanunu 15. Yıl Dönümü İçin)*, İst. 1944. s. 407 vd.; Dural, Mustafa, Prof. Dr. - Sarı, Suat, Dr., *Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanun Başlangıç Hükümleri*, İst. 2004. s. 86-90. İmre, Zahit, Prof. Dr., *Medeni Hukuka Giriş*, İst. 1980, s. 124. Edis, Seyfullah, Prof. Dr., *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ank. 1980, s. 243 vd.; Egger/Çernis, a.g.e., Art. 7. N. 2 vd. YHGK, 20.3.1974 T, 1053/222-E/K (Dalamanlı, Lütfü - Kazancı, Faruk - Kazancı, Muharrem, İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, İst. 1991. C. 1. s. 215-223). Karar, dönemin ünlü davası Gürün-Hanı uyuşmazlığına ilişkin olup TTK, MK, BK ilişkileri ve etkileşim ekseninde bir analize oturur. Butlan ve geçersizlik yaptırımları yönüyle bkz., Eren, Fikret, Prof. Dr., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ank. 2001, s. 305-316. Butlanın zamanın geçmesi yoluyla geçerli hale gelemeyeceği noktasında, özellikle s. 309-310. Gural (Akipek), Jale, Dr., *Hükümsüzlük Nazeriyeleri Karşısında Türk Medeni Kanun Sistemi*, Ank. 1953, s. 103 vd.

³⁶ Edis, Seyfullah, Prof. Dr., a.g.e., 255; Dural, Mustafa, Prof. Dr. - Sarı, Suat, Dr., a.g.e., s. 89 vd. MK 1, 5, 19, 20; AY m. 132/1).

İptal, kongreyi ortadan kaldıran, onun yapılmamış sayılmasını sonuçlandıran bir yaptırımdır. İptal edilen kongre, yalnızca toplantı (genel kurul olarak değil), kongrede oluşan tüm sonuçları ile ortadan kalkar. İptal edilen kongrede alınan kararlar, “kararların varlık sebebi olan kongre ortadan kalktığından, kendiliğinden ortadan kalkar.” Sözgelimi iptal edilen kongrede yapılan seçim, tüzük değişikliği, ibra ve diğer karar tasarruflar, başkaca bir hükme gerek kalmaksızın kendiliğinden hükümsüz hale gelir.³⁷ Kapanış (sona erme) anına kadar “gündeme hakimiyet” ilkesi gereği sürecin her deminde genel kurul (ona bağlı olarak/tabaa divan) tarafından bütün sonuçlarıyla iradi olarak iptali mümkün olan kongrenin, “ihlal edilen hukukun” yetkili kıldığı güç (yargı) tarafından (kanun gereği) hükümden düşürülmesi, -hayda hay- hukuk mantığının ve sistemin de bir gereğidir.

Kongre iptali ile genel kurul kararının iptali kavramları birbirine karıştırılmamalıdır. Kongrede alınan bir kararın iptali, kongrenin iptali sonucunu doğurmaz. Kongrede alınan kararların iptalinde, MK m. 5, BK m. 19 düzleminde yürütülen normatif analojiye ihtiyaç göstermeksizin doğrudan bir düzenleme vardır (MK m. 83). Kongre karar kavramları arasındaki ilişki “saksıdaki toprak-bitki arasındaki ilişki” gibidir. Bitkinin sökülmesi, saksıyı ve içindeki toprağı etkilemeksizin yalnızca bitkiyi öldürür. Ancak saksının kırılıp toprağın dökülmesi, saksıdaki türleri, boyları ve özellikleri ne olursa olsun, bütün bitkileri yok eder. Çare,

³⁷ Bkz., Yukardaki kaynaklar. Kongre iptal hukuku bakımından bkz., Y. 2. HD. 8.2.1974 T. 532/753-E/K. Aynı daire, 20.12.1979 T, 9016/9368-E/K; Yasa Hukuk Dergisi, 1980/1, s. 61; Aynı Daire, 6.2.1986 T., 881/1153-E/K.; Y. 4. HD. 12.4.2005 T., 1823/3832-E/K (Türkiye Futbol Federasyonu kararı) (Karar, yayınlanmamıştır. Özel Kartoteks: 1197). Y. 2 HD. 27.3.1995 T. 2487/3489-E/K; YHGK 13.12.2000 T, 2-1762/1807-E/K; Y. 4. HD. 5.2.1976 T, 13360/1157-E/K. Kararda “...Yazılı nedenlerle 25.3.1973 günlü toplantının yapıldığı yer dürüstlük kurallarına uygun olarak seçilmemiştir. Böyle bir yerde toplantının başlatılması nedeniyle gelen üyelerin çoğu toplantıya ve dolayısıyla başkanlık divanı seçimine katılmamışlardır. Hiç olmazsa, katılmamış olmaları muhtemeldir. Bu kabul 25.3.1973 günlü tutanak münderecatına uygun bir sonuçtur. Çünkü divan kurulu, başkanlık komiseri ve iki üye tarafından tutulan tutanakta bu yön açık ve seçik olarak saptanmıştır. Hal böyle iken bir taraftan 25.3.1973 günlü toplantıda yapılan başkanlık divanı seçimini geçerli saymak, diğer taraftan toplantıya devamlı ve aralıksız yeni üyelerin geldiğinde bahisle bu durumda salonun yetersizliği nedeniyle toplantıya devam edilemeyeceğini kabul ve toplantıyı ertelemek ve müteakip toplantıyı da aynı başkanlık divanı ile yürütüp bitirmek bir çelişkidir. Yasanın amacına aykırı bir davranıştır...” denmiştir. Yüksek Daire, olayda kongrenin iptali gerektiği sonucuna varmıştır (Uyar, Talih, *Türk Medeni Kanunu*, Ank. 2002. C. II/4. s. 1846-1847).

saksı ve toprağı, kırılmayacak nitelikte inşa etmektir (Hukuka uygun demokratik kongre). Kongrenin iptali, başkaca bir talep aranmaksızın o kongrede alınan kararları hükümden düşürür.³⁸

V. SİYASAL PARTİ KONGRESİNİN İPTALİ DAVASINDA GÖREVLİ MAHKEME

İncelemede ele aldığımız “görev kavramı”, Anayasamızın ve genel yargılama hukukunun bir gereği olarak “yargı yolu” uyuşmazlıklarını da kapsar genişlikte kullanılmaktadır.³⁹

Herhangi bir yargı organına “görev”, ancak yasa ile yüklenebilir. “Yorum” yoluyla “görev kuralı” üretilemeyeceği gibi “yorum” yoluyla “görev”den de kaçınılamaz (AY m. 142, 36/2).

Siyasal Parti Kongresi’ni yöneten hukuk, normatif atıf yoluyla yasa koyucu tarafından açıkça düzenlenmiştir. Kongrenin seçimli olması halinde de ayırık durum, yine yasa koyucu tarafından yasa seviyesinde tanzim olunmuştur. Biz sözü geçen yasa hükümlerinin tümüne, incelemeden beklenen pratik yararın sağlanabilmesi bağlamında, bu yazımızın “40 nolu dipnotu”nda (aşağıda) aynen yer verdik.⁴⁰ Kurallar

³⁸ Siyasetin kızıl elması “sanat inceliğinde Saksı, kirlenmemiş/verimli Toprak, maharetli bahçıvan, herkesi doyaya besleyen bitkiler”dir. “Saksı ve toprak”, “Vatan”ı, “Bahçıvan”, dürüst ve bilge “Kadro’yu”, bitki ise “çözen Siyaset’i ve Semerelerini” anlatır.

³⁹ Kuru, Baki, Prof. Dr., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, İst. 2001, s. I/721 vd.; YHGK 16.10.1991 T. 4-465/558-E/K (TBBD, 1992/1. s. 131). Adli yargı-seçim yargısı görev ayırımı ve çatışmalar da, aynı terimle kavramlaştırılmalıdır (SPK m. 21, 29).

⁴⁰ 22.4.1983 T. 2820 sayılı Siyasal Partiler Kanunu’nun 121/1 hükmü şöyledir: “Türk Kanunu Medenisi ile Dernekler Kanunu’nun ve dernekler hakkında uygulanan diğer kanunların bu Kanun’a aykırı olmayan hükümleri, siyasi partiler hakkında da uygulanır.” Aynı Yasa’nın kongreler yönünden genel korporatif hukuka atıf yapan 29/1 hükmü şöyledir: “22 Kasım 1972 tarihli ve 1630 sayılı Dernekler Kanunu’nun bu Kanun’a aykırı olmayan hükümleri, siyasi partilerin her kademedeki kongreleri için de uygulanır.” SPK m. 29/1’in atıf yaptığı 4.11.2004 T. 5253 sayılı Dernekler Kanunu’nun özel hükmü (m. 34) şöyledir: “Diğer kanunlarda, 3512 sayılı Cemiyetler Kanunu, 1630 sayılı Dernekler Kanunu veya 2908 sayılı Dernekler Kanunu ile bunların ek ve değişikliklerine veya belli maddelerine yapılan atıflar, bu kanuna veya bu kanunun aynı konuları düzenleyen madde veya maddelerine yapılmış sayılır. Bu Kanun’da hüküm bulunmayan hallerde aynı konuları düzenleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun ilgili hükümlerine atıf yapılmış sayılır.” Yine aynı kanunun görevli yargıdaki usulü düzenleyen hükmü şöyledir: “Bu Kanun’la ilgili olarak hukuk mahkemelerinde bakılacak davalarda basit yargılama usulü uygulanır.” (m. 1, 8/1).

toplucu değerlendirildiğinde ve lafızları dahi ele alındığında SPK m. 121 hükmünün Türk Medeni Kanunu'na; SPK m. 29 hükmünün Dernekler Kanunu 34 ve 18. maddeleri delaletiyle Türk Medeni Kanunu'na ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıf yaptığı açıkça görülecektir. Sonuç olarak SPK'da hüküm bulunmayan hallerde "Medeni Kanun Sistemi" uygulanacaktır (MK 50-100, ayrıca m. 5 yoluyla BK m. 20).

Seçim yargısını görevlendiren özel hüküm şöyledir: "Siyasi partilerin genel merkez, il ve ilçe organları seçimleri ile il kongresi ve büyük kongre delegelerinin seçimleri, yargı gözetimi altında gizli oy ve açık tasnif esasına göre aşağıdaki şekilde yapılır.

Seçim yapılacak büyük kongreyle il ve ilçe kongrelerinin toplantılarından en az on beş gün önce, kongreye katılacak parti üyelerini belirleyen listeler, büyük kongreyle il kongreleri için Yüksek Seçim Kurulu'nun önceden belirleyeceği seçim kurulu başkanına, ilçe kongreleri için o yer ilçe seçim kurulu başkanına, ilçede birden fazla ilçe seçim kurulunun bulunması halinde birinci ilçe seçim kurulu başkanına iki nüsha olarak verilir. Ayrıca toplantının gündemi, yeri, günü, saati ile çoğunluk sağlanamadığı takdirde yapılacak ikinci toplantıya ilişkin hususlar da bildirilir.

Seçim kurulu başkanı, gerektiğinde ilgili kayıt ve belgeleri de getirip incelemek suretiyle varsa noksanları tamamlattırdıktan sonra seçime katılacakları belirleyen liste ile yukarıdaki fıkrada belirtilen diğer hususları onaylar. Onaylanan liste ile toplantıya ilişkin diğer hususlar kongrenin toplantı tarihinden yedi gün önce siyasi partinin ilgili teşkilatının bulunduğu binada asılmak suretiyle ilan edilir. İlan süresi üç gündür.

İlan süresi içinde, listeye yapılacak itirazlar hakim tarafından incelenir ve en geç iki gün içinde kesin olarak karara bağlanır. Bu suretle kesinleşen listeler ile toplantıya ilişkin diğer hususlar, hakim tarafından onaylanarak siyasi partinin ilgili teşkilatına gönderilir.

(28.3.1986-3270) Kongrelerde yapılacak seçimler ilgili seçim kurulunun gözetimi ve denetiminde yapılır. Bu seçimlerin usul ve şekilleri ile seçimlerde kullanılacak oy pusulası ve listelerin tanzim tarzı siyasi partilerin tüzük ve kongre yönetmelikleri ile düzenlenir.

(28.3.1986-3270) Seçim kurulu başkanı, bir başkan ile iki üyeden oluşan yeteri kadar seçim sandık kurulu oluşturur. Sandık kurulu başkanı ile bir üyesi memurlar, diğer üyesi de aday olmayan parti üyeleri arasından seçilir. Ayrıca her sandık için aynı şekilde üçer yedek üye de belirlenir. Seçim sandık kurulu başkanının yokluğunda, kurula memur üye başkanlık eder.

Seçim sandık kurulu, kanunun ve parti tüzüğünün öngördüğü esaslara göre seçimlerin yürütülmesi, yönetimi ve oyların tasnifi ile görevli olup, bu görevleri seçim ve tasnif işleri bitinceye kadar aralıksız olarak devam eder.

(31.10.1990-3673) Listede adı yazılı bulunmayanlar oy kullanamazlar. Oylar, oy verenin nüfus hüviyet cüzdanı veya resimli üyelik kimlik kartı veya kimlik tespiti amacıyla düzenlenmiş resmi belge ile ispat edilmesinden ve listedeki isminin karşısındaki yerin imzalanmasından sonra kullanılır. Oylar, oy verme sırasında sandık kurulu başkanınca seçilen, seçim kurulu başkanınca mühürlenmiş ve adayları gösterir listelerin tüzük ve kongre yönetmeliklerinde gösterilen usule uygun bir şekilde işleme tabi tutularak sandığa atılması suretiyle kullanılır. Oy kullanma ve oyların muteberlik şekil ve şartları siyasi partilerin tüzük ve kongre yönetmelikleri ile düzenlenir.

Şimdi “kongre iptal davalarında görevli mahkeme hangisidir” sorusunu sorabiliriz. En kısa ve öz cevap, “Derneklerin kongre iptallerine bakan mahkeme hangisi ise, siyasi parti kongresi iptali davalarına bakacak mahkeme de o’dur...” O da yargı yolu terimi ile “adli yargı”, dar ve teknik görev terimi ile “Hukuk/Asliye Hukuk Mahkemesi”dir.⁴¹ Ne var ki kolay sorunun kolay cevabı, yargı pratiği gözetildiğinde “içtihat” kavramının sözünde ve özünde var olan “cehdi”, geneli, soyutu ve somutu norm ekseninde dengeleyecek “bilimsel çabayı” zorunlu kılmaktadır.

Adli yargıyı duraksatan, üzerine gidilmesinde çekingen kılan, Siyasal Partiler Kanunu’nun “seçimlerin yapılması” matlabı ile pozitif hukukumuzda girmiş, -nerede ise- destan kadar uzun, hukuktan çok süreci ve maddi işleyişi kötü Türkçe ile ve sistemden yoksun biçimde düzenlemeye çalışan ünlü 21.maddesidir. Üstelik sonraki değişikliklerle semantik kurgusu daha fazla bozulan bu madde (1986, 1990 değişiklikleri)... Seçim hukuku ve gözlem pratiği -nerede ise- yok denecek kadar az olan adli yargının bu duraksamasına saygı ile yaklaşılmalıdır. Ancak bu saygı, ciddi hukuki tahlillerle ulaşılabilecek doğru çözümden kaçınmayı, aşağıda anlatacağımız “yargısal kilitlenmeyi”, giderek “hukuksuzluğu dokunulamaz ve özgür (keyfi) kılan bir yolsuzluk alanı”na sebebiyet vermeyi meşrulaştıramaz. Yargıcın filozofik tariflerinden biri de “kötü kanundan doğru hukuku çıkaran adam”dır. Olayın (anlaşmazlığın) muhtaç olduğu hukuku, ne kanun ve ne de yargıç önleyemez (MK m. 1, AY m. 36/2, 138).

Seçim süresinin sonunda seçim sonuçları tutanakla tespit edilip, seçim sandık kurulu başkan ve üyeleri tarafından imzalanır. Tutanakların bir örneği seçim yerinde asılmak suretiyle ilan edilir. Kullanılan oylar ve diğer belgeler, tutanağın bir örneği ile birlikte üç ay süre ile saklanmak üzere seçim kurulu başkanlığına verilir.

Seçimin devamı sırasında yapılan işlemler ile tutanakların düzenlenmesinden itibaren iki gün içinde seçim sonuçlarına yapılacak itirazlar hakim tarafından aynı gün incelenir ve kesin olarak karara bağlanır.

Hakim, seçim sonuçlarını etkileyecek ölçüde bir usulsüzlük veya kanuna aykırı uygulama nedeniyle seçimlerin iptaline karar verdiği takdirde bir aydan az ve iki aydan fazla bir süre içinde olmamak üzere seçimlerin yenileneceği tarihi tespit ederek ilgili siyasi partiye bildirir. Belirlenen günde yalnız seçim yapılır ve seçim işlemleri bu madde ile kanunun öngördüğü diğer hükümlere uygun olarak yürütülür.

İlçe seçim kurulu başkanı ve seçim sandık kurulu başkanı ile üyelerine, “Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun” da belirtilen esaslara göre genel bütçeden ücret ödenir.

Seçim sırasında sandık kurulu başkan ve üyelerine karşı işlenen suçlar, devlet memurlarına karşı işlenmiş gibi cezalandırılır.” (Siyasal Partiler Yasası, m. 21)

⁴¹ Bu incelemede yollama yapılan müstakar Yargıtay içtihatları; SPK m. 29/1; Kuru, a.g.e., s. 1/298 ve diğer ilgili sahifeler.

Daha niteliklerinin hukuk pratiğinden (özellikle Yüksek Yargı'dan/ Yargıtay'ımızdan, Yüksek Seçim Kurulu'muzdan) ve akademik kanattan gelmesini umarak ve dileyerek, "*Siyasal Parti Kongresi İptali Davasında Görev Sorunu*", -belirleyebildiğim kadarı ile- ilk kez bir incelemeye konu kılınmaktadır.

Siyasal parti kongrelerinde oluşan hukuka aykırılıkların (uyuşmazlıkların) çözümünde görevli yargı sorunu, SPK m. 21 hükmü dahil, yürürlükteki hukukumuz, kongre pratiği (bu yazımızdaki örnek gündem) ve İHAS (AY m. 90) bir bütün olarak değerlendirilmek suretiyle ortaya konmaya çalışılacaktır. Adli Yargı/Seçim Yargısı görev sınırları, "*yargısal kilitlenme*" ve yargı pratiğindeki "*hukuku aşma*", örnekleme yöntemiyle ele alınacaktır.

A. Siyasi Parti Kongresinin İptalinde Adli Yargının Görevli Olduğu Haller

1. Gündeminde Seçim Bulunmayan Kongreler Yönünden: Bütün tüzelkişiler, bu arada siyasi partiler, "*seçim gündemsiz*" olarak toplanabilirler. Bu tür kongreler, kendi iç-hukuklarına göre, olağan veya olağanüstü olabilir. En yetkili organ olarak kongre (genel kurul) içtimar, parti içi demokrasinin kökleşmesi yönünden de önemlidir. Sözelimi, "*tüzik kongresi*", "*başka ülkeye asker gönderme/savaş*" önerilerinde, "*küreselleşme,kara-para*" ve benzeri önemli konularda partinin tutumunu karara bağlayacak "*ülke sorunları kongresi*", partinin tasfiyesine veya başka partiyle birleşmesine yönelik "*parti kongresi*", seçim gündemsiz kongrelere örnek oluşturur. Bütün bu kongredeki gündem düzeni, -seçim maddesi hariç- incelememizde örnek verilen gündem gibidir. Bu kongrelerdeki çağrı hukuku, kongre düzeni, gündem süreci yine partinin organlarıncaya yürütülmektedir. Sözelimi, partinin birleşmesine yönelik kongrede "*çağrı hukukuna aykırılık, birleşme karşıtlarını kongreye almama, onlara söz hakkı vermeme, kongre tutanağında sahtecilik*" gibi sakatlıklar sebebi ile açılacak kongre iptal davası, atıf yaptığımız hukuk (kurallar) gereği adli yargıda görülecektir. Bu konuda ne yargı uygulaması yönünden ve ne de başka bir parametre bağlamında en ufak bir duraksama yoktur.

Seçimsiz kongreler yönünden kesin olan bu "*hukuki veri*", seçimli kongrelerde adli yargının görevi konusundaki "*formül onama*" yoluyla sürdürülen "*duraksamanın*" aşılmasında önemli bir mantıki argüman

oluşturur. Seçimsiz kongrelerdeki bu zorunlu ve kesin çözümü, seçimli kongrelerde “seçim süreci dışındaki sakatlıklar” yönünden uygulamadan düşürecek bir istisnai kural var mıdır sorusu, burada önemlidir. Hayır, böyle bir kural (yasa) yoktur. MK 29/1 hükmünün atfı yoluyla görevli yargı etkisi, bu halde de (yani seçimli kongre bağlamında da) aynen sürmektedir (AY m. 141).

2. İçinde “Seçimi” de Bulunduran Karma Gündemli Kongreler Yönünden: Duraksamanın odak merkezi burasıdır. Yürürlükteki hukukumuz bakımından görev tahlili yapılmadan “görevsizlik” formatının üretildiği “nokta” da burasıdır. Doğru çözümün yolu, yasama sanatı ve hukuk mühendisliği bakımından en kötüsüne örnek teşkil edecek SPK m. 21 hükmünün hukuk metodolojisinin sınırları içinde, kongre pratiği ile birlikte (kongre-yaşam gerçeğini dışlamayan bir bakışla) yorumudur.⁴²

a. Birinci vargı: SPK m. 21 hükmü, kongre iptali davalarında ve siyasi parti hukukuna ilişkin diğer davalarda “adli yargının görevini” ortadan kaldıracak bir muhteva içermemektedir. Başka deyimle, -göreve ilişkin olanı dahil- SPK m. 121 ve 29 hükümlerindeki atfı, bütün etkisini sürdürmektedir.

b. İkinci vargı: Seçimi de içeren karma gündemli kongrelerde toplantının açılıp divanca gündemin bitirilmesine ve divanın kürsüden ayrılıp işi seçim kuruluna tevdiine kadar, ilçe seçim kurulu, kongre salonunda olmadığı (süreçte yer almadığı) gibi işin bu aşamasında aynı kurulun herhangi bir denetim, gözetim ve yönetim yetkisi de yoktur (bkz., örnek gündem, m. 01-09) (SPK m. 21). Seçimli karma kongrelerde de genel kongre hukukunun yasa ve tüzüklerde öngörülen hükümleri, divan yetkisi, kongre düzeni önlemleri, gündemi uygulama aynen sürmektedir.

c. Üçüncü vargı: SPK m. 21, görev bağlamında, “işin divanca ilçe seçim kuruluna tevdi, divanın el çekmesi” anından itibaren devreye girmektedir.

⁴² Ökçem, Niyazi, Prof. Dr., *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, İst. 1988, s. 205 vd.; Işıktan, Yasemin, Dr., *Hukuk Normunun Mantıksal Analizi*, İst. 1999; Işıktan, Yasemin, Dr. - Metin, Sertap, Dr., *Hukuk Metodolojisi*, İst. 2003, Karayalçın, Yaşar, Prof. Dr., *Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metot (Problem Çözme)*, Ank. 1986, Hafizoğulları, Zeki, Prof. Dr., *Ceza Normu*, Ank. 1996.

aa. Bu vargı yönünden, SPK m. 21, aksi çıkarsanamaz çok açık hükümler içermektedir:

- Sadece yapılacak seçimlerin “ilçe seçim kurulunun gözetim ve denetiminde olması” (m. 21/5) kuralı, seçim sürecinin dışında kalan gündem maddelerinin divan ve genel kurul yönetiminde olduğunun tersine tekrarından veya hukuki deyimle SPK m. 29/1’de düzenlenen atfın bu alanda normatif veri oluşturduğunun (hukuki etkinliğini sürdürdüğünün) teyidinden başka bir şey değildir.

- İlçe seçim kurulunun (seçim yargısının) görevini “seçimin devamı sırasında veya seçim tutanağının düzenlenmesinde yapılan yolsuzluklarla” sınırlayan (SPK m. 21/10) kural, seçimin devamı sırasında olmayan, divanın işi ilçe seçim kuruluna tevdiinden önceki yolsuzluklarda, seçim sırasında gerçekleşmeyen yolsuzluklarda genel görev hükmünün (SPK m. 29/1) meri olduğunu bir başka şekilde göstermektedir. “Seçimin devamı” terimi, bir seçim hukuku terimi olup seçimden önceki aşamayı (seçime hazırlık aşamasını) kapsamaz (dışlar). Esasen “adaylık niteliği/ ehliyet, başvuru, oy pusulaları” gibi hazırlık işlemleri, parti tüzükleri uyarınca divan tarafından sonuçlandırılmaktadır.

bb. Seçime geçildikten sonra ve hatta seçim sonuçlansa dahi, kongrenin kapanışından önce genel kurulun “gündeme hakimiyet ilkesi/en yüksek organ (SPK m. 14/1)” kapsamında divanın kürsüye gelerek, genel kurulu bütün sonuçları ile iptal yetkisi vardır. Bu “iptal” tasarrufuna ilişkin anlaşmazlıkların görülme yeri dahi, adli yargıdır (Çünkü bu hal, seçim sırasında yapılan yolsuzluk kategorisinde değildir.).

d. Dördüncü vargı: İlçe seçim kurulunun, hiçbir şekilde kongreyi iptal yetkisi ve görevi yoktur. Böyle bir görev, esas itibarıyla ihtisas alanı dışında kalmaktadır. Yasa açıktır: “Hakim (seçim yargıcı) ... (yalnızca) seçimlerin iptaline karar verir” (SPK m. 21/11).

Analitik inceleme, seçimli kongrelerin iptaline yönelik davalarda “seçim yargısını görevli sayan adli yargı uygulamasının”, hiçbir şartta hukuki dayanağı olmayan, yasayı açıkça çiğneyen “bir hukuk hatası” olduğunu kesin biçimde ortaya çıkarmaktadır.

3. Yalnızca “Seçim Gündemli” Kongreler Yönünden: Bu tür kongreler, ihtiyari ve zorunlu olmak üzere, iki halde mümkündür. İlçe seçim

kurulu yargıcının seçimi iptal etmesi halinde, en erken bir, en geç iki ay içinde “yalnızca seçim/tek gündemli kongre” yapılacaktır (SPK m. 21/11). Bu kongrenin nasıl toplanacağı hususunda tam bir düzenleme boşluğu vardır. Yasa, yalnızca “tek gündem/seçim zorunluluğunu” öngörmüş, üyeleri kim çağırarak, kongre yönetimi nasıl olacak, yeniden aday olma hakkı var mı soruları, düzenleme temeline oturtulmamış, gerçek ve fakat havada sorunlar olarak görülmektedir. “Belirlenen günde yalnız seçim yapılır ve seçim işlemleri bu madde ile kanununun öngördüğü diğer hükümlere uygun olarak yürütülür” (m. 21/11, c. 2) kuralı, ihtiyacı karşılamaktan uzaktır (Aynı şekilde bkz. AY m. 78/5). Bize göre -amaca uygun özel yasa düzenlemesine gidilmediği sürece- burada da genel hükümler kıyasen uygulanmak suretiyle sorun çözülecektir. İşin seçim faslı dışında kalan aykırılıklar da, SPK m.21 hükmündeki sıraladığımız normatif kriterler sebebiyle (vargı: 1-4) adli yargının görev alanında kalmaktadır. Parti, ihtiyari olarak yalnızca “seçim/tek gündemli kongre” öngörebilir. Bu kongreler için dahi, yukarda söylenenler (vargı:1-4) aynen geçerlidir. Çünkü ihtiyari seçim gündemli kongrelerde de “adaylık hakkı, başvuru, ehliyet belirleme, oy pusulaları ve benzeri işlemleri yürütme” ölçü normlar uyarınca divana ait olup seçim yargısını ilgilendirmemektedir...

4. Seçime Hazırlık Aşamasındaki Sakatlıklara Özel Vurgu: Hem kongre pratiğinde (örnek gündem, m. 7) ve hem de siyasi partiler hukukunda (SPK m. 29 ve parti tüzükleri) “parti organlarına adaylık başvurusu, adaylık koşulları, adaylığa kabul, kabul edilen adayların oy pusulalarının kabulü” gibi “hazırlık işlemlerini sonuçlandırmak” kongre divanın görevidir. İlçe seçim kuruluna bu konuda yasa tarafından bir yetki ve görev verilmemiştir (bkz., SPK m. 21). Yasadaki “seçimin devamı” ibaresinin objektif ve süreç mantığına uygun anlamı da budur. “Her devamın” sıfır noktasından epeyce sonra başlangıcı var olup “sıfır noktası ile devam noktası” arasındaki “kesit”, “devamı sırasının tabi olduğu hukuka tabi olmaz.” Bu halde de kongre hukuku (MK m. 29/1) egemendir. Seçim yargısı pratiği, bu ince noktanın ayırındadır ve doğru olarak bu kesitle (seçime hazırlık/divan) aşamasında oluşan yolsuzluklarda görevli olmadığı sonucuna ulaşmıştır (Bkz., aşağıda özel bölümünde IV/ A). Bu sakatlıkların sonuçlandırılmasında da adli yargı görevlidir (SPK m. 29/1).

Yasa koyucu, seçime hazırlıkla sınırlı divan işlemlerini de Seçim Yargısının görev alanına aktarabilirdi. Ancak bu durumda -aynen sandık

kurulunda olduğu gibi (SPK m. 21/6)-, divanın parti içinden seçilmesi, belli ağırlıkta bürokratların divanda yer alması ve somut olayda gözlenen “*tutanak sahteciliği*”ni ve diğer hukuksuzlukları kaynağında önleme yolunun benimsenmiş olması (yasanın bu yapıda düzenlenmesi) zorunlu idi. Yasa koyucu, -doğru şekilde- kongreyi korporatif özgürlük alanı olarak görmüş ve serbesti tanımıştır. Seçime hazırlık aşaması, hem eylemsel ve hem hukuksal olarak ilçe seçim kurulunun gözetim ve denetimi dışında olduğundan ve “*seçimin devamı*” ancak divanın el çekmesinden itibaren başladığından işin bu safhası, genel hükümlere (ve adli yargı denetimine) tabidir. Yasa koyucu, kollektif ve korporatif özgürlüğün gerekleri ile seçimin dürüstlüğü (AY m. 79) ilkesini, birbiri ile çatışmayacak bir yapıda dengelemek istemiştir. Gerçekten, “*divan-genel kurul*” aşaması, “*kollektif özgürlüğün en sert, zaman zaman kırıncı rekabetin, eleştirinin ve uç önerilerin*” karşı karşıya geldiği bir özgürlük ve çoğulculuk düzlemini anlatır. Bu aşamaya ilçe seçim kurulunun el atması, -bilinçli olarak- düşünülmemiştir. Bu aşama, SPK m. 29/1, 221/1 delaletiyle MK hükümlerinin yönetiminde ve bu hükümleri uygulayacak adli yargının denetimindedir (MK m. 5, 79, 83 ve diğerleri). Adaylığa başvuru, oy pusulalarının tevdi, işin bu safhasına ait olup ilçe seçim kurulunun adaylık kabul yetkisi yoktur. Bu seçime hazırlık safhası, hiçbir şartta İlçe Seçim Kurulu’nun denetiminde değildir.

Adli yargı pratiğindeki çekingenliğin temel nedeni, -muhtemeldir ki- seçime hazırlık işlemleri bağlamında kongre hukuku/seçim hukuku birlikteliğinin yol açabileceği bir anlam kayması (semantik kaza)’dır. Oysa normun metodik analizi (SPK m. 21), hukuk güvenliğini ve hukukun üstünlüğünü hakim kılacak, “*görevsizlik*” ölü noktasına (dosyayı örtmeye) yol açmayacak vus’ati ve hukuki imkanı bahşetmektedir.

B. Siyasi Parti Kongrelerinin Hukuksal Denetiminde Seçim Yargısının Görev Sınırı (AY m. 79, 67; SPK m. 21)

Seçim yargısı, gerek alttan üste örgüt yapısı, gerek işleyiş ve gerekse amacını sağlamaktan uzak yetki yetersizliği bağlamında ivedi bir reform zorunluluğu ile karşı karşıyadır.⁴³

⁴³ Seçim hukuku alanında “kurul” dan yargıya geçecek bir reformun ivediliği kaçınılmazdır. Özellikle AİHS m. 13 anlamında etkili başvuruyu sağlayacak, yetki araç ve işlevleri ile ihtiyacı karşılayacak yapılanma, ivedi bir ihtiyaçtır. Biz, bu alanda hiç olmaz ise terim olarak “Seçim Yargısı” kavramını kullanıyoruz (bkz., Kuru, Baki,

Seçim yargısının siyasi parti kongreleri bakımından hukuki denetim yetkisi (görevi), sınırlıdır.

1. İlçe seçim kurulunun veya daha doğru bir kavramlaştırma olarak seçim yargısının, siyasal partinin herhangi bir çeşit kongresini iptal etme yetkisi yoktur (SPK m. 21).

2. Siyasal Partiler Yasası'nın, kongre bağlamında seçim yargısına yüklediği görevler bellidir. Bunlardan idari nitelik taşıyanlar şöyle sıralanabilir:

a. Kongreyi oluşturan üye (delege) listesini ve gündemi onaylamak (SPK m. 21/3). Bu kuralın amacı, kongrede yapılacak seçimlerde "oy kullanacak kimseleri" iç hukuka uygun olarak saptama ve partiyi kongreye götüren yönetimin gündeme "seçimi koymama" yoluyla, seçimi geçici olarak önleme, olabildiğince geleceğe erteleme taktiklerinin önüne geçmedir.

b. Üye listelerine yönelik itirazları kesin şekilde karara bağlamak (SPK m. 21/4). Yasa, seçimin asli unsurlarından biri olan "seçecek kişiler/seçmenler" bağlamında maddi gerçek ile kaydi gerçek arasındaki özdeşlik/uyum sağlama görevini, doğru olarak bu alanda ihtisas sahibi seçim yargısına vermiştir (Bu görev, bir yönüyle de yargısalıdır.).

c. Sandık kurulunu oluşturmak (SPK m. 21/6). Seçimi doğrudan icra edecek, divanın işi kurula tevdiinden itibaren işe el koyan seçim organı (hakem organı)'dır.

d. Kongrede yapılacak seçimleri "yönetmek, gözetmek ve denetlemek" (AY m. 67, 79; SPK m. 21/1, 5). Kurulun kongre sürecindeki (toplantının açılışı ile başlayan süreçte) seçim görevi, divanın seçime kadarki gündemi bitirip işi seçim yargısına devri anından itibaren başlamaktadır. Yönetim, denetim ve gözetim, bu süreçle ilgilidir.

e. Usulüne uygun olarak oy kullandırmayı (mesai saatlerini ve hatta geceyi aşsa da), kongre sürecinde oy tasnifini ve sayımı sandık kurulu aracılığıyla sağlayıp sonuçlandırmak (SPK m. 21/7).

Prof. Dr., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ank. 1979, c. 1, s. 6; D. 12. D., 11.2.1970 T, 55/350-E/K (a.g.e. dpn. 22'den naklen). Anayasa Mahkemesi 18.2.1992 T, 12/7-E/K (AMKD, 1993, S. 28, s. 135 vd.); Ünlü, Ahmet Hamdi, "Yüksek Seçim Kurulunun Niteliği", *Danıştay Dergisi*, 2003. S. 105, s. 1 vd.

f. Seçim sonuçlarını gösterir tutanağı düzenlemek, imzalamak ve ilan etmek (SPK m. 21/9).

g. Seçim verilerini üç ay süre ile saklamak (SPK m. 21/9).

h. İtiraz üzerine iptal ettiği seçimlerin tekrarlanacağı kongre gününü belirlemek (SPK m. 21/11).

i. Yasa koyucu, görüldüğü üzere kongre öncesi seçmen/üye listelerinde seçim yargısını görevli kılmasına rağmen, seçimin yine aynı şekilde asli unsuru olan “*seçilmek isteyenler/adaylar*” konusunda bu yargıyı görevli kılmaması önemlidir ve uyarıcıdır. Yasa koyucu bu konuda bilinçli olarak ilçe seçim kuruluna bir yüküm getirmemiştir. Ayrıca bu hususun divan yönetiminde olacağı yönündeki tüzük hükümleri, yargısal denetimden geçerek (SPK m. 104,90) hukuki etkinliğini sürdürmektedir. Göreve ilişkin çözümde yasa koyucunun yaptığı ve tüzükler yoluyla da pozitif hukukumuzda var olan bu bilinçli tercihi göz ardı eden bir yaklaşımın ve giderek bu temelden uzak görev algısının hukukta yeri yoktur.⁴⁴

3. Seçim yargısının, siyasi parti kongrelerindeki yargısal görevi (yahut inceleme konusu görev-görevsizlik sorununa SPK m. 21 kuralının bir başka noktasından yaklaşım):

a. Seçim yargısının kazai (yargısal) görevini düzenleyen yasa hükmü, gerek konusu ve gerek sınırları itibarıyla yorumu gerekli kılmayacak açıklıkta ve nettir. Buna göre (aynen) “*Seçimin devamı sırasında yapılan işlemler ile tutanakların düzenlenmesinden itibaren iki gün içinde seçim sonuçlarına yapılacak itirazlar hakim tarafından aynı gün incelenir ve kesin olarak karara bağlanır.*”

Görüldüğü üzere, seçim yargısı;

aa. Seçimin devamı sırasında yapılan işlemlere karşı itirazlar (I) ile

bb. Seçim sonuçlarına yapılacak itirazları (II) kesin şekilde karara bağlamakla görevlidir (Münhasır görev, AY m. 142, 79),

⁴⁴ Bu hususta, yasanın hazırlık malzemeleri için bkz. SPK m. 29. M. G. Konseyi Tutanağı, B: 141. T. 20.4.1983. O:2. s. 640 vd. Keza (SPK m. 21) M. G. Konseyi Tutanağı B: 142. T. 22.4.1983. O: 1, s. 2; SPK m. 29. Aynı şekilde MGK, Tutanağı B: 141. T. 20.4.1983. O: 2. s. 634 vd.

cc. Kararın muhtevası, ya itirazın reddi (SPK m. 23/10) yahut organ seçimlerinden birinin, bir kaçının veya tamamının “iptali” (SPK m. 21/11) biçimlerinde olacaktır.

“Seçimin devamı” kavramı, divanın seçime kadar olan gündemi tamamlamasından sonra işin ilçe seçim kuruluna devri, sandık kurulunun işe koyulması anından seçimlerin tutanağa bağlanmasına kadarki çok sayıda işlem grubunun yer aldığı zaman kesitini ifade ettiği yukarda açıklanmıştır.

Sandık kurulunun oluşumunda (SPK m. 21/6), oylarda (298 S. K. 103/1-9), oy kullanılmasında (kimi üyelerin oy kullanmasını zorla önlemek ve benzeri, üye olmayanlara, ölü üyeler adına oy kullanmak vb.) yolsuzluk, salonda seçim güvenliğinin tehlikeye düşmesi gibi eylem ve işlem yolsuzlukları, incelememizin bu maddesindeki “aa” kategorisine girmektedir. Bunları, kesin hüküm seviyesinde karara bağlama görevi, seçim yargısının (SPK m. 21/10). Yasa, kongrenin bu bölümüne ilişkin sakatlıklarda, SPK m. 29/1 hükmündeki görev atfını istisna yahut özel hüküm yoluyla etkisiz kıldığı için, bu sakatlık yahut yolsuzluklara adli yargı bakamayacaktır.

Aynı şekilde, tutanaktaki seçim sonuçlarının bir değerlendirme ya da aritmetik hata sebebiyle doğruyu yansıtmadığı, oyların yeniden sayılması gerektiği, imzanın sandık kurulu üyesine ait olmadığı gibi itirazlar bu bölümün 3/bb kategorisine girer. Bu itirazlar dahi aynı şekilde seçim yargısı tarafından karara bağlanacaktır.

b. Yasa, siyasal parti kongrelerindeki organ seçimlerine itirazı “seçimin devamı sırasındaki işlemler (I) ve tutanağa bağlanan seçim sonuçları (II)” olmak üzere “iki sebeple” sınırlamıştır (SPK m. 21/10). Bu sebepler genişletilemez. İtiraz hukuku, seçim hukukunun bir bölümü olarak “bağlı sebepler” hukukudur. Şu kadarki itirazın “seçimin iptali”ne yol açabilmesi için, sakatlığın sonuca etkili olması (I) veya uygulamanın yasanın açık hükmüne aykırı olması (II) (genel başkanlık seçiminin açık oyla yapılması gibi) (SPK m. 15/1) şartlarından birinin gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir. “Sonucu etkileyecek usulsüzlük” kavramı, var olan usulsüzlüğe rağmen, sonuç aynı kalacaksa (diyelim ki iki adaydan biri elli oy fazla almış ve sayılmayan oy beş ise, bu halde yine 45 adet fazla oy varsa) o durumda seçimin ayakta tutulmasını sağlayan bir postulaya dayanmaktadır. Ancak yasanın buyurucu hükmüne aykırı yolsuzlukta

sebebin sonucu etkilemesi koşulu aranmaz. Genel başkanın açık oyla seçilmesi halinde, başka aday olmasa dahi seçim, buyurucu hukuku çiğneme sebebi ile seçim yargısınca mutlaka iptal edilecektir (SPK m. 14/1, 21/11 *"kanuna aykırı uygulama"* formatı. AY m. 67). Kongrede yapılan seçimlere itiraz, sınırlı olarak iki sebebe bağlandığı (SPK m. 21/10) ve ilçe seçim kurulunun -itiraz olmaksızın- ilan ettiği seçim sonuçlarını re'sen inceleme yetkisi bulunmadığı için, ilçe seçim yargısının başkaca bir yol veya başka itiraz sebepleriyle seçimi iptal etmesi normatif olarak/hukuken mümkün değildir. Örneğin seçime hazırlık aşamasında, bir adayın başvurusunun divan tarafından reddi ve yarış dışı bırakma, *"seçimin devamı sırasında"* değil, divan aşamasında yapılan bir sakatlık olduğundan, seçim hukukunun yönetiminde ve seçim yargısının denetiminde değil; kongre hukukunun yönetiminde ve adli yargının denetiminde olduğu için bu tür itirazlar, seçim yargısında görevsizlik sebebi ile dinlenemeyecektir.

c. Yasada sayılan itirazların dışında kalan yolsuzlukları, ilçe seçim kurulu ya da seçim yargısı, yapısı ve donanımı gereği de inceleyemez. Çünkü bu yargının, örneğin sahteciliği tahkik, tanık dinleme, belge dışında kalan delilleri toplayabilme yetkisi yoktur (298 sayılı Kanun m. 112). Ayrıca, itirazcının da elde edemeyeceği ve itiraz layihasına bu sebeple ekleme imkanından mahrum olduğu deliller de vardır. Bu sorunu (toplanamayan delillere ulaşma, sahtecilik incelemesi yapma ve tanık dinleme gibi) ancak adli yargı halledebilecektir. Belirtilen nedenle, yasanın görev kurgusu ve oturduğu mantık (ratio legis), seçim-adli yargı donanımı gerçeği ile de tam bir uyum içindedir (İlçe seçim yargısının büyük kongreye yönelik seçim yolsuzluklarına ilişkin kararları, Yüksek Seçim Kurulu (kanun yolu) incelemesine tabi kılınmalı; yasa, bu yönden de değiştirilmelidir (SPK m. 21/10). Bu, siyaset kurumunun hukuk ve demokrasi çizgisine çekilmesi yönünden de zorunludur.)

4. Kongrenin adli yargı tarafından iptal edilmesi temelinde kendiliğinden oluşan *"seçimin iptal edilmiş sayılması"* sonucu ile seçim yargısının verdiği *"seçim iptali"* durumlarına özel vurgu: Adli yargı tarafından yasada öngörülen (SPK m. 29, MK) sebeplerle kongrenin iptali, o kongrede alınan bütün kararları/işlemleri kendiliğinden ortadan kaldırır. *"Seçim"* de, bir kongre işlemi olduğu için kongre iptali, *"seçimi"* de *"de facto"* ortadan kaldırır. Ayrıca kongre iptali davası ile birlikte, kongrede alınan kararların da iptallerinin istenebilmesini yasaklayan bir usul

kuralı da yoktur. Seçim yargısında ise, kongre ayakta durmakta, fakat “seçim iptal edilmektedir”. Her iki iptalin sonuçları aynı olmakla birlikte, gerek sebepler ve gerek oluş şekli bakımından farklılıklar vardır. Ayrıca ilçe seçim kurulunca iptal, yasa tarafından öngörülen yöntemle “seçimin belli zamanda tekrarını” zorunlu kılmakta, kongre iptaliyle oluşan seçim iptalinde ise iradi kongre rejimi işlemektedir (SPK m. 14/6).

VI. KONGRE-SEÇİM İPTALİ HUKUKUNUN YARGI PRATIĞİNE YANSIMASI (SEÇİM YARGISI ve ADLİ YARGI UYGULAMASININ POZİTİF HUKUK MERCEĞİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ)

A. Seçim Yargısı Uygulaması

Seçim yargısı, SPK 21. maddesinde süreç için vazolunmuş görev çizgisini, çok hassas şekilde ve istikrarlı olarak uygulamaktadır. Hatta bu istikrar ve özen, o denli kökleşmiştir ki SPK 21. maddede çizilmiş görev sınırlarının ilçe seçim kurulunca aşılması halinde, -ilçe seçim kurulu kararı kesin olmasına rağmen- Yüksek Seçim Kurulu, görev sınırını aşan alt-kurul (alt-yargı) kararını “yokluk” niteliyle ortadan kaldırmaktadır.⁴⁵

İncelememizle doğrudan ilgisi olan bir kaç uygulama örneğini verelim:

- Seçim yargısı, işin seçim kuruluna tevdiinden önce; divan aşamasında -seçime hazırlıkla ilgili olanları dahil- (divan veya genel

⁴⁵ Aynı anlayış içinde, seçimi ve seçim yargısını hukuki temele oturtma/istikrar amacı gözetilerek, kesin şekilde verilen alt-seçim yargısı kararlarını, Yüksek Seçim Kurulu, denetlemekte ve gereğince ortadan kaldırmaktadır. Seçim yargısı hakimi olarak kaleme aldığı eserinde Coşkun, gözlemini de yansıtır şekilde bu konudaki evrimi, şöyle dile getirmektedir: “Olağanüstü itirazlarda, alt kurulların kararları seçimin sonucunu etkiler biçimde görülürse, bu kararların kesinleşmiş ve kesin olduklarına bakılmaksızın Yüksek Seçim Kurulu’nca inceleneceği 298. sayılı Kanun’un 130. maddesinde belirtildiğine göre, Yüksek Seçim Kurulu’nca alt kurul ve Seçim görevlisinin kesin kararlarını belli sınırlar içinde incelemesinin işin özelliğine ve yasaya uygun olduğu savunulabilir.

Nitekim Yüksek Seçim Kurulu son yıllarda verdiği kararlarda bu görüşü benimsemiş, ilçe seçim kurulu başkanınca veya ilçe seçim kurulunca yetki ve görev dışında bir işe bakılmış ve karar verilmiş olması durumunda bu kesin kararlara karşı yapılan itirazları incelemekte ve bu nitelikteki kararların usul yönünden ortadan kaldırılmasına karar vermektedir. İçtihadın bu doğrultuda sürdürülmesi gerekli bulunmaktadır.” (Coşkun, Sabri, *Seçim Hukuku*, Ank. 2004. s. 1220).

kurulca) yapılan seçim usulsüzlüklerine bakamayacağı sonucuna varmıştır.⁴⁶ Öyle ki Yüksek Seçim Kurulu, konuya ilişkin (SPK m. 21'e dayalı) bütün itirazların hallinde yasadaki "seçimin devamı sırasında" formatını sürekli ve düzenli olarak kullanmaktadır.⁴⁷

• Yüksek seçim kurulu, seçimli kongrenin iptali veya butlanı taleplerine bakamayacağını, kongreye yaptırım uygulama ve tedbir kurma yetkisinin adli yargıda olduğunu içtihat etmiştir.⁴⁸ YSK, bu so-

⁴⁶ Bir ilçe seçim kurulunun konuya ilişkin kararı şöyledir: "CHP üyesi Sabri Ergül Çankaya 1. İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'na verdiği, 01.02.2005 havale tarihli dilekçesinde, 29.01.2005 tarihinde toplanan olağanüstü kurultayda oluşturulan divan başkanlığına seçimlerin çarşaf liste ile yapılması ile önerge verildiğini, divan başkanlığının bu önergeyi genel kurulun onayına sunmadan genel başkanlık seçimini blok liste usulüne göre yaptırdığını ileri sürerek tüzük ve yasaya aykırı yapılan seçimlerin iptaline karar verilmesini istemesi üzerine dilekçe ve ekleri incelendi;

Gereği Düşünüldü:

Dilekçede, kurultayda oluşturulan divan başkanlığının uygulamaları nedeniyle seçimlerin iptaline karar verilmesi istenmiştir. Siyasi Partiler Yasası'nın (2820 sayılı Yasa) 21. maddesinin 5. fıkrasında "... kongrelerde yapılacak seçimler ilgili seçim kurulunun gözetimi ve denetiminde yapılır. Bu seçimlerin usul ve şekilleri ile seçimlerde kullanılacak oy pusulası ve listelerin tanzim tarzı siyasi partilerin tüzük ve kongre yönetmelikleri ile düzenlenir..." kuralı getirilmiştir. Buna göre seçim başlamasından önce divan başkanlığının aldığı karar ve uygulamalara ilçe seçim kurulu başkanının karışma yetkisi bulunmamaktadır. Yüksek Seçim Kurulu'nun 189 Sayılı ilke kararında da benzer görüşlere yer verildiğinden seçimin iptaline ilişkin istemin reddine,

Kararın talepte bulunan Sabri Ergül'e tebliğine,

02.02.2005 tarihinde kesin olarak karar verildi.02.02.2005" (Çankaya 1. İlçe Seçim Kurulu'nun 02.02.2005 t. 34 sayılı kararı)

⁴⁷ Yüksek Seçim Kurulu, SPK m. 21 hükmüne uygun olarak görev formülasyonunda şöyle bir metin kurgusunu sürekli ve istikrarlı biçimde tekrarlamaktadır: "Yukarıda sözü edilen Siyasi Partiler Kanunu'nun 21. maddesinin 11. fıkrasında, seçimin devamı sırasında yapılan işlemler ile tutanakların düzenlenmesinden itibaren iki gün içinde seçim sonuçlarına yapılacak itirazların hakim tarafından aynı gün içinde seçim sonuçlarına yapılacak itirazların hakim tarafından aynı gün inceleneceği ve kesin olarak karara bağlanacağı belirtilmiştir." (YSK 26.07.1993 T. 116 sayılı kararı; Coşkun, *a.g.e.*, s. 1163).

⁴⁸ Yüksek Seçim Kurulu'nun konuya ilişkin içtihadı şöyledir: "İbraz edilen kimlik belgesinden istem sahibinin 1991-1995 yılları arasında Demokratik Sol Parti Adıyaman Milletvekili olduğu anlaşılmaktadır.

Sunulan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı yazısı ve ekindeki tutanaklarda anılan kongre delege listesinde 1189 ismin yer aldığı, bunlardan 865 kişinin partiye üye kaydının bulunduğu, 310 kişinin ise Demokratik Sol Parti üyesi olmadığı, delegelelerin bir kısmının başka parti üyesi olduğu, bir kısım milletvekillerinin de yine başka partiye üye olduklarının belirtildiği görülmüştür.

Talepci ayrıca doğal delege olan parti kurucularına delege listesinde yer verilmediği ve delege seçimlerinde usulsüzlükler yapıldığı da ileri sürerek, bu yasaya

nuca ilçe seçim kurulu kararı kesinleşmiş olmasına rağmen varmıştır. Çünkü yasa, YSK'ya seçim yolsuzluklarını karara bağlama ile birlikte, seçimin dürüstlüğü ve hukuka uygunluğu bağlamında “ilke oluşturma” görevini de vermiştir (AY m. 79, 298 SK m. 14/12).

• Keza Yüksek Seçim Kurulu, alt seçim kurulunun, seçimli kongre düzenine müdahaleye yönelik iptal kararını “yokluk yaptırımı” yoluyla ortadan kaldırmıştır. Sözü geçen kararda, YSK, görev sınırlarına tekrar vurgu yapmıştır.⁴⁹

aykırı işlemlerin iptal ve butlan sebebi teşkil ettiğini iddia edip hukuku ve cezai yaptırım uygulanmasını ve bir tedbir kararı verilmesini istemiştir.

Sunulan evrak arasındaki yazışmalardan talepçinin Demokratik Sol Parti aleyhine Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava ikame ettiği anlaşılmaktadır.

Kurulumuzun ibraz edilen belge ve bilgilere bağlı kalarak yaptığı inceleme neticesinde;

1. İstemdeki ağırlık delege seçimine, delege listesinin tanzimine listede yazılı kimselerin delegelik ehliyetlerine ve seçime ilişkindir. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 21. maddesinde anılan konulardaki itiraz ve şikayetler belli prosedüre bağlanmış bulunmaktadır. İlgili kongre 29.04.2001 tarihinde yapılmış, delege listeleri kesinleşmiş keza seçimle ilgili şikayet ve itiraz süreleri de geçmiş bulunmaktadır. Bu sebeplerle ve kesinleşme nedeni ile itirazın reddine karar verilmesi gerekmiştir.

2. Talepçinin hukuki ve cezai müeyyide uygulanması bu uğurda tedbir kararı verilmesi ve kongrenin yok sayılması istemlerine gelince; Dilekçe ve ekli yazışmalardan bu nedenlerle Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne dava ikame edildiği anlaşılmış olup anılan hususlarda tedbir vazı ve karar verilmesi mahkemenin görevi içerisinde olup cezai yaptırım isteme ve uygulamasıda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı görevi cümlesinden bulunduğundan, istemin bu sebeple de reddi gerekmiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle; gerek kesinleşme ve gerekse Kurulumuzun görevi dahilinde bulunmayan işlemlerle ilgili Celal Kürklüoğlu'nun taleplerinin reddine, 25.06.2001 tarihinde oybirliği ile karar verildi.” (YSK'nun 25.06.2001 T. 359 sayılı Kararı)

⁴⁹ Yüksek Seçim Kurulu'nun emsal kararı şöyledir: Karar No:189 Antalya 1. Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'ndan kurulumuza gönderilen 1.5.1986 gün ve 117 sayılı yazıda; müracaat üzerine Sosyal Demokrat Halkçı Parti Antalya İl Kongresi'nin toplantı ve seçim günlerini bir karar ile belirlediğini, ancak bu kararın yetkisi olmayan il seçim kurulunca iptal edildiği bildirilip il seçim kurulunun usul ve yasaya aykırı bulunan bu iptal kararının kaldırılmasını istenmekle, ilgili evrak ve mevzuat incelendi.

Gereği Düşünüldü:

Sosyal Demokrat Halkçı Parti Antalya İl Başkanı Avukat M. Zeki Durmaz'ın 28.4.1986 gün ve 41 sayılı bir yazıyla ilçe seçim kurulu başkanlığına müracaat ederek, partilerinin Antalya İl Kongresi'ni 13-14 Mayıs Salı ve Çarşamba günlerinde, çoğunluk sağlanmadığı takdirde 17-18 Mayıs 1986 Cumartesi-Pazar günlerinde yapacaklarını bildirdiği, bu başvuru üzerine söz konusu parti kongresinin (1. toplantısının) çoğunluk sağlandığı takdirde 13 Mayıs 1986 Salı günü saat 10.00'da Antalya Kültür Sineması'nda yapılmasına, kongrenin en geç saat 17.00'de bitirilmesine, seçimlerin ise 14 Mayıs 1986 Çarşamba günü saat 09.00'da başlamasına saat 17.00'de

B. Adli Yargı (Alt-Mahkemeler ve Yüksek Yargıtay) Uygulaması

İçtihat Mahkemesi olan (AY m. 154) Yüksek Yargıtay'ın "seçimli kongre hukuku" sorunlarını SPK 21/SPK 29 ekseninde ele alan, alt-mahkemelere yol gösteren bir "içtihat"ı yoktur.

Siyasal Parti "seçimli büyük kongresinin iptali" davasında alt mahkemeler, -durumu tam da tasvir eden sözcükle- SPK m. 21 hükmüne "maymuncuk anahtarı"⁵⁰ işlevini yüklemekte, bu yolla "görevsizlik kararı" kurmaktadırlar. Yüksek Mahkeme de, alt mahkeme gerekçesine atıfla "formül onama"da bulunmaktadır.

bitirilmesine, nisap temin edilemediği takdirde 2. genel kurul toplantısının 17 Mayıs 1986 Cumartesi günü saat 10.00'da aynı yerde yapılmasına, seçimlerin ise 18 Mayıs 1986 Pazar günü saat 09.00-17.00 saatleri arasında... Antalya Kültür Sineması'nda yapılmasına...) şeklinde 29.4.1986 gün ve 56 sayılı bir kararın Antalya 1. Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanı'nca ittihaz edildiği, Avukat M. Zeki Durmaz anılan karara karşı itirazda bulunmakla Antalya İl Seçim Kurulu'nun, bu itirazı kabul ettiği ve İlçe Seçim Kurulu Başkanı'nın 29.4.1986 gün ve 56 sayılı kararındaki kongrenin ve seçimlerin ayrı günlerde yapılmasına ilişkin kısmının iptaline karar verdiği, 1. Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanı'nın da İl Seçim Kurulu'nun 30.4.1986 gün ve 7 sayılı olan bu kararının usul ve yasaya aykırı olduğunu ve kaldırılmasını istediği evrak içeriğinden anlaşılmıştır.

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 21. maddesinde siyasi partilerin genel merkez, il ve ilçe organları seçimleri ile il kongresi ve büyük kongre delegelerinin seçimlerinde ilçe seçim kurulu başkanlarına sadece gözetim görevi verildiğinden söz edilmektedir. Bu konuda ilçe seçim kurulu başkanlarının bundan öteye giden yetkileri bulunmadığı gibi il seçim kurullarının ve hatta Yüksek Seçim Kurulu'nun da itirazları kabul etme, inceleme ve karara bağlama yetki ve görevi bulunmamaktadır.

Antalya 1. Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanı'nın Sosyal Demokrat Halkçı Parti'nin Antalya İl Kongresi'nin ve seçimlerinin ayrı ayrı günlerde yapılmasında içeren 29.4.1986 gün ve 56 sayılı kararı ile bu kararın iptaline dair olan 30.4.1986 gün ve 7 sayılı İl Seçim Kurulu Kararı yetki dışı verilmiş olmaları nedeniyle hukuken yok hükmündedir.

Ne varki, ilçe seçim kurulu başkanı hakimin başvurusu hakkında Kurulumuzca bir karar verilmesine de yasal olanak yoktur.

SONUÇ: 1- Konu ve istek hakkında karar alınmasına yer olmadığına,

2- Karar örneğinin Antalya İl Seçim Kurulu ile 1. Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlıklarına gönderilmesine,

3- 7.5.1986 günü oybirliğiyle karar verildi." (YSK'nun 7.5.1986 t. 189 sayılı kararı).

⁵⁰ Değerli ve merhum hocamız Prof. Şakir Berki derslerde, "MK 2. hükmü, hukukun maymuncuk anahtarıdır. Açmayacağı kapı yoktur" derdi. Yine merhum hocalarımızdan Prof. Kemal Tahir Gürsoy, sınavlarda kopya girişimlerinin denetiminde yüksek özen bağlamında "Volter'e göre iyi niyet, cehenneme giden yolun adıdır" derdi. Şu bizim SPK m. 21 hükmü, uygulama pratiğinde bir tuhaf etki doğurmuştur. "Cehennemi" de, "cenneti" de belli değil.

Durumu, bir kaç uygulama örneği ile ortaya koyalım:

1. Örnek Olay: *“Divan başkanının hukuka aykırı ve taraflı davranması, gündemi (özellikle rapor müzakerelerini) uygulamaması, seçim hakkının kısıtlanması”* gibi tamamen kongre hukukuna dayanan “kongre iptal davasında” Ankara 5. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin kurduğu kararın ilgili bölümü şöyledir: *“2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nun seçimlerle ilgili 22. maddesinde ‘seçimin devamı sırasında yapılan işlemler ile tutanakların düzenlenmesinden itibaren iki gün içinde seçim sonuçlarına yapılacak itirazlar hakim tarafından aynı gün incelenir ve kesin karara bağlanır’ denmektedir. CHP’nin olağan 30. Kurultayı’nın da seçimlerde ve işlemlerde bir hata yapılmış ise itirazın yasada öngörülen biçimde seçim hakimine yapılması gerekmektedir. İtiraz edildiği halde sonuç alınmaması, yada hiç itiraz edilmemesi durumunda, bu işlemlerin açılacak dava ile iptali mümkün değildir. Bu konuda mahkememiz görevli değildir. Hüküm: Görevsizlik sebebiyle dava dilekçesinin reddine.”⁵¹*

[Kararda yer alan SPK m. 22 hükmü, bir partinin grup kurması ile ilgilidir (I). SPK m. 21 denmek isteniyorsa, bu maddenin kongre-divan sakatlıklarını düzenleyen bir yapısı yoktur (II). Bu konuda görev SPK m. 29/1 yoluyla çözülecektir (III). *“(İlçe seçim kuruluna) İtiraz edildiği halde sonuç alınamaması ... durumunda (dahi) bu işlemlerin (kongrenin denmek istiyor) açılacak dava ile iptali mümkün değildir”* gerekçesi, yargı gücünün içinde bulunduğu hukuk kalitesi veya bunalımı bakımından *“vahim”* dir.]

Yargıtay Yüksek 4. Hukuk Dairesi, kanun yolu incelemesinde şu sonuca varmıştır:

“Davacı Bedri Baykam ve Ertuğrul Çepni vekili Avukat A. Tayyar Selçuk tarafından, davalı CHP Genel Başkanlığı aleyhine 21.11.2003 gününde verilen dilekçe ile kurultayda alınan kararların geçersizliğine ve iptaline karar verilmesinin istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece görevsizlik nedeniyle dava dilekçesinin reddine dair verilen 2.7.2004 günlü kararın Yargıtay’da duruşmalı olarak incelenmesi davacılar vekili tarafından süresi içinde istenilmekle, HUMK’un 438/1. maddesinde belirtilen tüzel kişiliğinin genel kurul kararlarının iptaline ilişkin bir dava bulunmasına ve aynı maddenin 3. fıkrası gereğince görülen lüzum üzerine duruşmalı ince-

⁵¹ Ankara 5. Asliye Hukuk Mahkemesi, 2.7.2004 T. 848/251-E/K

leme yapılması kararlaştırılmakla belirlenen 28.12.2004 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davacılar vekili Avukat A. Tayyar Selçuk ile karşı taraftan davalı vekili Avukat Mutluhan Karagözoğlu geldiler. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra taraflara duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere göre yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına 7.2.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi”⁵²

Ne Mahkeme, ne de Yüksek Mahkeme, olayın hukukuna girmemiştir. Peki hukuku, bağımsız ve adil güç (AY m. 9) ekseninde kim uygulayacaktır? (AY m. 138/1) İdare, kişi veya siyaset kurumu, ondan kaçmak suretiyle hukuk susturulabilir. Olmamalıdır, ama oluyor. Ancak hukuk, dosyada susar ve yargıda susturulur ise onun nitelendirilmesine uslub ve dil kifayet etmez. Sosyoloji bilimindeki çürümenin ayak sesleri, bu ve benzerleridir.

2. Örnek Olay: Benzer şekilde divan işlemleri, gündem ve çağrı hukukuna aykırılık nedeniyle açılan “seçimli kongrenin iptali davasında” Ankara 24. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 5.2.2002 T. 316/58-E/K sayılı Karar ile, 1. örnekte verilen benzer gerekçe temelinde ulaşılan “görevsizlik” çözümü, Yüksek 4. Hukuk Dairesi’nce şu şekilde onanmıştır: *“Davacı Celal Kürkoğlu tarafından, davalı DSP Genel Başkanlığı aleyhine 24.4.2001 ve 1.5.2001 gününde verilen dilekçeler ile davalı partinin olağan genel kurul kongresinin ve alınan kararların iptalinin istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece davanın reddine dair verilen 5.2.2002 günlü kararın Yargıtay’da duruşmalı olarak incelenmesi müdahil davacı vekili ve davacı tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 26.11.2002 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davacılarından asil Celal Kürkoğlu ile karşı taraftan davalı vekili Avukat Yonca Sorgün geldiler. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanların sözlü*

⁵² Y. 4. HD, 7.2.2005 T. 13206/940-E/K (Karar, yayınlanmamıştır. Özel arşiv)

açıklamaları dinlendikten sonra taraflara duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına 26.11.2002 Gününde oybirliğiyle karar verildi”⁵³

3. Örnek Olay: Yine benzer sebeplere dayalı “seçimli kongrenin iptali” davasında –benzer gerekçelerle– “ulaşılabilir çözümlerinde Yüksek 4. Hukuk Dairesi”nin vardığı sonuç şudur: “Davacı Ertuğrul Çepni ve Bedri Baykam vekili Avukat A. Tayyar Selçuk tarafından, davalı CHP Genel Başkanlığı aleyhine 28.2.2005 gününde verilen dilekçe ile siyasi parti genel kurulunun iptalinin istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; görevsizlik nedeniyle dava dilekçesinin reddine dair verilen 7.4.2005 günlü kararın Yargıtay’ca duruşmalı olarak incelenmesi davacılar vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçelerinin kabulüne ve görevsizliğe dair işlerde duruşma yapılamayacağından bu konudaki isteğin reddine karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine, özellikle davanın iptale ilişkin olarak ileri sürdüğü nedenler 2820 sayılı siyasi partiler yasası’nın 21. Maddesine ilişkin olması, kongre süresince yapılan işlemlerle ilgili bulunması, böylece kongreden önce ve sonraki işlemlerle ilgili olmaması, bu haliyle de seçim hukukunu ilgilendirmesi, bu nedenle de adli yargının görev alanı dışında kalmasına göre yerinde görülmemeyen temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına 8.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.”⁵⁴

(Yüksek Daire’nin onamadaki meşruhatı, SPK 21. madde hükmü ile tamamen çatışmakta, kongre hukuku (SPK m. 29/1, MK) ile seçim hukukunu (SPK m. 21) birbirinden ayıran kriterler yok sayılmaktadır.

⁵³ Y. 4. HD. 26.11.2002 T., 5792/13518-E/K (Karar, yayınlanmamıştır. Özel arşiv).

⁵⁴ Y. 4. HD. 28.11.2005 T., 9400/12798-E/K (Karar, yayınlanmamıştır. Özel arşivim/kartoteks no: 1182).

En basit bir sualdir ki SPK m. 21 hükmü, kongre/divan hukuku olarak hangi kuralı getirmiştir? Bu makalede ortaya konan ve SPK m. 21,29 hükümlerinde en yalın şekilde var olan hukuki temeller karşısında bu meşruhat (onama açıklaması), bir redaksiyon hatası eseri olsa gerektir. “Seçim süreci” ibaresi yerine zuhulen “kongre süreci” ibaresi konmuş olmalıdır.

VII. YARGISAL KİLİTLENME

“Seçimli kongrenin iptali davasında”, seçim yargısı “ben görevsizim”, keza adli yargı da ben “görevsizim” diyor. Ya kim görevli? Aile Mahkemesi mi, Ceza Mahkemesi mi, Anayasa Mahkemesi mi? Görüldüğü gibi her iki yargının “görevsizlik” eşdeğer çözümü, bu davalar yönünden “yargısal kilitleme”ye yol açmaktadır. Bu kilitleme, yasa ile verilmesi zorunlu (AY m. 142) bir kuralın (yasa hükmünün) yokluğundan mı doğuyor? Hayır. Bu incelemede her iki yargının dava somutunda görev sınırlarının yasa ile belirlendiği ortaya konmuştur (SPK m. 21, 29/1; Dern. K. m. 34,18).

Sorunun terazisi (ya da merceği) yasa ise, bu mercek, “kilitlenmeye yol açan” uygulamanın adresinin adli yargı olduğunu açık ve net bir şekilde göstermektedir. Anayasamız “Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.” (m. 36/2) hükmünü amirdir. Ünlü sözdür: “Kilitleyen, açar...”

Kilitlemenin yol açtığı birkaç sonuca işaret etmek istiyorum:

a. Bu kilitleme, “ülkeyi yönetecek partinin iç-demokrasideki hukuk yolsuzluklarını”, hukukun denetiminden kaçırmaktadır. Siyaset kurumuna “dokunulamaz bir yolsuzluk alanı” sunmaktadır. Oligarşinin tam da ürediği zemine lojistik/takviye desteği sağlamaktadır.

b. Misyonu ve tarihsel evrimi içinde, “medeniyet kilitlemesini” açan ya da dönüştüren yargı, somut olayımız yönünden ve ülkemiz gerçeğinde “hukuku kilitlemektedir” (AY m. 2, 9, 138).

c. Bir hukuk sisteminde yasada var olmasına rağmen yargısal tutumla “önemli bir şikayeti/hukuksuzluğu” çözebilecek organın bulunmamasının yol açtığı sonucu hiçbir adalet rejimi taşıyamaz. İnsan Hakları

Avrupa Sözleşmesi'nin 13. maddesine yansımış “etkili başvuru hakkı”, bu durumun “küresel düzeyde” “ilkeleşmiş” standardıdır.

d. Bir davanın biteviye görevden reddi “esasa dayalı çözüm oluşturmama”, hem davanın her iki tarafı ve hem kamu vicdanı nezdinde zarar doğurur. Esastan ret veya kabulün doğuracağı “hukuka güven duygusu”nun ve hukukun üstünlüğü temel değerinin tahrip yollarından biri de “davayı –yasaya rağmen– her şartta görevden ret/dilekçe reddi”dir.

Aslında bütün yönleri ve yapısı ile bu incelemede ortaya konan görev sorununun, SPK m. 21 ve SPK m. 29 hükmünün birlikte değerlendirilmesi ile aşılması çok çok kolaydır. Hatta bize göre böyle bir sorun dahi yoktur. Tüm mesele, kongre-seçim hukuku karşılaşmasını hukuk metodolojisi ayırıcında sentezleyebilmektir. Böyle bir sonucu, –bütün kötü düzenlemeye rağmen– SPK m. 21 hükmü önlememektedir. Deneme bağlamında oluşturulabilecek yüzlerce çözüm formülünden biri şu olabilir: “İşin divan tarafından ilçe seçim kuruluna devri anına kadar gerçekleşen ve ayrıca seçimin devamı sırası dışında kalan hukuka aykırılık sebeplerine dayalı seçimli kongre iptali uyuşmazlıklarında görev, adli yargınındır.”

Sorunun yegane çözümü, içtihat boşluğu gerçeğinde Yüksek 4. Hukuk Dairesi'nin hukuk paradigmalarını esas alan “örnek (numune-i imtisal), kapsamlı ve hukuk üreten bir içtihadı” kurmasında yatmaktadır (MK m. 1; AY m. 9, 138, 154).

VIII. İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NİN ZORUNLU KILDICI ÇÖZÜM yahut (GÖREV SORUNUNU YENİDEN OKUMAK)

İHAS m. 11, korporatif ve kollektif özgürlüğü bizzat tanzim etmiş ve küresel korumaya almıştır. Buna göre “herkes ... dernek kurmak... haklarına sahiptir” (m. 11/1). Siyasal parti kurmak, üyesi olmak, teşkilat kademelerine aday olup iç-demokraside yarışmak, bu temel özgürlüğün kapsamındadır ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yorumu da bu yöndedir (Keza AY m. 33, 68, 69).

Türkiye'nin katıldığı bu sözleşme, “etkili başvuru hakkını” da tanımıştır. Hüküm şöyledir: “Etkili başvuru hakkı bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler

tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.” (İHAS m. 13).

Olayımız somutunda ilçe seçim kurulu yolu veya seçim yargısı etkili koruma oluşturmakta mıdır, oluşturmuyorsa çözüm nedir soruları önemlidir.

Etkili başvuru için tanınan süreler (I), iç-hukukun öngördüğü merciin özellikle alt-kademe olması halinde kararına karşı kanun yolunun varlığı-yokluğu (II), bu merciin başvuru konusundaki (dar-geniş) araştırma yetkisi (III), kabul edilebilirlik ve etkili başvuru hakkı bakımından önemlidir. Başvuru için öngörülen, kısıdan daha kısa (çok kısa) -ki seçim yargısında iki gündür- süreler (SPK m. 21/10), AİHM’ce hem etkili başvuru ve hem adil yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur. Bu kurula sahteciliği inceleme ve delil toplama yetkisinin tanınmaması ve kararlarına karşı Yüksek Seçim Kuruluna gidilemezlik (SPK m. 21/10), onu etkili başvuru yolu olmaktan çıkarmaktadır. Ayrıca sorun için başvurulan merciin kendini görevsiz sayması halinde, işi görevli mercie aktaracak bir usuli yapının yokluğu da adil yargılanma hakkı yönünden sorgulanmağa değer görülmelidir (Oysa adli yargının içyapısında ve idari yargıda böyle bir aktarım ve hakkı usule boğdurmama mekanizması vardır).

İmdi :

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası bir antlaşma olarak, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, özellikle Anayasa’daki yeni düzen gereği aykırı yasa hükümlerini etkisizleştirmekte, yatay etki doğurmakta ve anlaşmazlığa doğrudan uygulanmaktadır (AY m. 90/5. c. 2/7.5.2004 T.; 5170 S. K. m. 7 ile ek. Monist görüşün küresel hukuk mantığı içinde pozitif anayasaya girişi).⁽⁵⁵⁾

• İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni yaşama geçirecek öncü güç, “yargı erki” dir.

• Bu sözleşme standardını yakalamanın ön-koşulu, kapsamlı sorunlarda “İHAM” standardının gözetilmesidir.

⁵⁵ AY m. 90. Yüzbaşıoğlu, Nemci, Prof. Dr., “Mayıs 2004’te Anayasa’nın 90. Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasalık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Bülent Tanör’e Armağan*, İst. 2004. s. 782 vd. Konuya ilişkin yürürlükteki hukukumuz açısından ayrıntılı değerlendirmeler için, bkz., *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ank. 2000. S. 17 (bir bütün olarak derginin tümü).

İHAS'ın zorunlu kıldığı adil yargılanma ve etkili başvuru ve korporatif özgürlük (m. 6, 11, 13) haklarının Türkiye orijinli kimyasal yoğurumu (rasyonel yorum), görevin adli yargıda olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu konuda Avrupa Konseyi tarafından 2005 yılında yayınlanan "kılavuz" eserde şunlar söylenmektedir: (aynen) Bu alanda ihlal tespitinin giderek daha sık gerçekleşmesi sonucunda Mahkeme kısa süre önce "yargı hizmetlerinde aşırı gecikmelerin" olduğu ve "bu konuda davacıların ülkelerinde hukuki başvuru yollarının kapalı olduğu" durumlarda, ulusal hukuk sistemlerinde hukukun üstünlüğüne yönelik "önemli bir tehlikenin" varlığına dikkat çekmiştir (örneğin bkz., Bottazzi-İtalya [BD], No. 34884/97, paragraf 22, AİHS 1999-V; Di Mauro-İtalya [BD], No. 34256/96, paragraf 23, ECHR 1999-V; A. S-İtalya [BD], No. 35265/97, paragraf 18, 28 Temmuz 1999, henüz rapor edilmemiştir; ve Ferrari-İtalya [BD], No. 33440/96, paragraf 21, 28 Temmuz 1999, henüz rapor edilmemiştir).

Mahkeme bu çerçevede, başvuruçunun makul süre zarfında yargılanmaması nedeniyle 6. madde 1. fıkranın ihlalini tespit etmiş olmasına bakmaksızın ve bundan bağımsız olarak, başvuruçunun şikayetini 13. madde ışığında değerlendirmenin gerekli olduğu görüşündedir.

13. Madde'nin amacı bkz., *Collected Edition of the "Travaux Preparatoires" of the European Convention on Human Rights (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi "Hazırlık Çalışmaları" Derleme Baskısı)*, cilt II. s. 485 ve 490, ve cilt III, s. 651'den de anlaşılacağı üzere], Bireylerin, sözleşme'de belirtilen haklarının ihlal edildiği durumlarda konuyu mahkeme'ye getirerek uluslararası mekanizmayı işletmeden önce, ulusal düzeyde çare arayabilecekleri vasıtaların mevcut olmasını sağlamaktır. Bu açıdan bakıldığında, eğer Sözleşme'den kaynaklanan iddiayı ulusal bir makama havale etmek mümkün değilse, bir bireyin makul sürede yargılanma hakkının etkinlik derecesi azalacaktır. Ayrıca, 13. maddede öngörülen koşullar, bireylerin hukuki işlemlerde haddinden fazla gecikmelere maruz bırakılmamaları yönünde 6. madde 1. fıkrada öngörülen genel yükümlülüğe dahil olmaktan ziyade, bu fıkra hükümlerini pekiştirir niteliktedir.⁵⁶

⁵⁶ Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından alıntılar, 2005 s. 411.

“Bütün kongre işlemlerini” adli yargının görevi dışında tutan (seçim yargısının görevini benimseyen) Yüksek Daire’nin meşruhatlı onama kararı, bir redaksiyon hatasını içermiyorsa hiçbir şartta hukuku yansıttığı düşünülemez (Y. 4. HD. 28.11.2005 T. 9400/12798-E/K. Karar yayımlanmamıştır. Özel Kartoteks No 1182. Bu yazımızın “VI/B-3. örnek olay” Bölümü).

Yüce Daire, “kongre süreci” ile “seçim süreci”ni kastetmiş olsa gerektir. SPK m. 29/1, 121; MK m. 83 hükümlerini siyasi partiler bakımından ilga işlevini yüklenen bu değerlendirme, pozitif hukukumuz ve içtihat kriterleri yönünden elbette ki savunulamaz (AY m. 7, 87). Kongre, seçimsiz olsa idi o kongrenin hangi safhalarını ve kararlarını adli yargı denetleyebilecek idi ise, seçimli kongrelerde de o safhaları yine adli yargı denetleyecektir. Seçimli kongre, adli yargı bakımından bağımsız bir alan oluşturmamaktadır. Seçimli kongrede yegane fark, divanın işi ilçe seçim kuruluna tevdi ettikten sonra başlayan “seçim işlerindeki yolsuzluklara ilçe seçim yargısının bakmasında” yatmaktadır (SPK m. 21/10, 11).

Sonuç olarak yüksek dairenin, yargıtayın normatif misyonu kapsamında sorunu çözen, denetim nesneliğini sağlayacak, hukukun üstünlüğünü ve demokrasiyi egemen kılacak, normatif ölçütleri de içeren bir içtihat kurması zamanın seçimli kongre davalarında yaşandığı açıktır.

IX. BİR ÖNERİ

Yaşamım, büyük ölçüde hukuk (savunma) pratiğinde geçmiştir. Azımsanmayacak bir zaman diliminde siyasi parti tecrübem de oldu. Bilgi ve gözlemlerimden de yararlanarak, bir taslak oluşturmaya çalıştım. Bu taslak, Siyasi Partiler Kanunu zorunlu reformunun küçük bir parçasıdır. Aslında SPK m. 21 hükmü, tamamen yeniden inşa olunabilir. Ne var ki böyle bir çabanın, diğer maddelere yansıyan bölümler itibarıyla, “tek maddede” sonuç vermesi, imkansızdır. Biz, kongre ve seçim sakatlıklarında görev dahil, yargısal denetim sorunlarını arındırmaya yönelik modele ağırlık verdik. Bu tür modeller, siyasal partilerin hukuk ve demokrasi zeminine çekilmesinde, giderek siyaset kurumunun rasyonelleştirilmesinde dönüştürücü dinamik oluştururlar.

Siyasi Partiler Kanunu’nun 21. maddesinin başlığının aşağıdaki şekilde değiştirilmesi, 10 ve 11. fıkra hükümlerinin yürürlükten kaldı-

rılması, 9. fıkradan sonra gelmek üzere, aşağıdaki fıkraların eklenmesi gerekir:

“Seçimlerin yapılması, itiraz ve uyuşmazlıklarda görev, partinin organsız kalması ...

...

Gündemdeki sıraya göre kongre divanının, işi ilgili seçim kuruluna devretmek suretiyle başlayan ve seçim tutanağının ilanı ile sona eren seçim sürecindeki her türlü seçim yolsuzluklarına ilişkin itirazlar, seçim kurulu hakimi tarafından iki gün içinde karara bağlanır. Büyük kongreye ilişkin olmayan kararlar, kesindir. Büyük kongreye ilişkin kararlara karşı, bildirimden itibaren iki gün içinde doğrudan Yüksek Seçim Kurulu'na başvurulabilir. Yüksek Seçim Kurulu, bir ay içinde kesin kararını verir.

Seçim tutanağının düzenlenmesinden itibaren iki günden sonra yapılan itirazlar dinlenmez.

İtiraz üzerine seçimin iptali halinde, kararın kesinleştiği tarihten itibaren en erken bir, en geç iki ay içinde seçimlerin yenileneceği kongre günü, seçim kurulunca siyasi partiye bildirilir. Belirlenen günde yalnızca seçim yapılır. Bu seçimlerde dahi aynı kanun hükümleri uygulanır.

Seçim süreci dışında kalan kongre hukukuna aykırılıklara ilişkin talepler, bu aykırılıklar seçimle ilgili olsa dahi, Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından en geç üç ay içinde karara bağlanır. Siyasi parti kongresine ilişkin davalardaki hükümlerin temyizi halinde Yargıtay, kesin olarak karar verir.

Kongrenin sona ermesinden itibaren bir ay içinde dava yoluyla ileri sürülmeyen talepler dinlenmez.

Siyasi partilerin organsız kalması halinde kayyım hukuku uygulanır.

...” (56-a)

^{56-a} Taslağın gerekçesi şöyledir: “Maddenin yürürlükteki şekli, seçimin yapıldığı kongreye ve seçimlere yönelik talep ve itirazlarda görevli merciler konusunda, hukuki kriterlere dayalı bir düzenleme içermemektedir. Değişiklik, seçimi de içeren kongre bağlamında ortaya çıkacak anlaşmazlıklarda adli yargı ile seçim yargısının görev sınırlarını belirlemede, uygulamadaki duraksamaları ve hatta yargısal kilitlenmeyi kaldırmaktadır (AY m. 141, 36/2).

Taslakta, seçim süreci tanımlanmış, seçim süreci dışında kalan kongre sakatlıklarında SPK 29/1 hükmünün ve korporatif hukukun zorunlu sonucu olarak Adli Yargı görevli kılınmıştır. Mahkeme, sakatlığın niteliğine göre, kongreyi veya kongrede

X. KONGRE İPTALİ HUKUKUNDA KİMİ SORUNLAR

A. Kanun Yolları Hukukunda Genellikle Dillendirilen Bir Zihniyete Özel Vurgu (Bunca Zaman Sonra Ne Kongre İptali?)

Bilhassa korporasyon anlaşmazlıklarında (tüzel kişiler hukukunda) *“kongrenin üzerinden bu kadar zaman geçmiş, artık müeyyide uygulanır mı?”* yollu ön-yargının bilinç derinliklerinde yer aldığı zaman zaman gözlenmektedir. Bu ön yargının –hele yargıda– tasavvuru ve tahay-

alınan karar yahut kararları iptal edebilecektir. Seçim süreci dışında kalan sakatlık (hukuka aykırılık) iddiası, doğrudan seçimi ilgilendirse dahi, görev adli yargının olacaktır. Söz gelimi işin divan tarafından seçim kuruluna devrinden önceki safhada (seçime hazırlık aşamasında) adaylardan birinin adaylığının reddi (yarış dışı bırakılması), seçim tutanağı düzenlenip ilan edilmekle birlikte kongre sona ermeden, “gündeme hakimiyet ilkesi” gereği kongrenin bütün sonuçları ile genel kurul kararı ile iptali hallerinde görev, adli yargındır. Çünkü bu safha, seçim kurulunun gözetim, denetim ve yönetimi dışında kalmakta, ayrıca seçim hukukunu aşarak daha kapsamlı genel hükümleri ilgilendirmektedir.

Mevcut yasada, “itiraz ve seçim iptali arasında varlığı zorunlu bağ” başarılı şekilde kurulamamıştır. Seçim yargıcının bir seçimi –itiraz olmaksızın– re’sen iptal etme yetkisi bulunmamasına, SPK m. 21/10 hükmünün bu temelde düzenlenmiş olmasına karşın, aynı maddenin onbirinci fıkrası hükmü bu ilkeyle çatışmaktadır. Taslak, bu çatışmanın yol açabileceği duraksamaları da gidermektedir.

Taslakta, “kanuna aykırı uygulama, usulsüzlük (SPK m. 21/10, 11)” gibi terimler yerine, Anayasa’nın 79. maddesine uygun olarak “yolsuzluk” kavramına ağırlık tanınmıştır. Seçim yargıcı: gerçekleşme tipleri (kaçınma, eylem, işlem, karar ve diğerleri) ne olursa olsun yolsuzluğun hukuki nitelemesine göre karar verecektir. Şu kadarki “seçimin iptali”, “yolsuzluğun sonuca etkili olmasına bağlı”dır. Sözgelimi aday tek kişi olsa dahi, gizli oy kuralına aykırılık (SPK m. 15/1) doğrudan sonuca etkilidir. Çünkü gizli oyun verdiği hareket serbestisi, “açık oy” da yoktur. “Sıfıra yakın sonuç veya zorunlu nisabın altında kalma”, gizli oyda olasılık dışında değildir.

Taslak, seçim ve seçimli kongre uyuşmazlıklarında her iki yargıdaki gecikmelere karşı süre baryerleri koymuştur. Anlaşmazlığın uzun süre ayakta tutulması, siyaset kurumuna (doğal olarak partiye) zarar vermektedir. Büyük kongrede Yüksek Seçim Kurulu yolunun tanınması, partinin sistem içindeki anayasal rolü sebebiyledir (AY m.68/2). Yargıtay’ın kesin karar verme yetkisi de aynı nedene dayanır. Yargıtay’ın “kesin karar vermesi modeli” seçimli kongre uyuşmazlıklarıyla sınırlı olmaksızın, her çeşit kongre için öngörülmüştür. Ülkeyi yönetmeye talip kuruluşların yapı ve işleyişleri de bu hedefin gerisinde kalmayan standartlarda seyretmelidir.

Adli yargının veya seçim yargısının seçim iptali ile ilgili kesinleşmiş kararı, ilişkin bulunduğu organı hükümden düşürür. Bu, de facto bir sonuç olup başkaca bir kararı gerekli kılmaz. Partinin organsız kalması halinde MK’nın kayyımına ilişkin hükümleri (MK 427 ve diğerleri) devreye girecektir. Kayyımın yönetiminde kongre oluşturulup organ seçimleri gerçekleştirilinceye kadar yetki, kayyımda olacaktır. Aslolan, siyasal partilerin hukukun üstünlüğü ve demokrasi değerlerine büyük sadakat içinde kongre yolsuzluklarına ve bu gibi istenmeyen sonuçlara yol açmamalarıdır.”

yülü dahi hukukun üstünlüğü ve adalet vatanı bakımından hazin ve düşündürücüdür:

1. Aslolan, hakkın süresinde kullanılmasıdır. Sistemin veya bir tarafın sebebiyet verdiği uzama, hukuku askıya alma ve yükü hak-arayana yükleme hakkını vermez.

2. Yargı, yerindeliği değil, hukuku konuşuracaktır (AY m. 138, HUMK m. 76). Bütün talihsizlikler birleşip davayı kongre sonrasına sarkıtsa dahi, iptal davasının konusuz kaldığından reddi yerine, hukuka aykırılığın tespitini içeren hüküm kurulması gereği, korporatif hukukun doğal sonuçlarındandır (Y. 2. HD, 8.2.1974 T. 532/753-E/K, Y. 2. HD, 27.3.1995 T. 2487/3489-E/K. Özel Kartoteks No:1184). Bu sonuç, hukuksuzluğu yol edinenlere hukukun geçit vermemesinin ve meşruiyetsizliği geç de olsa açığa vurma yönündeki adalet felsefesinin de gereklerindedir. Aynı sonuç, yeri geldiğinde hukuku kurma (kural koyma) gücüne ulaşabilecek siyasi partiler yönünden daha da kaçınılmaz biçimde böyledir. Kongredeki hukuksuzluğu meşrulaştırma, giderek ödüllendirme anlamına gelecek yargısal çözümleri hukuk sindiremez. Zamanla bağlı olmaksızın “kanun yararına yargı yolu ve kanun yararına bozma (HUMK 427/6-8)” kurumunun genetik kodlarında bu ince hukuk sezgisi yatmaktadır.

3. Yargının ve kanun yolu merciinin (AY m. 154/1) bu gibi durumlarda yapacağı iş, daha fazla uzamaya mahal vermeden (AY m. 141/4) anlaşmazlığa son verecek usule riayettir (Dern. K. m. 18/1, HUMK 507 vd.).

Hukuku yargı susturursa, yargı susturulmuş olur. Bu susturma, devlet kökenli yerindeliğin hukuk zihniyetinde yol açtığı örseleme ve ön-yargılarla da olsa ...

B. Kongre İptal Davalarında Aktif Husumet (Sıfat) Sorunu

Partinin temel öznesi (hücresi), üyedir. Diğer bütün parti sıfatları (delege, başkan, organ üyesi) üyeliğin türevleridir (SPK m. 6). Kongrenin hukuka uygun olarak yapılması, partinin kamuoyu görüntüsünde bozulmalara yol açmaması; üyenin en temel beklentisidir. Seçtiği delegelerin oluşturduğu kongre topluluğunu denetlemenin doğal yollarından birisi davadır. Yargılama hukuku anlatımı ile davada sıfatın koşulu

olarak “*menfaat*” şartı, üye unsuru yönünden gerçekleşmiştir. Nitekim Yüksek Mahkeme, siyasi parti üyesinin kongre iptal davasını açabileceğine içtihat etmiştir.⁵⁷ Katılımcı demokrasi tarifi de aynı sonucu verir.

Ayrıca kongre iptali, “*bir karar iptali*” davası olmadığından, esasen kongrenin iptali, kararlar dahil bütün hukuki sonuçları kendiliğinden (de facto) ortadan kaldıracığından -işin tabiatı gereği- ihtirazı kayıt koşulu aranmaz. Ayrıca toplantının kurucu unsurlarında ihtirazı kayıt vaz’ı da imkansızdır. Kaldı ki ihtirazı kayıt, geçerli bir kongrede alınan hukuka aykırı kararlar yönünden aranmaktadır (MK m. 83/1).

C. Kongre İptal Davalarında Yargılama Usulü

Kongre, 2-3 yıl süre aralığında tekrarlanan, hükmü bu sürelerle sınırlı geçici bir süreçtir (SPK m. 14/6). Kongre iptal davasında verilecek kararın hukuki etkisi, bu süreye yaklaştıkça azalmakta, giderek “*sıfır*” noktasına varabilmektedir. Bu itibarla yasa koyucu, gerek kongrenin, gerekse oradaki kararların iptali davalarını, açıkça, “*basit yargılama usulüne*” bağlamıştır (4.11.2004 T. 5253 S. Dernekler K. m.18/1, HUMK m. 507/1). Hatta bu davaların adli tatil içinde görülmesi de emrolmuştur (HUMK m. 176/11). Düzenlemenin (yasanın) amacı, davanın ivedilikle ve gerekirse dosya üzerinde bitirilmesi, hukuki çarenin sürüncemede bırakılmamasıdır.⁵⁸

Ancak uygulamada bu davalar, savunma kurnazlığı (!) kültürünün geliştirdiği olmadık engellemelerin, uzatmaların cirit attığı talihsiz platforma dönüşmektedir.⁵⁹ Yargılamanın sorumlu öznelerinin de -kimi

⁵⁷ Siyasal parti, diğer korporatif öznelerden daha yoğun şekilde “üye unsuru” üzerinde temellendirilmiştir (SPK 29. maddesinin görüşüldüğü Milli Güvenlik Kurulu Tutanağı, B: 141, T. 20.4.1983. O: 2. s. 635). Dava koşulu olarak “hukuki yarar”, “hukuki yararı” olanın dava açabilirliği yönünden bkz. Kuru, Baki, Prof. Dr., *a.g.e.*, Ank. 2001, C. II, s. 1363 vd. Ayrıca oradaki içtihatlar. Yüksek Mahkeme içtihadı şöyledir: “Bir parti kurultayınca ittihaz olunan bir kararın iptalini talep eden davacının o partiye aza olması icap eder. Aksi halde dava ehliyetinden mahrumdur.” (Y. 4. HD. 2.2.1950 T. 613/684-E/K. Ballar, Suat, *a.g.e.*, s. 162)

⁵⁸ Basit Muhakeme usulünün amacı, davaların daha çabuk bitirilmesine imkan vermektir (TTK m. 1460’la ilgili Adliye Encümeni Esbab-ı Mucibesi).

⁵⁹ Tensipte öngörülen makul duruşma gününün sonradan üç ayı aşan uzun süre olarak değiştirilmesi (tahrif), siyasal partinin defalarca yapılan tekitlere rağmen kongre belgelerini göndermemesi ve benzeri durumlar gözlenebilmektedir.

zaman vesile olduğu- uzamalar, hakkı ve hukuku zamana boğdurma stratejisinin bir “kötü örneği (su-i misal)” görünümündedir.

Siyasal Partiler dahil, bütün tüzelkişilerin kongre iptal davalarının sonuçlandırılmasını belli süreye (3-6 ay) bağlayan ve Yüksek Yargıtay’a kanun yolu aşamasında “kesin olarak karar verme yetkisi tanıyan” bir yargılama modeli oluşturulmalıdır. Önerdiğimiz yöntem, yürürlükteki hukukumuzda yabancı değildir (bkz., 22.5.2003 T. 4857 sayılı İş Kanunu, m. 20/3). Yöntemin, kolektif haklar, örgütlenme ve siyasi düşünce özgürlükleri yönünden önemi ve nispi bir güvence oluşturma özelliği açıktır.

D. Siyasal Parti Kongrelerindeki Hukuk İhlallerine Karşı Cumhuriyet Başsavcılığı/Anayasa Mahkemesi Denetimi

Yasaların siyasi partilerle ilgili buyurucu hükümlerine aykırı siyasi parti eylem ve kararları yönünden Cumhuriyet Başsavcılığı’nın denetim ve Anayasa Mahkemesi’nin ihtar yetkisi/görevi vardır (SPK m. 104, Yargıtay K. m. 27/4).⁶⁰ Bu görev, siyasi partilerin denetiminde paralel görev ve yetkiler olup diğer yargısal denetim türlerini önlemektedir.⁶¹

⁶⁰ İyimaya, Ahmet, *a.g.m.*, s. 11 vd.; Bkz., Saldırım, Mustafa, Dr., *Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri*, Ank. 2005. Aynı müellif, “Cumhuriyet Savcısı’nun Özel Hukukta Dernek ve Sendika Tüzel Kişiliğinin Sona Erdirilmesine İlişkin Görevleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005 S. 59, s. 359 vd. Bu değerli tez ve incelemelerde, siyasi parti-korporatif hukuk ilişkisinin ele alınmaması, -telafisini beklediğimiz- bir noksanlıktır (SPK m. 29, 121).

⁶¹ İyimaya, Ahmet, *a.g.m.*, s. 288 vd. Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında doğru olarak şöyle denmiştir: “Yasa’nın 121. maddesinin ilk fıkrasında yer alan “Türk Kanunu Medenisi ile Dernekler Kanunu’nun ve dernekler hakkında uygulanan diğer kanunların bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri, siyasi partiler hakkında da uygulanır” biçimindeki hükümle de, Medeni Kanun ile Dernekler Kanunu’nun ve dernekler hakkında uygulanan öteki kanunların Siyasi Partiler Kanunu’na aykırı olmayan hükümlerinin siyasi partiler hakkında uygulanması öngörülmüştür. Bu yasal düzenlemeye göre, kuruculuk sıfatlarının düştüğüne karar verilmiş olan kurucuların, Medeni Kanun’un 68. maddesine dayanarak genel mahkemelerden hukuki himaye isteğinde bulunmalarına yasal bir engel varlığından söz edilemez. Ne var ki böyle bir yolun var olması Siyasi Partiler Kanunu’nun 104. maddesinde yazılı “Bir siyasi partinin, bu Kanunun dördüncü kısmında yer alan maddeler hükümleri dışında kalan emredici hükümleriyle diğer kanunların siyasi partilerle ilgili emredici hükümlerine aykırılık halinde bulunması sebebiyle, o parti aleyhine Anayasa Mahkemesi’ne Cumhuriyet Başsavcılığı’nca resen yazı ile başvurulur...” (2.7.1987 T. 3/3-E/K. SP İhtar sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, Karar, yayımlanmamıştır.) Bilindiği gibi

Cumhuriyet Başsavcılığı, “üniter devlet” (AY m. 3) ve “laiklik” (AY m. 2) ilkelerine gösterdiği duyarlığın yüzde birini dahi “hukukun üstünlüğü ve demokrasi” (AY m. 2) temel değerleri konusunda göstermemektedir. Sözelimi bir partinin kongresindeki “uç fikirlerin” dile getirilmesi, ertesi gün “yüksek önlemler ve taze demeçler” için geciktirilmesi imkansız/yeter sebeptir. Ama hukuk? Hukukun üstünlüğü? Ama demokrasi, demokrasinin üstünlüğü! O alan, “güçler ve dinamikler uyumu adına” örtülebilir alandır. Kongre yolsuzlukları bakımından Cumhuriyet Başsavcılığı’nın tavrı, denetim hukukunun bu bağlamda askıya alınması eylemsel sonucunu doğurmaktadır.⁶² Üstelik bu denetim, bir talebi gerekli kılmamasına ve doğrudan (ex-official) yerine getirilmesi gerekmesine rağmen...

E. Bir Atıf Hukuku Olarak Kongre İptali Bağlamında Siyasal Partilerde Kayyımlik

Siyasal parti kongresinin iptali kararının kesinleştiği tarihte (HUMK m. 443/4), siyasal partinin seçimli organları düşer. Bu durumda kararın kesinleşmesinden önce “genel başkan”, “yürütme/genel idare kurulu” gibi kişi-kurul organların statüleri sona erer. Organsız kalan siyasal partiye bir tüzel kişi olarak, kayyım atanması zorunlu hale gelir (MK m. 427/4).⁶³ Bu gibi durumlarda –her nasılsa– “kayyımın atanmamış olması”, organsız

Anayasa Mahkemesi’nin kararı, diğer yargı organlarının kararlarından farklı olarak (AY m. 138/4), bütün yargı organlarını, bu arada Yüksek Yargıtay’ı da bağlar (AY m. 153/6). Yine bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi kararlarının sadece sonuç bölümü değil, kararın gerekçesi de bağlayıcıdır (27.5.1999 t. 58/19-E/K sayılı AMK, AMKD, S. 36, yıl: 2001 s. 436. Bu konudaki Anayasa Mahkemesi uygulaması, köklemiştir. Tanör, Bülent, Prof. Dr., Yüzbaşıoğlu, Nemci, Prof. Dr., *Türk Anayasa Hukuku*, 7. Bası, İst. 2005, s. 482. Kanadoğlu, Korkut, Dr., *Anayasa Mahkemesi*, İst. 2004. s. 274. Orada, özellikle mukayeseli hukuk atflarıkı aynı doğrultudadır. Sağlam, Fazıl, Prof. Dr., “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin Yasama, Yürütme Ve Yargı İle İlişkisi”. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 96/13. s. 58). Öte yandan “Diğer Mahkemelerle Anayasa Mahkemesi arasındaki görev uyumsuzluklarında Anayasa Mahkemesi’nin kararı esas alınır.” (AY m. 158/3).

⁶² Sözelimi kongreye ilişkin belgelerle varlığı duraksamasız şekilde sabit tutanak sahteciliği, cürmi hukuk yönünden bir işleme muhatap olmaksızın yerinde durabilmektedir.

⁶³ Y. 2. HD. 11.04.2005 T. 3044/5770-E/K. Aynı Daire, 1.5.1984 T. 3848/4121-E/K (Uyar, Talih, *Türk Medeni Kanunu*, Ank. s. IV/3937; Gümüş, Alper Mustafa, Dr., *Türk Medeni Hukukunda Kayyımlik*, İst. 2006, s. 99 vd. Özellikle, dpn. 399; Öztan, Bilge, Prof. Dr., a.g.e., s. 79).

kalan tüzelkişi adına, yetkisiz (gasıp) şahısların kuracakları her türlü hukuki ve hukuki sonuç doğuran siyasi tasarrufları “yok” hükmündedir. Aynı durum, kongredeki seçimlerin seçim yargısı tarafından iptalinde de söz konusudur (SPK m. 21/10).

Kongre iptal davalarında ileri sürülen sebeplerin hukuki niteliklerine göre, siyaset kurumunun benimseyeceği rasyonel tavır, olağanüstü kongreye gitmektir. Sözgelimi hüküm kesinleştikten sonra, kesinleşmeyele görevi sona eren organın kongreyi çağırması, yönetmesi ve sonlandırması mümkün değildir. Bu gibi durumlarda kayyım hukuku kaynaklı (alt-kademelerden itibaren başlatılmış kongre sürecini durdurma ve benzeri nitelikteki) ihtiyati tedbirler, kayyım atanuncaya kadar gündeme girebilir. Aynı şekilde görevi sona ermiş eylemsel/ğasıp yönetimin genel seçimlere yönelik tasarrufları ve adaylık hukuku (SPK m. 36-40) bakımından da seçim kurulları ekseninde geçersizlik yaptırımlarını davet edecek ciddi açmazları bulunmaktadır (298 S. K. m.130 ve diğerleri).

XI. SONUÇ

1. Siyasal parti kongresi, özellikle büyük kongre, parti tüzel kişiliğinin en yüksek organıdır. Parti iradesinin, ülke yönetiminde izlenecek siyasaların, iç-hukukun oluştuğu zemin, kongrelerdir. Kongrenin kalitesi ve hukuki denetimi, yeri geldiğinde iktidar yetkisini kullanacak siyasi kuruluşun kamuda görüntüsü yönünden de önemlidir.

2. Siyasal parti kongrelerinin yargısal denetimi, -nerede ise- yapılmamakta veya yapılamamaktadır. Bu denetimsizliğin nedeni, yürürlükteki hukuktan çok, hukuku uygulayan yargı erki'nin kurullarla paradoks oluşturan konumudur.

Seçim süreci dışında kalan kongre sakatlıklarında hem seçim yargısı, hem adli yargı “görevsizlik kararı” vermektedir. Bu durum, yargısal kilitlenmeye yol açmakta parti kongrelerindeki hukuk ve demokrasi yolsuzlukları, “kilitlenmenin inşa ettiği kara deliğe” akıp gitmektedir. Hesap vermeyen veya hesap verme fırsatı yargı tarafından önlenen/dokunulamaz siyaset kurumundan “iyi yönetim, hukukunun üstünlüğü ve demokrasi değerlerine bağlılık” gibi “pozitifler” beklenemez. Yargısal denetimden bağışık kongre, oligarşinin üremesine takviyeli bir zemin oluşturmaktadır.

3. Siyasi partinin seçimli kongresinde oluşan sakatlıklar konusunda görevli yargı sorununda incelemede ulaşılan sonuç şudur:

Gündemdeki sıraya göre kongre divanının işi ilgili seçim kuruluna devretmek suretiyle başlayan ve seçim tutanağının ilanı ile sona eren seçim sürecindeki her türlü seçim yolsuzluklarına ilişkin itirazlar, seçim kurulu hakimi tarafından karara bağlanır (SPK m. 21/10). Seçim süreci dışında kalan kongre hukukuna aykırılıklara ilişkin talepler, seçimle ilgili olsa dahi, Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından karara bağlanır (SPK m. 29/1). Seçim süreci dışında kalan kongre safhasında ilçe seçim kurulunun denetim, gözetim ve yönetim görevi olmadıktan başka, korporatif özgürlüğün en sert gerçekleştirmelere konu olduğu bu alan, tüzel kişiler hukukunun yönetiminde ve Adli Yargı'nın denetimindedir (SPK m. 29/1; Dern. K. m. 34; MK m. 56-100; AY m. 67, 68; İHAS m. 11).

Deneme bağlamında oluşturulabilecek ve elbette ki içtihat düzeyine ulaşmayan boyutta yüzlerce çözüm formülünden biri şu olabilir: *"İşin divan tarafından ilçe seçim kuruluna devri anına kadar gerçekleşen ve ayrıca seçimin devamı sırası dışında kalan hukuka aykırılık sebeplerine dayalı seçimli kongre iptali uyuşmazlıklarında görev, adli yargıdır."* Bu içerikte bir Yüksek Mahkeme kararı, uygulamadaki duraksamaları arındırma bakımından önemli bir pusula görevi görebilecektir.

Görev konusundaki duraksamaları yasa düzeyinde giderecek ve hukuk güvenliğini sağlayacak bir değişiklik önerisi (taslak model), bu incelememizin "IX". bölümünde ortaya konmuştur.

4. Siyasal parti kongrelerinin yargısal denetimine yönelik uyuşmazlıklarda, dernek ve benzeri tüzel kişiler hukukuna egemen kurallardan daha fazla ve daha önde olarak, Anayasamızın konuya ilişkin somut kuralları ve İHAS'ın 11 maddesi yoluyla oluşan Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihatları doğrudan gözetilir (AY m. 69/2, 68/1, 90/5). Bu yönüyle bir dernek kongresinin iptaline yol açmayacak sakatlık, siyasal parti kongresinin iptal edilmesi sonucunu doğurabilir. Çünkü siyasal parti, iktidar olmayı talep etme tekelini elinde bulunduran yegane kuruluştur. Türk hukuk uygulamasının bu normatif özelliğin ayırıcılığı olduğu söylenemez. Kongrede müzakere sürecinin eylemsel olarak tanınmaması, seçime hazırlık aşamasında divanın iç-hukuka aykırı olarak kimi adayları yarış dışında bırakması, kongre tutanağında sahtecilik, parti kongresinin iptalini sonuçlandıracak sebepler olarak sayılabilir.

5. Kongrenin iptali, o kongrede yapılan seçimin de kendiliğinden iptali sonucunu doğurur. Kongre, genel kurulda alınan bütün kararların varlık/sihhat koşuludur. Kongre temeli ortadan kalkan karar (seçim de olsa), temelin çökmesi sebebi ile kendiliğinden çöker. Bu, normatif illilik prensibinin de kaçınılmaz sonucu olup bu konuda korporatif hukuk ve yargı uygulaması yönünden bir duraksama yoktur.

6. Yürürlükteki hukuka ilişmeden (bir değişikliğe gidilmeksizin) uygulamadaki sorunun yegane çözüm şekli, adli yargının yaklaşımını gözden geçirmesi ve Yüksek Yargıtay'ın bu konuda bir "içtihat" oluşturmasıdır. Sorun, tipik görüntüsü içinde "içtihadın kurulması için gerekli hukuki alanın tüm özelliklerini bünyesinde taşımaktadır." Yürürlükteki hukukumuz, hukuk bilimi ve içtihat hukuku kriterleri, böyle bir çözüme tamamen elverişlidir. Hakimin filozofik tanımlarından biri de şudur: "Kötü kanundan doğru hukuku çıkaran adamdır." Yargısal denetimin önünü açacak bir içtihat, esasen İHAS'ın 13. maddesinin "etki başvuru hakkının" da kaçınılmaz bir sonucudur (AY m. 90).

Siyasi partiler hukukunun, parti içi demokrasinin ve siyaset kurumunun köklü temellere kavuşmasında önemli bir dönüm noktası oluşturabilecek böyle bir içtihadı beklemek, bireysel ve toplumsal hakkımızdır. Yargı, örnekleri dönüşüm tarihinin anıtsal sahifelerinde bütün haşmetiyle yaşayan doğal misyonundan kaçamaz, kaçmamalıdır. Demokrasiyi ne devrimler, ne darbeler ve ne de seçkinler kurmuştur. Demokrasi, bu adla iktidar gücünü kullananların hukuksuzluklarına yargının dönüştürücü müdahalelerinin ürettiği tükenmeyen bir meyvesidir. Türk yargısı, kaçınmalarıyla partiler demokrasisini hukuksuzluk ve yolsuzluk açmazında çürütecek bir konumun içinde olamaz, olmamalıdır. Hukuku ve demokrasiyi kilitleyen uygulamanın adı, her ne ise odur. Ama asla "içtihat" değildir. Aradığımız, işte bu "içtihat"tır. Hukuk ve demokrasi fişkırın, ihlalleri kezzap etkisiyle yok eden "kurucu içtihat!.."

7. İncelememizde, kongre sakatlıklarını karara bağlayacak mahkemeler (görev) konusunda SPK m. 21 maddede girilecek değişiklik için bir model-taslak üretilmiştir. Siyasal Partiler Kanunu'nun 21. maddesi hükmünün hiçbir yönden savunulamayacak, hukuka aykırı unsurlarının başında, büyük kongreye yönelik itirazlara ilişkin ilçe seçim hakimi kararının kesin olması hükmüdür (SPK m. 21/10). Ülke yönetimine talip bir kuruluşun en yüksek organının yargısal denetiminin, o alanda var

olan Yüksek Yargı'ya götürülememesi, kabul edilebilir ve sürdürülebilir bir durum değildir. Siyasi Partiler Hukuku'nu, siyasi partinin denetimden kaçtığı görüntüsü veren inşa kusurlarında ve arızalı normlardan tasfiye etmek gerekir. Bu ise, kapsamlı bir siyaset ve hukuk reformuna bağlıdır.

8. Organsız kalan partiye kayyım atanması, korporatif hukukun bir gereğidir. Seçim veya kongre iptallerine ilişkin kesin yahut kesinleşmiş kararlar, ilgili olduğu organı hükümden düşürür. Pratikte kayyım atanmamış olması, hükümden düşen/yetkisiz organın işlem ve tasarruflarını meşrulaştıramaz. Bu gibi durumlarda, ciddi bir hukuki itiraz veya dava, partiyi öngörülemez sürprizlerle karşı karşıya bırakabilir. Özellikle seçim/adaylık hukuku bakımından ciddi sorunlarla karşılaşılabilir.

HUKUKU BİLİM KILABİLMEK

Hasan DURSUN*

Hukuk bilimi; iş görüsel (fonksiyonel) olarak düzensizlik gösteren insan davranışlarını inceleme bilimi olarak tanımlanabilir. Sosyal bilimler; sosyal olay olarak görülen insan davranışlarını inceleyen bir grup bilim olarak tanımlanabilir. Hukuk bilimi de sosyal bir bilimin parçası olarak insan davranışlarını daha doğru bir deyişle düzensiz insan davranışlarını inceler (Cairns, s. 1, 2).

Hukuk biliminin konusunu oluşturan “*düzensizlik*” unsuru; hukuk incelemelerinin temelini oluşturur. Ekonomi biliminin doğumuna yol açan faktörün; malların kıt olması, buna karşın, insan gereksiniminin sonsuz olması fikrinden esinlenen Roscoe Pound; insan davranışlarındaki düzensizliğin kıtlık kavramıyla açıklanabileceğini savunmuştur. Pound’a göre, insanların istem ve gereksinimleri sonsuz olmasına karşılık söz konusu gereksinim ve istemleri karşılayacak mallar sınırlıdır. Hukuki düzeninin görevi kıt olan malları korumak; ona yapılan saldırıları korumak, savurganlığı önlemek ve sahiplerinin ondan en üst tarzda tatminini sağlayacak tarzda kullanımını sağlamaktır. Roscoe Pound’un bu düşüncesi; Cairns tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. Cairns’e göre; kıtlık, bozukluğa yol açan unsurlardan sadece birisidir. Kıtlık bütünüyle ortadan kaldırılsa bile sosyal bozukluğa yol açan başka faktörler bulunmaktadır. Daha somut bir deyişle; savaş, cinsel açlık, bencillik, salgın hastalıklar ve daha birçok faktörlerin sık sık sosyal bozukluğa yol açtığı görülmüştür. Bütün toplumların genel karakteristiğini kıtlık değil, bozukluk oluşturur. Bunun gibi toplum; kişilerin

* Planlama uzmanı.

çıkarlarını, istemlerini ve gereksinimlerini sınırlayarak düzeni sağlasa da toplumsal düzeni sağlama en önemli önceliklidir; kişilerin çıkarları, istemleri ve gereksinimleri ikincil unsurdur. Diğer yandan düzen sabit buna karşın kişilerin çıkarları, istemleri ve gereksinimleri değişkenlik gösterir. Toplum söz konusu çıkarları, istemleri ve gereksinimleri sınırlandırarak kendisini daha fazla güvenli kılar (Cairns, s. 2, 3).

Hukuk bilimi günümüzde Türkiye’de hukuk fakültelerinde öğretilen hukuktan farklıdır. Öncelikle hukuk bilimi, hukuktan erek unsuru bakımından farklıdır. Hukukun ereği; değişmez veya çok az değişebilen hüküm koymak olmasına rağmen hukuk biliminin ereği; belirli bir alandaki olgular arasındaki ilişkileri belirlemek ve bazı durumlarda rasyonel etik kuramıyla birlikte hareket ederek tutarlı ilkeler oluşturmaktır. İkinci olarak; hukuk bilimi ile hukuk konu bakımından da farklıdır. Hukukun hareket noktasını hukuksal normlar oluştururken hukuk biliminin hareket noktasını bozukluğa yol açan veya bozukluğu etkileyen sosyal unsurların incelenmesi oluşturur. Ayrıca hukuk bilimi bozukluğa yol açan sosyal faktörleri belirleyerek bir sonuca ulaşsa bile bulmuş olduğu sonuca çok fazla değer vermez. Çünkü hukuk bilimi, günümüzde insanlık dünyasının yeni bir yapılanma süreci içerisinde olduğunun bilincindedir. Hukukun toplumsal gereksinimlere etkin bir şekilde yanıt verebilmesi için kendisini yenilemesi kaçınılmazdır. İnsanlar yeni istek ve taleplerde bulunarak bunların hukuk tarafından tanınmasını istemektedir. Türkiye’de hukukun temellerini oluşturan ana kanunlar 19. yüzyıl Avrupa ülkelerindeki toplumların gereksinimlerine göre oluşturulmuştur. Ancak Türk toplumu hala bir dönüşüm süreci yaşamaktadır. Hukukun Türk toplumunun yeni gereksinimlerine yanıt vermesi, diğer bir deyişle, hukuk reformunun yapılması kaçınılmazdır. Hukuk reformu yapılırken hangi ilkeler yol gösterici olmalıdır? Günümüz hukuk bilgisi açısından reform yapılırken deneme-yanılma yönteminden daha iyi bir yöntem bulunmamaktadır. Hukuk reformu yapılırken yapılacak reformun topluma fayda veya zarardan hangisini getireceğini veya fayda veya zarardan hangisinin ağır basacağını bilememekteyiz. Deneme-yanılma yönteminin sınırsız bir şekilde her bir insan açısından (ana kütle) uygulanması kuşkusuz başarıyı yakalar, ancak toplumların kıt kaynaklara sahip olduğu gerçeği dikkate alındığında; deneme-yanılma yönteminin sınırsız bir şekilde uygulanmasının aşırı bir savurganlık oluşturacağı açıktır. Günümüzde soysal bilim ana kütlenin hepsinin incelenmesinin olanaklı olmadığı gerçeğinden hareket ederek;

ana kütleden örnekleme seçerek ve onları inceleyerek kısacası örnekleme yoluyla ana kütle hakkında fikir sahibi olabileceğimizin yolunu açmıştır. Kuşkusuz örneklerin hangi ölçüte göre seçilmesi gerektiği de yine bilimsel olarak ortaya konulmuştur (Karş. Cairns, s. 9, 10).

Günümüzde hukuk; sadece kendi başına yeter bilgi içeriği olarak değil, sosyal bir ürün olarak değerlendirilmektedir. Eğer hukukçunun amacı; olgun bir kuram geliştirmek ise, söz konusu kuramın yasal kavramlara dayalı olarak değil sosyal olgulara dayalı olarak temellenmesi gerekir. Günümüzde çözümleyici (analitik) hukukçular neden-sonuç ilişkisine dayalı olarak bir hukuk sistemi geliştirmişlerdir; ancak, geliştirilen hukuk sistemi sosyal olguları ya hiç ya da çok az dikkate almıştır. Çünkü geliştirilen hukuk sistemleri toplumun ortak gereksinimlerini dikkate almamış ve onların pranga niteliğindeki katı kuralları kısa bir zaman dilimi içerisinde çalışmadığından çekilmez bir hal almıştır. Halbuki hukuk bilimi, insan toplumları hakkında yeterli bir bilgiye sahip olarak hukukçuya karşı karşıya kalacağı sorunların çözümünde yol göstermiş, hukuk biliminin kendi bulduğu sonuçlar da hukuki sorunların çözümü açısından büyük ilerleme sağlamıştır. Buna rağmen günümüzde hukukçuların enerjisi sosyal sorunların çözümüne çok az katkı sağlayan neden-sonuç ilişkisine dayalı olan hukuka yöneltilmiş, sosyal sorunların gerçek çözümünü sağlayacak olan ve sosyal bilim olarak kabul edilen hukuk bilimine yöneltilmemiştir. Günümüzde hukuki çalışmaların büyük bir kısmı; hedefine ulaşması mümkün olmayan anlamsız ve verimsiz bir çalışma olarak değerlendirilmektedir (Cairns, s. 11).

Hukuk bilimi olguların kendisi ne kadar önemli olursa olsun sadece olguları toplamakla yetinemez. Bilim gibi hukuk biliminin de amacı girift olgu gerçekliğini açıklığa kavuşturmadır. Bir başka deyişle, hukuk bilimi, olguların düzenli bir şekilde tekrarlanıp tekrarlanmadığına bakarak genelleme veya o alana özgün bir hukuk oluşturmaya çalışır (Cairns, s. 13).

Hukuku bilim kılabilmenin yaşamsal bir önem taşıdığı bilincinde olarak bu makalede, önce hukuku bilim yapabilmek için insanlığın ilk döneminden itibaren gösterilen çabalar incelenecek, daha sonra ise hukuku bilim yapmanın yöntemi ve önemi üzerinde durulacak, ayrıca; hukuku bilim kılabilmenin temeli olan istatistiğin önemi ayrı bir başlık altında incelenecek ve hukuku bilim haline getirebilmek için hukuk

eğitimi boyutu bakımından alınması gereken önlemlere temas edilecektir. Sonuç kısmında ise, hukukun bilim haline getirilememesinin Türkiye’deki acı sonuçları incelenecektir.

I. TARİHÇE

Hukuku bilimsel yapmak için girişilen çabalar; bir bakıma bilimin kendisinden daha eskidir. Bilimin temelini; belirli sorulara usa vurum yoluyla nesnel yanıtların aranması oluşturur. Bilinen en eski insanlık tarihi kayıtları; insanların yasal soruşturmaları daha rasyonel yapmak için bir çaba içerisinde girdiklerini göstermektedir. Kuşkusuz çağcıl ölçütler bakımından eski insanların giriştiği çabaların çoğu; hatalı, yetersiz ve yanlış yönlendirilmiş olarak kabul edilebilir; ancak, çağcıl insanın inandığından veya varsayıdığından farklı olarak, kendi ölçütlerine göre ilk insanların oldukça fazla rasyonel davrandığı söylenebilir (Loevinger, s. 7).

Büyük hukuk tarihçisi Maine’nin bildirdiğine göre; ilk insanlar; moral ve fiziki durumların kutsal bir kişi tarafından oluşturulduğuna inanmaktaydı. İlk insanlar, kutsal bir kişi tarafından rüzgarın estirildiğini, yine kutsal bir kişi tarafından güneşin doğdurulup batırıldığını, tarımsal ürünlerin kutsal bir kişi tarafından büyütüldüğüne inanmaktaydı. Bunun gibi moral durumların da kutsal bir kişi tarafından oluşturulduğunu düşünmekteydi. Daha somut deyişle, kral tarafından uyuşmazlık bir hükümlle çözümlendiği zaman, krala, kutsal bir kişi tarafından bir ilham geldiğine inanmaktaydı. Kralın doğru veya yanlış şeklinde verdiği yargısal hüküm, olgulara dayanılarak oluşturulmaktaydı. Daha somut bir deyişle, ilk insanlar; kral tarafından verilen yargısal hükmün, önceden konulmuş hukuk normlarının ihlal edilip edilmediğine göre değil, olguları değerlendiren kralın zihnine, karar anında tanrısal güç tarafından gelen ilham sonucuna göre oluşturulduğuna inanmaktaydı (Loevinger, s. 7).

İnsanlık tarihinin çoğu dönemlerinde; olgusal bir gerçeklik olarak değerlendirilen hak veya hakların (hukukun); sanık veya davalının yemin etmesi ve on bir komşusunun davalı veya sanığın ifadesinin doğruluğu konusunda ant içmesi (wager of battle), düello, işkence, sanığın suya atılması veya kızgın demir üzerinde yürütülmesi (ordeal) gibi yöntemlerle saptanması yoluna gidilmiştir. Söz konusu barbar

yöntemler; sadist güdülerle değil, karar için doğüstü veya tanrısal bir güce başvurulması gerekliliği güdüsüyle yapılmış, suçsuz olanın tanrısal bir güç tarafından korunulacağına inanılmıştır. İnsanlar; kuş-kularının çözümünün yüksek bir güç tarafından yapılması gerekliliğine inanmışlar ve güçlüklerin bilinmez çözümünden kaçınmak istemişlerdir (Loevinger, s. 7, 8).

19. yüzyılın başlarından itibaren söz konusu ilkel yargılama yöntemleri veya maddi gerçeklik arama usulleri resmi olarak yasaklanmış ve yargısal usullerde kanıt büyük önem verilerek kanıtlar hakkında iki temel ilke kabul edilmiştir. Bunlar; ancak rasyonel ve kanıt niteliğini haiz delillerin kabul edilebileceği ve ayrıksı durumlar dışında rasyonel ve kanıt niteliğini haiz hiç bir kanıtın değerlendirme dışı bırakılmayacağıdır (Loevinger, s. 8).

Avrupa'da hukukun tarihçesinin incelenmesinde dikkati çeken bir nokta; bilim ile hukukun gelişiminin birbirine koşut olmasıdır. Bilim ile hukukun kökenlerini daha önceleri dinsel nitelikli dogmalar ile kilisenin fikirleri oluştururken 17, 18 ve 19. yüzyıllarda söz konusu dogmalara ve fikirlere karşı çıkmış ve bilim ile hukuka çağcıl bir görüntü kazandırılma yönünde büyük çaba sarf edilmiştir. Bilim ve hukukun her ikisi de bütünüyle doğru veriye ulaşmak için rasyonel olma, organize olma ve kurumsallaşma ve hepsinden önemlisi, kararlara temel oluşturacak doğru veriyi bulma ilkesine büyük önem vermişlerdir. Bunun sonucu olarak; hukuk açısından geçerli olan kanıt bilim açısından da geçerlidir. Daha açık bir deyişle; bilim de ancak rasyonel ve kanıt yetisini içeren verileri kabul etmekte ve göz ardı etmesi için neden olmadıkça ilgili tüm verileri dikkate almaktadır (Loevinger, s. 10).

19. yüzyıldan itibaren Avrupa'da, hukukçuluk, bir meslek olarak görülmeye başlanmıştır. Ancak, toplum; meslekten gelen hukukçuları, bilimsel bir yönlerinin olmadığı iddiasıyla küçümsemiştir. Hatta büyük İngiliz hukukçusu Dicey, hukuku, "avukatın burun deliğinden sızan bir pis koku" olarak tanımlamıştır. Bu aşağılık durumdan kurtulmak isteyen hukuk sosyologları, gerçekçiler, (realistler) ve ampirik hukukçular; çağcıl hukuki araştırmaların adalet yönetimi açısından oldukça faydalı olacağını düşünmüşlerdir. Bu kişiler; gerçek anlamda bir hukuk reformunun yapılabilmesi için "yaşayan hukukun" (law in action) tam bir analizini yapacak hukuki araştırmaların yapılması gerekliliğine işaret etmişlerdir. Hukuk sosyologları, gerçekçiler ve deneysel dayalı hukukçu-

lar; hukukun, meslek hukukçularının kendilerini eğlendirdiği bir oyun türü olmadığını da savunmuşlardır (Cairns, s. 5).

Günümüzde hukuk biliminin inceleme konusunun, yaşayan hukukun analizi olduğu konusunda yazarlar ve akımlar arasında neredeyse bir oydaşı bulunmaktadır. Pound tarafından formüle edilen; sosyolojik okulun, yaşayan hukuk konusunda vurgu yaptığı sekiz nokta şunlardır; a) Hukuki kurumların, hukuki doktrinlerin ve hukukun temel ilkelerinin gerçek sosyal etkilerini incelemek, b) Hukukun oluşturulması sırasında yapılacak sosyolojik çalışma, c) Hukukun temel ilkelerini uygulamada daha etkin kılmak için sağlanması gereken araçlar üzerinde çalışma, d) Yargısal faaliyetler üzerine çalışma, e) Sosyolojik hukuk tarihi çalışması, f) Kişisel olayları adil ve makul bir tarzda çözüme kavuşturmak üzere hukukun temel ilkelerinin olaya uygulanması çalışmaları, g) Adalet Bakanlığı üzerindeki çalışmalar, h) Hukuki çalışmanın sonunda, hukukun amacına ulaşmasını etkin kılacak araçların gösterilmesidir (Cairns, s. 6).

Realist akım taraftarlarından Llewellyn’de, hukuk bilimin gerçek konusunun yaşayan hukuk olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre, hukuki araştırmaların kısa erimli amacı hukukun yaşam üzerindeki etkisini incelemektir. Yazar; hukuki araştırmalarda ilk işin uygulamada hangi kural ve araçların geçerli olduğunu belirlemek, ikinci olarak, onların kullanımını planlama ve kullanım amacını belirlemek, üçüncü olarak, onları eleştirmek ve son olarak da arı hukuk biliminin ayrılmaz bir parçasını oluşturan hukuk reformunun yolunu göstermektir (Cairns, s. 6).

Kendisine yaşayan hukuku konu olarak seçen ampirik okul da hukuka önemli katkılar sağlamıştır. Ampirik okulun temel amacı; deneysel yöntem yoluyla geçmişte elde edilenlerden daha fazla kesin sonuçlara ulaşacağını umarak ne boyutta bir hukuk reformuna gereksinim bulunduğunu ve hukuk reformunun nasıl gerçekleştirileceğini saptamaktır. Ampirik hukukçular hukuki araştırmaların yargı yönetiminin iyileştirilmesi açısından büyük fayda getireceğine inanmışlardır (Cairns, 7).

Çağcıl hukuki düşüncüyü rasyonelleştiren ve özelliklerini ortaya çıkaran kişi Yntema olmuştur. Yntema’ya göre, hukuk reformu yapmak amacıyla hukuk sisteminin nesnel olarak analiz edilmesi, “*çağcıl hukuk biliminin Kopernaksal bir keşfi*”dir. Yntema; yaşayan hukukun bilimsel bir meşruluk temeline sahip olduğunu ifade etmiş ve yaşayan hukukun

nesnel bir şekilde incelenmesinin oldukça faydalı sonuçlar doğurmasının olası olduğunu ifade etmiştir. Yntema; hukuk biliminin sadece belirli bir kesime hitap etmesinin önüne geçebilmek için yaşayan hukukun ampirik olarak araştırılmasının şart olduğunu ifade etmiştir (Cairns, s. 7).

II. HUKUKU BİLİM HALİNE GETİRMENİN YÖNTEMİ

Hukuk biliminin görevi hukuki alana bakarak, geçerli önermelerin formüle edilmesidir. Günümüzde bilim alanında kullanılan genel yöntem hipotez (denence) ve doğrulama (verification) üzerine kuruludur. Ancak, çağcıl ampirikçiler bu yönetime karşı gelmişler ve öncelikle olgularla işle başlamanın gerekli olduğu esasını benimsemişlerdir. Kuşkusuz bütün olguların incelenmesine insanların ne zamanı ne de enerjisi vardır. Dış dünyadaki olgular insanın sayamayacağı kadar büyük olduğundan; araştırmacı bazı ayırıştırma yöntemleri kabul etmeli ve bazı varsayımlarda bulunmalıdır. Daha somut bir deyişle araştırmacı, ayırıştırmada bulunurken o alanla ilgili bir hipotez geliştirmeli, varsayımlarda bulunurken ise dış dünyadaki olguların bir kısmına çalışarak tüm olgular (ana kütle) hakkında bir fikir yürütmelidir (Cairns, s. 70, 71)

Hipotez; doğruluğu veya yanlışlığı hakkında herhangi bir fikir vermeden üzerinde çalışma yapmak amacıyla ileri sürülen önermedir. Hüküm; herhangi bir şeyin doğruluğu veya yanlışlığı hakkında yargıda bulunan bir önerme olmasına rağmen, hipotez durumunda neyin doğru neyin yanlış olduğu hakkında fikir yürütülmesi çalışma tamamlanana kadar ertelenmektedir. Cassirer, bilim tarafından kullanılan iki yöntemin bulunduğunu iddia etmektedir. Bu yöntemlerden ilki soyut yöntemdir. Soyut yöntem gereği o sınıfa ait ortak belirleyici unsurları bulunan veya görünümü gereği o sınıfa ait olan belirli şey veya olgular diğer şey veya olgulardan ayırt edilerek gruplandırılır. İkinci yöntem ise hipotez yöntemidir. Hipotez yönteminde yanıtı aranan fiziki olgulardan daha derine geçilerek belirli önermelere ulaşılır. Cassirer'e göre sadece soyut yöntem, bilim ve felsefenin gereksinimlerine yanıt oluşturur. Çünkü soyut yöntem gereği olguları belirli sınıflara bölmekte ve onlara herhangi bir yabancı unsur eklememekteyiz (Cairns, s. 72)

Cassirer'in bilimsel yöntemler hakkındaki fikri Cairns tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. Cairns'e göre, Cassirer, sadece betimleyici ve açıklayıcı bilim arasında bir ayırım yapmaktadır. Cairns, betimleyici

bilimin nasıl sorusuna yanıt aradığına halbuki açıklayıcı bilimin niçin sorusuna yanıt aradığına işaret ederek, örneğin yerçekimi kanunu açıklanırken cisimlerin niçin değil nasıl düştüğü üzerinde durulduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, betimleyici bilimin çalışma alanını çıplak olgular oluşturmakta ve bu bilim dalında nasıl sorusuna yanıt vermeye rağmen niçin sorusuna yanıt verememekteyiz. Hatta Benjamin adlı yazar niçin sorusuna yanıt veremeyen betimleyici bilimin gerçek anlamda bilim olmadığını ifade etmektedir. Benjamin'e göre bilim; hipotez, kuram ve varsayım içermeli, kestirim yapmalı, deney yapmalı, olguların derin anlamlarını ve temel bağlantılarını saptayabilmek için olguların ötesine geçmelidir (bkz., Cairns, s. 72, 73).

Hipotez, çıplak gerçeklere ek bir unsur katarak bilimsel gelişmeye olanak sağlar. Whitehead'ın isabetli olarak belirttiği üzere bilimsel gelişmeden kastedilen husus; oylumunun çok olması değil fikridir. Gerçekten de, olgular kendi başlarına bir hipotez sunmamaktadır. Cohen'in özenli bir şekilde belirttiği üzere çok önemli ve faydalı hipotezler; sadece bir kısım yetenekli müzik bestecilerine ve büyük şairlere ilham gelmesi hali gibi Tanrı tarafından yetenekli insanlara verilmiş bir hediyedir. Bir başka deyişle çok önemli ve faydalı hipotezler; Tanrı'nın sevdiği insanlara verdiği bir bağıştır. Cohen'e göre hipotez; olguların görünümünün ötesine bakarak bizi gerçeklik olan bilinmeyene doğru yöneltir (bkz., Cairns, s. 73).

Günümüzde hukuk bilimi daha fazla hipoteze gereksinim duymaktadır. Holmes'in 19. yüzyılda ifade ettiği "*hukukta gereksinimimizden daha az kuram vardır*" sözü günümüzde de geçerlidir. Hukukçuların bu zaman kadar ileri sürdüğü hipotezlerin tümü olgularla uyumsuzdur. Ancak bu durum hipotezin değersiz olduğunu göstermez sadece olguların inkarı veya varsayımlarının değersiz olduğunu gösterir. Amerika Birleşik Devletleri'nde; hukuku emir kuramıyla açıklayan okulun son temsilcileri; okuyucularını yazmış oldukları eserlerde uyararak, eserde ileri sürülen hipotezlerin bütünüyle hukuki bir başka deyişle olgulara bütünüyle aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir (bkz., Cairns, s. 73).

Bilimsel yöntemde hipotez, paranın yazı kısmını temsil eder. Paradan ayrılması olanaksız olan tura kısmını ise kanıtlama oluşturur. Bilimsel yöntem ve bilgi kuramı bakımından kanıtlama sayısız güçlükler doğurmaktadır. Yntema'nın gözlemine göre, hukuk bilminde kanıtlama işinin oldukça kritik bir konumu bulunmaktadır. Yntema'ya göre hu-

kuk biliminde kanıtlama yaparken iki çeşit süreçten faydalanılmalıdır. Bu süreçler; uslamlama (çıkarsama) ve doğrulama süreçleridir (bkz., Cairns, s. 73, 74).

Hipotezin formel koşullarından birisi; ondan yapılan uslamlama sonucu varılacak vargının, doğrulama veya aksinin kanıtlanmasına olanak verecek ölçüde iskeletinin oluşturulmasıdır; aksi takdirde hipotez, ampirik olarak bir anlam ifade etmez. Carnap ve diğerleri tarafından isabetli olarak belirtildiği üzere hipotezin içerisindeki önermenin iki tür sonucu bulunmaktadır. Bunlardan ilki; mantık-matematiksel özelliğinin dönüşümü; ikincisi ise ampirik özelliğinin dönüşümüdür. Nitekim *“Anayasa devletin en üst hukuk normudur ve en üst hukuk normunun uygulanmasını gözlemleme görevi Anayasa Mahkemesi’ne verilmiştir”* önermesinin *“Anayasa devletin en üst hukuk normudur”* ve *“Anayasa’nın uygulanmasını gözetleme görevi Anayasa Mahkemesi’ne aittir”* şekillerinde ve bunların dışında daha birçok formel anlamları bulunmaktadır. Mantık ve matematiğin yaşam damarını formel anlamlar oluşturur buna karşılık ampirik bilim açısından önemli olan husus formel anlam olmayıp önermenin deneysel yönüne uygun olup olmadığıdır. Bir başka deyişle, ampirik bilim, deneysel bir sonucu bulunmayan hipotezi, bir başka deyişle doğru veya yanlışlığı test edilemeyen hipotezle ilgilenmemekte, onu ilgi alanına sokmamaktadır. Ampirik bilim; bu şekildeki hipotezleri mit olarak kabul etmekte ve kendi alanı dışına tutmaktadır (bkz., Cairns, s. 74, 75).

Hukukta çoğu durumlarda bir hipotez doğrudan test edilememekte ancak onun örtülü anlamı test edilmektedir. Örneğin yazılı metin veya kitapçık dışında hiç kimse anayasayı görmemiş hatta yazılı metin veya kitapçıkta anayasayı görse bile onun devletin en üst hukuk normu olduğunu gözlemleyememiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi’ni oluşturan on bir yargıcı ve onların faaliyetlerini gözlemleyebiliriz. Eğer yaptığımız gözlem sonucu Anayasa Mahkemesi üyelerinin yaptığı faaliyetler *“Anayasa, devletin en üst hukuk normudur”* önermesinin anlamıyla uyuyorsa, önermenin geçerli olduğu *“olası”*dır. Kanıtlama işi yapılırken olası ifadesi kullanılır. Çünkü önermelerin sınırsız sayıda olayları kapsadığı düşünülmemekte; ancak sınırsız sayıdaki olayların hepsini gözlemleyemeyip sınırlı sayıda gözlem yapmaktayız. Esasen, bu şekildeki bir ampirik hipotezi tam anlamıyla kanıtlamamız olanaklı değildir (bkz., Cairns, s. 75).

Doğrulama sürecinde iki unsura gereksinim vardır. Bunlardan ilki; hipotezi bir dereceye kadar doğrulamaya yarayan bir sürecin kısacası test edilebilirliğin bulunması; diğeri ise hipotezin doğrulatacak koşulların bilgisi kısacası doğrulatabilirliğin bulunmasıdır. Bir hipotezin doğrulanabilir olmasına karşın test edilebilirliği bazen olanaklı olmayabilir. Bir başka deyişle hangi koşulların hipotezi doğrulacağı bilinmesine rağmen hipotezi test edecek düzeneğin bulunması olanaklı olmayabilir. Örneğin mutlak zaman hipotezinin herhangi bilinen bir yöntemle test edilmesi olanaklı değildir bununla birlikte Newton Fiziki koşulları altında söz konusu hipotezin doğrulanabilirliği olanaklıdır (bkz., Cairns, s. 75, 76).

Bilgiye ancak hipotez ve kanıtama süreçlerinden sonra ulaşılır. Bir bilim dalında hipotez ve kanıtama süreçlerini kullanan bilim adamları sadece o alandaki bilgilere değil diğeri alanlardaki bilgilere de ulaşmaktadır. Bilimin tarihsel incelenmesinden hipotez ve kanıtama süreçlerinin evrensel bir bilim yöntemi olduğu anlaşılmaktadır. Hipotez ve kanıtama süreçleri; psikoloji, kimya, mantık ve etimoloji gibi bilim dallarında yoğun bir şekilde kullanılmaktadır. Söz konusu bilim dallarında yoğun bir şekilde kullanılan hipotez ve kanıtama süreçlerinin hukuk bilminde kullanılmaması için herhangi bir neden yoktur (Cairns, s. 76).

Hukuku bilimsel bir temele oturtabilmek için sadece hipotez ve kanıtama süreçlerinin bilinmesi yetmez bunun yanında kavram (concept) ve olgunun ne olduğunun da bilinmesi gerekir. Anlamı kullanıldığı yere bağlı olan ve soyutlama ifade eden bir kelime veya işarete kavram denir. Bir başka deyişle, kavram; ortak unsurlar taşıyan şeylerin, soyutlama yapılarak içeriğinden ayrı olarak bir araya getirilmesidir. Dış dünyada birçok şey aynı tarza sahip olduğundan; az sayıda kavrama gereksinim duyulmaktadır. Bir şeyin biçimini soyutlar ve onu sembolleştirirsek kavrama ulaşırız. Nitekim hukukta da bu şekilde ulaşılan birçok kavram vardır. Örneğin; *“mahkeme kararıyla saptanan borç”*, *“karşı tarafın hatası sonucu veya karşı tarafı aldatarak elde edilen para”*, *“haksız fiil sonucu elde edilen kazanç”* ve *“sözleşme düzenleme serbestisi”* hukukta kullanılan kavramlardır. Hukukta kullanılan kavramların pratik değeri sayılamayacak kadar çoktur. Kavramlar; öğrenilen şeylerin sürdürülmesini sağlayan ve onları belirginleştiren, kesinlik, kısıklık ve enerji tasarrufu oluşturan teknik bir dil sağlar. Daha da önemlisi kavramlar nedeniyle yeni bilgi araçlarına da kavuşulur. Hukuk bilminde kavramlar düzgün bir şekilde

kullanılmamaktadır. Hatta utanç verici tarzda bir hukuk fakültesinde bir dersin adı "*Hukuk Bilimi Kavramları*" olarak adlandırılmıştır. Kuşkusuz hukuk biliminde kavramların kullanılması kaçınılmaz ve istenilen bir durumdur ancak bu dersin isminin utanç verici olmasından kastedilen husus; kavramların oluşturulması ve kullanılmasının doğru olmamasıdır. Söz konusu derste hiç bir rasyonel hukuk sisteminin göz ardı edemeyeceği "*insan ilgisi*" gibi değişik faktörler dikkate alınmamış ve insan için uyum sürecinin gerekli olduğu dikkate alınmamıştır. Diğer yandan, hukukta kullanılan kavramların mutlaka bir ereği vardır. Çok kritik bir şekilde oluşturulmuş olsa bile kavramların özensiz kullanılması durumunda birçok şeytanlık ortaya çıkmaktadır (Cairns, s. 76, 77).

Olgu; önermede açıklama yetisi bulunan şeydir. Olgu önermeden faklı bir husustur. Önerme durumunda yanlış veya doğru bir fenomen hakkında bir tümce kurulmaktadır. Olgu ise kendi başına doğru veya yanlışını temsil etmez, önermeyi doğru veya yanlış kılar. Olgu kısaca olan olaydır. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin on bir üyeden kurulu olması olayı gösteren bir olgudur. Bu gerçek, Anayasa Mahkemesi'nin on bir üyesinin bulunduğu şeklinde bir önermeyi doğru yapar; buna karşın Anayasa Mahkemesi'nin on iki üyeden kurulu olduğunu ileri süren bir önermeyi yanlış kılar (bkz., Cairns, s. 77, 78).

Hukuki kavramların iki farklı türü bulunmaktadır; birinci türde; mantiki olarak öncül önermelerden tasım sonucu çıkarılabilen ve formel olarak doğru kabul edilen tezler olmasına karşılık; ikinci tür, doğruluğu veya aksi kanıtlanabilir ifadelerdir. Söz konusu iki türün dışındakiler ya bütünüyle saçma ya da sözde önermelerdir. Örneğin, Montesquieu'nin "*Genel olarak hukuk, insan sağduyusudur*" şeklindeki önermesi sözde bir önermedir çünkü bu önermenin doğru veya yanlışlığını test edecek bir düzeneğimiz bulunmamaktadır. Eğer Montesquieu'nün fikrini kabul veya ret edecek elimizde bir analiz olsaydı bu durumda Montesquieu'nün ifadesini sözde değil önemli olarak kabul ederdik. Bu açıdan önermelerin sadece formel olarak doğru veya önemli olması yetmez onun gerçekleşme özelliğinin bulunması gerekir. Bir başka deyişle bir hipoteze gerçek bir hipotez denilebilmesi için onun kanıtlanma yetisine sahip bulunması mutlak bir gereksinimdir. Buna karşın, neredeyse tüm hukuk dallarındaki hukuki önermeler ampirik hipotez niteliğinde değil, düstur niteliğindedir. Bir başka deyişle yasal önermeler; belirli bir alandaki hareket tarzını gösteren kural veya normlardır. Düstur niteli-

ğindeki hukuki önermeler formel olarak yoğun bir şekilde incelenmesine rağmen ampirik açıdan neredeyse yok denecek tarzda incelenmiştir (bkz., Cairns, s. 78, 79).

Kavram; yeni bilgiye ulaşmanın bir aracıdır. Kavramlar gerçek bir hipoteze dönüştürülerek; doğrulanabilir veya aksi ortaya konulabilir. Hipotez kendi başına belli ölçüde geçmiş deneyimlerimizin bir özeti ve gelecekteki durumların bir beklentisidir. Eğer hipotez, önermede ileri sürülen kavramı doğrularsa, kavramın hukuki yapıda meşru olarak yer aldığı sonucu çıkarılır. Bu durumda kavram, formel bir bilgi türetilmesine dayanak noktası oluşturur. Bununla birlikte hukuki kavramlar hakkında bu zamana kadar birçok analizler yapılmasına rağmen hukukun genel kuramı açısından neredeyse tüm kavramların yeniden formüle edilmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır (Fazla bilgi için bkz., Cairns, s. 78, 79).

Buraya kadar anlatılanlardan da açık bir şekilde ortaya konulduğu üzere hukuk bilimi açısından hipotez ve kanıtlama yaşamsal bir önem taşımaktadır. Bununla birlikte hukuk biliminin hipotez ve kanıtlama dışındaki diğer bilim yöntemlerini dışladığı ileri sürülemez. Belirli problemlerle karşı karşıya kalındığı zaman, karşılaştırmalı, istatistiksel ve diğer yöntemlerin çözüme gerçek anlamda bir katkı sağlayacağı asla unutulmamalıdır. İdeal hukuk bilimi; ampirik olarak test edilebilen hipotezlere, bir başka deyişle, geçerli bir şekilde kurulmuş koyutlara (postülayonlara) bağlı olarak kurulma eğiliminde olacaktır. Koyutların formüle edilmesinde mantık, felsefe ve etiğin rolü oldukça önemlidir. Kısaca, ideal hukuk bilimi, kişinin bilgiye ulaşırken güvenilir bulunduğu araçları meşru olarak tanımaktadır (bkz., Cairns, s. 80, 81).

Hukuk bilimine de katkı sağlayıcı olan bilimin diğer temel yöntemleri; deneysel, istatistiki ve klinikseldir. Deneysel yöntem; bir olgu serisinde bir veya bir kaç elementte oluşan değişikliklerin diğer elementler üzerindeki etkisini belirlemek anlamını taşır. İstatistiki yöntem; göreceli olarak oldukça çok sayıda bulunan durumları doğrudan gözlemlemek veya ana kütlede örneklem yoluyla örnek seçerek, ana kütle içerisindeki belirli elementlerde birlikte görülen değişimleri belirlemek anlamını taşır. Klinik yöntem ise belirli bir sınıfa ait olgulardaki kişisel olayları gözlemleyip olaylar arasındaki nedensellik, gereklilik veya etkisellik ilişkilerini belirlemek anlamına gelir. Bilimsel araştırma yöntemi; deneysel, istatistiki, kliniksel, sınıflandırıcı (taxonomic) veya başkası olsa

da daima ampirik olması kaçınılmazdır. Bilim ampirik olarak tanımlanamayan şeye bir anlam vermemekte ve yukarıda da belirtildiği üzere ampirik olarak kanıtlanamayan şeylere anlam yükleyememektedir (bkz., Loevinger, s. 11).

Bu kısmı bitirmeden önce bir hususun belirtilmesi yerinde olacaktır. Bilim ile hukukun araştırma yöntemleri arasında birçok benzerlikler bulunmasına rağmen, aralarında çeşitli farklar da bulunmaktadır. Hukuk temel araştırma yöntemi olarak olayı gören insanların tanıklığına başvurmakta, tanık ifadelerin doğru olup olmadığını test eden çapraz sorgu gibi çeşitli düzeneklere yer vermekte ve verilen ifadelerin yargıç veya jüri tarafından değerlendirilmesi esasına bağlı kalmaktadır. Hukukun sorguya dayalı olarak yaptığı bu araştırma yöntemi “diyalektik” olarak adlandırılmaktadır. Diyalektik yöntem; en çok yargılamanın işleyiş tarzı olarak, kanıt ve usul kuralları açısından organize edilmiş ve çeşitli kurallara bağlanmıştır. Ekonomik olarak az gelişmiş ülkeler ayrık olmak üzere, diğer ülkelerde yargı dışındaki başka kamusal işlerde de diyalektik yöntem kullanılmaktadır. Örneğin, yasama sürecindeki oturumlarda; yargısal süreçteki delil değerlendirme düzenğinde olduğu gibi sıkı ve resmi kurallara bağlı olmasa da diyalektik yöntemle bilgiye ulaşılmaya çalışılır. Hatta ekonomik olarak gelişmiş ülkelerde, hukukun bütün kamu yönetimini kuşattığı esas benimsenmekte ve hukuksal veriler baskın bir şekilde diyalektik yöntemle elde edilmektedir (Loevinger, s. 10).

Bilimin araştırma yöntemlerinin hukukun araştırma yönteminden bir takım farklılıklar göstermesi, bilimsel yöntemin hukuki sorunlara uygulanamayacağı anlamını taşımaz. Gerçekten de, Loevinger’in isabetli olarak belirttiği üzere, milletvekillerinin, yargıcın, yöneticilerin ve diğer avukatların faaliyetleri dahil devletin birçok faaliyetleri olguları araştırma üzerine kuruludur. Yazara göre olgular kimi davalarda olduğu gibi sadece belirli bir durumu belirlemeyi, kimi durumlarda ise örneğin yasama faaliyetlerinde olduğu gibi bir başka deyişle yeni bir kanun yaparken belirli bir sınıfa veya evrensele ait verileri bulmayı kapsar. Bununla birlikte, Yazar, hukuki soruşturmanın tek bir olayı belirlemeyi hedef alsada, veri veya olayın belirli bir evrensele ait olduğu gerçeği dikkate alınarak, olguların hiç bir şekilde soyutlanmış bir durumda bulunamayacağını ifade etmektedir. Yazar, belirli durumlarda kanıt aranırken ve kabul edilirken; hukuk sistemlerinde, gözlemin, tanık ifade-

lerin ve anımsamanın doğruluğu, anımsamanın doğruluğunu ortaya çıkarmak amacıyla inceleme ve çapraz sorgunun etkinliğini belirleme gibi örtülü olarak bir takım varsayımların bulunduğunu ifade etmektedir. Yazar, söz konusu varsayımların kendilerinin diyalektik yöntemle doğrulatma veya yanlışı ortaya çıkarma aracı olmadığını, varsayımların, ampirik yöntemle test edilebilen ve araştırılabilen bir unsur olduğunu ifade etmektedir. Yazar, hukukun bu zamana kadar tanık ifadelerinin geçerliliği ve güvenilirliğini veya bu alanda bilimsel veriyi kullanılma gerekliliği yönünde sistematik bir çaba göstermediğini ve bu konunun üzerinde bilim adamları tarafından ancak son yıllarda o da yetersiz olarak durulduğunu ifade etmektedir (Loevinger, s. 11).

III. HUKUKU BİLİM KILMANIN ÖNEMİ

Hukuksal ve sosyal sorunlara yanıtlar aranırken bilimin kullanılması gerekliliği çok önceden beri yetkin bilim adamı ve hukukçular tarafından savunulmuştur. Büyük bir bilim adamı olan Karl Pearson, 1892 yılında yazdığı bir eserde kendi hayalini şu sözlerle ortaya koymuştur: Olguların sınıflandırılması ve bu sınıflandırmaya dayalı olarak kesin hüküm kurulması –bir başka deyişle hüküm kurulurken kişisel görüşlerden kaçınılması– esas olarak çağcıl birimin ereği ve yönteminin bir özetidir. Bilim adamı, kararını bozuk kılacak her şeyin üstündedir ve ileri sürdüğü düşünce, herkes bakımından olduğu gibi kendisi açısından da doğru olmalıdır. Olguların sınıflandırılması, onların sonuçlarını ve göreceli önceliğini tartma, bilimin bir fonksiyonudur. Yine, kişisel duyguların karıştırılmayarak olgulara dayalı olarak hüküm kurulması, bilimsel zihniyetin bir özelliğidir. Sadece bir sınıf fenomen ve bir sınıf çalışanlara ait bir özellik göstermeyen olguları inceleme sosyal ve fiziki problemlere uygulanabilen bir bilimsel yöntemdir ve bilimsel zihniyete sadece profesyonel bilim adamlarının sahip olduğu anlayışı yanlıştır (Loevinger, s. 11, 12).

Pearson'un söz konusu bakış açısı; 1895 yılında yazdığı bir eserde büyük hukuk adamı ve avukat Oliver Wendell Holmes tarafından da paylaşılmıştır. Holmes'e göre; ideal bir hukuk sistemi; koyutlarını ve yasalarının ussallığını bilimden alır. Holmes, kendi yaşadığı dönemde; geleneklere, üstü kapalı ifadelerle, başka türlü olabilirliği dikkate alınmayan olgulara dayalı olarak kural konulduğunu ve söz konusu kuralların sanki aklın bir gereği gibi sorgulanmaksızın uygulandığını ifade etmektedir (Loevinger, s. 12).

Holmes bu konuya, hukuki gerçekçilik (hukuki realist) akımını benimseyen bir topluluğa yaptığı konuşmada yeniden değinmiştir. Bu toplantıda Holmes şu şekilde bir konuşma yapmıştır: kara kaplı hukuk kitaplarındaki bilgilere sahip olan kişi günümüzde rasyonel bir hukukçu olarak kabul edilebilir; ancak, geleceğin hukukçusu istatistik ve ekonomi alanında yetkinliği olan kişidir... Eğitimin gelişmesi ölçüm bilgisinin gelişmesini de gerektirir. Mantık ve bilimin dilini kullanmak, sözel hükmün yerini sayısal hükmün alması demektir... Hukukta çok nadir olarak mutlak sonul karar ve sayısal hükme ulaşırız. Çünkü bir davada hüküm verilmesini gerektiren yarışan sosyal erekler, hem davalı hem de davacı açısından belirli bir sayıya indirgenemez ve tam anlamıyla sayısallaştırılmaz. Bu durumda önemli olan husus; zamana göre değişen yarışan istemlerin ağırlığının dikkate alınması; eğer istemler sabit ise o sabit istemden eksik veya fazla olmamak üzere göreceli bir karar vermektir. Fakat iyileştirmenin temelini mümkün olduğu ölçüde doğru saptama yapabilmek oluşturur... Zihnimde hukukun sonul aşamada bütünüyle bilime bağlı olması yatmaktadır. Çünkü yarışan sosyal ereklerin göreceli değeri sonul olarak ancak bilimle ölçülebilir. Günümüzde hukuk, bilime bağlı olmadığından yarışan sosyal erekler arasındaki göreceli değer; kör ve bilinçsiz bir şekilde belirlenmekte; bu durum ise bir ilkenin sadece bir yönünün dikkate alınarak öbür yönünün dikkate alınmamasına ve böylece dar bir kalıba sıkışmaya yol açılmaktadır. Bu durumu, -kuşkusuz bilimi yaşamın her alanına hakim kılmak olanaklı olmasa da- istatistik ve diğer çağcıl yöntemleri kullanarak aşabiliriz. Bilimi yaşamın her alanına hakim kılmak, ulaşılması olanaksız, ideal bir istektir; ama ideal olmadan yaşamın ne anlamı vardır? (Loevinger, s. 12-13).

20. yüzyılda bilimde olağanüstü gelişmeler görülmüş; bilimdeki ilerlemeler sonucu birçok ürün ortaya çıkmış ve buna paralel olarak ortaya çıkan ürünlerle ilgili yasal ilkeler konulmuştur. Eğer 19. yüzyılda bilimin kaydedeceği gelişmeler hakkında yapılan öngörüler doğru olsaydı, bilimin bu zamana kadar en azından temel yasal problemlerin çözümünde bazı esaslı katkıları sunması gerekirdi. Ancak, gerçekçi olmak gerekirse yasal veya sosyal problemlerin çözümüne bilim eğer varsa oldukça az bir katkı sağlamıştır. Gerçekte, bilim, gizli nitelikteki yasal veya sosyal problemleri ağırlaştırmış veya yeni sorunlar yaratmıştır (Loevinger, s. 13).

Ancak, bilimin bu başarısızlığının nedenlerini bulmak kolay değildir. Acaba bilim vermiş olduğu söz de durmadı mı? Biz bilim tarafından verilen yanıtları dikkate almadık veya kullanmadık mı? Önceki düşünürlerin bilim hakkında yaptığı öngörüler yanlış mı veya bilimin yöntemi sadece fiziki olgulara uygulanıp sosyal alanlarda işe yaramaz mı? (Loevinger, s. 12).

Bu sorulara açık ve haklı gerekçelere dayanan yanıt vermek kesinlikle kolay değildir. Bununla birlikte, Loevinger'in fikrine göre, bu başarısızlığın kısmi nedenlerinden birisi, bilimi çalışmalarında kullanmak isteyen kişilerin, bilime yanlış soru sorması ve ona yanlış görev vermesidir. Yazara göre, Aleattin'in sihirli lambasına işaret ederek cin çağırması gibi, bazı kişiler, bilimden sosyal politikaları ve siyasetleri deney tüpü veya imbikten ortaya çıkarmasını beklemişlerdir. Bir başka deyişle, onlar, matematikçilerin logaritma, sinüs ve kosinüs tabloları ürettiği gibi sosyal bilimcilerin de yarışan hak ve çıkarların sayısal değerlerini hesaplayabilecek bir tablo üretebileceğini düşünmüşlerdir. Nitekim yargıç Cardozo'nun düşlerini, yargının formülünü hesaplayabilmek için bir logaritma tablosunun yapılması süslemiştir. Kuşkusuz son yıllarda bilgisayarların gelişmesiyle bilim adamları yasal sorulara yanıt oluşturabilecek veya dava ve hukuksal sorunlara ne şekilde karar verileceği yönünde güvenilir tahmin yapabilen yazılım programları geliştirmişlerdir. Ancak sosyal bilimden istenilen beklentilerin karşılanması, yakın bir zamanda görülemeyeceği gibi uzak dönemde de büyük bir olasılıkla görülemeyecektir (Loevinger, s. 13).

Loevinger'e göre, sosyal bilimin istemleri karşılayamamasının kısmi nedeni; bilim ve hukukun farklı iş görüşü gereği her birisinin veri sağlama tarzının farklı olmasıdır. Daha somut bir deyişle; bilim olguları analiz etme ve kestirme üzerine odaklanırken, hukuk, davranışları sınıflandırma ve kontrol etme dürtüsüyle hareket eder. En basit ve yalın haliyle bilim betimleyici, hukuk ise emredici ve buyurucudur. Hukukun görevi yaşam ve işlemler için ölçüt koymak olduğundan normatiftir; buna karşın bilimin görevi, gözlenebilen olguları anlamaya ve kestirmeye yarayan veri ve ilke sunmak olduğundan açıklayıcıdır. Bununla birlikte, hukuk ve bilimin yapacağı sistemleştirme anlama ve öngörüye dayalı olduğundan ikisi arasında bir takım ilişki bulunmaktadır. Ancak hukukun işlevinin ayrıntılı bir şekilde incelenmesi sonucu; anlama ve öngörünün, her biri bakımından farklı olduğu anlaşılır (Loevinger, s. 13, 14).

Çünkü hukukun -sık sık ayırmlaştırıldığı üzere- kamu ve özel hukuk olarak iki düzeyde işlevi bulunmaktadır. Hukukçuların kamu hukuku olarak adlandırdığı hukuk dalı bilim adamları tarafından makro hukuk olarak adlandırılmakta ve söz konusu hukuk dalı; ülkeler arasındaki ilişki, sosyal gönenç ve güvenlik sisteminin kurulması, tüketicilerin, azınlıkların ve diğerlerinin korunması için genel ilkelerin konulması gibi alanlarda kamu politikalarının oluşturulması işiyle uğraşmakta; hukukçular tarafından özel hukuk olarak adlandırılan hukuk dalı bilim adamları tarafından mikro hukuk olarak adlandırılan hukuk dalı ise kişiler ve ticaret ile iş yaşamının belirli durumlarını düzenlemektedir. Kişilerle ilgili durumlar kimi zaman makro nitelikte kamu politikalarının oluşturulmasına yol açtığından kamu ve özel hukuk arasında yapılan bu ayırım kesin değildir. Bununla birlikte yapılan büyük boyutlu hukuksal malzeme arasında ayırım yapmaya olanak sağladığı için kamu-özel hukuk ayırımının bir takım pratik faydaları bulunmaktadır (Loevinger, s. 14).

Hukuka katkı yapmak isteyenlerin temel ilgi alanı kamu veya makro hukuk alanında politika üretmektir. Bununla birlikte avukat ve diğer profesyonel hukukçuların temel ilgi alanı ise özel veya mikro hukuk alanında uğraşmaktır. Her iki hukuk alanında da karakteristik bir takım özellikler bulunmaktadır. Bir sorunla karşılaştığı zaman hukuk bir takım prensipleri kabul etmelidir. İlk olarak; bir amaç veya hedef belirlemelidir. İkinci olarak; araştırma ve soruşturma yöntemini oluşturmalıdır. Üçüncü olarak; maddi olayla ilgili veri sağlamalıdır. Dördüncü olarak; mantiki çatı veya genel düşüncesini (konseptini) düzenlemeli, beşinci olarak verileri analiz etmeli ve son olarak da karar veya hükmü formüleştirmelidir (Loevinger, s. 14).

Bu zamana kadar bilim adamları tarafından hukuka yapılan en büyük katkı belirli olaylarda kanıt sunmaları; daha somut bir deyişle mikro hukuk alanında maddi veri sağlamalarıdır. Özellikle yaralama (müessir fiil) ve ceza davalarında bilim tarafından kanıt sağlanması durumlarıyla sık sık karşılaşılmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde geçmiş yıllarda avukatlara verilen "*Bilim ve Hukuk*" seminerlerinde; kaza sonucu oluşan yaralanmaların boyutunu tam olarak doğru belirleyebilmek için gerekli olan adli tıp bilgileri verilmiştir. Yine suçluların belirlenmesi, yakalanması ve izinin sürülmesi alanlarında hukuk, bilimin; parmak izi, kan ve saç kılı örneği almasından, balistik, mikroskobik ve kimyasal ana-

liz yapmasından, radardan, kan, nefes, psikiyatrik ve alkol muayenesi yapmasından yoğun bir şekilde yararlanmışır. Yine hukuk, güvenilirliği tam olarak sağlanması koşuluyla bilimdeki gelişmeler sonucu ortaya çıkacak çağcıl aletleri de (örneğin ses izi makinesi) kullanacaktır. Yalan makinesi (poligraf) ve ifadelerin doğruluğunu ölçmeye yarayan diğer aletler, bazı durumlarda kullanılmasına rağmen onların yasal geçerliliği konusunda günümüzde bir takım kuşkular bulunmaktadır. Ancak, bu aletler bilim tarafından genel kabul görmesine paralel olarak hukukçular tarafından da genel olarak kabul edilecektir (Loevinger, s. 14, 15).

Günümüzde bilim ve teknolojiye baş döndürücü tarzda hızlı gelişmeler görüldüğünden hukuk ve bilim birlikte çalışmalı ve birbirleriyle ilişki kurmalıdır. Sorun; birlikte çalışmanın veya ilişkiye geçmenin olup olmamasında değil, nasıl olacağı üzerinde odaklanmalıdır. Bunu sağlamanın bir yolu; hukuki sorunlara yanıt aranırken bilimsel yöntem ve verilerin kullanılması demek olan hukukmetri'nin (jurimetrics) kullanılmasıdır. Hukukmetri uygulamalarının hukukta bu zamana kadar oldukça az kullanılmasının bir nedeni, hukuk tarafından gösterilen dirençtir. Diğer nedeni ise, bilim tarafından hukukmetriye yapılan katkının oldukça az olmasıdır. Bu zamana kadar oldukça az olarak önemli ve kanıtlanmış bilimsel doğrular hukukçular ve politika oluşturanlar tarafından kullanılmıştır. Eğer bilim adamları mikro veya makro hukuka katkı sağlamak istiyorlarsa, öncelikle ilgili ve önemli nitelikteki bilimsel veri ve sonuçları hukuka sunmalıdırlar. Bu hususu gerçekleştirebilmek için her şeyden önce bilim adamı, bilim adamı hüviyetinde çalışmalı, hukuk ve diğer kamu yönetimi organlarında görev almamalıdır (Loevinger, s. 22). Bu açıklamalardan sonra, hukukmetrinin de temelini teşkil eden istatistiğin hukuk bilimindeki önemi aşağıda ayrıntılı bir şekilde açıklanacaktır.

IV. HUKUK BİLİMİNDE İSTATİSTİĞİN ÖNEMİ

Hukuk biliminde istatistiğin önemine temas etmeden önce istatistiğin tanımı, rolü ve kullanımı üzerinde durulması yerinde olacaktır. İstatistiğin çok farklı tanımları yapılmaktadır. Webster's New Collegiate Dictionary adlı sözlük; istatistiği, büyük boyutlu sayısal verileri toplama, analiz etme, yorumlama ve sunum işiyle uğraşan bir matematik dalı olarak tanımlamaktadır. Kendall ve Stuart; istatistiği, ana kütlelerin belirli bir oranını hesaplayarak veya sayarak elde edilmiş verilerle uğ-

raşan bilimsel yöntem olarak tanımlamıştır. Fraser; deney ve istatistiki uygulamalar üzerinde durarak istatistiği, deney veya süreçlerden elde edilen sonuçlardan çıkarım elde etme yöntemiyle uğraşmak olarak tanımlamıştır. Freund; belirsizlik durumlarında karar almanın gerçek bilimini istatistiğin oluşturduğunu ifade etmektedir. Mood ve diğerleri ise istatistiği, bilimsel yöntemin teknolojisi olarak adlandırmakta ve istatistiğin araştırma ve deneylerin tasarımı ile yorum konularıyla uğraştığını ifade etmektedirler. Söz konusu istatistik tanımları her ne kadar farklı olsa da, Mendenhall ve diğerlerinin belirttiği üzere tanımlarda bir takım ortak unsurlar bulunmaktadır. İstatistik tanımında ortak unsurlardan birisi; çıkarım elde etmek ereğiyle verilerin toplanmasıdır. Mendenhall ve diğerlerine göre her bir tanım; bir kümenin özelliği hakkında bir çıkarım elde etmek amacıyla büyük boyutlu ana küleden bir alt küme oluşturarak olgusal veya kavramsal nitelikte veri toplama faaliyetinin bulunması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Mendenhall ve diğerleri bu açıdan istatistiği; ereği çıkarım olan bir bilgi teorisi olarak tanımlamaktadırlar (Mendenhall ve diğerleri, s. 1, 2).

İstatistiğin etkisi yaşamı öyle kuşatmaktadır ki, hemen herkes yaşamında istatistiği kullanmakta ve istatistiğin uygulamalarından etkilenmektedir. İstatistik yaygın olarak sayısal veri anlamında kullanılır. Örneğin, yaşam istatistikleri denilince doğum, ölüm, evlilik, boşanma ve bulaşıcı hastalıkları taşıyanların sayısı; iş ve ekonomi istatistikleri denilince istihdam, üretim, fiyat ve satışlardaki sayısal veriler; sosyal istatistikler ise konut sayısı, suç ve çocuk suçluluğu, eğitim, sosyal güvenlik ve sosyal yardımlardan faydalananların sayısı gibi sayısal verileri içerir (Neter, Wasserman ve Whitmore, s. 1).

Özel bir alan olarak istatistiğin ek bir takım anlamları da bulunmaktadır. Bu anlamada istatistik; veri toplama, sunma ve analiz etme ile verilerin kullanılmasının yöntemi. *“Rakamlar yalan söylemez”* tümcesine toplum tarafından fazla güvenilmemektedir. Toplumun rakamlara güven duymamasını olağan karşılamak gerekir. Gerçekten de rakamlar doğru olmadığı, düzgün sunulmadığı veya doğru bir şekilde analiz edilemediği müddetçe son derece tehlikeli sonuçlara ulaşılabilir. Hepimiz istatistiğin tüketicisi konumunda bulunduğumuzdan yalnızca profesyonel istatistikçilerin değil, herkesin en azından istatistiki yöntemler konusunda temel bilgiye sahip olması gerekir (Neter, Wasserman ve Whitmore, s. 1).

Antik çağlardan bu yana önemli görevleri bulunan istatistiğin rolü günümüzde daha da fazla bir hale gelmiştir. İstatistiki veriler yüzyıllardır hükümetler tarafından yönetime yardımcı olmak amacıyla kullanılmıştır. Antik çağlarda istatistik, askeri hizmete ve vergiye tabi olan kimseleri belirlemek amacıyla toplanmıştır. Orta çağdan sonra, Batı Avrupa ülkeleri, yaşam istatistikleri toplama yoluna gitmişlerdir. Bunun nedeni, salgın hastalıkların nüfusu azaltacağı endişesidir. Çünkü o dönemde, nüfus azlığının, o ülkenin siyasi ve askeri gücünü azaltacağına inanılmaktaydı. Orta çağda yaşam istatistikleri, kilise kayıtları, evlilik ve cenaze törenlerinden elde edilmiştir. Batı Avrupa ülkeleri, 16. yüzyıldan 18. yüzyıla kadar; tecimsel (merkantalist) fikirlerin etkisi altında kalarak siyasi amaçlar için ekonomik güç elde etmeye çalışmışlar, bu yüzden rakamları daha çok; dış ticaret, üretim ve gıda arzı gibi ekonomik konularda toplamışlardır (Neter, Wasserman ve Whitmore, s. 2).

Günümüzde, değişik nedenler için toplanan, türlere ayrılan, biriktirilen ve düzenlenen veri ve çağcıl bilgi sistemleri, kişilerin ve kurumların faaliyetlerini etkin bir şekilde yürütebilmeleri için gerekli olan istatistiki bilgiyi sunmaktadır. Günümüzde, yoğun bir şekilde kullanılan bilgisayarların da yardımıyla veri toplama, depolama ve düzenleme yapmak kolaylaşmış, bu durum ise istatistiki yöntemler ve veri analizinde hızlı gelişmelere yol açmıştır (Neter, Wasserman ve Whitmore, s. 2).

İstatistiki kavramlar (concept); insan faaliyetlerinin yürütüldüğü hemen her alanda yoğun bir etki doğurmuş ve fizik, genetik, meteoroloji, ekonomi gibi bazı bilimlerin temel prensipleriyle ayrılmaz bir bağ oluşturmuştur. Kamuda ve iş yaşamında daha iyi bir yönetim düzenine kavuşulması, tarımsal ürünlerin geliştirilmesi, uzay aracı tasarımı, trafik kontrolü planlaması, salgın hastalık tahmini gibi değişik alanlarda istatistiki yöntemler kullanılmaktadır. Fen ve sosyal bilim öğrencileri daha iyi bir bilim adamı olmak, ekonomi öğrencileri daha iyi bir ekonomist olmak, kamu yönetimi öğrencileri de daha etkin bir yönetici olmak için istatistik çalışmaktadır (Neter, Wasserman ve Whitmore, s. 2).

Özel sektör, kamu veya serbest meslek, kısacası hangi alanda olursa olsun kariyer yapmaya çalışan herkes için temel istatistik bilgisine sahip olmak şarttır. İstatistik sayesinde kapsamlı veri ağlarından doğru çıkarmalar yapılmakla kalınmamakta, bunun yanında doğru zamanlı sunulan veriler değerlendirilerek önlem alınması yoluna gidilmekte veya eyleme geçilmektedir. Yakın zamanlara kadar, istatistik, geçmiş

olayların kaydedilmesi için tutulmaktaydı. Bu şekilde tutulan istatistikler mevcut sorunlara bir bakış açısı getirmeyi hedeflese de, vurgusu daha çok geçmişe yönelik bulunmaktaydı. Günümüzde tutulan sayısal verilerin kayıt özelliği önemli bir yer işgal etmesine rağmen, sayısal verilerin toplanmasındaki asıl erek; planlama ve kontrolü, veri toplama sistemlerini, veriyi olanaklı olduğu kadar güncel tutmak demek olan veri deposunu geliştirmektir. Bunun gibi, günümüzde yapılan istatistiki analizler de, temel olarak geçmişten ziyade şimdiki durum ve gelecekle ilgilidir (Neter, Wasserman ve Whitmore, s. 2).

Günümüzde istatistiğin gittikçe artan oranda kullanılmasının bir başka nedeni, değerlendirme yapmak ve karar vermenin en nesnel ve bilimsel temelini istatistiğin oluşturmasıdır. Çağcıl firmalar, kendi firmalarının çalışma tarzı hakkında olgusal bilgi edinebilmek ve kendilerini kuşatan sosyal, ekonomik ve çevresel dışsallıkları öğrenebilmek için istatistiki verilere oldukça fazla bağımlıdırlar. İstatistiki veri; kısa, özgün, nesnel olarak analize elverişli ve kıyaslama yapmaya olanak sağlayıcıdır. Bu yüzden istatistik; alternatifler arasında seçim yapma, hedef belirleme, performans değerlendirme, ilerlemeyi hesap etme ve zayıflıkları belirleme gibi anahtar nitelikteki kurumsal fonksiyonlar açısından oldukça faydalı bir konumda bulunmaktadır (Neter, Wasserman ve Whitmore, s. 3). İstatistiğin tanımı, rolü ve kullanımı hakkında yapılan bu değerlendirmeden sonra, istatistiğin sosyal bilimlerde ve sosyal bir bilim olan hukuktaki önemi üzerinde durulacaktır.

Bilindiği üzere sosyal bilimler ve bu arada hukuk, insan ve toplumu anlamayı amaç edinen bilimlerdir. Bu nedenle, kendisine insanı konu almış bulunan sosyal bilimlerde sayı ve istatistiğin önemi olup olmadığı sorgulanabilir. Sosyal bilimlerde istatistiğin önemi ilk bakışta, sosyal bilimlerdeki araştırma sürecine bakılarak kolayca anlaşılabilir. Sosyal bilimciler; fikir ve kuramlarını araştırma yaparak kanıtlamaya çalışırlarsa yaptıkları çalışmalar, bilimsel çalışma niteliğini kazanır. Araştırma geniş anlamda; kuramları sınama, fikirleri kanıtlama veya sorulara yanıt vermek amacıyla bilginin sistemli ve dikkatli bir şekilde toplanması faaliyetidir. Araştırma; çok farklı türde görünüm gösterebilen disiplinli bir sorgulamadır. Yapılan araştırmada toplanan bilgi sayısal bir nitelikte ise istatistiki analiz yöntemi kullanılır. Sayısal bilgiye veri (data) adı verilmekte ve istatistiğin temel ereğini sayısal verilerin kullanılması ve analiz edilmesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda istatistik, sosyal bilimciler

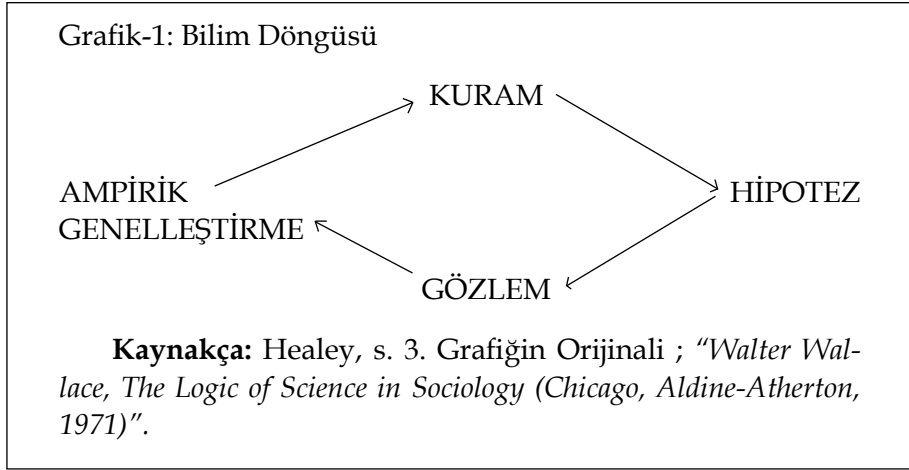
tarafından sorulara yanıt vermek veya kuramları sınamak için kullanılan matematik tekniği kümeleridir (bkz., Healey, s. 1).

Sosyal bilim araştırmalarında verileri kullanmanın neden önemli olduğu sorusu sorulabilir. Bu bağlamda, itiraf edilmeli ki sosyal bilimlerde önemli ve dönüm noktası oluşturan birçok çalışma herhangi bir istatistiki teknik kullanmamıştır. Bir başka deyişle, bu tip çalışmalar için veri ve istatistik pek fazla bir önem taşımamakta veya bu tip çalışmalara bir takım sayısal verilerin eklenmesi, çalışmanın kalitesine herhangi bir etkide bulunmamaktadır. Bununla birlikte; araştırmacılar için veri, en fazla güvenilir bir bilgi kaynağı oluşturmakta ve özel bir dikkat ve ihtimamı hak etmektedir. Gerçekten de, dikkatli bir şekilde toplanan ve iyice analiz edilen veri; kuram oluşturma ve bilgiyi derinleştirmek açısından en kuvvetli ve nesnel bir temel oluşturmaktadır. Bir başka deyişle, sağlam veri temeline oturmayan sosyal çalışmalar bilim ismini alma hakkını kaybetmekte ve insanlık için daha az bir değer taşımaktadır (Healey, s. 1).

Bu açıdan sosyal bilimlerin, bilgiyi geliştirebilmek için yoğun bir şekilde veri kullanması şarttır. Bununla birlikte verilerin veya bilginin tek başına yeterli olmadığı kesindir. Daha somut bir deyişle, en nesnel ve dikkatli bir şekilde toplanan sayısal bilgiler bile tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Araştırmacı istatistiki teknikleri kullanmalıdır. Bir başka deyişle, faydalı olunabilmesi için verilerin organize edilmesi, değerlendirilmesi ve analiz edilmesi gerekir. İstatistiki analizin temel prensiplerini iyice anlamadan araştırmacının verileri anlamlaştırabilmesi olanaklı değildir. İstatistiki teknikler doğru bir şekilde uygulanmazsa, veri; sessiz ve faydasız bir şekilde kalacaktır (Healey, s. 1,2).

İstatistik, sosyal bilimler için ayrılmaz bir araç niteliğindedir. İstatistik, araştırmacı için fikirleri değerlendirmede, kuramı sınamada ve doğruyu belirlemede oldukça faydalı teknikleri sunmaktadır (Healey, s. 2).

İstatistiğin araştırma sürecinde önemini göstermek için aşağdaki grafiğe bakmak yeterli olacaktır;



Bu grafik; bilimsel bir araştırma sürecinin değişik aşamalarını göstermektedir. Söz konusu grafik, Walter Wallace'nin özgün düşüncesinden doğmuş olup bilgiye dayalı bir bilimin nasıl doğup büyüdüğünü göstermesi açısından son derece önemlidir. Bu grafikten de açıkça anlaşılacağı üzere bilimsel bilgi dairesel bir süreç halinde işlemekte ve bu süreçte kuram ve araştırma sürgit bir şekilde birbirine şekil vermektedir. İstatistik; kuram ve araştırmanın birbirini kestiği en önemli araçtır (Healey, s. 2).

Bilim döngüsü olarak adlandırılan bu grafik yakından incelendiğinde şu hususlar dikkati çekmektedir. Dairesel bir boyutta bulunan söz konusu grafiğin en üst kısmına bakıldığında kuram kavramıyla karşılaşmaktayız. Kuram; olgular arasındaki ilişkinin açıklanması olarak tanımlanabilir. Bu tanım oldukça akademik ve resmi bir nitelik taşısa da, günlük yaşamda sıradan bir insan bile sık sık çeşitli olayları kuramlaştırmaktadır. Örneğin, bazı insanların önyargılı davranmasına nelerin neden olduğu, çocuklara kötü muameleye, yoksulluğa, savaşa veya başarıya nelerin yol açtığını merak eder ve söz konusu olguları açıklamak için çeşitli açıklamalar getiririz. Günlük yaşamda ortaya attığımız kuram ile bilimsel bir kuram arasındaki temel fark, ikincilerin sıkı bir sınav sürecinden geçirilmesidir (Healey, s. 2).

Kuram; değişkenler arasındaki nedensellik ilişkisi şeklinde de tanımlanabilmektedir. Değişken durumdan duruma farklı değer alan bir özelliktir. Değişkenlere örnek olarak, cinsiyet, yaş, gelir veya siyasi parti

üyeliği verilebilir. Herhangi bir somut teoride bazı değişkenler neden olarak saptanırken bazı değişkenler sonuç veya etki olarak belirlenir. Bilim dilinde nedenler bağımsız değişkenler olarak tanımlanırken, sonuçlar bağımlı değişken olarak tanımlanır (Healey, s. 3).

Bir kuramın doğru veya yanlış olduğunu bilebilmek için kuramın gerçeklerle karşılaştırılmasının, bir başka deyişle, bazı araştırmaların yapılması gerekir. Bundan sonraki aşama, ifade ve fikirlerimizi daha belirli ve tam bir hale getirmektir. Çoğu bilimsel kuramlar, tek bir araştırma projesinde tam anlamıyla sınanamayacak tarzda karmaşık ve soyuttur. Böyle durumlarda araştırmayı olanaklı kılabilmek için kuramdan bir veya daha fazla hipotez üretilir. Hipotez değişkenler arasındaki ilişkileri açıklayan bir ifadedir. Hipotez kuramdan türemesine rağmen ondan daha açık ve tamdır (Healey, s.3).

Örneğin, önyargı ile değişik bölge insanları arasındaki ilişkiyi ortaya atan bir kuramı sınamak istersek bu kavramlarla neyin kastedildiğini tam olarak belirlemek durumundayız. Bölge insanı kavramını doğum yerine bakarak belirlemek çok fazla güçlük çıkarmamasına rağmen, önyargı kavramını açıklığa kavuşturabilmek için önemli ölçüde çaba gösterilmesi gerekir. Hele hele Türk sosyolojisinde önyargı veya onun türleri konusunda araştırma veya çok fazla araştırma olmamasından dolayı önyargının ne olduğunu tam olarak belirleyebilmek için olağanüstü bir çaba gerekir (Karş. Healey, s. 3,4).

Tanımlamalar yapıldıktan ve hipotez ve/veya hipotezler geliştirildikten sonra araştırma sürecinin bir başka aşamasına geçilir. Bu aşama, veri toplama aşamasıdır. Bu aşamada araştırmacı; olayın nasıl sınanacağı, nasıl seçileceği, değişkenlerin tam olarak nasıl hesaplanacağı ve daha birçok benzer sorun konusunda karar vermesi gerekir. Bu konularda karar verildikten sonra gözlemlene aşamasına geçilir. Gözlemlene aşamasında gerçekte sosyal gerçeklik ölçülür. Bu ölçümün yapılmasından önce ne arandığı konusunda net bir fikir bulunmalı ve araştırmacının stratejisi iyi bir şekilde tanımlanmalıdır (Healey, s. 4).

Gözlemlene aşamasında istatistikle yüz yüze gelinir. Daha somut bir deyişle, bilim döngüsündeki gözlemlene aşamasının sonuna doğru büyük boyutlu sayısal nitelikte bilgi ve verilerle karşı karşıya kalınır. Örneğin, 100 kişi ile yapılan bir mülakatta eğer her bir deneğe 10 soru sorulmuşsa toplam 1000 ayrı bilgi parçası ile uğraşmak durumunda kalınır. Böyle bir

durumda bilgiyi analiz etmek ve organize bir şekilde düzenlemek için sistemli bir yol bulunması gerekmekte olup bu noktada istatistik büyük bir değer taşır. İstatistik, verilerle ne yapmamız gerektiği konusunda araştırmacıya çok önemli çözüm yolları sunar (bkz., Healey, s. 4).

Bu noktada Healey, istatistik konusunda iki noktaya vurgu yapmaktadır. Yazarın vurgu yaptığı birinci nokta; istatistiğin kritik bir önem taşımasıdır. Yazar bu konuda şunları söylemektedir: İstatistik olmaksızın sayısal bir araştırma yapmak imkansızdır. Sayısal bir araştırmanın yapılmadığı durumlarda ise, sosyal bilimlerin gelişmesi oldukça büyük bir zarara uğrayacak, hatta gelişimi bile duracaktır. İstatistiki tekniklerin uygulanması halinde veriler sonucunda kuramlarımız daha açık bir hale gelecek ve şekillenecek, böylece sosyal dünyayı daha iyi bir şekilde anlama olanağına kavuşacağız (Healey, s. 4).

Helay'in vurgu yaptığı ikinci nokta; istatistiğin rolünün oldukça sınırlı olmasıdır. Yazar bu durumun biraz da ikilem teşkil ettiğini ifade etmekte ve bu konuda şunları söylemektedir: Wallace'nin bilim dönüsü grafiğinde de açık bir şekilde görüleceği üzere, bilimsel araştırma karşılıklı olarak birbirine bağlı aşamalardan geçmekte ve istatistiğin sadece gözlemlenme aşamasıyla doğrudan bir ilgisi bulunmaktadır. Herhangi bir istatistiksel analizin doğru bir şekilde uygulanabilmesi için daha önceki aşamaların doğru ve tam bir şekilde bitirilmesi şarttır. Eğer araştırmacı soracağı soruları niteliksiz bir şekilde tasarlamış veya tasarım veya yönteminde çok ciddi hatalar yapmışsa en ileri istatistiki yöntemler uygulasa bile yaptığı araştırma değersiz kalır. İstatistik ne kadar faydalı bir yöntem olsa da, kavramsallaştırma, kapsamlı ve dikkatli planlama veya kuram oluşturmanın yerini alamaz. Bir başka deyişle, istatistik, niteliksiz bir şekilde tasarlandığı için batık olan bir araştırma projesini, bataktan kurtaramaz. Daha yalın bir deyişle, istatistik, çöpi değerli bir meta hale getiremez (Healey, s. 4, 5).

Diğer yandan Healey, istatistiki tekniklerin doğru bir şekilde uygulanmamasının, çok özenli bir şekilde yapılan bir araştırma projesinin kıymetini düşüreceğini ifade etmektedir. Yazar, sadece, bütün aşamaları başarıyla tamamlanan sayısal bir araştırma projesinin olguyu anlamamıza katkı sağlayabileceğini ifade etmektedir. Yazar bu açıdan sosyal bilimcinin, kuram ve metodoloji konusunda olduğu gibi istatistiğin kullanımı ve sınırları konusunda makul bir bilgiye sahip olmasının mutlak bir gereklilik olduğunu ifade etmektedir (Healey, s. 5).

İstatistiki analizin sonuna doğru, bilimsel araştırma sürecinin diğer bir aşamasına geçilir. Bu aşamada temel olarak, kuramın doğru olup olmadığı temel ilgi noktasıdır; bunun yanında, verilerdeki diğer eğilimlerinin de incelenmesi gerekir. Veriler deşildikçe, gözleme dayalı ampirik kalıba uygun bazı genellemelerin yapılması gerekir. Veriler araştırmacıyı başka sonuçlara götürüyorsa kuramın yeniden gözden geçirilmesi gerekir (Healey, s. 5).

Veriler ışığında kuramın yeniden kurulması halinde, kuramı sınamak için yeni bir araştırma projesinin tasarlanması ve dairesel bilim döngüsünün yeniden çevrilmesi gerekir. Bu durumda araştırmacılar yeni kuramla birlikte bilimsel araştırmanın bütün süreçlerini başlatması gerekir. Söz konusu ikinci proje sonunda da yeni bir araştırma yapılması veya kuramın yeniden düzenlenmesi gereği ortaya çıkabilir ve araştırmacı yeni öneri veya bakış açıları getirene kadar Wallace'nin dairesel bilim döngüsünü çevirmesi gerekir. Wallace'nin dairesel bilim döngüsünün her çevrilmesinde olguları anlamak daha fazla iyileşecektir (Healey, s. 5).

Healey, yukarıda anlattığı araştırma sürecinin, bazı temel doğruları kendilerine ilham gelerek keşfeden ve "*buldum*" (euroka!) diye bağırarak bilim adamları için geçerli olmadığını ifade etmektedir. Bununla birlikte, yazar, ilham sonucu doğru veya yanlışlığı mutlak olan bir kuram keşfetmenin oldukça sınırlı olduğunu ifade etmektedir. Yazar, normal olarak, bir kuramın doğru olup olmadığını kanıtlarının zaman içerisinde oluşacağını ve sonuç doğru kararı için uzun yollar boyunca sıkı çalışma, araştırma ve tartışma süreçlerinden geçirilmesi gerektiğini ifade etmektedir (Healey, s. 5, 6).

Wallace'nin dairesel bilim döngüsünden de açık bir şekilde anlaşılacağı üzere kuram, araştırmayı teşvik etmekte, araştırma ise kuramı şekillendirmektedir. Teori ve araştırma arasındaki sürekli olan bu etkileşim bilimin can damarını teşkil etmekte ve sosyal dünyayı anlamak bakımından bir dönüm noktası oluşturmaktadır. Kuram ve araştırma arasındaki ilişki birçok yön ve seviyelerden oluşabilmektedir. İstatistik bu iki alanının kesişim noktalarından sadece birisidir. İstatistik; verileri değerlendirmede, eğilimleri ve ilişkileri belirleme ve irdelemede, genellemeler yapmada ve kuramları gözden geçirme ve geliştirmede, temel katkı sağlayıcıdır. Kısacası istatistik, araştırma sürecinin ayrılmaz bir aracını oluşturur. İstatistik olmadan kuram ile araştırma arasındaki

kesişim sağlamak oldukça güç olacak ve sosyal bilimlerin gelişimi büyük bir yara alacaktır (bkz., Healey, s. 6).

IV. HUKUKU BİLİM KILABİLMEK İÇİN HUKUK EĞİTİMİ BOYUTU BAKIMINDAN ALINMASI GEREKEN ÖNLEMLER

Hukuku bilim haline getirebilmek için alınması gereken önlemlerden en önemlisi eğitimsel önlemlerdir. Hukuku bilim kılabilmek için alınması gereken eğitimsel önlemler yüzeysel nitelikte olmamalı, köklü olmalıdır. Bu doğrultuda kanımca, hukuk fakülteleri ilk yılının bilimsel hazırlık sınıfı haline getirilmesi ve söz konusu sınıfta hukuku bilimsel hale getirecek derslerin programa alınması gerekir.

Hukuku bilim kılabilmek için hukuk fakülteleri bilimsel hazırlık sınıfına konulacak derslerin başında bilim yöntemi gelmektedir. Seyidoğlu'nun fikrine göre; *"bilim yöntemi, bilimsel düşünce yöntemi ve bilimsel araştırma yöntemi olarak iki anlamda ele alınabilir. Bilim hem akla, hem de araştırmaya dayanır. Düşünce anlamında bilim yöntemi, bireyin akıl yürütme ve davranış biçimiyle ilgilidir. Olaylara dayanma, tarafsızlık, dogmatizmi reddetme, eleştiriye açık olma ve yanılma olasılığının kabulü, bilimsel düşünce yönteminin temel özellikleridir. Bilimsel araştırma yöntemi ise... sorunu belirleme, gözlem, hipotez kurma, hipotezi test etme, teoriye ve kanunlara ulaşma gibi çeşitli aşamalardan oluşmaktadır. Araştırma, bilimsel düşünce yönteminin ışığı altında olgulara dönük olarak yürütülen sistematik bir faaliyet biçiminde tanımlanmaktadır. Ancak doğaldır ki bilimsel düşünce yöntemine sahip herkesin araştırmacı olması gerekmez. Aydın kişi aslında bilimsel düşünceye sahip kişi demektir. Bununla birlikte, bilimsel düşünce yöntemine sahip olmadan araştırma yapılamayacağı da açıktır"* (Seyidoğlu, s. 2).

Loevinger, hukuk açısından bilimin önemi konusunda şu saptamayı yapmaktadır: Hukuki süreçlerde en azından mikro hukuk alanında bilimi, daha kullanışlı hale getirmenin temel yöntemi, hukuk fakültesi mezunlarının temel bir bilim bilgisine sahip olmalarıdır. Bilimin hukukla ilişkini ve bağlantısını gösteren bir ders hukuk fakültelerinde genel bir dersin içerisinde değil özel bir ders olarak okutulmalıdır. Bir hukuk fakültesi mezunu en azından; deneylerdeki tanımlamalar, deneysel olarak elde edilen kanıtların güvenilirliği, sayısallaştırma ve kararsızlık, çoklu hipotezlerin sınanması, almaşık hipotez, istatistikte

yorumlama ve sonuç çıkarma ve akranları tarafından gözden geçirme gibi bilimsel yöntemin temellerini bilmelidir. Bunun yanında bilimde kullanıldığı şekliyle istatistik, örnekleme ve olasılık teorisi arasındaki ilişkiler, hukukta kullanılan kanıtların ağırlığı ve ispat yükü konularında öğrenciler derin bir bilgiye sahip olmalıdır. Hukukçular trafik kazaları ve benzer olaylarda uygulanabilecek bir takım muhafazakar ilkelerin bulunduğunu asla unutmamalıdır. Bunun yanında, hukukçular, bilgi ve görgüye dayalı kanıtların güvenilirliğini sınavacak birçok bilimsel verinin olduğunu ve karmaşık bir olayı iki kişinin aynı şekilde anlayamayacağını unutmamalıdır. Çünkü kişilerin anımsama, zihinde tutma ve algılama yetenekleri birbirinden oldukça farklıdır. Yine, bir ölçüde ve bazı durumlarda kişilerin gözlemlene, algılama ve anımsamalarında çeşitli yanılgılar bulunacağından, ifadesine tam anlamıyla güvenilecek hiç bir tanığın olmadığı hatırdan uzak tutulmamalıdır. İstatistiki yöntemler ve örnekleme, hukuk yaşamında çeşitli alanlarda kullanılabilir. Örneğin istihdam alanında ayrımcılık yapılması veya kanun önünde eşitlik prensiplerinin uygulanmasında verilen kararların oranına bakılarak ve davranış tarzı sayıya dökülerek söz konusu prensiplere uyulup uyulmadığı incelenebilir. Avukat ve yargıçlar bilimsel ilke ve davranış tarzına daha yatkın olduğu müddetçe, kamu hukuku veya makro hukuk alanındaki sorunlarla uğraşırken de bilimsel ilke ve verileri kullanmaya daha fazla eğilimli olurlar (Loevinger, s. 15, 16).

Hukuk fakültelerinin bilimsel hazırlık sınıfında okutulması gereken bilim yöntemi dersinde, bilimsel düşünce ve bilimsel araştırma yöntemi konuları incelenmelidir. Çünkü bilimsel düşünce yöntemine sahip olmak; bilimsel araştırma için temel bir koşul oluşturduğundan, bilim yöntemi dersinde sadece bilimsel araştırma yöntemi incelenmemeli, bunun yanında, bilimsel düşünce yöntemi de incelenmelidir.

Bilim yöntemi dersini tamamlamak üzere hukuk fakültelerinin ileriki sınıflarına kanımca "*hukuk normu ve tekniği*" dersinin konulmasına da mutlak bir gereksinim bulunmaktadır. Gerçekten de, hukuk bir irade görünümü olarak ifadesini "*insani davranış normlarında*" bulmaktadır. Hukuk bu nedenle "*insani davranış normundan*" başka bir şey değildir. Hukuk deneyine (experience) yaklaşımın ve onun karakteristik yanlarını yakalamanın en iyi yolu, hukukun bir normlar veya davranış kuralları sistemi bütünü olarak göz önüne alınmasıdır. Nitekim bu durumu ifade etmek için "*hukuk deneyi normatif bir deneydir*" ifadesi kullanılmaktadır.

Bunun yanında hukuk bir normlar bütünü olduğu için, bir normlar yığını değil, bir normlar sistemi olarak adlandırılmaktadır (Bu konularda fazla bilgi için bkz., Hafızoğulları, s. 31- 35, 49).

Teknik ise ünlü Fransız sosyologu Gény'e göre, içeriği karşısında hukukun biçimidir. Yazara göre, tekniğin görevi, önceden belirlenmiş bulunan hukuksal malzemeye ya da verilere en uygun düşecek olan biçimi vermektir. Yazar, tekniği bilimden farklı olarak görmekte ve tekniğin, belirli bir amacı gerçekleştirilmeye yönelmiş bulunan kuralı sosyal ortamın gereklerine uygun biçimde hazırlamayı, kısacası "yapılışı" kendisine konu yaptığını belirtmektedir (Fazla bilgi için bkz., Can, s. 44- 46).

Hukuk fakülteleri bilimsel hazırlık sınıfına konulması gereken "Bilim Yöntemi" dersi, kanımca, ancak ileri sınıflarda konulması gereken "Hukuk Normu ve Tekniği" dersi ile birlikte tam olarak ereğine ulaşabilir. Çünkü "Bilim Yöntemi" dersi sayesinde bilimsel araştırmanın nasıl yapılacağı öğrenilecek, araştırma sonucu bulunan veriler ise "Hukuk Normu ve Tekniği" dersinde öğrenilecek yöntemler sayesinde uygun bir normatif kalıba sokulabilecektir.

Hukuku bilim haline getirmek için hukuk fakülteleri programlarına (bilimsel hazırlık sınıfına) istatistik dersinin konulması, kanımca, olmazsa olmaz (conditio sine quo non) bir koşuldur. Bilimsel araştırmalar; yöntemine göre tarihi, betimleyici ve deneysel araştırmalar olarak üçe ayrılır (Araştırma çeşit ve yöntemleri konusunda fazla bilgi için bkz., Kaptan, s. 45-72). Kaptanın, isabetli olarak belirttiği gibi bazı tarihi araştırmalar dışında bütün araştırmaların sayısal olması ve istatistik tekniklerine yer vermesi gerekir. Yazara göre araştırmaların sayısal olması ve istatistiki yöntemlerin kullanılması bireysel yanlılığı ve öznelliği en aza indirecek, sonuçların başkaları tarafından da test edilebilmesine olanak sağlayacak, hataları azaltacak ve betimleme işinde kullanılan kelimelerin kesin olmayan anlamları yerine, matematiğin daha çok güvenilir ve sağlam olan dilini getirmiş olacaktır (Kaptan, s. 209).

Diğer yandan, hukuk alanında istatistiki teknik ve yöntemlerin kullanılması anlamına gelen hukukmetri (jurimetrics) çağcıl batı ülkelerinde hızla gelişmektedir. Hukukmetrinin temelini istatistik oluşturmakta ve hukuki araştırmalarda gittikçe artan oranda istatistik kullanılmaya başlanmıştır. Bu yüzden, istatistiki temele sahip olmayan kimseler,

kanımca gelecekteki hukuk yazınlarından bir kısmını anlayamayacak ve takip edemeyecektir. Bu durum ise istatistiki temele sahip olmayan hukukçuların mesleklerini köreltmelerine yol açacaktır. Ayrıca, yukarıda Wallace'nin bilim döngüsünde de açık bir şekilde görüldüğü üzere bilimsel sürecin aşamalarından birisi gözlelemedir. Bu aşamada istatistik yoğun bir şekilde kullanılmakta ve söz konusu aşamanın bitirilmesinden sonra ampirik genelleştirme aşamasına geçilmektedir. İşte hukuk fakülteleri öğrencileri yeterli istatistiki bilgilerle donatılmadığından, ülkemizde bilim döngüsü tam olarak dönememekte, bu yüzden hukuk bilimi son derece kısır bir konumda bulunmaktadır.

Günümüzde istatistik betimleyici olmaktan ziyade yorumlayıcı, bir başka deyişle ileri için çıkarımlar sağlayıcı bir niteliğe sahiptir. Hukuk fakülteleri hazırlık sınıfına konulması gereken istatistik dersinde öğrencilere betimleyici (descriptive) istatistiki bilgilerin aktarılması yanında ağırlıklı olarak yorumlayıcı (inferential) istatistiki yeti kazandırılmasına özel bir önem verilmelidir. Böylelikle örneğin bir hukuk kuralının etkin olup olmadığı konusunda, hukukçular, uygulanmış istatistiki teknikleri yorumlayabilecek ve böylelikle hukuk kuralının ereğine ulaşır ulaşmadığı hakkında kolaylıkla bir fikre ulaşacaklardır.

Hukuku bilim haline getirmek için hukuk fakülteleri bilimsel hazırlık sınıfına konulacak derslerden bir diğeri, kanımca mantık olmalıdır. Karayalçın'ın belirttiği gibi hukuk normlarını olaya uygulamak bir mantık işlemidir. Doğru düşünme ve yanlış doğrudan ayırma bilimi olan mantık; şekli ve uygulamalı mantık olarak ikiye ayrılır. Şekli mantık (formal logic) şekil bakımından doğru düşünme ilkelerini gösterir. Şekli mantık, doğru düşünme kurallarını verirken yanlış sonuca götüren düşünme şekillerini de inceler; böylelikle doğru sonuca götüren mantık ile bilmeyerek iyi niyetle yanlış sonuca götüren bozuk mantığı (safsata-paralogisme) ve kötü niyetle, bilerek, yanlış sonuca götüren sofizmi (bilgicilik-sophisme) birbirlerinden ayırır. Yine düşünme kuralları bakımından bir başka deyişle sadece şekil açısından doğru olan sonuç konu açısından doğru olmayabilir. Ereğin niteliğine göre doğru yolları gösteren ilkeleri ise uygulamalı mantık inceler (Karayalçın, s. 72-74). Kanımca, hukuk fakültelerinin bilimsel hazırlık sınıfında okutulması gereken mantık dersinin amaca uygunluk açısından; şekli ve uygulamalı mantığı içerecek şekilde düzenlenmesi ve mantık dersinde öğrencilere mantığı doğruluğu sağlama yetisi kazandırılmasına büyük önem verilmesi gerekir.

Hukuku bilim haline getirmek için hukuk fakülteleri bilimsel hazırlık sınıfına konulacak derslerden bir başkası kanımca etik olmalıdır. Karayalçın'ın belirttiği üzere, hukuk bir takım değer ölçülerine dayalı olduğundan, hukukun etik özelliği bulunmaktadır. Yazara göre, ahlakda nasıl davranışlar iyi-kötü, ödev, şeref, fedakarlık gibi değer ölçülerine dayanıyorsa hukukta da normlar adalet-haklılık ölçüsüne dayanır. Hukuk normları ile hukuki sorunlar genel çözümlere bağlanır ve genel çözümle adalet sağlanmaya çalışılır. Hukuk normlarının olaya uygulanması işleminde mantıki doğruluk sağlandığı takdirde ve hukuk normu adil ise olayda adalet gerçekleşmiş olur. Ancak kimi durumlarda sadece mantıki doğruluğun sağlanması yeterli değildir, olayın özelliklerinin göz önüne alınarak hakkaniyetin de sağlanması gerekir. Bu çerçevede hukuk alanında iki doğruluğun sağlanması gerekmektedir. Bunlar; mantıki ve etik doğruluklardır. Mantıki ve etik doğruluğun sadece normların olaya uygulanmasında değil, normların hazırlanması aşamasında da dikkate alınması gerekir. Hukukçu, hukuk normunu olaya uygularken mantık kurallarını uygular. Hukukçu olmak için her şeyden önce mantık kurallarını doğru uygulayarak mantık hatası yapmamak gerekir. Ancak, sadece mantık hatasının yapılmaması yeterli değildir. Hukukçu hem mantıki doğruluğu, hem de etik doğruluğu sağlayabildiği vakit görevini yerine getirmiş sayılır (Karayalçın, s. 74, 75).

Hafızoğulları'na göre, hukuk düzeni; birlikte yaşama, birlikte yapma olgusundan doğan insani ilişkileri düzenleme, çıkar çatışmasını çözme, irade uyuşmazlıklarını giderme, zorunlu olarak bunlar üzerine belirli davranış kuralları oluşturmak demektir ve çatışan çıkarlar, uyuşmazlık halindeki iradeler üzerine belirli değerler esas olmak üzere davranış kuralları oluşturma, bir başka deyişle birlikte yaşama, birlikte yapma olgusundan doğan insani ilişkileri düzenleme faaliyeti etik-siyasi bir faaliyettir. Bir şeyi değerlendirmek, o şey üzerinde bir değer hükmü vermektir. Bu açıdan etik-siyasi bir faaliyetle; bir başka deyişle, bir değerlendirme faaliyetiyle ortaya çıkan davranış kuralları, belirli bir toplumsal gerçeklik üzerine bir değer hükmüdürler. Bu durum, hukuk düzeninin "bir değer hükümleri bütünü" olması demektir. Ancak bu hükümler, içeriklerinin bir gereği olarak olanın değil, olması gerekenin bir ifadesidirler (Geniş bilgi için bkz., Hafızoğulları, s. 25-27). Diğer yandan, hukuk normunun en önemli karakteristik özelliği emredici olmasıdır. Emri olması ve değerlendirme yapması paranın yazı tura kısmı gibi birbirinden ayrılması olanaksızdır. Bir başka deyişle, ne emretmeden

değerlendirme, ne de değerlendirme yapmadan emretmek olanaklıdır (Hafızoğulları, s. 324-325).

Bilimde değerler konusunda iki farklı düşünce bulunmaktadır. Bunlardan ilki; bilimin değerleri dikkate almadığı için eksik olduğu fikrini savunur. İkinci görüş ise bilimin amacının bilgi olduğunu; birçok nedenlerden dolayı değerın rasyonel olarak belirlenemeyeceğini ve bu yüzden değerın, bilimin alanı dışında olduğu görüşünü savunur. Kuram ve uygulamada hukuk bilimi açısından değerın yerinin ne olacağı konusunda yazarlar arasında bir uzlaşa bulunmamaktadır. Bir kısım yazarlar hukuk bilimi açısından etiğin hukuki konulardan ayrılmasının olanaksız olduğunu savunmakta ve çalışmalarında hukuki konular ile değeri bir arada ele almaktadır. Buna karşın bir kısım yazarlar ise değeri, hukuki konulardan ayırmakta ve onu dikkate almaksızın sadece hukuki konularda çalışma yürütülmesini savunmaktadır (Cairns, s. 139).

Cairns; bir hukuk sistemini tanımlanırken mutlaka iki unsurun bir arada dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bu unsurlar; etik ve davranışsal unsurlardır. Yazara göre davranış bir değer ölçüsü olabilir ancak etik unsuru dikkate alınarak koyutlar, normatif olarak hukuk bilimine sokulamazsa, o hukuk sisteminin tam olarak tanımlanması olanaklı değildir (Cairns, s. 143).

Biz de etik unsurunun hukuk biliminden ayrılmazlığını kabul etmekte ve etik dersinin hukuk fakültelerinde okutulmasını mutlak bir gereksinim olarak görmekteyiz. Hukuk fakültelerinin bilimsel hazırlık sınıfında okutulması gereken etik dersi; amaca uygunluk açısından; öğrencilere etik doğruluğu sağlama yetisini kazandıracak; bir başka deyişle, öğrencilere hukuk metodolojisi bilgisini kazandıracak nitelikte olmalıdır. Diğer yandan, hukuk normları her şeyden önce bir değer yargısına dayalı olduğundan, bu açıdan da hukuk fakültelerinde etik konusuna özel bir önem verilmesi açık bir gerekliliktir.

Hukuku bilim kılabilmek için alınması gereken bir başka önlem; hukuk fakültelerinin hazırlık sınıfına sosyoloji dersinin konulmasıdır. Sosyal bilimler; insan toplumunun değişik yönlerini incelediğinden ve sosyoloji de kendisine insan davranışını konu edindiğinden bir bilimdir. Bilim; sistematik gözlem yoluyla elde edilen bilgi kümesidir. Diğer bilim disiplinlerinin olduğu gibi sosyoloji; olguları (insan davranışlarını) daha iyi anlayabilmek için girişilen organize ve sistematik çabalardır.

Bir başka deyişle; sosyoloji; toplumun, insan davranış ve tutumu üzerine etkisini ve insanların topluma nasıl şekil verdiğini inceler. İnsanlar sosyal bir hayvan olarak kabul edildiğinden sosyologlar insanların diğer insanlarla sosyal ilişkilerini inceler. Sosyologlar; herkesin bildiği bir şeyi “*olgu*” olarak kabul etmez. Bunun yerine her bir bilgi parçasını test eder ve kayıt altına alarak diğer verilerle karşılaştırır ve analiz eder. Sosyoloji; sosyal çevreyi anlayabilmek ve açıklayabilmek için bilimsel çalışma yöntemini kullanır. Günlük yaşamın değişik yönleriyle uğraştığı için zaman zaman sosyolojinin bulguları ortak kabul görmüş çeşitli hususları yansıtır. Söz konusu bulgular ortak kabul görmüş hususları yansıtsa bile araştırmacılar tarafından test edilmesi gerekir (Schaefer ve Lamn, s. 7-9). Bu açıklamalar hukuku bilim haline koyabilmek için sosyolojinin ne kadar yaşamsal bir önem taşıdığını somut bir şekilde ortaya koymaktadır.

Diğer yandan, önemi bu kadar büyük olan sosyolojinin sadece hukuk fakülteleri bilimsel hazırlık sınıfına konulması yeterli değildir. Hukuk fakültelerinin ileriki sınıflarında hukuk sosyolojisi dersi de konulmalıdır. Hukuk sosyolojisi dersinin hukuk fakültelerinde okutulmasına birçok yönlerden gereksinim bulunmaktadır. Bunlar; a) yaşam ile hukuk arasındaki uyumsuzluk durumlarının açıklanmasına olan gereksinim b) hukuk kurallarına uyulmuyorsa bunun nedenlerinin ortaya konulması gereksinimi c) kanun koyucuyu kural koymaya, değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya iten nedenlerin bilinmesine olan gereksinim d) mahkeme kararlarını bir sosyal olgu olarak ele alıp incelemek ve mahkeme kararlarının fiili sonuçlarının neler olacağını, bu sonuçların hukukun yöneldiği ereğe uygun olup olmadığını incelemeye duyulan gereksinim e) toplumu yönlendirme ve sorunlarını çözüme hukukun etkin bir araç olarak kullanılmasına duyulan gereksinim f) Dogmatik hukuk veya örf-adet dışında “*kendiliğinden doğan*” hukuku inceleme gereksinimi g) Cumhuriyetle birlikte girilen hukuk devriminin neden ve nasıl yapıldığını, toplumsal yaşamın hangi yönleri üzerinde ne boyutlu etkili ya da etkisiz olduğunu açıklamaya duyulan gereksinim h) hukukun her zaman toplumsal yapı ya da değişimleri izlemek zorunda olmadığı, toplumsal değişme ve gelişmeyi harekete geçirici bir araç olarak bilinçli ve ussal olarak nasıl kullanılması gerektiğinin en iyi sosyolojik araştırmalar ile ortaya konulabilmesi i) kanun yapma tekniği hakkında kanun koyucuyu ikaz etmeye duyulan gereksinim i) hukukun etkinliğini, meşruiyetini açıklayacak sosyal olgular, sosyal

olgularla hukuk arasındaki etkileşimin bilinmesi, hukuk hakkındaki toplumsal değer yargılarının objektif bilgisine sahip olarak hukukun her yönüyle tanınmasına olan gereksinimdir (Bu konularda fazla bilgi için bkz., Gürkan, s. 37- 42). Sayılan bu hususları kendisine konu yapmış bulunan hukuk sosyolojisi, Türkiye açısından yaşamsal bir öneme sahiptir.

Diğer yandan; genel sosyoloji ile hukuk sosyolojisi arasında ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi de bulunmaktadır. Can'ın isabetli olarak belirttiği üzere, her ne kadar hukuk sosyolojisi özgün bir adla ortaya çıksa da genel sosyolojinin bir dalıdır ve araştırma yöntemi açısından genel sosyolojinin kullandığı yöntemleri kullanır. Hukuk sosyolojisi ile genel sosyoloji arasındaki tek fark; öncekinin kendisine konu olarak hukuksal görünümlü olguları seçmesidir. Sosyoloji bilimi açısından hukuk bir sosyal olgudur ve bu olgu henüz hukuk kuralı haline gelmeden önce de bireyin iradesi üzerinde etkili olabilmektedir. Bu açıdan hukuk kurallarının sosyo-moral ya da psiko-sosyal kökenlerinin gelişme ve değişme koşullarının, diğer unsurlarla örneğin gelenekle olan karşılıklı bağımlılık durumlarının araştırılması, olguların hukuksal görünümünün somut yansımalarıdır. Bu tür hukuksal görünümünün tam olarak kavranması, bir başka deyişle dogmatik hukukun betimleyicilik sınırlarının ötesine geçebilen ve nedensellik ilişkilerini öne alarak "açıklayıcılık" görevini üstlenen bir bilim dalı olarak hukuk sosyolojisine duyulan gereksinim oldukça büyüktür (Fazla bilgi için bkz., Can, s. 1- 14).

Hukuku bilim haline getirebilmek için hukuk fakülteleri bilimsel hazırlık sınıfına konulacak derslerden bir başkası kanımca matematik olmalıdır. Matematik sadece hukuk açısından önem taşımakla kalmakta, bunun yanında mantık, ekonomi ve istatistik bilimleri açısından da önem taşımaktadır. Karayalçın'ın belirttiği gibi günümüzde matematik mantığı ortaya çıkmış ve mantıkla ilgili konu ve görüşler matematikteki sembollerle ifade edilmiştir. Yine olay ve görüşlerin matematik semboller kullanılarak açıklanmasının sağladığı berraklık, yalınlık ve kısalık nedenleriyle ekonomide de yoğun bir şekilde matematik kullanılmaktadır. Hukuk olaylarını ekonomi yardımıyla açıklamaya çalışan "hukukun ekonomik tahlili" görüşü yanında matematik (sembolik) mantığını hukuk alanında da uygulamaya çalışan yeni bir görüş olan matematik hukuku görüşü gelişmektedir (Karayalçın, s. 74). Diğer yandan, istatistiği hukuka etkin bir şekilde uygulayabilmek için de, temel

matematik bilgisine sahip olmaya gereksinim bulunmaktadır. Temel matematik bilgisine sahip olunmadan istatistiğin en temel ilkelerini bile anlamak oldukça zordur.

Bilimsel hazırlık sınıfına matematik dersinin konulmasının çok çeşitli faydaları bulunmaktadır. Matematik kavram ve semboller hukuk alanında kullanılırsa; soyutlama yapmak ve tutarlı, sistematik düşünme gücünü geliştirmek olanaklı hale gelir. Gerçekte mantık-matematik-hukuk arasında sıkı bir bağlantı vardır ve güçlü hukukçular daha çok mantık ve matematik alanında başarılı olan kimselerdir (Karayalçın, s. 74).

Türkiye’de hukuku bilim haline getirmek için hukuk fakülteleri bilimsel hazırlık sınıfına konulacak derslerden bir diğeri, kanımca, psikoloji olmalıdır. Psikoloji; kişilik ve kişisel davranışları inceler (Schaefer ve Lamn, s. 8). Hukukun yaratılış sürecinde öncelikle bir takım davranış kalıpları ortaya çıkar. Psikoloji bilimi, bir insanın, ilk karşılaştığı bir durum karşısında nasıl davranacağını önceden kestirilemeyeceğini, fakat aynı kişinin aynı durumla tekrar tekrar karşılaşması halinde daima aynı davranışı tekrarladığını kabul etmektedir. Yine, birbirleriyle karşılıklı ilişki halinde bulunan insanların belirli durumlar karşısındaki davranışları benzerlik göstermekte, bu durum ise adetlerin doğumuna yol açmaktadır. Diğer yandan, kişilerin mensup oldukları grup, onların gözünde olumlu bir değeri ifade etmekte, kişiler farkına varmadan uydukları davranış biçimlerinin bu grup tarafından emredildiği kanısına sahip bulunmaktadır. Böylelikle yeni durumlar karşısında belirli bir davranış önce tekrarlanmakla kollektif alışkanlıklar haline gelmekte, toplulukça benimsenmeleri sonucunda da soyut normlar düzeyine yükselmektedir. Ne zaman belirli bir durum ya da uygulama sürgit biçimde yerleşirse, o çevrede, bu durumun, adalete uygun olduğu, mutlaka yapılması gerektiği yolunda bir fikir ortaya çıkmakta ve davranış kalıbından soyut norm düzeyine ulaşılmaktadır (Bu konularda geniş bilgi için bkz., Gürkan, s. 56, 57). Soyut norma dolayısıyla hukuka nasıl ulaşıldığını anlamak bakımından yaşamsal bir önem taşıyan psikolojiye değer vermek kaçınılmazdır. Diğer yandan, kanımca, psikoloji dersini tamamlamak üzere hukuk fakültelerinin ileri sınıflarında, adli psikoloji dersinin de zorunlu ders olarak okutulmasına gereksinim bulunmaktadır. Çünkü adli psikolojiyi öğrenmenin; suçluyu tanımak, ceza hukuku kurumlarının anlaşılmasını sağlamak, yargılama hatalarını önlemek ve suçlunun ıslahını sağlamak gibi çok önemli faydaları bulunmaktadır

(Bu konularda geniş bilgi için bkz., Erem, *Adalet Psikolojisi*, s. 1-4). Bu kadar önemli faydaları olan adalet psikoloji alanında derin bir bilgiye sahip olmanın temel şartı, kanımca, temel bir psikoloji bilgisine sahip olmaktır.

Hukuku bilim kılabilmek için kanımca, hukuk fakülteleri bilimsel hazırlık sınıfına konulması gereken bir diğer ders; davranış bilimi derisi olmalıdır. Hafizoğulları'na göre hukukun amacı; toplumun varlığı şartlarının teminat altına alınması, ortak yaşamın zorunlu ve temel koşullarının sağlanmasıdır. Hukukun teminat altına alacağı ortak yaşam; birlikte yaşama ve birlikte yapmadır. Bu durum, insani varlıklar arasında sürgit bir şekilde insani ilişkiler doğurmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak, çeşitli insani ilişkiler, kişisel veya toplu olarak birbirleriyle karşı karşıya gelmekte, bunun gibi, o menfaatleri tatmine yönelen insani davranış ve iradeler karşılaşmakta ve çatışmaktadır. Bu yüzden toplumda birlikte yaşayan ve birlikte yapan sүйeler arasında "*çıkarcı çatışması*" ve "*irade uyumsuzlukları*" ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, ortak yaşamın teminat altına alınabilmesi için uyumsuzlukların çözülmesi, bir başka deyişle, her bir sүйenin menfaat veya davranış özgürlüğünün diğerinin menfaat veya davranış özgürlüğüyle uyarlanması gerekir. Bundan ötürü hukuk, karşılıklı yaşam ilişkilerinde, çeşitli kişisel ve toplu sүйelerin çıkar ve iradeleri arasında bir düzen sağlama olarak ortaya çıkmaktadır (Bu konularda geniş bilgi için bkz., Hafizoğulları, s. 21-23).

Hukuk zorunlu olarak kişilerin iradesine yönelik bulunmakta ve onlardan belirli bir biçimde davranmayı istemektedir. İstemek bir şeyi buyurmak demektir. Bu açıdan hukuk, emirler ve yasaklar bütünü olup ifadesini davranış kurallarında bulmaktadır (Hafizoğulları, s. 320). Bu kadar önemi büyük olan davranış kurallarının ayrı bir ders olarak okutulması, kanımca, hukukun bilimselleştirilmesine önemli bir katkı sağlayacaktır.

Hukuku bilim haline getirmek için bilimsel hazırlık sınıfına konulacak derslerden bir başkası, kanımca, felsefe olmalıdır. Geleneksel anlamda felsefe, varlığın en geniş ve genel sorunlarına yanıt bulma amacını taşımaktadır. Teorik felsefe çalışmaları, varlığın ve bilginin ilk ilkelerini incelemekte, insan bilgisinin sınırları, ruhi ve fiziki arasındaki ilgi, insan yaşamının amacı ve anlamı gibi en geniş sorunlara değinmekte ve ontoloji (varlık teorisi), metafizik (fizikötesi), epistemoloji (bilgi teorisi), mantık, psikoloji ve estetik gibi bölümlere ayrılmaktadır. Teorik felsefe çalışmaları, çağımızda çoğunlukla bilgi teorisi sorunlarına yönelme eğilimi göster-

mektedir (Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 8). Kanımca, hukuk fakülteleri bilimsel hazırlık sınıfına konması gereken felsefe dersi, hukuk fakültelerinin ileriki sınıflarında okutulan hukuk felsefesi ile iyi bir şekilde bütünleşebilmesi için teorik felsefe dersi (ontoloji, metafizik ve epistemoloji bölümlerine ayrılmış) niteliğinde olmalıdır. Çünkü Del Vecchio'nun da belirttiği üzere, hukuk kavramını tanımlama amacını güden hukuk felsefesi, varlığın ve bilginin ilk ilkelerini araştıran teorik felsefeyle, özellikle epistemoloji (bilgi teorisi) ile ilişki kurmak zorundadır (Geniş bilgi için bkz., Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 8 vd.). Kanımca, hukuku bütünsel açıdan inceleyen hukuk felsefesini öğrenmeden bir kişinin iyi bir hukukçu olması olanaklı değildir. Hukuk felsefesinde derin bir bilgiye sahip olmanın temel koşulu da, kuramsal bir felsefi bilgiye sahip olmaktır.

Holmes'in; geleceğin hukukçusunun iyi bir ekonomi bilgisine sahip olan kimse olduğu fikrinden hareket edilerek, ekonomi dersine özel bir önem verilmeli, kanımca, hukuk fakülteleri 1. sınıfında okutulan ekonomi dersi, hukuk fakültesi bilimsel hazırlık sınıfında alınmalıdır. Bilimsel hazırlık sınıfında okutulması gereken ekonomi dersi mikro ve makro ekonomi olmak üzere iki bölüm halinde okutulmalıdır. Bilindiği üzere mikro ekonomi; tüketici, firma ve faktör sahipleri gibi kişisel karar birimlerinin ekonomik davranışını ve serbest teşebbüs koşullarında, sektörel piyasaların işleyişini inceler. Buna karşın; makro ekonomi; toplam veya birleştirilmiş üretim, ulusal gelir, ulusal istihdam, tüketim ve yatırım seviyesi ve ekonominin bütünsel açıdan fiyat seviyesi gibi konularını inceler. Mikro ve makro ekonominin sunduğu analiz araçları oldukça faydalı ve önemlidir. Gerçekten de makro ekonomi sık sık bir ülkenin gündemini belirlemede, mikro ekonomi ise günümüzün çok önemli ekonomik ve sosyal sorunlarını açıklamaya çalışmaktadır. Bu sorunlar; enerji fiyatlarının yüksekliği, gönenç programları, çevre kirliliği, kira bedeli sınırlaması, en az ücret, güvenlik düzenlemeleri, artan tıbbi hizmetler, tekellilik, suç ve ceza, sendikalar, ayrımcılık, vergilenme ve diğer birçok konu olabilmektedir (Salvatore, s. 8).

Diğer yandan, günümüzde ekonomik olarak gelişmiş çağcıl batı ülkeleri; bir hukuk normu (kanun, tüzük vb) oluştururken, "*Düzenleyici Etki Analizi*" (Regulatory Impact Analysis) yöntemini kullanmaya başlamışlardır. Çünkü bu ülkeler, bir hukuk normunun ne gibi ekonomik etkiler doğuracağını, hukuk normu konulmasının ekonomik olup olmayacağını veya hukuk normunun ekonomik düzende ne gibi değişiklikler yapacağını öneminin farkına varmışlar ve bunu da bahsedilen analiz

yöntemiyle incelemeye başlamışlardır. Bir hukukçunun ekonomi bilgisine sahip olmadan “Düzenleyici Etki Analizi”ni yapabilmesi ham bir hayaldir. Önemi oldukça büyük olan ekonomi bilimine, hukukçuların özel bir değer vermesi kaçınılmaz bir zorunluluktur.

Hukuku bilim kılabilmek için hukuk fakülteleri hazırlık sınıfına son olarak (ancak önem açısından son değil) antropoloji dersi konulmalıdır. İnsanın ve insan gruplarının incelenmesi denilen antropoloji; çeşitli dallara ayrılmaktadır. Bunlardan kültürel antropoloji; bir grubun, toplumsal yapıların temeli olarak düşünülen ve kişilikle olan ilişkileri açısından ele alınan inançlarının ve kurumlarının incelenmesini konu alır. Kültürel antropolojiyle yakın ilişki içerisinde bulunan ve çoğu zaman kültürel antropoloji yerine kullanılan bir başka antropoloji dalı da toplumsal antropolojidir. Toplumsal antropoloji; bir grubun yapılarının incelenmesini ele alır (Antropoloji konusunda geniş bilgi için bkz., *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, C. 2, s. 699, 700). Bilimsel hazırlık sınıfında okutulması gereken antropoloji dersinde, hukukla yakın ilişki içerisinde bulunan kültürel ve toplumsal antropoloji konularının incelenmesi, kanımca, hukuku bilim haline getirebilmek açısından büyük yararlar sağlayacaktır.

SONUÇ

Hukuk biliminin amacı; bütün durumlarda ortak öğeleri bulunan hukuksal davranışlar hakkında doğru önermelerde bulunmaktır. Hukuk önermelerde bulunurken onların mantıki bir sistem içerisinde sunulmasına dikkate eder. Bu açılardan hukuk bilimi; önermelerini gözlemlerden oluşturan çağcıl ekonomi, biyoloji ve fizikle aynı yöntemi takip eder. Buna karşın çağcıl matematik varsayımlarla hareket eder ve varsayımlarının doğru veya yanlış olduğuna bakmaksızın varsayımların tutarlı olmasını yeterli bulur. Matematikteki durum dışında çağcıl bilim, bir dereceye kadar en azından başlangıç varsayımlarının ampirik olarak geçerli olmasına büyük önem verir. Çağcıl bilim, ampirik verilere dayalı olarak başlangıç varsayımlarını yürürlüğe sokarken kaçınılmaz bir şekilde diyalektik yöntemi kullanır. Diyalektik yöntem sayesinde çağcıl bilim, alması olasıları göz önüne alabilir, uygunsuzlukları gözlemleyebilir, olası sonuçları kestirebilir ve üzerinde çalıştığı konuda yeni ilişkileri algılayabilir. Aynı zamanda diyalektik süreç gözlemlerle sürgit bir şekilde düzeltilir ve gözlemler de diyalektik süreç sayesinde sürekli bir şekilde arı hale getirilir (Cairns, s. 129).

Hukuk bilimi; sonul olarak hükmünü formüle ettiği zaman, söz konusu hükmün, bilimin bütün özelliklerini taşıdığı varsayılır. Bir başka deyişle hükmün, bir seri koyutlardan (postülyasyonlardan) çıkarıldığı varsayılır. Bununla birlikte; koyutların, rasyonel bir insan tarafından tartışılmayacak ölçüde kendiliğinden doğru (self-evident) belit (aksiyom) olduğu söylenemez. Hukuki önermeleri temel olarak, üzerinde tartışmanın yapılması gerekli olan hipotez veya sayıltı (assumption) olarak adlandırabiliriz. Hiç bir bilim dalında hatta matematikte bile bütün sayıltılar sağlam bir zemin üzerine temellendirilemez. Matematikte geçerli sayıltılar kanıtı gerek olmadan doğru olarak kabul edilir. Bunla birlikte bilimde, özellikle sosyal bilimlerde, koyut veya hipotezlerin geçerliliği nedensellik ilişkisiyle değil, veriler arasındaki ilişkilere bakılarak doğru olma olasılığıyla belirlenir. Hatta sosyal bilimlerde elde edilen sonuç; sonul (nihai) doğru olarak da kabul edilmez, sonucun sürgit bir şekilde değişebileceği kabul edilir. Bir başka deyişle, verilerin farklı olması durumunda farklı bir hipotez kurmanın gerekli olabileceği düşünülür. Herhangi bir bilim dalında bütün sayıltıları göstermek olanaklı olmasa da, üzerinde anlaşılan koyutlar, o alandaki tartışmayı sınırlandırır. Herhangi bir bilimsel araştırmada varsayımların sınırlandırılması evrensel bir yöntemdir. Bununla birlikte, varsayımların sınırlandırılması sonucu, araştırmadan yapılacak çıkarımların yeni bir bulguya yol açamayacağı iddiası doğru değildir. Bilimin tarihçesinin incelenmesinden; söz konusu iddianın aksine, birçok yeni bulgunun ortaya çıktığı görülmüştür (Cairns, s. 134).

Yukarıdaki açıklamalardan da kolaylıkla çıkarılacağı üzere Türkiye’de hukuk eğitimi hukuk bilimi niteliğini kazanamamıştır. Esasen Türkiye’deki hukuk eğitiminin bilim niteliğini kazanmaması değil, kazanması şaşırtıcıdır. Çünkü Türkiye’deki hukuk fakülteleri öğretim üyeleri basmakalıp ithal bilgilerle donanmış olup, bilgilerinin Türkiye’deki sosyal olgular üzerine oturtamamıştır. Sosyal olgular üzerine oturmayan bir hukuk bilgisinin ise sağlam bir zemine sahip olamayacağı açıktır.

Türkiye’deki hukuk eğitiminde Wallace’nin dairesel bilim döngüsü işlememekte, bir başka deyişle, hukuk eğitiminde o da ithal olmak üzere sadece kuram ve hipotez aşamaları kullanılmaktadır. Hukuk fakülteleri öğretim elemanlarının basmakalıp, ithal kuram ve bilgilerle donatılmasının oldukça tehlikeli sonuçları bulunmaktadır. Çünkü öğretim elemanlarının sahip olduğu bilgi, alındığı ülke bakımından bile geçerliliğini yi-

tirebilmektedir. Hukuk bilimi; elde edilen bilginin statik değil, devingen olduğu esasını benimser. Yukarıda da anlatıldığı üzere insanoğlu sürgit bir şekilde yeniden yapılanma sürecinde bulunmakta dolayısıyla belirli bir dönemde doğru olarak kabul edilen bir bilgi, başka bir dönemde geçerliliğini yitirebilmektedir. Hukuk bilimi, statik olarak elde edilen ve sürgit bir şekilde gözden geçirilmeyen bilgiye pek fazla değer vermez. Alındığı ülke bakımından bile geçerliliğini yitirebilen bir hukuk bilgisinin, Türkiye’de açısından evleviyetle geçerliliğini yitirebilecektir.

Daha da vahim olan durum, Türkiye’deki hukuk fakültelerinde eğitim görevinin; bilim malzemesinin öğrencilere aktarılması olduğu düşüncesidir. Hirsch ve Çernis’in belirttiği üzere gerçek bir hukukçunun en önemli ayırıcı ve karakteristik özelliği; hukuki tarzda düşünme alışanlık ve yetisine sahip olmasıdır. Yine, Schwarz’ın sürgit bir şekilde tekrarladığı üzere hukuki düşünceye sahip olarak yetiştirilemeyen hukuk fakültesi öğrencileri, hiç bir zaman iyi bir hukukçu ve hukukun uygulayıcısı olamazlar. Hirsch ve Çernis’in isabetli olarak belirttikleri gibi hukukçun değeri, bilgi derecesi ile değil, bilgisini uygulama yeteneği ile ölçülür (Fazla bilgi için bkz., Hirsch ve Çernis, s. 1-4).

Hukuk alanında bilimsel çalışma iki türlü olur. Bunlardan ilki, sezgi veya ilham sonucu yeni ve doğru bir hukuki kuram kurulması ve hipotezlerin oluşturulması, bir başka deyişle, bir hukuk okulunun kurulmasıdır. Yeni bir hukuk okulu kurulması, olanaksız olmasa bile çok zordur. Çünkü çeşitli hukuk okulları (Faydacı Hukuk Okulu, Tarihçi Hukuk Okulu gibi) zaten kurulmuştur. Ortaya konan okullara ek ve farklı bir okul oluşturmak için dahi olmak gerekir. Ancak dahillik vasfını Tanrı bir elin parmaklarını geçmeyecek kadar az kimselere nasip etmiştir. Bu açıdan yeni bir hukuk okulunun kurulması için bir dahinin ortaya çıkmasını beklemek gerekecektir ki, bunun olasılığı, sığra yakındır. İkinci tür bilimsel çalışma ise hipotez veya kuramların hukuksal olgulara uygulanması sonucu doğruluğunun test edilmesi (tümdengelim) veya hukuksal olguların incelenerek yeni hipotezlerin (tümevarım) ileri sürülmesidir. Çeşitli defalar anlatıldığı üzere Türkiye’deki hukuk fakültelerinde öğretilen hukuk bilgisi, hukuksal olgulara dayalı bulunmamakta, ithal kuram ve hipotezlerin öğrencilere aktarılması ile yetinilmektedir.

Türkiye’de öğretilen hukukun, hukuk bilimi niteliğine sahip olmaması yüzünden ülkemizde gerçek anlamda bir hukuk reformu ya-

pılamamaktadır. Son yıllarda bir takım ana kanunların (örneğin, Türk Ceza Kanunu, Türk Medeni Kanunu gibi) yürürlüğe sokulması da Türkiye’de gerçek anlamda bir hukuk reformunun yapıldığının göstergesi olamaz. Çünkü gerçek anlamda bir hukuk reformu; sosyal olgulara dayalı olarak hukuksal düzenlemelerin yapılmasını gerektirir. Halbuki Türkiye’de yapılan hukuksal düzenlemelerde genel olarak sosyal olgular dikkate alınmamakta, bir başka deyişle sosyal gereksinimlere göre düzenleme yapılmamakta, bir takım basmakalıp ilkelere göre düzenleme yapılmaktadır. Sosyal olgulara dayalı olarak yapılmayan dogmatik hukuki düzenlemelerin ise gerçek bir hukuk reformunu oluşturamayacağı açıktır. Bundan başka gerçek anlamda bir hukuk reformunun yapılabilmesi için sosyal olgulardaki değişimlerle koşut olarak hukuki düzenlemelerin de yapılması gerekir ki, dünyada ve Türkiye’de sosyal olgular baş döndürücü bir tarzda değişirken çok geç bir şekilde Türk Medeni Kanunu yaklaşık 75 yıl, Türk Ceza Kanunu ise yaklaşık seksen yıl sonra değiştirilmiş, değiştirilirken de sosyal olgular ya hiç dikkate alınmamış ya da gereği gibi dikkate alınmamıştır.

Türk hukuk sisteminin özellikle ana kanunların sosyal olay veya olguları dikkate almadığına sayısız örnek bulunabilir. Örneğin; 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 82. maddesinde kasten adam öldürme suçunun işlenmesi halinde kişiye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verileceği haller sayılırken; bu maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde; “*tasarlayarak*” haline yer verilmektedir. Her ne kadar gerekçede açıklayıcı bir hüküm olmasa da, kanımca, yeni Türk Ceza Kanunu’nun bu bendinde ifade edilen “*tasarlayarak*” ibaresi ile yürürlükten kaldırılmış Türk Ceza Kanunu’nun 450. maddesinde ifade edilen “*taammüt*” kavramı somutlaştırılmıştır. Tasarlayarak adam öldürme suçlarında faile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının verilmesinin gerekçesi olarak; suçun iyi hazırlanmış, iyi tertiplendiği ileri sürülür. Bu hazırlık ve tertip (pusu kurmak, suç mağdurunun hile ile öldürüleceği yere getirilmesi vb.) suçun sonuçlanmasını daha güvenli ve kesin bir hale getirir ve olay anında mağdurunun kendini koruma olanağını da ortadan kaldırmış veya etkisiz kılmış olur. İşte bu “*tasarlama*” cezanın artırılması için bir neden sayılmalıdır (Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Erem ve Toroslu, s. 421). Suçun iyi tasarlanmış ve bu nedenle mağdurun kendisini koruma olanağının kaldırılmış veya azaltılmış olması, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilmesini haklı gösteren bir ölçü değildir. Erem ve Toroslu’nun isabetli olarak belirttiği üzere; ani olarak işlendiği halde mağdurun kendisini

koruma olanağını tamamen ortadan kaldıran cinayetlere rastlandığı gibi, tasarlayarak işlendiği halde mağdurun fiilen kendisini müdafaa olanağı bulduğu olaylar da az değildir. Yazarlar; tasarlayarak adam öldürme suçunun daha ağır bir şekilde cezalandırılması yönündeki görüşlerin doğru olabilmesi için suç istatistiklerinde teşebbüs halinde kalmış tasarlayarak adam öldürme suçunun, diğer adam öldürme suçlarına kıyasla daha az bir yüzdelik dilime sahip olması gerektiğini, halbuki bunun aksini gösteren istatistiklere rastlanıldığını ifade etmektedirler. Yine, Yazarlar, iyi tertiplenmiş, iyi tasarlanmış her suç için daha ağır bir ceza vermek gerekirse haklı olarak neden örneğin dolandırıcılık suçunda “tasarlanma” halinin ağırlaştırıcı bir neden olarak dikkate alınmadığını ileri sürmektedirler (Erem ve Toroslu, s. 421). Kanımca, sosyal olgular dikkate alınmayarak konulan böyle bir hükümden dolayı yakın gelecekte uygulamada büyük sorunlarla karşılaşılabilir.

Ana kanunların hazırlanmasında sosyal olguların dikkate alınmasına bir başka örnek, 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’ndan verilecektir. Türk Medeni Kanunu’nun 386. maddesinde; konutların, tarıma veya sanayiye elverişli taşınmazların, eklentileriyle birlikte aile yurdu haline getirilebileceği ifade edilmekte ve 386 ncı maddeden başlayarak 395. maddeye kadar (395 dahil) aile yurduna yönelik hükümlere yer verilmektedir. Halbuki Türkiye’de aile yurdunun uygulaması bulunmamaktadır. Uygulaması bulunmayan aile yurdu kurumuna yer verilerek sosyal gerçekler ters yüz edilmiştir.

Türkiye’de hukukun bir bilim daha doğru deyişle sosyal bir bilim haline getirilememesinin bir başka acı sonucu; Türkiye’nin çağcılılaşması açısından bir kilometre taşı teşkil eden Türk Hukuk Devrimi’nin, özellikle kırsal kesim üzerindeki etkisinin oldukça sınırlı kalmasıdır. Örneğin günümüzde bile Türkiye’nin birçok yerinde özellikle kırsal kesimde kız çocuklarına miras verilmemekte, birden çok kadınla evlilik ve sadece imam nikahı yaygın bulunmakta, bu fiili durumlar ise Türk Medeni Kanunu ve Türk Ceza Kanunu’nun getirdiği esaslara uygun düşmemektedir. Eğer Türkiye’de hukuk bilim haline getirilebilseydi, kız çocuklarına miras verilmemesi, çok kadınla evlilik ve imam nikahı olguları konusunda ampirik araştırmalar yapılır ve ampirik araştırmalar sonucu bulunacak sonuçları ortadan kaldırmak ve Türk Hukuk Devrimi’nin felsefesini tam anlamıyla yaşama yansıtmak üzere örneğin rızaya dayansa bile kız çocukların miras hakkını ortadan kaldıran mirası taksim

sözleşmelerinin geçersiz kılınması, medeni nikahın kolaylaştırılması ve medeni nikah olmadan imam nikahı kıyanlar ve kıydıranlar için öngörülen cezaların etkinliğini sağlayacak hükümlerin konulması gerekirdi (Bu konuda geniş bilgi ve karşılaştırma için bkz., Gürkan, s. 73-75).

Hukuku bilim haline getirememenin bir başka acı sonucu; Türkiye'nin bir mevzuat kirlenmesi sorunuyla karşı karşıya kalmasıdır. Kanun koyucu kimi durumlarda sosyal olguları ya hiç ya da gereği gibi dikkate almayarak veya belirli bir konuda düzenleme yapılmasına gereksinim bulunup bulunmadığını incelemeyen hemen yasa çıkartmak yoluna gitmekte, yasanın sosyal olgularla veya toplumda kendiliğinden oluşan hukukla (yaşayan hukukla) veya diğer hukuksal düzenlemelerle uyuşup uyuşmadığını dikkate almamaktadır. Sosyal olgular veya toplumda yaşayan hukuk veya diğer düzenlemeler dikkate alınmadan çıkartılan yasaların uygulama yetisinin olmadığı, sadece mevzuat hacminin kabarmasına yol açtığı ortadadır. Kimi durumlarda da kanun koyucu; normatif evrensel bir etik değer yerine kendi dünya, siyasi veya ideolojik düşüncesini mevzuat yaparak söz konusu düşüncesine hukuki bir kılıf giydirmeye çalışmaktadır ki, bu tutumun da, Türkiye'de ciltler dolusu mevzuat setiyle karşılaşılmasına yol açtığı açıktır.

Burada bir hususun belirtilmesi yerinde olacaktır. Bilimin en büyük düşmanı sayılan ideoloji; bulaşması durumunda hukuksal metinlerin oluşturulmasının yanı sıra yapılacak ampirik hukuksal çalışmalara da büyük zarar verir. Loevinger'in isabetli olarak belirttiği üzere, hukuksal olgular hakkında yapılacak her türlü çalışmada ideolojik düşünceden sıyrılmalıdır. Gerçekten de, yazara göre, bilim ve ideoloji birbiriyle kaçınılmaz bir şekilde uyuşmazlık içerisinde bulunmaktadır. İdeoloji belirli bir düşünceyi kabul ederek ondan sonuç çıkarır ve her türlü veri ile ikincil önermelerin çıkarılan sonucu desteklemesi için uğraşır. Buna karşın bilim, olaya bir soruyla başlar ve ileri sürdüğü tüm hipotezlerin kesin ve sonul olmamasını ister; topladığı verilerin, ileri sürdüğü hipotezi desteklemesi veya desteklememesine aldırmaşızın verileri nesnel bir şekilde toplar ve sonucu da topladığı verilerden çıkarır. İdeoloji inanca dayalıdır buna karşın bilim şüphecidir. İdeoloji ve bilim düşünsel ve felsefi açıdan birbirinin zıddıdır. İdeoloji, insanların faaliyetlerini kısıtladığı gibi bilimi de kısıtlar (bkz., Loevinger, s. 22).

Türkiye'de hukuku bilim haline getirmek için vakit kaybedilmeden çalışmalara başlanılmalıdır. Her ne kadar bu zamana kadar (en azından

2005-2006 öğretim yılında uygulamaya geçmese de, Yüksek Öğretim Kurulu (YÖK) 2005 yılında bir ilke kararı olarak Türkiye'deki hukuk fakültelerinin beş yıla çıkartılmasını kabul etmiştir. Hukuk fakültele-
rinin beş yıla çıkarılacak olması olanağından da yararlanılarak, hukuk fakültelerinin ilk yılı bilimsel hazırlık sınıfı olarak kabul edilmeli ve söz konusu sınıfta hukuku bilimsel hale getirecek dersler verilmelidir. Daha somut bir deyişle, hukuk fakültesi öğrencilerine bilimsel hazırlık sınıfında; bilim yöntemi, mantık, felsefe, sosyoloji, psikoloji, antropoloji, ekonomi, davranış bilimi, etik, istatistik ve matematik dersleri verilmeli, bilimsel hazırlık sınıfını geçemeyen öğrencilerin hukuk fakültesi 1. sınıfına geçmesine izin verilmemelidir. Bu yapılmazsa, hukukun bilimsel kılınamamasının acı sonuçlarını, Türk toplumunun sürgit bir şekilde hissetmeye devam edeceği unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Cairns, Huntingon, *The Theory of Legal Science*, The University of North Carolina Press, Chaper Hill-1941.
- Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, Interpress Basın ve Yayıncılık A. Ş. Milliyet, 1992.
- Can, Cahit, *Oluşum Süreci İçerisindeki Hukuk Sosyolojisi*, Savaş Yayınları, Ankara, 1992.
- Dursun, H., *Suçun Ekonomik Modelleri*, DPT Yayınları, Ankara, 1997.
- Erem, Faruk, *Adalet Psikolojisi*, Genişletilmiş Dördüncü Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından: 161, Ankara-1961.
- Erem, Faruk ve Toroslu, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Ders Kitabı*, Ankara, 1975.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999.
- Healey, F. Joseph, *Statistics A Tool For Social Research*, Third Edition, Wadsworth Inc. 1993.
- Hirsch, Ernest ve Çernis, Volf, *Pratik Hukukta Metot*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 1997.
- Kaptan, Saim, *Bilimsel Araştırma ve İstatistik Yöntemleri*, Ankara, 1993.
- Karayağcın, Yaşar, *Hukukda Öğretim Kaynaklar-Metod Problem Çözme*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 1994.

- Loevinger, Lee, *Jurimetrics: Science in Law*, Editör William A. Thomas, *Scientists in the Legal System Tolerated Meddlers or Essential Contributors*, Ann Arbor Science, 1974.
- Mendenhall, William - Wackerly D. - Dennis - Scheaffer, L. Richard, *Mathematical Statistics with Applications*, Fourth Edition, Duxbury Press, PWS-Kent Publishing Company, California, 1990.
- Neter, John - Wasserman, William Whitmore, G. A. *Applied Statistics*, Allyn and Bacon, 1978, USA.
- Salvatore, Dominick, *Microeconomics*, Harper Collins Publishers Inc., New York, 1991.
- Schaefer, T. Richard ve Lamn, P. Robert, *Sociology*, Fourth Edition, McGraw-Hill, Inc. 1992.
- Seyidoğlu, Halil, *Bilimsel Araştırma ve Yöntemi El Kitabı*, Güzem Yayınları: No: 10, Geliştirilmiş 6. Baskı, İstanbul, 1995.

DÜZELTME

Bu makalenin yazarı Hasan Dursun'un, *Dergi'* mizin 61. sayısının 374-421. sayfalarında yayımlanan "Adli Birimlerde Görülen Yolsuzluklar ve Alınması Gereken Karşı Önlemler" adlı makalenin kaynakçası, dizgi sırasında oluşan karışıklıktan dolayı yayımlanamamıştır. Bu sayıda sözü edilen makalenin kaynakçası yayımlanmaktadır. Özür dileriz.

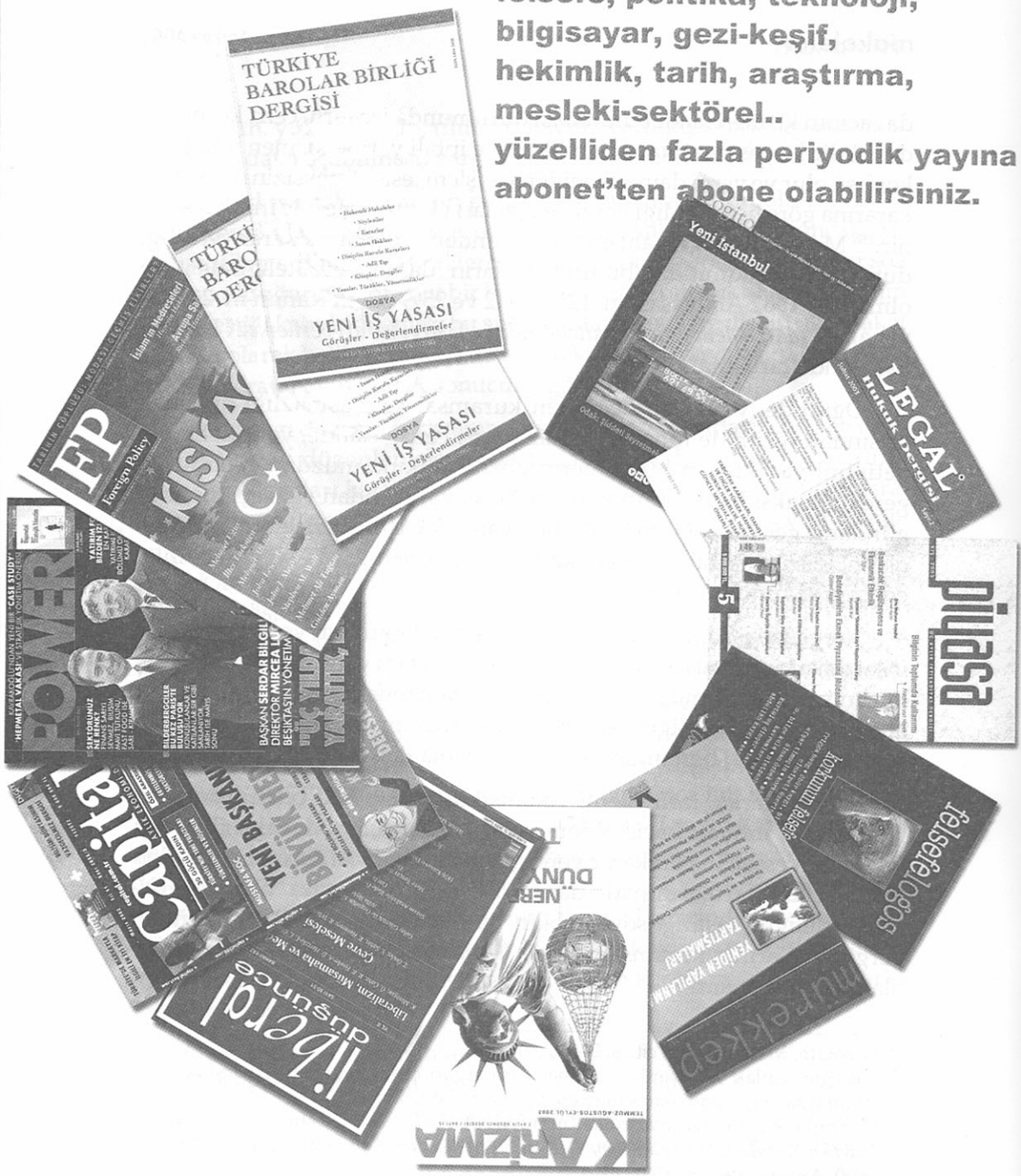
KAYNAKÇA

- Abadinsky, Howard, *Organized Crime, Third Edition*, Nelson-Hall Inc. Chicago, 1991.
- Buscaglia, Edgardo, *An Economic and Jurimetric Analysis of Official Corruption in the Courts*, Vienna, 2001. <http://www.odccp.org:80/adhoc/crime/gpacpublications/cicp12.pdf>.
- Cressey, R. Donald, *Criminal Organization Its Elementary Forms*, Heinemann Educational Books (HEB), London-1972.
- Dursun, Hasan, *Suçun Ekonomik Modelleri*, DPT Yayınları, Ankara, 1997.
- Erem, Faruk, *Ceza Usulü Hukuku*, İkinci Baskı, AÜHF Yayınları No. 231, Ankara 1968.

- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Yenilenmiş 5. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2002.
- Jayawickrama, N - Pope, J. ve Stolpe, O., "Legal Provisions To Facilitate The Gathering of Evidence In Corruption Cases", *Easing The Burden of Proof. Forum on Crime and Society* adlı kitabın içinde yayımlanmıştır. Editör, Jan Van Dick ve Vincenzo Ruggiero, Volume 2 Number 1, December 2002, United Nations, New York 2002.
- Kunter, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Dokuzuncu Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1989.
- Langseth, Petter, "Strengthening Judicial Integrity and Capacity Through an Integrated Approach", *Forum on Crime and Society* adlı kitabın içinde yayımlanmıştır. Editör, Jan Van Dick ve Vincenzo Ruggiero, Volume 2 Number 1, December 2002, United Nations, New York 2002.
- Ökçesiz, Hayrettin, *İstanbul Barosu Çevresi Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1999.
- Passas, Nicos, "A Structural Analysis of Corruption: The Role of Criminogenic Asymetries", *Transnational Organized Crime*, Volume 4, Number 1. Spring 1998.
- Sevimli, Zekeriya, *Ceza İnfaz Kurumlarında Güvenlik*, Ankara Açık Cezaevi, Ankara 2000.
- Sinha, S. N. P. N., The Scenario for Whistleblowers in India. <http://www.adb.org/Documents/Books/Controlling-Corruption/chapter5.pdf> *Controlling Corruption in Asia and the Pacific* adlı kitabın içerisinde yayımlanmıştır. Asian Development Bank, 2004.
- Tosun, Öztekin, "Yargılamanın Çabuklaştırılması ile Adaletin Bir An Önce Gerçekleştirilmesi İçin Çareler", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 58, S. 7, 8, 9, 1984.
- Van Duyne, Petrus, "Combatting Corrupting: Acts and Attitudes", *Five Issues in European Criminal Justice* adlı kitabın içerisinde yayımlanmıştır. Editör, Matti Joutsen, Heun 1999.
- Williams, Hubert, "Core Factors of Police Corruption Across The World", *Forum on Crime and Society* adlı kitabın içinde yayımlanmıştır. Editör, Jan Van Dick ve Vincenzo Ruggiero, Volume 2 Number 1, December 2002, United Nations, New York 2002.
- Wroblewski, M. Henry - Hess, M. Karen, *Introduction to Law Enforcement and Criminal Justice. Third Edition*, West Publishing Company, 1990.
- Uyar, Talih, "İcra Hukukunda Süreler" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 17, S. 55, Kasım-Aralık 2004.

- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1992.
- “... Cezaların İnfazının Kriminolojik Bir Çerçeve İncelenmesi”, *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*. İzmir Barosu Yayını, Birinci Basım, Ekim 2000.
- ... *Organize Suça Genel Bir Bakış*, DPT Yayınları, Ankara, 2001.
- “... Organize Suçun Temelleri ve Anılan Suçla Mücadelenin Özel Zorlukları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 16, S. 49, Kasım-Aralık 2003.
- “... Yargı Organlarının Yolsuzlukla Mücadelesi Sırasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 17, S. 55, Kasım-Aralık 2004.
- “... Ekonomik Suçlar ve Türkiye’deki Sürdürülebilir Kalkınmaya Etkileri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 18, S. 58, Mayıs-Haziran 2005.
- “... Kamu Görevlilerinin Etik Kuralları”, *Türk İdare Dergisi*, Yıl: 75, Aralık 2003, S. 441.
- “... Toplam Kalite Yönetimi (TKY) İlkeleri Çerçevesinde Türk Kamu Yönetimine Genel Bir Bakış”, *Türk İdare Dergisi*, Yıl: 77, Mart 2005, S. 446.

felsefe, politika, teknoloji,
bilgisayar, gezi-keşif,
hekimlik, tarih, araştırma,
mesleki-sektörel..
yüzelemeden fazla periyodik yayına
abonet'ten abone olabilirsiniz.



abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

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

abonet@abonet.net ❖ www.abonet.net

ULUSLARARASI MEVZUAT İLE İÇ HUKUKTAKİ MEVCUT DÜZENLEMELER IŞIĞINDA TMK İLE GETİRİLMEK İSTENEN DÜZENLEMELER ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Mustafa ÖZEN*

“Başta Türkiye olmak üzere bütün dünyada, insanlık adına ciddi tehlike oluşturan terör olayları, artık tüm dünyanın amasız ve çıkar hesabı olmadan ortak bir kararlılıkla çözmesi gereken sorun haline gelmiştir. Her gün bir yenilerinin eklendiği bu tür olaylar, hiçbir devletin güvende olmadığını ve olmayacağını göstermektedir. Daha düne kadar teröre destek veren ülkeler, şu günlerde terör tehlikesini çok yakından hisseder hatta yaşar hale gelmişlerdir. İnsanlık, ortak bir tehlike karşısında, gerçek terör tanımı yaparak, masum inananları mağdur etmeden ortak mücadele yoluna başvurmalıdır. Biz bu makalemizde, ülkemizde yapılmakta olan yeni terör yasa çalışmasını, bu hassasiyet çizgisi içinde incelemeye çalışacağız.”

Son günlerde artan terör saldırıları birçok soruyu ve sorunu tekrar ülke gündemine getirmiş bulunmaktadır. Bu olaylara ilişkin basın yayın organlarında onlarca değişik yorumlar yazılmaktadır. Yorumlara bakılırsa genel olarak denebilir ki, son günlerde artan terör olayları, Türkiye'nin 3 Ekim'de başlayacak olan Avrupa Birliği müzakerelerini baltalamak için tezgahlanmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'nin tarihsel seyrine kabaca bakıldığında açıkça bu tip olayların Türkiye'nin gerek ekonomik gerek bölgesel ve gerekse de uluslararası alanda söz sahibi olmaya başladığı zamanlara denk düştüğü görülebilir. Son zamanlarda artan terör olayları da aynı şekilde zamanlama açısından oldukça önemli bir zamanda baş göstermiştir. Bu olayların neticesinde yeni bir Terörle Mücadele Kanunu'nun çıkartılması gündeme gelmiştir. Türkiye, Avrupa Birliği'ne uyum yasaları çerçevesinde son birkaç yıl içinde çok

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

önemli hukuksal yenilikler gerçekleştirmiştir. Bu uyum sürecinin son halkasını da 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanunu ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun oluşturmuşlardır. Bu yasaların temel felsefesi, kişi hak ve özgürlüklerinin devlet erki karşısına daha da güçlendirilmesi, bu hak ve özgürlüklerinin alanının devletin etki alanı aleyhine genişletilmesidir. Kanunların ruhunun temel taşı olan bu felsefe, kanunların yorumlanması ve uygulanması açısından çok önemlidir. Olaylar ve olgular bu esastan yola çıkılarak değerlendirilmelidir. Başta hukuk alanı olmak üzere bütün ilmi veya bilimsel her türlü insan unsurunu içine alan konularda temel sorun sözcüklere yüklenen anlamların her yerde aynı olmamasıdır. Eğer insanlık sözcüklere yüklenen anlamlar üzerinde uzlaşabilirlerse öyle sanıyorum ki sorunların en az yarısı baştan çözülmüş olacaktır.

Bu kısa açıklamalardan sonra, terörü hukuksal bir bakış açısı ışığında ele almak için yukarıda kısaca bahsetmiş olduğum tanım meselesine girmek istiyorum. Hukuk alanında ilk önce bir olgunun veya bir hukuksal konunun tanımı yapılır. Çünkü, bu tanım meselenin temel taşıdır. Artık her şey onun üzerine yapılandırılır. Onun için tanımın, konunun amacına uygun ve anlaşılır kelimeler kullanılarak yapılması gerekir. Yani tanım, konuya ilişkin her şeyi bünyesinde barındırmalı ama fazlasını dışarıda tutmalıdır.

Terör kelimesi üzerinde, maalesef şu anda üzerinde uzlaşa sağlanmış bir tanım bulunmamaktadır. Maalesef diyorum çünkü, tanımsız bir olgu ve buna bağlı olarak sorun çözümsüzlüğü de beraberinde getirir. Terörün tanımı, nasıl yapılacaktır, bu tanımda hangi ölçütler esas alınacaktır. Sadece Türkiye'ye özgü sorunlardan yola çıkılarak mı yoksa 11 Eylül saldırılarıyla artık dünya gündemine girmiş olan olaylar da dikkate alınarak geniş ölçekli bir anlayışla mı ele alınacaktır. Terör konusunda çalışmalarıyla dünyaca tanınan yazarlardan Grant Wardlaw bu konuya ilişkin şu yorumu yapmaktadır:

“Düzeni sağlamak ve devam ettirmek için, bireyleri temel hak ve özgürlüklerinden yoksun bırakmanın ve demokratik süreci askıya almanın gerekli olduğuna inanmak, kendini ‘sonuç, araçları meşru kılar’ inancına sahip olan teröristlerle aynı (hatalı) moral düzeyine koyar. Bununla birlikte; terörizmin ciddi bir tehdit oluşu, mücadele için bizi baskıcı yöntemler kullanmaya tahrik etmemelidir. Temel hak ve özgürlüklerimizi ve olağan yönetim usullerini as-

kıya alarak liberal demokrasiyi koruyabileceğimize inanmak; ülkenin çağdaş tarihinde, geçici ve olağanüstü yönetimin hızlı ve geri dönülemez bir biçimde sürekli diktacı hükümet şekillerine dönüştüğü sayısız örneklerini görmemizden gelmektedir."

Yine bu bağlamda Jeannou Lacaze'nin Avrupa Parlamentosu Dış İlişkiler Komitesi için "Avrupa Terörizmi" konusunda hazırlamış olduğu rapor oldukça dikkat çekicidir. Bu rapora göre;

"Terörizm barış zamanı kullanılan yöntemlerle üstesinde gelinmesi gereken bir barış zamanı problemidir. Bunun 'bizim çözemlemelerimize karşı açılmış yeni bir savaş şekli' olduğuna sıkı sıkıya inanmış dahi olsak; savaş zamanı kullanılan yasalara başvurmanın meşruiyeti yoktur. Zira bu durum, yasaların kötüye kullanılmasına yol açabilir. Bu uygulamaların kısa dönemdeki sonuçları ise, terörizmin kendisi kadar ciddi olabilir. Bunun yerine hukuk, tüm gücü ile terörist eylemlerin sorumlularının topluma tekrar tehdit olmamalarını mümkün kılacak bir rol oynamalıdır. Bir terörist, herşeyden önce ve en önemlisi, bir 'adi' suçludur ve bu şekilde muamele edilmelidir."

Bu konuda Türk Ceza Kanunu'nda açık bir tanım yer almamaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 78. maddesinde terör yerine daha geniş anlam içeren örgüt kelimesi kullanılmıştır. Türk Ceza Kanunu'nda örgüt kelimesinin kullanılmasının sebebi, Kanun'un sadece silaha dayalı cebir şiddet ve ye tehdit suçlarını değil cebir şiddet ve tehdit içermeyen ekonomik çıkar amaçlı diğer suç şebekelerini de kapsamına almak istemesidir. Terörle Mücadele Kanunu Türk Ceza Kanunu'na göre özel nitelikte ve özel koşullarda uygulanacağı için pek doğal olarak kendine has bir terör tanımı getirmesi normaldir. Esas sorun buradadır. Terör kapsamına alınacak fiiller burada dar çerçeve içerisine alınmalıdır. Çünkü bu özel bir kanun olup sadece belli amaçlar doğrultusunda çıkarılmak istenmektedir. Zaten genel anlamda Türk Ceza Kanunu'nda yaptırım altına alınmaktadır. Burada vurgulanması gereken nokta, cebir, şiddet ve tehdit, suçun maddi unsurunu oluşturmasıdır. Yani, yasaklanmış olan neticeye ulaşmak için, amaca uygun ve elverişli olan silahı cebir, şiddet ve tehditte vasıta olarak kullanmak gerekir. Korunmak istenen neticeye cebir, şiddet ve tehditte silahın kullanılmasıyla varılmak istenmelidir. Yoksa cebir, şiddet ve tehdit içermeyen yazılı, sözlü veya her hangi bir ifade tarzı şekliyle yapılan düşünce açıklamaları terör kapsamında değerlendirilmemelidir. Aynı şekilde buna bağlı olarak, kanuna uygun şekilde kurulmuş sivil toplum kuruluşlarının cebir, şiddet ve tehdit içermeyen her türlü faaliyetleri terör

kapsamı dışında tutulmaları gerekir. Burada, terör kapsamında değerlendirilen fiilleri öven veya teşvik eden ya da bu fiillere azmettiren kişi veya kişilerin fiilleri terör kapsamında değerlendirilecektir. Aksi yorum ve kabul, kişilerin ve toplumun temel hak ve özgürlüklerinin sekteye uğratılması hatta yok edilmesini beraberinde getirir. Böyle bir durum ise, demokratikleşme yolunda çok önemli bir mesafe almış olan Türkiye'nin hem içte hem de dışta itibar kaybetmesine yol açar.

Konunun maddi boyutunu kısaca ama öz olarak açıkladıktan sonra uygulama kısmı olan tedbirler konusuna değinmek gerekir. Terörle mücadele yönteminde izlenecek olan usuller maddi konunun tespiti kadar önemlidir. Çünkü artık burada insan unsuru devreye girmektedir. Özlü bir söz olan *"en kötü kanunlar en iyi uygulayıcıların elinde iyi sonuçlar, en iyi kanunlar kötü uygulayıcıların elinde kötü sonuçlar verir"* ilkesi gereği usule ilişkin konularda insan unsuru ağır basmaktadır. Terörle Mücadele Kanun Tasarısı'nda yer alan koruma tedbirleri büyük ölçüde İngiltere'deki bu konuya ilişkin kanunlardan esinlenilerek hazırlanmıştır. Ancak burada üzerinde durulması gereken önemli bir nokta var. Tasarı'daki tedbirlerden hepsi oradan aynen alınmamıştır. Daha doğrusu Tasarı'yı hazırlayanlar kendi istedikleri gibi almışlardır. Bazı kısımlarını tam olarak alıp bazı kısımlarını atlamışlar ve böylelikle bütünlük bozulmuştur. Ana metinde, söz konusu koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için, başvurulacak kişi veya kişilerin terör suç veya suçlarına bulaşmış, karışmış olmaları gerekmektedir. Tasarı da ise böyle bir ibareye rastlanmamaktadır. Şimdi tasarı ile getirilmek istenen koruma tedbirlerine bakıp bu tedbirlerin uluslararası ve ulusal mevzuattaki yerini inceleyelim.

Koruma Tedbirleri Olarak Önleme Tedbirleri

a. Kişinin suç işlenmesinde kullanmaya elverişli bazı madde veya malzemenin edinilmesinin veya kullanılmasının yasaklanması, (İdare)

b. Belli bazı hizmetlerin veya tesislerin kullanımının ya da bazı faaliyetlerin kişi tarafından yapılmasının yasaklanması, (Hakim)

c. Bir meslek veya sanatın yerine getirilmesinin kısıtlanması, (Hakim)

d. Suçun işleneceği şüphelenilen yerle sınırlı ve orantılı olmak üzere, bölgesel olarak iletişim ve haberleşme olanaklarının sınırlandırılması, (Hakim)

e. Kişinin, bölgesel veya yerel olarak, belirli bir zaman dilimi içerisinde kalmak koşuluyla, bir yerleşim yerinde veya bir yerde bulunmasının engellenmesi, (İdare)

f. Belirtilen gün ve zaman dilimi ile sınırlı olmak koşuluyla yerleşim yerine veya belli bir bölgeye giriş ve çıkışların kısıtlanması, (İdare)

g. Yerleşim yerini, konutunu veya işyerini kullanmasına izin verdiği kişilerle ilgili kısıtlamalar getirilmesini, (Hakim)

h. Seyahatin kısıtlanması, (İdare)

i. Kişinin sahip olduğu pasaport, sürücü belgesi ve buna benzer her türlü ruhsat veya belgeye geçici olarak el konulması, (İdare)

j. Kişi hakkında suç soruşturma ve kovuşturmasında kullanılması koşuluyla kişinin fizik kimliğini belirlemeye yarayacak fotoğraf, parmak izi veya DNA örneğinin alınması, (Hakim)

k. Belirlenecek gün veya saatlerde yerel kolluk makamlarına bilgi verilmesinin zorunlu tutulması, planlanmış hareketleri ile faaliyetleri hakkında önceden bilgi vermesi, (İdare)

Bu tedbirlere, tedbirin niteliğine göre, tedbirin uygulanacağı yerdeki en büyük mülki amir, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile karar verilirken bazı tedbirler içinde ağır ceza mahkemesi üyesi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı kararı aranmaktadır. Hakim kararı olmaksızın alınan tedbir kararları, kararın alındığı andan itibaren yirmidört saat içerisinde hakim onayına sunulacak. Hakim, kararını kırk sekiz saat içerisinde açıklayacak. Aksi halde tedbir kararı kendiliğinden kalkacak. Tedbirlere en çok üç ay süre ile karar verilebilecek. Bu sürenin, tedbir konusunun kapsam ve niteliği ile tehlikenin ağırlığına göre, aynı koşullarla, üç ayı geçmemek üzere birer ay süreyle uzatılmasına karar verilebilecek.

Bu madde hükümlerine göre verilen hakim kararlarına karşı itiraz edilebilir.

Dolayısıyla, vali, kaymakam, emniyet müdürü, jandarma komutanı gibi makam ve merciler, istihbarat bilgilerine dayanarak, ileride suç işleyebilir düşüncesi ile, hiçbir şüphe şartı aramadan, varlıkları ile ileride ülke için tehlike oluşturabilir gerekçesi ile, kişilerin,

a. her eşyanın suç işlemede kullanılabileceği düşünüldüğünde, her türlü eşyaya sahip olmasını ve kullanmasını yasaklama,

b. belirli bir bölgeye girmesini veya o bölgede yaşamasını yasaklama,

c. belirli bir yere seyahat için gitmesini yasaklama,

d. sahip olduğu pasaport, sürücü belgesi ve buna benzer her türlü ruhsat veya belgeye el koyma,

e. belirlenecek gün veya saatlerde yerel kolluk makamlarına bilgi verme zorunluluğu getirme,

f. planlanmış hareketler ile faaliyetler hakkında önceden bilgi verme mecburiyetinde bırakma tedbirlerine başvuruabilecektir.

Yine, yeni tasarıda, mahkemelerde, istihbarat bilgilerine dayanarak,

a. kişilerin, bazı tesisleri kullanmasını yasaklama,

b. bazı faaliyetlerde bulunmasını yasaklama,

c. bir meslek ve sanatı icra etmesini yasaklama,

d. bölgesel olarak iletişim ve haberleşme olanaklarını sınırlandırma,

e. yerleşim yerini, konutunu veya işyerini kullanmasına izin verdiği kişilerle ilgili kısıtlamalar getirme,

f. suç soruşturma ve kovuşturmasında kullanmak üzere, fizik kimliğini belirlemeye yarayacak fotoğraf, parmak izi veya DNA örneğini aldırma yetkisi ile donatılmaktadır.

Mahkeme, bu tedbirlere istihbarat bilgilerine dayanarak başvuracağı için, ilgili kişi bu bilginin içeriğini öğrenemeyecek ve kendisini etkili bir şekilde savunamayacaktır. Mahkeme, gizli bir komisyon gibi çalışacaktır.

Koruma tedbirleri, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan bir kurumdur. Bu tedbirler, yargılama aşamasında gördükleri işlevleri nedeniyle çok önemlidirler. Bu önemlerine binaen bu tedbirler kaleme alınırken ve uygulanırken çok dikkatli davranılması gerekir. Çünkü bu tedbirlere,

daha kişilerin suçluluğu mahkeme kararı ile kesinleşmeksizin önceden ceza muhakemesi işlemlerinin daha sağlıklı yürütülebilmesi amacıyla kişileri özgürlüklerinden mahrum ederek başvurulmaktadır. Kişilerin doğrudan doğruya özgürlük alanlarını ilgilendirdikleri için oldukça önemlidirler. Ancak, kamu yararının daha ağır bastığı düşüncesi ile bu yola başvurulması kabul edilmiştir. Dikkat edilmesi gereken en önemli husus, bu tedbirlere ancak ve ancak suç şüphesi üzerine ceza soruşturması başladıktan sonra başvurulabilecektir. Yukarıda sıralanan koruma önleme tedbirleri bu kapsamda asla değerlendirilemez. Çünkü bu tedbirlere daha suç şüphesi üzerine soruşturma başlamadan önce başvurulabilecektir. Bu, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin tam anlamıyla elinden alınması, toplumdaki herkesin her an suçlu muamelesi görebilmesi ve böylece kişisel ve toplumsal güvenliğin ortadan kalkması anlamına gelir. Yukarıda sayılan önleme tedbirleri, herşeyden önce, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrası ile Anayasa'nın 38. maddesinin 4. fıkrasında "*suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz*" şeklinde yer alan, masumluk karinesiyle çelişmektedir.

Bu düzenlemeler ışında olaya bakıldığında, koruma tedbirleri olarak getirilmeye çalışılan önleme tedbirleri evrensel hukuk ilkeleriyle bağdaşmadığı ve temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıran bir yapıya sahip olduğu için kaldırılmalıdır. Zaten bu tedbirlerden bazıları Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının ilgili maddelerinde düzenlenmişlerdir.

Son olarak denebilir ki, Terörle Mücadele Kanun Tasarısı'yla getirilmek istenen düzenlemelerden vazgeçilmelidir. Çünkü bu Tasarı'yla ulaşılmak istenen amaca hem mevcut uluslararası ve ulusal ve düzenlemeler ile varılabilir hem de hukuk alanındaki evrensel ilkelerden esinlenilerek kanunlaşmış olan temel ilkelere aykırılık teşkil etmez. Aksi yönde bir tutum ve karar, hemen hemen herkesi bir şekilde terör suçuyla ilişkilendirebilecek, bunun neticesinde ise gerçek terör örgütlerinin ekmeğine yağ sürecektir. Daha da önemlisi, Türkiye'nin şu anda içinden geçmekte olduğu hassas Avrupa Birliği yolunda büyük darbe yemesine neden olabilecek ve demokrasi adına önemli bir mesafe kaydetmiş olan Türkiye içte ve dışta büyük bir itibar kaybına uğrayabilecektir. Türkiye, kendine özgü koşulları bahane ederek, evrensel ilkelerden sapmamalı. Aksi yaklaşım, Türkiye'nin hukuk devleti olma ve demokrasi yolundaki büyük birikimini sona erdirebilir.

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI'NDAKİ POLİÇEYE İLİŞKİN BAZI MADDELERİN KAYNAĞA UYGUNLUĞU ÜZERİNE

Saffet CAN*

Yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK), İsviçre Borçlar Yasası'ndan alınmış kambiyo senetlerine ilişkin kuralları, Milletler Cemiyeti'nce Cenevre'de düzenlenen konferansta 7 Haziran 1930 tarihinde poliçe ve bono, 19 Mart 1931 tarihinde de çek ile ilgili olarak otuz bir devletin katılımı ve Türkiye'nin de içinde bulunduğu yirmi iki devletin imzasıyla kabul edilmiş kurallardır.¹

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı (kısaca Tasarı da denilebilecektir), ilgili madde gerekçelerine göre, İsviçre Borçlar Yasası yerine yukarıda sözü geçen anlaşmada uygun görülmüş kuralları asal kaynak olarak kabul etmiştir. Tasarı'da "19.05.1931² tarihli Kambiyo Senetlerine İlişkin Cenevre Birlik Anlaşması (CBA)" olarak geçen kaynak; Fransızca ve İngilizce olarak yazılmış, kaynağa uygunluğu üzerinde durulacak çeviri niteliğindeki Tasarı maddelerine ilişkin değerlendirmelerde, her ne kadar kaynağın son kararında İngilizce yazılanı da eşdeğer güvenilirlikte olduğu belirtilmişse de bu makalede asal kaynak olarak Fransızca yazılanı uygun görülmüştür. Ayrıca, TTK'nın poliçeye ilişkin bazı kurallarında çeviri bilimine de aykırı olarak yapılan, en seçkin hukuk bilimcileri bile yanıltacak boyuttaki önemli çeviri yanlışlıkları Tasarı'da da artarak yine-

* İstanbul Barosu üyesi, e-posta: avcans@mynet.com.tr

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Prof. Dr. Poroy, R., *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, Beta, 1989, İstanbul. Özgün metin için bkz., *Société des Nations Contes Rendus de la Conférence Internationale pour l'Unification du Droit en Matière de Lettre de Change, Billets à Ordre et Chèques - Série de Publications de la Société des Nations*, 1930. II. 27.

² Bu tarih, 19.03.1931 olması gerekirken Tasarı gerekçesinde 19.05.1931 olarak yanlış yazılmış. Bkz., *Acte final de la Conférence de Genève pour l'unification du droit en matière de chèques, signé le 19 mars 1931*

lenmiş olup, bu yanlışlıkların CBA'ya göre Türkçe karşılıkları verilerek kaynağın gerekçelerine göre değerlendirilmesi yapılacaktır.

“Bir çevirinin başarılı olması, ilkin doğru olmasına, yani çevirmenin özellikle kendi anadilini ve çevirdiği kitabın dilini iyi bilmesine bağlıdır. Ama bunlar yetmez; çevirmen ayrıca metnin dışına taşmamak, eklemeler ve çıkarılmalar da yapmamak zorundadır.”³ Ayrıca; “Hukuk kesin ve açık kavramlara dayanmalı, hakime geniş takdir yetkisi bırakmamalı, kuşku ve duraksamaya yer vermemeli, hile ile anlam değiştirmeye elverişli olmamalı ve keza meydana gelebilecek her olay için açık bir çözümü içermelidir. Halk dilinde ‘lastikli hükümler’ diye yerilen kurallar koymaktan kaçınmalıdır.”⁴

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI

Poliçenin Düzenlenmesi ve Şekli

A. Şekil

I. Unsurları

1. Genel Olarak

Madde 671. (1) Poliçe;

a. senet metninde “*poliçe*” kelimesini ve eğer senet Türkçeden başka bir dille yazılmışsa, o dilde poliçe karşılığı olarak kullanılan kelimeyi,
b. belirli bir bedelin ödenmesi hususunda kayıtsız ve şartsız hava-
leyi,

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

d. vadeyi,

e. ödeme yerini,

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

g. düzenlenme tarihini, yerini ve

h. düzenleyenin imzasını

içerir.

³ Yetkin, Suut Kemal, *Başarılı Çevirinin Koşulları*, Türk Dili, Çeviri Sorunları Özel Sayısı, 01.07.1978, s. 322, TDK.

⁴ Prof. Dr. Aral, V., *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitabevi, 1992, İstanbul.

2. Unsurların bulunmaması

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

(2) Vadesi gösterilmeyen poliçenin görüldüğünde ödenmesi şart edilmiş sayılır.

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

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

II. Münferit Unsurlar

1. Düzenleyenin Aynı Zamanda Muhatap veya Emrine Ödenecek Kişi Olması

Madde 673. (1) Poliçe bizzat düzenleyenin emrine yazılı olabileceği gibi, bizzat düzenleyen üzerine veya bir üçüncü kişinin hesabına da düzenlenebilir.

2. Adresli ve Yerleşim Yerli Poliçe

Madde 674-(1) Poliçe, bir üçüncü kişinin nezdinde, muhatabın yerleşim yerinde veya başka bir yerde ödenmek üzere düzenlenebilir.

B. Kabul

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) Poliçenin bizzat muhatabın nezdinde ödenmesi şart kılınmışsa, muhatap, kabul şerhinde ödemenin yapılacağı yer olmak üzere, ödeme yerinde bulunan bir adresi gösterebilir.

Çeşitli Hükümler

D. Poliçeye İlişkin İşlemlerin Yapılacağı Yer

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

(2) Ticaret yeri veya konutun bulunduğu yer dikkatle araştırılır.

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

Değerlendirmeler

A. Madde 671 Üzerine

1. Bu madde metninden önce, poliçe kurallarının daha iyi anlaşılması için kaynaktan daha geniş olarak açıklayıcı başlıklar kullanılmış olması iyi bir düşünce ancak, “*Poliçenin Düzenlenmesi ve Şekli*” ara başlığının hemen altına “*Şekil*” denmiş, oysa “*poliçenin düzenlenmesi*” kavramı “*şekli*” de içeren bir kavramdır. Yalnızca “*poliçenin düzenlenmesi*” dendikten sonra alttaki “*Şekil*” yeterlidir.

2. Kaynak metinde “*ödeyecek olan kişinin*” yerine “*ödemeyi yapması gereken kişinin*” denmiştir. Çünkü poliçede “*ödemeyi yapması gereken kişi*” ile “*ödeyecek kişi*”, ayrı kişiler olabilmektedir. Yine, “*ödeme yeri*” yerine “*ödemenin yapılması gereken yerin gösterilmesi*” denmiştir. Kısaltılarak yapılan bu çevirinin ne gibi yanlış anlaşılmalara neden olabileceği 697. maddeye ilişkin olarak açıklanacaktır.

3. Ayrıca, “*b*” bendindeki “*belirli bir bedelin ödenmesi*” yerine kaynağa da uygun olarak bent “*belirli bir tutarın ödenmesine ilişkin kayıtsız ve koşulsuz havaleyi*” biçiminde olmalıydı.

B. Madde 672 Üzerine

1. Bu maddede “*...muhatabın soyadı yanında gösterilen yer, ödeme yeri ve aynı zamanda muhatabın yerleşim yeri sayılır.*” biçimindeki anlatımda

geçen “yerleşim yeri” için kaynakta; “konutunun bulunduğu yer” denmiş, “ödeme yeri” ise ödemenin yapılacağı kent veya kentin herhangi bir yerleşim alanı anlamına gelmektedir. Yönetim alanı sınırlaması kaynakta yoktur.⁵ “Yerleşim yeri”, Türk Medeni Kanunu’nda ikametgah karşılığı olarak kullanıldığından bir kentin tamamının bir kişinin konutu olduğu düşünülemez. Yazın dilinde “Yarım İstanbul’u mesken mi tuttu” biçiminde anlatım yapılabilir ancak, bilim dilinde kavramlar açık ve kesin anlatımlarla verilmelidir.

2. “Soyadı” sözcüğünün kullanılması eleştirilse de bu kaynağa uygun bir ögedir.⁶ Türkiye dışında, Avrupa’nın hemen tüm ülkelerinde kişiler toplum içinde “soyadı” ile tanınır ve çağrılırlar. Bu ülkelerde imzalar da kişinin “soyadı”nın özgün bir yazılış biçimi olmaktadır. Buna örnek olarak, TC Merkez Bankası Başkanı Sayın Serdengeçti’nin banknotlarımız üzerindeki imzası gösterilebilir. Bu örnek imzanın herhangi bir yerine ayrıca ad ve/veya soyadının yazılmasının gereksizliği ortadadır. CBA kuralları bu gerçeğe göre belirlendiğinden bizim de çoğunluğa uymamız gerekmektedir. Tasarı’nın 671. maddesinin karşılığı olan maddeye ilişkin olarak Fransa’da, kabul sırasında ödeyicinin atmış olduğu imzanın, poliçe düzenlenirken boş bırakılan ödeyici ad ve soyadı yerine de geçtiği kabul edilmektedir.^{7,8}

Bu Maddenin Kaynağa Uygun Türkçesi:

1. Ögelerin Bulunmaması

Madde 672. (1) 671. maddede yazılı ögelerden birini içermeyen senet aşağıdaki fıkralarda belirtilen durumlar dışında poliçe sayılmaz.

(2) Vadesi gösterilmeyen poliçe, görüldüğünde ödenmesi gereken bir poliçe sayılır.

⁵ Kaynaktan ayrı görüş için bkz., a) Prof. Dr. Öztan, F., *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 85, Turhan Kitabevi, 2005, Ank.

b) Ülgen, Helvacı - Kendigelen, Kaya, Aşağıda *a.g.e.*, sayfa 146, paragraf 217.

⁶ Bkz., Bahtiyar, M., Doç. Dr., “TTK Tasarısı’nın Dili...” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 61, 2005, Ankara.

⁷ Bkz., *Code de Commerce*, Art. 110, Paris 7 févr. 1962, J. C. P. 1962. II. 12956, note Lescot. Dalloz, 1993-94

⁸ Karşıt görüş için bkz., Prof. Dr. Öztan, F., *a.g.e.*, s. 83.

(3) Ayrıca belirtilmiş olmadıkça ödeyicinin soyadı yanında gösterilen yer, ödeme yeri ve aynı zamanda ödeyicinin konutunun bulunduğu yer sayılır.

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

C. Madde 672 Üzerine

Kaynakta üç fıkra olarak verilen bu maddenin Tasarı'da tek fıkra biçiminde düzenlenmiş olması Türkçemizin çok zengin bir anlatım gücü olduğunun da bir kanıtıdır. Ne var ki kaynakta olmayan gereksiz sözcüklerin kullanılmaması uygun olurdu.

Bu Maddenin Kaynağa Uygun Türkçesi

II. Başka Öğeler

1. Düzenleyenin Aynı Zamanda Ödeyici veya Emrine Ödenecek Kişi Olması

Madde 673. (1) Poliçe, düzenleyenin kendi emrine, kendisi üzerine veya bir üçüncü kişi hesabına da düzenlenebilir.

Ç. Madde 674 Üzerine

1. Kaynağın gerekçesine göre; bu madde içeriğine "konutlu poliçe" adlandırması konulmak istenmişse de bazı ülkelerde değişik tanımlandığından bu adlandırmadan vazgeçilmiştir. Ancak Fransızca'nın o seçkin anlatımıyla olması gereken "konutlu poliçe" tanımı madde içeriğine sanki gizlenmiştir. Bu ince düşünce İsviçreli hukukçuların gözünden kaçmamış olacak ki bu ülke yasasında ilgili madde başlığına yalnızca "konutlu poliçe" denmiştir. Gerek TTK 586. madde çevirisi, gerekse Tasarı'daki çeviri irdelendiğinde, bu madde gerekçesinde "Adresli ve ikametgahlı poliçe 6762 sayılı Kanun'da, kaynaktan tamamıyla farklı bir şekilde düzenlenmişti. Bazı yorumlara göre kaynak ile aynı sonuçlara varılabildiği mümkündür. Ancak, hüküm tartışmalara ve görüş ayrılıklarına yol açıyordu. 674. maddede adresli ve yerleşim yerli poliçe kaynağa uygun hale getirilmiştir." denmiş olsa da, her ikisinde de kaynaktaki bu kuralın yeterince

anlaşılamadığı ortaya çıkmaktadır. *“Poliçenin ödeneceği yerin muhatabın ikametgahından başka bir mahal olacağını keşideci senette belirtirse bu yer ister muhatabın ikametgahu ile aynı yerde, ister başka bir yerde olsun, ikametgahlı poliçe söz konusudur.”*⁹ diyen bu açıklama ise kaynakta verilmek istenen düşünceyi tam yansıtmaktadır.^{10,11}

2. madde başlığında *“Adresli ve yerleşim yerli poliçe”* denmiş olsa da içeriğinde *“nezdinde poliçe”* denilebilecek yeni bir poliçe türü ile karşı karşıya kalınacağı bir gerçektir. Günümüz Türkçe’sinde çok az kişinin kullandığı *“nezdinde”*, Farsça kökenli *“nezt”* sözcüğüne *“-inde”* son eki getirilerek oluşmuş bir sözcüktür. *“Nezdinde”* nin sözlük anlamı; *“yanında, fikrine göre”*,¹² nezt için ise *“yan, kat”*¹³ olarak verilmektedir. Madde metninden poliçenin *“bir üçüncü kişinin”* katında mı, yoksa fikrine göre mi ödenmek üzere düzenlenebileceği anlaşılamamaktadır. Bu tür sözcüklerin, Tasarı’nın 755. ve TTK’nın 667. maddelerinde olduğu gibi hangi anlamda kullanıldığı madde içinde açıkça belirtilmelidir. Bu son maddelere göre *“nezdinde”* sözcüğünün *“Ticaret yerinde veya konutunda”* anlamına geldiği anlaşılmaktadır. *“Nezdinde”* sözcüğü eğer Tasarı’nın 755. maddesinde verilen bu kavramların dışında bir kavramı veriyorsa, madde metninden bu açıkça anlaşılmalıydı. Gerçekte, ticaret yerlerinin de konut kavramı içinde olduğu düşünüldüğünde ‘nezdinde’ nin kullanılmasının bir gereği kalmamaktadır. Tasarı’nın 697. madde gerekçesinde *“açıklığı ve kaynakla uyumu sağlamak amacıyla nezdinde kelimesi eklenmiştir.”* dense de kaynakta *“nezdinde”* nin kullanılmasını gerektiren bir sözcük ya da kavram bulunmamaktadır. Bu sözcük kuralın açıklığını değil, olsa olsa *“lastikli”* olmasını sağlar.

3. *“TK adresli ve ikametgahlı poliçeyi kendine özgü, CYK (Tasarı’da CBA)¹⁴ m. 4 ile ve İsviçre BK’dan farklı ve kavramların evrensel anlamları ile bağdaşmayan bir tarzda, kullanmıştır. Şöyle ki, TK m. 586, f.1 ‘Poliçenin üçüncü şahsın ikametgahında ödenmesi şart koşulabilir’, diyerek keşideci tara-*

⁹ Poroy, R., Prof. Dr. - Tekinalp, Ü., Prof. Dr., *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, Arıkan, 2005, İstanbul.

¹⁰ Aynı görüş için bkz., Prof. Dr. Öztan, F., *a.g.e.*, s. 86.

¹¹ Aynı görüş için bkz., Prof. Dr. Ülgen, Prof. Dr. Helvacı, Prof. Dr. Kendigelen, Doç. Dr. Kaya, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 83 - 84, 24 numaralı paragraf, Vedat Kitapçılık, 2006, İstanbul.

¹² Av. Özcan, H., *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Seçkin, 1985, Ankara.

¹³ *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu, 1988, Ankara.

¹⁴ Yazarın notu.

ından keşide edilirken muhatabın ikametgahından başka bir yerde ödenmesi şart koşulan ikametgahlı poliçeyi düzenledikten sonra aynı maddenin 2. fıkrasında ‘Bu üçüncü şahsın ikametgahu muhatabın ikametgahının bulunduğu yerde (adresli poliçe) veya başka bir yerde (ikametgahlı poliçe) bulunabilir’ denmekte ve adresli poliçe terimini ikametgahlı poliçenin bir türü olarak kullanmaktadır”¹⁵ diyen bu açıklamaya katılmamak elde değildir. Ayrıca kaynağın bu madde içeriğinde bulunmayan öğelerin araç içinde metnin içine sokuşturulmuş olması çeviri biliminin kurallarına da uygun değildir.

4. Gerek Tasarıda, gerekse Türk Ticaret Kanunu’nda bu madde içeriğinde “yer” sözcüğü kullanılmıştır. Kaynakta ise “1. ilçe veya ilçeden büyük yerleşim yeri, eşanlı şehir. 2. toplumbilim terimi, nüfusunun çoğu ticaret, sanayi ya da hizmet alanında çalışan, tarımsal etkinliklerin olmadığı yerleşim alanı”¹⁶ diye tanımlanan “kent” sözcüğünün her iki anlamını da kapsayan bir sözcük kullanılmıştır. Kaynak gerekçesine göre aynı kentte birçok ödeme yeri bulunabileceğinden, kavram karışıklığına neden olabileceği düşüncesiyle “yer” sözcüğünün burada kullanılması uygun görülmemiştir.

Bu Maddenin Kaynağa Uygun Türkçesi¹⁷

Konutlu Poliçe

Madde 674. Poliçe, ödeyicinin konutunun bulunduğu kentte ya da başka bir kentte, bir üçüncü kişinin konutunda ödenmek üzere düzenlenebilir.

D. Madde 697 Üzerine

1. Tasarı’da bu maddenin de başlığına “Adresli ve yerleşim yerli poliçe” denmiş. Sanki 674. maddenin özdeşi bir madde imiş gibi. Kaynakta herhangi bir başlık bulunmamakta ancak İsviçre Borçlar Yasası’nın

¹⁵ Poroy - Tekinalp, a.g.e.

¹⁶ Bkz., Püsküllüoğlu - Arkadaş, *Türkçe Sözlük*, 2003, Ankara.

¹⁷ Fransızca ile ilgili ayrıntılı açıklamalar, bu dili bilmeyenler için sıkıcı olmaması bakımından dip notlarda verilecektir.

Bu maddenin kaynağında “soit... soit...” sözcükleri kullanılmış, oysa Tasarı’ya sanki Fransızca’da “et... ou...” varmış gibi çevrilmiş, bunun sonucu olarak da sözdizimi (Fr. syntaxe) yanlışlığı yapılarak ilgili kuralın gerçek anlamı verilememiştir.

ilgili maddesinde “Ödeme yeri ve adresli poliçe” başlığı bulunmaktadır. Kaynağın ilgili madde içeriği incelendiğinde, ödeme yeri belirtilip ya da belirtilmiş sayılıp da Tasarı 674. (586)¹⁸ madde kapsamında düzenlenmemiş, başka bir anlatımla “konutlu poliçe” olarak düzenlenmemiş poliçelerin kabulünde ödeyicinin kullanabileceği seçeneklerin belirlendiği anlaşılmaktadır. “Adresli ve ikametgahlı poliçe... TK ödeme yerinin muhatabın ikametgahından farklı bir yerde olabileceği kuralını genel bir hüküm olarak getirmiş (TK m. 586), anılan hükümde bu iki poliçeyi tanımlamış, ayrıca 609. maddede de anılan poliçelerin hükümlerini düzenlemiştir.”¹⁹ diyen bu görüşe de tümüyle katılmak kaynağa göre olası değildir. Çünkü kaynakta, Tasarı’nın 674. (586.) maddesinin karşılığı olan maddede yalnızca konutlu poliçeye ilişkin kural bulunmasına karşın, 697. (609.) maddesinin karşılığı olan maddenin birinci fıkrasında, yalnızca ödeyicinin konutunun bulunduğu yer dışında bir yer, ödeme yeri olarak belirtilip de konutunda ödemenin yapılması gereken bir üçüncü kişinin belirtilmediği poliçeler için ödeyiciye kabulde bir seçenek getirilmiş, ikinci fıkrasında ise ödeyicinin konutunda ödenmesi gereken poliçe ödeyiciye sunulduğunda, kabul şerhinde ödeyicinin ne gibi seçeneği olduğu belirtilmiştir. Başka bir anlatımla Tasarı’nın 697. (609.) maddesi kaynakta, Tasarı’nın 674. (586.) maddesinin kaynaktaki ilgili maddesi kapsamı dışında kalan poliçeler kabule sunulduğunda ödeyiciye, kabul şerhinde bu son madde kuralına benzer biçimde poliçeyi yalnızca konutlandırma (konutlu poliçeye dönüştürme) ve ayrıca “adresli poliçe” seçeneği vermek amacıyla düzenlenmiştir. Kaynağın ilgili maddesine göre Tasarı’nın 674. (586.) madde kapsamına giren poliçelerde ödeme yeri ve ödemeyi gerçekleştirmesi gereken kişi bakımından bir sorun bulunmamaktadır. Bu tür bir poliçe kabule sunulduğunda ödeyici bu poliçeyi ya kabul eder, ya da reddeder, nihil est tertium.²⁰

2. Kaynakta birinci fıkra, ödeyicinin konutunun bulunduğu yer dışında bir ödeme yeri belirtilmiş olup da “konutunda ödemenin yapılması gereken” bir üçüncü kişinin belirtilmediği poliçe kabule sunulduğunda ödeyiciye kabul şerhinde, ödeme yerinde ödemenin yapılması gereken bir üçüncü kişinin konutunu gösterebilmesi olanağını vermektedir. Tasarı’nın bu fıkrasındaki “bir üçüncü kişiyi gösterebilir” biçimindeki çeviri,

¹⁸ Tasarı maddesinin yanında ayrıca içinde verilmiş numaralar TTK’nun ilgili maddesinin numarası olacaktır.

¹⁹ Poroy - Tekinalp, a.g.e.

²⁰ Latince olan bu sözün Türkçesi: Bir üçüncüsü yoktur.

kaynağa uygun olmayan, yanlış anlaşılmaya neden olabilecek bir anlatımdır. Kaynakta “Ödeme yerinde, konutunda ödemenin yapılması gereken bir üçüncü kişiyi gösterebilir.” kavramını veren bir öge kullanılmıştır.²¹ Bu durumlarda herhangi bir üçüncü kişi gösterilemez.

3. İkinci fıkrada ise ödeyicinin konutunda ödenmesi gereken bir poliçe kabule sunulduğunda ödeyiciye, kabul şerhinde kendi konutunun bulunduğu yerde olan herhangi bir adresi gösterebilme olanağı verilmektedir. Adresin (Fr. adresse) sözlükte “Bir kimsenin arandığı zaman bulunabileceği, genellikle oturduğu yer; bir kuruluşun bulunduğu, tanımlanabilir yer.”²² olarak belirtildiği gerçeği karşısında; “muhatabın yerleşim yeri, bürosu, sahibi olduğu şirketin adresi²³ muhatabın nezdi olarak gösterilmiş olabilir. Tüm bu olasılıklarda muhatap ödeme yerini, mesela x bankasının bir şubesini gösterebilmelidir” diyen Tasarı’nın ilgili madde gerekçesine göre “nezdi” olarak sayılan yerler hem konut kavramı içinde, hem de adres kavramı içindedir. Bu iki kavram arasındaki ayırım, tüzel kişiliği olmayan yerlerin de adres kavramı içinde olmasıdır. Şurası da var ki, ödeyicinin konutunda ödenmesi gereken poliçenin, Tasarı’nın 755. (667.) maddesi gereği ödeyicinin ticaret yerlerinde veya böyle bir yeri yoksa oturduğu yerde kabule sunulması gerekmektedir. Kaynakta ödeyicinin, ne herhangi bir bankanın herhangi bir şubesinin, ne de başka herhangi bir üçüncü kişinin adresini göstermesini engelleyen bir öge bulunmamaktadır. Ayrıca kaynakta, “poliçenin bizzat muhatabın nezdinde (veya ikametgahında) ödenmesi şart kılınmışsa” anlamına gelen ne bir öge, ne de bu kavramı verebilecek, ödeyiciyi sıkboğaz eden bir anlatım bulunmadığı gibi buna da gerek yoktur. Ayrıca çeviride bu fıkraya “bizzat” ve “ödemenin yapılacağı yer olmak üzere” biçiminde kaynakta olmayan iki öge eklenmiştir. Bir örnek, Tasarı 671 (583) kapsamında düzenlenmiş, ödeyicinin konutunun bulunduğu yer (İstanbul), ödeme yeri olarak gösterilmiş veya 672. (584.) madde üçüncü fıkrası gereği ödeyicinin soyadının yanında bulunan yer (İstanbul), ödeme yeri, aynı zamanda ödeyicinin konutunun bulunduğu yer sayılan biçiminde düzenlenmiş bir poliçe, ödeyicinin konutunda ödenmesi gereken bir poliçedir. İşte

²¹ Kaynakta bu madenin birinci fıkrasında belirgin bir kavram yerine kullanılan <<I’>> adılı bulunmaktadır. Oysa tasarıda bu adılın çevirisi olarak “bir üçüncü kişiyi” biçiminde anlamı açık olmayan bir öge kullanılmıştır. Fransızcada bu tür anlatımları veren başka bir adıl kullanılmaktadır.

²² Püsküllüoğlu, a.g.e.

²³ Tek kişilik ortaklık olmalı. (Yazarın notu).

bu tür poliçeler için getirilmiş bir kuraldır bu fıkra. Bu sonuç, hem ödeyicinin poliçede ödemeyi yapması gereken kişi olmasından, hem de Tasarı 697 (609), f. 1'in kaynaktaki zıt kavramından çıkmaktadır. "Adresli poliçe ya poliçeyi keşide ederken keşidecinin²⁴ veya poliçe kabule arz edildiğinde muhatapın kabul şerhinde 'ödeme yerinde', ödemenin fiilen yapılacağı üçüncü bir kişinin adresini gösterdiği poliçedir... Gösterilen adresin poliçede yazılı bulunan 'ödeme yeri'nde bulunması gerekir"²⁵ diyen bu tanım da kaynağa göre tümüyle kabul edilemez. Çünkü "adresli poliçe" yalnızca kabul şerhinde gösterilen bir adres ile ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca, alıntıdaki bu son tümce, Tasarı'nın 671. (583) maddesinde "ödeme yeri" diye kısaltılarak yapılan çevirinin nasıl yanlış anlaşılmaya neden olduğunun açık bir kanıtıdır. "Muhatap bir poliçeyi adresli yapabilir, fakat ikametgahlı poliçeye çeviremez."²⁶ görüşü de kaynağa tam olarak uygun değildir. Çünkü kaynağın ilgili maddesinde ödeyici, Tasarı'nın 697. (609) maddesinin birinci fıkrasına göre ödeyicinin konutunun bulunduğu yer dışında bir ödeme yeri gösterilip de ödemenin yapılması gereken konutun gösterilmediği bir poliçeyi konutlu (ikametgahlı) poliçeye de çevirebilmektedir. "İkinci örnek: Keşideci, muhatap (A)'nın ikametgahu ve ödeme mahalli olarak 'Nişantaşı, Ak Sokak No. 3, İstanbul' yazmış, ancak poliçeye 'poliçe Maslak No. 45 İstanbul adresinde muhasebede ödenecektir' kaydını koymuştur. Bu poliçe de adreslidir."²⁷ Kaynağa göre bu görüş de kabul edilemez. Çünkü düzenleyen poliçeye ödemenin yapılacağı bir üçüncü kişinin konutunu adresiyle birlikte belirtmiştir. Başka bir anlatımla; düzenleyenin poliçede, ödemeyi yapması gereken bir üçüncü kişinin konutunu adresiyle birlikte göstermesi, o poliçeyi adresli değil, konutlu poliçe konumuna getirir.

Bu Maddenin Kaynağa Uygun Türkçesi²⁸

Ödeme Yeri ve Adresli Poliçe

Madde 697. (1) Düzenleyen, poliçede, konutunda ödemenin yapılması gereken bir üçüncü kişiyi göstermeksizin, ödeyicinin konutunun

²⁴ Benzer görüş için bkz., Ülgen, Helvacı - Kendigelen, Kaya, a.g.e., s. 84, 25 numaralı paragraf.

²⁵ Poroy - Tekinalp, a.g.e.

²⁶ Poroy - Tekinalp, a.g.e.

²⁷ Poroy - Tekinalp, a.g.e.

²⁸ Kaynağın gerekçesinde "Bu madde metninde geçen 'yer' sözcüğünün kent anlamında olduğu açıktır" denilmiştir.

bulunduğu yerden başka bir yeri ödeme yeri olarak belirtmişse; ödeyici kabul şerhinde, bu ödeme yerinde konutunda ödemenin yapılması gereken bir üçüncü kişiyi gösterebilir. Yoksa, ödeyici ödeme yerinde poliçeyi ödemeyi kendisi üstlenmiş sayılır.

(2) Poliçenin ödeyicinin konutunda ödenmesi gerekiyorsa, ödeyici kabul şerhinde ödemenin yapılması gereken yerde bulunan bir adresi gösterebilir.

E. Madde 755 Üzerine

Bu madde kaynağına uygun olarak düzenlenmişse de burada kullanılan iki sözcük üzerinde durmak istiyorum. Bunlardan biri “*nezdinde*” sözcüğüdür. Bu sözcük yerine, Kaşgarlı’nın “*Divan*”ında ve günümüz Türkçe sözlüklerinde “*nezt*” karşılığı olarak geçen “*kat*” sözcüğü kullanılmalıydı. Türkçe kökenli sözcüklerin anlamlarına işlerlik kazandırmak varken, çok az kişinin bildiği yabancı kökenli sözcüklerin anlamlarına dilimizde işlerlik kazandırma döneminin sona ermesi gerekirdi. İkincisi ise,

Türkçemizin bilinçli işlenişinin en güzel örneklerinden biri olan “*konut*”²⁹ sözcüğüdür. Bu sözcüğün anlam alanı “*mesken*”e sığmayacak kadar geniştir. Tüzel kişiler de girer bu alana. Kısacası, dar gelir ona “*mesken*”, sığmaz oraya o. Çeviri yaparken de burada, ona “*bulunduğu yer*” diye bir ekleme yapılamazdı.

²⁹ TTK’nın ilgili maddesinde “*mesken*” sözcüğü bulunmaktadır. Tasarı, “*mesken*” yerine “*konut*” sözcüğünü kullanmayı uygun bulmuş demektir. Fransızca metinde ise bu öge yerine “*demeure*” sözcüğü vardır. Fransız hukukunda hem gerçek hem de tüzel kişiler için “*domicile*” terimi kullanılmaktadır. “*Domicile*” hukuk terimi olduktan sonra bu sözcük, hukuk sorunları dışında konuşma dilinde kullanılmaktadır. Bunun yerine Latince kökenli “*demorare*, *demorari*” eylemlerinin Fransızca’da “*demeure*” olmuş biçiminden ad olarak türetilmiş, oturlan yer anlamına gelen “*demeure*” sözcüğü yeğlenmektedir. Kaynağın Fransızca metninde “*domicile*” kullanılsaydı anlatım bozulurdu. “*Demeure*” sözcüğü yerine Türkçe’de en uygun sözcük, kullanımına göre “*oturlan yer*” ya da “*oturduğu yer*” olmalıydı. Çünkü sözlüklerde tüzel kişiler de “*konut*” kavramı içindedir. Hukuk bilimcilerin sözlük bilimi uzmanlarının görüşlerine değer vermeleri gerekirdi. Fransızca olarak, “*Demeure: domicile, lieu où l’on habite*” biçiminde tanımlanmaktadır. Bkz., *Grand Larousse Encyclopédique*, 1961, Montrouge (Seine), France.

Bu Maddenin İsviçre Borçlar Yasası'nın İlgili 1084. Maddesine Uygun Türkçesi

D. Poliçeye İlişkin İşlemlerin Yapılacağı Yer

Madde 755. (1) Poliçeyi kabul veya ödeme için sunmak, protesto çekmek, poliçenin bir nüshasının verilmesini istemek gibi belirli bir kişi katında yapılacak olan bütün işlemlerin, bu kişinin ticaret yerlerinde veya böyle bir yeri yoksa oturduğu yerde yapılması gereklidir.

(2) Ticaret yerleri veya oturulan yer dikkatle araştırılır.

(3) Şu kadar ki; kolluktan ya da yerel posta yönetiminden edinilen bilgilerden bir sonuç çıkmazsa başka araştırmalar yapmaya gerek yoktur.

Sonuç Olarak

Avrupa Birliği'ne katılım sürecini yaşayan ülkemizde, Avrupa'nın birçok ülkesinde kullanımı oldukça yaygın olan poliçe, sigorta poliçesi olarak kullanılmaktan öteye gidememiştir. Bu ödeme aracının ileride ülkemizde de kullanımının yaygın olabileceği düşünüldüğünde, poliçeye ilişkin bu uluslar arası kuralların tam olarak anlaşılması gereği ortaya çıkmaktadır. Değerlendirme kapsamına alınan kurallar, bu amaca yönelik olarak özenle seçilmişlerdir.

Cenevre Birlik Anlaşması'nın kambiyo senetlerine ilişkin kurallarının yazıldığı Fransızca metin irdelendiğinde, bu kuralların bir deha ürünü olduğu, kusursuz, ileri bir Fransızca ile yazıldığı anlaşılmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'ndaki yukarıda adı geçen anlaşmadan alınan poliçeye ilişkin kuralların, aynı zamanda çok seçkin bir Alman hukukçusu da olan Ernst E. Hirsch³⁰ tarafından 1951 yılında dilimize çevrildiği bilinmektedir. Bu saygıdeğer kişinin dilimize Fransızcadan yanlış aktarmaları olduğu gibi, diğer Alman hukukçularının da CBA'nın Fransızca metnini yeterince anlayamamış olabileceklerini gözardı etmemek gerekir. Bu bakımdan, "Alm. Kamb. SK'nın 27. maddesinin ikinci fıkrası

³⁰ Çağdaş Türk hukukunun kurucuları arasında gösterilen bu kişinin yazdığı "Anılarım" adlı yapıtını okumanızı önemle salık veririm. Bkz., *Anılarım*, Ernst E. Hirsch, TÜBİTAK, Ankara.

da hükmümüzde olduğu gibi 'muhatabın nezdinde' demektedir" diyen, ilgili madde gerekçesinde belirtildiği üzere "nezdinde" sözcüğünü kullanan alman hukukçuların Fransızca'yı yeterince anlayamadıkları kanısındayım. Nitekim uluslar arası Cenevre Konferansının 14 Mayıs 1930 tarihli oturumunda konferansın başkanı Limburg, Alman yetkili kurulun konutlu poliçeye ilişkin olarak CBA'nın 4. maddesi için yapmış olduğu değişiklik önerisini tartışmaya açar. Bu öneri metninde bir üçüncü kişi katında (nezdinde) ödenmek üzere düzenlenen poliçelerin 'konutlu poliçe' olduğu belirtilmiş ve bu görüş Alman üye M. Quassowski tarafından savunulmuştur. Bunun üzerine söz alan Fransa Merkez Bankası denetmeni ve konferansın teknik danışmanı M. Bouteron, Alman üyelerin sunduğu değişiklik önerisi metninin açıklığından kuşku duyduğunu belirterek "O kişi poliçenin nasıl konutlandırılabilirliğini anlamıyor" diyebilmiştir. Aradan yetmiş beş yıl geçtikten sonra Almanya'nın o zaman kabul görmeyen bu değişiklik önerisinin Tasarı'nın 674. maddesinde filizlenmiş olarak karşımıza çıkartılmış olması, kabul edilemezliğinin yanı sıra üzücüdür de. Böylesine yetkin bir deha ürününden herhangi bir ögenin alınıp bunun yerine başka bir öge koymak, Mimar Sinan'ın bir başyapıtından mermer bir sütunu alıp yerine ahşap bir direk koymaya benzer. Uluslar arası bir anlaşma ile belirlenen kuralların değiştirilmesi ancak benzer nitelikte bir anlaşma ile uygun olabilir düşüncesindeyim. Gerek İsviçre Borçlar Yasası'nın (Code des Obligations), gerekse Fransız Ticaret Yasası'nın (Code de Commerce) ilgili maddelerinde de "nezdinde" değil "konut" anlamını veren sözcük kullanılmıştır.

Çeviri bilimin kurallarına da aykırı olarak, metnin ötesinden berisinden kırpıntılar ya da metne birtakım eklemeler yaparak ortaya çıkan çevirinin ne gibi yanlış yorumlara neden olabileceğini, başkaca hiçbir amaca yönelik olmaksızın yalnızca gözler önüne sermek bakımından, yetişmemde payı olan çok saygıdeğer hukuk bilimcilerden alıntılar yaptım.

Bir yasanın kusursuz bir dille yazılması demek; dilbilgisine göre yalnızca özne, yüklem, tümleç gibi ögelerin tümce içinde yerli yerine konularak o yasa kurallarının yazılması demek değildir. Aynı zamanda o kuralları en uygun sözcükler, terimler kullanarak açık ve yalın bir anlatımla verebilmektir. Özenli bir annenin sokağa çıkmak isteyen çocuğuna birkaç kez "sakın, sakın oğlum/kızım kendini kolla" biçimindeki sözlerine ya da çok saygıdeğer yazarımız P. S.'nin on beş kuruşluk

uzun makalelerine³¹ benzemez hukuk kuralları. Ta 1804 yılında 2281 maddeden oluşan Fransız Medeni Yasası'nı kusursuz bir Fransızca ile yazma başarısı gösterenlerin en belirgin özelliği de budur.

İleri bir Fransızca ile yazılan CBA'nın kambiyo senetlerine ilişkin tüm kurallarının, ileri bir Türkçe kullanılarak uyum, terim ve biçem (üslup) birliğiyle Tasarı'da yeniden yazılması gerektiği kanısındayım.³²

³¹ Tanınmış yazarımız P. S. ilk makalelerini yayımlamak üzere zamanında çok okunan bir gazetenin sahibiyle iş görüşmesi yapmaktadır. Söz döner dolaşır ücrete gelir.

– Eğer uzun makale yazmamı isterseniz on beş, kısa makale yazmamı isterseniz otuz kuruş alırım” der P. S.

Sonunda uzun makale yazıldığında on beş, kısa makale yazıldığında otuz kuruş ödenmek üzere anlaşılır.

³² Bu makalemin yazılmasında kullandığım kaynaklara erişimimi sağlayan Tasarı Hazırlama Komisyonu Başkanı saygıdeğer hocam Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'na, İstanbul Fransa Başkonsolosluğu'na ve İsviçre Başkonsolosluğu'na sonsuz teşekkürlerimi iletirim.

İKRARDA MANEVİ UNSUR

Dr. Adnan DEYNEKLİ*

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun deliller faslında (m. 236-374) düzenlenmiş olan ikrar (m. 236), görülmekte olan bir davada taraflardan birinin, diğer tarafça ileri sürülen ve aleyhinde hukuki sonuç doğurabilecek nitelikte olan maddi vakıanın doğru olduğunu kabul etmesini ifade eder.¹

Geçerli bir ikrardan bahsedebilmek için, ikrar içeren beyanın; mahkemeye yönelik yapılması, maddi bir vakıa içermesi, bu vakıanın hasımca ileri sürülmesi ve lehine ikrarda bulunulan tarafın aleyhinde hüküm doğuracak nitelikte olması gerekir. Buna karşılık, beyanda bulunan kimsenin, ikrar kastı veya ikrar niyeti (animus confitendi) ile vakıayı kabul etmiş olması aranmaz. Diğer bir anlatımla, ikrar, beyanda bulunan kimsenin, iradesine uygun olmasa bile salt beyan, ikrara konu olan vakıa/vakıaların çekişmesiz hale gelmesi sonucunu doğurur. Aşağıda ceza yargılama hukukunun aksine medenî yargılama hukukunda pek nadir telaffuz edilen “*manevi unsur*” tabirinin ikrar temelinde tesirine ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır. Bu bağlamda, ikrarda manevi unsurun; ikrarın hukuki niteliğini belirlemede, ikrarın geri alınmasının şartlarının tespitinde, başka bir mahkeme önünde yapılan ikrarın derdest davaya etkisinde, ikrara konu olan vakıayı çekişmesiz kılmasında, sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrarın doğuracağı sonuçta, yemin edilirken yapılan bileşik ikrarın bölünmesinde ve nihayetinde bilerek

* Yargıtay Tetkik Hakimi.

¹ Tanrıver, Süha, “Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu”, *TBB*, 1993/2, s. 213; Kiraz, Taylan Özgür, *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*, Ankara 2005, s. 39.

ve isteyerek gerçeğe aykırı bir vakıanın kabulünde taşıdığı önem üzerinde durulacaktır.

A. CEZA USUL HUKUKUNDA

Ceza yargılamasında, akla ve mantığa uygun olduğu ve hukuka aykırı şekilde elde edilmediği sürece her türlü delile istinaden hüküm verilebilir. Vicdani delil sisteminin uygulama alanı bulduğu ceza yargılamasında, delillerin re'sen araştırılması, delil serbestisi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi hâkim olan ilkelerdir.² Sanığın beyanı, kendisine isnat edilen ve suç sayılan bir fiilin tamamen veya kısmen doğru olduğunun beyan edilmesi yani ikrar (itiraf) şeklinde ise, delil olarak değerlendirilebilir. Fakat ikrar edilmek suretiyle tarafların üzerinde uyduğu vakıalar ispatın konusu oluşturmaya devam eder; bu durum, ikrarda bulunmanın altında yatan psikolojik ve patolojik etkenlerin araştırılması gereğini ortadan kaldırmaz.³ Zira sanığın bir yakınım korumak amacıyla suç teşkil eden fiili (vakıayı) üstlenmesi veya ekonomik ve siyasi sebeplerle hapisaneyeye girmek ve hayali suçlar yaratmak yahut da toplumda kahraman gibi gözükmek amacıyla kendisini suçun faili gibi göstermek istemesi ihtimal dâhilindedir.⁴ Yalan ikrar beyanlarına rastlanılabilecek olması, ikrarın delil değerini ve güvenilirliğini azaltmakta, beyanın sorgulanması ihtiyacını doğurmaktadır. Bu sebeple, hukuk yargılamasının aksine, ikrarın ne amaçla yapıldığı ve özel bir ikrar kastının var olup olmadığı önem arz etmekte, ikrar tek başına suç sayılan fiilin gerçekleştiği yönünde belirleyici olmamaktadır.⁵ Yargıtay Ceza Daireleri ve Ceza Genel Kurulu kararlarında da hâkimi bağlamayan ve tek başına delil olarak kabul edilmeyen ikrarın delil değerine ilişkin; beyanın, hâkim önünde gerçekleşmesi, her türlü maddi ve manevi baskı, tehdit ve hileden uzak, özgür irade ile yapılmış olması ve suç sayılan fiilin işleniş ile uyumlu tamamlayıcı delillerle doğrulanması hususları gözetilerek sonuca varılmaktadır. Misaller;

² Taner, Tahir, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İstanbul 1955, s. 221.

³ Juchems, Hermann, *Das Gestaendnis im Zivill- und Strafprozess*, Dusseldorf 1935, s. 36, 37.

⁴ Belgesay, M. Reşit, *Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller*, İstanbul 1940, s. 129; Belgesay, M. Reşit, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi I, Teoriler, İspat Teorisi*, C. III, 3. Baskı, İstanbul 1950, s. 116, 117; Taner, s. 221.

⁵ Kunter, Nurullah, *Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. B, İstanbul 1986, s. 600.

“Kasten nikahlı eşini ve öz kızını öldürmek suçundan sanık Mahmut’un, TCY’nin 449/1, 51/1, 59/2 ve 450/1, 59. maddeleri uyarınca mahkumiyetine ilişkin Kayseri İkinci Ağır Ceza Mahkemesi’nce 4.10.1990 gün ve 67-125 sayı ile verilen hükmün kendiliğinden temyize tabi bulunması ve sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine; dosyayı inceleyen Yargıtay Birinci Ceza Dairesi’nce, 14.2.1991 gün ve 3546-368 sayı ile;

Karısını ve kızını öldürdüğü kuşkusuyla 28.12.1988 günü gözaltına alınan sanık, 1.1.1989 tarihinde yapılan sorgulamada suçu inkar etmesine rağmen serbest bırakılmayarak gözetim altında bulundurulmaya devam edildiği sırada, el yazısı ile yaptığı başvuru üzerine C. Savcısı tarafından emniyette, daha sonra Sulh Hakimliği’nde ve bilahare Cumhuriyet Savcılığı’nda alınan ifadelerinde suçu ikrar etmişse de, ikrarlar arasında esasa ilişkin çelişkiler bulunduğu gibi, esasen duruşmada bu ifadelerinin maddi ve manevi cebirle alındığını ileri sürüp yüklenen suçları kabul etmemesi, ölenin kolundaki bileziklerin elde edilememesi ve kaybolma nedeninin açıklanamaması, çocuğunu öldürmesi için herhangi bir neden bulunmaması, kesin ölüm saatinin belirlenememesi, olay günü saat 07.40’da işine gitmek için evinden çıkan sanığın gittiği yerlerde kuşkulu bir halinin saptanamaması, bozmaya uyularak yapılan yargılama sırasında Adli Tıp Biyoloji İhtisas Dairesi’nin 16.8.1990 gün ve 13653 sayılı raporunda; ‘suçta kullanıldığı ileri sürülen bıçakta kan ve doku hücreleri bulunmadığının belirtilmesi’ karşısında, ilk ifadelerinde sanıkla ölen arasında geçimsizlik bulunmadığını ifade eden ölenin yakınlarının sonraki ifadelerinde, sanıkla, karısı arasında geçimsizlik olduğu ve sebebinin sanığın bekar iken tanıştığı bir kadına karşı duyduğu sevgi olduğunu ileri sürmelerinin sanığın karısını ve suç tarihinde beş yaşına yeni girmiş kızını öldürdüğünün kesin kanıtı olamayacağı gözönünde tutularak beraatine karar verilmesi gerektiği) isabetsizliğinden bozulmuş, Yerel Mahkeme ise, 18.6.1991 gün ve 45-80 sayı ile; sanığın hazırlık soruşturması sırasında iradi ve özgür ikrarı bulunduğu, biçimindeki açıklama ile önceki hükümde direnmiştir. Bu hükmün de kendiliğinden temyize tabi bulunması ve sanık müdafii tarafından süresinde temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay C. Başsavcılığı’nın ‘onama’ istekli 6.11.1991 gün ve 2481 sayılı tebliğnamesiyle dosya Birinci Başkanlığa gönderilmekle; Ceza Genel Kurulu’nca okundu, gereği konuşulup düşünüldü: Ceza Genel Kurulu’nda duruşma yapılacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığından, sanık müdafininin bu husustaki isteminin reddine karar verilerek incelenen dosyaya göre; Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık, sanığın üzerine yüklenen suçların sübuta erip ermediği hususundadır.

Uyuşmazlığın çözümü için kanıtlara bakıldığında;

1- 28.12.1988 günü akşamüzeri gözaltına alınan sanığın üç gün sonra 1.1.1989 tarihinde alınan ifadesinde: *Yüklenen suçları inkâr ederken, (Olay günü saat 07.45 sıralarında, doldurmak üzere boş piknik tüpü ile evden çıktığını, servis aracı ile işyerine giderek, Şahin'in çağırması üzerine saat 13.00' den sonra DSİ'ye, oradan da terminale gittiğini, tesadüfen karşılaştığı akrabaları Mevlüt ve Şükrü ile evine gittiğinde olayı öğrendiğini) savunmakta,*

2- 4.1.1989 günü el yazısı ile; *(Hiçbir baskı altında kalmadan, vicdanının sesine dayanarak itiraf ediyorum. Eşimi ve kızımı ben öldürdüm. Kullandığım bıçağı su ile yıkayıp kaşıklağa bıraktım) biçiminde itirafıta bulunmaktadır.*

3- Bu itirafname üzerine 5.1.1989 tarihinde C. Savcısı tarafından karakolda ifadesine başvurulmuş sanık; *(Karımın sık sık yakınmaları nedeniyle gözünün dışarıda olduğu inancına kapıldım. Olay sabahı 07.40'da uyandım. Kahvaltı hazırlaması için onu uyandırdım. Aynı şekilde mırıldandığını duydum. Bu nedenle kendimi kaybettim. Boş piknik tüpü ile kafasına vurdum. Yere düştü. Tezgâh üzerinden aldığım bıçakla boğazına bir kez vurdum. O sırada kızım uyanmıştı. Ona vurduğumu hatırlamıyorum. Belki araya girdiği sırada vurmuş olabilirim. Eşimin kolundaki üç adet bileziği benden sonra eve gelmiş olanlar almış olabilir...) demek suretiyle yüklenen suçları ikrar etmekte ve bu ikrarı 5.1.1989 tarihinde Sulh Hâkimi önünde de yinelemektedir.*

4- Duruşmadaki sorgusunda ise, bu ikrarın özgür irade mahsulü olmadığını, maddi ve manevi baskı sonucu elde edildiğini ileri sürerek, yüklenen suçları işlemediğini savunmaktadır.

5- Olayda görgü tanığı bulunmamakta, ölen Fatma'nın yakınları hazırlıktaki anlatımlarında herhangi bir geçimsizlikten söz etmezlerken duruşmada; sanıkla ölen Fatma arasında geçimsizlik bulunduğunu ve suçu sanığın işlemiş olabileceğini söylemektedirler.

6- Sanığın servis aracında ve işyerinde bütün gün gözleyen tanıklar Ali, Şahin, Mevlüt, Ahmet, Zeki, Çerkez herhangi bir fevkaladelik göstermediğini, normal yaşantısını sürdürdüğünü açıklamakta, Emine, Hikmet, Şerife, Yakup sanıkla ölen arasında herhangi bir geçimsizliğe tanık olmadıklarını açıklamaktadırlar.

7- Yerel Mahkemenin ilk hükmünün bozulması üzerine; sanığın suçu işlediğini söylediği ekmeğ bıçağı üzerinde Adli Tıp Biyoloji İhtisas Kurulu'nca

yapılan inceleme sonucunda; 'Bıçakta kan veya doku hücreleri bulunmadığı' 16.8.1990 günlü raporla saptanmıştır.

8- 27.11.1988 günlü ölüm muayene tutanağında; (ölen Fatma'nın boyununun sağ ve sol yanında ve sırtında saptanan kesici alet yaralarının hayati damarları ve kalbe giden sinirleri tahrip edip ölüme neden olduğu, solda boyun üzerinde sol kulak memesine 5 cm. uzaklıkta, 1 cm. genişliğinde, yarım cm. eninde kanamalı kesici alet yarası, sol çene altında biri 2 cm. diğeri 5 cm. uzunluğunda iki adet kesici alet yarası, ensede 1 cm. ve 2 cm. uzunluklarında dört adet kesici alet yarası sırtında dört kesici alet yarası ve yine sırtta 3 cm. uzunluğunda kanamalı kesici alet yarısından ibaret toplam 11 kesici alet yarası bulunduğu, boğazda derin olmayan boğma izinin görüldüğü, başkaca darp, cebir asarına rastlanmadığı ölen Esra'da ise değişik yerlerde 8 adet kesici alet yarası bulunduğu) belirtilmektedir.

Açıklanan bu kanıtlara göre; sanığın hazırlık soruşturması sırasında, alınan ilk ifadesinde suçu inkâr etmesine rağmen, gözaltında tutularak, duruşmada maddi ve manevi baskıya dayalı olduğunu ileri sürdüğü, hiçbir yan kanıtla doğrulanmayan, aksine ölü muayene tutanağındaki fenni bulgularla esaslı çelişkiler içeren ikrarına dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulması, Ceza Hukuku'nun maddi gerçeğin hiçbir kuşkuyla yer kalmaksızın açığa çıkarılması ilkesine aykırıdır. İkrarın kabule değer olabilmesi için özgür ve iradi olması koşuldur. Kaldı ki, fenni kanıtlarla çelişen ve hiçbir yan kanıtla doğrulanmayan soyut ikrarın mahkûmiyet kararına dayanak yapılması kabul edilemez.

Bu itibarla, sanığın üzerine yüklenen suçlardan cezalandırılmasına yeterli kesin ve inandırıcı kanıt elde edilemediğinden direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

Direnme hükmünün değişik gerekçe ile bozulması yolunda oy kullanan Kurul Üyesi S. Selçuk; 'İlk mahkeme, yöntemince ikrarın özgür ve iradi olup olmadığını tartışıp saptamamıştır. Bu konuda dinlenen tanıklığı da değerlendirmemiştir. Kararın yalnızca bu açıdan bozulması gerekir. Yargıtay'ın ilk mahkemenin yerine geçerek ve ikrarı değerlendirerek, karar vermesi olanaksızdır ve bu yetki aşımıdır' görüşünü ileri sürmüştür.

Sonuç: Açıklanan nedenlerle sanık müdafinin temyiz itirazları yerinde görüldüğünden, kendiliğinden de temyize tabi hükmün, isteme aykırı olarak (Bozulmasına), sonuçta oybirliği, gerekçede oyçokluğu ile 2.12.1991 gününde karar verildi."⁶

⁶ CGK, 02.12.1991. 1-301/334

“Hırsızlık suçundan sanık Osman, Hüseyin ve Hacı Osman’ın; TCY’nin 493/1-son, 522. maddesi uyarınca dokuzar yıl hapis cezasıyla cezalandırılmalarına ilişkin, Gaziosmanpaşa İkinci Asliye Ceza Mahkemesi’nce 29.5.1992 gün ve 235-382 sayı ile verilen kararın, sanıklar müdafileri ve C. Savcısı tarafından temyizi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi’nce, 28.9.1992 gün ve 6454-6053 sayı ile; (Sanıkların zora dayalı olduğunu beyan ettikleri ikrarlarından öteye kanıt bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizliğinden bozulmuştur. Yerel Mahkeme ise, 16.11.1992 gün ve 780-722 sayı ile; dosyadaki mevcut kanıtlara göre suçun sübuta erdiği görüşüyle önceki kararda direnmiştir. Bu karar da, sanıklar müdafileri tarafından süresinde temyiz edildiğinden, dosya Yargıtay C. Başsavcılığı’nın ‘bozma’ istekli 24.6.1993 gün ve 6/100316 sayılı tebliğnamesiyle Birinci Başkanlığa gönderilmekle; Ceza Genel Kurulu’nca okundu, gereği konuşulup düşünüldü: İncelenen dosyaya göre; Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyumsuzluk, suçun sübuta erip ermediği hususundadır.

Dosyadaki kanıtlara bakıldığında; 29.1.1992 günü şikâyetçi Cafer’e ait işyerinin, duvarı delinerek içeriye girilip, çelik kasa kırılmak suretiyle içinden 7.800 Mark, 1.200 Dolar ile çek ve senetleri çalınmıştır. Şikâyetçi, 30.1.1992 günü durumu öğrenir öğrenmez kolluğa başvuruda bulunmuş, kolluk yaptığı tüm çalışmalara rağmen olayın faillerini saptayamamış ve Cumhuriyet Savcılığı’na yazdığı 4.2.1992 günlü yazıda; ‘tüm aramalara rağmen suç faillerinin yakalanamadığını’ bildirmiştir. Bilahare, 6.2.1992 gecesi saat 02.00 sıralarında devriye görevi yapılırken, durumlarından kuşkulanan sanıklar Hacı Osman ve Hüseyin yakalanmışlar, üzerlerinde yapılan aramada 3500 Mark, 420 Dolar elde edilmiş, ellerindeki poşette de makas v.s. görülerek bunlara el konulmuştur.

Olayın görgü tanığı bulunmamaktadır. Sanıklar kolluktaki ifadelerinde suçu işlediklerini ikrar etmişler. Bilahare, sulh hâkimi tarafından yapılan sorgularında ve duruşmada suçu işlemediklerini savunarak, kolluktaki ikrarlarının baskıya dayalı olduğunu ileri sürmüşler, üzerlerinde yakalanan dövizin dükkân satışı nedeniyle ortağı Mustafa’dan aldığı 20.000.000 liranın dövize çevrilmesi sonucu sağlandığını belirtmişler ve bu savunmaları tanıklar Mustafa ile Abdullah tarafından da doğrulanmıştır.

Öte yandan, Adli Tıp Eyüp Şube Müdürlüğü’nün 25.2.1992 günlü raporlarında, sanıklarda eskiye dayalı, iyileşmeye yüz tutmuş ekimoz ve ödemler bulunduğu da açıklanmıştır.

Sanıkların üzerlerinde yakalanan dövizin, şikâyetçinin dükkânından alındığı saptanamamış, ellerindeki poşette yakalanan aletlerin de olayda kullanıldığı belirlenememiştir.

3842 sayılı Yasa'yla değişik CYUY'nin 135/a maddesinde; 'ifade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz.

Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez.

Yukarıdaki, fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez' hükmü yer almakta, 254. maddenin 2. fıkrasında ise, 'soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz' kuralına yer verilmektedir.

Bu düzenlemelere göre, yasak sorgu yöntemleriyle toplanan kanıtlara dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulamayacağı açıktır.

İnceleme konusu olayda, sanıklar kolluktaki ikrarlarının baskıya dayalı olduğunu ileri sürmektedirler ve bu savunmaları Adli Tıp Eyüp Şube Müdürlüğü'nün raporları ile de doğrulanmaktadır. Kaldı ki, sanıkların suçu işlediklerine dair başkaca hiç bir yan kanıt ta elde edilememiştir.

Ceza yargılamasının amacı hiç bir duraksamaya yer vermeyecek biçimde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Hâlbuki sanıkların yüklenen suçu işlediklerine dair herhangi kanıt elde edilememiştir. Bu itibarla suç sübuta ermemiştir. Direnme kararının bozulmasına karar verilmelidir.

Sonuç: Açıklanan nedenlerle, sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden direnme kararının istem gibi (Bozulmasına), 4.10.1993 günü oybirliğiyle karar verildi." ⁷

"Hırsızlık suçundan sanık Ahmet'in, TCK'nın 491/4; 2253 sayılı Yasa'nın 12/1-2; TCK'nın 59; 647 sayılı Yasa'nın 4 ve 6. maddeleri uyarınca sonuçta 750.000 lira ağır para cezasıyla cezalandırılmasına, verilen cezanın ertelenmesine, çalınan videonun değeri olan 1.600.000 liranın sanıktan alınıp katılana verilmesine ilişkin, Şavşat Asliye Ceza Mahkemesi'nce verilen 26.9.1991 gün ve 1990/53-1991/94 sayılı hükmün o yer Cumhuriyet Savcısı

⁷ CGK, 04.10.1993, 6-192/217

tarafından temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi, 25.6.1992 gün ve 4349/5104 sayı ile; 'Sanığın, atılı suçu işlediğine dair zora dayalı olduğunu beyan ettiği hazırlık soruşturması sırasındaki ikrarı dışında kesin ve inandırıcı delil mevcut olmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hükümlülük kararı verilmesi' isabetsizliğinden kararı bozmuştur. Yerel Mahkeme ise, '17.9.1992 gün ve 75/106 sayı ile Sanık, zabıta ve Cumhuriyet Savcılığı'nda yüklenen suçu işlediğini ikrar etmiş, zabıtaadaki beyanını saptayan Abdullah ve Ceadet de kendisine baskı yapılmadığını söylemişlerdi. Sanığın ikrarı; tanıklar Nihat'ın duruşmadaki, Ahmet'in jandarmadaki anlatımlarıyla doğrulandığına göre, yüklenen suçu işlediğinin kabulü gerekir' biçimindeki açıklamalarla önceki hükümde direnmiştir. Bu hüküm de sanık tarafından süresinde temyiz edildiğinden dosya, Yargıtay C. Başsavcılığı'nın onama istekli 20.9.1993 gün ve 6/65146 sayılı tebliğnamesiyle Birinci Başkanlığa gönderilmekte; Ceza Genel Kurulu'nca okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

İncelenen dosyaya göre;

Sanık, zabıtaca saptanan 6.9.1990 günlü ifadesinde, müştekiye ait videoyu Ahmet ile birlikte çaldıklarını ve Ardahan'da bir taksiciye 200 bin liraya sattıklarını beyan etmişse de, Cumhuriyet Savcılığı'nda ve duruşmada bu beyanın zora dayalı olduğunu iddia edip yüklenen suçu işlemediğini savunmuştur.

Suçta konu video elde edilememiş ve direnme kararında belirtildiği gibi sanık Cumhuriyet Savcılığı'nda suçu ikrar etmemiştir.

Tanık Nihat'ın görgüye dayalı bilgisinin bulunmadığı belirlendiğine ve tanık Ahmet'te Cumhuriyet Savcılığı'nda ve duruşmada sanık olarak verdiği ifadesinin baskıya dayalı olduğunu ileri sürdüğüne göre sanığın jandarmadaki ikrarının doğrulandığı söylenemez.

Bu itibarla, yüklenen suçu işlediğine ilişkin zora dayalı olduğunu iddia ettiği ikrarı dışında hakkında yeterli ve her türlü kuşkudan uzak inandırıcı ve kesin delil bulunmayan sanığın aksi kanıtlanamayan savunmasına itibar edilerek beraatine karar verilmesi gerekirken karar yerinde yazılı gerekçeyle mahkûmiyetine karar verilmesinde isabet görülmediğinden direnme hükmünün açıklanan bu nedenlerle bozulmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Üyeleri; 'direnme kararının haklı nedenlere dayandığını' belirterek onanması yönünde oy kullanmışlardır.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle Yerel Mahkeme direnme hükmünün isteme aykırı olarak (Bozulmasına), 18.10.1993 günü oyçokluğuyla karar verildi."⁸

B. MEDENİ USUL HUKUKUNDA

I. İKRARIN HUKUKİ NİTELİĞİNİ BELİRLEMEDE

İkrarın hukuki niteliği konusunda; ikrarın bir delil olduğu, feragat veya tek taraflı bir tasarruf işlemi olduğu, hem bir delil hem de bir tasarruf işlemi olduğu, tek taraflı bir usul işlemi olduğu şeklinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.⁹ İkrarın hukuki niteliğini belirlemede manevi unsur, bu görüşlerden özellikle, ikrarın feragat veya tek taraflı bir tasarruf işlemi olduğu görüşü ile tek taraflı bir usul işlemi olduğu görüşü bakımından ele alınabilir.

1. Feragat veya Tek Taraflı Tasarruf İşlemi Olduğu Görüşü

İkrarı taraflar arasında bir tasarruf işlemi olarak gören ve taraf iradesine önem veren bu görüşe göre, ikrarda, ikrara sebep olan ve animus confitendi olarak tabir edilen bir niyetin varlığı mevcuttur.¹⁰ İkrarı ortaya çıkaran ikrar niyeti ve buna yönelik irade beyanı, ikrarın ayrılmaz bir parçasını oluşturur.¹¹ İkrar, tespit iradesine (feststellungswille) dayanan bir irade beyanı veya ispattan feragat iradesine (beweisverzichtswille) dayanan bir irade beyanı (erklärungs-wille) olarak ortaya çıkabilir.¹² İkrarda bulunanda, tespit iradesinin varlığı halinde, vakiaları gerçekliğini göz önüne almadan doğru kılma iradesi; feragat iradesinin varlığı halinde ise, hasmı ispattan kurtarma iradesi bulunur.¹³ İkrarda bulunan, hasmının ileri sürdüğü vakıayı inkâr etmemek aksine doğrulamakla, vakıanın onun tarafından ispatını talep etmekten feragat etmektedir.¹⁴

⁸ CGK, 18.10.1993, 236/255.

⁹ Konu ile ilgili görüşler için bkz., Kiraz, s. 48 vd.

¹⁰ Wach, Adolf, *Das Gestaendnis*, AcP 1881/64, s. 202, 216, 227; Kitz, Eugen, *Das sogenannte qualifiziert Gestaendnis und seine Bedeutung für die Beweislast*, Würzburg 1913, s. 5-9.

¹¹ Kitz, s. 6, 7.

¹² Bkz., yuk. dpn. 10.

¹³ Kitz, s. 6.

¹⁴ Planck, Julius Wilhelm, *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Band 1, Nördlingen 1887, s.321; Juchems, s. 11.

Şu halde, ikrar, uyuşmazlık konusu hak üzerinde ispattan feragat şeklinde bir tasarruftur.¹⁵

2. Tek Taraflı Bir Usul İşlemi Olduğu Görüşü

İkrarı tek taraflı bir usul işlemi olarak gören görüşe göre, ikrar, delil ikame faaliyetini ve ispat gereğini ortadan kaldıran bir usul işlemidir.¹⁶ Zira ikrar, konu edindiği vakıaları çekişmesiz kılma ve bu vakıalar bakımından ispat gereğini ortadan kaldırma şeklinde usulî bir etkiye sahiptir. İkrar ile istenilen beyan edilebilir ancak beyan edilenin istenilen olması gerekmez. İkrar ile feragat, birbiriyle bağdaştırılması imkânsız iki kavramdır. Feragat, bir hukuki tasarruftur; hak doğurmak bir yana, haktan vazgeçme anlamına gelir. İkrarda ne vakıaları çekişmesiz kılma isteğinin (nichtbestreitenswollen) açıklanması ne de feragat açıklaması (verzichtsterklaerung) söz konusudur. Aksine, ikrar beyanı gerçeğin açıklanması (wahrheitsbestaetigung) ve gerçeğin onanmasıdır (wahrheitserklaerung).¹⁷ İkrarın içerisinde kendiliğinden var olan gerçeklik beyanı, ikrara kanundan doğan ispat edici bir etki kazandırır. Bunun özel bir etki yaratma iradesi ile ilgisi yoktur. İkrarın hükümlerini doğurabilmesi için bütün usul işlemlerinde aranan beyan iradesinin (erklærungswille) varlığı yeterlidir.¹⁸ Görülmekte olan bir dava sırasında veya dava dolayısıyla taraflardan biri ikrarda bulunmakla, ruhî hayatında mevcut olan bir bilgiyi açığa vurur. İkrar beyanı, ikrarda bulunanın iradesine uygun olmasa bile ikrar, kanun gereği kendiliğinden konu edindiği vakıaları çekişmeli olmaktan çıkarır. İkrarda bulunanın iradesinin bu hukuki sonuca yönelmiş olması aranmaz.¹⁹ İkrarda hukuki bir

¹⁵ Planck, s. 317, 320.

¹⁶ Baumbach, Adolf - Lauterbach, Wolfgang - Albers, Jan - Hartmann, Peter, *Zivilprozessordnung*, 58, Auflage, München 2000, var § 288 Nr.6; Rosenberg, Leo - Schwab, Karl, Heinz - Gottwald, Peter, *Zivilprozessrecht*, 15, Auflage, München 1993, § 114 I/1g; Schoffs, Hans - Gert, *Entwicklung und Aktuelle Bedeutung der Regeln über Geständnis und Nichtbestreiten im zivilprozess*, Münster 1980, s. 18; Greminger, René: *Das Zugeständnis im zivilprozessrecht*, Zürich 1981, s. 72; Kiraz, s. 59; Tanrıver, s. 219; Umar, Bilge, *Muhtevası ve Hukuki Mahiyeti Bakamından İkrar Kavramı*, İÜHF 1964/1-2, s. 250; Umar, Bilge - Yılmaz, Ejder, *İspat Yükkü*, 2. Baskı, İstanbul 1980, s. 198; Pekcanitez, Hakan - Atalay, Oğuz - Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2001

¹⁷ Bülow, Oskar, *Das Geständnisrecht*, Freiburg/Tübingen 1899, s. 44; Rosenberg - Schwab - Gattwald., § 114 I/1d.

¹⁸ Bülow, s. 50 vd., 172, 199 vd., 223, 225.

¹⁹ Rosenberg - Schwab - Gottwald: § 114 I/1g.

sonuca ulaşma iradesinin değil, açıklama yapma iradesinin bulunması yeterlidir. İkrarda bulunanın ne amaçla ikrarda bulunduğu önem taşımaz. Bu nedenle, animus confitendinin yani ikrar niyetinin varlığına ve hatta ikrarın kendi aleyhine sonuç doğurabileceğinin ikrarda bulunan tarafından bilinmesine gerek yoktur.²⁰ Tek taraflı ve mahkemeye yönelik beyanla yapılan ikrarın, konu edindiği vakıaları çekişmesiz kılması şeklindeki asli etkisi, usul hukuku alanında doğar. İkrarın bu etkisini doğurabilmesi için, herhangi bir makamın veya kişinin kabulü gerekli değildir. Hâkimin, ikrarı hükmüne esas alabilmesi için, usuli normların tayin ettiği kurallara diğer bir deyişle kanunun öngördüğü şekli merasime (m. 151) uyulması yeterlidir.

II. İKRARIN GERİ ALINMASININ ŞARTLARININ TESPİTİNDE

HUMK'un 236/II. maddesine göre, maddi bir hatadan doğduğu ispat edilmedikçe ikrar geri alınamaz. Maddi hata, ikrara konu olan ve gerçeğe uygun olmayan vakıaya ilişkin ikrarda bulunanı ikrara sevk eden bilgisizlik, yanlış ve eksik bilgidir kaynaklanan yanılıdır.²¹ Burada saikte değil, vakıada bir yanlış söz konusudur. Bu nedenle, yanlış tahmin, kanaat veya değerlendirme ikrarda maddi hatanın varlığını göstermez. Keza, ikrar iradesinin oluşumu sırasında etkili olan saik hatası²² yani ikrar beyanında ifadesini bulmayan psikolojik olgu; ikrarda bulunanı ikrara sevk eden istek, duygu ve düşünce ikrarın geçerliliğine etki etmez. İkrarda bulunan ikrarda bulunmakla, kanun koyucunun bu beyana bağladığı sonuca, bunu arzu etmemiş olsa bile katlanmak durumundadır. Hâkim önünde gerçekleşen beyana itibar edilerek sonuçlarını doğurabilmesi için, tarafın ikrar kastı veya niyetiyle hareket etmediğine bakılmayan ikrarda, en başta aranılmayan bir husus, beyan geri alınırken de dayanak teşkil etmez. Bu durum, ikrarın bir usul işlemi olması ve bu işlemlerde, içsel yani deruni ve ruhsal durumlara maddi hukuk işlemlerinin aksine kural olarak önem verilmemesinin de bir gereğidir.²³ İkrarın geri alınmasına ilişkin kanunda maddi hata kavramına yer ve-

²⁰ Baumbach – Lauterbach – Alber - Hartmann. § 288 Nr. 5

²¹ Kiraz, s. 264.

²² Edis, Seyfullah, *Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Hata*, Ankara 1973, s. 12; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, İstanbul 1968, s. 45, 46 .

²³ Kiraz, s. 244; Karşı, Abdurrahim, *Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler*, İstanbul 2001, s. 217, 218.

rilmiş olmasından hareketle, bu kavramın, maddi hukuk hükümlerine göre irade ile beyan arasındaki uygunsuzluk halinde beyan sahibine hukuki işlemin iptalini isteme hakkı veren hata hallerini de kapsadığı şeklinde bir değerlendirme yapmak uygun değildir.²⁴ Zira HUMK'un 236/II. maddesindeki maddi hata ile BK'nın 24. maddeleri hükümlerindeki hatanın hukuki mahiyetleri birbirinden farklıdır. Maddi hukukun irade fesatlığı nedeniyle işlemin iptaline imkân veren hükümleri, usul işlemi medeni hukuk anlamında bir hukuki işlem olmadığı için genel anlamda uygulama alanı bulamaz. İkrar, geçerliliği ve şartları HUMK ile tayin edilmiş ve hükümlerini yargılama hukuku alanında doğuran tek taraflı bir usul işlemidir. İkrar yeni bir hukuki durum yaratan bir hukuki işlem olmayıp, onun işlevi mevcut bir durumun doğrulanması ve açıklanmasından ibarettir. Diğer bir deyişle, Borçlar Kanunu'nda öngörülen hata, irade beyanında yani belli bir yükümlülüğü meydana getirmeyi veya değiştirmeyi yahut da ortadan kaldırmayı amaçlayan beyanlara ilişkin olduğu halde, HUMK'daki hata bir bilgi beyanına yani mevcut bir vakıayı sadece bildirmeye amaçlayan ikrara ilişkin bir durumdur. İrade beyanları kurucu nitelikte beyanlar olduğu halde, ikrar açıklayıcı nitelikte bir beyandır. İkrarda bulunan, kanunun ikrara bağladığı sonucu arzu etmemiş olsa bile, bu durum, ikrarın hükümlerini doğurmasına engel değildir. İkrar beyanı, ikrarda bulunma iradesine nazaran üstün tutulmuş, ikrar beyanına içsel iradeden daha fazla önem verilmiş, animus confitendi maddi hata ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, maddi hukuk hükümlerine göre iradeyi sakatlayan hallerin varlığı ileri sürülerek -hatadan daha ağır şartlarla yapılan hile ve ikrah hariç- ikrar işlemi iptal ettirme imkânı mevcut değildir.²⁵

III. BAŞKA BİR MAHKEMEDE YAPILAN İKRARIN DERDEST DAVAYA ETKİSİNDE

Başka bir mahkemede veya aynı mahkemede başka bir davada usulüne uygun (m. 151/IV) şekilde yapılmış ikrar, derdest dava bakımından beyana konu olan aynı vakıa/vakıaları çekişmesiz kılar ve mahkeme içi

²⁴ Kiraz, s. 269.

²⁵ Onar, Sıdık Sami - Belgesay, M. Reşit, *Adliye Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul 1947, s. 110; Kiraz, s. 269. Ayrıca bkz., 4. HD, 26.01.1959, 10890/1234 (Erdemir, İlter, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, İstanbul 1986, s. 481, 482); 4. HD. 04.05.1967, 3124/3848 (Kiraz, s. 269).

ikrar (m. 236/I) olarak hükümlerini doğurur.²⁶ Buna karşılık, Yargıtayın bir kararına²⁷ konu olayda; ikrar beyanında bulunan kimsenin, bu beyanının sadece ikrarda bulunduğu dava bakımından geçerli olduğunu ileri sürmesi durumunda, ikrarının başka bir davada mahkeme içi ikrar olarak hüküm doğuramayacağı ifade edilmiştir. Söz konusu kararda gerekçe olarak ikrarda bulunan kimsenin kastının ancak belli bir davanın karara bağlanmasını sağlamaktan ibaret olduğu ileri sürülmüştür. Hâlbuki Yargıtay'ın bu kararının aksine, ikrarda bulunanın ikrar beyanı üzerindeki tasarrufu, nitelikli veya bileşik ikrarda bulunmak suretiyle ikrarın etkisini sınırlandırmaya veya hükümden düşürmeye yönelik olabilir. Bu şekilde bir ikrar beyanında bulunmamış olan borçlu, başka bir davada yaptığı ikrarının, yapıldığı dava bakımından geçerli olduğu veya ikrarda bulunma kastının o davanın karara bağlanması ile sınırlı olduğu şeklinde ikrar beyanının etkisi üzerinde derdest dava bakımından bir tasarrufu olamaz.²⁸ İkrarda bulunanın aleyhindeki vakiyayı bir faaliyeti dâhilinde kabul etmiş ve tutanağa geçirilmiş olması, başka bir davada yapılmış olsa bile ikrarın güvenilirliğini ve değerini azaltabilecek bir durum değildir.²⁹ Zira medeni usul hukukunda, ikrarın ne amaçla yapıldığı (animus confitendi) önem taşımadığı gibi ikrar beyanına bağlanan sonuçlar da kanun gereği (m.238/II) kendiliğinden (ipso iure) doğmaktadır.³⁰

IV. İKRARA KONU OLAN VAKIYI ÇEKİŞMESİZ KILMASINDA

İkrar, bilgi açıklaması içerin bir beyandır (wissenserklärung).³¹ İkrarda bulunanın, uyuşmazlık konusu vakıa hakkındaki bilgisini mahkemeye aktırırken hangi amaçla ve istekle ikrarda bulunduğu önem taşımaz. Bilgiyi açığa vuran beyan, buna sebep olan manevi un-

²⁶ Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, 6. Baskı, Ankara 2001, s. 2045; Tanrıver, s. 222; Kiraz, s. 168; 4. HD. 09.03.1978, 6647/3047 (Yasa HD. 1989/1, s. 69,70).

²⁷ 4. HD, 18.11.1958, 8108/7458 (Demirhan, Orhan - Tazebay, İlksev, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, Ankara 1965, s. 538). Mahkeme içi ikrar olmadığı yönünde ayrıca bkz., Belgesay, *Deliller*, s. 129, 130; Belgesay, *İspat Teorisi*, s. 120; Pekcanitez - Atalay - Özeker, s. 362; Bilge, Necip - Önen, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara 1978.

²⁸ Kiraz, s. 168,

²⁹ Tanrıver, s. 222.

³⁰ Kiraz, s. 169.

³¹ Rosenberg - Schwab - Gottwald, § 114 I/1g; Lüke - Wax., § 288 II Nr. 6; Bilge - Önen, s. 512; Kiraz, s. 41.

surdan soyut olarak, hükümlerini doğurur. İkrar niyeti içeren özel bir iradenin aranmaması, ikrarda bulunanın iradesine uygun olmasa bile, ikrara konu olan vakıaların çekişmesiz hale gelmesi sonucunu doğurur. İkrara konu olan vakıalar bakımından, ispat gereği ve delil ikame faaliyeti ortadan kalkar.

V. SULH GÖRÜŞMELERİ SIRASINDA YAPILAN İKRARIN DOĞURACAĞI SONUÇTA

HUMK'da sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrarın geçerli olmayacağı hükme bağlanmıştır (m. 236/III). Şu halde, taraflardan biri, sulh görüşmeleri sırasında aleyhinde olan bir vakıayı ikrar ederse, bu ikrarın mahkeme içi ikrar (m. 236/I) olarak hükmü yoktur. Çünkü sulh görüşmelerinde taraflar karşılıklı fedakârlıkta bulunmak üzere bir araya gelmekte, sulhun başarısı içinde tarafların rahat ve samimi şekilde hareket edebilmeleri bakımından,³² ikrar beyanı mahkeme içi ikrar olarak hüküm doğurmamaktadır. Bununla beraber, sulhta ikrarın geçersizliğini, taraflarda ikrar kastının değil, sulh olma arzusunun bulunmasına dayandıran bir görüşte mevcuttur.³³ Ne var ki ikrarda, ikrar kastı veya başka bir şekilde manevi unsurun mevcudiyeti aranmayacağı için, bu gerekçenin hareket noktasına katılma imkânı bulunmamaktadır.

VI. BİLEREK VE İSTEYEREK GERÇEĞE AYKIRI BİR VAKIANIN İKRARINDA

HUMK'un 236/II. maddesi'nde açıkça düzenlenmemiş olmamasına rağmen, ikrarın geri alınabilmesin şartlarından biri olarak, ikrar edilen vakıanın gerçeğe uygun olmaması hususunun da işin niteliği gereği ikrarın maddi hata sonucu yapıldığı hususu ile birlikte ispatı aranmalıdır.³⁴ Zira ikrar, maddi hata sonucu yapılmışsa, diğer bir deyişle ikrarda bulunan taraf, ikrar ettiği vakıa hakkında bir yanlışlığa düşmüşse, ikrar edilen vakıa gerçekte ya hiç ya da ikrar edildiği şekliyle olmamıştır. Maddi hatadan kaynaklanan bir yanlışlığa dayanmayan, gerçeğe aykırı bir vakıanın ikrarı halinde ise, tarafın bilerek ve isteyerek

³² Pekcanitez - Atalay - Özekes, s. 362.

³³ Tuğsavul, Muhsin, *İspat Külfeti - Kanuni Deliller ve İkamesi*, Ad. D. 1951/7, s. 1068.

³⁴ Tercan, Erdal, "Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Geri Alınması", *Batider* 1998, C. XIX, S. 3, s.123.

(bilinçli olarak) vakıayı ikrar ettiği sonucuna varılır. Gerçeğe aykırı bir vakıanın bilinçli olarak ikrarı durumunda, bunun yaptırımını; ikrarın geri alınmaması şeklinde ortaya çıkar. Özel bir amaçla gerçeğe aykırı vakıanın ikrarı halinde, ikrarın geri alınmamasını, maddi hataya dayanma şartının gerçekleşmemesinden öte, ikrarda bulunanın gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olmasının bir sonucu olarak da değerlendirilmektedir.³⁵

İkrar edilen vakıa gerçeğe aykırı olsa bile, ikrarda bulunan taraf, ikrarın maddi hatadan kaynaklandığını ve ikrar edilen vakıanın gerçeğe uygun olmadığını ispat edemediği sürece bu ikrarı ile bağlı kalır. Şu halde, ikrarda bulunanın ikrarını geri alması, özel bir amaçla ikrarda bulunduğu anlaşılmadıkça; ikrarın maddi hata sonucu yapıldığı ve ikrar edilen vakıanın gerçeğe uygun olmadığı ispat edildiği takdirde mümkün olur.³⁶

Bilinçli olarak gerçek olmayan bir vakıanın ikrarına (bewusste gestandnis)³⁷ mukirin iç dünyasında mevcut olan çeşitli sebepler; örneğin, karşı tarafa hoş görünmek, bazı kimselerin tanıklığını önlemek, davanın bir an önce bitmesini sağlamak etken olabilir.³⁸ Bu durum, medeni usul hukukuna uzak bir kavram olan animus confitendinin ne şekilde tezahür ettiğine yönelik subjektif bir süreci ifade etmektedir.

SONUÇ

Maddi hukukta, hukuki işlemlerin geçerliliği için bir irade açıklamasının varlığı ve bu açıklamanın belli bir amaca yönelmiş olması aranır. Örneğin, hukuki işlemlerin bir türü olan tasarruf işlemlerinde tasarrufta bulunan kimsenin malvarlığının aktifindeki mevcut haklarda, başkası lehine bir azalma, değişme veya kısıtlama amacına yönelmiş bir iradenin (tasarruf kastının/niyetinin) varlığı gerekir. Şu halde, hukuki işlemlerin

³⁵ Tartışmalı bu husus için bkz., Tercan, Erdal, "Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü", *SÜHFD Prof. Dr. Şakir Berkiye Armağan*, Konya 1996, s. 181-212.

³⁶ Baumbach - Lauterbach - Albers - Hartmann, § 290 Nr. 5; Schoofs, s. 16; Bilge - Önen, s. 521; Belgesay, *İspat Teorisi*, s. 122; Kiraz, s. 255; Tercan, *İkrarın Geri Alınması*, s. 123; Kuru, s. 2049.

³⁷ Rosenberg - Schwab - Gottwald, § 114 I/1 f.; Lüke - Wax, § 290 Nr. 6; Schoofs, s. 17.

³⁸ Belgesay, *İspat Teorisi*, s. 122, 123; Kiraz, s. 251.

geçerliliği için, irade açıklamasının varlığından başka bu açıklamanın belli bir amaca yönelmiş olması kurucu unsurdur. Buna karşılık, bir bilgi açıklaması olan ikrarda animus confitendi denilen özel bir ikrar iradesinin varlığına ve mukirin iradesinin ikrarda bulunma niyetiyle açıklanmış olmasına gerek yoktur. Yalnızca hasmının iddiasına konu yaptığı vakıa hakkında bilgisini mahkemeye aktarmakta olan mukirde, beyana yönelik bir iradenin (beyan iradesinin) varlığı yeterlidir; ikrar bağlanan sonucu istemiş veya arzu etmiş olması aranmaz. Geçerli ve tamamlanmış bir ikrar beyanında, animus confitendinin aranmaması nedeniyle, ikrar, ikrarda bulunanın iradesine uygun olmasa bile, konu edindiği vakıaları çekişmesiz kılar. Bilgiyi açığa vuran ikrar beyanı, ikrarı ortaya çıkaran manevi unsurdan yani animus confitendiden soyut olarak kendiliğinden etkisini doğurur; bunun özel bir etki yaratma iradesi ile ilgisi yoktur. Bu kısa tespitler içeren yazımızda da ifade edilmek istendiği üzere, ikrarı karakterize eden hususlar tamamen usuli normlardır.

TCK GENEL HÜKÜMLER CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VE AZALTAN SEBEPLER

M. Reşat KOPARAN*

GİRİŞ

Ceza Kanunu'nun 24 ve 34. maddelerinde failin ceza sorumluluğunun ortadan kalktığı ya da azaldığı haller düzenlenmiştir. Ne var ki bu bölümdeki düzenleme konunun doğru biçimde algılanmasını zorlaştırmaktadır.

Çünkü yeni Ceza Kanunumuzun sisteminde suç bir haksızlıktır. Buna karşılık her haksızlık suç teşkil etmez. Zira hukuka uygunluk sebebinin varlığı, özünde bir haksızlık olan eylemi suç olmaktan çıkarır.

Yine, ceza sorumluluğunu doğuran her eylem bir suçtur. Ancak her suç ceza sorumluluğunu doğurmaz. Öyle ki, bir suçun (haksızlığın) işlenmiş olmasına rağmen, failin kusursuz olması onun ceza sorumluluğunu da ortadan kaldırır.

Bazı hallerde ise, failden ya da fiilden kaynaklanan sebeplerle ceza sorumluluğunda azalma olabilir.

Bir nedenin *"hukuka uygunluk nedeni mi"*, yoksa *"kusurluluğu kaldıran bir neden mi"*, olduğunun tespiti önem taşır. Suç teorisi açısından her iki kavramın anlamı da, sonuçları da farklıdır. Şöyle ki; eylem hukuka uygun ise tüm hukuk dalları için hukuka uygundur. Örneğin meşru müdafaa halinde adam öldürme var ise ölenin yakınları sanıktan tazminatta isteyemezler. Oysa *"kusurluluğu kaldıran haller var ise, sanığın eylemi suç (haksızlık) vasfını korur sadece ceza hukuku açısından ceza verilemez."*

* Hakim.

Örneğin zaruret halinde kaldığı için bir evin kapısını kırıp içine giren ve bu şekilde kendisini kovalayan yırtıcı hayvanların elinden kurtulan kişi, konut dokunulmazlığını ihlal ve zarar verme suçlarından ceza almaz ancak kırdığı kapının bedelini ödemek zorunda kalır.

Hukuka aykırılık, tipe uygun olan eylemin hukuk düzenince yasaklanması anlamına gelir. Diğer bir anlatımla hukuka aykırılık değerlendirilmesi sadece ceza hukuku kuralları açısından yapılan bir derlendirme değildir. Bir eylemin hukuka aykırı olarak nitelenebilmesi, ceza hukuku dahil tüm hukuk alanları ile çatışmasını gerektirir.¹ Dolayısıyla, bir eylemin hukukun bir dalı ile çatışıp yasaklandığı durumda diğer bir dalı ile ona cevaz verilmesi söz konusu olamaz.

Hukuka uygunluk sebepleri, eylemden önce ya da en geç gerçekleştirilirken vardır, böylelikle eylemin hukuka uygun olarak doğmasını sonuçlayabilir.

Tüm bu anlatılanların ışığında, bu bölümdeki düzenlemenin, “*hukuka uygunluk sebepleri*”, “*kusursuzluk sebepleri*” ve “*kusurluluğu azaltan sebepler*” şeklinde tasnif edilip ayrı maddelerde düzenlenmesi daha uygun ve anlaşılabilir olabilirdi.² Biraz sonra görüleceği üzere bazen bir maddenin bir fıkrasında hukuka uygunluk sebebi, diğer bir fıkrasında ise kusursuzluk sebebi düzenlenmiştir. Bu durum, özellikle hukuk eğitimi almayan uygulayıcıların konuyu doğru algılamasında zorluk yaratabilecek niteliktedir.

Konunun hukuk eğitim alan veya almayan tüm uygulayıcılar yönünden daha iyi anlaşılabilmesi bakımından birbirine karşılık gelen eski ve yeni yasa maddeleri de bir araya getirilerek aşağıdaki şekilde açıklanmaya çalışılmıştır.

¹ Mahmutoğlu, Fatih S., “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Nisan 2005. S. 5, s. 42, İstanbul.

² Yeni Ceza Kanunumuzun mimarlarında olan Sayın İzzet Özgenç’te, alt komisyondaki müzakereler sırasında siyasilere kendilerine karşı başlangıçta güvensizlik gösterdiklerini, bu güvensizlik sebebiyle ilk 34 maddedeki düzenlemelere fazla müdahale edemediklerini, 35. maddeden itibaren (oluşan güvene bağlı) ise istedikleri müdahaleleri gerçekleştirdiklerini eğitim seminerleri sırasında belirtmiştir.

I. KANUN HÜKMÜ VE AMİRİN EMRİNİ İCRA (m. 24)

Bu maddenin birinci fıkrasındaki hal, bir hukuka uygunluk sebebidir. Dolayısıyla hem ceza hukuku hem de özel hukuk anlamında sorumluluğu kaldırmaktadır.

2 ve 4. fıkradaki hal ise, sadece ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran kusursuzluk sebebidir.

“Kanunun hükmü ve amirin emri

MADDE 24. - (1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmaz.

(2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.

(3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.

(4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.

(TCK Madde 49\1-son - Kanunun bir hükmünü veya salahiyettar bir merciden verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle, ...işlenen füllerden dolayı faile ceza verilemez. Bir numaralı bentte gösterilen halde merciinden sadır olan emir hilafı kanun olduğu takdirde neticesinden hasıl olan cürme müterettip ceza emri veren amire hükmolunur.)”

A. Kanunun Hükmünün Yerine Getirilmesi

Kanun hükmünü yerine getiren kişiye ceza verilmez. Kanun emrini ifa halinde, bir kanun ya da tüzük, yönetmelik gibi maddi hukuk kuralı hükmünü uygulayan kişinin eylemi tipe uygun olsa da hukuka uygun olacaktır.

Kanun hükmü, bazen sadece kamu görevlilerine değil, herkese belirli bir şekilde hareket etme yükümlülüğü yükleyebilir. Böyle bir yükümlülüğün varlığı durumunda ilgilisi hukuka uygunluk sebebinden faydalanabilecektir.³

³ CMK'nın 90. maddesi suç üstü gibi sınırlı durumlarda, sadece kolluk görevlilerine değil herkese geçici olarak yakalama yetkisi vermektedir. Doğaldır ki, yakalamayı gerçekleştiren kişi ister kamu görevlisi olsun isterse olmasın eylemi suç teşkil etmeyecektir.

24. maddenin 1. fıkrasında kanun hükmünün yerine getirilmesi 765 sayılı Ceza Kanunu'nu 49. maddenin 1. bendinde olduğu şekilde formüle edilmiştir. *"Kanun hükmünün yerine getirilmesi sözünün geçtiği hal-lerde aslında bir görevin ve bu göreve bağlı bir yetkinin kullanılması söz konusu olmaktadır"*. Bu göreve bağlı bir yükümlülüğün veya göreve dayalı bir yetkinin kullanılması söz konusu olmaktadır. Kanun hükmünü icra halinde ve bu bir hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza gelmektedir. Dolayısıyla failin ceza sorumluluğunu da ortadan kaldırmaktadır.

Örnek; bir kolluk görevlisinin arama kararını veya emrini yerine getirmesi, bir icra memurunun haciz için konuta girmesi gibi.

B. Yetkili Merciiin Emrinin Yerine Getirilmesi

"Emir, amirin, hiyerarşik bakımdan altında olan memura, belli bir şeyi yapması, ya da yapmaması için yönelttiği bir irade tezahürüdür."

24. maddenin 2, 3 ve 4. fıkralarında düzenlenen neden bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Bu bir kusurluluğu ortadan kaldıran nedendir. Yetkili merciiin emrinin yerine getirilmesi halinde, eğer verilen emir hukuka uygunsu bu emre muhatap olan kişi açısından burada göreve dayalı bir yükümlülüğün yerine getirilmesi söz konusudur, bu bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Buna karşılık mevzuatımızda emrin hukuka aykırı olmasına rağmen yerine getirilebilmesini sağlamaya yönelik düzenlemelere yer verilmiştir.

Eski TCK'nın 49/1. maddesindeki düzenleme hatalı olup konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesine cevaz verildiği şekilde anlaşılmaya elverişlidir. Buna karşılık 1982 Anayasası'nın 137/2. maddesiyle konusu suç teşkil emrin yerine getirilmesini kesin bir ifade ile yasaklamış, yerine getirenin cezai sorumluluktan kurtulamayacağını öngörmüştür.

1.Konusu Suç Teşkil Eden Emrin Yerine Getirilmesi Sorunu

"Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmeyecektir. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur." Bu gibi durumlarda aslında emir hukuka aykırıdır, ama bu emre muhatap olan kişi, belli şartların yerine getirilmiş olması halinde, bu emri yerine getirmek mec-

burietindedir. Burada aslında kullanılması gereken kavram *“hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesidir.”*

Örneğin PVSK'nın 13 ve 16. maddesi DMK'nın 13. maddesi kanunsuz emir olarak da AY'nin 137. maddesinde düzenlenmiş olan budur. *“Emri alan, bunun Anayasa, yasa veya tüzüklere aykırı olduğunu görürse, yerine getirmez, bu aykırılığı emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bunu yazılı olarak yinelerse emir yerine getirilir.”* Yerine getirenin sorumluluğu yoktur. Ancak *“konusu suç teşkil ederse yerine getiren de sorumluluktan kurtulamaz.”*

Devlet memurları kanununda hukuka aykırı emrin tekrarının yazılı olması yönünde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna karşılık PVSK'nın 16. maddesinde ise emrin yazılı olması gerekmez emir sözlü olarak da tekrarlanabilir

2. Emrin, Hukuka Uygunluğunun Denetlenmesinin Kanun Tarafından Engellenmesi ve Emri Veren Sorumluluğu

“Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur”. Bu hüküm Askeri hiyerarşideki emirler açısından söz konusudur. TSK İç Hizmet Kanunu'nun 14. maddesine göre;⁴ *“emir bizzatıhi suç teşkil etse ve bu emre muhatap olan kişide bu emrin konusunun suç oluşturduğunu bilse bile bu emri yerine getirecektir.”* Meğerki emri verenin suç işlemek kastı ile hareket etmiş olduğunu bilsin, yani burada kişinin emri yerine getirmemesi için sadece emir konusunun suç oluşturduğunu bilmesi yetmiyor aynı zamanda bu emri veren üstünde bu emri vermekle suç işleme kastını güttüğünü böyle bir kasta sahip olduğunu da bilmesi lazımdır.

“Ancak bu durumda bu emrin yerine getirilmesi ceza hukuku bakımından sorumluluğu gerektirmeyecektir.”

⁴ TSKİHK m. 14 Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur.

Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir. İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur.

II. MEŞRU SAVUNMA VE ZORUNLULUK HALİ (m. 25)

A. Meşru Savunma (m. 25/1)

İnsan doğasının sonucudur ki, kendisine yönelik bir saldırıyı def etmek amacıyla kuvvet kullanabilir. Hukuken korunan değerlerin saldırıya karşı savunulması kuvvet kullanmayı da mümkün hale getirmektedir.

“YTCK MADDE 25. - (1) Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

(2) Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

ETCK Madde 49\2- Gerek kendisinin gerek başkasının nefesine veya ırzına vuku bulan haksız bir taarruzu fihihal defî zaruretinin bais olduğu mecburiyetle,

(3) Gerek nefisini ve gerek başkasını vukuuna bilerek mahal vermediği ve başka türlü tahaffuz imkanında olmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeden muhafaza etmek zaruretinin bais olduğu mecburiyetle, işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.”

Madde 25/1’de eskiden farklı olarak *“bir hakka yönelmiş haksız saldırı”*ya yönelik savunma halinden bahsedilmiştir.

Önceki düzenlemede meşru savunmadan bahsedebilmek için söz konusu saldırının *“cana”* veya *“ırza”* yönelik olması gerektiği aranmaktaydı. Yeni düzenlemede saldırının bir hakka yönelmiş olması yeterli sayılmıştır. Gerekçede bunun sebebi; *“...kişileri suç işlemekte caydıracak en etkin araçlardan birisi, suçu işlediklerinde karşılık görebilecekleri endişesi olduğundan, meşru savunma hakkının böylece genişletilmesi, kriminolojik yönden caydırıcı etki de yapabilecektir.”* şeklinde açıklanmıştır. Bu gerekçenin yerindeliği tartışmaya açıktır. Özellikle kişileri adeta kendiliğinden hak almaya teşvik edip, bireylere cezalandırma yetkisi verircesine kaleme alındığı belirtilerek eleştirilmektedir.⁵

⁵ Mahmutoglu, Fatih S., a.g.e., s. 49.

Gerçekten de kişileri suç işlemekten caydıracak olan güç kamu otoritesidir. Buna karşılık meşru savunmanın amacı hukuken korunan değerleri savunma hakkını ilgisine vermektir.

Yeni düzenlemede korunan haklar bakımından meşru savunmanın sınırlarının genişletilmiş olması olumludur. Böylece, konut dokunulmazlığı, mülkiyet, zilyetlik, eğitim hakkı, velayet hakkı dahi meşru savunmaya konu olabilecektir.⁶ Halbuki eski düzenlemede bu hakların korunması hali sadece tahrik indirimini sonuçlayabilirdi.

Yeni düzenlemede; “gerçekleşen haksız saldırı” ile “gerçekleşmesi muhakkak saldırı” ve “tekrarı muhakkak haksız saldırı” “haksız saldırı” kapsamında değerlendirilmiştir.

Meşru savunmanın en temel koşulu ise “savunma ile saldırının oranlı olması” yani “savunmanın saldırıyı def edecek ölçüde olmasıdır”.

25. maddenin birinci fıkrasındaki durum oluştuğunda faile ceza verilemez. Yani böyle bir durum söz konusu olduğunda failin fiili için bir hukuka uygunluk sebebi vardır.

1. Meşru Savunmanın Şartları

a. Saldırıya İlişkin Şartlar

- Saldırı olmalı,
- Saldırı elan mevcut olmalı.
- Kişilerin korunabilen bir hakkına yönelik olmalı.
- Meşru savunma ile giderilebilecek bir tarzda olmalı

Mesela; bir insana sövülürken meşru savunmada bulunamazsınız. Ama bir kişinin şerefi meşru savunmaya layık değer olmadığı için değil sövme fiili karşısında bir adamın ağzına lafı tıkayamayacağınız için meşru savunma hükümlerini uygulayamazsınız

⁶ Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği yayını, s. 68-69.

b. Savunmaya İlişkin Şartlar

• Savunmada zorunluluk olmalı. Kanunda bu konuda zorunluluk yoktur. Kanun kaçma imkanı varken niye kaçmadın da karşı koydun denemez.

- Savunma saldırana karşı olmalı.
- Savunma saldırı ile orantılı olmalı.

Buradaki ölçüt; yapılacak olan savunma saldırıyı defedecek bir savunma olmalıdır ve defedecek nitelikte yapılmalıdır.

Örnek; bir kişinin elinden çantası alıp kaçıyorsa o kişiyi etkisiz hale getirmek için yumruk atması veya yere düşürmesi orantılı olacaktır.

27. madenin ikinci fıkrasında ise bir kusurluluğu kaldıran sebep düzenlenmiştir. Eğer “*meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmmez*”. Görüldüğü gibi bu durumda failin eylemi hukuka uygun kabul edilmemekte ancak failin içinde bulunduğu durum kusurluluğunu ortadan kaldıran bir hal olarak değerlendirilmekte ve faile ceza verilmemektedir.

B. Zorunluluk Hali (m. 25/2)

Zorunluluk hali, bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Çünkü bu durumda failin eylemi hukuka aykırılık vasfını korumaktadır. Ancak bu durumda failin kusurlu olmadığı kabulü söz konusudur.

Zorunluluk hali, failin bilerek meydana getirmediği bir tehlikeden kendisinin veya bir başkasını kurtarmak için, tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde bir eylemi gerçekleştirmesidir. Karşılaşılan tehlike sebebiyle üçüncü kişiye zarar verilmesi söz konusudur.

Karşılaşılan tehlikenin insan veya hayvan hareketlerinden ya da doğa olaylarından kaynaklanmış olması hali sonucu değiştirmez, mevcut tehlike yanında gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel tehlikenin varlığı da yeterlidir.⁷

⁷ Mahmutoğlu, Fatih S., *a.g.e.*, s. 51-52.

Zorunluluk hali sadece fail için bir cezasızlık sebebi olduğundan yardım eden veya azmettiren bakımından ceza sorumluluğu tamdır.

Hukuka uygunluk sebebinin varlığı fail bakımından beraat kararı verilmesi sonucunu doğurur, buna karşılık kusursuzluk sebebi olan zorunluluk halinde ise ceza verilmesine yer olmadığı kararı⁸ verilmek gerekir.(CMK'nın 223 (3)-b)

1. Zorunluluk Halinin Şartları

a. Kişinin kendisinin veya başkasının sahip olduğu bir hakka yönelik olarak kendisinin sebep olmadığı bir tehlike bulunmalı,⁹

b. Bu tehlikeden başka türlü korunmak olanağı bulunmamalı,

c. Bu tehlike ağır ve muhakkak olmalı,

d. Tehlikenin ağırlığı ile zorunluluk haline konu yapılan durum ile kullanılan vasıta oranlı olmalıdır.

Örneğin; soğuktan donmak üzere olan bir kişi kapısı kilitli bir dağ kulübesinin kapısını kırıp içeriye girdiğinde ve içeride bulunan yiyecekleri yiyip odunları yakarak ısındığında failin eylemi hukuka aykırıdır, ancak onun içinde bulunduğu zorunluluk hali yaptığı eylemler açısından onu kusurlu olmadığını kabulünü gerektirir ve bu nedenle faile; konut dokunulmazlığını ihlal, ızzar, hırsızlık gibi suçlardan dolayı ceza verilemez. Ama fail içeriye girdikten sonra içeride bulunan bir kol saatini almış ise suç oluşur.

Zorunluluk hali, genel hükümlerde sadece ceza sorumluluğunu bir bütün olarak ortadan kaldıran neden şeklinde düzenlenmiştir. Özel hükümler bakımından ise, zorunluluk hali yeni ceza kanunu sisteminde bazı hallerde kusurluluğu azaltan neden bazı hallerde ise kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmiştir.

⁸ Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği yayını, s. 66-67.

⁹ Yasada "bilerek" ifadesinin yer alması tesadüfi değildir. Dolayısıyla, tehlikeye taksirle sebebiyet verilmesi durumunda da ilgilin kusursuzluk sebebinden faydalandırılması gerekir. Teoride bilinçli taksir halinde dahi zorunluluk halinden faydalandırılması savunulmaktadır.(Bkz. Mahmutoglu, Fatih S., *a.g.e.*, s. 52).

Bu Kanun'un çeşitli suç tanımları ile bağlantılı olarak da ayrıca zorunluluk hali hükümlerine yer verilmiştir ve o hükümlerde zorunluluk hali ceza sorumluluğunu büsbütün ortadan kaldıran bir neden olarak değil yerine göre ceza sorumluluğunu azaltan bir nedendir.

Organ ve dokularını içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşulların dayatması ile satmak zorunda kalan kişi bakımından ceza indirimi veya ceza vermektan tamamen vazgeçme yetkisi hakime verilmiştir. (TCK m. 92) Hırsızlık suçunun ağır ve acil biri ihtiyacı karşılamak için işlenmesi (TCK m. 147) durumunda da hakime benzer bir takdir yetkisi tanınmıştır. Aynı şekilde savaş zamanında düşman devlet toprağında bulunup ta bu devletin ordusunda görev almak zorunda kalan vatandaş hakkında ise ceza verilemeyeceği (TCK 303/4) öngörülmüştür.

III. HAKKIN KULLANILMASI VE İLGİLİNİN RIZASI (m. 26)

"Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası

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

(2) Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez. (Yeni)"

A. Hakkın Kullanılması

Maddenin 1. fıkrasında hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir.

Bir hak, kanun tüzük, yönetmelik genelge gibi nizamlara dayanabilir ve hukuken tanınmış düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından doğabilir. Hakkın dayanağının özel hukuk, kamu hukuku, idari işlem yargısal bir karar olması sonucu değiştirmez.

Ancak, hakkın kaynağında belirtilen sınırlar içinde kullanılması şarttır.

Burada hakkın doğrudan kullanılabilir olması gerekir. Eğer hak, bir mercie başvurularak kullanılacaksa, hakkın icrasından söz edilemez.

Zilyetliğin korunması (MK'nın 981. m), basının haber verme hakkı, iddia ve savunma dokunulmazlığı (TCK'nın m. 128), tıbbi müdahaleler, spor hareketleri fiiller hakkın icrası kapsamındadır.

B. İlgilinin Rızası:

Maddenin 2. fıkrasında ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Rıza, hak sahibinin sahibi olduğu hukuki değerden vazgeçmesi olup, o değeri ceza normunun korumasından çıkarmaktadır.

Rızanın bir hukuka uygunluk sebebi sayılıp sayılmayacağı çok eskiden beri tartışmalıdır. Rızanın hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için, kişinin "üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin" olması gerekir. Eğer mağdur gerçek kişi olmayıp kamu ise rızanın varlığı suçun oluşmasını etkilemez.

Aynı şekilde ilgilinin bu hakla ilgili rıza açıklamaya da ehil olması gerekir. Rızayı korunan hukuki sahibi veya vekili açıklayabilir. Her halükarda rıza beyanında bulunan kişinin akıl ve ruh olarak sağlıklı olması, rızanın konusu ile ilgili doğru bilgilendirilmiş (iradesi fesada uğratılmamış) olması şarttır.

Doğaldır ki rıza, suçun oluşumu açısından fiilin işlenmesinden önce ya da en geç işlendiği sırada açıklandığında hukuki sonuç doğurur. Rıza açık olabileceği gibi örtülü de olabilir.

Örnek; Malvarlığına yönelik fiiller, özel hayata ve konut dokunulmazlığına yönelik fiiler, takibi şikayeti gerektiren suçlar gibi.

IV. SINIRIN AŞILMASI (m. 27)

A. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Taksirle Aşılması

27/1. maddede ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenlerin hepsini kapsamına alacak surette sınırın kast olmaksızın aşılması hali düzenlenmiştir.

"MADDE 27. - (1) Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyor-

sa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.

(2) Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez. (Yeni)

(ETCK 50 – 49. maddede yazılı fillerden birini icra ederken kanunun veya salahiyettar makamın veya zaruretin tayin ettiği hududu tecavüz edenler cürüm Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim ise sekiz seneden aşağı olmamak üzere hapis ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde altı seneden on beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Sair hallerde asıl suça müretteb ceza altıda birinden eksik ve yarısından ziyade olmamak üzere indirilir ve ağır hapis hapse tahvil olunur ve amme hizmetlerinden müebbet memnuiyet cezası yerine muvakkat memnuiyet cezası verilir.)”

Fail sınırı kasten aşar ise ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenlerden yararlanamayacaktır. Örneğin evine saldırı amaçlı gelen hasmını gören fail onun bu gelişinin kendisini cezadan kurtaracağını düşünerek kasten öldürür ise ceza sorumluluğu azalmaz, kasten öldürmeden dolayı sorumlu olur.

Sınırın kasten aşılması durumunda bağımsız suç olarak düzenlendiği haller vardır. Örneğin, 256. maddede kamu görevinin yerine getirilmesinde sınırın aşılması gibi.

Eğer fail sınırı kasten değil taksirle aşmış ise 27/1 maddesine göre sınır aşılarak işlenen eylem taksirle işlendiğinde de cezalandırılabilen bir eylem ise taksirden dolayı sorumlu olur ancak taksirli suça göre daha az bir ceza ile cezalandırılır. Doğaldır ki, eylem taksir ile işlemez nitelikte ise ceza sorumluluğu olmayacaktır. Ancak özel hukuk sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

B. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılmasının Özel Hali

27. maddenin ikinci fıkrasında ise meşru savunma sınırının aşılmasının özel hali düzenlenmiştir. Sınırın bu fıkrada belirtildiği şekilde (mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan) aşılması sadece meşru savunma halinde söz konusu olabilir. Bu durum sınırın mücbir sebeple aşılması halidir.

Dikkat edilecek olursa, meşru savunma bir hukuka uygunluk sebebi iken, bu sınırın korku, panik, heyecan ve telaştan dolayı aşılması hali ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sebeptir.¹⁰ Sınırın mücbir sebeple aşılması durumunda failin somut olayda içinde bulunduğu ruh halinin adil bir tarzda göz önüne alınması gerekir.

Zorunluluk hali kusurluluğu etkileyen bir nedendir. Duruma göre (zorunluluk halinde sınırın korku panik ve telaştan aşılması halinde) hakim faile ceza vermemek veya cezasında indirim yapmak konusunda takdir yetkisine sahip olmalıydı. Ancak tasarı komisyonda değiştirilmiştir. Bu nedenle ancak bazı hallerde zorunluluk hali ayrıca düzenlenerek hakime takdir yetkisi tanınma yoluna gidilmiştir.

V. CEBİR VE ŞİDDET, KORKUTMA VE TEHDİT (m. 28)

"MADDE 28. - (1) Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır. (Yeni)"

Eski ceza yasamızda karşılığı bulunmayan bu düzenleme ile cebir şiddet, muhakkak ve ağır korkutma veya tehdit etkisinde suç işlenmesi halinde sorumluluğun cebir, şiddet veya korkutma ve tehdidi kullananana ait olacağı öngörülmüştür.

Failin irade yeteneğini ortadan kaldıran cebir, şiddet, ağır korkutma veya tehdit, kusurluluğu ortadan kaldıran haldir. Cebir, şiddet, korkutma veya tehdit altında bir suç işleyen bir kişinin sorumlu tutulmaması konusundaki eğilim Roma Hukuku'na kadar dayanır.

Burada cebir ve şiddetten anlaşılması gereken husus, maddi (fiziki) cebirdir. Doğrudan doğruya başkasının vücudu üzerinde zorlamada bulunularak bir suç fiili işlendiğinde cebir ve şiddet hali söz konusudur. Cebir sonucunda suçu maddi olarak işleyen kişinin iradesi yoktur. Cebir halinde kişi isteği ile hareket etmeyip, hareket ettirilmektedir. Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ile, bir kişiye suç işletilmesi halinde suç işletilen kişiye ceza verilmez.

¹⁰ Teoride, sınırın mücbir sebeple aşılması durumu hukuka uygunluk sebebi olarak da tanımlanmaktadır. (Bkz., Mahmutoğlu, Fatih S., *a.g.e.*, s. 57) Kanaatimce yasanın ifade biçimi itibarıyla buna imkan yoktur.

Korkutma (ikrah), halen var olan ağır ve muhakkak zarardan kendisini veya başkasını korumak amacıyla bir kimsenin bir suçu işlemesidir. Hırsızlığa zorlanmak için sürekli olarak dövülen kişiyi hırsızlık yapmasında korkutma söz konusudur.

Tehdit ise, gerçekleşmesi failin isteğinin yerine getirilmesi şartına bağlı kılınan bir kötülüğün mağdura bildirilmesidir. Bu durumda, kişiye, kendisine veya yakınlarına yönelik zarar tehdidi dolayısıyla bir suç işlemesi için zorlamada bulunmaktadır. Örneğin, oğlunun öldürülmemesi karşılığında bir yerden hırsızlık yapan baba tehdit altında suç işlemiştir. Çünkü suçu işlemeyi takdirde oğlunun öldürüleceği kendisine bildirilmiştir. Bu şekilde failin (örnekte babanın) eylem (örnekte hırsızlık) üzerindeki iradesi sakatlanmıştır.

Tehdit ve korkutmanın failin ceza sorumluluğunu kaldırabilmesi için bu tehdit ve korkutmanın muhakkak olması gerekir. Soyut tehdit ve korkutmaların, basit nitelikli tehditlerin suç işlemeye yönelmesi söz konusu olmayacağından failin sorumluluğu kalkmaz. Yine tehdidin içeriği ve ağırlığı ile yaptırılan eylemin de karşılaştırılması gerekir. Basit bir tehdit ile büyük bir suç işleyen hem de bu suçtan kendisine de yarar sağlayan kişinin tehdit altında suç işlediğinden söz edilemeyecektir.

Tehdit ve korkutmanın muhakkak olması gerektiği konusunda, bu muhakkaklığın neyi kapsadığı yasa da yer almamıştır. İtalyan Ceza Kanunu'nda yer alan ıztırrar haline ilişkin şartlar burada da geçerli olmalıdır. Bu şartlar şunlardır;

a. Gelecekte gerçekleşecek bir kötülük bildirilmelidir ve tehdit haksız olmalıdır,

b. Tehdit, kişiye gerçekleştirilebilir ağır ve muhakkak bir zarar içermelidir. Tehdit, az veya çok ağır olabilir. Ancak, bir eşyaya yönelik tehdit cezasızlık sonucuna yetmez. Pek hafif bir zarardan korunmak amacıyla ağır bir suç işlemeyi kabul eden kişi tehdit altında suç işlemiş sayılamaz.

c. Tehdit edilen kişi bu duruma kendi haksız hareketi ile sebep olmamalıdır.

d. Tehdit edilen, tehditle istenen hususu gerçekleştirmekten başka türlü kaçınmamalıdır. Bunun için hukuk düzeni tarafından öngörülen

koruma araçlarına başvurarak (şikayet, ihbar vs.) tehlikeden kurtulmaya, kaçmaya, karşı koymaya elverişli makul ve kuvvetli bir ihtimal bulunmamalıdır. Bu durum değerlendirilirken tehdit edenin ve tehdit edilenin kişilikleri, yaşı, cinsiyeti, içinde bulunulan halin özellikleri, kullanılan araçlar gibi hususlar birlikte değerlendirilmelidir.

e. İşlenen fiil ile maruz kalınan tehdit arasında makul bir oran bulunmalıdır.¹¹

VI. HAKSIZ TAHRİK (m. 29)

"MADDE 29. - (1) Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan ons ekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir. ETCK Madde 51 - (Değişik: 9/7/195 -6123/1 m.) Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler ve bu suç ölüm(Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis) cezasını müstelzim bulunursa müebbet ağır hapis cezasına ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa yirmi dört sene ağır hapis cezasına mahkum olur. Sair hallerde işlenen suçun cezasının dörtte biri indirilir."

"Tahrik ağır ve şiddetli olursa ölüm (Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis)cezası yerine yirmi dört sene ve müebbet ağır hapis cezası yerine on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir. Sair cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir"

Hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı, ülkemizde özellikle "töre veya namus cinayeti" olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir.¹²

Bu düzenlemeyle bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen filler dolayısıyla fail, haksız tahrik indiriminde faydalanamayacaktır.

¹¹ Gülşen, R., "TCK Tasarısında Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerden Cebir, Şiddet, Korkutma, Tehdit", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 2.

¹² Yasa gerekçesi için bkz., Özgenç, İ., *Gerekçeli Türk Ceza Kanunu*, s. 110, Ankara 2004.

Ancak haksız fiili yapan kişiye yönelik fiilin varlığı halinde bu madde uygulanabilecektir.

Eski yasadaki adi ve ağır tahrik ayırımı kaldırılmış, buna karşılık tahrik halinde öngörülen indirimin yukarı ve aşağı sınırları arasında hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.

Eski Ceza Yasası'nda tahrikin hafif ve ağır olmak üzere iki şekli bahsedilmiş ise de, bir birinden ayırt edilmesini belirleyecek kesin bir ölçü konulmamıştır. Şayet haksız hareket, niteliği ve işleniş şekli itibarıyla önemli boyutlara ulaşmışsa, haksız ağır tahrikin varlığı gerekir. Tahrikin varlığı ve derecesi, failin durumu ve yöresel koşullara göre değerlendirilmeli, olayın işleniş şekli, niteliği, özellikleri, tahrik edenle failin hal ve davranışları nazara alınmalıdır.¹³

Haksız tahrikten söz edebilmek için;

- Tahriki oluşturan bir fiil bulunmalıdır,
- Bu fiil haksız olmalıdır,
- Fail, öfke ve siddetli elemin etkisi altında bulunmalıdır,
- Failin işlediği suç, bu ruhi durumun tepkisi olmalıdır.¹⁴

VII. HATA (m. 30)

A. Genel Olarak

TCK'nın 30. maddesi ile eski Yasamızın 52. maddesindeki "*şahısta hata*" ve "*hedefte sapma*" şeklindeki düzenleme terkedilmiştir.

Buna göre, şahısta hata halinde bazen yeni Yasa'nın 30/1, bazen de 30/2. maddelerinin uygulanması söz konusu olabilecektir.

Hedefte sapma halinde suça teşebbüs ve içtima hükümleri uygulanacaktır.

¹³ YCGK, 02.12.1997, 1-283/279, bkz., Meran, N., *Gerekçeli-Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu*, s. 150-151, Ankara 2004.

¹⁴ YCGK, 20.06.2000, 4-126/135, bkz., Meran, N., *Gerekçeli-Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu*, s. 152-153, Ankara 2004.

Daha önce üç fıkradan oluşan maddeye 5377 sayılı Yasa'yla (4.) fıkra eklenmiştir.¹⁵

"MADDE 30. - (1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.

(2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

ETCK Madde 52 - Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürümünü kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz. Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlenmiş gibi telakki olunarak fail, cürümün tazammun edebileceği esbabı muhaffifeden istifade eder.

(4) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz. (Yeni)

(29.06.2005 T.5377 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle eklenmiştir)"

B. Kastı Ortadan Kaldıran Hata:

1. Suçun Maddi Unsurlarında Hata

Kast, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması durumu ise suçun maddi unsurlarda hata olarak adlandırılır. Böyle bir hata kastın varlığına engel olur.¹⁶ Şayet fiil, taksirle işlenebilen bir suç ise failin taksirden dolayı kusurlu bulunması mümkündür. (m. 30/1)

¹⁵ Daha önce Yasa'nın 4/2. fıkrasındaki düzenleme 5377 sayılı Yasa ile metinden çıkarılmış, değişik bir ifadeyle 30.mad.ye eklenmiştir. Metinden çıkarılan 4. maddenin 2. fıkrası "Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz." şeklindeydi.

¹⁶ Yasa gerekçesi için bakınız. Özgenç, İ., *Gereğeli Türk Ceza Kanunu*, s. 111, Ankara 2004.

Hatanın suçun unsurlarından hangisine yönelik olduğunun tespiti sonucu belirlemek açısından önemlidir.

Suçun temel şekli açısından kastı ortadan kaldıran hata yapılabilir. Hırsızlık konusu malın bir başkasına ait olduğunu bilmemesi kastı ortadan kaldıran bir hatadır (30/1).

Örnek: Fail yakalanan orman emvalinin kaçak olduğunu bilmediğini beyan ettiğinde ne olur? Orman emvalinin kaçak olup olmadığının bilinip bilinmemesi suçun maddi unsuruna (konu) ilişkindir ve bu durum sanığın kastını etkileyen bir durumdur. Burada fail suçun maddi unsurlarında yanılmıştır. Onun bu yanılığının haklılığına göre ceza tertibi gerekir.

TCK 30/1'e göre, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmiyor ise fail kasten hareket etmiş sayılmaz. Bu durumda eylem taksirle cezalandırılabilen bir eylem ise taksirle suç işlenmiş olur, eylemin taksirli işlenmiş olması suç teşkil etmiyor ise faile ceza verilemez.

Örnek: Ormanda ava giden avcı kıpırdayan çalıya doğru ateş ettiğinde çalının arasındaki kişiyi vurduğunda maddi unsorda hata vardır ve fail kasten adam öldürme suçundan cezalandırılmaz ancak taksirle ölüme neden olmaktan cezalandırılır.

Örnek: Cinsel ilişkiye girdiği kızın yaşının büyük olduğunu düşünerek onunla cinsel ilişkiye giren sanığın durumu ne olur? Mağdurun yaşında hata suçun maddi unsurunda hata anlamına gelir ve bu hatasının doğru olduğu anlaşılıyor ise 30/1 maddesi kapsamında sanığın kastı yok kabul edilir. Bu suçun taksirle cezalandırılması da söz konusu olmadığından faile ceza verilemez.

2. Suçun nitelikli unsurlarında hata

Suçun nitelikli unsurlarında hata, bir suçun daha ağır veya aha az cezayı gerektiren nitelikli unsurlarının somut olayda gerçekleştiği hususundaki yanılığın ifade eder. Bu hata halinde, nitelikli unsur açısından kastın varlığından söz edilemez (m. 30/2)

30/2 maddesinde failin suçun nitelikli hallerinde yanılmasından yararlanacağı hükme bağlanmıştır. Herhangi bir kişiyi öldürmek isteyen kişi hata ile babasını öldürür ise faile babasını öldürmekten kaynaklanan

nitelikli hal değil kastan adam öldürme suçundan ceza verilir. Babasını öldürmek isterken bir başkasını öldüren kişi de babasını öldürmekten değil normal öldürmekten dolayı cezalandırılır. Olay yerinde bulunan bir başkasına isabet (eski hedefte sapma) durumunda bu hata kuralları değil genel kurallara (kast, olası kast) uygulanacaktır.

Suçun nitelikli unsurlarındaki hata halini ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler yönünden ayrı ayrı irdelemek konunun anlaşılmasına yardımcı olacaktır.

a. Hafifletici sebeplerde hata

aa. Fail, eyleminde hafifletici sebepler olmadığı halde var olduğu zannı ile davranmış ise bu hatasından yararlanacaktır. Somut olayda değersiz olduğunu düşünerek çok değerli ve pahalı bir kolyeyi çalan hırsızlık suçunun faili bu hatası sebebiyle TCK'nın 145. maddesindeki ceza indiriminden faydalanabilecektir.¹⁷

bb. Eylemde hafifletici sebepler bulunduğu halde, fail olmadığı düşüncesi ile hareket etmiş ise bu halde de hatasından faydalanacaktır. Yukarıdaki örneğin tersinden hareketle, somut olayda çok değerli bir kolyeyi çaldığını düşünürken taklidin alan hırsızlık faili de TCK'nın 145. maddedeki ceza indiriminden faydalanabilecektir.¹⁸

b. Ağırlaştırıcı Sebeplerde Hata

aa. Fail, eyleminde ağırlaştırıcı sebeplerin varlığı bilerek ve göze alarak hareket etmiş, ancak gerçekleşen suçta bu sebepler bulunmuyorsa yine mefruz suç kuralları gereği hatasından faydalanacaktır. Somut olayda babasını öldürdüğünü sanan, ancak bir başkasını öldüren failin aleyhine ağırlaştırıcı sebepler uygulanamaz...

bb. Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçun (TCK m. 23) varlığı halinde, daha ağır neticenin faile yüklenebilmesi için, failin bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir. Gerçekleşen netice bakımından taksirle dahi bir illiye kurulamıyorsa failin kastına göre ceza sorumluluğu söz konusu olabilir.

¹⁷ Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği yayını, s. 85.

¹⁸ Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği yayını, s. 85.

cc. Gerçekleştirilmek istenen ve gerçekleşen suçlarda (farklı) ağırlaştırıcı sebeplerin varlığı halinde da fail hatasından faydalandırılacaktır. Daha doğru bir anlatımla gerçekleştirmeyi düşündüğü netice meydana gelmediği için bundan sorumlu tutulamaz iken, gerçekleşen neticeyi ise amaçlamadığı için ağırlaştırıcı sebepler aleyhine uygulanamayacaktır. Somut olayda, ağabeyini öldürmek için bıçağını sallarken, yanlışlıkla babasını öldüren fail sadece adam öldürmenin temel şekline (TCK m. 81) göre sorumlu olacaktır.¹⁹

3. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Şartlarında Hata

Bir hukuka uygunluk sebebinin maddi koşullarında hata yapılması ise, işlenen suç açısından kastı ortadan kaldırır (m. 30, f. 3) Bu yanılmanın kaçınılabilir olması halinde; şayet söz konusu fiilin taksirle işlenmiş olması kanunda müstakil bir suç olarak tanımlanmış ise, fail ancak taksirinden dolayı cezalandırılabilir.

Örnek: Karşısındaki kişinin elini beline attığını gören fail tabanca çekeceğini düşünüp mağduru öldürdüğünde, mağdurun böyle bir niyeti yok ise fail meşru savunmanın maddi şartlarında yanılmıştır.

Saniğin ne ölçüde sorumlu tutulması gerektiği hususu da onun kusurluluğu (kaçınılabilir olup olmadığına göre)ile ilgilidir.

Örnek: Bir güvenlik görevlisinin hakim kararı veya savcının emri olduğu düşüncesinden hareketle arama yapmış ise burada hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında yanılığa düşmüştür. Bu hata kişinin suç kastını ortadan kaldırır.

C. Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri

Zorunluluk hali olmadığı halde, fail böyle bir zorunluluk var sanarak suçu işlerse kastı ortadan kalkmaz ama kusurluluğu ortadan kaldıran sebepte hata yapıldığından kişinin sorumlu olmaz. Ancak bunun için söz konusu hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hata kaçınılabilir bir hata ise fail cezalandırılır.

¹⁹ Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği yayını, s. 87.

1. Kusurluluğu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Bir Nedenin Maddi Şartlarında Hata (m. 30/3)

Bu durumda failin kastı vardır, kusurluluğu da tamdır ancak o kusurunu azaltan bir sebebin etkisinde kaldığı düşüncesi ile suç işlemiştir. Örneğin, haksız tahrik halinin maddi şartları olmadığı halde fail böyle bir haksız bir fiilin gerçekleştiği zannı ile bu haksızlığın oluşturduğu gazabın etkisi ile suç işlediğinde, bu hatasından yararlanır ve kusurluluğu azaltılmış olarak söz konusu olur. Bu durumda da hatanın kaçınılmaz olması gerekir.

Kaçınılabılır olup olmadığını nasıl belirleriz? İçine düşülen hatanın kaçınılabılır olup olmadığını, bizzat failin içinde bulunduğu şartları dikkate alarak belirlemeliyiz.

Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler; hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı ve kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler olarak iki kısımda ele alınır. Kişi meşru müdafaa halinde olduğunu düşünerek hareket etmiş ise hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hataya düşmüş demektir. Yine kişi gerçek bir zorunluluk hali olmadığı halde bu halin var olduğunu sanarak eylemi yapmış ise kusur sorumluluğunu kaldıran sebeplerin varlığında hataya düşmüş olacaktır.

Somut olayda, kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan bir nedenin maddi şartlarında hataya düşmesi halinde, kişi bu hatasından yararlanır. Bu hata, kusurluluk bağlamında mütalaa edilmelidir (m. 30, f. 3).

Kişinin örneğin, zorunluluk halinin koşullarında, tehdidin varlığı hususunda, haksız tahrikin koşullarında, hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı bir emrin varlığı hususunda yanılığa düşmesi halinde yanılığın kaçınılabılır olması halinde, cezalandırılacaktır; fakat cezasında, ancak alt sınıra kadar indirim yapılabilecektir.

2. İşlenen Fiilin Esasında Bir Haksızlık Oluşturduğu Hususunda Hata (m. 30/4)

Kişi, işlediği fiilin esasında bir haksızlık oluşturduğu hususunda hataya düşmüş olabilir. Bu durumda haksızlık yanılığı mevcuttur. Haksızlık yanılığı, kasta etkili olan bir husus olmayıp; kişinin işlediği

haksızlık açısından sadece kusurunun belirlenmesinde bir rol oynamaktadır.

Soyut olarak haksızlık yanılığından söz edilemez. Ancak belli bir fiilin haksızlık teşkil edip etmediği hususunda bir yanılığın varlığından söz edilebilir. Kişi ancak işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunun bir haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olmayabilir.

Bu yanılığın kaçınılabilir olması halinde, kişi cezalandırılacaktır; fakat cezasında, ancak alt sınıra kadar indirim yapılabilecektir.

Hatanın kaçınılmaz olup olmadığı belirlenmesinde, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulacaktır.

Daha önce 5237 s. TCK m. 4(2) de yer alan bu düzenleme 8.7.2005 T. 5377 sayılı Yasa'yla 30. maddeye 4. fıkra olarak eklenmiştir. Böylece, sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç isleyen kimsenin sorumlu olmayacağı öngörülmüştür. Benzer düzenlemenin, birçok Avrupa ülkesi kanununda yer aldığı, ülkemiz hukuk düzenine ise ilk defa girdiği belirtilmektedir.²⁰

Örnek olarak, dedesinden kalma tabloyu, normal bir tablo düşüncesiyle çok ucuza satan bir kimse, tarihi eser satmaktan dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Zira kişi tablonun tarihi eser olduğunu bilseydi, (yani haksızlık yanılığına düşmeseydi) zaten normal tablo fiyatı ile satmayacaktı.²¹ Ancak bu hüküm, suç isleyen herkesin "ben bilmiyordum" mazeretine sığınmasını sağlamaz. Çünkü yanılığın savunmasının haklılığını (yani kaçınılmaz olup olmadığını) hakim takdir edecektir.

VII. YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ (m. 31)

Yaş küçüklüğü, bazen failin yaşına ve algılama yeteneğinin olmasına göre ceza sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmakta, bezende azalmasını sonuçlamaktadır.

²⁰ Hakeri, Hakan. Madde madde yeni TCK, <http://www.hakanhakeri.com/ytck yazidizisiiframe.htm>

²¹ Hakeri, Hakan. Madde madde yeni TCK, <http://www.hakanhakeri.com/ytck yazidizisiiframe.htm>

5237 sayılı TCK'da küçüklerin ceza sorumluluğu yeniden düzenlenirken ceza sınırları oldukça aşağıya çekilmiş, bu da çocukların suç itilmesini daha da kolaylaştıracağı şeklinde eleştirilere konu olmuştur. Buna bağlı olarak da yasanın yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra 5377 sayılı Yasa'yla değişiklik yapılarak ceza sınırları daha yukarıya çekilmiştir.

Aşağıda açıklandığı üzere, küçüklerin ceza sorumluluğu üç ayrı yaş kategorisinde düzenlenmiştir.

A. On İki Yaşından Küçüklerin Durumu

Yeni TCK'da sorumluluk yaşı on birden on ikiye çıkarılmıştır. Buna göre on iki yaşından küçükler hakkında ceza soruşturması ve kovuşturması yapılamaz. On iki yaşından küçüklerin ceza sorumluluğu yoktur. Fiili işlediği sırada henüz on iki yaşını bitirmemiş olması, çocuk açısından kusurluluğu mutlak surette kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir. Bu durumda çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinden maksat 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilen koruyucu ve destekleyici tedbirlerdir.

"Yaş küçüklüğü"

MADDE 31. - (1) Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. ETCK Madde 53-2253 S.K. m. 11 ile yürürlükten kaldırılmıştır.

2253 S. K. Madde 11 - Fiili işlediği zaman 11 yaşını bitirmemiş olanlar hakkında kovuşturma yapılamaz ve ceza verilemez.

Ancak, fiil kanunen bir seneden ziyade hapis cezasını veya daha ağır bir cezayı müstelzim ise haklarında 10 uncu maddede yazılı tedbirlerden biri uygulanır.

11 yaşını bitirmemiş küçükler hakkında, veli veya vasi yahut bakmakla yükümlü kimseler tarafından yeterli tedbir alınması halinde, mahkemece diğer tedbirler uygulanmayabilir."

B. On İki - On Beş Yaş Grubu Küçüklerin Durumu

Fail on iki yaşını doldurmuş on beş yaşını doldurmamış ise; bakılacaktır. Bu yaş grubundaki fail, “*fülin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabiliyor mu?*” veya “*davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmiş mi?*” Bu sorulara olumlu cevap verilemiyor ise failin yine ceza sorumluluğu yoktur. Eğer ki, fail işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayabiliyor ve davranışlarını yönlendirme yeteneği de yeterince gelişmiş ise ceza hukuku açısından fiilinden dolayı sorumlu olacaktır ancak daha az cezaya hükmetmek gerekecektir.

Buna göre; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on beş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan on bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur, sair hallerde verilecek ceza 1/2 oranında indirilecektir. Bu durumda verilecek ceza her fiil için yedi yıldan fazla olamaz.²²

“(2) Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan on bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz. (29.06.2005 T. 5377 sayılı Yasa 5. m. ile değişik.)

TCK Madde 54 –(2253 S.K. m. 12 ile yürürlükten kaldırılmıştır) 2253 S.K.m. 12 - *Fiili işlediği zaman 11 yaşını bitirmiş olup da,15 yaşını doldurmamış olan küçükler hakkında 20. maddeye göre yapılan inceleme, ceza ter-*

²² 29.06.2005 T., 5377 sayılı Yasa'nın 5. maddesi ile cezalardaki miktar ve oranlar küçükler aleyhine değiştirilmiştir. Yasa'nın RG'de yayımlandığı 08.07.2005 tarihinden önceki lehe hükümlerin uygulamada dikkate alınması gerekir. Eski düzenleme aşağıdaki gibidir;

“ ... bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan on iki yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde yedi yıldan dokuz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte ikisi indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası altı yıldan fazla olamaz.”

tibini gerektirmiyorsa mahkemece 10 uncu maddede yazılı tedbirlerden biri uygulanabilir.

Aksi halde haklarında aşağıda yazılı ceza tayin olunur.

1. Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine 15 sene ve müebbet ağır hapis cezası yerine 10 seneden aşağı olmamak üzere hapis cezası verilir.

2. Diğer cezalar yarıya indirilir. Ağır hapis cezaları hapse çevrilir. Ancak, bu fıkranın tatbiki suretiyle hükmolunacak cezalar her fiil için 7 seneden fazla olamaz.

3. Kamu hizmetlerinden yasaklılık ve genel güvenlik gözetimi altına alınmak cezaları uygulanmaz.

Bu hükümlülükler tekerrüre esas olamaz. İçtima halinde Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır."

C. On Beş – On Sekiz Yaş Grubu Küçüklerin Durumu

"(3) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on sekiz yıldan yirmi dört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası on iki yıldan fazla olamaz.

TCK Madde 55 - (Değişik:9/7/1953 - 6123/1 m.) Fiili işlediği zaman on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını bitirmemiş olanlar hakkında aşağıda yazılı şekillerde ceza tayin olunur:

1. Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine yirmi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası;

2. Müebbet ağır hapis yerine on beş seneden yirmi seneye kadar ağır hapis cezası verilir.

3. (Değişik: 21/1/1983 - 2787/5 m.) Diğer cezaların üçte bire kadarı indirilir. Ancak, bu bendin tatbiki suretiyle hükmolunacak cezalar her fiil için on dört yıldan fazla olamaz.

4. Amme hizmetlerinden memnuiyet ve emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezaları tatbik edilmez.

Cezanın çektirilmesine başlandığı zaman on sekiz yaşını bitirmemiş olanlar hakkında hürriyeti bağlayıcı cezalar para cezasından çevrilmiş olsa dahi, onlara mahsus ceza evlerinde veya büyüklere mahsus ceza evlerinin hususi kısımlarında çektirilir. Bunlar on sekiz yaşını geçtikleri zaman eğer mahkum oldukları ceza müddeti üç seneden ve geri kalan müddeti iki seneden fazla ise büyük mahkumların buldukları ceza evlerine naklolunurlar. Ancak bunlardan, geçirdikleri müddet içindeki hal ve durumlarına göre münasip görülenler hususi ceza evinde veya büyüklere mahsus ceza evlerinin hususi kısımlarında alıkonulabilirler. Hükmün infazına başlandığı tarihte on sekiz yaşını bitirmiş ve mahkum oldukları ceza müddeti üç seneden az bulunmuş olup da geçmişteki hallerine nazaran hususi ceza evinde veya büyüklere mahsus ceza evlerinin hususi kısımlarında bulundurulmaları daha uygun görülenlerin cezaları bu evlerde çektirilir.”

Fail on beş yaşını doldurmuş on sekiz yaşını doldurmamış ise; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla; müebbet hapis cezası gerektirdiği takdirde ise on iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunması gerekir. Diğer cezaların üçte biri indirilir. Bu durumda verilecek ceza her fiil için on iki yıldan fazla olamaz.²³

IX. AKIL HASTALIĞI (m. 32)

“Akıl hastalığı

MADDE 32. - (1) Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.

²³ 29.06.2005 T., 5377 sayılı Yasa'nın 5. maddesi ile cezalardaki miktar ve oranlar küçükler aleyhine değiştirilmiştir. Yasa'nın RG'de yayımlandığı 08.07.2005 tarihinden önceki lehe hükümlerin uygulamada dikkate alınması gerekir. Eski düzenleme aşağıdaki gibidir;

“... ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on dört yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası sekiz yıldan fazla olamaz”

ETCK Madde 46 - Fiili işlediği zaman şuurunun veya hareketinin serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığına duçar olan kimseye ceza verilemez.

Ancak bu şahsın muhafaza ve tedavi altına alınmasına hazırlık tahkikatında Sulh Hakimi, ilk tahkikatta Sorgu Hakimi ve son tahkikatta vazifeli mahkeme tarafından karar verilir.

Muhafaza ve tedavi altında bulundurma müddeti şifaya kadar devam eder. Yalnız maznuna isnat olunan suç, ağır hapis cezasını müstelzim ise bu müddet bir seneden az olamaz.

Muhafaza ve tedavi altına alınan şahıs; muhafaza ve tedavinin icra kılındığı müessesesinin sıhhi heyetince, şifası tebeyyün ettiğine dair verilecek rapor üzerine aynı kazai mercice serbest bırakılır.

Bu husustaki rapor ve kararda, hastalığın ve isnat olunan suçun mahiyeti göz önünde tutularak, içtimai emniyet bakımından şahsın tıbbi kontrole ve muayeneye tabi tutulup tutulmayacağı, tutulacaksa müddet ve fasılası da gösterilir.

Tıbbi kontrol ve muayene; Cumhuriyet Müddeiumumilerince, kararda gösterilen müddet ve fasılalarda bu şahısların buldukları mahalde yoksa en yakın salahiyetli mütehassısı olan hastane sıhhi heyetlerine sevk edilmeleri suretiyle temin olunur.

Bu tıbbi kontrol ve muayenede nüks arazı gösterenler hakim veya mahkeme kararı ile yine muhafaza ve tedavi altına alınıp aynı muamelelere tabi tutulurlar."

A. Failin algılama ve irade yeteneğinin olmaması (m. 32/1)

Akıl hastalığı bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Fail akıl hastalığı nedeniyle işlemiş olduğu fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamamakta ise işlediği fiilden dolayı ceza verilemez. Buna göre, akıl hastalığı eylemi hukuka uygun hale getirmemektedir. Akıl hastalığı failin ceza sorumluluğunu yani kusurluluğunu ortadan kaldıran bir durumdur. Bu nedendir ki faile ceza verilememekle birlikte hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebilmektedir.

Bunun yanı sıra da gerekçede de açıklandığı üzere her akıl hastalığı failin her hareketindeki kusurunu ortadan kaldırmaz. Örneğin bir kleptomana, küçük şeyler çaldığında onun kusur yeteneği yoktur ancak, kasten öldürme suçunu işlediğinde kusur yeteneği tamdır. Bu nedenle failin hastalığı ile fiil arasındaki ilişkinin de dikkate alınması gerekir.

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri bakımından temel esas eskiden olduğu gibi “iyileşme” değil “toplum açısından tehlikelilik” ölçütüdür. (m. 57/2)

B. İrade yeteneği azalmış ise (m. 32/2)

32. madde eski yasadaki farklı olarak tam akıl hastalığı, kısmi akıl hastalığı ayrımını kaldırmıştır.

“2) Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fülle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi beş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkum olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir. (ALEYHE)

ETCK Madde 47 - Fiili işlediği zaman şuurunun veya hareketinin serbestisini ehemmiyetli derecede azaltacak surette akli maluliyete müptela olan kimseye verilecek ceza aşağıda yazılı şekilde indirilir:

1. Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine 15 seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis;
2. Müebbet ağır hapis yerine 10 seneden 15 seneye kadar ağır hapis;
3. Anne hizmetlerinden müebbet memnuiyet yerine muvakkatı memnuiyet; cezaları hükmolunur.

Diğer cezalar üçte birden yarıya kadar indirilir.”

Yeni düzenlemeye göre, kişi ya akıl hastasıdır ve bu nedenle 32/1. madde uyarınca kendisine ceza verilmez ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanır. Ya da kişi akıl hastası değildir, ancak “işlediği fülle ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış” durumundadır. Bu durumda

ceza sorumluluğu vardır ancak daha az ceza alır. Aldığı cezanın yanı sıra akıl hastalarına özgül güvenlik tedbirlerine de hükmedilebilir.

X. SAĞIR VE DİLSİZLİK (m. 33)

“Sağır ve dilsizlik

MADDE 33. - (1) Bu Kanununun, fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümleri, on beş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, on sekiz yaşını doldurmuş olup da yirmi bir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanır.

TCK Madde 57 - Fiili işlediği zaman henüz on beş yaşını bitirmeyen sağır-dilsizler hakkında takibat yapılmaz. Bunlar hakkında yirmi dört yaşına kadar kalmak üzere 53 üncü maddenin ikinci fıkrası hükmü tatbik olunabilir.

TCK Madde 58 -Fiili işlediği zaman on beş yaşını bitirmiş olup da yaptığı işin neticesini fark ve temyiz ile hareket ettiği anlaşılmayan sağır, dilsizlere ceza verilmez.

Ancak fiil cürüm olduğu ve bir seneden fazla hapis cezasını veya daha ağır bir cezayı müstelzim bulunduğu takdirde yirmi dört yaşını henüz ikmal etmeyen sağır - dilsiz hakkında yirmi dört yaşına kadar kalmak üzere 53 üncü maddenin ikinci fıkrası hükümleri tatbik edilebilir.

Eğer fail yirmi dört yaşını bitirmiş ise mahkeme, hakkında 46. maddede gösterildiği su-rette muamele yapılmak üzere kendisinin salahiyetli makama teslimini emredebilir.

Eğer sağır-dilsizin suçu işlemekte fark ve temyiz ile hareket ettiği anlaşılır ve işlediği zaman on sekiz yaşını bitirmemiş bulunursa birinci fıkrası müstesna olmak üzere 54 üncü madde hükümleri tatbik olunur.

Sağır-dilsiz on sekiz yaşını bitirip de yirmi bir yaşını bitirmemiş ise 55. madde hükümleri tatbik olunur.

Sağır-dilsiz yirmi bir yaşını bitirmiş ise, Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine otuz yıl, müebbet ağır hapis cezası yerine yirmi dört yıl ağır hapis cezası hükmolunur.

Sair hallerde cezanın altında biri indirilir.”

Sağır ve dilsiz faillerle ilgili olarak, yaş küçüklüğü rejimine paralel bir düzenleme yapılmıştır.

Ancak sağır ve dilsizlerin algılama ve irade yeteneklerin daha geç gelişebileceği düşüncesiyle yaş sınırları da yukarıya çekilmiştir.

Yeni Yasa’da, fiili işlediği sırada yirmi bir yaşını doldurmuş sağır ve dilsizler bakımından yaşın, ceza sorumluluğu üzerinde herhangi bir etkisi olmadığı kabul edilerek eski Yasa’nın 58/son maddesindeki yirmi yaşını doldurmuş sağır ve dilsizler hakkındaki indirimler kaldırılmıştır.

Bu kişilerin işledikleri fiiller açısından algılama ve irade yeteneği olup olmadığı yönünde sorun çıktığında akıl hastalarına ilişkin sorumluluk rejiminin dikkate alınması gerekir.

XI. GEÇİCİ NEDENLER, ALKOL VE UYUŞTRUCU MADDE ETKİSİNDE OLMA (m. 34)

“Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma

MADDE 34. - (1) Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.

(2) İradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

TCK Madde 48 - Suçu işlediği esnada arızı bir sebepten dolayı 46 ve 47. maddelerde münderiç akli maluliyet halinde bulunan kimseler hakkında o maddelerdeki ahkam tatbik olunur.

İhtiyari sarhoşlukla ve ihtiyari ile kullanılan uyuşturucu madde tesiriyle işlenen fiiller bu madde hükmünden hariçtir.”

Kişilerin algılama ve irade yeteneklerini etkileyen etkenlerin tesirine bilinci olmadan girmesi mümkündür. Örneğin bir kimyasal madde üretim yerinde yayılan kokunun etkisi ile kişiler bilincini yitirmiş olabilir. Bu durum kusur yeteneklerini kaldırabilir.

Bebeğini emzirirken uykuya dalan anne bebeğinin havasız kalması neticesinde ölümünü sonuçlayabilir. Bu durumda gerçekleşen ölümle ilgili olarak annenin kusur yeteneği yoktur. Burada annenin sorumluluğunu belirlerken uyku halindeki değil uykudan önceki davranışları (dikkat ve özen yükümlülüğü açısından) dikkate alınacaktır

Kişinin, yanılarak veya zorla alkol veya uyuşturucu etkisine girmesi halinde suç yeteneğinde söz edilemez, ancak bu hale girilmesinde failin taksirinin dahi olmaması gerekir.

Suç işlemeden önce iradi olarak alkol veya uyuşturucu madde alınması halinde işlediği suç bakımından kusur yeteneğinin var olduğu kabul edilmiştir.

MÜKELLEFİYETLER LİSTESİ

(İİK MADDE 128/1)

R. Murat DÖNMEZ*

Mükellefiyetler listesi taşınmazın sorumlu olduğu aynı hakların ve kuvvetlendirilmiş şahsi hakların açıklanmasına hizmet eder.¹

Mükellefiyet kapsamına ipotekler, ipotekli borç senetleri, irad senetleri, her türlü irtifak ve intifa hakları ve tapu kütüğüne şerh edilen kişisel haklar; örneğin satış vaadi sözleşmeleri, önalım, geri alım, alım hakları, kira sözleşmeleri girmektedir. Yani taşınmaz üzerindeki aynı haklar ile tapuya şerh edilerek kuvvetlendirilmiş kişisel hakları içine almaktadır.²

Taşınmaz üstünde yer alan hacizler ise yukarıda sayılan aynı hak niteliğinde olmadığından mükellefiyet kapsamında değerlendirilemez. Yargıtay içtihatları da hacizlerin mükellefiyet kapsamında olmadığı yönündedir.³

Taşınmaz üstünde bir mükellefiyet söz konusu değilse bu durumda mükellefiyet listesinin düzenlenmesine de gerek yoktur.⁴

* Avukat. İzmir Barosu.

¹ Yıldırım, M. Kamil, *İcra Hukuku Ders Notları*, s. 137.

² Aslan, Elif Kismet, *İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu ile Paraya Çevrilmesi*, İzmir 2004, s. 85.

³ "İhalenin feshini isteyen Y. A.'nın sıfatına göre ileri sürülen nedenler fesih sebebi sayılamayacağı gibi, merciye kararda açıklanan mükellefiyetler listesinin de tümüyle hacizlere ilişkin olup, mükellefiyet niteliğinde olmadığından bu yöne dayanılarak fesih kararı da verilemez. İhalenin feshi isteminin reddi gerekirken kabulü isabet-sizdir." (Y. 12. HD, 14.09.1993 T., E. 9287, K. 13227 - Uyar, Talih, *İcra ve İflas Kanunu*, C. 3, 1996, s. 3483).

⁴ "...Dava konusu taşınmazla ilgili bir mükellefiyet saptanmadığından böyle bir listenin yapılmaması doğaldır." (Y. 12. HD, 25.10.1990 T., E. 3409, K.10556 - Uyar, Talih, *a.g.e.*, s. 3485).

İpotek ile ilgili olarak da Yargıtay bazı kararlarında ipoteği mükellefiyet olarak kabul etmemiş⁵ bazı kararlarında da ipoteği mükellefiyet kapsamında değerlendirmiştir⁶ ki asıl olan da kanımızca ipoteğin bir mükellefiyet olarak kabul edilmesidir.

Rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takipte taşınmaz üzerinde sadece takip alacaklısının rehin hakkının bulunması halinde de mükellefiyetler listesi hazırlanmasına ve tebliğine gerek yoktur.

Taşınmaz üzerinde bulunan mükellefiyetlerin açıklanması ve bunların listeye dercedilmesi özellikle iki husus açısından önemli ve de gereklidir;

Birincisi, müşteri yani ihale alıcısı, mükellefiyet listesinde belirtilen yüklerle örneğin; henüz muaccel olmamış ipoteklerle, sabit olan irtifak haklarıyla ve şerh olunmuş şahsi haklarla birlikte taşınmazı iktisap edecektir.⁷

İkincisi de karşılama prensibinin uygulanabilmesi de ancak mükellefiyetlerin açıkça bilinmesine bağlıdır.

Mükellefiyetler listesi paraya çevrilmenin vazgeçilmez ve kesin temelini teşkil eder. Türk literatüründe mükellefiyetler listesinin iki işlevinin olduğu ileri sürülmüştür. 1) Artırma şartnamesinin cüzünü teşkil etmesi ve tapu sicili hükmünde olması, 2) Satış bedelinin paylaşılması şeklini gösterir bir sıra cetveli olması.⁸

“...Borçlu kooperatif hissesi üzerinde takyidat bulunmadığından mükellefiyet listesi düzenlemesine gerek yoksa da...” (12. HD, 09.06.1995 T., E. 9034, K. 8585 - Uyar, Talih, *a.g.e.*, s. 3479).

⁵ “Haciz ve ipotek mükellefiyet olmayıp, ilana dercedilmemesi fesih sebebi olmayaçağı gibi, mükellefiyet olsa dahi, ilana yazılı olmaması talibi azaltan değil çoğaltan bir husus olduğu gözetilmeden...” (Y. 12. HD, 23.04.1981 T., E. 2271, K. 4083 - Uyar, Talih, *a.g.e.*, s. 3481).

“İpotek mükellefiyet değildir. Ezcümle mürur hakkı, üst hakkı vesaire gibi gayrimenkulün kıymetini azaltan mükellefiyettir. Gerek ipotek ve gerek haciz adı bir alaktan ibarettir. Merhun gayrimenkul üzerinde yukarıda sayılan gibi bir mükellefiyet bulunmadığından mükellefiyet listesinin düzenlenmesine mecburiyet olmadığı hakkındaki merci karar yerindedir...” (İİD, 30.03.1961 T., E. 2423, K. 3119 - Özkan, Hasan, *İcra ve İflas Davaları ve Tatbikatı*, Mayıs 1999, s. 772).

⁶ “İpotek ve haczin gayrimenkulün mükellefiyeti olmadığından ve adi alacak niteliğinde olduğundan “ bahis ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir...” (Y. 12. HD, 04.12.1976 T., E. 8157, K. 9327 - Uyar, Talih, *a.g.e.*, s. 3491).

⁷ Yıldırım, M. Kamil, *İcra Hukuku Ders Notları*; İstanbul 2004, s. 137.

⁸ Kuru, Baki - Arslan, Ramazan - Yılmaz, Ejder, *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara 2004, s. 356-357; Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul Kasım 2004, s. 560; Muşul, Timuçin, *İcra Hukuku*, 2001, s. 735-736.

Tapu siciline kayıtlı veya resmi senede bağlı mükellefiyetler, mükellefiyetler listesinin temelini oluşturur.

İcra dairesi bir yandan artırmayı ilan ederken diğer yandan da taşınmaz üzerindeki mükellefiyetleri tapu müdürlüğünden re'sen sorar. Mükellefiyet listesinin özellikle temelini oluşturan tapu kayıtlarının, mümkün olan satışa en yakın zamanda İcra dairesince, Tapu Sicil Müdürlüğü'nden istenerek mükellefiyet listesinin hazırlanması ihale sürecinin sağlıklı bir şekilde tamamlanması ve tarafların olası mağduriyetlerinin giderilmesi açısından önemli ve gereklidir.⁹ İcra dairesi, tapu müdürlüğünün vereceği cevaptaki bilgiler ile artırmanın ilanı üzerine on beş gün içerisinde taşınmaz üzerinde hak sahibi olduklarını bildiren kişilerin varlığını belgelendirdikleri mükellefiyetleri (m. 126/2, b. 4) listeye dahil eder. İcra dairesinin, tapu müdürlüğü ve hak sahiplerinin bildirmiş olduğu mükellefiyetleri inceleme yetkisi yoktur, bunları listeye aynen dahil edecektir.¹⁰

İİK'nın 132. maddesinin 1. fıkrasına göre; Alacak bir taşınmaz ile temin edildikten sonra borçlu o taşınmaz üzerinde alacaklının rızası olmaksızın bir irtifak hakkı yahut bir taşınmaz mükellefiyeti tesis ederse bu tesis alacaklının hakkına tesir etmez ve alacaklı taşınmazın o hak ile birlikte veya o haktan ari olarak satışa çıkarılmasını isteyebilir.

İpotek yapılmış olan taşınmazı borçlu alacaklının rızası olmaksızın başkasına kiraya verir ve keyfiyeti tapuya tescil ettirirse bu tescil ipotekli alacaklının hakkına tesir etmez (İİK m. 132/3). Haciz alacaklıları için de bu hüküm geçerlidir (m. 132/4).¹¹

⁹ "İİK'nın 128. maddesine göre, mükellefiyet listesinin mümkün merteye satışa en yakın zamanda tapudan celbolunacak kayıtlara göre düzenlenmesi lazımdır. Gayrimenkul kayıtlarında değişiklikler vukuunu mümkün kılacak uzun bir zaman evvel alınmış kayda göre mükellefiyet listesi düzenlenmesi doğru değildir. (İİD, 25.02.1964 T., E. 2239, K. 2489 - Olgaç, Senai, *İçtihatlarla Tatbikatımızda İcra ve İflas Kanunu C. 2*, 1974, s. 971).

¹⁰ Aslan, Elif Kısmet, *a.g.e.*, s. 87.

¹¹ "...Borçlu, merhun veya mahcuz gayrimenkul üzerinde, alacaklının rızası olmaksızın irtifak hakkı yahut gayrimenkul mükellefiyeti tesis ederse, bu tesis alacaklının hakkına tesir etmez. Alacaklı gayrimenkulün o hakla birlikte veya haktan ari olarak artırmaya çıkarılmasını isteyebilir. Yani borçlunun haczedilen gayrimenkul üzerindeki tasarrufu alacaklının rehin veya haciz ile iktisap ettiği hakları saklı kalmak şartıyla mümkündür..." (İİD, 08.06.1967 T., E. 5693, K. 5756 - Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Rehinin Paraya Çevrilmesi*, 1992, s. 390).

İpotekten veya hacizden sonra taşınmaz üzerinde mükellefiyet tesis edilmesi halinde de tesis edilen bu mükellefiyet, listeye kaydedilmelidir. Zira; her ne kadar ipotek alacaklısı ya da haciz alacaklısının hakkına tesir etmez ise de sonuç olarak taşınmaz üzerinde tesis edilmiş bir mükellefiyet oluşu ve satış bedeline göre paylaştırmada nazara alınacak olması sebebiyle mükellefiyet listesine yazılmalıdır. Çünkü taşınmaz haktan ari olarak satılıp da bedeli alacaklının alacağından fazla çıkarsa o hakkın takdir edilecek kıymeti ödenmek üzere bedelin fazlası hak sahibine tahsis edilir (m. 132/2).

Tapu Sicil Müdürlüğü'nden bildirilen ve 126. madde gereğince müracaatta bulunarak taşınmaz üzerinde hak sahibi olduğu iddiasını ileri süren kişilerin bildirdikleri mükellefiyetler ile oluşturulan mükellefiyetler listesinin -128. maddedeki düzenleme sadece taşınmaz üstünde haczi bulunan alacaklılara ve borçluya tebliğ edilmesi gerektiği yönünde bir yoruma sebep olsa da- kanımızca, tapu sicil kaydında yer alan aynı hak sahipleri, tapuya şerh verilmiş kişisel hak sahipleri ile m. 126 gereğince artırma ilanı üzerine icra dairesine müracaatta bulunarak hak sahibi olduğunu ileri süren kişilere de tebliğ edilmesi gerekmektedir.

İcra dairesi tarafından ilgililere, listede yer alan mükellefiyetlerin varlığı, sırası, tutarı ve muacceliyeti hakkında varsa itirazlarını bildirmeleri için 128. madde gereğince üç gün süre verilir. Mükellefiyet listesine, tebliğden itibaren üç günlük süre içerisinde ilgililer tarafından itiraz edilmez ise liste kesinleşmiş olacaktır ve listede belirtilen mükellefiyetler de satış işleminin yapıldığı takip dosyası için tanınmış olacaktır.

Mükellefiyet listesine itiraz edilmemesi sonucu, listenin kesinleşmesinin taraflara etkisi nasıl olacaktır. Yani ilgililer, itiraz etmemekle listede beyan edilen mükellefiyetleri tanımış ve kabul etmiş olacaklarından, taşınmazın satımı sonucu ihale bedelinin paylaşılması için İİK m. 140 gereğince düzenlenecek sıra cetveline karşı itiraz hakları (m. 142) olacak mıdır?

Kanımızca eğer mükellefiyet listesi taraflara tebliğ sonucu yasal süre içerisinde itiraz edilmeyerek kesinleşmiş ise, mevcut takip dosyası açısından taşınmaz üzerindeki mükellefiyetler taraflar açısından tanınmış ve kesinleşmiş olacaktır. Bu durumda eğer düzenlenecek sıra cetveli, kesinleşmiş mükellefiyet listesine uygun düzenlenmiş ise (örneğin, alacağın miktarı ve sırası yönünden gibi) artık tarafların sıra cetveline karşı itiraz hakları olmayacaktır.

Ancak kesinleşmiş mükellefiyet listesine aykırı bir şekilde düzenlenen bir sıra cetveli söz konusu ise bu durumda hakkı ihlal edilen alacaklı ya da ilgilinin düzenlenen sıra cetveline karşı itiraz hakkı olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Taraflarca itiraz edilmeyerek kesinleşmiş bir mükellefiyet listesi, bütün unsurları kapsar şekilde usulüne uygun olarak düzenlenmemiş ise, (örneğin taşınmaz üstünde yer alan bir ipotège konu alacağın miktarının ya da tesis tarihinin açıkça belirtilmemesi gibi) bu durumda yine kanımızca; hakkı ihlal edilen alacaklı veya ilgilinin, icra müdürlüğünce düzenlenecek olan sıra cetvelinin iptali için dava açma hakkı söz konusu olacaktır.

Yargıtay da bir kararında alacaklıya tebliğ edilen mükellefiyetler listesi ile sıra cetveli arasında alacakların sırası ve alacak miktarı yönünden fark bulunması halinde, mükellefiyetler listesine itiraz edilmemesinin, sıra cetveline itiraz hakkını ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir.¹²

¹² “...Davacı vekili vermiş olduğu dava dilekçesi ile davalı kooperatif hakkında takibe geçtiklerini alacağın ödenmemesi üzerine taşınmazın satışa çıkarıldığını ve kooperatifin diğer alacaklısı S. K.’ya ihale edildiğini, düzenlenen sıra cetvelinde davalı S. K.’nın birinci sırada yer aldığını, bu davalının kooperatife ait iş makinesini devir aldığından bir alacağı bulunmadığını bu sebeple sıra cetvelinden çıkarılmasına ve sıra cetvelinin düzeltilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı S. K. vekili vermiş olduğu cevap dilekçesinde mükellefiyetler listesine itiraz etmeyen davacının sıra cetveline itiraz etme hakkının bulunmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Yerel Mahkeme mükellefiyetler listesine itiraz etmeyen davacının sıra cetveline itiraz etme hakkının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Davacı tarafından temyizi üzerine yerel mahkeme kararı Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 07.10.1991 gün ve 1990/2779 esas, 1991/5182 karar sayılı ilamı ile onanmış, karar düzeltme istemi üzerine aynı dairenin 24.01.1992 gün ve 1992/149 esas ve 1992/305 karar sayılı ilamı ile “davacıya tebliğ edilen mükellefiyetler listesi ile sıra cetveli arasında alacaklıların sırası ve alacak miktarı yönünden fark bulunduğundan mükellefiyetler listesine itiraz edilmemesi, sıra cetveline itiraz hakkını ortadan kaldırmayacağı ve davalı S. K.’nin alacağının esas ve miktarının İcra ve İflas Kanunu’nun 235. maddesi uyarınca araştırılıp sonucuna göre bir karar verilmesi” gerekçesiyle bozulmuştur. Mahkemece uyulan bozma ilamı doğrultusunda hiçbir araştırma yapılmamış bozmadan evvel davalı kooperatif yöneticileri ile davalı S.K.’nin alınan beyanlarından yararlanılarak elde edilen kanaat doğrultusunda hüküm kurulmuştur. Mahkemece yapılacak iş tacir olan davalı S. K.’nin ticari defterleri ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 89. maddesi gereğince davalı kooperatifin tuttuğu defterler, davalı S. K. tarafından kooperatif aleyhine yapılan icra takip dosyası içeriği, kooperatif karar defteri, özellikle iş makinesinin devri ile ilgili alınan karar ve tarihi ve Usul Kanunu’nun 75. maddesi doğrultusunda tarafların bu konuda ibraz edecekleri deliller göz önünde bulundurularak davalı S. K.’nin alacağının esas ve miktar ve doğduğu tarihin tespiti için bilirkişi düşüncesi alınarak hasil olacak sonucuna göre

Listede yer alan veya listeye alınmayan ve fakat varlığı iddia edilen haklar itiraz konusu yapılmışsa, itiraz davası açılmalıdır. İİK. m. 128 son cümle itiraz durumunda istihkak davalarına ilişkin m. 96 ve 97'nin uygulanacağını belirtmiştir.

Mesela borçlu, ipotekle teminat altına alınan alacağın sona erdiğini bu sebeple ipoteğinde sona ermiş olduğundan bahisle itirazını yapabilir. İpotek hakkının varlığının teminat altına alınan alacağın varlığına bağlı olup olmadığı tartışmalı olmakla beraber bizim de katıldığımız görüşe göre, ipotek hakkı müstakil bir hak olmayıp mevcut veya müstakbel bir alacağın teminatı olmak üzere tesis edilir. Teminat altına alınan alacağın sona ermesi halinde ipotek hakkı da alacağa bağlı olarak sicil dışında sona ermiş olur.¹³

Dolayısıyla, borçlu veya alacaklı, mükellefiyetler listesinde yer alan ipotekli alacağın esasına yönelik olarak yani ipotek tesisi ile teminat altına alacağın sona ermesi yani borçlunun borcunu ödemesi sebebiyle ipotek hakkının sona erdiği yönündeki muhalefetlerini mükellefiyetler listesinin kendilerine tebliğinden itibaren üç gün içinde icra dairesine başvurup m. 128/1 uyarınca itiraz yolu ile yapabilecektir.

Süresinde itiraz edilirse, icra müdürü dosyayı hemen icra mahkemesine verir. İcra mahkemesi ilk önce takibin devamına veya ertelenmesine karar verir (97/1). Takibin devamına karar verirse taşınmazın itiraz konusu haktan bağımsız olarak satılması gerekir. Taşınmaz üzerinde iddia ettiği hak itiraza uğrayan üçüncü kişi, icra takibinin ertelenmesi ve devamı hakkındaki icra mahkemesinin kararının kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra mahkemesinde istihkak davası açmak zorundadır. Dava açmaz ise haktan vazgeçmiş sayılır (m. 97/IV).

İcra dairesi mükellefiyetler listesini yaparken, tapu bilgilerinin kaydında, listenin tamamlanmasında ve düzeltilmesinde kanun hükümlerine aykırı davranmışsa mükellefiyetler listesinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde İİK m. 16 gereğince şikayet yoluna başvurulur. Örneğin; tapuda kayıtlı olmayan bir hakkın listeye geçirilmiş olması ya da tapu

bir karar vermektan ibaret olacaktır. Kararın yukarıda açıklanan nedenlerle davalı S. K. yararına bozulmasına oybirliğiyle karar verildi. (Y. 19. HD, 19.11.1992 T., E. 9901, K. 6018 - Deynekli, Adnan - Kısa, Sedat, *Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli*, İstanbul 1996, s. 325-326).

¹³ Muşul, Timuçin, *İcra ve İflas Hukuku, C. 1, İcra Hukuku*, Ekim 2001, s. 732.

sicil kaydında yer alıp da listeye hakkın kaydedilmemiş olması ya da uygulamada hatalı olarak yapıldığı üzere mükellefiyet listesi düzenlenmeyerek ilgililere liste yerine kaim olmak üzere taşınmazın tapu kaydının gönderilmesi işlemi gibi.

Mükellefiyet listesinin tanzimine ilişkin olarak icra müdürlüğüne yapılan kanuna aykırı bir işlemin şikayeti üzerine icra mahkemesince verilen karar kesin olup temyizi kabil değildir.¹⁴

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere mükellefiyetler listesine karşı şikayet ile mükellefiyetler listesine itiraz birbirinden farklı kavramlardır. İcra dairesi mükellefiyetler listesini hazırlarken, bununla ilgili kanunda yer alan hükümleri ihlal etmişse, örneğin tapu memurunca bildirilen bir mükellefiyeti gereği gibi mükellefiyetler listesine geçirmemişse, mükellefiyet lehine olan kişi icra mahkemesine yedi gün içinde şikayette bulunabilir. Burada mükellefiyetler listesine geçirilmiş bir hakka itiraz değil icra dairesinin kanuna aykırı bir işlem yaptığına dair bir iddia söz konusudur (m. 16). İcra mahkemesi şikayet üzerine mükellefiyetler listesini tamamlanmasına veya düzeltilmesine karar verirse yenilenen mükellefiyetler listesi de ilgililere tebliğ edilir ve itirazlarını bildirmeleri için kendilerine üç günlük süre verilir (m. 128/1). Mükellefiyetler listesine itirazda ise mükellefiyetler listesine geçirilmiş bir hakkın özüne ilişkin bir itiraz vardır.¹⁵

Doktrinde tartışmalı olan bir konuda istihkak davası sonunda verilecek kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği hususudur. İcra mahkemesinin takip hukukuna ilişkin kararları kural olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezler. Sadece takip hukuku bakımından, yani verilmiş oldukları icra takibinde veya aynı alacak için daha sonra yapılacak bir icra takibinde kesin hüküm teşkil ederler. Ancak istihkak davaları sonucunda verilen kararların kesin hüküm oluşturup oluşturmadığı doktrin ve Yargıtay uygulamasında tartışmalıdır.

¹⁴ "... Mükellefiyet listesi tanzimi, satış hazırlığı ile ilgili olup, bu işlemi hedef tutan şikayet üzerine verilen karar, İİK.'nın 363.maddesi şümulü dışında kaldığından temyiz edilemez." (İİD, 07.04.1970 T., E. 3388, K. 3747 - Pekcanitez, Hakan, *İcra ve İflas Hukukunda Şikayet*, Ankara 1986, s. 170); (Bkz., aynı doğrultuda Y. 12. HD, 12.01.1994 T., E. 1993/16525, K. 108; Y. 12. HD, 28.05.1990 T., E. 5893, K. 6407 - Uyar, Talih, *İcra Hukukunda İhale ve İhalelinin Bozulması*, C. 1, İzmir 2002, s. 405).

¹⁵ Aslan, Elif Kısmet, *a.g.e.*, s. 92.

Birinci görüşte olanlara göre istihkak davası bir tür takip hukuku davasıdır. Sadece takip hukuku açısından sonuç doğurur. Bu davanın konusu ve amacı mahcuz malın gerçek malikini tespit etmek değil, alacaklı tarafından haczettirilen mallar üzerinde, üçüncü şahsın istihkak iddiası dolayısıyla cebri icraya devam edilip edilmeyeceğini icra hukukunun dar kalıpları içinde tespitinden ibarettir. İstihkak davasında her türlü delilin ileri sürülebilmesi ve icra mahkemesinin delilleri serbestçe takdir edebilmesi tek başına, dava sonunda verilen hükmün maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesini bir gerekçesi olamaz. Dolayısıyla istihkak davası sonunda icra mahkemesinin verdiği karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez.¹⁶

İkinci görüşte olanlara göre ise; İstihkak davası teknik anlamda bir davadır. İcra mahkemesi her türlü delili tıpkı bir genel mahkeme gibi serbestçe değerlendirerek karar verir. Gerekirse tanık dinler, bilirkişi incelemesi yaptırır. Bu davalarda hakim takip hukukunun dar kalıpları içerisinde hareket etmez. İstihkak davası da diğer davalar gibi tamamen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre incelenen ve sonuçlandırılan bir davadır. Bu nedenle icra mahkemesinin istihkak davası sonucunda verdiği kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder.¹⁷

Kanımızca da icra mahkemesinin istihkak davası sonucunda verdiği kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Örneğin; alacaklı ve istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişi arasında görülmüş bir istihkak davası sonucunda verilmiş olan icra mahkemesi kararı, yine aynı alacaklı ve üçüncü kişi arasında, aynı mal için başka bir takip dosyası ile ilgili olarak, mülkiyet ya da rehin gibi bir aynı hakka dayanarak açılacak ikinci bir davada maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Zira iki davanın

¹⁶ Karataş, İzzet - Ertekin, Erol, *İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları*, Ankara 1998, s. 319; Eriş, Gönen, *Hacizden Doğan İstihkak Davaları*, Ankara 1994; Aslan, Kudret, *Hacizde İstihkak Davası*, Ankara 2005, s. 628 vd.; Yine Aslan'ın a.g.e.'ye atfen, Gürdoğan, Burhan, *Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı*, Ankara 1960, s. 39; Berkin, Necmeddin, *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980, s. 290-291; Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, Ankara 1960, s. 113-114; Üstündağ, Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, 2004, s. 204-205; Belgesay, Mustafa Reşit; *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 1954, s. 234.

¹⁷ Kuru, Baki, a.g.e., s. 493; Muşul, Timuçin, a.g.e., s. 641; Kuru, Baki - Arslan, Ramazan - Yılmaz, Ejder, a.g.e., s. 323; Aslan, Elif Kısmet, a.g.e., s. 91; Pekcanitez, Hakan - Atalay, Oğuz - Sungurtekin Özkan N, Meral - Özekes, Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 181-182.

tarafları, konusu ve dava sebebi aynıdır. Fakat iki istihkak davasının tarafları aynı değilse, örneğin aynı üçüncü kişi, ikinci istihkak davasını başka bir alacaklıya karşı açmış ise birinci istihkak davasında verilen hüküm, ikinci istihkak davasında kesin hüküm teşkil etmeyecektir.

Yargıtay da; bazı kararlarında birinci görüş yönünde karar verirken;¹⁸

Bazı kararlarında da ikinci görüş yönünde, yani icra mahkemesinin istihkak davası sonucunda verdiği kararın maddi anlamda kesin hüküm oluşturacağı yönünde görüş bildirmiştir.¹⁹

¹⁸ “Yargılamanın iadesi maddi anlamda kesinleşmiş veya kesin olarak verilmiş kararlara karşı açılan istisnai bir kanun yoludur. Maddi anlamda kesin hüküm gücü olmayan kararlara karşı yargılamanın iadesi yoluna gidilemez. İcra hukukunda istihkak davası sonunda verilen kararlar, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden, bunlar hakkında yargılamanın iadesi yoluna başvurulamaz. Çünkü icra hukuku alanına giren istihkak davalarının amacı haczedilen mal üzerinde cebri icranın yürütülüp yürütülemeyeceğini saptamaktan ibarettir. Diğer bir anlatımla bu davanın amacı mahcuzun gerçek malikini saptamak değil, haczin belli hak iddiasında geçerli olup olmadığını belli etmektir. Bu nedenle istihkak davası sonunda meydana çıkacak durum, maddi hukuk yönünden borçlu ile üçüncü kişinin karşılıklı durumlarına etkili olmayacaktır. Kural olarak istihkak davası sonunda verilen hüküm yalnız derdest icra takibi için ve davada taraf bulunanlar hakkında etkili olur. Açıklanan bu nedenlerle, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen istihkak davasına ilişkin karara karşı yargılamanın iadesi isteğinin kabulü usul ve kanuna aykırıdır...” (Y. 13. HD, 03.06.1981 T. E. 3538 K. 4244 - Karataş, İzzet - Ertekin, Erol, *İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları*, Ankara 1998, s. 316-317).

“İcra ve İflas Kanunu’nun 97. ve devamı maddelerine istinaden açılmış bulunan istihkak davası sonucunda verilen karara karşı yargılamanın iadesi talep edilmiştir. Bu kanun yolu maddi anlamda kesinleşmiş veya kesin olarak verilmiş bulunan kararlara karşı tanınmıştır. Maddi anlamda kesin hüküm gücü bulunmayan kararlara karşı yargılamanın iadesi yoluna gidilemez. İcra hukukundaki istihkak davası sonunda verilen kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden, bunlar hakkında bu yola başvurulamaz. Çünkü anılan davalardan amaç, haczedilen mal üzerinde cebri icranın yürüyüp yürümeyeceğini tespit etmekten ibarettir.” (Y. 15. HD, 11.09.1991 T., E. 2694, K. 4059 - Karataş, İzzet - Ertekin, Erol, *a.g.e.*, s. 318).

¹⁹ ...İcra Tetkik Mercii kararları istihkak gibi genel hükümlere tabi olanlar hariç yalnız takip hukuku bakımından geçerli olup, maddi hukuk yönünden kesin hüküm teşkil etmezler...” (Y. 13. HD, 31.03.1977 T., E. 1254, K. 18369 - Karataş, İzzet - Ertekin, Erol, *a.g.e.*, s. 316).

“...Takip hukuku ile ilgili tetkik mercii kararları esas hak ve taraflar yönünden kesin hüküm teşkil etmez. Zira icra takibi belli safhalardan geçerek kesinleşmiş ve sonucu alınmış olsa bile, itiraz etmemiş veya itirazı ortadan kaldırılmış borçlu alacağı itiraza uğramış veya itirazın kaldırılması için tetkik merciiine gelmemiş alacaklı dava açma yoluna gidebilir. Bu itibarla tetkik merciiinin takip hukuku ile ilgili kararları aleyhine yargılamanın iadesi istenemeyeceği gibi kanun yararına temyiz yoluna da başvurulamaz. Tabii ki, tetkik merciiinin mahkeme hüviyetinde olarak dava biçiminde

Mükellefiyetler listesinin kesinleşmesi için, ya verilen üç günlük sürenin itirazsız geçmiş veya itiraz üzerine yedi gün içinde istihkak davası açılmamış veya itiraz üzerine açılan istihkak davasının sonuçlanmış olması gerekir.²⁰

Mükellefiyetler listesi artırma şartnamesinin bir cüzünü teşkil ettiğinden ve artırma şartnamesinin de artırmadan önce en az on gün süre ile icra dairesinde herkesin görmesi için açık bulundurulması gerektiğinden (m. 124/2) mükellefiyetler listesinin artırma gününden en az on gün önce yapılmış, kesinleşmiş ve şartnameye bağlanmış olması ve şartname ile birlikte icra dairesinde herkesin görmesi için açık bulundurulması gerekir. Buna uyulmayarak, mükellefiyetler listesinin artırmadan çok kısa bir süre önce yapılmış olması halinde, ilgililer bunu on gün süre ile icra dairesinde görüp taşınmaz üzerindeki mükellefiyetler hakkında yeterli bilgi sahibi olamayacaklarından, yapılan ihalenin feshi istenebilir.²¹

İcra müdürü, mükellefiyetler listesinin kesinleşmesi ile yeniden kıymet takdiri yaptırmalıdır. Ancak uygulamada bu işlem genellikle yapılmamaktadır. Yine uygulamada fiili haciz işleminden ziyade ön-

baktığı ve bu itibarla kesin hüküm niteliğini iktisap eden 'istihkak davaları', 'ihalenin feshi isteği' sonunda verdiği hükümler ve 'cezaya ilişkin hükümleri' bundan müstesnadır..." (Y. 12. HD, 03.11.1977 T., E. 9191, K. 9125- Karataş, İzzet - Ertekin, Erol, *a.g.e.*, s. 317).

"Hakkında HUMK'nın 445. maddesine göre iadeyi muhakeme istenebilecek kararlar, aynı Kanun'un 237. maddesi anlamında kesin hüküm niteliği taşıyan kararlardır. İcra tetkik mercii kararları, bazı konudakiler (istihkak, ihalenin feshi davaları gibi) hariç genelde kesin hüküm oluşturmazlar..." (Y. 12. HD, 02.06.1986 T., E. 5576, K. 6588 - Karataş, İzzet - Ertekin, Erol, *a.g.e.*, s. 318).

"...Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve İcra ve İflas Kanunu'nun 97. maddesinde düzenlenen istihkak davasının teknik anlamda bir dava olduğu ve genel hükümler dairesinde bakıldığı, her türlü delilin caiz olup, Tetkik Mercii'nin bu delilleri serbestçe takdir yetkisi bulunduğu, bu davanın da diğer davalar gibi, tamamen HUMK hükümlerine göre incelenip sonuçlandırılan bir dava olması nedeniyle istihkak davası sonunda verilen kararın da diğer davalardaki gibi, maddi anlamda kesin hüküm oluşturacağına doktrinde de, kabul edilmiş bulunmasına göre davanın kesin hüküm nedeniyle reddinde bir usulsüzlük bulunmamasına göre, taraf vekillerinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir..." (Y. 11. HD, 04.12.2003 T., E. 4842, K. 11419 - Bkz., Yargıtay'ın internet sitesi).

²⁰ Kuru, Baki, *a.g.e.*, s. 562.

²¹ Kuru, Baki, *a.g.e.*, s. 560-561.

celikle İİK m. 102 gereğince kaydi haciz işlemi uygulandığından, kaydi haciz işleminden sonra alacaklının talebi doğrultusunda icra müdürlüğünce yaptırılan kıymet takdiri satışta da esas alınmaktadır. Hatta sanki başkaca kıymet takdiri yapılmayacakmış gibi artırma ilanına taşınmazın muhammen değeri de yazılmaktadır. Oysaki artırma şartnamesine yazılması gereken, taşınmaz için takdir olunan kıymetin, artırma ilanına yazılması gereksiz olup bir anlamda 128. maddenin 2. fıkrasının uygulanmayacağı anlamını taşımaktadır. Zira artırma şartnamesinin hazırlanması için gerekli olan bilgiler ilan ile toplanacak; bu sayede mükellefiyetler tam olarak belirlenebilecek ve taşınmazın değeri takdir edilebilecektir. Ancak uygulamadaki bu hata, İcra ve İflas Kanunu'nun taşınmazlara ilişkin artırma ilanı ile ilgili maddesinin yanlış düzenlenmesinden meydana gelmektedir. İİK 126. maddesinin son fıkrasında yer alan *"114. maddenin 2. ve son fıkrası hükümleri gayrimenkulün satış ilanı hakkında da uygulanır."* cümlesi uygulamadaki bu yanlışlığın ana sebebidir. Bu cümle ile taşınmazın artırma ilanında yer alacak hususlara ilişkin olarak, menkullere ilişkin artırma ilanında yer alacak hususları düzenleyen 114. maddeye atıf yapılmış olması ve bu madde de ilanda yer alacak hususlar konusunda *"satılacak şeyin muhammen kıymeti"* cümlesine yer verilmiş olması bu yanlış uygulamayı ortaya çıkarmıştır. Yine kanun maddesine paralel olarak çıkarılan İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği'nin taşınmazın açık artırma ilanını düzenleyen 50. maddesinin son fıkrasında; *"Ayrıca 48. maddedeki satış ilanına ilişkin kayıtlar burada da uygulanır"* demek suretiyle, menkul açık artırma ilanını düzenleyen 48. maddeye atıf yapılması da bu uygulamayı pekiştirmiştir. Halbuki hacizden sonra özellikle, satış ilanı üzerine bildirilen mükellefiyetler hacizdeki kıymeti etkileyebilir.

4949 sayılı Kanun ile değişik 128. madde de yapılan değişiklik ile de taşınmazın önceden takdir edilen kıymetini etkileyen mükellefiyetlerin ortaya çıkması halinde icra müdürünün satışa esas olmak üzere yeniden kıymet takdiri yaptırması zorunluluğu getirilmiştir.

Yukarıda açıklanan sebepler ile İcra ve İflas Kanunu'nun 126. maddesinde ve buna paralel olarak da İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği'nin 50. maddesinde yasal değişikliğin yapılarak uygulamadaki *"artırma ilanına taşınmazın muhammen bedelinin yazılması"* yanlışlığının giderilmesi ve 128. madde ile uyumlu hale getirilmesi zorunludur.

Tapu kütüğünde kayıtlı olmasına rağmen artırma şartnamesinde ve mükellefiyetler listesinde gösterilmeyen aynı hakların, bunu bilmeyen alıcıya geçip geçmeyeceği konusu tartışmalıdır.

Doktrindeki bir görüşe göre, alıcının, mükellefiyetler listesinden başka, kendisinden beklenen özeni göstererek tapu sicilindeki kayıtları da incelemesi gerekir. Bu özeni göstermeyen alıcının tapudaki kaydı bilmediği itirazı dinlenemez (MK m. 1020). Bu yüzden, alıcı, taşınmazın mülkiyetini listede yer almasa bile tapuda kayıtlı olan yüklerle birlikte kazanır. Yine, bu görüşte olanlara göre, Borçlar Kanunu'nun 230/2. maddesinde tapu sicilinde yazılı bir hakkın mükellefiyetler listesine geçmemiş olsa bile alıcıya geçeceğinden söz edilmiştir. Kanunlarımızda bunun aksini düzenleyen bir hüküm bulunmadığından alıcının tapudaki kaydı bilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Zira icra memurunun hatalı veya eksik bir işlemi nedeniyle tapu kütüğünde aleni olan bir aynı hakkın sona ereceğini kabul etmek menfaatler dengesine aykırılık oluşturur. Kanunda özel bir yetki tanınmadıkça idarenin kişilerin aynı haklarına müdahalesi de söz konusu olamaz. Kanunlarımızda tapu kütüğünde kayıtlı olmasına rağmen artırma şartnamesinde gösterilmeyen aynı hakların sona ereceği veya alacaklının bu hakları terkin ettirebileceği yönünde bir düzenleme de bulunmamaktadır.²²

Bizim de katıldığımız doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, tapu kütüğünde kayıtlı olmasına rağmen usulüne uygun olarak hazırlanmış ve kesinleşmiş bulunan mükellefiyetler listesinde yer almamış yükümlülükler iyi niyetli alıcıya karşı ileri sürülemez. Alıcı sadece mükellefiyetler listesinde yazılı olan mükellefiyetlerden sorumlu olup, listede yazılı olmayan mükellefiyetler tapu sicilinde yazılı olup da yanlışlıkla mükellefiyetler listesine geçirilmemiş olsalar bile, iyi niyetli alıcıya karşı ileri sürülemez. Tapu sicili ile mükellefiyetler listesi arasında farklılık bulunduğu takdirde, mükellefiyetler listesindeki kayıtları üstün tutmak gerekir. Alıcının şartnameyi ve onun bir cüzü olan mükellefiyetler listesini incelemiş olması yeterli olup onun ayrıca tapu sicilini de inceleme yükümlülüğü yoktur. Tapu sicilinin aleniyetine ve

²² Şener, Yavuz Selim, *Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması*, İstanbul 2005 s. 159; Yine Şener'in a.g.e.'ye atfen; Sungurbey, İsmet, *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*, İstanbul 1963, s. 125 vd. Berkin, Necmettin, "Tapuda Kayıtlı Olduğu Halde Mükellefiyetler Listesine Geçirilmeyen Haklardan Alıcının Mesuliyeti", *İÜHFİM*, C. XXXIV. S. 1-4 s. 285 vd.

sicilde yer alan kayıtların bilindiğine ilişkin ilke burada uygulanmaz. Yani, artırma şartnamesi alıcı için tapu sicili hükmünde olacağından burada Medeni Kanun'un 1020. maddesi uygulanamaz. Zira alıcı şartnameye göre pey sürecidir.²³

Yargıtay içtihatları da ikinci görüş doğrultusunda yani mükellefiyetler listesinin, tapu kayıtlarına göre üstün tutulması ve iyi niyetli ihale alıcısının mükellefiyetler listesinde yer almayan bir yükümlülükten dolayı sorumlu tutulamayacağı yönündedir.²⁴

Ancak ihale edilen gayrimenkulün tapu sicil kayıtlarında yer almakla beraber, herhangi bir sebepten dolayı mükellefiyetler listesine geçirilmemiş bir aynı veya tapu siciline şerh verilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş şahsi hakkın varlığını alıcı biliyor yani diğer bir deyişle alıcı kötü niyetli ise, alıcıya karşı o hak ileri sürülebileceğinden, gayrimenkul o hak ile yüklü olarak alıcıya intikal edecektir. Ancak bu durum tapu sicil kayıtlarının mükellefiyetler listesine tercih edildiği sonucunu ortaya

²³ Karahacıoğlu, Ali Haydar - Doğrusöz, M. Edip - Altın, Mehmet, *Türk Hukukunda Rehin*, Ankara 1996 s. 262; Karataş, İzzet - Ertekin, Erol, *İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları*, Ankara 1998 s. 138; Yıldırım, M. Kamil, *a.g.e.*, s. 142; Kuru, Baki, *a.g.e.*, s. 562; Muşul, Timuçin, *a.g.e.*, s. 736; Kuru, Baki - Arslan, Ramazan - Yılmaz, Ejder, *a.g.e.*, s. 367; Aslan, Elif Kısmet, *a.g.e.*, s. 94; Pekcanitez, Hakan - Atalay, Oğuz - Sungurtekin Özkan, Meral - Özekes, Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 197-198.

²⁴ "Yukarıda özetlenen duruma göre, satış ilanında ve mükellefiyet listesinde ve satış şartnamesinde kırk bin liralık ipotek bulunduğu dair bir açıklık bulunmadığı ve mükellefiyetsiz olarak satış çıkarıldığı ve ihaleye giren müemeyyizlerin şartnameye göre taşınmazı iktisap ettikleri hususunda bir uyumsuzluk yoktur. Müştekinin ihalenin usulsüzlüğünden dolayı feshine ilişkin isteği reddedilmiş ve taraflar arasında bu yön muhkem kazıye halini iktisap etmiştir. İİK'nın 134. maddesinin 1. fıkrası ve Borçlar Kanunu'nun 225. maddesinin 1. fıkrası hükümleri birlikte mütalaa edildiğinde, ihale ile mülkiyeti müemeyyizler ihale şartnamesinde gösterilen mükellefiyetler varsa bunlarla birlikte iktisap etmiş sayılırlar. Yukarıda belirtildiği veçhile kırk bin liralık mükellefiyet ihale şartnamesine dercedilmediğine ve müşterinin ihalenin feshine dair talebi reddedildiğine göre icra memurluğunca yapılan işlem yasaya uygun bulunmuştur. Bu nedenlerle şikayetin reddine karar vermek gereklidir." (Y. 12. HD, 29.06.1976 T., E. 5894, K. 8067 - Uyar, Talih, *a.g.e.*, s. 3491).

"Şu hale göre satış ilanında borçlu hissine tekabül eden 2468 metrekarelik yerin satışının yapılacağı ilan edildiği ve buna göre bu miktar üzerinden satış yapıldığı halde, tapudaki hisse miktarının 1234 metrekare olduğu anlaşılmıştır. Satış ilanı, tapudaki miktarının ve satışı yapılan yerin miktarının farklı bulunduğu alıcının satış ilanı ile yetinip ayrıca tapu sicilinde gerekli inceleme yapma zorunluluğunda bulunmadığı nazara alınarak, ihalenin feshine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde fesih isteğinin reddine karar verilmesi isabetsizdir..." (Y. 12. HD, 08.05.1986 T., E. 1985/11415, K. 5479 - Uyar, Talih, *a.g.e.*, s. 3490).

çıkarmaz. Zira burada sınırlı aynı veya şerh verilmiş şahsi bir hakkın varlığının alıcıya karşı ileri sürülmesinin sebebi tapu sicil kayıtlarının aleniliği olmayıp, alıcının o hakkın varlığı bilmesi yani kötü niyetli olmasıdır.²⁵

Mükellefiyetler listesine tapu kütüğü karşısında tanınan üstünlük kamu hukukundan doğan mükellefiyetler (örneğin; sit alanı, yeşil alan gibi) için geçerli değildir. Aksi bir durum bu hakların niteliği ile bağdaşmaz.²⁶ Zira kamu hukukundan doğan gayrimenkul mükellefiyeti malike, gayrimenkulü dolayısıyla kanunen yükletilmiş olan Devlete veya diğer bir kamu hukuku tüzel kişisine karşı bir edimi yerine getirme yükümlüğü yükler. Bunlar özel kanunlarda (örneğin; Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Çevre Kanunu, İmar Kanunu, Orman Kanunu, Kamulaştırma Kanunu gibi) kendilerine özgü kurallara tabidir. Kural olarak, tapu siciline tescile gerek kalmadan doğar ve etkili olurlar (MK m. 731).²⁷

Mükellefiyetler listesine tapu sicili karşısında üstünlük tanınması sonucunda tapu sicilinde yazılı olan hakkını alıcıya karşı kaybeden kişi ihalenin feshini talep edebilecektir. Çünkü şartnamenin hazırlanması ile ilgili bir yolsuzluk söz konusudur. Bu durumda büyük bir olasılıkla satış ilanı hak sahibine tebliğ edilmemiş olacağı için ihaleyi öğrenmeden itibaren yedi gün ve en geç ihaleden itibaren başlayacak bir yıllık süre içinde ihalenin feshi talep edilmelidir (m. 134/6).²⁸

Tapu sicilinde yazılı olan bir hakkını, mükellefiyetler listesine geçmemiş olması nedeniyle iyi niyetli alıcıya karşı kaybeden kişi, bu durum icra müdürünün kusurundan kaynaklanıyor ise İcra İflas Kanunu'nun 5 ve 7. madde hükümlerine göre, tapu müdürlüğünün kusuruna dayanıyor ise Medeni Kanun'un 1007. madde hükmüne göre devlete karşı tazminat davası açabilecektir.²⁹

²⁵ Muşul, Timuçin, *a.g.e.*, s. 736-737.

²⁶ Aslan, Elif Kısmet; *a.g.e.*, s. 95.

²⁷ Oğuzman, M. Kemal - Seliçi, Özer, *Eşya Hukuku*, İstanbul 1988, 5. Baskı s. 463, 720.

²⁸ Aslan, Elif Kısmet, *a.g.e.*, s. 94.

²⁹ Kuru, Baki, *a.g.e.*, s. 562.

KAYNAKÇA

- Aslan, Elif Kısmet, *İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu İle Paraya Çevrilmesi*, İzmir 2004.
- Aslan, Kudret, *Hacizde İstihkak Davası*, Ankara 2005.
- Başöz, Lütfü - Çakmakçı, Ramazan, *İcra ve İflas Kanunu*, İstanbul 2003.
- Deynekli, Adnan - Kısa, Sedat, *Hacizde ve İflasta Sıra Cetoeli*, İstanbul 1996.
- Eriş, Gönen, *İcra ve İflas Kanunu*, Ankara 2005.
- İpekçi, Nizam; *İcra ve İflas Kanununun Tatbikatı (Şerh)*, Ankara 2001.
- Karahacıoğlu, Ali Haydar - Doğrusöz, M. Edip - Altın, Mehmet, *Türk Hukukunda Rehin*, Ankara 1996.
- Karataş, İzzet - Ertekin, Erol, *İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları*, Ankara 1998.
- Karslı, Abdurrahim, *İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi*, İstanbul 1995.
- Korkusuz, Refik, *İcra Hukuku ve Uygulaması*, Ankara 2004.
- Kuru, Baki; *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, İstanbul Kasım 2004.
- Kuru, Baki - Arslan, Ramazan - Yılmaz, Ejder, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2004.
- MUŞUL, Timuçin; *İcra ve İflas Hukuku-İcra Hukuku I*, İstanbul 2001.
- Oğuzman, M. Kemal - Seliçi, Özer, *Eşya Hukuku*, İstanbul 1988.
- Olgaç, Senai, *İçtihatlarla Tatbikatımızda İcra ve İflas Kanunu, C. 2*, İstanbul 1974.
- Özkan, Hasan; *İcra ve İflas Davaları Tatbikatı*, Ankara 1999.
- Pekcanitez, Hakan, *İcra ve İflas Hukukunda Şikayet*, Ankara 1986.
- Pekcanitez, Hakan - Atalay, Oğuz - Sungurtekin Özkan, Meral - Özekes, Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara 2004.
- Şener, Yavuz Selim, *Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması*, İstanbul 2005.
- Uyar, Talih, *Gerekçeli-Notlu-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, C. 3*, İzmir 1996.
- Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Rehinin Paraya Çevrilmesi*, Manisa 1992.
- Uyar, Talih, *İcra Hukukunda İhale ve İhalenin Bozulması, C. 1*, İzmir 2002.
- Yıldırım, M. Kamil, *İcra Hukuku Ders Notları*, İstanbul 2004.

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARLARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 15.10.2005

E. 2004/1-122

K. 2004/143

*** Vekalet ücretinin kimin
adına hükmedileceği**

(1136 sayılı Av. K. m. 163,
4667 sayılı K. ile değişik 1136
sayılı Av. K. m. 164

Ceza Genel Kurulu Kararı*

Sanığın, kasten adam öldürmek suçundan cezalandırılmasına karar verilen olayda Özel Daire ile Yargıtay C. Başsavcılığı'nın görüşleri arasında ortaya çıkan hukuki uyuşmazlık vekalet ücretinin katılan asile mi, yoksa katılan vekiline mi verilmesinin hüküm altına alınması gerektiğinin belirlenmesi noktasında toplanmaktadır.

4467 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önce Avukatlık Yasası'nın 163. maddesinde; *"avukatlık ücreti, avukatın vekalet hizmetine karşılık olan meblağı ifade eder"* şeklinde tanımlanmakta iken 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrasında, ücretin tanımı 164. maddeye alınmış olup, bu maddenin birinci fıkrasında *"avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder"* hükmüne yer verilmiştir.

Avukatlık ücreti, avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan avukatlık ücreti ve *"Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi"*ne göre karşı tarafa yüklenen avukatlık ücreti olarak ikiye ayrılır. Bunlardan ilki yargılama giderlerine dahil olmadığı halde, bir çok yargısal kararda vurgulandığı üzere dava

* Bu konuda daha fazla bilgi için bkz., Vuraldoğan, Kemal, "Avukata Ait Olan Vekalet Ücreti Kimin Lehine Hükmedilmelidir?", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2006/1, s. 145-164.

sonunda haksız çıkan tarafa yüklenen bu ikinci tür avukatlık ücreti yargılama giderlerindedir. Bu nedenle, talep bulunmaksızın diğer yargılama giderleri gibi avukatlık ücretine de kendiliğinden hükmedilmesi gerekir. (CGK, 5.14.1996 gün ve 86-91)

Öte yandan, Ceza Genel Kurulu'nun 07.06.1971 gün ve 497-209, 07.02.1972 gün ve 447-72, 24.02.1975 gün ve 37-32 sayılı kararlarında da belirtildiği gibi, dava sonunda "Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi" uyarınca karşı tarafa yüklenen avukatlık ücreti kişisel hak niteliğindedir. Bu yönü itibariyle de, ayrıca temyiz edilmediği sürece Yargıtay tarafından inceleme konusu yapılamaz. Yine sanık lehine vaki temyiz üzerine kararın bozulup yeniden hüküm kurulduğu hallerde, davaya katılan tarafın yeni hükmü vekalet ücreti yönünden temyiz etmesi durumunda, kazanılmış hak nedeniyle bu hususun bozma konusu yapılamayacağı da uygulamada yerleşmiş hususlardandır.

Sanığın mahkum olması halinde, ceza davalarında, vekaletnamesi bulunan bir avukatın hukuki yardımından yararlanan veya kendilerini vekille temsil ettiren katılan veya şahsi davacı lehine, "Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi" nin ikinci kısım ikinci bölümüne göre maktu vekalet ücreti ödenmesine karar verilir. Yine tazminata hükmedilmişse, tarifenin üçüncü kısmına göre nispi vekalet ücretine de hükmedilir. Ayrıca sanığın da vekaletnamesini haiz bir avukatının bulunması durumunda, manevi tazminatın reddedilen kısmı üzerinden sanık yararına da avukatlık ücretine hükmedilecektir.

Karşı tarafa yüklenecek olan avukatlık ücretinin kimin adına hükmedileceği sorununu inceleyecek olursak;

Ceza Genel Kurulumuzun 20.10.1975 gün ve 250-256 sayılı kararında, avukatlık ücretinin vekil olan avukat lehine değil, asil adına hükmedilmesi gerektiği belirtilmiş olup, gerek Hukuk Dairelerinin gerekse Yargıtay Ceza Dairelerinin bu doğrultudaki uygulamaları istikrarlı biçimde süregelmiştir.

Ancak, Avukatlık Yasası'nda 4667 sayılı Yasa ile yapılan yeni düzenleme sonrasında, karşı tarafa, dava sonunda yargılama gideri olarak yüklenecek avukatlık ücretinin vekile mi yoksa müvekkile mi hükmedilmesi gerektiği sorunu çeşitli yargısal kararlarda tartışılmaya başlanmıştır.

Avukatlık Yasası'nın 164. maddesinin son fıkrası 4667 sayılı Yasa ile değiştirilmeden önce "*Avukat ile iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir.*" hükmünü taşımakta iken, bu hüküm 4667 sayılı Yasa ile şu şekilde değiştirilmiştir: "*Dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti, avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez.*"

Görüleceği üzere, gerek önceki gerekse sonraki yasa metinlerinde, karşı tarafa yüklenecek ücretin, kimin adına hükmedileceğine ilişkin açık bir belirlemeye yer verilmemiştir. Her iki düzenleme vekil ile müvekkil arasında çıkacak ücret uyuşmazlıklarının çözümlenmesine ilişkin bulunmaktadır. 4667 sayılı Yasa ile Avukatlık Yasası'nın 163. maddesi değiştirilerek avukat ile iş sahibi arasındaki avukatlık sözleşmesinin yazılı olması şartı kaldırıldığından, buna paralel olarak 164. madde de değişiklik yapılarak "*aksine yazılı sözleşme bulunmaması*" koşulu madde metninden çıkartılmıştır. Esasen sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca, iş sahibi ile avukat isterlerse karşı tarafa yüklenen vekalet ücretinin iş sahibine ait olacağına ilişkin sözleşme de yapabilirler. Böyle bir sözleşmeyi yasaklayan herhangi bir yasal düzenleme de mevcut değildir. O halde, salt bu değişiklik nedeniyle gider olarak karşı tarafa yüklenecek olan avukatlık ücretinin vekil lehine hükmedilmesi gerektiğini söylemek olanaklı değildir.

Diğer yandan, karşı tarafa yüklenecek ücretin avukata değil, iş sahibi müvekkile hükmedilmesi gerektiğini gösteren bir başka husus 164/son maddenin ikinci cümlesinde yer alan "*Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez*" hükmüdür. Şayet, karşı tarafa yüklenecek olan avukatlık ücreti avukat adına hükmedilecek ise, bu ücretin zaten iş sahibinin borcu nedeniyle takas veya mahsup edilmesi ya da haczedilmesi mümkün olmayacaktır. Aksi bir yorum, bizi yasa koyucunun 164. maddesinin son fıkrasına ikinci cümleyi boş yere koyduğu sonucuna götürür. (Murat Aydın, *Avukatlık Ücreti*, Ankara-2004, 2. Bası, s. 252)

Yine, ücretin asıl adına hükmedilmesi gerektiğini gösteren bir başka yasal düzenleme de, Avukatlık Yasası'nın 163/3. maddesi olup, bu düzenleme 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sırasında da korunmuştur. Bu hüküm uyarınca bir ilamın cebri icra yolu ile infazına girişildiğinde, takip talebini alan icra müdürü ilamı inceleyerek, ilam

bir avukatın takibi ile elde edilmiş, ancak iş sahibinin kendisi veya bu avukatın dışında bir başka avukat tarafından icraya konulmuşsa, masrafını takip talebinde bulunandan alarak ilamın icraya konulduğunu ilamda adı yazılı avukata bildirecek, bu bildirim yapılmadan icranın sonraki aşamalarına geçilmeyecektir. Bu düzenleme ile, avukatın ilama konu alacağını kolayca alması sağlanmak istenmektedir. Karşı tarafa yüklenen avukatlık ücreti avukat adına hükmedilecek ise bu kurala da gerek bulunmamaktadır. (Murat Aydın, *a.g.e.*, s. 253)

Kaldı ki, hükümlerin kimler tarafından temyiz edilebileceği usul yasasında gösterilmiştir.

Avukatın hükmü ancak yetkili kılındığı takdirde ve vekili adına temyize yetkisi bulunduğu, oysa avukat lehine ücrete hükmedilmesi halinde, ücret alacağına ilişkin kısım kendisi yönünden bir hak veya olumsuzluk yaratmayacağı cihetle, ceza davalarında katılan, şahsi davacı ya da sanığın buna yönelik temyiz yetkisinin de ortadan kalkması sonucunun doğacağı, yine hükmü kendisi adına temyiz yetkisi bulunmayan vekilin bu hususu temyiz edemeyeceği, C. Savcıları'nın şahsi hakka ilişkin konularda hükmü temyize yetkilerinin bulunmadığı, sanığın da hükmü kendi aleyhine temyiz edemeyeceği düşünülürse, yargılama giderlerinden sayılan ve hükmün bir parçasını oluşturan avukatlık ücretine eksik hükmedildiği hususunun temyiz incelemesine getirilmesine hukuki olanak kalmayacağı anlaşılmaktadır.

4667 sayılı Yasa ile Avukatlık Yasası'nın 164/son maddesinde gerçekleştirilen değişikliğin, yargılama giderlerinden sayılan ve dava sonunda tarife uyarınca karşı tarafa yüklenecek olan avukatlık ücretinin, vekil lehine değil, kendilerini vekille temsil ettiren katılan, şahsi davacı veya sanık lehine hükmedilmesi gerektiği yolundaki önceki kararlar ve istikrarlı uygulamadan dönülmesini gerektirmemektedir. Nitekim, Ceza Genel Kurulu'nun 20.04.2004 gün ve 47-101 sayılı kararında da aynı esas kabul edilmiş olup, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile Hukuk Dairelerinin ve Ceza Dairelerinin büyük bir kısmının kararları da bu doğrultudadır.

Bu itibarla haklı nedenlere dayanan Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulü ile, Özel Daire kararından, vekalet ücretinin katılan vekiline verilmesi gerektiğine değinen, (b) bendinin çıkartılmasına karar verilmelidir.

Sonuç

Açıklanan nedenlerle, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulüne, CYUY'nin 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 29.04.2004 gün ve 1097-1607 sayılı bozma ilamından, (b) bendinde yer alan ve vekalet ücretinin müdahil vekiline verilmesi gerektiğine ilişkin bozma nedeninin ilamdan çıkartılmasına, diğer bozma nedenlerinin aynen bırakılmasına, dosyanın yerine gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığı'na tevdiine, 22.06.2004 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Bu karar, vekalet ücretinin kimin adına hükmedileceği konusunda, Akhisar İcra Mahkemesi'nin 06.03.2006 tarih ve 2006/19-E, 2006/29-K sayılı kararına dayanak teşkil etmiştir. Sözü edilen karar aşağıdadır.

TC
AKHİSAR
İCRA MAHKEMESİ
HUKUK

ESAS : 2006/19
KARAR NO : 2006/29
TAKİP NO : 2-2006/211

DAVA : TAKİBİN İPTALİ
DAVA TARİHİ : 07.02.2006
KARAR TARİHİ : 06.03.2006

Davacı vekili tarafından mahkememize açılan davanın yapılan açık yargılaması sonunda;

Gereği Düşünüldü: Davacı vekili mahkememize vermiş olduğu 07.02.2006 havale tarihli dava dilekçesinde özetle; davalı alacaklı tarafından davacı borçlu hakkında Akhisar 2. İcra Müdürlüğü'nün 2006/21 sayılı dosyasıyla usulsüz yasaya aykırı icra takibi yapıldığını, öncelikle davalının alacaklı sıfatıyla icra takibi yapma hakkı olmadığını, takibe konu alacağın avukatlık ücreti alacağı olduğunu, Akhisar 1. Asliye

Hukuk Mahkemesi'nin 2002/363 E., 2004/90 K. sayılı ilamı hüküm altına alınan avukatlık ücreti alacağı'nın mahkeme ilamında davalı vekili olarak belirtilen Av. S. K.'ya ait olduğunu, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesinde de açıkça belirtildiğini, dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenen vekalet ücretinin avukata ait olduğunu, bu ücretin iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemeyeceğini ayrıca davalının mahkeme ilamında adı geçen ve yargılama boyunca davayı takip eden avukatını azlettiğini, mahkeme ilamı ile davacıya borçlu olan davalı hakkında Akhisar 1. İcra Müdürlüğü'nün 2004/1781 esas sayılı dosyası ile icra takibi yapıldığını, davalının bu borcundan avukata ait olan vekalet ücretinin düşülmesini, yani takas-mahsup edilmesini umduğunu, yasal olarak bunun mümkün olmadığını, avukatlık ücreti alacağı'nın davalının borcundan mahsup edilmesinin Avukatlık Yasası'na aykırı olduğunu belirterek, öncelikle Akhisar 2. İcra Müdürlüğü'nün 2006/211 E. sayılı dosyası ile yapılan icra takibinin durdurulmasına, davanın kabulüne, takibin iptaline, yargılama giderleri ve avukatlık ücretinin davalıya yüklenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkememizce usulüne uygun taraf teşkili sağlanmıştır.

Davalı vekili ibraz etmiş olduğu cevap dilekçesinde ve duruşmalardaki sözlü beyanlarında özetle; davacının bu davayı açma hakkı ve yetkisi olmadığını, avukatlık ücretinin Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi uyarınca avukata ait olduğu düzenlenmiş ise de; buradaki düzenlemenin avukat ile müvekkili arasındaki iç ilişkiyi düzenleyen bir hüküm olduğunu, müvekkili alacaklının ilamdaki avukatını azletmesi ve ilamda bulunan vekalet ücretini talep etmesinin avukatı ile iç meselesi olduğunu, dolayısıyla vekalet ücretini takibe koyabileceğini, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere; vekalet ücretinin asilce icraya konulması durumunda bunun avukata bildirilmesi gerektiğini, bu yapılmadan icranın sonraki aşamalarına geçilemeyeceğini beyanla davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davacı vekili mahkememiz huzurunda; dava dilekçesini aynen kabul ve tekrar etmiş, ayrıca davalının cevap dilekçesini kabul etmediklerini, zira cevap dilekçesinde belirtilen ve ekli Yargıtay ilamlarında değinilen konunun, mahkeme ilamlarında hükmedilecek vekalet ücretinin hüküm kurulurken asile verilmesi gerektiği şeklinde ifade edildiğini, ancak Avukatlık Yasası gereği de hükmedilen vekalet ü-

retinin avukata ait olduğunu, bu nedenle bunların kendi davalarının ilgilendiren kararlar olmadığını belirterek davanın kabulüne karar verilmesini talep etmiştir.

Akhisar 2. İcra Müdürlüğü'nün 2005/211 sayılı takip dosyasının incelenmesinde, alacaklı M. D. tarafından borçlu H. Y. aleyhine Akhisar 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 23.03.2004 tarih ve 2002/363-2004/90 karar sayılı ilamı ile hükmolunan 600,00 YTL avukatlık ücretinin fer'ileriyle birlikte toplam 900,00 YTL tutarın tahsili için 02.02.2006 günü icra takibine geçildiği, icra emrinin borçluya 06.02.2006 günü tebliğ edildiği, mahkememizin 08.02.2006 tarihli tensip kararı gereğince takibin geçici olarak durdurulmasına karar verildiği, takibe dayananılarak ilamda 600,00 YTL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesi şeklinde hüküm kurulmuş olduğu görülmüştür.

Dosyada mevcut tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde; her ne kadar davalı alacaklı davacı borçlu aleyhine, Akhisar 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 23.03.2004 tarih ve 2002/363-2004/90 karar sayılı ilamı ile hükmolunan avukatlık ücretinin fer'ileriyle birlikte tahsili için Akhisar 2. İcra Müdürlüğü'nün 2006/211 esas sayılı dosyası ile icra takibi yapmış ise de; *"Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi gereğince hüküm altına alınan avukatlık ücretinin avukata ait olduğu ve bu avukatlık ücretinin iş sahibinin borcu nedeni ile takas-mahsup ve haczedilemeyeceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla her ne kadar ilamda vekalet ücretinin asile verilmesi yönünde hüküm kurulmakta ise de bu HUMK'da yer alan hükmün kimlere yönelik olarak kurulacağına ilişkin düzenlemeler nedeniyledir. Esasen Avukatlık Yasası gereği hüküm altına alınan avukatlık ücretinin avukatın olduğu yönünün kaldırıcı mahiyette değildir."* Ayrıca Ceza Genel Kurulu'nun 2004/1-122 Esas, 2004/143 Karar sayılı 22.06.2004 tarihli kararında da belirtildiği üzere vekalet ücretinin yer aldığı bir ilamın iş sahibince icra konulması halinde ilamın konulduğunun ilamda adı yazılı avukata bildirilmesi gerektiği, bu bildirim yapılmadan icranın sonraki aşamalarına geçilemeyeceği belirtilmiş olup, dava konusu icra takibinde iş sahibinin vekalet ücretini takibe koyduğu ve ilamda adı yazılı avukatını azlettiğine dair azilname sunmuş olduğu, icra emrinin borçlu vekiline tebliğ edilmiş olduğu, ancak Akhisar 1. İcra Müdürlüğü'nce yukarıda izah edilen kural gereği, takip talebi alındıktan sonra ilamda adı yazılı avukata bildirim yapmadan ödeme emri tebliğ edilerek takibin sonraki aşamalarına geçilmiş olmasının

Avukatlık Yasası'nın 164/son maddesindeki kurala aykırı olduğu anlaşılmalı; davanın kabulüne karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

Hüküm

Yukarıda açıklanan gerekçeye göre;

1. Davanın kabulüne,

2. Akhisar 2. İcra Müdürlüğü'nün 2006/211 sayılı icra dosyası ile yapılan icra takibinin iptaline,

3. Harç peşin alındığından yeniden alınmamasına,

Davacı tarafından ödenen 12,20 YTL harcın davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

4. Davacı kendini vekille temsil ettirdiğinden yürürlükteki tarife uyarınca tayin ve takdir olunan 200,00 YTL avukatlık ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

5. Davacı tarafça yapılan başvurma harcı 5,80 YTL, 2 davetiye 7,00 YTL olmak üzere toplam 12,80 YTL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

Dair, davacı vekili ile davalı vekilinin yüzüne karşı, kararın teahhüt veya tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içinde Yargıtay yolu açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı. 06.03.2006

* * *

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 30.09.2003

E. 2003/5-202

K. 2003/230

* Rüşvet anlaşması

* Şüphelinin sanık lehine değerlendirilmesi

* Görevde yetkiyi kötüye kullanma

(765 sayılı TCK m. 211, 212, 240)

Ceza Genel Kurulu Kararı

SSK İskenderun Hastanesi'nde genel cerrahi uzmanı olarak görev yapan sanık M.'nin, K. S. adlı hastanın ameliyatını yapmak için para

aldığından bahisle rüşvet suçundan cezalandırılmasına karar verilen somut olayda Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki uyuşmazlık, sanık Metin'in eyleminin hangi suç niteliğine uyduğunun belirlenmesi noktasında toplanmaktadır.

Rüşvet alma suçları TCY'nin 212. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin 1 ve 2. fıkralarında; *"Kanun ve nizam hükümlerine göre yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak veya yapmamak zorunda olduğu şeyi yapmamak için rüşvet alan veya bir vaat veya taahhüt kabul eden kimseye ...cezası verilir.*

Cürmün, yapılması gereken işin yapılmaması veya yapılmaması gereken işin yapılması için işlenmesi halinde faile ...cezası verilir" denilmektedir.

Maddenin 1. fıkrasında düzenlenen basit rüşvet alma suçunda fail, rüşvet almasına veya vaat ya da taahhüt kabul etmesine karşın görevinin gereğini yerine getirdiği için, bu halde memuriyet sıfatı, ikinci fıkrasında düzenlenen nitelikli rüşvet alma cürmünde ise, görevinin gerektirdiğinin aksine yapmaması gereken işi yapmak yahut yapması gereken işi yapmamak biçiminde davranış gösterdiği için memuriyet görevi kötüye kullanılmaktadır.

Rüşvet alma suçlarının maddi unsurunu, *"rüşvet alma veya bu yönde bir vaat veya taahhüt kabul etme"* eylemleri oluşturmaktadır. Buna göre rüşvet alma suçu, seçimlik hareketli bir suçtur. Suçu oluşturan seçimlik hareketlerden *"rüşvet alma"*; rüşvete konu nesnenin verenin egemenlik alanından çıkarılıp failin veya onun öngördüğü üçüncü kişinin egemenlik ve nüfuz alanına sokulması ile tamamlanır. Seçimlik hareketlerden *"rüşvet vaaadinin veya taahhüdünün kabul edilmesi"* ise, memurun kendisine yapılan teklifi olumlu karşılması, buna rıza göstermesidir.

Öğretide ağırlıklı olan görüşe göre, basit veya nitelikli rüşvet alma suçunun oluşması için taraflar arasında bu hususta yapılmış bir anlaşmanın varlığının gerekli olduğudur. (Prof. Dr. Sahir Erman, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İst. 1992, s. 96; Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk - Yrd. Doç. Dr. Ahmet Gökçen - Arş. Gör. A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 1998, s. 448; Prof. Dr. Durmuş Tezcan - Yrd. Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, İzmir 2000, s. 182; Prof. Dr. Faruk Erem - Prof. Dr. Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 1999, 7. bası, s. 175)

Ceza Genel Kurulu'nun 25.04.1983 gün ve 113-197 sayılı; 04.05.1987 gün ve 600-245 sayılı ve 13.11.2001 gün ve 242-245 sayılı kararlarında, öğretide ağırlıklı olarak savunulan görüş doğrultusunda vurgulandığı üzere, rüşvet alma suçunun oluşması için rüşvet anlaşmasının yapılmasının gereklidir. Bir rüşvet anlaşmasından söz edilebilmesi için belirli bir işin yapılması veya yapılmaması karşılığında, bu işi yapacak veya yapmayacak olan memura bir menfaatin sağlanması hususunda bu memurla ferdin rızaları arasında karşılıklı bir mutabakat bulunmalıdır. Bunun için de, memur tarafından ferde veya fert tarafından memura doğrudan veya dolaylı bir istek veya önerinin yapılması ve bunun da karşı tarafça kabul edilmesi gerekir. Böyle bir anlaşmanın varlığının kabulü için, anlaşmaya ilişkin rızalar serbest irade ürünü olmalı, başka deyişle, cebir, tehdit, hile ve sair nedenlerle fesada uğratılmamış bulunmalıdır.

Yasa'nın 240. maddesinde düzenlenen görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunda ise, genel anlamda bir düzenlemeye yer verilmiş olup madde bu haliyle tamamlayıcı bir hüküm taşımaktadır. Bu nedenle eylemin, öncelikle yasadaki herhangi bir suça uymaması gerekir. Çünkü yasada önemli görülen belirli tipteki görevi kötüye kullanma halleri için ayrıca düzenleme yapılmıştır. Ayrıca, bu suçun oluşabilmesi için fail, görev alanına giren bir işlemi yasal düzenlemelere aykırı biçimde yapmalıdır. Failin, kendi görev alanına girmeyen bir işlem yapması halinde artık eylem görevi kötüye kullanma suçunu değil, koşullan varsa bir başka suçu veya koşulları bulunmuyorsa disiplin suçu oluşturacaktır. Yerleşmiş yargısal kararlarda ve öğretide de aynı görüşe yer verilmektedir. (Erman - Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s. 209 vd.) Görevin ne olduğu ise, yasa tüzük, yönetmelikler ve genelgelere uygun olarak belirlenecektir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay ele alınıp incelendiğinde;

Yakınan T. A., SSK müfettişince alınan ifadesinde, safra kesesinden rahatsız olan kayıncı K. S.'yi SSK İskenderun Hastanesi doktorlarından N. A.'ya götürdüklerinde ameliyat edemeyeceğini söylemesi üzerine, Dr. M. P. tarafından tedavi edildiğini, muayenehanesindeki muayene karşılığında 15 milyon lira ödenmiş olduğunu ve hastanın hastaneye yatırılarak ameliyat edilmesine karar verip, bu ameliyat için 100 milyon lira civarında bıçak parası istediğini, ayrıca anestezi uzmanına da 30 milyon lira verilmesi gerektiğini söylemiş olduğunu ve anestezi

uzmanına 15 milyon lira verdiğini eşi İ. A.'nın kendisine anlattığını, hastanın ameliyat olup iki gün sonra taburcu olduğunu, ailece toplanıp Dr. M.'ye 50 milyon lira vermeyi kararlaştırdıklarını, eşinin bu parayı kendisine vermesi üzerine adı geçen doktorun muayenehanesine giderek kusura bakmamasını, ailenin durumu iyi olmadığından ancak bu kadar verebileceklerini söyleyip parayı verdiğinde Dr. M.'nin önemli olmadığını, belirterek, fiyatın önemi olsa pazarlık edeceğini söyleyip parayı aldığını belirtmiş, C. Savcılığı'nda da benzer şekilde anlatımda bulunmuştur.

Duruşmada ise, önceki ifadelerinin doğru olduğunu, ancak yanlış anlama olabileceğini, eşinden öğrendiğine göre doktorların bıçak parası adı altında bir miktar para aldıklarını, normal bir prosedür gibi görerek eşinin olay günü sanık Dr. M.'ye kaç lira bıçak parası vereceklerini sorduğunu, sanığın da bu tür ameliyatları 100-150 milyon liraya yaptıklarını söylemiş olduğunu öğrendiğini, ayrıca eşinin 15 milyon lira da muayene ücreti ödemiş olduğunu bildiğini söylemiştir.

Sanık M. P., SSK müfettişi ve C. Savcısı tarafından alınan ifadelerinde benzer şekilde; SSK İskenderun Hastanesi'nde uzman doktor olarak görev yaptığını, K. S.'yi hastalarından birisi olması nedeniyle tanıdığını, kötü bir safra kesesi rahatsızlığı olduğu için daha önce hastaneye yatığında genel durumu da kötü olduğu için diğer doktorlar tarafından taburcu edilmiş olduğunu, daha sonra adı geçen hastanın muayenehanesine geldiğinde bütün olanaklarını kullanarak tüm tetkiklerini yaptırdığını ve anestezi konsültasyonu için anestezi uzmanına gönderdiğini, bu anlattığı olayların hepsinin hastane içerisinde olduğunu, hastayı servise yatırarak çok ciddi bir şekilde safra kesesi ameliyatını yaptığını, hiçbir komplikasyon oluşmadan hastayı iki gün hastanede yatırdıktan sonra şifa ile taburcu ederek evine gönderdiğini, hasta ile arasında hiçbir şekilde para alışverişi olmadığını, T. A. adlı kişiyi tanımadığını, kimseyi para vermesi konusunda yönlendirmesi ve talebi olmadığını, iddiaların hiçbirisini kabul etmediğini beyan etmiştir.

Duruşmada, iddianamede belirtilen hiç kimseden para almadığını, K. S.'yi başka bir doktordan çıktıktan sonra muayenehanesine getirdiklerini, 10 günlük bir tedavi uyguladığını, bu kişiden sadece 15 milyon lira muayene ücreti aldığını bunun dışında herhangi bir para istemediğini ve almadığını, hastaları ya da hasta yakınlarını anestezi uzmanı olan diğer sanığa para vermeleri için göndermediğini, genel cerrahide

yapılan tetkiklerden sonra ameliyata karar verilmesi halinde mutlaka anestezi uzmanının da görüşünün alındığını, hastaları bu amaçla diğer sanığa gönderdiğini söylemiştir.

Tanık İ. A., SSK müfettişince alınan ifadesinde, Antalya'da olduğu sırada annesinin SSK İskenderun Hastanesi'ne yatırıldığını öğrenip İskenderun'a gittiğini, ancak annesinin ilgili Dr. N. tarafından ameliyat yapılmadan taburcu edildiğini, yaptıkları araştırma sonucunda annelerini SSK doktoru olması nedeniyle tercih ettikleri Dr. M. P.'nin muayenehanesine götürdüklerini, muayene sonucunda hastanede ameliyatı yapacağını söylediğini ve adı geçene 15 milyon lira muayene ücreti ödediğini, ayrıca Dr. M.'nin hastaların bu ameliyat için 100-200 milyon lira para ödediklerini ve anestezi uzmanını görmelerini, kendi ücretini ameliyattan sonra ödeyebileceklerini söylediğini, bunun üzerine 10 günlük bir ilaç tedavisinden sonra annesinin 26.11.1999 tarihinde hastaneye yatırıldığını, annesi hastaneye yattıktan sonra kardeşi R. S. ile birlikte anestezi uzmanı Dr. Y.'nin hastanedeki odasına götürdüklerinde muayene edip ameliyat olabileceğini söylediğim, kendilerini Dr. M.'nin gönderdiğim söyleyip yeterli olacağı düşüncesiyle Dr. Y.'ye 15 milyon lira verdiğini, onun da herhangi bir şey söylemeden parayı aldığını, annesi ameliyat edilip taburcu olduktan sonra ailece Dr. M.'ye verilecek paranın miktarını konuştuklarını ve 50 milyon lira vermenin yeterli olacağı düşündüklerini, eşi T. A.'nın bu parayı Dr. M.'ye muayenehanesine giderek verdiğini belirtmiştir.

Duruşmada ise, annesini Dr. M.'nin muayenehanesine götürdüklerinde muayene ücretini ödediklerini, ayrıca sanığın bu tür ameliyatları dışarıda özel hastanede 100-200 milyon liraya yaptıklarını söylediğini, annesini anestezi uzmanı Dr. Y.'nin de görmesinin gerektiğini söylemesi üzerine onun da muayenehanesine gittiklerini ve ona da muayene ücreti ödediğini, Dr. M.'nin kendilerinden para istemediğini ancak, ameliyat sonrasında ailece Dr. M.'nin 50 milyon lira vermeyi kararlaştırdıklarını, bu parayı eşi T. A.'nın, sanığın muayenehanesine götürdüğünü, ancak ödeyip ödemediğini bilemediğini söylemiştir.

Tanık A. S., SSK müfettişince alınan ifadesinde, annesi K. S.'nin safra kesesinden rahatsızlığı olduğunu, Dr. M. P. tarafından tedavi ve ameliyat edildiğini, sanık Dr. M.'nin söylemesi üzerine annelerini ayrıca anestezi uzmanına muayene ettirdiklerini, Dr. M.'nin, kendisine

verecekleri paradan çok anestezi uzmanına para vermelerini istediğini, bu muayeneyi Dr. Y.'nin hastanedeki odasında yaptırarak kardeşi R.'nin 25 milyon lira verdiğini söylediğini, annesi taburcu olduğu gün Dr. M. kendilerini muayenehaneye davet ettiğinden aynı gün eniştesinin muayenehaneye giderek ailece aralarında toplamış oldukları 50 milyon lirayı verdiğini, bu paranın miktarının sanık Dr. M. tarafından ameliyattan önce belirlenerek tedavi için kardeşi İ. A.'dan istendiğini belirtmiş, duruşmada da benzer şekilde anlatımda bulunmuş ve sanıkların ifadelerini değiştirmeleri karşılığında aldıkları 65 milyon lirayı geri ödemeyi teklif ettiklerini kardeşi İ.'den öğrendiğini söylemiştir.

Tanık İ. ile bu tanığın anlatımları arasında doğan çelişkinin giderilebilmesi için duruşmada yüzleştirildiklerinde her iki tanık da ifadelerinde ısrar etmiş olup, tanık İ., kardeşi A.'nın ifadesinin kabul etmediğini bildirmiştir. Ayrıca yakınan T.'den de sorulmuş, tanık A.'nın ifadesinin doğru olduğunu, duruşmayı beklerlerken eşi İ. A.'dan, ifadelerini değiştirmeleri karşılığında sanıkların almış oldukları 65 milyon lirayı iade etmeyi teklif ettiklerini öğrendiğini belirtmiştir. Ancak tanık İ. bu anlatımında doğru olmadığını söylemiş, önceki ifadesinde ısrar etmiştir.

Tanık K. S. ise işlemlerin çocukları kızı İ. ve oğlu A. tarafından yapıldığını, kendisinin bir şey bilmediğini beyan etmiştir.

Bütün bu anlatımlar bir arada ele alınıp, değerlendirildiğinde;

Yakınan T. ve tanık A.'nın anlatımları görgüye dayanmayıp, tanık İ.'den duyduklarını aktarmaktan ibaret, duyuma dayalı beyanlardır. Ancak bu anlatımlar hem birbirleriyle, hem de kendi içlerinde çelişkiler taşımakta, verildiği belirtilen paranın miktarı, verildiği yer ve veren kişinin kim olduğu hususlarında tutarlılık arz etmemektedir. Tanık İ.'nin anlatımları ise, görgüye dayalı olmakla beraber, paranın verilmesi konusunda sanıkla aralarında bir anlaşma sağlanması, paranın miktarı ve istenme nedenleri hususlarında aşamalarda tutarsız ve çelişkilidir. Yerel mahkemece bu çelişkilerin giderilmesi için çaba harcanmış, ancak adı geçenlerin beyanlarında ısrar etmeleri nedeniyle çelişki giderilememiştir. Bu durumda, şüphenin sanık lehine değerlendirilmesine ilişkin evrensel ceza hukuku ilkesi de nazara alınarak, artık sanık doktor ile hasta yakınları arasında, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı şekilde bir rüşvet anlaşması bulunduğundan, dolayısıyla rüşvet suçunun oluştuğundan söz etmeye olanak yoktur.

Bu itibarla sanığın sabit olan eyleminin, TCY'nin 240/2. maddesinde nitelendirilen görevde yetkiyi kötüye kullanmak suçuna uyduğu gözetilmeden, rüşvet suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi isabetsiz olup, yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan üç Kurul Üyesi ise, "Yerel Mahkemecede sanık M.'nin eyleminin irdelenip rüşvet suçuna uyduğunun kabul edilmesi ve açıklanan direnme gerekçesi isabetli olduğundan direnme kararının onanmasına karar verilmelidir." görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

* * *

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 24.03.2004

E. 2004/3-161

K. 2004/164

* Vekalet ücreti

* Hakem yolu ile çözüm

* Avukatlık sözleşmesi

(1136 sayılı Av. K. m. 164, 167)

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Dava, alacak istemine ilişkindir.

Davacı İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekili; Davalının 1. Hukuk Müşaviri olarak görevli bulunduğu dönemde, Belediye'nin davadışı şirketlerle yaptığı ihale sözleşmelerini süresinde vize için Sayıştay'a göndermemesi nedeniyle ödeme yapamadığını; Belediye aleyhine alacağın tahsili istemiyle açılan dava sonucu asıl borcun dışında faiz ve yargılama gideri olarak toplam 350.771.300 TL fazla ödeme yapıldığını ve bu bağlamda davalının kusuru sonucu müvekkilinin zarara uğratıldığını ileri sürerek, 350.771.300 TL alacağın 12.02.1998 ödeme tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili; Birinci Hukuk Müşaviri olarak görev yaptığı dönemde sözleşmelerin süresi için de Noter'de imzalanmadığı gibi, ihale sözleşme dosyalarının Hukuk Müşavirliği'ne geç intikal ettirildiğini, dolayısıyla Sayıştay'a gönderme süresi geçtiği için evrakları Belediye'ye iade etmesinde kusurunun bulunmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemenin; *“Davalının Birinci Hukuk Müşaviri olarak görevli olduğu sırada Belediye yapılan ihaleye ait sözleşme ve bağitların Sayıştay’a gönderilmek üzere davalıya teslim edildiğine dair delil bulunmadığı, dolayısıyla davacı idarenin zararından davalının sorumlu olmadığı”* gerekçesiyle davanın reddine dair verdiği karar, Özel Daire’ce yukarıda açıklanan gerekçeyle bozulmuş; yerel mahkeme *“tarafklar arasında avukatlık ücret sözleşmesi bulunmadığı, davalıdan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tabii olarak yürütmekte olduğu memurluk görevi sırasında bir ihmal ve kusuru nedeniyle idare zararının tazmini talep edildiği”* gerekçesiyle önceki kararında direnip, görevli olduğunu kabulleyerek davanın esasını inceleyerek reddine karar vermiştir.

Avukat olan davalının İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı’nda bir dönem 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tabii Birinci Hukuk Müşaviri olarak görev yaptığı ve ihale sözleşme dosyalarının Sayıştay’a gönderilme işinin Hukuk Müşavirliğince yapıldığı sabittir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; Taraflar arasındaki ihtilafın avukatlık ücret sözleşmesinden ve vekalet ilişkisinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı, bu bağlamda davaya bakma görevinin, *“genel mahkemelere mi”* yoksa, Avukatlık Yasası’nın 167. maddesinin değişik haliyle getirilen *“hakem kuruluna mı”* ait olduğu noktasındadır.

Öncelikle; görev hususunun kamu düzenine ilişkin olup, resen incelenmesi gerektiğini vurgulamakta yarar vardır. Somut olayda, yerel mahkeme ile özel daire arasındaki göreve ilişkin uyuşmazlığın temelinde; 1136 sayılı Yasa’nın 4667 sayılı Yasa ile değişik *“Anlaşmazlıkların Hakem Yoluyla Çözümü”* başlıklı 167. maddesi ile *“avukatlık sözleşmesi ve avukatlık ücretini”* düzenleyen 163 ve 164. maddelerinin getirdikleri düzenlemenin yorumlanması ve buna bağlı olarak davacının talebinin hukuksal nitelikçe *“Avukatlık sözleşmesinden ve vekalet ücretinden kaynaklanan her türlü anlaşmazlık”* kavramı içinde yer alıp almadığının belirlenmesi yatmaktadır. Bu nedenle ilkin yasa maddeleri ve yasal gerekçeleri irdelenmelidir.

Bilindiği üzere; 10.05.2001 gün ve 24398 sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanarak Yürürlüğe Giren Avukatlık Yasasında Değişiklik Yapılmasına Dair 4667 sayılı Kanun ile 1136 sayılı Avukatlık Yasası değişikliğe uğramıştır.

Avukatlık Yasası'nın 4667 sayılı Yasa'yla değişik "Anlaşmazlıkların Hakem Yoluyla Çözümü" başlıklı 167. maddesinde aynen; "Avukatlık sözleşmesinden ve vekalet ücretinden kaynaklanan her türlü anlaşmazlıklar, hukuki yardımın yapıldığı yer barosu hakim kurulunca çözümlenir. Hakem kurulu, baronun bulunduğu yargı çevresinin en kıdemli Asliye Hukuk Hakimi ile baro yönetim kurulunca seçilecek, yönetim kuruluna seçilme yeterliliğini taşıyan iki avukattan oluşur. Kurula Asliye Hukuk Hakimi başkanlık eder. Seçilen kurul üyelerinin görev süresi üç yıldır. Süresi sona eren üye kurula yeniden seçilebilir... Hakem ücretinin yarısının dava ile birlikte yatırılması zorunludur. Hakem kurulunca verilen ve kesinleşen karardan bir örnek, avukatın bağlı bulunduğu baroya gönderilir... Hakem işlerinde 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 527, 529, 532, 533/1 ve 536. maddeleri dışında tahkime ilişkin hükümleri uygulanır. Hakem işleriyle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliği'nce çıkartılacak, Baro Hakem Yönetmeliği'nde düzenlenir." hükmü getirilmektedir.

Bu maddenin değiştirilmesine ilişkin teklifin genel gerekçesinde de; "Kişilerin avukatla kurdukları vekalet ilişkisinin özelliği nedeniyle ücret uyumsuzluklarının çözümünde; tahkim yolu benimsenmiş ve baronun bulunduğu adliyedeki en kıdemli hakimin ve iki avukatın da katılımı ile oluşacak üç kişilik hakem heyeti yetkili kılınmıştır." denilmiş, değişiklik teklifinin 80. maddesi olarak aynen kabul edilen 95. madde gerekçesinde ise; "Avukatlık Kanunu'nun 167. maddesi ve madde başlığında yapılan değişiklikle; ücret uyumsuzluklarının hakem aracılığıyla çözümüne ilişkin yeni düzenleme getirilmektedir." ifadesine yer verilmiştir.

"Avukatlık Sözleşmesi" ana ve "Avukatlık sözleşmesinin kapsamı" alt başlıklı 163. maddede de "Avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir. Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı ve meblağı yahut değeri kapsamaması gerekir. Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispatlanır. Yasaya aykırı olmayan şarta bağlı sözleşmeler geçerlidir. Avukatlık ücret tavanını aşan sözleşmeler, bu Kanunda belirtilen tavan miktarında aacerlidir. İfa edilmiş sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez. Yokluk halleri hariç, avukatlık sözleşmesinin bir hükmünün geçersizliği, bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmaz." Denilmiş, devamında "avukatlık ücreti" ait başlıklı 164. maddede ise "Avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder." hükmü yer almıştır.

Özel dairece bu maddeler geniş yorumlanarak "Uyumsuzluğun avukatlık ücret sözleşmesinden kaynaklandığı, Avukatlık Yasası'nın 167. maddesi

uyarınca, avukatlık sözleşmesinden ve vekalet ücretinden kaynaklanan her türlü uyuşmazlıkların, hakem kurulunca çözümleneceği, bu nedenle davanın hakem kurulunda görülmesi gerektiği” görüşü bozmaya dayanak alınmıştır.

Yeri gelmişken belirtmekte yarar vardır ki, açıklanan yasal düzenleme karşısında uygulanacak usul ya da maddi hukuk hükmünün tespiti bakımından dava ve talebin hukuksal niteliğinin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda, yukarıda ayrıntısı açıklanan davacı vekilinin talebi irdelendiğinde, İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı’nda memur olan davalının görevi sırasında kusurlu eylemi nedeniyle idareyi zarara uğrattığı iddiasına, kısacası haksız eyleme ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Bu hukuksal niteliğe sahip istemin artık 167. madde de ifade edilen *“avukatlık sözleşmesi ve vekalet ücretinden”* kaynaklandığını kabule olanak yoktur. Aksine, bu istem ve ortaya konulan uyuşmazlığın kaynağı avukatlık sözleşmesi ve vekalet ücreti değil açıkça, idareye verilen zararın genel hükümlere göre tazmini istemine ilişkindir.

Burada hemen, davalının sıfatının avukat olması nedeniyle eldeki uyuşmazlığın Avukatlık Yasası’nın 4667 sayılı Yasa’yla değişik 167. maddesi kapsamına girip girmeyeceği üzerinde durulmalıdır. Maddenin yukarıda açıklanan gerekçesinde açıkça bu hükmün getiriliş amacının ücret uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik olduğu ifade edilmiştir.

Bu da gösterilmektedir ki, yasa koyucunun amacı ücret uyuşmazlıklarının hakem yoluyla çözümü olup, bu amaç dahi aşılarak, davalının görevi sırasında kusuru nedeniyle olduğu iddia edilen idare zararının tazmini konulu eldeki davada, anlaşmazlığın hakem yoluyla çözümleneceğinin kabulüne olanak yoktur.

Eş söyleyişle, yasa koyucu, sırf taraflardan birisinin avukat olması nedeniyle bunlar arasındaki her türlü hukuki ilişkinin avukatlık sözleşmesi ve vekalet ücretinden kaynaklandığı anlamına gelecek bir düzenleme getirmediği gibi; Yasada yer alan *“her türlü anlaşmazlık”* ibaresinin *“avukatın şahsi kusuru nedeniyle olduğu”* iddia olunan zararı da içerir biçimde genişletilmesi, yasanın açıklanan amacına aykırıdır.

Dahası, Yasa’nın 167. maddesi uyarınca kurulmuş bulunan hakem kurulu, önüne gelen uyuşmazlığın çözümünde avukatlık sözleşmesine ve vekalet ücretine ilişkin kuralları uygulayacaktır. Aksine genişletici bir yoruma gidilerek hakem kurulunun görev alanının bu yolla ge-

nişletilmesi ne yasanın bütünüyle, ne de yasa koyucunun amacıyla bağdaşmayacaktır.

Az yukarıda yapılan açıklama ve gerekçeler ışığında; Davacının isteminin açıkça, memurun haksız eyleminin dayandığı, bu nedenle uyuşmazlığın avukatlık sözleşmesinden ve ücretinden kaynaklanmadığı, davanın çözümünde Avukatlık Yasası'nda tanımlanan avukatlık sözleşmesine ve ücretine ilişkin kuralların uygulanmayacağı, aksine genel hükümlerin uygulanması gerektiği, bunun da yargı yetkisine sahip genel mahkemelerin görev alanı içerisinde olup, görevi yasa ile sınırlı olarak belirlenen hakem yoluyla çözümlenemeyeceği sonucuna varılmıştır. O nedenle yerel mahkemenin göreve ilişkin direnme kararı usule ve yasaya uygun ve yerindedir.

Ne var ki, Özel Daire'ce davacı vekilinin işin esasına yönelik temyizi; bozma nedenine göre incelenmemiş olup, dosyanın davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için Özel Daire'ye gönderilmesi gerekir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 09.06.2004

E. 2004/4-362

K. 2004/347

* İkrar

* Banka havalesinin
hukuki niteliği

(1086 sayılı HUMK m. 236,
440, 442; 818 sayılı BK m. 457)

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Dava, davacıların miras bırakanlarınca davalılara ödünç olarak verildiği ileri sürülen paranın, ayrıca, murislerden birine ait olduğu halde davalılarca alınan paranın tahsili ve emaneten bırakılan zinet eşyalarının teslimi istemine ilişkindir.

Davacılar H. T. A. ve K. A. vekili, davacıların oğlu D. Y., torunu M. ve gelini U. F.'nin 30.5.1999 günü trafik kazası geçirdiklerini; U. F.'nin kaza anında, torun M.'nin hastaneye kaldırılırken yolda, oğulları Y. D.'nin ise iki gün sonra hastanede öldüğünü; bu durumda her üçünün miraslarının davacılarca intikal ettiğini; U. F.'nin anne ve babası olan davalıların, Bodrum'daki yazlık evlerini inşa için davacıların anılan

murislerinden 20.000 Amerikan Doları borç para aldıklarını ve bu borçlarını ödemediklerini; öte yandan, muris U. F.'nin seyahate çıkmadan önce muhafaza için davalılara bıraktığı mücevher ve takıların da iade edilmediğini, davalıların ayrıca U. F.'nin çalıştığı şirketten ölüm sebebiyle maaş ve tazminat olarak 1.190.655.600 TL aldıklarını ileri sürerek; takıların aynen iadesine veya bedelinin ölüm tarihinden itibaren faizi ile birlikte ödenmesine, murislerin davalılara borç olarak verdiği 20.000 ABD Doları'nın ölüm tarihinden itibaren libor faizi ile tahsiline, muris U. F.'nin ölümü üzerine çalıştığı şirket tarafından davalılara ödenen 1.190.655.600. TL'nin de ödeme tarihinden itibaren faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar B. A. ve Ö. A. vekili, dava dilekçesinde ileri sürülenin tersine davalıların Bodrum'daki yazlıklarının 12 yıl önce inşa edildiğini, sadece bazı onarımlar gördüğünü, davalıların bu onarım için kızlarından veya damatlarından para isteyecek kadar parasal sıkıntılarının olmadığını, davalı Ö.'nün, kızının ve damadının vefatından önce çeşitli vesilelerle ve özellikle Amerika'ya gidişleri esnasında ve akabinde ihtiyaç olduğu ve istenildiği için, onlara sonradan iade edilmek kaydıyla 20.000 Amerikan Doları'ndan fazla para verdiğini, davalı Ö.'nün hesabına havale yoluyla yapılan dava konusu ödemelerin, bu borcun geri ödenmesi amacıyla yapılmış olduğunu, o sırada davalının Bodrum'da olması nedeniyle, oradaki hesabına peyder pey havale yoluyla borcun ödendiğini; davalıların ellerindeki ziynet eşyalarının ve U. F. ölümünden sonra maaş farkları olarak çalıştığı şirket yetkilileri tarafından davalıların evine gelinerek teslim edilen 1.190.655.600 TL'nin iadesine de hazır bulunduğu, diğer taleplerin dayanaksız olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemece verilen; 25.1.1999 tarihinde 10.000 Dolar'ın U. F., 26.4.1999 tarihinde de 10.000 Dolar'ın D. Y. tarafından davalı Ö.'nün hesabına gönderildiğinin çekişmesiz olduğu, davalı tarafın bu paraların mevcut bir borcun ödenmesi amacıyla gönderildiğini savunmasına karşın, murislere borç para verildiğine dair belge sunmadığı; her iki tarafın tanıklarının, kendilerini gösteren tarafı doğrular şekilde beyanda buldukları, borç para verildiğine dair belgenin sunulamaması nedeniyle, murislere borç para verdiğini kesin olarak bilip bilmedikleri yönünden davacılara yemin teklif etme hakkı bulunduğu davalı tarafa hatırlatıldığı, davalılar vekilinin teklifi üzerine, davacıların, murisleri tarafından davalılara 20.000 ABD Doları tutarında borç para verildiğini

kesin olarak bildiklerine ve bunun murislere geri ödenmediğine dair yemin ettikleri gerekçesine dayalı, davanın kabulüne dair karar, Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuştur.

Hemen belirtilmelidir ki, davaya konu ziynet eşyaları ve muris F.'nin işverenince davalılara ödendiği ileri sürülen para yönünden, Hukuk Genel Kurulu önüne herhangi bir uyuşmazlık gelmemektedir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, sadece miras bırakanlarca davalılara ödünç olarak verildiği ileri sürülen 20.000 Amerikan Doları konusundadır.

Birbirleriyle evli iken, 30.5.1999 tarihinde meydana gelen trafik kazası sonucunda iki gün arayla ölen ve ölüm tarihleri itibariyle davacıları mirasçı bırakan; davacıların oğlu D. Y. ve davalıların kızı U. F.'nin, davalılardan Ö.'nün banka hesabına 25.1.1999 ve 26.4.1999 tarihlerinde, her biri 10.000 Amerikan Doları tutarlı iki ayrı banka havalesiyle toplam 20.000 Amerikan Doları gönderdikleri, paranın gönderilme nedeni hakkında herhangi bir açıklamanın bulunmadığı, bu paraların anılan davalı tarafından alınmış olduğu çekişmesizdir.

Davacılar, bu paraların miras bırakanlarınca davalı Özhan'a ödünç olarak gönderildiğini ileri sürmüş; buna karşın davalı taraf, paraların alındığını kabul etmekle birlikte, gönderilme nedeninin ödünç değil, daha önceki bir borcun ifası olduğunu savunmuştur. Böylece, davacıların bildirdiği maddi vakıanın (havalenin) varlığı davalılarca kabul edilmekle birlikte, onun hukuki niteliğinin ileri sürülenden başka olduğu savunulmuştur.

29.5.2001 günlü duruşma tutanağındaki ara kararından, yerel mahkemenin, davalıların yukarıda açıklanan savunmalarını bağlantısız bileşik ikrar olarak nitelendirdiği ve her ne kadar, gerek önceki kararının ve gerekse direnme kararının gerekçelerinde bu yönden bir açıklama yoksa da, her iki kararın gerekçesini bu kabule göre oluşturduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, bozma ve direnme kararlarının içerikleri itibariyle, Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davalıların savunmalarının, usul hukuku bakımından mevsuf ikrar (gerekçeli inkar) mı, yoksa, bağlantısız bileşik ikrar mı olduğu; buna bağlı olarak, kanıtlanma yükünün hangi tarafa ait bulunduğu noktasında toplanmaktadır:

Bu noktada ikrar kavramı hakkında şu açıklamaların yapılmasında yarar görülmüştür.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 236. maddesinde, taraflardan birinin ikrarının geçerli olduğu ve o taraf aleyhine delil teşkil edeceği belirtilmiş, ancak ikrarın tanımı yapılmamıştır. Öğretideki tanımlamalara göre ise, ikrar (dar anlamda ikrar), görülmekte olan bir davada, taraflardan birinin, diğer tarafça ileri sürülen ve kendisi aleyhine hukuki sonuç doğurabilecek nitelik taşıyan maddi vakıanın doğruluğunu kabul etmesidir. Yargıtay uygulamasında da, ikrara bu anlam yüklenmektedir. (İkrar kavramının tanımı ve aşağıda ikrarın türlerine ilişkin olarak yapılan açıklamalar bakımından ayrıntılı bilgi için, Bkz., Prof. Dr. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı C. 2, Ankara 2001, s. 2037 vd.; Prof. Dr. Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. 1-2, 3. Bası, Formül Matbaası, İstanbul 1984, s. 549 vd.; Prof. Dr. Necip Bilge, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 510 vd.; Dr. Süha Tanrıver, "Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1993/2, sayfa: 212 vd.).

İkrardan söz edilebilmesi için, bir tarafın bir vakıa ileri sürmüş olması, diğer tarafın da bu vakıanın doğru olduğunu bildirmesi gerekir. İkrarın konusu, ancak karşı tarafın ileri sürdüğü vakıalar olabilir. Bir tarafın, kendisinin ileri sürdüğü bir vakıanın doğruluğunu bildirmesi ikrar niteliği taşımayacağı gibi, karşı tarafın ileri sürdüğü hukuki sebepler de ikrara konu olamazlar.

Öğretide ve uygulamada ikrar, yapıldığı yere, kapsamına ve içeriğine göre türlere ayrılmaktadır.

Yapıldığı yere göre mahkeme dışı veya mahkeme içi ikrardan söz edilir. Mahkeme dışı ikrar takdiri, mahkeme içi ikrar ise kesin delil niteliğindedir.

Kapsam yönünden, ikrar, çekişmeli olan maddi vakıanın tamamını veya belli bir kesimini kapsayabilir. İlkinde tam, ikincisinde ise kısmi ikrar söz konusudur.

İçeriği itibariyle ikrar ya basit (adi), ya vasıflı (mevsuf) ya da bileşik (mürekkep) nitelikte olabilir. Vasıflı ikrara, gerekçeli inkar da denilmektedir.

Basit (adi) ikrar, karşı tarafça ileri sürülen bir vakıanın doğru olduğunun, herhangi bir kayıt veya şart bildirilmeksizin kabul edilmesidir.

Basit ikrarda, onun konusunu oluşturan vakıalar artık tartışmalı olmaktan çıkarlar; dolayısıyla bunların ayrıca kanıtlanmasına gerek kalmaz.

Vasıflı ikrarda, (gerekçeli inkarda) karşı tarafın ileri sürdüğü maddi vakıanın varlığı kabul edilmekle birlikte, onun hukuki niteliğinin (vasfının) ileri sürülenden başka olduğu bildirilir.

Bileşik (mürekkep) ikrarda ise, bir tarafın ileri sürdüğü vakıa karşı tarafça bütünüyle kabul edilmekle; eş söyleyişle, vakıanın doğru olduğu ve bildirilen vasıfta bulunduğu kabul edilmekle birlikte, ikrara öyle bir vakıa eklenir ki, eklenen bu vakıa, ya ikrar edilen vakıanın hukuksal sonuçlarının doğmasını engeller ya da onu hükümsüz kılar. Bileşik ikrar, ikrara konu olan vakıa ile, ona eklenen vakıa arasında bir bağlantı bulunup bulunmamasına göre, bağlantılı bileşik ikrar ve bağlantısız bileşik ikrar olarak ikiye ayrılır.

Yukarıda da değinildiği üzere, öğreti ve uygulamada, ağırlıklı olarak, bağlantısız bileşik ikrar dışındaki ikrar türlerinin bölünemeyeceği, dolayısıyla, böyle durumlarda, ikrar edenin ispat yükü altında olmadığı kabul edilmekte, iddiasını ispatlama yükümlülüğünün, karşı tarafa ait olduğu benimsenmektedir.

Somut olay bu ilke ve kavramlar ışığında değerlendirildiğinde:

Davacıların, her iki havalenin de ödünç olarak davalılara gönderildiği yönündeki iddiası davalılarca kabul edilmemiş, tersine, bu paraların, daha önce davacıların murislerine borç olarak verilen paraların geri ödenmesi için gönderildiği savunulmuştur. Böylece davalılar, davaya konu paraların kendilerine gönderildiğini (maddi vakıayı) ikrar etmiş, ancak, bunların davacı tarafından ileri sürülen nedenle (ödünç olarak) değil, başka bir nedenle (mevcut bir borcun ödenmesi amacıyla) gönderildiklerini savunmak suretiyle, vakıanın hukuksal niteliğinin ileri sürülenden farklı olduğunu bildirmişlerdir.

Davalıların, ikrar ettikleri maddi vakıanın hukuki vasfının ileri sürülenden farklı bulunduğunu bildirmeleri karşısında, somut olayda, basit (adi) veya bileşik ikrarın söz konusu olamayacağı çok açıktır. Zira, her ikisinin de temel koşulu, ileri sürülen maddi vakıanın ve onun hukuki vasfının birlikte kabul edilmiş olmasıdır. Bu nedenle, Yerel Mahkemenin, davalıların savunmasının bağlantısız bileşik ikrar niteliğinde bulunduğuna ilişkin kabulü isabetli değildir.

Vakıa kabul edilmekle birlikte, onun farklı bir hukuki vasıfta olduğunun ileri sürülmesi durumunda, vasıflı ikrardan söz edilmesi gerektiği ve vasıflı ikrarın bölünemeyeceği yukarıda açıklanmıştır.

O halde, somut olayda davalıların savunmaları, vasıflı ikrar (gereksiz inkar) niteliğindedir ve bu ikrar bölünemez. Çünkü, vasıflı ikrarda kanıtlanma yükümlülüğü, ikrar eden tarafa (davalılara) değil, vakıayı ileri süren tarafa (davacıya) aittir.

Bu durumda, davacı taraf, davaya konu paraların ödünç olarak gönderildiği yolundaki iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür; buna bağlı olarak, davalıların ödünç ilişkisini kanıtlanma yükümlülükleri bulunmamaktadır.

Öte yandan, Borçlar Kanunu'nun 457 ve ardından gelen maddelerinde düzenlenmiş olan havale, hukuksal nitelikçe (tıpkı onun özel biçimlerinden biri niteliğindeki çek gibi), bir ödeme vasıtasıdır. Eş söyleyişle, havalenin, mevcut bir borcun ödenmesi amacıyla yapıldığı yolunda yasal karine mevcuttur. Bu yasal karinenin tersini (havalenin borcun ödenmesinden başka bir amaçla yapıldığını) ileri süren havaleci (muhi), bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. (Havale kavramı hakkında geniş bilgi için bkz., Prof. Dr. Arif. B. Kocaman, *Türk Borçlar Hukukunda Havale*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2001; Yargıtay'ın bu konudaki uygulamasına örnek olarak: 11. Hukuk Dairesi'nin 28. 9. 1992 gün ve 1991/1956-1992/9316 sayılı kararı).

Somut olayda, davacılar bu yasal karine karşısında, davalı tarafa yapılan dava konusu havalelerin, bir borcun ödenmesinden başka bir amaca yönelik bulunduğunu kanıtlanma yükümü altındadır.

Başka bir ifadeyle, havale kavramından hareketle yapılacak değerlendirmeye göre de, somut olayda kanıtlanma yükümlülüğü yine davacı tarafa aittir.

Hal böyle olunca, yerel mahkemenin, somut olayda kanıtlanma yükümlülüğünü ters çevirerek, yemin teklif etme hakkını davalı tarafa hatırlatmak ve teklif edilen yeminin eda edildiğini gerekçe göstermek suretiyle hüküm kurması yanlıştır.

Nihayet, somut olay bakımından şu özel yönün de belirtilmesi gerekir: Davacıların murislerinden U. F. davalıların kızı, D. Y. de da-

matları olduğundan HUMK'un 293/1. maddesinin tanık dinletilmesine muvafakat ettiği hallerden biri mevcut olup, davacılar eldeki davayı bu murislerinin külli halefleri sıfatıyla açtıkları için, anılan yasa hükmü çerçevesinde ödünç iddiasını tanıkla ispat hakkına sahiptirler. Nitekim, bu yön yerel mahkemece de kabul edilmiş ve her iki tarafın bildirdiği tanıklar dinlenmiştir. Ne var ki, yine yerel mahkemece de kabul edildiği üzere, dinlenen tanıklar, kendilerini bildiren tarafı doğrulayacak şekilde beyanda bulunmuşlardır. Davacı tanıklarının beyanları zaman, yer ve olgular itibariyle ödünç iddiasını tam bir açıklıkla ve kuşkudan uzak şekilde ortaya koyamamıştır. Dolayısıyla, davacı taraf, ödünç iddiasını tanık deliliyle kanıtlayamamıştır. Ancak, dava dilekçesinde, "Sair kanuni delail" denilmek suretiyle, diğer deliller yanında yemin deliline de dayanılmış olduğunun kabulü gerektiğinden; ödünç iddiası hakkında yazılı delil sunamayan ve bu iddiasını tanık deliliyle de kanıtlanamayan davacı tarafın, bu yönden davalılara yemin teklif etme hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla, Özel Daire bozma kararında, davacı tarafın ödünç iddiasını kanıtlayamadığının kabul edilmiş olması yerinde değildir. O halde, yerel mahkemece, davacı tarafa, iddianın kanıtlanması bakımından davalılara yemin teklif etme haklarının bulunduğu hatırlatılıp, hasıl olacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken; ispat yükü konusundaki yanılığın değerlendirilmeye dayalı önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 06.10.2004

E. 2004/13-420

K. 2004/443

*** Kat karşılığı inşaat sözleşmesi**

*** Harici sözleşmeyle satış**

*** Sebepsiz zenginleşme**

(4721 sayılı TMK m. 2, 706;

818 sayılı BK m. 213; 2644 sayılı

Tapu K. m. 26)

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Dava; davalıya ait tapulu taşınmaz üzerinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde dava dışı yüklenici tarafından inşa edilen ve 17.8.1999 tarihli deprem sırasında kullanılamayacak derecede hasar gö-

ren binadaki bir bağımsız bölümün davacıya satılmasına ilişkin harici sözleşme uyarınca, davacı tarafından davalıya ödenen satış bedelinin, sebepsiz zenginleşme hukuksal nedenine dayalı olarak tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davalı adına tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca dava dışı yüklenici tarafından binalar yapıldığını; davalının, kura çekimi sonucunda kendisine düşen B5 Blok 10 nolu daireyi, 60.000 Alman Markı bedelle davacıya harici sözleşmeyle sattığını, bedelin tümünü tahsil ettiğini, dairenin sözleşmede kararlaştırılan 31.1.1999 tarihinde davacıya teslim edilmediğini, sözleşmeye uyulmaması nedeniyle davacının ödediği bedeli geri istediğini, davalının vermediğini; bilahare 17 Ağustos 1999 tarihli depremde binaların ve dolayısıyla davacıya teslimi gereken dairenin yıkıldığını, arsa sahibi olan davalının hiçbir zarara uğramadığını, arsasının yine arsa olarak kaldığını, inşaat için hiçbir masraf yapmadığını, dolayısıyla davacıdan aldığı satış bedelinin sebepsiz zenginleşme oluşturduğunu, ihtarname tebliğine rağmen bedeli iade etmediğini ileri sürerek, 60. 000 Alman Markının dava tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, satıma konu dairenin davacıya teslim edildiğini, ancak, sonradan ekstra işler yaptığı için, bilfiil oturmaya başlamamışken depremin meydana geldiğini, sözleşmede son taksit tutarının teslimden bir ay sonra ödeneceğinin belirtilmiş olduğunu, davacının 10.000 DM tutarındaki son ödemeyi 11.3.1999 tarihinde yaptığının dava dilekçesinde kabul edildiğini, dolayısıyla dairenin kendisine teslim edilmiş olduğunun davacının da kabulünde bulunduğunu; müteaddit kez haber ulaştırıldığı halde davacının ihmali nedeniyle tapuda işlem yapılamadığını; davalının satışa konu dairenin arsa payının davacı adına tesciline hali hazırda dahi muvafakat etmekte olduğunu; bitmiş vaziyette teslim aldığı dairenin tapusunu kendi ihmali sebebiyle devralmayan davacının, bu arada oluşan depremde binanın yıkılması üzerine, bu fiili durumdan yararlanarak satış bedelinin kendisine iadesini talep etmesinin MK'nın 2. maddesine aykırı olduğunu; nihayet, aynı tapu içerisindeki inşaattan daire satın alıp tapuyu devralmamış ve fiilen tasarruf etmekte olanlar arasında, keyfiyeti kanıtlamak suretiyle deprem yardımından bina sahibi gibi yararlananlar bulunduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemece verilen; taraflar arasındaki harici sözleşmede kararlaştırılan 60.000 DM satış bedelinin anahtar teslim bedeli olduğu, 38.000 DM peşin ödeme yapıldığı, 12.000 DM'nin 25 Kasım 1998 tarihinde verileceğinin, bakiye 10.000 DM'nin ise dairenin teslim tarihinden bir ay sonra ödeneceğinin sözleşmede belirtildiği; 10.000 DM tutarındaki son ödemenin 11.3.1999 tarihinde yapıldığı, böylece bedelin tümüyle ödendiği, teslimden bir ay sonra yapılması kararlaştırılan 10.000 DM lik ödeme 11.3.1999 tarihinde yapıldığına göre, dairenin davacıya bu tarihten bir ay önce teslim edildiğinin kabulü gerekeceği; davacının dairede ekstradan bazı işler yaptırmasının teslimin gerçekleşmemiş olduğunu göstermeyeceği gerekçesine dayalı, davanın reddine dair karar, Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuştur.

Davalı adına tapuya kayıtlı arsa üzerine dava dışı yüklenici tarafından inşa edilen binada bulunan ve davalıya düşen dava konusu bağımsız bölümün 11.11.1998 günlü, haricen düzenlenmiş sözleşmeyle davacıya satıldığı, bağımsız bölümün bulunduğu binanın sonradan 17.8.1999 günü meydana gelen deprem sırasında oturulamayacak derecede hasar gördüğü çekişmesizdir.

Satıma konu bağımsız bölümü içeren binanın tapulu bir taşınmaz üzerinde inşa edilmesi nedeniyle, sözleşmenin geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlı olup (743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 634; Türk Medeni Kanunu m. 706; Borçlar Kanunu m. 213; Tapu Kanunu md. 26), taraflar arasındaki sözleşme haricen (adi yazılı olarak) düzenlendiğinden, geçersizdir. Esasen, bu yönden yerel mahkeme ile Özel Daire arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki; somut olayda, satıma konu bağımsız bölümün depremin meydana gelmesinden önce tamamlanarak, fiilen alıcı davacıya teslim edilmiş olup olmadığı hususu, taraflar arasında resmi şekle uyulmaksızın düzenlenen 11.11.1998 günlü satış sözleşmesinin şekil eksikliğinden kaynaklanan geçersizliği yönünden sonuca etkili değildir. Eş söyleyişle, fiili teslim gerçekleşmiş olsa bile, taraflar arasındaki sözleşme yine de hukuken geçersizdir. Böyle bir sözleşme uyarınca alıcının bedeli ödemiş ve satıcının da bağımsız bölümü fiilen teslim etmiş olması, geçersiz sözleşmeyi geçerli hale getirmez. Tapu devri gerçekleşmediğine; taraflar arasında sonradan aynı bağımsız bölüm için resmi şekle uygun olarak yeni bir satış sözleşmesi düzenlenmediğine göre, uyuşmazlık, sözleşmenin geçersizliği temelinde çözülmelidir.

Bu noktada, Şu yönün de belirtilmesinde yarar görölmüŐtür: Yargıtay uygulamasına göre, kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yükleniciye düşen bağımsız bölümün, yüklenici tarafından üçüncü kişiye satımına ilişkin sözleşmeler, yazılı olarak düzenlenmiş olmaları koşuluyla, BK'nın 162. ve sonraki maddeleri hükümleri uyarınca alacağın temliki hükümlerine tabi olarak geçerlidir. Yüklenicinin arsa sahibine karşı edimlerini yerine getirmiş olması halinde, alıcı, böyle bir sözleşmeye dayalı olarak tescil isteminde bulunabilir. Ne var ki, somut olayda, satıcı arsa sahibi olduğundan, bu kuralların uygulama yeri bulunmamaktadır. Aynı nedenle, 3.9.1988 gün ve 1987/2-1988/2 sayılı İctihadı Birleştirme Kararı'nın da somut olayda uygulama yeri yoktur. Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşme sırasında bir kısım üyeler, binada kat irtifakı veya kat mülkiyetine geçilmiş olup olmadığının, yerel mahkemece bu yönden bir araştırma yapılmaması nedeniyle dosya kapsamından anlaşılamadığı gerekçesiyle, hükmün salt bu nedenle bozulması yönünde görüş bildirmiş iseler de, çoğunluk, açıklanan gerekçeyle bu görüşe katılmamıştır.

Şekil eksikliğinden dolayı ya da yasaca öngörölen başka nedenlerle (Örneğin, yasaya veya ahlaka aykırılık gibi) geçersiz olan sözleşmeler, tarafları yönünden herhangi bir hak ve borç doğurmazlar; bu nedenle de, geçersiz bir sözleşmenin tarafları, o sözleşmeyle yükümlendikleri edimleri yerine getirmekten kaçınabilirler; sözleşmenin karşı tarafı da, o edimin ifasını isteyemez. Böyle bir sözleşme, taraflarına sadece aldıklarını karşı tarafa geri vermek yükümlölüğü getirir. Kural olarak, geçersiz bir sözleşme nedeniyle verdiğini geri isteyen taraf, sözleşmeden dolayı elinde bulundurduğunu iadeyle yükümlüdür; yine kural olarak, bu iade aynı anda ve karşılıklı olmalıdır. Ancak, geçersiz sözleşme nedeniyle aldığı Şey, kendi kusuru olmaksızın elinden çıkmış olan taraf, iade yükümlölüğü altında değildir.

Somut olayda, teslim olgusunun varlığı kabul edilse dahi, binanın depremde yıkılmıŐ olması karşısında, davacının geçersiz sözleşmeye konu bağımsız bölümü davalıya iade yükümlölüğünün bulunamayacağı çok açıktır. O halde, davacı, herhangi bir iade yükümlölüğü altında olmaksızın, ödediği satış bedelini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteme hakkına sahiptir.

Yerel mahkemece, aynı yöne işaret eden Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, uyuşmazlığın hukuksal nitelendirmesindeki

yanılığa dayalı önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 13.10.2004

E. 2004/19-456

K. 2004/531

*** Satış sözleşmesi**

*** KDV**

*** Vergi yükümlülüğü**

*** Vergi sorumlusu**

(1086 sayılı HUMK m. 213; VUK m. 8; 3065 sayılı KDV K. m. 8)

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Davacı T. Turizm Dinlenme Tesisleri A. Ş. vekili, davalı bankaya kredi borcu bulunan dava dışı iki şirket ile davalı arasında düzenlenen, borcun tasfiyesine ilişkin protokolde, anılan şirketlerin 12.01.1999 tarihi itibarıyla toplam borcunun 174.686.048.000 TL olarak kabul edildiğini, bu iki şirketin davacıya ait 12 parsel sayılı taşınmazın davalı T. Bank'a satılmasını ve borçlarının da bu taşınmazın satış bedelinden mahsubunu sağlamayı taahhüt ettiklerini; protokolde taraf olmayan davacı şirketin, anılan taşınmazını 4.2.1999 tarihinde 250.000.000.000 TL bedelle davalı T. Bank'a sattığını, ancak, davalının satış bedelini davacıya ödemediğini; taşınmazın satış bedeli üzerinden zorunlu olarak fatura düzenleyen davacı şirketin, faturayı noter aracılığıyla davalıya gönderip, satış bedeli üzerinden %15 KDV tutarı 37.500.000.000 TL'nin vergi dairesine ödenmek üzere kendisine havalesini istediğini; davalının KDV'den sorumlu olmadığı iddiasıyla faturayı iade ettiğini, şirket sıfatını taşıyan davacının yasa gereği satışla ilgili fatura düzenlemek ve KDV'yi alıcıdan tahsil ederek vergi dairesine ödemek zorunda olduğunu, davalının faturayı iade etmek ve KDV tutarını ödememek gibi bir hakkının bulunmadığını ileri sürerek; satış bedelinin tamamını talep etme hakkı saklı kalmak kaydıyla, şimdilik, satış bedeli bakiyesi 75.313.952.000 TL ve KDV tutarı 37.500.000.000 TL olmak üzere toplam 112.313.952.000 TL'nin faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı T. Bank A. Ş. vekili, davalı banka ile dava dışı borçlular arasındaki protokolün 7. maddesinde, taşınmazın tapuda 31.1.1999'a kadar devredilmemesi halinde protokolün hükümsüz olacağını belir-

tildiğini, bu tarihe kadar devir yapılmadığı için protokolün hükümsüz kaldığını; ancak, borçlularla sürdürülen görüşmeler sonucunda, taşınmazın 4.2.1999 tarihinde 250.000.000.000 TL bedelle satın alındığını, akit tablosunda davacının satış bedelini nakden ve tamamen aldığını yazılı olduğunu, dava dışı şirketlerin borçlarının davacı tarafından kapatıldığını, bu durumda davacının satış bedelini isteyemeyeceğini; her ne kadar, protokolü imzalamamış ise de, davacının kendisine yükletilen edimi yerine getirmek sureti ile protokole fiilen katıldığını; tapuda gösterilen değer gerçeğe uygun olmayabileceğini, rayiç değer olarak kabul edilemeyeceğini; öte yandan, 3065 sayılı Kanun'un 8. maddesine göre, KDV'nin mükellef ve sorumlusunun mal teslim veya hizmet ifa edenler olduğunu, 54/1. maddeye göre, mükelleflerin, tutulması mecburi defter kayıtlarını bu verginin hesaplanmasına ve kontrolüne imkan verecek şekilde düzenlemesi gerektiğini, 57/1. maddeye göre de, perakende satışı yapılan mallara ait fatura ve etiketlerde KDV tutarının ayrıca gösterilmesi mecburiyetinin bulunmadığını, davacının perakende satış yapması nedeniyle KDV'nin fiyata dahil olduğunu, satıştan dört ay sonra kesilen usulsüz faturanın davacıyı haklı kılmayacağını savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemece verilen; taşınmazın satımına ilişkin 4.2.1999 tarihli akit tablosu metninde, davacı şirket yetkilisinin 250 milyar TL satış bedelini nakden ve tamamen aldığına dair beyanı bulunduğu, HUMK'un 295. maddesi uyarınca senedin aksinin kanıtlanamadığı, sahteliği de ileri sürülmeyen senette yapıldığı yazılı olan ödemenin gerçekte yapılmadığı yönündeki davacı iddiasına itibar edilemeyeceği gerekçesine dayalı, davanın reddine dair karar, Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuş, davalı vekilinin karar düzeltme istemi de reddedilmiştir.

Davalı bankaya kredi borcu bulunan dava dışı iki şirket ile davalı arasında, borçların tasfiyesi amacıyla tarihsiz bir protokol düzenlendiği; bu protokolde 12.1.1999 tarihi itibarıyla borçlu şirketlerin davalıya 174.686.048.000 TL borçlu olduklarının kabul ve bu borcun davacı şirkete ait 12 parsel nolu taşınmazın alacaklı davalı bankaya satışı suretiyle tasfiyesinin, borç tutarına taşınmazın devir tarihine kadar yıllık %125 faiz ödenmesinin taahhüt edildiği, protokolün uygulanmasından doğabilecek her türlü vergi, resim, harç ve benzerlerinin borçlulara ait olacağını ve devir işlemi 31.1.1999 tarihine kadar yapılmadığı takdirde protokolün hükümsüz kalacağını kararlaştırıldığı; bu protokol çerçevesinde,

davacı adına tapuya kayıtlı 12 parsel nolu, 894 m2 yüzölçümlü, bahçe vasıflı taşınmazın 4.2.1999 günlü akit tablosu ile davacı şirketin vekili tarafından, 250.000.000.000 TL bedelle davalı bankaya satıldığı; akit tablosunda, satıcı vekilinin satış bedelini tamamen, nakden ve vekaleten aldığına dair beyanına yer verildiği, ancak, satış bedeli içinde KDV'nin de bulunup bulunmadığı konusunda herhangi bir açıklama yapılmadığı; davacı tarafından davalı adına, taşınmaz satış bedeli 250.000.000.000 TL ve bunun %15 oranındaki KDV'si 37.500.000.000 TL olmak üzere toplam 287.500.000.000 TL tutarlı, 18.6.1999 günlü faturanın düzenlendiği ve 22.6.1999 günlü yazı ekinde noter aracılığıyla davalıya tebliğ edilerek, KDV tutarı 37.500.000.000 TL'nin ödenmesinin istenildiği; davalı tarafın, 12.7.1999 günlü cevabi ihtarında, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 8. maddesi hükmüne ve protokolün 8. maddesindeki ifadeye göre, KDV yükümlülüğünün mal teslimini yapan davacı şirkete ait olduğunu ileri sürerek faturayı davacıya iade ettiği; davacı şirketin 37.500.000.000 TL KDV'yi 26.7.1999 günü vergi dairesine ödediği, 24.9.1999 günü eldeki davanın açıldığı toplanan delillerden anlaşılmaktadır.

Maddi olgunun açıklanan bu içeriği yönünden, gerek taraflar ve gerekse yerel mahkeme ile Özel Daire arasında bir uyuşmazlık da bulunmamaktadır.

Bu noktada, uyuşmazlığın ilişkin bulunduğu yasal durum ve kavramlar hakkında genel bir açıklama yapılmasında yarar görülmüştür:

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 8. maddesi vergi yükümlüsünü (mükellefini) "*Vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettübeden gerçek veya tüzel kişi*"; vergi sorumlusunu ise, "*verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişi*" şeklinde tanımlamış; kural olarak, vergi yükümlülüğüne ve sorumluluğuna ilişkin özel sözleşmelerin, vergi dairelerini bağlamayacağı hükmünü getirmiştir.

Katma Değer Vergisi, mal ya da hizmetin üretiminden tüketiciye intikaline kadar her el değiştirme aşamasında alınan genel bir tüketim vergisidir (Prof. Dr. Mehmet Ali Canoğlu - Doç. Dr. Rüstem Hacırüstemoğlu, *Vergi Uygulamaları ve Muhasebesi*, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş. İstanbul 1990, s. 425).

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 8. maddesine göre, mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde, Katma Değer Vergisi'nin mükel-

lefleri (yükümlüleri), bu işleri yapanlardır (Buradaki “Teslim” kavramı, 2. maddede, “... Bir mal üzerindeki tasarruf hakkının malik veya onun adına hareket edenlerce, alıcıya veya adına hareket edenlere devredilmesidir” şeklinde tanımlanmıştır). 9. maddede, mükellefin Türkiye içinde ikametgahının, işyerinin, kanuni merkezi ve iş merkezinin bulunmaması hallerinde ve gerekli görülen diğer hallerde Maliye Bakanlığı’nın, vergi alacağının emniyet altına alınması amacıyla, vergiye tabi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabileceği belirtilmiştir. Anılan Kanun’un 57. maddesi “Perakende satışı yapılan mallara ait etiketlerde, Katma Değer Vergisi’nin satış fiyatına dahil olup olmadığı açıkça belirtilir. Vergi satış fiyatından hariç ise bunun miktarı ayrıca gösterilir. Katma Değer Vergisi’nin fatura ve benzeri vesikalarda ayrıca gösterilmesine gerek görülmeyen işlemlerde bu hüküm uygulanmaz” hükmünü taşımaktadır.

Bu yasal düzenlemelerin, somut olayda uyuşmazlığın ilişkin bulunduğu satış sözleşmeleri bakımından ortaya koyduğu sonuç şudur:

Türk vergi sistemi, Katma Değer Vergisi’ni mal ya da hizmetin üretiminden tüketiciye intikaline kadar her el değiştirme aşamasında alınan genel bir tüketim vergisi olarak düzenlemek suretiyle, satış işlemlerinde bu verginin alıcı tarafından ödenmesini öngörmüştür. Buna göre, alıcı, satış bedelini ve o bedel üzerinden devlete ödenmesi gereken Katma Değer Vergisi tutarını satıcıya verecek; satıcı ise, kendisine ait satış bedeliyle birlikte, Katma Değer Vergisi’ni de alıcıdan tahsil edecek; satış bedelini kendisinde tutup, Katma Değer Vergisi’ni devlete ödeyecek, bu yönde bir aracılık yapacaktır. Eş söyleyişle, alıcının ödediği Katma Değer Vergisi’ni onun asıl sahibi durumundaki devlete intikal ettirmekle yükümlü olan; kısaca bu verginin devlete karşı yükümlüsü durumunda bulunan, satıcıdır. Alıcıya düşen, satış bedelinden ayrı olarak gösterilmesi ve bu şekilde kendisinden istenmesi halinde, bedele ek olarak vergi tutarını da satıcıya vermekten ibarettir; alıcı, söz konusu verginin yükümlüsü veya sorumlusu değildir. Başka bir ifadeyle, Katma Değer Vergisi’ni devlete ödenmek üzere satıcıya vermek alıcıya ait bir görev; bunu satış bedeliyle birlikte alıp, daha sonra Maliye’ye yatırmak ise satıcıya ait bir yükümlülüktür. Devlet, bu yasal düzenlemelerle, satıcıyı, borçlusu alıcı olan Katma Değer Vergisi’ni kendisi adına ondan tahsil etmek ve daha sonra yasal düzenlemelerin öngördüğü şekil ve zamanlarda kendisine (Maliye’ye) ödemek yükümlülüğünü satıcıya yüklemiştir.

Görüldüğü üzere, satış sözleşmeleri bakımından vergi yükümlülüğü, devlet ile satıcı arasındaki bir ilişkiyi ifade etmektedir. Devlet, oluşturduğu vergi sisteminde, vergiyi doğuran satış ilişkisi çerçevesinde kendisine Katma Değer Vergisi ödenmesini satıcıya ait bir yükümlülük olarak düzenlemiştir. Satıcının, devlete ödenecek Katma Değer Vergisi'ni satış bedeline dahil olarak mı, yoksa ondan ayrı bir şekilde mi tahsil edeceği, kural olarak Yasal düzenlemelerin konusu değildir; alıcı ve satıcı arasındaki bir iç ilişki olarak, onların tasarrufuna bırakılmıştır. Dolayısıyla, Yasa'dan kaynaklanan ayırık durumlar dışında, bir satım sözleşmesinde, satıcı, tarafların üzerinde anlaştıkları koşullar çerçevesinde, alıcıdan mevzuat gereğince alması gereken Katma Değer Vergisi tutarını da satış bedeline ekleyip, kendisinde tutacağı satış bedelini ve devlete intikal ettireceği vergi tutarını ayrı ayrı göstererek, alıcının kendisine ödeyeceği toplam miktarı buna göre belirleyip, alıcının onayına sunmak; kabul ettiği takdirde satış bedeli ve Katma Değer Vergisi toplamını alıcıdan almak veya tersine, satış bedelini belirlerken Katma Değer Vergisi'ni hiç hesaba katmayıp, bunu bizzat üstlenmek, böylece, kendi üzerinde tutacağı miktarı azaltmak yolunu seçebilir. Kuşkusuz, satış bedelinin ve onun Katma Değer Vergisi'nin ayrı ayrı gösterildiği durumlarda, alıcının anılan vergiyi ödemekten kaçınması halinde, satıcı, malını satıp satmamakta özgürdür.

Sözleşme aşamasında, satış bedeli ve vergi tutarını ayrı ayrı göstermeyen satıcı, o satıştan dolayı ödediği Katma Değer Vergisi'ni alıcı adına değil, kendisi adına ödemiş olur. Bunu sonradan alıcıdan isteyip isteyemeyeceği; Vergi Hukuku'nun düzenleme alanının dışına taşan, Vergi Hukuku'nun kural ve ilkelerine göre değerlendirilmesine olanak bulunmayan, dolayısıyla, Borçlar Kanunu'nun sözleşme hukukunu düzenleyen hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir sorundur.

Borçlar Kanunu çerçevesinde değerlendirme yapıldığında: Bedel unsuru, satış sözleşmesinin esaslı unsurlarından biridir. Satıcının, başlangıçta üzerinde iradelerin birleştiği bedel (alıcının satıcıya ödeyeceği tutar) dışında, alıcıdan sonradan ayrıca bir istemde bulunmasına olanak yoktur. Dolayısıyla, somut olayda olduğu gibi, satış bedelini tahsil ederken, alıcıdan ayrıca Katma Değer Vergisi isteyip almamış olan satıcı, sonradan alıcıdan bu yönde bir istemde bulunamaz.

Somut olayın özelliği bakımından şu da belirtilmelidir ki; taşınmaz satımının davacı şirketin ticari faaliyet alanı içerisinde bulunmamasına,

eş söyleyişle, dava konusu taşınmaz satımının, davacının ticari faaliyetleri çerçevesinde mutat olarak yaptığı bir iş olmamasına, tersine, davacı açısından bu satış işleminin, kendi malvarlığına dahil bir taşınmazın, ticari faaliyetini ilgilendirmeyen bir nedenle üçüncü bir kişiye satımından ibaret bulunmasına göre, olayda, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun perakende veya toptan satışla ilgili kurallarının ve bu çerçevede Maliye Bakanlığı'nca yürürlüğe konulan Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'ndeki ilkelerin (bu tür satımlarda Katma Değer Vergisi'nin satış bedelinden ayrı olarak gösterilmesi gerektiğini veya tersini öngören düzenlemelerin) uygulama yeri yoktur.

Somut uyuşmazlıkta vergiyi doğuran olay, taraflar arasındaki taşınmaz satımıdır. Bu satımın yapılmasıyla birlikte, Devlet Katma Değer Vergisi alma hakkına sahip, satıcı da bunu ödemekle yükümlü olmuştur. Taraflar, sözleşme aşamasında, satış bedeline bu verginin de dahil olup olmadığına dair bir kararlaştırmada bulunmamışlar; davacı satıcı, Katma Değer Vergisi'ni satış bedelinden ayrı olarak gösterip, davalı alıcının bilgisine ve onayına sunmamış, satış işlemi geçerli şekilde yapıp, satış bedelini aldıktan ve böylece davalı ile aralarındaki hukuki ilişki sona erdikten yaklaşık altı ay sonra, Katma Değer Vergisi içeren bir fatura düzenleyip davalıya tebliğ etmiş, ödeme isteminde bulunmuştur.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde bu istemin hukuki dayanağı bulunmamaktadır.

Kaldı ki, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (uyuşmazlığa konu Katma Değer Vergisi'ni içeren faturanın düzenlendiği 18.6.1999 tarihinde yürürlükte bulunan 4.12.1985 gün ve 3239 sayılı Kanun ile değişik) 231/5. maddesi; faturanın, malın tesliminden itibaren en çok 10 gün içinde düzenlenmesi gerektiği; bu süre içerisinde düzenlenmeyen faturaların hiç düzenlenmemiş sayılacağı hükmünü taşımaktadır. Somut olayda, davacının tapudaki satış işlemi üzerinden yaklaşık altı ay geçtikten sonra düzenlediği 18.6.1999 günlü faturanın, bu hüküm anlamında hiç düzenlenmemiş sayılması gerektiği de açıktır.

Hal böyle olunca, yerel mahkemenin sonucu itibariyle aynı gerekçeyle dayanan direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**T. 10.03.2004****E. 2004/20-148****K. 2004/148***** Menfi tespit***** Elatmanın önlenmesi***** Zilyetlik**

(4721 sayılı TMK m. 973)

Taraflar arasındaki “*menfi tespit-elatmanın önlenmesi*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Tire Sulh Hukuk Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 11.7.2002 gün ve 2000/443-2002/572 sayılı kararın incelenmesi davalı tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 20. Hukuk Dairesi’nin 3.6.2003 gün ve 9891-1073 sayılı ilamı ile, (... Davacı Başköy Köyü Eren mevkiindeki, aslında orman niteliğindeki taşınmazın, mera olduğu nedeniyle köy tüzelkişiliğince kaymakamlık makamına yapılan şikayet üzerine meraya tecavüzünün önlenmesine karar verildiği ve köy tüzelkişiliğince otlakiye bedeli olarak 300.000.000. TL alacağın tahsili için aleyhinde icra takibi başlatıldığını belirterek, taşınmazın mera olmayıp orman olduğu ile köy tüzelkişiliğine borçlu olmadığına tespitini ve davalının haksız elatmasının önlenmesini istemiştir. Mahkemece davanın kabulüne, dava konusu taşınmaza davalının elatmasının önlenmesine, 180.000.000. TL’nin 18.08.2000 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya ödenmesine ve davacının davalıya başka borcunun olmadığına tespitine karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1. Mahkemece çekişmeli taşınmaz basında yapılan keşifte uzmanlığına başvuru orman bilirkişi tarafından resmi belgelere dayalı olarak yöntemine uygun biçimde yapılan inceleme ve araştırmada orman sayılan yerlerden olduğu saptanmış olup, devlet ormanlarının mülkiyet hakkı Hazine’ye intifa hakkı da Orman Yönetimi’ne aittir. Davalı köy tüzel kişiliği devlet ormanında hak sahibi olamadığına göre, otlakiye bedeli adı altında ücret talep etmesi de olanaksızdır. Bu nedenle, Tire İcra Müdürlüğü’nün 2000/2227 E. sayılı dosyasında haksız olarak tahsil edilen 180.000.000. TL’nin yasal faizi ile birlikte davalı köy tüzel kişiliğinden alınarak davacıya ödenmesine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmediğinden, davalı köy tüzel kişiliğinin otlakiye bedeli alacağına yönelik temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir.

2. Davalı köy tüzel kişiliğinin elatmanın önlenmesi kararına yönelik temyiz itirazlarına gelince; devlet ormanına elatmanın önlenmesi davası açmakta davacı sıfatı, hak sahibi olarak Hazine ve Orman Yönetimi’ne

aittir. Ayrıca, kişilerin ormandaki işgal ve faydalanma şeklindeki zilyetlikleri 6831 sayılı Orman Yasası'nda suç olarak tanımlanmıştır. Bu durumda, gerek davacı gerçek kişinin gerekse köy tüzel kişiliğinin dava konusu taşınmazda korunmaya değer zilyetlikleri söz konusu olamaz. Davacı gerçek kişinin orman olduğu saptanan dava konusu taşınmazda davalının elatmasının önlenmesi yolunda dava açmakta aktif dava ehliyeti bulunmadığından, mahkemece davacının dinlenme olanağı bulunmayan elatmasının önlenmesi davasının reddine karar verilmesi gerekirken, somut olaya uymayan gerekçe ile elatmanın önlenmesine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, keşifte uzmanlığına başvurulmuş orman bilirkişi tarafından resmi belgelere dayalı olarak yöntemine uygun biçimde yapılan inceleme ve araştırma sonucunda kaymakamlıkça men edilen yerin orman sayılan yerlerden bulunmasına, davacının dava dilekçesindeki kabulüne göre mevcut zilyetliğinin MK m. 887 (TMK m. 973) anlamında fiili hakimiyet sağlayacak mahiyette bulunmamasına göre bu gerekçelerle Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

Karşı Oy

Yüksek 20. Hukuk Dairesi; davacı gerçek kişinin, orman olduğu saptanan dava konusu taşınmazda davalının elatmasının önlenmesi yolunda dava açmakta aktif dava ehliyeti bulunmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini açıklayarak Tire Sulh Hukuk Mahkemesi'nin hükmünü bozmuştur.

Mahalli mahkeme; Orman İdaresi'nin taraf olmadığı davalarda, dava konusu taşınmazın orman sayılan yerlerden olmasının taraflar arasındaki zilyetliğin korunması davasının incelenmesine engel teşkil etmeyeceği gerekçesiyle direnme kararı vermiştir.

Davacı gerçek kişi, açmış olduğu davada herhangi bir hakka değil, sadece önce olan zilyetliğe dayanmaktadır. O halde bu davada öncelikle çözümlenmesi gereken sorun, davacının davalıya karşı önceki zilyetliğinin korunup korunmayacağı hususu olmalıdır.

Bilindiği gibi MK m. 887 (TMK m. 973) maddesinde zilyetlik kavramı *"...bir şey üzerinde fiili hakimiyet sahibi olmak..."* biçiminde tanımlanmıştır. Burada belirtilen *"fiili hakimiyet"* sözü *"fiili kudret, iktidar, fiilen tasarruf"* şeklinde anlaşılmalıdır. Zilyetlik, eşya ile şahıs arasında eylemli (fiili) bir bağ, yani ilişkidir. Zilyetliğin fonksiyonlarından biri *"koruma"* fonksiyonu olmakla beraber, diğer önemli fonksiyonu da *"huzur ve sükunu sağlama"* fonksiyonudur. Zilyetlik davalarında asıl amaç toplumda daha önce teessüs etmiş fiili durumun bozulmasını önlemek, bozulmuş ise vakit geçirmeden eski hale iadesini sağlamaktır. (Tekinay Sulhi, *Eşya Hukuku*, İstanbul 1978 s. 104)

MK m. 896 (TMK m. 983) maddesinde düzenlenen zilyetliğin korunması davalarını, MK m. 639 (TMK m. 713) ve 3402 sayılı Kanun'un 14. maddesinde düzenlenen *"kazandırıcı zamanaşımı"* zilyetliğine dayalı tescil davaları ile karıştırmamak gerekir. Zilyetliğin korunması davasını bir hak davası gibi görmek yanlıştır. Zilyetliğin korunması davalarında asıl amaç; hak sahibini belirlemek değil, doğrudan doğruya zilyetliği korumaktır. Zilyede tanınan böyle bir korunma imkanı, onun eşya üzerindeki fiili hakimiyetinin bir hakka dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın sağlanır. Hatta davalı, zilyet olma hususunda daha üstün bir hakka sahip olduğunu iddia etse bile, bu iddiası ilke olarak dinlenmez (Akipek, Jale G., *Türk Eşya Hukuku 1. Kitap, Zilyetlik ve Tapu Sicili 2. Baskı*, Ankara 1972, s. 103)

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 09.10.1946 tarih 1946/6 1946/12 sayılı da aynen *"MK m. 896. madde uyarınca bir gayrimenkulde zilyetliği tecavüze uğrayan kimsenin bu hakkının korunması için açacağı davada; şeye malik olduğunu veya zilyetlik hakkını beyana lüzum olmadan sadece zilyetlik sıfatını ileri sürerek tecavüzü ispat etmesi yeter. Bu halde hakim, yalnız davacının gerçek ise zilyetlik halini tespit ederek tecavüzün önlenmesine karar verir. Bu karar, zilyetlik konusunda kesin hüküm meydana getirmez. Zilyede mülkiyet hakkı vermez ve diğer tarafa mülkiyet iddiasıyla yetkili mercilerde başkaca dava açmak hakkına dokunmaz..."* denilmektedir.

Sayın çoğunluk nitelik itibariyle zilyetlik yoluyla kazanılamayacak böyle bir yerde davacının zilyetliğinin korunması söz konusu olamaz derken, davalının "orman" nitelikteki taşınmazda zilyetliğini sürdürmesine imkan tanımaktadır. Taraflar arasındaki hak ve kurallar dengesi bozulmuş olmaktadır. Zilyetlikle ilgili ihtilaf çözümsüz bırakılmaktadır.

Zilyedliğin korunması davaları sonucunda verilen kararlar sadece zilyedlik durumu ile ilgili olduğundan hakka dayanan kişiler her zaman dava açabilirler. İçtihadı Birleştirme Kararı'nda açıklandığı gibi, zilyetliğin korunmasına ilişkin kararlar kesin hüküm sonuçlarını doğurmayacağı gibi, davada taraf olmayan Hazine ve taşınmazın niteliğine göre Orman İdaresi bakımından aleyhe kesin delil neticesini de doğurmaz.

Açıklanan bu nedenlerle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Selamet İLDAY
Üye

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 25.02.2004

E. 2004/4-40

K. 2004/113

* Menfi tespit

* İstirdat

* Kamu iktisadi teşebbüsleri
(KİT)'nin tacir olma niteliği

* Tahkim

(3533 sayılı K. m. 1; 6762 sayılı

TTK m. 18; Anayasa m. 36, 90; 590 sayılı K. m. 9; 233 sayılı KİT hk. KHK m. 1; AİHS m. 6, 13)

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Dava menfi tespit ve istirdat istemine ilişkindir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık Sermayesi TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) tarafından verilen Siirt'te kurulu "Tedaş Siirt Müessesese Müdürlüğü" ile Belediye arasında çıkan hukuki uyuşmazlığın tarafların sıfatına göre genel mahkeme sıfatıyla mı, yoksa 3533 sayılı Kanun hükümleri uyarınca zorunlu tahkim prosedürü çerçevesinde mahalli yüksek dereceli hakim(hakem) sıfatıyla mı bakılıp sonuçlandırılacağı noktasında toplandığı anlaşılmaktadır.

233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin irdelenmesinden önce burada yer alan Kamu İktisadi Teşebbüsleri'nin tarihi geçmişine bakmak gerekir.

Türkiye Cumhuriyeti ilk kuruluş yıllarında faaliyetlerine ekonomi alanına yaydıkça bu sahalarda yalnız düzenleyici ve denetleyici faaliyetleriyle kalmayıp aktif bir vaziyete geçerek Türkiye'de sermaye birikiminin sağlanması amacıyla bir müteşebbis gibi hareket etmeye başlamıştır. Evvelce eşine rastlanmayan bir takım teşekkül ve müesseseler oluşturmuştur. Osmanlı İmparatorluğu'nda bu nevi müesseselerden Emniyet Sandığı ile Ziraat Bankası mevcut iken Cumhuriyet ile birlikte Sümerbank, Etibank, Denizbank, Devlet Ziraat İşletmeleri kurulmuştur. Türkiye'de İktisadi Devlet Teşekkülleri tabiri ilk kez 17 Haziran 1938 tarihinde çıkarılan "*Sermayesinin Tamamı Devlet Tarafından Verilmek Sureti ile Kurulan İktisadi Teşekküllerin Teşkilatı ile İdare ve Murakebeleri Hakkında*" 3460 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile ortaya atılmıştır. Bu Kanun'un 26. maddesinde kanun hükümlerine tabi teşekküllerin, ellerinde bulunan teşebbüsleri hususi hukuk hükümlerine göre idare edilmek ve kendilerine bağlı olmak ve hükmi şahsiyeti haiz bulunmak üzere kurulacak sınırlı sorumlu müesseselere devretmeye mecbur oldukları belirtilmiştir. Yine aynı konuları düzenleyen ve 3460 sayılı Yasa'dan sonra 21 Mart 1964 tarihinde yürürlüğe giren 440 sayılı "*İktisadi Devlet Teşekkülleriyle Müesseseleri ve İştirakleri Hakkında Kanun*" un 1. maddesinde "*İktisadi Devlet Teşekküllerinin, sermayelerinin yarısından fazlasının tek başına veya birlikte Devlete (Genel ve Katma Bütçeli İdarelere) ve İktisadi Devlet Teşekküllerine ait olup, İktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan ve kuruluş kanunlarında bu kanuna tabi olacakları belirtilen teşebbüsler*" olarak tarif edilmiştir. Kanun'un 2/ A bendinde bu teşekküllerle müessese ve iştiraklerinin karma ekonominin kurallarına ve ekonomik gereklere uygun olarak yönetilmelerine karlılık ve verimlilik anlayışı içinde çalışmak ve sermaye birikimine yardım etmek suretiyle daha fazla yatırım kaynağı yaratmalarının amaçlandığı belirtilmiştir.

Kanun'un 11. maddesinde teşekküllerin işletmelerini kendilerine bağlı, tüzel kişiliği haiz müesseseler olarak teşkilatlandırmaya mecbur oldukları ve kurulacak müesseselerin ticaret unvanı alıp ticaret siciline tescil edilecekleri ve limited veya anonim şirket halinde teşkilatlanabilecekleri düzenlenmiştir.

Halen yürürlükte bulunan ve *Resmi Gazete*'nin 14.12.1984 gün ve 18435 sayılı mükerrer sayısında yayınlanan ve ceza hükümleri hariç yayınlandığı tarihte yürürlüğe giren "*Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında*" 233 sayılı KHK KİT adı verilen Kamu İktisadi Teşebbüsleri'ni iki gruba ayırmıştır.

1. İktisadi Devlet Teşekkülleri; Sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek ve hususi hukuk hükümlerine tabi olmak üzere bu teşekküllerin oluşturulduğu,

2. Kamu İktisadi Kuruluşları; Sermayesinin tamamı devlete ait olan ve tekel niteliğindeki mallar ile temel mallar ve hizmetler üretmek, pazarlamak üzere kuruldukları açıklanmıştır.

İktisadi Devlet Teşekkülleri'nin ticaret şirketleri gibi verimlilik ve karlılık ilkeleri doğrultusunda çalışacakları vurgulanmıştır (233 sayılı KHK 1/2 m. B bendi).

Yine 233 sayılı KHK'de teşebbüslerin kuruluş ve müesseseler biçiminde teşkilatlanacakları açıklandıktan sonra 16. maddesinde kurulacak müesseselerin statülerini ve unvanlarını ticaret siciline tescil ve ilan ettirecekleri, bunların özel hukuk hükümlerine tabi olacakları, sorumluluklarının sermayeleri ile sınırlı oldukları, Genel Muhasebe Kanunu ile İhale Kanunu hükümlerinin bunlara uygulanmayacakları, Sayıştay denetimine tabi bulunmadıkları Kanun'da yer almıştır.

Kanun koyucu, bunları özel hukuk hükümlerine tabi tutarken her şeyi ile bunların birer ticaret şirketi veya tacir olduklarını benimsediği anlaşılmaktadır. 233 sayılı KHK ile yayınlandığı tarihte bu kararnamenin 57/2. maddesinde teşebbüslerin taşınır ve taşınmaz her türlü mallarının haciz edilemeyeceği hükmü yer almışken 14.9.1994 gün 4011/1 sayılı Kanun ile 57/2 fıkra kararnameden çıkarılarak bu teşebbüslerin mallarının haciz edilebileceği hükmü getirilmiştir. Diğer taraftan Vergi Usul Kanunu'na göre müesseselerin tacirler gibi defter tutacakları ve gelirlerinin kurumlar vergisine tabi bulunduğu kabul edilmiştir (Bkz. 5422 sayılı K. m. 1/C ve m. 4).

233 sayılı KHK'nin bu kısa incelenmesinden sonra somut olay itibariyle durumun TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım A. Ş.) ana statüsü bakımından incelenmesi gerekmektedir.

Türkiye Elektrik Kurumu, 233 sayılı KHK'nin verdiği yetki ile Resmi Gazete'nin 9 Kasım 1984 sayısında yayımlanan ana statü ile kurulmuş olup, statünün 3. maddesinde kurumun (Tüzel kişiliğe sahip, faaliyetlerinde özerk, hususi hukuk hükümlerine tabi ve sorumluluğu sermayesi ile sınırlı bir Kamu İktisadi Kuruluşu olduğu açıklanmıştır. 12.8.1993 gün ve 93/4789 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Türkiye Elektrik Kurumu (TEK), Türkiye Elektrik Üretim, İletim A. Ş. (TEAŞ) ve Türkiye Elektrik Dağıtım A. Ş. (TEDAŞ) unvanı ile İktisadi Devlet Teşekkülü oluşturulmuştur. Kanun koyucu bununla da yetinmemiş (TEAŞ) denen kurumu 3 ayrı kuruluş haline getirmiş ve bu 3 kuruluş özelleştirilmek suretiyle sermayeleri halka sunulmuştur.

TEDAŞ ana statüsünün 4. maddesinde bu teşekkülün elektrik dağıtımını yanında, faaliyet konuları ile ilgili menkul, gayrimenkul almak aynı ve fikri haklara tasarruf etmek bu işler için işletme, iştirak kurarak çalıştırmak ve bütün bunları bir ticari işletme kurup işleten tacir gibi verimlilik ve karlılık esaslarına göre yapabileceği belirtilmiştir. 29.2.1984 gün ve 2983 sayılı Yasa ile bu teşebbüs ve müesseselerin hisse senedi çıkarabileceği benimsenmiş ve bu Yasa'nın Anayasa'ya aykırı olmadığı Anayasa Mahkemesi'nin kararı ile kabul edilmiştir (Anayasa Mah. 18.2.1985 gün E. 1984/9, K. 1985/4).

5590 sayılı Ticaret ve Sanayi Odaları Hakkındaki Kanun'un 9/2 ve 3. fıkralarında KİT'lerin kurduğu müesseseleri ticari işletme olarak kabul etmiş bunların, faaliyette buldukları yerin ticaret ve sanayi odalarına kayıt olmalarını hükme bağlamıştır.

Bu Müesseselerin TTK 18. Maddesine Göre İncelenmesi

TTK 18/1. maddesine göre *"Ticaret şirketleriyle gayesine varmak için ticari bir işletme işleten dernekler, kendi kuruluş kanunları gereğince hususi hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere"* kurulan teşebbüslerin tacir sıfatını taşıdıkları belirtilmiştir. Ticaret Yasası'nda sözü edilen teşebbüslerin yukarıda anılan ve 233 sayılı KHK'da belirtilen Kamu İktisadi Teşekkülleri'ni kapsadığı benimsenmektedir. TTK'nın 18/1. maddesinde kuruluş kanunlarından söz edilmekte ise de bugün için Kamu İktisadi Teşebbüsleri'nin kendi kuruluş kanunları bulunmadığı ve onların yerine Yüksek Planlama Kurulu tarafından ana statüler hazırlanıp bunlar *Resmi Gazete'* de ilan edildikleri için TTK 18/1

deki düzenlemeyi “ana statüleri gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek üzere kurulmak” şeklinde anlamak gerektiği benimsenmektedir. Bir Kamu İktisadi Teşebbüsü’nün tacir sayılabilmesi için Ticari şekilde işletilmek üzere kurulması yeterlidir. Burada sermayenin kime ait olacağı bir kıstas olarak alınmamıştır. TTK 18/1 uyarınca teşebbüslerin tacir sayılması için kanunda öngörülen iki şart birlikte aranmamakta kendi kuruluş kanunları (ana statüleri) gereğince hususi hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek cümlesinden sonra veya eki getirilerek “Ticari şekilde işletilmek üzere kurulan” teşebbüslerin de tacir sayılacakları belirtilmektedir. Öğretide baskın görüş de Kamu İktisadi Teşebbüsleri’nin tacir oldukları yönündedir (Bkz., Ali Bozer “Sosyal Sigortalar Kurumu’nun Tacir Sıfatı” *Batıder* 1962 C. 1 S. 4 s. 576; Karayalçın, *Ticari İşletme* s. 209, Öcal Akar, “TTK 18/1. Maddesinin Uygulanması Hakkında Bazı Düşünceler” *Esader*, 1975 S. 1 s. 238; Prof. Dr. Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* 4. Baskı s. 118 vd.; Yrd. Doç. Dr. Ercüment Erdem, *KİT’lerin Tacir Sıfatı* 1992 s. 49 vd).

Yine uygulamada Kamu İktisadi Teşebbüsü olmamakla birlikte belediye, vilayet gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan ve kuruluş kanunları uyarınca hususi hukuk hükümleri dairesinde yönetilecekleri açıklanan aslında Kamu İktisadi Kuruluşu gibi tekel niteliğinde mal ve hizmet üreten ve kendilerini meydana getiren belediye, vilayet ve kamu tüzel kişileri tacir sayılmadığı halde kurdukları teşebbüs ve müesseselerin TTK 18/1 kapsamına giren birer tacir sayıldıkları ve bu müesseselerin kendi aralarında ve 3. şahıslarla olan ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların zorunlu tahkime tabi olmayıp adli yargıda görüleceği benimsenmektedir. Bu kurumlara örnek olarak (205 sayılı Kanun ile kurulan Ordu Yardımlaşma Kurumu, 2560 sayılı Kuruluş Kanunu ile oluşturulan İSKİ, ASKİ, İZSU müesseseleri, YHGK’nın 21.9.1983 gün E. 1983/11-2721, K. 1983/823, 21.11.1995 gün E. 1995/11-647 K. 1995/1043, 26.6.2002 gün E. 2002/19-559, K. 2002/551)

Uyuşmazlığın 3533 Sayılı Kanun Yönünden İncelenmesi

Kanun’un çıkarıldığı 1938 yılında yürürlükte olan 1924 tarihli Anayasa’da idarenin kuruluşu faslında Kamu İktisadi Teşebbüsleri hakkında açık bir hüküm bulunmamaktadır. İktisadi Devlet Teşekkülü terimi ilk kez 3460 sayılı Kanun ile dile getirilmiştir. Tasarının Hükümet gerekçesinde “Herbiri Devlet Müessesesi olan Umumi, Mühlak veya hususi

*bütçelerle idare edilen daireler arasında veya bunlardan biri ile belediyeler arasında çıkan hususi hukuk hükümlerine göre oluşacak ve adliye mahkemele-
rinin görevine giren uyuşmazlıkların yüksek dereceli hukuk mahkemesi başkanı veya hakimi tarafından hakem sıfatıyla çözümleneceği”* belirtilmiş, Dahiliye, Adliye, Maliye Komisyonu’nca bu metin aynen benimsenmişken, Bütçe Komisyonu’nca, tasarının önceki komisyonlardan geldiği şekliyle benimsendiği yazıldığı halde hiçbir açıklayıcı gerekçe ilave edilmeden *“Sermayesinin tamamı devlete veya belediyelere veya hususi idarelere ait”* ibaresi eklenmiştir.

Öncelikle MK’nın 1. maddesi uyarınca Kanun’un sözü ve özünü incelemek ve yorumlamak gerekmiştir.

Ceza hukukunda, yasallık ilkesinin doğal sonucu olarak, metindeki sözler, sözcükler, odak öğelerdir ve yorumda çıkış ve varış noktalarını oluştururlar. Bu nedenle cezada, yasallık ilkesi geçerlidir. Bu kuralın zorunlu sonucu olarak *“Yazılı ve metinsel”* (dar) yoruma tabi tutulur. Yasa kuralı olmadan suç olmaz. O yüzden cezada *“dar yorum”* metin içinde kalan yorum esas alınır.

Oysa medeni hukukta yorum ceza hukukundan farklıdır. TMK 1. maddesine göre kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır. Kanunun yorumunda, kanun metninin anlam ve ruhu-özü önemlidir. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorum denir. Bir kanun hükmünün kanuna konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören TMK’nın 1. maddesine uygun düşmez. Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin bir kararına göre *“Bireylerin devletle olan ilişkileri bakımından bir yasa hükmünün yorumunda duraksama halinde, yurttaşın hak veren yorum tarzı öncelik alır. Kanunun amaçsal yorumunda, kanun metni sözel anlatımı aşmışsa, amaçsal daraltıcı yoruma gidilir.”* Bilindiği gibi günümüzde ticaret tek bir ülkenin sınırları içinde cereyan eden bir faaliyet olmaktan çıkmış ve uluslararası nitelik kazanmıştır. Yabancı unsur taşıyan ticari ilişkilerin yoğun olduğu, bunların birbirinden farklı hükümler içeren hukuk sistemlerinden hangisine tabi olacağı sorununun ön plana çıkarmıştır. Ticaret hukukunu ilgilendiren bir çok kanunu 21. yüzyılda uluslararası anlaşmalar yoluyla yeknesak kurallara bağlandığı görülmektedir. Örneğin Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü asıl haberleşme hizmetinin yanında bankacılık işleri de

yapmaya başlamıştır. TTK 11/1. maddesinde ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen müesseselerin ticari işletme sayılacağı hükme bağlanmıştır. TTK'nın 12/H. maddesinde bankacılık işlerini görmek üzere kurulan müesseselerin ticarethane sayılacağı belirtilmiştir. Örneğin belediye çalışanlarına ait ücretlerini PTT bankası aracılığı ile göndermesi halinde bu iki kurum arasında çıkacak hukuki uyumsuzlukların 3533 sayılı Kanun ile oluşturulan Tahkim'de (Hakem'de) görülmesini ileri sürmenin yasanın amaçsal yorumuna açıkça aykırı olacağı belirgindir. Ticaret hukukunun kendine özgü kuralları ve uluslararası sözleşmelerin bolca uygulandığı, ticaret hukuku disiplini içinde Ticaret Kanunu anlamında tacir sayılan ticari işletmeyi kurup işleten, ticari esaslara göre hareket eden KİT'leri bu Kanun'un kapsamı içine almanın kanun koyucunun 3533 sayılı Kanun'la kurmak istediği sisteme ve kanunun amaçsal yorumuna aykırı olduğu açıktır.

28 Mart 1945 tarih ve 1/6 sayılı YİBK gerekçesinde "*Devlet İktisadi Teşekkülleri özel hukuk prensiplerine tabi olmak üzere kurulmuş müesseselerdir. Bu müesseselerin hukuk hayatında görülen sair teşekküllerden farkının sermayelerinin devlete ait olması ve bazı yönetim organlarının tayin usullerinde mevcut hususiyetten ibarettir. Gerçi bu teşekküllerin görecekleri vazifelerden bir kısmı devletin ekonomik politikasıyla ilgilidir. Ancak bu keyfiyet, İktisadi Devlet Teşekküllerine kamu hukuku müessesesi vasfı vermeyip sadece kurucusunun devlet oluşundan ve kuruluşunun bir kanuna dayanmakta bulunmasından ileri gelmektedir*" denilerek bu kuruluşların özel hukuk tüzel kişisi oldukları belirtilmiştir (RG, 9 Şubat 1946 s. 6228). Yine 15 Mart 1950 tarih ve 29/5 sayılı YİBK gerekçesinde de "*Toprak Mahsulleri Ofisi'nin kendi çalışanları ile aralarında hizmet bağıtı bulunduğuna göre, mevcut münasebetin hususi hukuk icaplarına ve aradaki bağıt hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği*" vurgulanarak bu kuruluşların sermayesi devlet tarafından konulsa bile özel hukuk tüzel kişisi oldukları ve doğan uyumsuzluk hakeme gitmeden özel hukuk hükümlerine göre genel adli yargı içinde çözümlenebileceği açıklanmıştır.

Nitekim Yargıtay'ın kararlılık gösteren uygulamasına göre de belediye ile KİT'ler arasında çıkan uyumsuzlukların 3533 sayılı Kanun ile kurulan zorunlu tahkimde değil, genel adli yargıda görüleceği benimsenmiştir. (Bkz., Y. 1. HD, 7.10.1996 gün E. 10147, K. 11001, Y. 11. HD, 24.2.1994 gün E. 1993/4416 K. 1994/1461, aynı Daire'nin 9.2.1998 gün E. 1997/9529, K.1998/659, Y. 13. HD, 2.7.2002 gün E. 6307, K. 8407 aynı

dairenin 12.6.2000 gün E. 4828, K. 5756, Y. 14. HD, 13.11.2000 gün E. 7473, K. 7302, Y. 19. HD ve 20. HD kararları aynı yöndedir).

Durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bakımından İncelenmesi

3533 sayılı Kanun'un 6. maddesinde *"Hakem tarafından verilecek kararlar kafidir ve tescile tabi değildir. Aleyhine hiçbir makam ve mahkemeye müracaat edilemez. Ancak hakem tarafından verilmiş olan karara karşı yenisinden tetkiki icap ettirecek haklı sebeplerin mevcudiyeti halinde kararın tebliği tarihinden itibaren 30 gün içinde kararı veren hakeme itiraz olunabilir. İtiraz üzerine verilecek kararlar kafidir"*.

Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, bu kararlar aleyhine başka bir mahkemeye itiraz edilemeyeceği, Yargıtay'a başvurma hakkının bulunmadığı belirtilmiştir. 1982 tarihli Anayasa'nın 4709 sayılı Kanun ile değişik 36. maddesine göre *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir"*. Anayasa'nın 90. maddesine göre uygulanması zorunlu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ve 13. maddelerinde adil yargılanma ve etkili başvurma hakkının demokratik toplumun vazgeçilmez haklarından olduğu açıklanmıştır. Bu iki hak öylesine öncelikli bir etkiye sahiptir ki Sözleşme'nin 6/1 maddesinin dar yorumlanması bu maddenin amacına uygun düşmez. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi birçok kararında *"Sözleşme düzenlediği haklar alanında bireyi gerçekselsel pratik olarak korumayı amaçlamıştır. 6/1 maddeye göre kişisel hak, yükümlülüklerin karara bağlanmasında tarafların etkili biçimde mahkemelere ulaşma imkanından yoksun bırakılmamasını istemektedir. Mahkeme, davanın hakkaniyete uygun dinlenmesinden amacın, hakka ulaşmak için maddi engellerin yanında hukuki engellerin de kaldırılmasını bunun aksinin Sözleşme'nin 6/1 ve 13. maddesine aykırılık teşkil edeceği"* ni kabul etmektedir (AİHM 21.02.1975 tarihli Golder Kararı, paragraf 26; 17.11.1970 tarihli Delcourt Kararı paragraf 25 Osman Doğru; *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Adalet Bakanlığı yayını 2. Bası 2003 C. 1 s. 322 ve 323). Yargı organına başvuru hakkının gerekli ve etkin kullanımının engellenmesi (maddi ve hukuki anlamda) hallerinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği kabul edilmektedir (Bkz., Prof. Dr. Süheyl Donay, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku* 1982 s. 39 vd).

AIHM zorunlu tahkim ile ilgili olarak verdiği bir kararda bu kurulların bağımsız ve tarafsız mahkeme güvencesi ile çelişir durumda bulunduğunu vurgulamıştır (Bkz., Appl. No. 8588/79 ve 8589/79 Bra-meild and Malmstrom V. Sweden 12.12.1983, 38 Dr. 18, 40-41, paragraf 37-40 (Kom. Rap); Dr. Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 2002 s. 169 vd).

Durumun Türk Anayasa hukuku bakımından incelenmesine gelince; Bilindiği gibi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen İhtiyari Tahkim'de, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasını amaçlar. Bu tahkim türünde tarafların rızaları mevcut olup yanların anlaşmaları ile ihtiyari tahkimin başlamasında bir sorun çıkmayacaktır. Çünkü ihtiyari tahkimde taraflar hakeme başvurmak zorunda değildir. Zorlama olmadan özgür iradeleri ile çözebilecekleri alanlardaki uyuşmazlıklarını yargı önüne getirmeden anlaşarak hakeme götürerek çözebileceklerdir.

Zorunlu tahkimde ise tarafların özgür iradeleri dışında uyuşmazlıklarını belli kurullarda çözümletmeleri yasal zorunluk olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kurullardaki yargılamanın adil yargılama ilkesiyle hak arama özgürlüğüyle bağdaşıp bağdaşmadığı hususu anayasal bir sorun olup, Hukuk Genel Kurulu önüne gelen bir uyuşmazlık değildir. Ne var ki bu sorun Anayasa Mahkemesi'nin gündemine 19.3.1969 gün 1136 sayılı "*Avukatlık Kanunu'nun 4667 sayılı Kanun ile değiştirilen 167. maddesinde yazılı Baro Hakem Kurulu bakımından gelmiş olup, Anayasa Mahkemesi E. 2003/98, K. 2004/31 sayılı kararıyla 167. maddenin Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle iptaline oybirliği ile karar vermiştir.*"

Yukarıdan beri anlatılanların ışığında şu sonuca varılmıştır. Kamu İktisadi Teşebbüsleri ticari işletme kurup işlettikleri için tacirdirler. Bunların sermayelerinin devlete ait olması ve bazı yönetim organlarının tayin usullerinin özellik arz etmesi, bu kurumlara kamu hukuku müessesesi vasfı vermeyip, bu kuruluşlar özel hukuk tüzel kişisi olup, haklarında hususi hukuk hükümleri uygulanır. Bu nedenlerle olaya 3533 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Yukarıda yazılı gerekçelerle davaya genel mahkeme sıfatıyla bakılıp sonuçlandırılması usul ve kanuna uygun olup, mahkemenin bu konuya ilişkin direnmesi yerindedir.

Ne var ki işin esasına yönelik temyiz itirazları özel dairece incelenmediğinden dosyanın davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesi için Özel Daire'ye gönderilmesi gerekir.

Karşı Oy Yazısı

3533 sayılı Yasa'da sermayesinin tamamı devlete ait bulunan kuruluşlar arasındaki uyuşmazlıkların en yüksek dereceli hukuk mahkemesi başkanı veya hakimi tarafından hakem sıfatıyla çözümleneceği hükme bağlanmıştır. Yasa koyucunun böyle bir düzenlemede güttüğü amaç, zaten kendisine bağlı bulunan taraflara ait uyuşmazlıkların çabuk ve ucuz şekilde sonuçlandırılması olup, yasanın kapsamının tayininde nazara alınması gereken kıstas da kuruluşun sermayesinin tamamının devlete ait olup olmadığıdır. 233 sayılı KHK'nın yürürlük tarihi kadar da bu kuruluşlar arasında çıkan uyuşmazlıklar bu şekilde sonuçlandırılmıştır.

Sayın çoğunluk 233 sayılı KHK'nın yürürlüğe girmesiyle bu kuruluşların anonim şirket haline dönüştüğü ve bu sebeple özel hukuk hükümlerine tabi olduğu görüşüyle 3533 sayılı Yasa kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varmaktadır. Yukarıda da izah edildiği üzere yasada öngörülen kıstas sermayenin Devlet'e ait olması olup, kuruluşun anonim şirket veya tacir sıfatına haiz bulunması bu açıdan neticeye müessir değildir. 233 sayılı KHK'da kararname kapsamına alınan kuruluşların kendi aralarındaki veya yasada yazılı diğer kuruluşlarla olan ihtilaflarında 3533 sayılı Yasa'nın uygulanmayacağı yolunda bir hüküm mevcut olmadığından ve 3533 sayılı Yasa'da halen yürürlükte bulunduğu sermayesinin tamamı devlete ait bulunduğu uyuşmazlık bulunmayan davalı müessese ile davacı belediye arasındaki ihtilafın mecburi tahkime tabi olduğu görüşünde olduğumdan sayın çoğunluk görüşüne karşıyım.

Mehmet Kılıç
11. Hukuk Dairesi Üyesi

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 07.04.2004

E. 2004/4-40

K. 2004/205

- * **Menfi tespit**
 - * **Senedin sözleşmeye aykırı doldurulması**
 - * **Senedin kambiyo senedi niteliği taşıyıp taşımadığı**
 - * **Senette tahrifat**
- (1086 sayılı HUMK m. 298;
6762 sayılı TTK m. 660, 668,
688, 689, 690)

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Dava, icra takibine konu senedin tahrifatlı olduğu iddiasına dayalı menfi tespit istemine ilişkindir.

Davacı Y. K. vekili, davalı tarafından davacı hakkında kambiyo senedine dayalı icra takibi yapıldığını, İTM’de takibin iptali için açılan davada, Adli Tıp Kurumu’ndan alınan 25.06.1998 tarihli raporla, senet üzerindeki tanzim tarihinin sürşarj yoluyla tahrif edildiğinin belirlendiğini, İTM’nin bozmaya uyararak, salt davalının aynı bonoyla ilgili ceza davasında beraat ettiği gerekçesiyle takibin iptali talebinin reddine karar verdiğini, anılan beraat kararının, senedin tanzim tarihindeki tahrifatın gözle görülür şekilde olduğu ve iğfal kabiliyeti taşımadığı gerekçesine dayandığını, bu kararda, İTM’ce alınmış olan 25.6.1998 tarihli Adli Tıp Raporu’na itibar edilmek suretiyle senedin sahteliğinin kabul edildiğini; İTM’ce Adli Tıp’tan rapor alınması aşamasında, o yoldaki talebe rağmen davacının mukayeseye esas imzaları konusundaki eksikliğin giderilmediğini, o nedenle eldeki davada bu eksikliklerin giderilmesi ve yeniden rapor alınması gerektiğini, dar yetkili İTM. nin tafsilatlı bir inceleme de yapmamış olduğunu; öte yandan, senedin rakam kısmındaki “TL” ibaresi silinip, üzerine “Amerikan Doları” ve “\$” işareti konulduğunu, böylece “Bir milyon TL” ibaresinin “Bir milyon Dolar” haline getirildiğini, bu tahrifat ve eklentilerde davacı parafının bulunmadığını, dolayısıyla HUMK m. 298 ve TTK m. 660 uyarınca senedin hükümsüz kaldığını ve kambiyo senedi niteliği taşımadığını; senet hırsızlık yoluyla ele geçirildiği için, anılan eklenti ve çıkıntılarının ilk metindeki yazılardan farklı kişilerce ve farklı zamanlarda yapıldığını, bu yönlerden de bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğini, meblağın yazıyla yazıldığı kısımdaki “Dolar” ibaresiyle hangi cins doların kastedildiğinin de belirtilmediğini; esasen, davalının

o dönemlerde davacının yanında bordrolu işçi olduğunu, başka iş ve gelirin bulunmadığını, taraflar arasında böyle bir alacağı doğuracak nitelikte hiçbir ilişki ve sebebin olmadığını; davalının senedi rızayla ele geçirdiğinin kabulü halinde dahi, TL'nin Dolar'a dönüştürülmesinin suç oluşturacağını, söz konusu tahrifatların, senedin zamanaşımından kurtarılması amacıyla yapıldığını; dava konusu senedin davacı tarafından Y. K. Bankası'na teminat senedi olarak gönderilen veya verilen senetlerden biri olması ihtimalinin kuvvetli bulunduğunu, 1983 yılında bir milyon TL bedelli senet düzenlenmesinin hayatın olağan akışına uygun olduğunu ileri sürerek; takibe konu senedin iptaline, davacının borçsuzluğunun tespitine, asgari %40 oranında kötüniyet tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Davalı A. D. vekili, takibe konu senedin gerekli şekil şartlarını taşıyan bir kambiyo senedi olduğunu, bu hususu tespit eden, İTM hükmünün derecattan geçerek kesinleştiğini; esasen, senet üzerinde mevcut 1993 tarihinin, ileri sürülen şekilde 1983 olamayacağını, İTM ve ceza dosyası içindeki Pul Uzmanları Kurulu Raporu ve İstanbul Yakası Telefon Başmüdürlüğü yazılarıyla da sabit bulunduğunu; senetteki alacağın ödünç ilişkisinden kaynaklandığını, davalının, yakın arkadaşı ve hemşehrili olan davacıya muhtelif tarihlerde ödünç para verdiğini, bunların toplamının 1.000.000 Amerikan Doları'na ulaştığı 1983 yılında, davacının bu borcu ödemek üzere takip konusu bonoyu imzalamak suretiyle davalıya teslim ettiğini, davalının da, TTK'nın 592. maddesine uygun şekilde tamamen boş olarak kendisine tevdi edilen bu beyaz bonoyu, aralarındaki anlaşmaya uygun şekilde ve karz alacağı tutarında 1.000.000 Amerikan Doları bedelle doldurmak suretiyle tedavüle çıkardığını, senet metnindeki "Nakden" ifadesinin de bu karz ilişkisini doğruladığını; bedel de dahil olmak üzere senet metnindeki tüm rakam ve yazıların davalı eli ürünü olduğunun önceki yargılamalarda belgelendiğini, sonradan yapılmış herhangi bir çıkıntı veya silinti bulunmadığını; davalının işi ve gelirin olmadığı iddiasının da gerçekte bağdaşmadığını, taraflar arasında hiçbir zaman gerçek anlamda bir işçi-işveren ilişkisi olmadığını savunarak ve davacının tanık dinletme isteğine muvafakatleri bulunmadığını bildirerek davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemece verilen; "Davacı vekili, dava ve takip konusu bonodan dolayı dava dilekçesinde yazılı değişik gerekçelerle müvekkilinin borçlu

olmadığını kanıtlama yükümlülüğü altındadır. Dava dilekçesinde tam bir açıklık olmasa dahi, davacı vekili aşamalarda bonodaki imzanın müvekkilinin eli ürünü olmadığını ileri sürerek yeni bir rapor alınmasını istemiştir. Bonodaki imzanın davacıya ait olmadığı iddiası, ilk olarak icra takibinin iptali istemli davada ileri sürülmüş; İTM Adli Tıp Kurumu Fizik ve Grafoloji İhtisas Dairesi'ne yaptırdığı inceleme sonucu, imzanın davacıya ait olduğunu saptamış, ancak aynı raporda, senedin tanzim tarihinin tahrif edildiğinin belirtildiği gerekçesiyle takibin iptaline karar vermiştir. Kararı davacı temyiz etmediği gibi, davacı vekili duruşmada, Adli Tıp Raporu'na bir itirazı olmadığını söylemiştir. Temyiz dilekçesinde imzanın davacıya ait olmadığı ileri sürülmemiş, karar bozulmasına rağmen davacı vekili, imzanın müvekkiline ait olmadığı iddiası ile karar düzeltme yoluna da gitmemiş, bozmadan sonraki aşamada da önceki kararın doğru olduğunu belirterek, direnilmesini istemiştir. Sonuçta İTM kararı kesinleşmiştir. Davacının şikayeti üzerine davalı hakkında yapılan hazırlık soruşturması sonucunda, imzanın davacıya ait olduğunu belirleyen 11.6.1996 tarihli bilirkişi raporuna dayanılarak, sadece tanzim tarihindeki tahrifat nedeni ile davalı hakkında kamu davası açılmış, davacı imza yönünden Savcılığın üstü örtülü verdiği takipsizlik kararına itiraz etmemiş, aksine kamu davasına müdahil olmuştur. Ağır Ceza Mahkemesi, gerek hazırlıkta alınan rapor ve gerekse Adli Tıp Raporu'nu da dikkate alıp, davalının beraatine karar vermiş ve beraat kararı da aşamalardan geçerek kesinleşmiştir. Bu durumda, bonodaki imzanın davacıya ait olduğu yeniden inceleme yapılmayı gerektirmeyecek derecede ortaya çıktığından, bu yöndeki istem yerinde görülmemiştir. Esasen, dava dilekçesinde, senetteki imzanın davacıya ait olmadığına ilişkin açık ve kesin bir iddia da yoktur. İmza incelemesi her ne kadar dar yetkili İTM'ce yaptırılmış ise de, incelemenin resmi kurum durumundaki Adli Tıp Kurumu tarafından yapılmış olması, hazırlık aşamasında alınan raporun da bu raporu doğrulaması, bu yönde yeniden araştırılma yapılmamasının diğer gerekçeleridir. Her ne kadar, dar yetkili İTM kararları kesin hüküm oluşturmaz ise de, davacı Ağır ceza mahkemesinde açılan kamu davasına katıldığından, beraat kararı davacı yönünden kesin hüküm oluşturmaktadır. Kesinleşen İTM kararına göre, söz konusu bono, kambiyo senetlerinin tüm unsurlarını taşımaktadır. TTK'nın 592. maddesi uyarınca, dava konusu bononun sözleşmeye aykırı doldurulduğunu kanıtlama yükü davacıya aittir. Davacı ise, yanlar arasındaki temel ilişkinin varlığını tümü ile reddettiği için kendisine hatırlatılan yemin hakkını kullanmamış, davalının bonoyu rıza dışında ele geçirip doldurduğunu ileri sürüp bu konuda tanık dinletmek istemiştir. Davalı tarafın onamı olmadığından, HUMK'un 290. maddesi uyarınca ve 24.03.1989

tarih, 1/2 sayılı İctihadı Birleştirme Kararı karşısında tanık dinletme istemi kabul edilmemiştir. Esasen, davacının iddiasına göre, söz konusu senet 1983 tanzim tarihli iken tanzim tarihi 1993 olarak tahrif edilmiştir. Aradan 18 yıl geçtikten sonra, üstelik senedin ne şekilde doldurulduğu davacı tarafından dahi bilinmediği halde, bu hususun tanıkla kanıtlanması olanaksızdır. Öte yandan, senetteki damga pulu, 1983 yılında tedavülde değildir. Senet üzerinde yazılı davacı telefon numarasının o tarihlerde yedi rakamlı olması da olanaksızdır. 1983 yılında çalınan bono için, aradan onbir yıl geçtikten sonra suç duyurusunda bulunulması, normal yaşam deneyimlerine uymadığı gibi, basiretli bir tacir gibi davranması gereken davacıdan beklenilmeyecek bir davranıştır. Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nca hazırlanan rapor, davacıya ait örnek imzalar alınarak yöntemine göre düzenlendiğinden, Adli Tıp Raporu'nun eksik incelemeye dayandığı iddiası da gerçeğe uymamaktadır. Davacı tarafın bu raporun kendi iddialarını doğrulayan bölümlerini kabul edip, diğer bölümlerini kabul etmemeleri, iyi niyet kurallarına aykırıdır. Senet metninde HUMK'un 298. maddesinin uygulanmasını gerektirir herhangi bir çıkıntı ve silinti bulunmadığından bu yöne ilişkin iddialar da yerinde görülmemiştir." gerekçesine dayalı, davanın reddine dair karar, Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuş; yerel mahkeme gerekçesini tekrarlayıp genişleterek, önceki kararında direnmiştir.

Yukarıya içeriği ayrıntılı olarak aktarılan dava dilekçesindeki iddia ve talebe göre, dava; davalı tarafından davacı aleyhine yapılan icra takibine dayanak bononun hırsızlık yoluyla ele geçirildiği, tanzim tarihi ile bedele ilişkin kısımlarının da tahrifatlı olduğu iddiasıyla açılmış bir menfi tespit davasıdır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, yerel mahkemenin gerek bozulan önceki hükmünde ve gerekse, içeriği ayrıntılı şekilde yukarıda açıklanan direnme kararında vurgulandığı üzere; dava dilekçesinde, takip dayanağı bonodaki imzanın davacıya ait olmadığına dair açık bir iddia yoktur. Dava dilekçesinde bu yönde, sadece, daha önce İstanbul 9. İTM'de görülen dava sırasında, Adli Tıp Kurumu'ndan istenilen imza incelemesi sırasında, talebe rağmen, davacının mukayese imzaları konusundaki eksikliğin giderilmemiş olduğu ve bu yüzden eldeki davada bu eksiklik giderilmek suretiyle yeniden rapor alınması gerektiği belirtilmek suretiyle, bonodaki imzanın davacıya ait olmadığına dolaylı olarak ileri sürüldüğünün kabulünü mümkün kılacak nitelikte bir iddiada bulunulmuştur.

Anılan ifade nedeniyle, eldeki davada, icra takibine konu bonodaki imzanın davacıya ait olmadığına dahi ileri sürülmüş olduğu kabul edilmek suretiyle, öncelikle bu yönden bir değerlendirme yapılmasında yarar görülmüştür:

Yerel mahkemenin önceki hükmünde ve direnme kararında da ayrıntılarıyla açıklandığı gibi; daha önce davacı tarafça takibe konu bonodaki imzanın davacıya ait olmadığı iddiasıyla yapılan itiraz üzerine, İTM’ce alınan ve ceza davasında dahi hükme dayanak yapılan, Adli Tıp Kurumu Fizik ve Grafoloji İhtisas Dairesi’nin 25.6.1998 günlü raporunda imzanın davacı eli ürünü olduğu açıkça belirtilmesine rağmen; davacı vekilinin o yargılama sırasında 30.9.1998 günlü celsede bu rapora bir itirazı bulunmadığını bildirmiş ve anılan rapora dayalı olarak verilip, imzanın davacıya ait olduğunun o raporla saptandığını açıkça vurgulayan İTM kararını da bu yönden temyiz etmemiş olması; derecattan geçen kararın bu içerikle kesinleşmesi; dahası, aynı bonoyla ilgili olarak, C. Savcılığı’na verilen 5.4.2001 günlü şikayet dilekçesinde ve o dilekçe üzerine başlatılan hazırlık soruşturması sırasında C. Savcısı’nca alınan ifadesinde de davacının açıkça, bonodaki imzanın kendisine ait olduğunu ve imzaya bir itirazı olmadığını bildirmiş bulunması ve yine aynı bonoya yönelik muhtelif şikayet dilekçeleri ile o dilekçeler üzerine yapılan hazırlık soruşturmaları sırasında alınan çok sayıda bilirkişi raporunun içeriği, davacının ve vekillerinin beyanları ile tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, icra takibine dayanak oluşturan bonodaki imzanın davacıya ait olduğunun, yeniden bir bilirkişi incelemesine ihtiyaç göstermeyecek şekilde belirlendiği kabul edilmelidir.

Hal böyle olunca, görülmekte olan davada, davacı tarafın, diğer nedenler yanında açıkça olmasa da ileri sürdüğü kabul edilen imzaya yönelik iddialarının varit olmadığına benimsenmesi zorunlu görülmüştür.

Dava dilekçesindeki diğer iddialara gelince: İçeriği yukarıda yer alan dava dilekçesinde; Bonodaki tanzim tarihinin tahrif edildiği,

Bedele ilişkin rakam kısmındaki “TL” ibaresi silinip, üzerine “Amerikan Doları” ve “\$” işareti konulduğu, böylece “Bir milyon TL” ibaresinin “Bir milyon Dolar” haline getirildiği, bu tahrifat ve eklentilerde davacı parafının bulunmadığı, dolayısıyla HUMK m. 298 ve TTK m. 660 uyarınca senedin hükümsüz kaldığı ve kambiyo senedi niteliği taşımadığı,

Bononun hırsızlık yoluyla ele geçirildiği, o nedenle de, anılan ek-lenti ve çıkıntılarının ilk metindeki yazılardan farklı kişilerce ve farklı zamanlarda yapıldığı,

Bedelin yazıyla yazıldığı kısımdaki "Dolar" ibaresiyle hangi cins doların kastedildiğinin de belirtilmediği,

Davalının o dönemlerde davacının yanında bordrolu işçi olduğu, başka iş ve gelirin bulunmadığı, taraflar arasında böyle bir alacağı doğuracak nitelikte hiçbir ilişki ve sebebin de mevcut olmadığı,

Davalının senedi rızayla ele geçirdiğinin kabulü halinde dahi, TL'nin Dolar'a dönüştürülmesinin suç oluşturacağı, söz konusu tahrifatların, senedin zamanaşımından kurtarılması amacıyla yapıldığı;

Dava konusu senedin davacı tarafından Y. K. Bankası'na teminat senedi olarak gönderilen veya verilen senetlerden biri olması ihtimalinin kuvvetli bulunduğu; İleri sürülmüştür.

Özetlendiğinde ve imzaya yönelik olup, açıklanan gerekçeyle yerinde bulunmayan zımni itiraz değerlendirme dışında tutulduğunda, dava dilekçesindeki iddiaların iki ana başlık altında toplandığı görülmektedir:

Bunlardan birincisi, davalının senedi hırsızlık yoluyla ele geçirmiş olduğu; ikincisi de senedin tanzim tarihinde ve bedeli rakamla ifade eden kısmında tahrifat yapıldığıdır.

Önemle belirtilmelidir ki, davacı taraf, gerek eldeki davada ve gerekse ondan önce ve daha sonra cereyan eden dava, şikayet ve itirazlarında, senedin imzalı ve boş olarak, anlaşmaya uygun şekilde doldurulmak kaydıyla, rızaen davalıya verildiğini ve fakat davalının bu boş senedi aradaki anlaşmaya aykırı olarak doldurduğunu ileri sürmüş değildir.

Dolayısıyla, yerel mahkemenin kabulünün tersine, somut olayda; sadece, bir belgenin, borçlunun geçerli rızasıyla, aralarındaki anlaşmaya uygun şekilde doldurulmak üzere imzalı ve boş olarak alacaklıya teslim edildiği, ancak, anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu durumlara özgü ve bununla sınırlı bir içeriğe sahip bulunan 24.3.1989 gün ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın uygulama yeri yoktur.

Dava dilekçesinde ileri sürülen ve yukarıda iki ana başlık halinde açıklanan iddiaların değerlendirilmesine ve bunların davacı tarafça usul kuralları çerçevesinde hangi delillerle ve ne şekilde kanıtlanabileceğine gelince;

1. Takip dayanağı bononun tanzim tarihinde ve bedelin rakamla ifade edildiği kısmında tahrifat bulunduğu iddiası bakımından:

TTK'nın 688. maddesinde bononun zorunlu unsurları arasında, bedel ve tanzim tarihi de sayılmış; 689. maddede ise, 688. maddeye atf yapılarak, "Aşağıdaki fıkralarda yazılı haller mahfuz kalmak üzere, bundan önceki maddede gösterilen unsurlardan birini ihtiva etmeyen bir senet bono sayılmaz" denilmiş, maddenin sonraki fıkralarında, mahfuz haller arasında bedele ve tanzim tarihine yer verilmemiştir.

Böylece, Yasa'nın bu hükümlerine göre, tanzim tarihini ve bedel unsurunu taşımayan bir senedin bono olarak kabulü mümkündür. Eş söyleyişle, bir bono diğer zorunlu unsurlar yanında bu iki unsuru her halükarda içermelidir. Aksi takdirde, ortada bir bono değil, adi senet söz konusu olur. Ne var ki, baskın görüş ve uygulamaya göre, tanzim tarihinin bulunması koşulu, senetteki tanzim tarihinin mutlaka gerçeğe uygun olması gerektiği anlamında değildir: Senette belirli bir tanzim tarihinin bulunması, zorunlu koşulun varlığının kabulü için yeterlidir; mevcut tanzim tarihinin mutlaka gerçek tanzim tarihiyle örtüşmesi gerekmez.

Bonodaki tanzim tarihinin ve bedelin sonradan tahrif edildiği yolundaki iddiaya gelince:

Bono metninin sonradan değiştirilmesi, bütün ilgililerin birlikte gerçekleştirilmesi gereken bir işlemdir. Poliçe metninde tahrifatı düzenleyen ve açık atıf hükmü (TTK m. 690) nedeniyle bonolara da aynen uygulanması gereken TTK'nın 660. maddesine göre, bir poliçe metninin tahrif edildiği hallerde, tahrifattan sonra poliçe üzerine imza koymuş olanlar tahrif edilmiş metin gereğince; tahrifattan önce imza koyanlar ise, eski metne göre sorumlu olurlar. Yasa'nın bu hükmü, öğretide "imzaların bağımsızlığı" olarak adlandırılan ilkenin gereği ve sonucudur.

Buradaki "metin" kavramının, diğer unsurlar yanında tanzim tarihi ve bedel unsurlarını da içerdiği; yine, "tahrifat" kavramıyla da, sahtelik şeklinde gerçekleştirilen değişiklikten söz edildiği açıktır.

Buna göre, bir bonodaki tanzim tarihi ve bedelin, tüm ilgililerin katılımı olmaksızın sonradan tek taraflı olarak değiştirilmesi (tahrif edilmesi), tahrifattan önce bono üzerine imza koyanların tahrif edilmiş şekle göre sorumluluğunu doğurmayacak; bunlar, önceki metin ne ise o ancak o çerçevede sorumluluk altında olacaklardır. Eş söyleyişle, senedin tahrifat ile büründüğü yeni hal, o senedi tahrifattan önce imza etmiş olanlar bakımından yok hükmündedir; bağlayıcı değildir. Hamilin iyiniyetli olup olmaması da, bu sonucu etkilemez (Tahrifat ve imza sahiplerinin sorumluluğu konusunda ayrıntılı açıklama için; Prof. Dr. Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Turhan Kitabeyi, Ankara 1997, s. 861 vd.; A. Hulusi Gürbüz, *Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*, İstanbul 1984, s. 242 ve devamı; Erol Ertekin-İzzet Karataş, *Uygulamada Ticari Senetler*, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, s. 661 vd.).

Dolayısıyla, senet metninde bir tahrifat yapıp yapılmadığı, yapılmış ise bunun tarihi ve kim tarafından yapıldığı, o senet nedeniyle yasal sorumluluk altında bulunanların sorumluluklarının hangi çerçevede olacağına (önceki metne göre mi, yoksa tahrifattan sonraki hale göre mi sorumlu tutulacaklarının) belirlenmesinde temel etken durumundadır. Somut olay bu çerçevede değerlendirildiğinde:

Dava dilekçesinde, davaya ve icra takibine konu senedin tanzim tarihi ile bedel hanelerinde sonradan tahrifat yapıldığı ileri sürülmüştür. İtiraz üzerine İTM'de görülen davada alınan Adli Tıp Kurumu Fizik ve Grafoloji İhtisas Dairesi'nin 25.6.1998 günlü raporunda, takip dayanağı senetteki tanzim tarihinin gerçekte 7.5.83 şeklinde olduğu, sonradan sürşarj, tamamlama, yeniden yazım, üstten gitme ve benzeri yöntemlerle 8.7.1993 şekline dönüştürüldüğü belirtilmiştir. Davacının bu bonoyla ilgili olarak davalı hakkında İstanbul C. Başsavcılığı'na yaptığı şikayet üzerine farklı tarihlerde yapılan hazırlık soruşturmaları sırasında alınan 11.6.1996 ve 3.6.2003 günlü bilirkişi raporlarında da, tanzim tarihinin sonradan tahrif edilmiş olduğu açıklanmış ve anılan Adli Tıp Kurumu Raporu'ndaki bu yöne ilişkin saptamalara paralel sonuçlar bildirilmiştir.

Yine, yukarıda sözü edilen, İstanbul C. Başsavcılığı tarafından yapılan hazırlık soruşturması sırasında 3.6.2003 günlü raporu düzenleyen bilirkişilerin 3.7.2003 günlü ek raporunda, senetteki "Bir milyon Dolar" ve "1.000.000" ibarelerinin, daha önce aynı yerlerde mevcut olan yazı ve rakamların fiziksel yolla silinmelerinden sonra husule getirildikleri,

silme yoluyla yapılan bu tahrifatın ilk bakışta ve kolayca fark edilemeyecek olması nedeniyle, tahrifatın ikna ve iğfal kabiliyeti taşıdığı belirtilmiştir.

Yerel mahkemenin gerek önceki hükmünde ve gerekse direnme kararında, dar yetkili İTM'ce alınmış olsa da, resmi kurum tarafından düzenlendiği için itibar edilmesi gerektiği belirtilen Adli Tıp Kurumu Fizik ve Grafoloji İhtisas Dairesi'nin 25.6.1998 günlü raporunda, senedin bedel hanesindeki tahrifat iddiası yönünden herhangi bir değerlendirme yoktur. Dava konusu senetle ilgili olarak, gerek hukuk davaları ve gerekse cezai yönden yapılan soruşturmalar ve kamu davası sırasında alınan muhtelif bilirkişi raporları içerisinde, bedeldeki tahrifat iddiasına yönelik bir değerlendirmeyi içeren tek rapor da, anılan rapordur.

Açıklanan bu duruma göre, davacının tanzim tarihindeki tahrifat iddiasını doğrulayan birden çok bilirkişi raporu bulunmaktadır. Yine, bir bilirkişi raporunda da, bedel hanesinde tahrifat yapıldığına ilişkin davacı iddiası yönünden değerlendirme yapılmış ve iddia doğrulanmıştır.

Yukarıda ifade edildiği gibi, davacı taraf, gerek eldeki davada ve gerekse ondan önceki ve sonraki dava ve şikayetlerinde, tutarlı bir şekilde senedin tanzim tarihinin ve bedel hanesinin tahrifatlı olduğunu ileri sürmüş bulunmasına ve imzadaki sahtecilik iddiasının tersine, bu iki konudaki iddiasının varit bulunmadığının kabulünü gerektirecek hiçbir beyan ve kabulü mevcut olmamasına; üstelik, bu iki iddiası eldeki dava dışında alınan bilirkişi raporlarıyla doğrulanmasına karşın, yerel mahkemenin bu yönlerden herhangi bir inceleme ve değerlendirme yapmadığı, eksik incelemeye dayalı önceki kararda direnildiği görülmektedir.

2. Dava konusu senedin rıza dışı yolla ele geçirilmiş olduğuna ilişkin iddia bakımından: Herhangi bir nedenle imzalanmış boş bir kağıdın, imza sahibinin rızası olmaksızın, (örneğin çalınma, kaybedilme gibi) hukuka aykırı bir yolla elde edilip doldurulmak suretiyle bir borç belgesi haline getirilmesi, ona karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğindedir.

Tüm haksız fiillerde olduğu gibi, imzalı boş kağıdın hukuka aykırı yollarla elde edildiği ve borç belgesi haline getirildiği şeklindeki bir iddia da, sahibi yönünden, kendisine karşı işlenmiş bir haksız fiil iddiası anlamında olduğundan, tanık dahil, usul hukukunun cevaz verdiği

her türlü delille kanıtlanması mümkündür. Esasen, haksız fiile maruz kaldığı iddiasını ileri sürenden, sadece ve ancak bir sözleşmenin tarafı durumunda bulunanlardan istenilebilecek olan, yazılı belge ile ispat koşulunu yerine getirmesini beklemek hukuken mümkün değildir. Dolayısıyla, eldeki davada, davacıya bu yöndeki iddiasını her türlü delille kanıtlama olanağı sağlanmalı, bildirdiği deliller toplanmalıdır.

Her ne kadar, Özel Daire bozma kararında bu konuda bir değerlendirme yapılmamış ise de, Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşme sırasında, direnme kararının bu yönden de bozulması gerektiği, oybirliği ile kabul edilmiştir.

Bütün bu açıklamalara göre, mahkemece yapılması gereken iş; öncelikle, takip dayanağı senedin imzalı ve boş olarak hukuka aykırı yollarla elde edildiğine ilişkin davacı iddiasının her türlü delille kanıtlanabileceği benimsenmek suretiyle, davacının bu yönde bildirdiği tüm delillerin ve varsa davalının aynı yöne ilişkin karşı delillerinin eksiksiz olarak toplanması; toplanacak bu delillerin, takip konusu senedin davalı tarafından hukuka aykırı bir yolla ele geçirildiğini kesin olarak ortaya koyması halinde, davacı borçlunun bu senetten dolayı hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağı kabulü; aksi takdirde ise, konusunda uzmanlığı bulunan kişilerden oluşturulmuş bir bilirkişi kurulundan, davacının senetteki tanzim tarihi ve bedele ilişkin tüm tahrifat iddialarını bir bütünlük içerisinde değerlendiren, denetime elverişli rapor alınması ve ortaya çıkacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesidir.

Yerel mahkemenin, eksik incelemeye dayalı önceki kararda direnmesi usule ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenlerle bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 06.10.2004

E. 2004/4-472

K. 2004/481

* **Menfi tespit**

* **Haciz ihbarnamesi**

(2004 sayılı İİK m. 89)

Taraflar arasındaki “*menfi tespit*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 18. Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 28.11.2001 gün ve 749-802 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin

12.6.2002 gün ve 2627-7277 sayılı ilamı ile; (...Dava, İİK'nın 89/2. maddesi uyarınca gönderilen haciz ihbarnamesine karşı aynı yasanın 89/3. maddesine dayanılarak borçlu olmadığı tespitini istemine ilişkindir.

Mahkemece de kabul edildiği gibi, davalının alacaklı olarak borçlu B. İnşaat Taahhüt Ticaret Sanayii Limited Şirketi hakkında icra takibi yaptığı, davacı idareye 89/1 haciz ihbarnamesi gönderildiği, davacı tarafından süresinde cevap verildiği, bu durumda davalı alacaklının 89/2 haciz ihbarnamesi göndermemesi gerekirken gönderdiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Davacının, İcra Tetkik Mercii'ne başvurarak şikayet yoluyla ikinci haciz ihbarnamesini iptal ettirmesi mümkündür. Ancak gereksiz yere de olsa ikinci haciz ihbarnamesi gönderildiğine ve 89/3. maddeye göre yedi gün içinde menfi tespit davası açılması zorunlu bulunduğu göre davacının bu davayı açmakta hukuki yarar olduğunun kabulü ile davanın görülmesi gerekir.

Mahkemece davanın, hukuki yararı bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesi yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle, İcra Tetkik Mercii'nin ikinci haciz ihbarnamesinin iptaline karar vereceği önceden kesin olarak bilinemeyeceğinden, kanuna aykırı ikinci haciz ihbarnamesinin iptali için şikayet yoluna başvurma hakkı bulunan davacının yedi gün içinde menfi tespit davasını da açması ihtiyatlı bir davranış olup; yedi gün içinde hem Tetkik Mercii'nde şikayet yoluna başvurması hem de mahkemede menfi tespit davası açması halinde, Tetkik Mercii'nce ikinci haciz ihbarnamesinin iptali talebi reddedilirse, menfi tespit davası devam edeceğinden davacının bu davayı açmakta hukuki yararı olduğunda duraksama bulunmamasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 20.10.2004

E. 2004/19-550

K. 2004/550

* **Menfi tespit*** **Kredi kartı borcu*** **Görevli mahkeme**

(4822 sayılı K. geçici m. 1;

4077 sayılı Tüketicinin

Korunması Hk. K. m. 10, 23;

1086 sayılı HUMK m. 7, 58)

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Dava, menfi tespit istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davalı yanın temyizi üzerine Özel Dairece verilen bozma kararına karşı önceki kararda direnilmiş; hükmü Davalı vekili temyiz etmiştir.

Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki uyuşmazlık; 4077 sayılı Kanun'un 4822 sayılı Kanun ile getirilen Geçici 1. maddesi hükmü gereğince otuz günlük süre içinde tüketicinin (borçlunun) kredi verene (bankaya) yazılı müracaatı bulunup bulunmadığı, varsa bankaca yapılan işlemlerin neler olduğu hususlarının somut olayda araştırılmasının gerekip gerekmediği, noktasındadır.

Ne var ki, kamu düzenine ilişkin olmakla, öncelikle; davaya bakma görevinin tüketici mahkemesine mi, yoksa asliye hukuk mahkemesine mi ait olduğu, hususunun çözümü gerekmektedir.

Somut olayda; Banka ile borçlu/ davacı arasında "Elektron mavi kart kredili mevduat hesabı taahhütnamesi" başlıklı 750.000.000 limitli sözleşmenin imzalandığı, hesabın çalışma şeklinin "Kredi kartı" olarak belirtildiği, çekişmesizdir. Bu hesaba dayanılarak davacı tarafından kullanılan kredinin ana parası ödenmekle birlikte dönem faizi ödenmediğinden bankaca hesap kat edilerek, borçlu hakkında takibe girilmiş; borçlu tarafından eldeki menfi tespit davası açılmıştır.

Bu dava; açıklandığı üzere, temelinde banka kredi kartı sözleşmesinden kaynaklanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için yasal düzenlemelerin irdelenmesinde yarar vardır.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair 4822 sayılı Kanun'un 10/A maddesinde, kredi kartı ile yapılan harcamalar ve kullanılan nakit krediler tüketici kredisi kapsamına alınmış, aynı Kanun'un 10. maddesine atfı gereği tüketici kredileri için getirilen korumalardan, kredi kartı kullanıcılarının yararlandırılması amaçlanmıştır.

Kanun'un açık hükmüne göre; kredi kartı ile mal veya hizmet alımı sonucu nakdi krediye dönüşen veya kredi kartı ile nakit çekim suretiyle kullanılan kredilerin 10. madde hükümlerine tabi olması nedeniyle, tüketiciler kredi kartı kullandıklarında tüketici kredileri için getirilen korumalardan yararlanırlar.

Bu noktada, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 10/A maddesinin atfı gereği, 10. maddesine göre; sözleşmede bazı bilgilerin yer alması (m 10-1, c, d, e, f, g); Muacceliyet kaydındaki sınırlayıcı hal-lerin uygulanması (m 10/111, c. 1-2); Tüketici kredilerindeki kefaletin adi kefalet olma zorunluluğu (m 10/111, c. 3) öngörülmüştür.

Öte yandan, mevcut banka kayıtlarından ve icra dosyasından borçlu-kart hamilinin elektron mavi kart/kredili mevduat/kredi kartı hesabından kredi kartı ile para çektiği ve davalı bankanın "*elektron mavi kart sözleşmesinden doğan borcun*" ödenmemesi nedeniyle, kart hamili borçlu aleyhine icra takibine girişmesi üzerine, menfi tespit istemli bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Şu durumda, görülmekte olan davaya konu uyuşmazlığın, banka kredi kartı borcundan kaynaklandığı, dolayısıyla, tüketici mahkemesinin görev alanı içerisinde olduğu kuşku ve duraksamadan uzaktır.

Diğer taraftan, görev kamu düzenine ilişkin olduğundan, mahkeme görevli olup olmadığını yargılamanın her aşamasında kendiliğinden gözetir ve görevli olmadığı kanısına varırsa görevsizlik kararı verir(-HUMK m. 7/1).

Bu itibarla görev konusunda taraflar için kazanılmış hak doğmaz ve yeni bir kanunla kabul edilen görev kuralları, geçmişe de etkilidir (HUMK m. 578/1).

Eş söyleyişle, davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme yeni bir kanunla görevsiz hale gelmişse, görevsizlik kararı verilmesi zorunludur.

Dava tarihinden sonra yürürlüğe giren 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 4822 sayılı Kanun'la eklenen 10/A maddesinde, kredi kartı ile mal ve hizmet alımı sonucu nakdi krediye dönüşen veya kredi kartı ile nakit çekimi suretiyle kullanılan kredilerin tüketici kredisi hükümlerine tabi olduğu, aynı kanun ile değişik 23. maddesinde ise; Bu Kanun'un uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü uyuşmazlıklara tüketici mahkemelerinde bakılacağı hükme bağlandığından, davanın asliye mahkemesinde görülmesine olanak bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, 4077 sayılı Kanun'a 4822 sayılı Kanun ile eklenen 10/A ve aynı Kanun ile değişik 23. maddesi gereğince davaya bakmakla tüketici mahkemesi görevli olup; yerel mahkemece, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçelerle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Direnme kararı açıklanan bu değişik gerekçe ve nedenlerle işin esasına girilmeksizin öncelikle görev yönünden bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 31.03.2004

E. 2004/12-202

K. 2004/196

* Şikayet

* Hacedilmezlik iddiası

* Haciz

(2004 sayılı İİK m. 79, 82, 83, 85)

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Şikayetçi; kambiyo senetlerine mahsus yolla takip yaptığını, borçlunun emekli maaşının haczi isteminin icra müdürü tarafından, "506 sayılı Yasa'nın 121. maddesi uyarınca SSK tarafından bağlanan emekli maaşlarının haczinin mümkün olmadığı anlaşılmalı, kamu düzenine aykırı talebin reddine" karar verildiği, oysa icra memurunun bir malın veya bir hakkın hacedilip hacedilmeyeceğim takdir edemeyeceğini, alacaklının haciz istemini yerine getirmek zorunda olduğunu, hacedilemezlik iddiasını ancak borçlunun şikayet yoluyla tetkik merciine bulunabileceği nedenle, icra memurluğu işleminin şikayeten iptaline karar verilmesini istemektedir.

Yerel icra mahkemesi, "İcra Müdürlüğü'nce uygulanması gerekli hükümlerin İcra ve İflas Yasası'nın 82/1-9 ve 506 sayılı Yasanın 121. maddeleri olduğu, bu hükümlerin kamu düzeni düşüncesi ile konulduğunu, icra memurunun alacaklının isteğini otomatikman hemen kabul ve yerine getirecek mevkide bulunduğunu öne sürmenin yasanın yapısına ters düşeceği, SSK emekli maaşının nafaka dışında haczinin mümkün bulunmadığı ve bunun resen dikkate alınması gerekeceği" yönünde gerekçeler ile şikayetin reddine karar vermiştir.

Yüksek Özel Daire başlıkta yer alan gerekçe ile hükmün bozulmasına oybirliği ile karar vermiş, yerel icra mahkemesi önceki kararında direnmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; 506 sayılı Yasa'nın 121. maddesi dikkate alındığında, alacaklının, borçlu sigortalının emekli maaşının haczi isteminin yerine getirilmesi konusunda icra müdürünün takdir hakkı bulunup bulunmadığı noktasındadır.

Haciz, cebri icra organı tarafından yapılan devlete ilişkin bir hakimiyet tasarrufu olup, icra takibinin konusu olan belli bir para alacağının Ödenmesini sağlamak için, bu yolda istemde bulunan alacaklı lehine, söz konusu alacağı karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara, icra memuru tarafından hukuken el konulmasıdır.

İcra dairesinin, haciz talebinden itibaren en geç üç gün içinde haczi yapması gerekir (m. 79/1). İcra müdürü, "borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan menkul mallarıyla gayrimenkullerinden ve alacak ve haklarından alacaklının ana, faiz ve masraflarda dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı" haczedecektir (m. 85/1).

Gerek İcra ve İflas Yasası'nın 79. maddesinde, gerekse 85. madde ifadesinden ortaya çıkan sonuç, icra müdürüne haciz uygulaması konusunda bir takdir yetkisi tanınmadığıdır. Gerçekten de 79. madde kesin bir ifadeyle icra dairesinin haczi yapacağından, 85. madde; maddede belirtilen yasal koşullar altında borçlunun mal ve haklarının haczolunacağından söz etmektedir. 85. madde sadece, "alacaklara yetecek miktarın" saptanması konusunda icra müdürüne bir takdir hakkı tanımaktadır.

Uyuşmazlığın çözümünde, kamu düzeni düşüncesinden hareketle, anılan Yasa'nın 85/son maddesinden de yararlanılabilir.

İcra ve İflas Yasası'nın 85/son maddesinde; "*Haczi koyan memur borçlu ve alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir*" şeklinde ifadesini bulan hüküm ile, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin güvence altına alınmasını amaçlamaktadır. Bu ilkenin bir gereği olarak icra müdürü, işlemlerinde, bütün ilgililerin yararlarını dikkate almak zorundadır.

İcra memurları, alacaklının alacağına kavuşması için gerekli olan takip işlemlerini yapacaktır. İcra müdürüne yaptığı bir kısım işlemlerde hiçbir takdir yetkisi tanınmamıştır.

Buna karşın, medeni hukukta olduğu gibi, icra ve iflas hukukunda da Yasa bazı konularda memurun davranış tarzını direkt olarak öngörmekten kaçınarak işi memurun takdir yetkisine bırakmıştır. Bu duruma, İcra ve İflas Yasası'nın "*Kısmen Haczi Caiz Olan Şeyler*" başlığı ile 83. maddesi örnek gösterilebilir. Bu maddede; "*Takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra haczolunabilir.*" şeklinde tanımlanan hüküm ile, haciz isteminin yerine getirilmesi için icra müdürüne bir takdir yetkisi verilmesi değil, kamu düzeni düşüncesi ile alacaklının alacağını tahsil ile borçlu ve ailesinin geçimi arasında bir menfaat dengesinin sağlanması amaçlanmıştır.

Alacaklının haciz istemi konusunda icra müdürünün taktir yetkisi bulunduğu sonucuna varılırsa, olumsuz işlemleri için şikayet yoluna alacaklının, takdir yetkisi bulunmayıp haciz talebini uygulamak durumunda olduğu kabul edilirse, bu durumda borçlunun şikayet yolunu başvurması gerekecektir. Her iki durumda da soruna icra mahkemesince çözüm bulunsa da, bu süreç, taraflar arasında sağlanmaya çalışılan dengeyi etkileyecektir.

İcra ve İflas Yasası 83/a maddesi, 82 ve 83. maddelerde yazılı mal ve hakların haczolunabileceğine dair önceden yapılan anlaşmaları geçerli saymamıştır. Zira, borçlu, böyle bir anlaşmanın kendisine hazırlayacağı tehlikeleri önceden tahmin edemez.

Buna karşılık, borçlu haczi caiz olmayan bir malın haczine, malın haczi sırasında muvafakat verebileceği gibi, şikayet yoluna gitmeyecek zımnen rıza gösterebilir. Bu durumda borçlu artık, haczedilen bu nitelikteki mal yada hakkından mahrum kalmanın bütün sonuçlarını bilmektedir.

Alacaklı ile borçlu arasında, icra memuru tarafından gözetilmesi gereken denge, bu sürecin icra müdürünün takdirine bırakılmayıp, alıcı yararına kullanılmasını zorunlu kılacaktır.

Kaldı ki, şikayet kabul edilirse, şikayet konusu işlem ya bozulacak, yada düzeltilecektir. İşlemin bozulması, geçmişe etkilidir (extunc). Böylece bu işleme dayanarak yapılmış bütün işlemler de hükümsüz olacaktır. Kamu düzeni düşüncesi ile getirilen bu düzenlemeler, borçlunun menfaatlerinin gözetilerek bir denye oluşturulduğu sonucunu doğurmaktadır.

Tüm bu maddi ve hukuki olgular dikkate alındığında, Yasa hükmünün açık ifadesi ve içeriği ile icra müdürüne alacaklının haciz isteminin yerine getirilmesi konusunda takdir yetkisi tanıdığından sözedilemeyeceği gibi, başka alanlarda tanınmış takdir yetkisinin yorum yoluyla kapsamının genişletilmesi isabetsizdir.

O halde mahkemece Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

Karşı Oy Yazısı

Şikayet konusu işlem, icra memurunun, davalı borçlunun SSK'ca bağlanan emekli maaşının tamamının haczi için alacaklı tarafından yapılan haciz talebinin reddine ilişkin bulunmaktadır.

Haciz istem konusu yapılan maaşın haczedilemeyeceği 506 sayılı Yasa'nın 121 ve 1479 sayılı Yasa'nın 67. maddeleri hükümleri uyarınca emredici bir hükümle düzenlenmiştir. Anılan Yasa hükümleri uyarınca bu maaşın İİK'nın 82. maddesinde sayılan haczi caizi olmayan mallar ve haklar kapsamında mütalaa edilmesi gerekir. Bu durumda icra memurunun, İİK'nın kendisine tanıdığı yetki ve verdiği görev gereğince, anılan hükümler uyarınca haczi mümkün olmayan maaşın haczi konusunda alacaklı talebinin reddi karar vermesinde ve Mercii'ce de bu yöne ilişkin alacaklı şikayetinin reddinde yasaya aykırılık bulunmadığından, Mercii kararının onanması düşüncesinde olduğundan sayın çoğunluğun bozma kararına iştirak etmiyorum.

Işıl ULAŞ

On Birinci Hukuk Dairesi Başkanı

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 31.03.2004

E. 2004/12-162

K. 2004/183

* Şikayet

* Faize faiz yürütme yasağı

* Faiz alacağının anapara
alacağına dönüşmesi

* Temerrüt faizi

* Anapara faizi

(818 sayılı BK m. 104)

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Dava, (şikayet) ilamlı icra takibinde icra emrinin iptali istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davalı tarafından davacı aleyhine kıdem tazminatı farkı ve ihbar tazminatı alacağına ilişkin ilamlı takip yapıldığını; takip talebinde kıdem ve ihbar tazminatı faiz alacaklarına karar tarihinden itibaren ayrıca faiz uygulandığını, bunun faize faiz yürütülmesi niteliğinde olduğunu, dayanak ilamda da kıdem ve ihbar tazminatlarının faizlerine ayrıca faiz uygulanacağına dair hüküm bulunmadığını, bu durumda söz konusu uygulamanın BK'nın 104/son maddesindeki, geçmiş günler faizine ayrıca faiz yürütülemeyeceği kuralına aykırı olduğunu, faiz miktarlarının da yanlış hesaplandığını ileri sürerek, icra emrinin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili davanın reddini istemiştir.

İcra Tetkik Mercii'nce verilen; takip dayanağı ilamda hükmedilen kıdem ve ihbar tazminatı faizlerine karar tarihinden itibaren ayrıca faiz istenilmesinin BK'nın 104/son maddesine aykırı olduğu gerekçesine dayalı, şikayetin bu yönden kısmen kabulüne dair karar, Özel Daire'ce yukarıdaki gerekçeyle bozulmuştur.

Davalı işçi tarafından davacı işveren aleyhine açılan dava sonucunda, İzmir 4. İş Mahkemesi'nce, diğer kalemler yanında, 2.213.682.843 TL kıdem tazminatı faizinin ve 166.794.230 TL ihbar tazminatı faizinin de tahsiline karar verildiği, bu hükme dayalı olarak yapılan icra takibinde, davalı tarafın, söz konusu faiz alacaklarına hüküm tarihi ile icra takip tarihi arasındaki süre için ayrıca faiz talebinde bulunduğu ve şikayete konu icra emrinin de bu doğrultuda düzenlendiği çekişmesizdir.

Bozma ve direnme kararlarının kapsamaları itibariyle Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, İş Mahkemesi'nce hüküm altına alınan söz konusu işlemiş faiz alacaklarının, faiz niteliğinden çıkarak, ana para (kapital) alacağına dönüşmüş olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Bu noktada, temerrüt faizi ve kapital faizi kavramları hakkında kısa ve genel bir açıklama yapılmasında yarar görülmüştür.

Temerrüt faizi, borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine, Yasa gereği olarak kendiliğinden, temerrüdü takip eden günden itibaren başlayan ve temerrüt devam ettikçe varlığını sürdüren, hüküm altına alınabilmesi için alacaklının açık bir talebinin varlığı zorunlu olan bir karşılıktır.

Kapital faizi ise, bir paranın faiz geliri elde etmek amacıyla ödünç verilmesi veya herhangi bir şekilde bir süre borçluda kalması üzerine, faiz ödenmesinin öngörüldüğü hallerde söz konusu olur. (Temerrüt faizi ve kapital faizi kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz., Dr. Nami Barlas, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar*, Kazancı Hukuk yayınları, İstanbul, 1991, s. 126 vd.; Ayrıca, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.4.1996 gün, E. 1996/19-56, K. 1996/248; Yargıtay HGK'nın 9.10.2002 gün E. 2002/12-709, K. 2002/781; Yargıtay II. Hukuk Dairesi'nin 24.1.1991 gün E. 1989/8083, K. 1991/206; 21.9.1998 gün E. 1998/4207, K. 1998/5712; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 3.12.1992 gün E. 3940 K. 6362 sayılı kararları).

Hemen belirtilmelidir ki, Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin 104/son maddesindeki hüküm, hiçbir tereddüde yer vermeyecek bir açıklıkla, geçmiş günler faizinin ödenmesinde temerrüde düşülmesinden dolayı, faiz borcuna ayrıca faiz yürütülemeyeceğini öngörmektedir. Bu hükmün anlamı, para borcunu ödemedi temerrüde düşen borçlunun, geçmiş günler faizine mahkum olduktan sonra, geçmiş günler faizini ödemekte de temerrüde düşmesi halinde, bunlar için tekrar temerrüt faizi yürütülemeyeceğidir (F. Necmettin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977, s. 251). 3095 sayılı Yasa'nın 3. maddesindeki, yasal faiz ve temerrüt faizinin hesaplanmasında mürekkep faiz yürütülemeyeceğine ilişkin kural da, Borçlar Kanunu'nun 104/son maddesi hükmüne paralel ve bir bakıma onu açıklayıcı niteliktedir.

Doğal olarak, Yargıtay'ın istikrarlı uygulaması da, bu açık Yasa hükümlerine paraleldir. Ne var ki, faiz alacağı olarak doğduğu; eş söyleyişle kaynağı ve kökeni itibarıyla bir faiz alacağından ibaret bulunduğu halde, sonradan gerçekleşen bazı hukuksal olgular nedeniyle bu nitelikten çıkararak, ana para (kapital) haline gelen alacakların, Borçlar Kanunu'nun anılan 104/son maddesinin kapsamı dışında bulunduğu; böyle hallerde, artık ortada bir faiz alacağı değil, ana para (kapital) alacağı bulunduğu için, o alacağa ayrıca faiz yürütülebilmesine hukuken engel olmadığı da, yine Yargıtay'ın sapma göstermeyen bir başka uygulamasıdır.

Esasen, yerel mahkeme ile Özel Daire arasında, belirtilen bu ilkeler temelinde ortaya çıkmış herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Ortaya çıkan ve Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, yukarıda da belirtildiği üzere, somut olayda, ana paraya dönüşmüş bir faiz alacağının bulunup bulunmadığındadır.

Bu noktada, bir faiz alacağının hangi hallerde ana para alacağına dönüşeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir:

Bir mahkeme hükmüyle belirlenmiş olsun veya olmasın, borçlunun, faiz borcunun varlığını ve miktarını kabul ederek, bu borcunu belirli bir tarihte ödeyeceği yolunda taahhütte bulunmuş olması halinde, alacaklı yönünden artık ortada bir faiz alacağının değil, borçlunun kabulü ve ödeme taahhüdü karşısında nitelik değiştirerek ana paraya dönüşen bir alacağın bulunduğu, bu nedenle de dava veya icra takibi tarihinden itibaren buna ayrıca faiz istenilebileceği, Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamasında kabul edilmektedir (Bu konudaki, halen devam eden Yargıtay uygulamasının kararlılığına bir örnek olarak; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin, bir çok eserde de yer verilmiş olan 27.4.1989 gün ve 3466-2141 sayılı kararı).

Bu kabulün temel gerekçesi şudur: Böyle hallerde, faiz borçlusu özgür iradesiyle tek taraflı olarak veya alacaklı ile birlikte miktar ve ödeme günü bakımından bir belirlemede bulunmuş olduğu için, Yasa'nın faize faiz yürütülmesini yasaklamasındaki gerekçe de (borçluyu faiz miktarı ve ödeme günü yönünden belirsizlikten ve bunun oluşturacağı tehlikeden koruma amacı) ortadan kalkmış olacaktır.

Buna göre; borçlunun, varlığına ve miktarına ilişkin açık kabulünün bulunması ve tek taraflı bir taahhüdüyle ya da alacaklısıyla birlikte bir ödeme gününün belirlenmesi halinde, faiz alacağı Borçlar Kanunu'nun 104/son maddesindeki kural kapsamında çıkararak, bir ana para (kapital) alacağına dönüşeceğinden, bu alacağa, 104/1. maddeyle getirilen koşullar altında ayrıca faiz yürütülmesi mümkündür.

Buna karşılık, somut olayda olduğu gibi, bir para alacağının işlemiş faizi şeklinde doğan; ister davadan önce gerçekleşen temerrüt nedeniyle, temerrüt ve dava tarihleri arasındaki dönem için, miktarı açıkça bildirilip hüküm altına alınması istenilen ve mahkemece de o şekilde hüküm altına alınan bir faiz alacağı olsun; ister, davadan önceki dönemde işleyen tutarı hesaplanıp belirli bir miktar olarak dava konusu edilmeksizin, salt, asıl alacağın davadan önceki temerrüt tarihinden itibaren işleyen faiziyle birlikte hüküm altına alınması istemiyle açılan bir dava sonucunda isteme uygun olarak, miktarı tayin edilmeksizin, -örneğin, davadan önceki temerrüt tarihinden itibaren, asıl alacağın ödeneceği tarihe kadar işleyen miktarı- hüküm altına alınmış olsun; eğer, borçlunun yukarıda belirtilen şekilde faiz alacağına ve miktarına ilişkin açık kabulü yanında, bunun belirli bir tarihte ödeneceğine dair taahhüdü yok ise, ortada, alacaklı yönünden hala bir faiz alacağı mevcut olmaya devam edecektir. Borçlu yönünden de bu bir faiz borcudur; dolayısıyla, Borçlar Kanunu'nun 104/son maddesi kapsamında değerlendirilmesi zorunludur.

Aksinin kabulü, şu sakıncalı sonuca yol açacaktır:

Örneğin, borçlunun 1.2.2000 tarihinde temerrüde düştüğü 500.000.000 TL tutarındaki para borcuna ilişkin olarak, alacaklı tarafından 1.2.2001 günü açılan ve temerrüt tarihi ile dava tarihi arasındaki dönemin temerrüt faizinin 150.000.000 TL'den ibaret bulunduğu davada;

• 500.000.000 TL asıl alacağın, (miktar belirtilmeksizin) 1.2.2000 temerrüt tarihinden itibaren işleyecek temerrüt faiziyle birlikte tahsilinin istenilmesi ve davanın kabul ile sonuçlanması halinde, alacaklı bu ilama dayalı olarak yapacağı icra takibinde, Borçlar Kanunu'nun 104/son maddesi uyarınca, hüküm tarihinden sonraki dönem için faiz alacağına ayrıca faiz yürütülmesini isteyemeyecektir.

• Buna karşılık, aynı alacaklı, davasında, 1.2.2000 temerrüt tarihi ile 1.2.2001 dava tarihi arasındaki sürenin işlemiş faizini 150.000.000 TL olarak hesaplayıp talep etmiş ve talebi aynen hüküm altına alınmış olursa, bu ilama dayanarak, işlemiş faiz alacağına ayrıca faiz isteminde bulunabilecektir.

Örneklerde açıktır ki, faiz alacağının kaynağı, doğum sebebi ve başlangıç tarihi aynıdır; her iki halde de, açıkça temerrüt faizi söz konusudur. Aralarındaki tek fark, davadan önce gerçekleşmiş olan temerrüt tarihi ile dava tarihi arasında geçen süreye ilişkin işlemiş faiz alacağının; birinde miktar belirtilmeksizin, diğerinde ise belirli bir miktar olarak bildirilmek suretiyle talep edilmiş ve bu taleplere uygun şekilde hüküm kurulmuş olmasıdır. Salt, faiz alacaklısının davayı açarken kullandığı tercihten kaynaklanan böylesi bir farklılıktan dolayı, hukuksal nitelikçe birbirinin bütünüyle aynı olan faiz alacaklarının açıklanan ve birbirlerinden tamamen farklı olan sonuçlara yol açacak şekilde değerlendirilmeye tabi tutulmaları, hukukça korunamaz.

Önemle belirtilmelidir ki, varılan bu sonuç, BK'nın 104/1. maddesindeki, faiz borcunun ödenmesinde temerrüde düşen borçlunun, ancak dava veya icra takibi tarihinden itibaren ödemekle yükümlü olduğu (temerrüt tarihi ile dava veya icra takibi tarihi arasındaki dönem için faiz ödeme yükümlülüğü bulunmadığı) kuralı ile çelişmemekte, tersine paralellik göstermektedir. Zira, 104/1. maddedeki "faiz" terimi, temerrüt faizini değil, kapital (ana para) faizini ifade etmektedir. Her ne kadar, anılan hükümde açıkça ana para veya kapital faizi terimleri kullanılmamış ise de, 104. maddenin bir bütün olarak ele alınması halinde varılacak sonuç budur: Zira, birinci fıkrada, tür ayırımı yapmaksızın genel olarak faiz alacağına ayrıca faiz yürütülmesine (başlangıç tarihi itibarıyla sınırlama getirilerek de olsa) izin verilmiş; sadece faizin başlangıç tarihi dava veya icra takibi tarihine kadar ileriye götürülmüş; buna karşılık son fıkrada, tür ayırımı yapılmak suretiyle, açıkça geçmiş günler (temerrüt) faizinden söz edilip, buna hiçbir surette (Mahkemeye veya icra daireesine başvurma tarihinden itibaren dahi) ayrıca faiz yürütülemeyeceği belirtilmiştir. Bu düzenlemelerden çıkan sonuç, birinci fıkradaki "faiz" terimiyle "kapital faizi"nin kastedilmiş olduğudur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 9.10.2002 gün ve E. 2002/12:709, K. 2002/781 sayılı kararında da aynı sonuç benimsenmiştir. Öğretide baskın görüş de bu yöndedir (Örneğin; Andreas Von Tuhr/Arnold Escher, *Allgemeiner Teil*

Deş Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3-Auflage, Zürich 1974 s. 147; Herrmann Becker, *Kommentar Zum Schwveizersichen Zivilgesetzbuch*, Bd. VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, 2. Auflage Bern 1941, s. 105; Prof. Dr. Kemal Oğuzman, *Borçlar Hukuku Dersleri*, C. 1, 4. Bası İstanbul 1987 s. 317; Prof. Dr. Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara 1961 s. 487; Prof. Dr. Hikmet Sami Türk, "Temerrüt Faizi, Birleşik Faiz Yöntemiyle Hesap Edilebilir mi?", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, 9 Nisan 1993, s. 169; Dr. Nami Barlas, *a.g.e.* s. 175).

Yeri gelmişken, şu hususun belirtilmesinde de yarar vardır: Buraya kadar yapılan açıklamalar, asıl alacağın (borçlu yönünden; para borcunun) hangi hukuksal kaynaktan doğduğuna bakılmaksızın, tüm para borçları için geçerlidir; para borcu ister sözleşmeden, ister haksız fiilden ve isterse sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanmış olsun, faiz yönünden aynı kurallara tabi olacaktır.

Somut olay bu ilke ve kurallar çerçevesinde değerlendirildiğinde:

Uyuşmazlığın konusunu oluşturan faiz alacağının, işverenin temerrüde düştüğü tarih ile, dava günü arasındaki döneme ait bulunduğu çekişmesizdir. Davacı işçi, dava dilekçesinde bunun miktarını bizzat hesaplayarak talep etmiş ve mahkemece de talep doğrultusunda karar verilip, bu faiz alacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durumda, ortada, işçilik alacaklarının ödenmesindeki gecikmeden (borçlunun hizmet sözleşmesinden doğan para borcunu ödemedeki temerrüdünden) kaynaklanan bir temerrüt faizi bulunmaktadır. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, somut olayda, faiz borçlusu durumundaki işverenin bu borcunun varlığını kabulü ve belirli bir tarihte ödeme taahhüdü söz konusu değildir. Dolayısıyla, hukuksal koşulları oluşmadığından, ana para (kapital) alacağına dönüşmüş bir faiz alacağı bulunmamaktadır. Ortada, sadece bir temerrüt faizi borcu mevcuttur; buna ayrıca faiz yürütülmesine ise, yasa olanak vermemektedir.

Hal böyle olunca, yerel mahkemenin direnme gerekçesi yerinde olup, direnme kararı onanmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 21.01.2004

E. 2004/2-4

K. 2004/14

* Vasiyetnamenin iptali

* El yazısı ile vasiyetname

* Vasiyetnamenin zayi olması

(743 sayılı MK m. 485, 490)

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Dava, el yazısı ile vasiyetnamenin iptali istemine ilişkindir.

Davacılar vekili, murisin ölümünden beş ay sonra davalı tarafından tenfizi istenilen vasiyetnamenin el yazılı olduğunu oysa murisin okuma yazma bilmediğini ve vasiyetnamenin yasada belirtilen mercülere teslim edilmediğini bu nedenle geçersiz olduğunu ileri sürerek iptalini talep etmiştir.

Davalı vekili murisin okuma yazma bildiğini ve vasiyetnamenin Medeni Kanun'un 485. maddesinin aradığı tüm şekil şartlarını taşıdığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemenin, "dosyadaki tüm belgeler, şahitlerin yeminli ifadeleri, tarafların iddia ve savunmaları ile aslı bulunmayan ve fakat fotokopisi mevcut olan vasiyetnamedeki imzanın muris B. G. eli ürünü olduğunun kabulü gerektiğine dair Adli Tıp Raporu birlikte değerlendirildiğinde davanın reddi cihetine gidilmiştir." gerekçesiyle verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda belirtilen nedenlerle bozulmuş, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlığın Medeni Kanun'un 485. maddesindeki koşulların oluşup oluşmadığı noktasında toplandığı anlaşılmaktadır.

Medeni Kanun'un 485. maddesine göre el yazısı ile vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için düzenlendiği tarih ve yerin vasiyetnamede belirtilmesi, tamamının vasiyet eden tarafından el yazısı ile yazılması ve imzalanması gerekir. Bunlar dışında maddede yeralan vasiyetnamenin notere veya sulh hakimine veya memura tevdi edilmesini öngören hüküm, şekle ait bir şart olmayıp vasiyetnamenin saklanması amacına yönelik sulh hakimine ve notere görev veren bir kuraldır.

Vasiyetnamenin zayi olması (yok olması) ise Medeni Kanun'un 490. maddesinde düzenlenmiş olup "vasiyetname kaza sonucu veya başka bir kimsenin kusuru ile zayi olur ve münderecatının aynıyle ve tamamı ile tes-

piti mümkün olmazsa, artık vasiyete itibar olunamaz. Tazminat isteme hakkı mahfuzdur” denmektedir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere yok olan vasiyetnamenin içindekilerin olduğu gibi tespiti mümkün olmaz ise vasiyete değer verilmez ancak aksi halinde yani vasiyetnamenin içindekilerin olduğu gibi tespiti mümkün olursa vasiyet geçerli kabul edilir. Vasiyet kaza sonucu elde olmayan nedenlerle (yangın, deprem, su baskını vb.) yok olabileceği gibi bir kimsenin kusuru (kasten veya yanlışlıkla yırtılması, saklanması vb.) ile de yok olabilir. İşte tüm bu hal-lerde MK’nın 490. maddesi sayesinde vasiyet edenin isteklerinin yerine gelmesi için bir şans daha doğmuş olur. Ancak bu şansın kullanılabilmesi için vasiyetnamenin hem içeriğinin hem de şekil şartlarına uygun olduğunun ispatı gerekir. HUMK 294. madde de “*Nagehani (birden bire umulmadık) şekilde veya mücbir sebeple senedin kendi elinde veya saklandığı resmi yerde yok olması halinde tanık dinlenebilir*” denilmektedir. Bu hüküm tanıkla ispat yasağının istisnalarındandır.

O halde vasiyetnamenin tamamen veya kısmen yok olması halinde hem içeriği hem de şekil şartlarına uyulup uyulmadığı tanıkla ispat edilebilir.

Somut olayda vasiyetnamenin aslı dosya içerisinde bulunmamakla birlikte el yazısı vasiyetnamenin varlığı, muris tarafından el yazısı ile yazıldığı ve imzalandığı, tanık beyanları, Adli Tıp Kurumu Raporu ve diğer delillerden anlaşılmaktadır. Davalı tanıklarından S. S. bu vasiyetnameyi miras bırakanın yazıp imzaladığını açıklamış, vasiyetnamedeki imzanın miras bırakanın eli mahsulü olduğu saptanmıştır. Kaybolan vasiyetnamenin dosya içerisindeki fotokopisinden MK’nın 485. maddesindeki el yazılı vasiyetnamenin tüm yasal unsurlarını taşıdığı anlaşılmıştır. Bu nedenle Özel Dairen’in bozma kararında davacıların yakın akrabası olan davacı tanıklarının beyanlarına itibar edilerek vasiyetnamenin geçersiz sayılması kabul edilemez.

O halde mahkemenin açıklanan gerekçeye dayalı direnme kararı usul ve yasaya uygun olup onanmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 31.03.2004

E. 2004/19-181

K. 2004/195

* Sıra cetveline itiraz

* Hacze iştirak

* Kamu alacağı

(2004 sayılı İİK m. 100, 142;
213 sayılı VUK m. 10; 6183
sayılı K. m. 13, 21)**Hukuk Genel Kurulu**

Dava, sıra cetveline itiraz iddiasına ilişkindir.

Davacı vekili, İzmir 14. İcra Müdürlüğü'nün 1998/8061 sayılı icra dosyasında borçlu H. N. E.'ye ait bir kısım taşınmazların satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde davalı vergi dairesine satış bedelinden garameten pay ayrıldığını, davalı idarenin satışa konu taşınmazın malikinden alacağı bulunmadığını, bulunsa dahi bunun sıra cetvelinde belirtilen miktar kadar olmadığını belirtilerek; sıra cetveline itirazın kabulü ile davalının alacağının sıra cetvelinden çıkarılmasına, davalıya ayrılan satış bedeli payının öncelikle davacıya ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı idare vekili, yatırım teşvik belgesi kapsamında ihtiyati haciz ile diğer vergi borçlarına ilişkin kesin hacizler nedeniyle N. Tekstil Sanayi ve Ticaret A. Ş.'den alacaklı olduklarını, borçlu firmadan alacağın tahsilinin mümkün olamayacağını anlaşılmaması üzerine, alacağın yönetim kurulu başkanı ve ortağı olan H. N. E.'den talep edilmesinde yasaya aykırı bir yön bulunmadığı belirtilerek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece; alacağın tamamının 6183 sayılı Yasa'nın 13. maddesi uyarınca verilmiş ihtiyati hacizlerden oluştuğu, ihtiyati haciz kararının ilk hacze iştirak imkanı vermeyeceği nedenle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davacı vekilinin karar düzeltme istemi üzerine, Yüksek Özel Daire yerel mahkeme hükmününün, başlıkta yer alan gerekçe ile bozulmasına oybirliği ile karar vermiş, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Direnme kararı taraf vekillerince temyiz edilmektedir.

Uyuşmazlık, davalı idarenin kamu alacağı'nın niteliğinin belirlenmesinde ve ilk hacze iştirak koşulları taşıyıp taşımadığının saptanması noktalarında yatmaktadır.

Hacze iştirak konusunda kamu alacakları ile diğer alacaklar arasında farklılıklar bulunmaktadır. Diğer alacaklar, İcra ve İflas Yasası m. 100'de belirtilen belgelerden birine sahip olmak kaydıyla hacze iştirak edebilirlerken, kamu alacaklarında bu koşul aranmamaktadır.

Buna karşın, kamu alacaklarının aynı derecede hacze iştirak edebilmesi için 6183 sayılı Yasa'nın 21/1. maddesinde ifade edilen; üçüncü şahıslar tarafından haczolunan malın paraya çevrilmemiş olması ve kamu alacağı'ndan dolayı da aynı mala haciz konulmuş olması şeklinde, biri olumsuz, diğeri olumlu iki koşulun birarada bulunması gerekmektedir.

Ne var ki, kamu alacağı eşya veya gayrimenkulun aynından doğuyor ise hacze iştirak söz konusu olmayacağı gibi, ayrıca bir haciz kararı da aranmayacak, bu tür alacakların, diğer alacaklardan, hatta rehinli alacaklardan da önce ödenmesi gerekecektir (m. 21/2).

Kamu alacağı'nın mahcuz malın aynından doğmaması halinde ise malın paraya çevrilmesinden önce usulüne uygun konulmuş bir haczin varlığı aranacak, bulunmadığının anlaşılması halinde ise hacze iştirak söz konusu olamayacaktır.

6183 sayılı Yasa'nın 21. maddesinde, ihtiyati haczin ilk hacze iştirak imkanı verdiğine ilişkin bir hükmün bulunmaması karşısında, kamu alacağı'ndan dolayı konulan haczin, ilk hacze iştirak imkanı sağlayabilmesi için kesin haciz olması gerekecektir.

213 sayılı Vergi Usul Yasası'nın 10. maddesi uyarınca yöneticilerin, temsil edilen tüzel kişiliğe ait vergi ve buna bağlı borçlardan dolayı sorumlu tutulmaları mümkündür; ancak bunun için vergi alacağı'nın, vergi yükümlüsü tüzel kişiliğin mal varlığı'ndan kısmen veya tamamen alınamaması, buna sebep olan kanuni temsilciler aleyhine takip yapılarak, ödeme emri tebliğ edildikten sonra temsilcinin mallarının haczi gerekecektir.

Yerel mahkeme, sıra cetveline giren alacağı'nın sadece ihtiyati hacizden kaynaklandığını, ihtiyati haczin ise ilk hacze iştirak olanağı verme-

yeceği gerekçesi ile davalıya ayrılan satış bedeli payının sıra cetvelinden çıkarılarak, davacı bankaya ödenmesine karar vermiştir.

Somut olayda ise; davalı vergi dairesi, alacağının bir kısmının N. Tekstil Anonim Şirketi'nin, yatırım teşvik belgesi kapsamında 6183 sayılı Yasa'nın 13. maddesi uyarınca verilmiş ihtiyati hacizden, diğer bir kısmının ise anılan şirketin sair vergi borçları nedeniyle verilmiş kati hacizlerden doğduğunu, alacağın şirketten tahsilinin mümkün olamayacağı nedeniyle, yönetim kurulu başkanı ve ortağı olan H. N. E.'nin mal varlığına haciz konularak, kamu alacağının tahsili yoluna gidildiğini belirtilmektedir. Davalı idare, gerek bilirkişi raporuna itirazında, gerekse 13.9.2001 günlü temyiz dilekçesinde alacağın ihtiyati haciz ve kesin hacizlerden oluştuğunu tekrarlamıştır.

Dosyadaki belgelerden, sıra cetveline konu alacağın sadece bir kesiminin 6183 sayılı Yasa'nın 13. maddesi uyarınca verilmiş ihtiyati haciz kararından kaynaklandığı, hacze iştirak eden kamu alacağının, bedeli paylaşımına konu taşınmazın aynından doğmayıp, temsil edilen şirketin yatırım teşvik belgesinden ve diğer vergi borçlarından oluştuğu görülmektedir.

Hacizli taşınmazın aynından doğmayan kamu alacağının önceliği olmayıp, taşınmaza satıştan önce usulüne uygun haciz konulup konulmadığının araştırılması gerekir. Haciz konulmuşsa 6183 sayılı Yasa'nın 21/1. maddesi ile ilk hacze iştiraki sağlanacaktır.

Açıklanan olgular karşısında, kamu alacağının ilk hacze iştirakinin geçerli olup olmadığı yada geçerli olan miktarın belirlenebilmesi ve temsilcinin malvarlığından tahsil edilebilmesi için; temsil edilen şirketin malvarlığından kamu alacağının kısmen veya tamamen tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması ve temsilci hakkında, hacizli malın satışından önce usulüne uygun kesin haciz uygulanıp uygulanmadığının araştırılarak, istem hakkında karar vermek gerekirken, eksik araştırma ve inceleme ile davanın kabulüne karar verilmesi isabetli bulunmamıştır.

Belirtilen nedenle, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup, direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 28.04.2004

E. 2004/12-232

K. 2004/243

* İcra emrinin iptali

* Avukatlık ücretine eklenen KDV

(4. 12. 2002 tarihli Av. Asgari

Ücret T. m. 21; 3065 sayılı K.; 1086 sayılı HUMK m. 423; 4667 sayılı K. ile değişik 1136 sayılı Av. K. m. 168, 169; Anayasa m. 73)

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Dava, icra emrinin şikayet yoluyla iptali isteminden ibarettir.

Davacı-borçlu vekili;davalının, ilamlarm icrası yoluyla müvekkili aleyhine icra takibine giriştiğini, takip dayanağı ilamda alacaklı yararına takdir olunan avukatlık ücretine ayrıca Katma Değer Vergisi ilave edilmesine dair bir hüküm bulunmadığı halde; borçluya tebliğ edilen icra emrinin, avukatlık ücretine eklenen 130.786.588 TL Katma Değer Vergisi'nin ödenmesi ihtarını da içerdiğini ileri sürerek, icra emrinin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemenin; *“Takip dayanağı ilamda alacaklı lehine hükmedilen avukatlık ücreti dışında, Katma Değer Vergisi'nin tahsiline dair hüküm bulunmadığı”* gerekçesiyle, *“şikayetin kabulü ile, avukatlık ücretine eklenen 130.786.588 TL Katma Değer Vergisi yönünden icra emrinin iptaline”* dair verdiği karar, Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Davacı kurumun kiracısı bulunduğu taşınmazla ilgili olarak, taraflar arasında görülen dava sonucu kira bedelinin tespiti ile birlikte, o davanın davacısı lehine, kiracı kurum aleyhine 726.592.159 TL nispi avukatlık ücretine hükmedildiği, Katma Değer Vergisi ile ilgili bir hüküm tesis edilmediği; davalı-alacaklının, anılan ilamda borçlu durumundaki kurum aleyhine icra takibi yaptığı ve hükmedilen vekalet ücretine ilave olarak 130.786.588 TL Katma Değer Vergisi talebi üzerine görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu yönlerden taraflar arasında da bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Uyuşmazlık; Avukatlık Ücret Tarifesi'ne göre davalı-alacaklı lehine takdir ve hükmolunan vekalet ücretine, ayrıca Katma Değer Vergisi'nin ilave edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere vekalet ücreti, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 423. maddesinde sayılan yargılama giderlerinden olup, anılan maddenin 6. bendine göre, yasa gereğince hesap ve takdiri öngörülmüştür.

Bu noktada, 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 4667 sayılı Yasa ile değişik 168. maddesinde, yargı yerlerindeki işlemlerden alınacak avukatlık ücretinin asgari hadlerini gösterir tarifenin düzenlenme usulü, yetkili makam ve uygulanma zamanı açıklanmış; anılan Yasa'nın 169. maddesinde ise, haksız çıkan tarafa yükletilecek avukatlık ücretinin tarifede yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamayacağı belirtilerek, yargı mercilerince hükmedilecek avukatlık ücretinin asgari ve azami sınırları açıkça düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, yasa koyucu avukatlık ücretinin dışında kalan Katma Değer Vergisi'nin uygulanacağına ilişkin bir düzenleme getirmemiştir.

Aksine genişletici bir yoruma gidilerek, vekalet ücretine yasaca öngörülme-yen Katma Değer Vergisi'nin eklenmesi, ne yasanın bütünüyle, ne de yasa koyucunun amacı ile bağdaşmayacaktır.

Yeri gelmişken belirtilmelidir ki; vergi, kamu giderlerini karşılamak amacıyla yasalarla gerçek ve tüzel kişilerden mali güçlerine göre istenen bir yükümlülüktür. Vergi, belirli bir hizmetten doğrudan yararlanma karşılığı olmayıp, tüm kamu hizmetleri için yapılan giderlere ortak katılım payını ifade eder.

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük ise, kişilerden kimi kamu hizmetleri karşılığında yada bir hizmet karşılığı olmaksızın kamu gücüne dayanılarak alınan paralardır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin ortak özellikleri kamu gücüne dayanılarak tek taraflı iradeyle alınmaları, gerektiğinde zorla alınmaları ve bir yasayla konulmalarıdır.

Nitekim Anayasa'nın 73. maddesi, "*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır*" düzenlemesini içermekte olup; Buna göre vergi yükümlülüğünün konusu, yükümlüsü, matrahı ve oranı ile, vergiden doğan ödev ve usul ilişkilerinin yasayla düzenlenmesi gerektiği kuşku ve duraksamadan uzaktır.

O halde, 4.12.2002 tarihinde yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 21. maddesinde mevcut; *"Bu tarifede yer alan ücretlere 3065 sayılı Kanun hükümleri gereği Katma Değer Vergisi ayrıca ilave edilir"* şeklindeki düzenlemenin, Anayasa ve Avukatlık Yasası'ndan doğmayan bir yetkiye istinaden yapıldığı; Eş söyleyişle, yasaca düzenlenmediğinden, Anayasa'nın 73. maddesi hükmüne aykırı olduğu açıktır.

Hal böyle olunca, tarifeye göre hükmedilen avukatlık ücretine Katma Değer Vergisi'nin ayrıca ilave edilemeyeceğini benimseyen yerel mahkeme direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, yukarıda yazılı nedenlerle onanmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 24.03.2004

E. 2004/7-174

K. 2004/161

*** Kadastro tespitine itiraz**

*** Kazandırıcı zamanaşımı**

(3402 sayılı Kadastro K. m. 14, 17, 19; 4721 sayılı TMK m. 713)

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Dava, kadastro tespitine itiraz niteliğindedir.

Davacı Hazine, Mudanya İlçesi, Zeytinbağı Beldesi'nde yapılan kadastro çalışmaları sonunda 116 Ada, 129 parsel sayılı taşınmazın davalı adına tespit edildiğini, davalının dayandığı tapu kaydının iskanen oluştuğunu, iskan tapusunun sınırında mera ve orman gözüktüğünü, bu tür gayrisabit sınırlar içeren tapu kayıtlarının miktarı itibarıyla geçerli olduğunu, kadastro tespitinin yanlış yapıldığını, miktar fazlasının Hazine adına tapuya tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, dayandığı tapunun miktar fazlası olan yeri zilyet ve tasarruf ettiğini; önceki malikler ve temlik aldıktan sonra kendisinin toplam zilyetlik süresi itibarıyla yararına zilyetlikle iktisap koşullarının oluştuğunu, kadastro tespitinin doğru yapıldığını, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, her ne kadar teknik bilirkişilerce dava konusu taşınmazın orman sayılmayan bir yer olduğu ifade edilmişse de, tespitin dayanağını oluşturan iskan tapusunun sabit sınırlı bulunmadığı, değişmeye

ve genişletilmeye elverişli sınırlar içerdiği, bu nedenle miktara itibar edilmesi gerektiği sonucuna varılarak davanın kabulüne, kayıt miktar fazlası kısmın tapusunun iptali ile Hazine adına tesciline karar verilmiş; hüküm özel dairece yukarda yazılı gerekçe ile bozulmuştur.

Yerel mahkeme ile özel daire arasında çıkan uyuşmazlık, tapu miktar fazlası olan kısmın zilyetlik yoluyla davalı tarafından edinilip, edinilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Dava konusu taşınmazın bulunduğu yörede orman kadastrounun yapıldığı, 12.2.1991 tarihinde askıya çıkarıldığı ve 13.8.1991 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Tespitin dayanağını oluşturan 5.10.1956 tarih, 20 sıra nolu tapu kaydı, 2.9.1946 tarihli iskanen oluşturulan tapu kaydına dayanmaktadır. Bu kaydın sınırlarında fundalık gibi genişletilmeye elverişli sınır bulunmaktadır. Buna rağmen kadastro tespiti sırasında zilyetlikle kazanma koşulları olduğu gerekçesiyle miktar fazlası davalı adına tespit edilmiştir.

Mahkemece yapılan keşiften sonra düzenlenen orman yüksek mühendisi ve ziraat mühendisi raporlarında dava konusu taşınmazın eğiminin %10 civarında olduğu, 60 yaşlarında bakımlı mahsuldar zeytin ağaçlarının bulunduğu, memleket haritası, hava fotoğrafı ve amenajman planında taşınmazın tarım alanı olarak gözüktüğü, toprağın orman toprağı özelliği göstermediği, orman kadastro sınırı dışında ve bitişiğinde olduğu, taşınmazın evveliyatının kültür arazisi olduğu açıklanmıştır.

Harita mühendisi O. S. 14.12.2001 tarihli raporunda 116 ada 129 nolu parselin 11.700, 31 m2 miktarında olduğunu tapu kayıt miktarının 3500 m2 olduğu, miktar fazlasının ise 8.200, 31 m2 olduğunu belirtmiştir.

Hemen belirtelim ki, taşınmazın bulunduğu yöre de orman kadastro yapıldığı, 12.2.1991 tarihinde askıya çıkarıldığı, 13.8.1991 tarihinde kesinleştiği, arazi kadastro su ise, 2.2.2001 tarihinde askıya çıkarıldığı, dava açıldığından kesinleşmediği anlaşılmaktadır.

Özel Daire bozmasında her ne kadar, tespit tarihine kadar tapu miktar fazlası kısım için kazandırıcı zamanaşımı süresinin dolduğu kabul edilmişse de, davalı tarafın tutunduğu tapu kaydı 5.10.1956 tarihli, iskanen Hazine tarafından dağıtılan tapudan gelmektedir. Tapu kaydının doğusu taşlık ve fundalık, batısı çalılık kuzey ve güney sınırları

fundalık olarak gösterilmiştir. Eylemli durumda da taşınmazın kuzey ve kısmen batısında orman bulunmaktadır.

Dayanak tapu kaydı değişmeye, genişletilmeye elverişli sınır ihtiva etmesi nedeniyle 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 20. maddesi hükmü uyarınca kapsamının yüzölçümü ile belirlenmesi zorunlu olup, dava konusu parselin dayanak tapu miktar fazlasının öncesinin orman olduğunun kabulü gerekir.

Gerçekten kayıta geçen fundalık sınırı ile eylemli durumda bu sınırda var olan orman birbirini doğrulamaktadır. Orman sınırlandırılmasının yapılp kesinleştiği 13.8.1991 tarihine kadar, dava konusu bölümün orman sayılan yerlerden olduğunun kabul edilmesi gerektiğinden, orman sınırlandırılmasının kesinleştiği güne kadar davaya konu kesimde sürdürülen zilyetliğin bir önemi bulunmamaktadır. Uzman bilirkişilerin raporlarında bu yerin 6831 sayılı Yasa'nın 1. maddesi uyarınca orman sayılan yerlerden olmadığı yönündeki görüşlerinin de açıklanan belirleme karşısında bir anlamı yoktur.

Bu durumda, her ne kadar davaya konu olan bölümün orman kadastro ekiplerince yapılan idari çalışma sonucu orman sınırlandırma tutanağı ve haritalarının dışında bırakıldığı; sınırlandırmanın 13.8.1991 tarihinde kesinleştiği, orman sınırlandırılmasının kesinleştiği bu tarih ile arazi kadastro tespitinin yapıldığı 26.10.1999 tarihleri arasında 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 14. maddesi ile Türk Kanunu Medenisi'nin 639. (Türk Medeni Kanunu'nun 713.) maddesinde öngörülen 20 yıllık kazandırıcı zamanaşımı süresinin dolmadığı anlaşılmakla, Hazine'nin kayıt miktar fazlasına yönelik olarak açtığı bu davanın kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun istikrarlı uygulaması da bu yöndedir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.5.1992 gün ve 1992/16-203-339 sayılı ilamı; 27.1.1993 gün ve 1992/16-676 E., 1993/16 K. sayılı ilamı; 1.12.1993 gün ve 1993/17-562 E., 1993/771 K. sayılı ilamı; 23.6.1993 gün ve 1993/17-169-473 sayılı ilamı; 21.4.1993 gün ve 1993/17-83-177 sayılı ilamı; 5.4.1995 gün ve 1994/16-796 E., 1995/267 K. sayılı ilamı; 29.3.1995 gün ve 1995/16-116-251 sayılı ilamı; 5.6.1996 gün ve 1996/7-313-458 sayılı ilamı; 2.5.1997 gün ve 1997/7-127-384 sayılı ilamı; 21.5.1997 gün ve 1997/7-128-441 sayılı ilamı; 17.12.2003 gün ve 2003/7-750-787 sayılı; 2003/7-752-788; 2003/7-753-789 sayılı ilamı, 10.3.2004 gün ve 2004/7-147 Esas ve Karar sayılı ilamları)

Bununla birlikte önemle belirtilmelidir ki, kadastro hakimi doğru sicil oluşturmak zorundadır. 3402 sayılı Kadastro Yasası'nın 19/2 maddesinde; *"taşınmaz üzerinde malikten başka bir kimseye ... ait muhtesat mevcut ise bunun sahibi, cinsi, ihdas tarihi ve iktisap sebebi belirtilerek tutanağın ve kütüğün beyanlar hanesinde gösterileceği"* açıklanmıştır. Yerleşmiş Yargıtay uygulamasına göre çoğun içinde az da bulunur. Kuralı uyarınca davalı mülkiyete dayanmakla, taşınmaz üzerinde bulunan zeytin ağaçlarının mülkiyetinin de kendisine ait olduğunu zımnen ileri sürmüş olduğunun kabulü gerekir.

O halde, kamu malı orman yada mera olmayıp, tarla olarak özel mülk niteliğinde tapuya kaydedilmesi gereken davaya konu taşınmaz kısmı üzerinde bulunan zeytin ağaçlarının, cinsi, adedi, arz üzerindeki dağılımı saptanıp, 3530 sayılı Zeytinciliğin Islahı Hakkındaki Kanun'a göre özel mülkiyete konu olabilecek nitelikte olup olmadığı araştırılıp, sonucuna göre özel mülkiyete konu olabilecek türde bir muhtesat olduğunun anlaşılması halinde tapunun beyanlar hanesinde gösterilmesi gerekir.

Hal böyle olunca, yerel mahkemenin zilyetlik süresinin orman kadastrasının kesinleşmesi tarihinden itibaren başlaması gerektiği ve 3402 sayılı Kadastro Yasası'nın 14 ve 17. maddelerinde öngörülen sürenin dolmadığı yönündeki belirlemesi doğru olmakla birlikte, Hazine'ye ait özel mülk niteliğindeki taşınmaz üzerinde bulunan muhtesatın tapunun beyanlar hanesine şerh edilmesinin gerekip

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 11. 02. 2004

E. 2004/6-67

K. 2004/64

*** İtirazın kaldırılması ve tahliye**

*** İcra inkar tazminatı**

*** Kötü niyet tazminatı**

(2004 sayılı İİK m. 67, 68, 269;
4531 sayılı K.)

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Dava kira alacağının süresinde ödenmemesi nedeniyle oluşan temerrüde dayalı olarak girişilen icra takibine yapılan itirazın kaldırılması ile kiracının tahliyesine karar verilmesi ve İİK m. 68'e göre %40'dan aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatı istemine ilişkindir.

Davacı, davalı-kiracının kira sözleşmesine göre ödemesi gereken 2001 yılı Ağustos, Eylül ve Ekim ayları kiralalarını 2.062.500.000 TL eksik ödediğini, ayrıca Kasım 2001 ayına ait kira bedelini sözleşmeye göre ayın üçüne kadar ödemesi gerekirken, süresinde ödemediğini ileri sürerek, borçlu-kiracının yaptığı itirazın kaldırılmasına, alacağın tahsiline, kiralandan tahliyesine, %40'tan aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, kira bedelinin uyarlanması ve 4531 sayılı Yasa'ya göre yeniden tespiti için dava açtığını, Kasım 2001 ayına ait kirayı da yasal uzatma süresi (ayın 3'ü cumartesi gününe denk geldiğinden pazartesi günü ayın 5'inde) içinde ödediğinden temerrüt oluşmadığını, bu nedenle girişilen takibin haksız ve kötüniyetli olduğunu savunarak açılan davanın reddine, %40'tan aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemenin, kiracının, sözleşmeye ve aralarındaki uygulamaya göre kira bedelini süresinde ödediği ve bu yönden temerrüt oluşmadığı, kira bedelinin yeniden belirlenmesi için kiracı tarafından açılan davada, 2000 ve 2001 yıllarında emredici nitelikteki 4531 sayılı Yasa'nın uygulanması gerektiği, karar kesinleşmese bile, artık sözleşmeye itibar edilemeyeceğinin anlaşıldığı, bu nedenle; alacaklı-kiralayanın, kira bedelinin kiracı tarafından sözleşmeye göre belirlenen bedelden eksik ödenmesi sonucunda temerrüt oluştuğu yönündeki iddiasının yerinde görülmediği, böylece davacı-kiralayanın, girişilen icra takibinde haksız olduğu gerekçesiyle davanın reddine ancak, olayın oluş şekline, davacının iddialarını kira sözleşmesine dayandırmış olmasına, taraflar arasındaki kira miktarı konusunda uyuşmazlık çıkmasına ve başka bir davaya konu yapılmış olmasına göre, davacı-kiralayanın icra takibine girişimde kötüniyetli olduğunun sabit bulunmaması nedeniyle, davalı-borçlu-kiracı yararına kötüniyet (icra-inkar) tazminatı hükmedilmesine yer olmadığına ilişkin olarak kurduğu hüküm, özel dairece yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuştur. Kararı davacı ve davalı temyiz etmiştir.

Özel Daire davacının temyiz itirazını reddetmiş ve bu kısım kesinleşmiştir.

Yerel mahkeme ile özel daire arasındaki uyuşmazlık; davalı-kiracı yararına icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerekip gerekmediği noktasındadır.

Burada icra inkar tazminatı ve kötüniyet tazminatı kavramı ile İcra İflas Yasası'nın 67/2 ve 68. maddelerindeki düzenlemelerin açıklanmasında yarar vardır.

Dava değerine göre sulh ve asliye hukuk mahkemelerinde görülen itirazın iptali davaları; genel haciz yolu ile girilen ilamsız takiplerde borçlunun itirazı üzerine takip durduğundan; alacaklıya, takibe devam edip alacağına kavuşması amacıyla sağlanan olanaklardan biridir.

İcra İflas Yasası'nın 67. maddesine göre, *"takip talebine itiraz edilen ve itirazın kaldırılması için mercie müracaat etmek istemeyen alacaklı, itirazın tebliğinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak genel hükümler çerçevesinde, alacağının varlığını ispat ederek itirazın iptalini dava edebilir."*

Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verirse borçlu; takibinde haksız ve kötüniyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin ağırlığına göre, red veya hükmolunan meblağın %40'ından aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminata mahkum edilir" denmektedir. Açıkça görüleceği üzere burada öngörülen kötüniyet (icra inkar) tazminatı ancak, genel hukuk mahkemesinde 1 yıl içerisinde İtirazın iptali davası açılması haline münhasır olmakta ve kötüniyetin varlığı bu durumda tartışılabilmektedir İcra ve İflas Kanunu'nun 67. maddesinde düzenlenen ve uygulamada *"kötüniyet tazminatı"* olarak adlandırılan gelen tazminat türü, sadece ve ancak, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde takibe girişmekte kötüniyetli bulunduğu borçlu tarafından açıkça kanıtlanmış olan, ya da öyle olduğu ayrıca kanıtlanmasına gerek bulunmaksızın dosya kapsamından açıkça anlaşılabilen alacaklıya yönelik bir yaptırım niteliğindedir. Alacağının varlığına maddi hukuk kuralları çerçevesinde inanarak icra takibine girişen, ancak bunu usul hukuku kurallarına uygun şekilde kanıtlayamadığı için itirazın iptali istemi reddedilen bir alacaklı, İİK'nın 67. maddesi anlamında *"haksız"* ise de, kötüniyetli olarak kabul edilebilmesine ve dolayısıyla, bu iki koşulun birlikte gerçekleşmesini açıkça şart koşan söz konusu hüküm çerçevesinde tazminatla sorumlu tutulmasına hukuken olanak bulunmamaktadır (Y. HGK, 10.04.2001 tarih 2002/19-282-299 sayılı kararı).

Öte yandan alacaklı dilerse itirazın tebliği tarihinden itibaren 6 ay içinde icra mahkemesinde (icra tetkik mercii) itirazın kaldırılması isteminde bulunabilir. İcra İflas Yasası'nın 68. maddesinin son fıkrasına göre; *"itirazın kaldırılması talebinin kabulü halinde borçlu, bu talebin reddi*

halinde ise alacaklı, diğer tarafın talebi üzerine %40'tan aşağı olmamak üzere tazminata mahkum edilir..." denmektedir.

Hemen belirtelim ki, bu prosedürün uygulanması şıkkında; icra inkar tazminatına hükmedilmesi için, borçlunun ilamsız takip yolu ile vaki ödeme emrine karşı itiraz etmiş olması ve alacaklının da itirazın kaldırılması için icra hakimliğine itirazın kaldırılması davası açıp, İcra İflas Yasası'nın 68. maddesinin 1. fıkrasında açıklanan biçimde "alacaklının takibi, imzası ikrar veya noterlikçe tasdik edilen borç ikrarını doğuran bir senede yahut resmi dairelerin ve yetkili makamların yetkileri dahilinde usulünce bir makbuz veya belgeye dayandığını" ispat etmesi gerekir. İcra İflas Yasası'nın 68. maddesinin son fıkrasında düzenlenen icra inkar tazminatının yasaya konuluş amacı; borçlu olduğu miktarı bilebilecek veya bu miktarı tayin edebilecek durumda olan borçlunun ödeme emri üzerine icrada borcunu inkar etmesini önlemektir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.12.1967 gün ve 1967/4-1344 E. ve 615 K. sayılı ve aynı kurulun 21.03.2001 gün ve 2001/19-266-273 sayılı ilamı).

İcra İflas Yasası'nın sözü ve amacı birlikte değerlendirildiğinde, itirazın kaldırılması isteminin kabulü halinde alacaklı, reddi halinde borçlu lehine, istekleri var ve diğer koşullarda mevcutsa, iyi yada kötüniyete bakılmaksızın mutlak surette icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Somut olayda, davacı alacaklı tarafından, borçlu-kiracının 2001 yılı Kasım ayın kirasını süresi içinde ödemediği iddia edilmişse de, mahkemece; 2001 yılı Kasım ayının 3. günün cumartesi gününe denk geldiği, pazartesi ayın 5'inde ödenmesinde Yasa'ya aykırılık bulunmadığı, kaldı ki, önceki ödeme tarihlerine bakıldığında, sözleşmenin aksine kira bedelinin ayın ilk yarısında ödenmesi gerektiği yolunda bir uygulamanın oluştuğu ve temerrüdün gerçekleşmediği, bu nedenle takip eden ayların kira bedellerinin de muaccel hale gelmeyeceği gerekçesiyle, davanın reddine ilişkin olarak kurduğu hüküm, Özel Daire'ce onanmıştır. Davalının talep ettiği icra inkar tazminatı ise, davacının elindeki sözleşmeye göre icra takibine giriştiği, bu nedenle kötüniyetli olmadığı gerekçesiyle mahkemece reddedilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere İcra İflas Yasası'nın 68/son maddesi, icra mahkemesine (icra tetkik merci) başvuru yoluyla itirazın kaldırılması istemi yapıldığında artık iyiniyet-kötüniyete bakılmaksızın icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerektiği açıktır.

Hal böyle olunca, İcra İflas Yasası'nın 269/d maddesi yollaması ile aynı Yasa'nın 68/son maddesi hükmü karşısında reddedilen miktar üzerinden istemle bağlı olmak üzere icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde direnme kararı verilmesi hatalı olmuştur. Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

YARGITAY KARARI

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi

T. 03. 07. 2003

E. 2003/7276

K. 2003/8102

* Taşınmaza elatmanın
önlenmesi ve yıkım

Dava, çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi ve yıkım istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden, davacı Hazine'ye ait 5417 parsel sayılı taşınmaza komşu 4907 parselde inşaa edilen yapı ve tesislerin tecavüzlü olduğu, yerinde yapılan keşif sonucu düzenlenen 28.1.2003 tarihli rapor ve krokisinden anlaşılmaktadır.

Dava hazinece, tasfiye halinde S. S. A. konut yapı kooperatifi hasım gösterilmek suretiyle açılmıştır. Oysa dosyadaki kayıtlardan 4907 parselde kooperatif eliyle yapılan yapılaşma sonucu ferdi mülkiyete geçildiği, müstakil tapuların olduğu, davalı olarak gösterilen kooperatifin mülkiyetle ilişkisinin kesildiği görülmektedir. Bu durumda, husumetin kooperatif değil, mülkiyet hakkı sahiplerine yönetilmesi ve yargılamanın onların huzuruyla yapıлып, sonuçlandırılması zorunludur.

Hal böyle olunca, davanın husumet yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, kayıtlar ve tecavüzlü yapılarla ilişkisi kesilen kooperatif hasım gösterilerek hüküm kurulmuş olması doğru değildir. Davalıların temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince bozulmasına, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine 3.7.2003 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY KARARLARI

TC
DANIŞTAY VERGİ
DAVA DAİRELERİ
KURULU

Esas No : 2005/128

Karar No : 2006/1

Temyiz Eden : Ankara Barosu Başkanlığı

Vekili : Av. Kemal Vuraldoğan
Adliye Sarayı B Blok K: 5 06251 - Sıhhiye/ Ankara

Karşı Taraf : 1. İçişleri Bakanlığı - Ankara
2. Ankara Valiliği - Ankara
3. Çankaya Belediye Başkanlığı - Ankara

İstemın Özeti : İçişleri Bakanlığı'nca çıkarılan "İŞyeri AÇma İzni Harcı" konulu 4.9.2000 tarih ve 48119 sayılı Genelge'nin ve buna dayanılarak tesis edilen işlemlerin iptali istemiyle dava açılmıştır.

Danıştay Dokuzuncu Dairesi 9.12.2004 günlü ve E. 2000/6986, K. 2004/6517 sayılı kararıyla; 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 81. maddesinde, belediye sınırları veya mücavir alanlar içinde bir işyeri açılmasının "İŞyeri Açma İzni Harcına" tabi olduğunun hükme bağlandığı, bu düzenleme ile işyeri açma izninin belediye tarafından verilmesi şartı aranmaksızın belediye hudutları ve mücavir alanlar içinde herhangi bir işyeri açılması halinde işyeri açma izin harcının alınacağıının öngöröldüğü, diğer yandan, anılan Kanun'un 85. maddesi

gereğince yayımlanan 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun Çeşitli Harçlarla İlgili Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 10. maddesinin 1. bendinde, belediye sınırları veya mücavir alanlar içinde bir işyeri açmanın işyeri açma izni harcına tabi olduğu, 2. bendinde ise bu harcın uygulamasında işyerinin; mağaza, yazıhane, idarehane, muayenehane, imalathane, fabrika, şube, depo, otel, kahvehane, eğlence, dinlenme ve spor yerleri, tarla, bağ, bahçe, çiftlik, hayvancılık tesisleri, dalyan ve voli mahalleri, madenler, taşocakları, inşaat şantiyeleri, vapur büfeleri gibi ticari, sınai, zirai ve mesleki bir faaliyetle başka bir iş ve girişimin yapılmasına ayrılan ya da bu faaliyet, iş ve teşebbüslerde kullanılan yerler olduğunun belirtildiği, uyuşmazlıkta, barolara kayıtlı olarak avukatlık mesleğinin icrası için açılan işyerlerinin, açıklanan yasal düzenlemeler uyarınca, işyeri açma izin harcına tabi tutulmasında ve bu hususa ilişkin dava konusu Genelge ile buna dayanılarak tesis edilen işlemlerde hukuka aykırılık görülmediği, gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Karar, Ankara Barosu Başkanlığı'nca temyiz edilmiş, işyeri açma izin harcının yasada düzenlendiği kısmın adı ve niteliği göz önüne alındığında harç olduğunun açıkça anlaşıldığı ve "harcın" idarenin sunduğu belli bir hizmetin karşılığı olarak bu hizmetten yararlananlardan alınmakta olduğu, oysa avukatlık bürolarının açılmasında, büronun bulunduğu belediyeden izin alınmadığı gibi, sunulan hizmete belediyenin hiçbir katkısının bulunmadığı, bu tür bir yükümlülüğün ancak açıkça kanun hükmüyle yapılan bir düzenlemeyle getirilebileceği, genelge ve genelgeye dayanılarak tesis edilen işlemlerin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti: İçişleri Bakanlığı'nca, 2464 sayılı Kanun'da bir hizmet şartı getirilmeksizin belediye sınırları ve mücavir alanı içinde açılacak her işyerinden harç alınacağına öngörüldüğü, Danıştay Sekizinci Dairesi'nce eczacıların işyeri açma izin harcı ödemeleri gerektiği yolunda karar verildiği, tesis edilen işlemlerde yasaya aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi Ö. U.'nun Düşüncesi: 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun "İşyeri Açma İzni Harcı" başlıklı 81. maddesinde, belediye sınırları veya mücavir alanlar içinde bir işyerinin açılmasının

belirtilen harca tabi olduğu düzenlemesi getirilmiş, bu Kanun'un Çeşitli Harçlarla İlgili Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 10. maddesinde de, harç uygulamasında işyeri tanımına giren yerler belirtilmiş, büro ifadesi kullanılmamış ancak belirleme tek tek sayma suretiyle yapılmamış "gibi" ifadesi kullanılmıştır. Bu düzenlemeler karşısında kendi meslek kuruluşlarından izin alan iş sahiplerinin işyeri açma izni harcı ödemesi esasını öngören genelgede ve genelgeye dayanılarak tesis edilen işlemlerde yasaya aykırılık bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Z. G.'nin Düşüncesi: Danıştay dava dairelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nce verilen kararın onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Türk Milleti adına;

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

İçişleri Bakanlığı'nca çıkarılan "İşyeri Açma İzni Harcı" konulu 4.9.2000 tarih ve 48119 sayılı Genelge ve buna dayanılarak tesis edilen işlemlerin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki Danıştay Dokuzuncu Dairesi kararı, Ankara Barosu Başkanlığı'nca temyiz edilmektedir.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun işyeri açma izni harcını düzenleyen 81. maddesinde; belediye sınırları veya mücavir alanlar içinde bir işyerinin açılmasının işyeri açma izni harcına tabi olduğu düzenlemesi getirilmiş; 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun Çeşitli Harçlarla ilgili Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin işyeri açma izni harcına ilişkin 10. maddesinde de; belediye sınırları veya mücavir alanlar içinde bir işyeri açmanın işyeri açma izni harcına tabi olduğu belirtildikten sonra, bu harcın uygulanmasında işyerinin; mağaza, yazıhane, idarehane, muayenehane, imalathane, fabrika, şube,

depo, otel, kahvehane, eğlence, dinlenme ve spor yerleri, tarla, bađ, bahçe, çiftlik, hayvancılık tesisleri, dalyan ve voli mahallen, madenler, taŐ ocakları, inŐaat Őantiyeleri, vapur bűfeleri gibi ticari, sınai, zirai ve mesleki bir faaliyetle baŐka bir iŐ ve giriŐimin yapılmasına ayrılan ya da bu faaliyet iŐ ve teŐebbűslerde kullanılan yerler olduđu ifade edilmiŐtir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "*Avukatlığın Mahiyeti*" baŐlıklı 1. maddesinde avukatlığın kamu hizmeti ve serbest bir meslek olduğu; aynı Kanun'un 43. maddesinde de bűro edinme zorunluluğu ve esasları belirlenmiŐ, bűronun niteliklerini baroların belirteceği düzenlemesine yer verilmiŐtir.

UyuŐmazlıđın özü, iŐyeri aça ma iznini barodan alan ve aça cağı bűronun nitelikleri barolarca belirlenen avukatların belediyelere ayrıca "*İŐyeri Aça ma İzni Harcı*" ödemeleri gerekip gerekmediğinin belirlenmesine iliŐkindir.

Harç, karŐılıđında belirli kamu hizmetlerinden yararlananların bu hizmet karŐılıđında devlete ödemeleri gereken para olup, harcın yükümlűsü de, kamu hizmetinden yararlanan veya harca tabi iŐlemi yaptıran kiŐidir.

Avukatlık Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca, ilgili baro tarafından ruhsatname verildiği andan itibaren unvanını kullanabilen avukatların levhaya yazıldıktan sonra kanunda belirtilen süre içinde baro bölgesinde nitelikleri barolarca belirtilen bir bűro kurarak faaliyette bulunması yasal bir zorunluluktur. Avukatlık bűrolarının açılması veya çalıştırılması hususunda belediyelerce izin verme veya kapatma yetkisi bulunmadığı, davalı belediye baŐkanlıđınca verilen savunmada da kabul edilmekte olup, bu bűrolar nedeniyle belirli bir kamu hizmeti karŐılıđı alınması esas olan iŐyeri aça ma izni harcının alınması hukuken mümkün değildir.

Bu durum karŐısında, İçiŐleri Bakanlığı'nca yayımlanan 4.9.2000 tarih ve 48119 sayılı Genelge'de yer alan "*kendi meslek kuruluşlarından izin alan iŐ sahiplerinin de belediyelere ayrıca iŐyeri Aça ma İzni Harcı¹ ödemeleri*" gerektiği yolundaki belirlemenin avukatlara uygulanması mümkün olmadığından avukatlar yönünden iptali gerekirken, genelgenin ve bu genelgeye dayanılarak baroya gönderilen iŐlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki Daire kararında isabet görűlmemiŐtir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne, Danıştay Doku-zuncu Dairesi'nin 9.12.2004 günlü ve E. 2000/6986, K. 2004/6517 sayılı kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 27.1.2006 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

Karşı Oy

Avukatlık bürolarının niteliklerini belirtmek, Avukatlık Kanunu'nun 81. maddesinin 8. bendine göre Baro Genel Kurulu'nun görevlerinden olup, 95. maddenin 2. fıkrasına bağlı 13. bende göre Genel Kurul'un bu konudaki kararını yerine getirmek de yönetim kuruluna aittir.

Kurul kararında belirtildiği gibi levhaya yazılma isteğinin kabul kararı Adalet Bakanlığı'nca onaylanan her avukat, levhasına yazıldığı baronun genel kurul kararına uygun nitelikte bir büroyu üç ay içinde kurmak ve bağlı olduğu baroya bildirmek zorundadır. Büronun, genel kurul kararında aranan niteliğe uygunluğu yönünden denetimi de avukatın levhasına yazılı olduğu baro yönetim kuruluna ait olduğundan belediyelerin, avukatlık mesleğinin yürütüldüğü bürolarda faaliyete izin verme ve yasaklama yetkisi bulunmamaktadır.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra noterlik ve avukatlık bürolarının faaliyete başlaması sırasında bu büroları kuran noterler ve avukatlardan, iş yeri açma izin harcı alınıp alınmayacağı konusunda Maliye Bakanlığı ile İçişleri Bakanlığı arasında çıkan görüş ayrılığı nedeniyle Danıştay Birinci Dairesi'nce 30.6.1987 tarihinde verilen E. 1987/236, K. 1987/250 sayılı istişari mütalaa ile bu büroların kurulması nedeniyle iş yeri açma izin harcı alınamayacağı kararlaştırılmış ve İçişleri Bakanlığı'nın 30.12.1987 tarih ve 41320 sayılı Genelge'siyle bu durum il valilikleri aracılığıyla tüm belediyelere duyurulmuştur. 3572 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra 3568 sayılı Yasa'ya göre kurulan mali müşavirlik bürolarını kuran meslek mensuplarından, büroların bulunduğu yer belediyeleri tarafından iş yeri açma izin harcı ödenmesi istenince, üyelerinin yakınması nedeniyle Ankara Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası tarafından İçişleri Bakanlığı'na yapılan başvurunun reddi üzerine açılan davada verilen Danıştay Sekizinci Dairesi'nin, iş yeri açma izninin belediye

tarafından verilmesi Şartı aranmaksızın, herhangi bir iş yeri açılmasının harca tabi olduğu yönündeki E. 1994/4039, K. 1995/1345 sayılı kararı dayanak gösterilerek; kendi meslek kuruluşlarından izin alan iş sahiplerinin de belediyelere ayrıca "İŞ Yeri Açma İzin Harcı" demeleri gerektiğinin değerlendirildiğini duyuran İçişleri Bakanlığı'nın 4.9.2000 tarih ve 48119 sayılı Genelge'sinin eklendiği Ankara Valiliği ve ankaya Kaymakamlığı yazılarının gönderildiği ankaya Belediye Başkanlığı tarafından, 10.10.2000 tarih ve 1021 sayılı yazı ile davacı Ankara Barosu Başkanlığı'ndan; ankaya Belediyesi sınırları ve mücavir alanında iş yeri bulunan Ankara Barosu yelerinin, barolarından izin aldıktan sonra belediyelerine başvurarak ayrıca iş yeri açma izin harcı ödeyip, belge almaları gerektiği, üyelerinin uyarılması, harç belgesi alınmadığı takdirde gerekli yasal işlem yapılacağının duyurulması için gereği istenmiştir.

Ankara Barosu Başkanlığı tarafından, İçişleri Bakanlığı, Ankara Valiliği ve ankaya Belediye Başkanlığı'na yöneltilen husumetle açılan ve ilk derece Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nin E. 2000/6986 sayılı dosyasında incelenen bu davada; İçişleri Bakanlığı'nın 48119 sayılı Genelge'si ile hangi işlemler olduğu gösterilmeksizin, sözü edilen Genelge'ye dayanılarak tesis edilen işlemlerin tümünün iptali istenmiştir.

Danıştay Dokuzuncu Dairesi; incelenebilir bir davanın varlık koşulları ve husumet yönünden 2577 sayılı Yasa'nın 14 ve 15. maddeleri karşısında bir değerlendirme yapmaksızın, Genelge ile buna dayanılarak tesis edilen işlemlerin iptali istemiyle açılan davanın esasını incelemiş ve avukatlık bürolarının iş yeri açma izin harcına tabi olduğu yargısıyla davanın reddine karar vermiştir.

Ankara Baro Başkanlığı'nca, Avukatlık Kanunu'nun 76, 95 ve 97. maddelerine dayanılarak açıldığı dava dilekçesinde belirtilen bu davaya Ankara Valiliği tarafından husumet itirazı yöneltildiği halde dava, dilekçede gösterilen husumetle incelenerek sonuçlandırılmıştır.

İdarenin hukuka bağlılığı kuramının yarattığı iptal davaları; kamu gücü kullanılarak yapılan, ilĐililerin hukuksal durumunda kendiliğinden değişiklik yaratan ve yürütülmesi gerekli hukuksal işlemleri konu edinen davalardır. Bir durumu bildiren ve o konuda etkili işlem yapma yetkisi bulunmayan idarelerin yazıları, iptal davasına konu yapılabilecek nitelikte işlem kabul edilemez.

Bu davaya konu yapıp, Dokuzuncu Daire'nin esasını incelediği İşçileri Bakanlığı Genelgesi; 3568 sayılı Yasa kapsamındaki serbest meslek sahipleri hakkında Danıştay Sekizinci Dairesi'nin yukarıda özetlenen kararını il valiliklerine duyuran bir yazıdır. Bu Genelge ne davacı Ankara Barosu Başkanlığı ve ne de avukatların iş yeri açma izin harcına tabi tutulmasını gerektiren, daha açık anlatımla büro sahibi avukatlar hakkında harç mükellefiyeti kurulmasını gerektiren bir metin değildir. Danıştay'ın ilk ve üst derecede idari yargı yeri olarak görevlendirilmesinden bu yana süren içtihadı da genelgelerin, kesin ve yürütülmesi gereken idari işlem niteliği taşıması nedeniyle iptal davasına konu yapılamayacağı yolundadır.

Genelge'nin il idari birimlerine duyurulmasından ibaret Ankara Valiliği ve Çankaya Kaymakamlığı yazılarının niteliği de farklı olmadığı gibi bu yazıların muhatabı davacı da değildir.

İş yeri açma izin harcını tarha yetkili idare olan Çankaya Belediye Başkanlığı'nın 10.10.2000 tarih ve 1021 sayılı yazısında ise Ankara Barosu Başkanlığı'ndan; üyelerinin, harç ödeyip belge almaları konusunda uyarılması, harç belgesi almayan üyeleri hakkında yasal işlem yapılacağına üyelerine duyurulması istenmektedir. Bir isteğin duyurulmasından ibaret olan bu yazı, ne davacı ve ne de levhasında yazılı avukatların hukuksal durumunda etki yaratmamaktadır.

Dosyada davaya konu yapıldığı kabul edilebilecek bu yazılardan başka bir yazı bulunmamaktadır.

Davaya konu yapılan Genelge ve tüm diğer yazılara göre gerek görüldüğü takdirde Ankara Barosu Başkanlığı'nca Avukatlık Kanunu'nun 81. maddesinin 7 ve 95. maddesinin 17. bentlerine göre genel kurulda görüşülmesini sağlamaktan başka bir işlem yapılması gerekip gerekmediği belirlendikten ve 2577 sayılı Yasa'nın 2, 14 ve 15. maddelerine göre değerlendirme yapıldıktan sonra Avukatlık Kanunu hükümleri göz önüne alınarak yeniden karar verilmek üzere davanın reddi yolunda verilen Dokuzuncu Daire kararının bozulması gerektiği görüşünde olduğumdan, bozma kararının gerekçesine katılmıyorum.

Karşı Oy

Temyiz dilekçesinde ileri sürölen iddialar daire kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

* * *

TC
DANIŞTAY
SEKİZİNCİ DAİRE
Esas No: 2005/6261

Davacı ve Yürütmenin

Durdurulmasını İsteyen : Ankara Barosu Başkanlığı

Vekili

: Av. Kemal Vuraldoğan
Adliye Sarayı B Blok Kat:5
Sıhhiye/ Ankara

Davalı

: İçişleri Bakanlığı

Davanın Özeti

: İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'nün, içkili yer bölgesi tespiti yapılırken uyulması gereken esasları belirleyen 14.10.2005 günlü ve B.05.0.MAH.0.65.00.02/ (300-313)-10556-82663 sayılı Genelge'sinin hukuka, Anayasa'ya ve kamu yararına aykırı olduğu öne sürölerek iptali ve yürütmenin durdurulması, ayrıca genelgenin dayanağı 5393 sayılı Belediye Yasası'nın 15/o maddesinin, Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi istemidir.

Savunmanın Özeti: Dava konusu Genelge'nin, umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin ruhsatlandırılmasının 5393 sayılı Kanun değişikliği ile belediye ve il özele idarelerine devredilmesi yani uygulayıcıların değişmesi üzerine mevzuatın ne şekilde uygulanacağına açıklık getirmek üzere yayımladığı, düzenlemenin amacının toplumun huzuru, güvenliği ve küçüklerin korunması olduğu, müktesep hakların korunması gerektiğinin vurgulandığı, genelgede hukuka aykırı bir yön bulunmadığı öne sürölerek istemin reddi savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi Y. B.'nin Düşüncesi: 10.08.2005 günlü ve 25902 sayılı *Resmi Gazete'* de yayımlanan İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin 4/h maddesinde içkili yer bölgesinin tanımlandığı, tanımlanan içkili yer bölgesinin tespit edilemeyeceği yerlerin aynı Yönetmeliğin 29. maddesinde sayıldığı, dava konusu Genelge'de ise Yönetmelik'te belirtilmemiş kısıtlamalar getirilmesinde hukuka uyarlık görülmediğinden yürütmenin durdurulması isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı A. Y. Ö.'nün Düşüncesi: Dava, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü tarafından ilgili birimlere gönderilmek üzere çıkartılan 14.10.2005 günlü ve 10556-82663 sayılı İçkili Yer Bölgesi Tesbiti Yapılırken Uyulması Gereken Esasları Belirleyen Genelge'nin iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle açılmıştır.

Ayrıca, Genelge'nin dayanağı olan 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin (o) fıkrasının Anayasa'ya aykırı bulunduğu ileri sürülerek bu maddenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi istenilmektedir.

Sözü edilen Yasa hükmünde yer alan "eğlence yerleri" tanımı kapsamı içinde kalan içkili yerlerin, 2005/9207 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesinin (g) fıkrasında sayılan gazino, pavyon, meyhane, bar, birahane, içkili lokanta ve benzeri içkili yerler ile aynı maddenin (h) fıkrasında tanımlanan içkili yer bölgesi belirlemeleri ile sözü edilen yönetmelikte eğlence yeri tanımının içinde olmasına karşın ayrıca sayma yolu ile tarif edilip içkili yer bölgesinin özel olarak tanımlanması ve söz konusu Yönetmelik'le yürürlükten kaldırılan Yönetmelik'ten önce yürürlükte bulunan Açılması İzne Bağlı Yerlere Uygulanacak İşlemler Hakkında Yönetmeliğin (RG, 30.12.1999-23922) 3. maddesinde dayanağı gösterilen Yasalara uyularak 5.maddesinde İçkili Yer bölgesi Tespit Komisyonu'nun oluşumu 6. maddesinde içkili yer bölgesinin tespiti, 7. maddesinde içkili yer bölgesi tespit edilmeyecek yerlerin 8.maddesinde de turizmin yoğun olduğu bölgelerdeki tesislerin durumunun düzenlediği görülmekte olup, yasa koyucu tarafından öteden beri kullanılmakta olan tanımların tekrar kullanılması ile içkili yer bölgeleri konusunda mülki amirler yerine belediyeler ile özel idare müdürlüklerinin yetkili kılınması, bu sonuca göre de, mahalli idarelerin yetkili kılınmasına yönelik sav bulunmaması

karşısında maddede yer alan tanım ve kapsama alınmaya yönelik olan Anayasa'ya aykırılık iddiası, davaya konu düzenleyici işlemde dayanan açık hükmün iddia olunan yasa hükmü de olmaması nedeniyle ciddi ve itibar edilebilir nitelikte bulunmamıştır.

Davaya konu Genelge'nin dayanağı olan İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin 2005/9207 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Yönetmeliğin 29. maddesinde içkili yer bölgesi, mülki idare amirinin genel güvenlik ve asayiş durumu hakkındaki görüşü doğrultusunda belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde belediye meclisi, bu sınırlar dışında il genel meclisi tarafından tespit edilir.

İçkili yer bölgesi haricinde içkili yer açılmaz.

İçkili yer bölgesi olarak tespit edilemeyecek yerler başlıklı 30. maddesinde;

a. Hükümet binaları, hapisane ve ıslah evleri, her türlü mabet, dini kurum ve kuruluşlar, sanat müesseseleri, maden ocakları, inşaat yerleri, patlayıcı, yanıcı ve benzeri tehlikeli maddeler üretilen, satılan ve depolanan yerler ile gaz dolun tesisleri yakınında,

b. Konaklama yerleri hariç olmak üzere, otoyolları ve karayollarının her iki tarafından sınır çizgisine iki yüz metreden yakın mesafe içinde;

c. Otogar ve otobüs terminallerinde,

d. Resmi ve özel okul binaları, ilk ve orta öğretim öğrencilerinin barındığı öğrenci yurtları ile anaokullarına yüz metreden yakın mesafe içinde,

tespit edilemez.

222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamına girmeyen eğitim-öğretim kurum ve tesisleri ile öğrenci yurtları ve (a) bendinde belirtilen yerler için mahalli şartlar dikkate alınarak belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde belediye meclisi, bu sınırlar dışında il genel meclisi tarafından belirli bir mesafe, tayin ve tespit edilir.

Karar ve krakinin hazırlanması başlıklı 31. maddesinde de tespit edilen içkili yer bölgesi, belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde belediye meclisi, bu sınırlar dışında il genel tasdiklenmiş ölçekli kroki eklenir. Kuralları yer almıştır.

İçkili yerlerin tabi olduğu yasalarla getirilen kısıtlamaların yanında yukarıda sözü edilen yönetmelik kuralları ile getirilen düzenleme ile öngörülen kısıtlamalar ile içkili yerlerin “konutlardan ayrılmış, özel olarak bu şekilde faaliyet gösteren işletmelere tahsis edilmiş, alt yapısı, ulaşım hizmetleri buna göre yapılmış ayrı bir bölgede” açılmasına izin verileceğini öngören bir üst hukuk normu bulunmamasına karşın Genelge ile bu şekilde tanımlama yapılarak kısıtlama getirilmesinde hukuka uyarlık bulunmamıştır.

Bu sebeple Genelge’nin sözü edilen kısıtlayıcı bölümünün yürütülmesinin durdurulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Türk Milleti adına;

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesi’nce işin gereği görüşüldü;

Dava, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü’nün, içkili yer bölgesi tespiti yapılırken uyulması gereken esasları belirleyen 14.10.2005 günlü ve B.05.0.MAH.0.65.00.02/ (300-313)-10556-82663 sayılı Genelge’sinin hukuka, Anayasa’ya ve kamu yararına aykırı olduğu öne sürülerek iptali ve yürütmenin durdurulması, ayrıca Genelge’nin dayanağı 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 15/o maddesinin, Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesi’ne gönderilmesi istemiyle açılmıştır.

5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 15. maddesinin (o) fıkrasında, gayri sıhhi işyerlerini, eğlence yerlerini, halk sağlığına ve çevreye etkisi olan diğer işyerlerini belirli yerlerde toplamak belediyenin yetkileri ve imtiyazları arasında sayılmış, Bakanlar Kurulu’nun 2005/9207 sayılı kararı uyarınca çıkarılan ve 10.8.2005 gün ve 25902 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanarak yürürlüğe giren İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinin (h) fıkrasında, “İçkili yer bölgesi: Belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde belediye meclisi, bu sınırlar dışında il genel meclisi tarafından valilik ve kaymakamlığın görüşü alınarak tespit edilen ve içerisinde şarap ve bira dahil her türlü alkollü içeceğin verilebileceği işyerlerinin açılacağı bölgeyi, ifade eder” şeklinde tanımlama yapılmıştır. Yönetmeliğin 29.maddesinde, içkili yer bölgesinin mülki idare amirinin genel güvenlik ve asayiş durumu hakkındaki görüşü doğrultusunda belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde belediye meclisi, bu sınırlar dışında il genel meclisi tarafından tespit edileceği, içkili yer bölgesi haricinde içkili yer açılmayacağı belirtilmiştir.

Yönetmeliğin “İçkili Yer Bölgesi Olarak Tespit Edilemeyecek Yerler” başlıklı 30. maddesinde ise; “içkili yer bölgesi,

a. Hükümet binaları, hapishane ve ıslah evleri; her türlü mabet, dini kurum ve kuruluşlar, sanat müesseseleri, maden ocakları, inşaat yerleri, patlayıcı, parlayıcı, yanıcı ve benzeri tehlikeli maddeler üretilen, satılan ve depolanan yerler ile gaz dolun tesisleri yakınında,

b. Konaklama yerleri hariç olmak üzere, otoyolları ve karayollarının her iki tarafında sınır çizgisine iki yüz metreden yakın mesafe içinde,

c. Otopar ve otobüs terminallerinde,

d. Resmi ve özel okul binaları, ilk ve orta öğretim öğrencilerinin barındığı öğrenci yurtları ile anaokullarına yüz metreden yakın mesafe içinde, tespit edilemez,

222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile 625 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanunu’nun kapsamına girmeyen eğitim-öğretim kurumu tesisleri ile öğrenci yurtları ve (a) bendinde belirtilen yerler için mahalli şartlar dikkate alınarak belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde belediye meclisi, bu sınırlar dışında il genel meclisi tarafından belirli bir mesafe, tayin ve tespit edilir.” kuralı yer almıştır.

Dava konusu Genelge’de yeni düzenlemeler ile bölgesel tespit yapılmasının esas alındığı belirtilerek, “Bu çerçevede kişilerin huzur ve sükunu ile beden ve ruh sağlığını temin edecek bir çevre oluşturması, umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin daha etkin bir şekilde kontrollerinin yerine getirilmesi esas alınarak, bu tür iş yerlerinin özellikle konut ve yerleşim alanları ile gürültüye duyarlı kurumların bulunduğu yerlerde açılması, bunların şehir içerisinde veya yakınında konutlardan ayrılmış özel bu şekilde faaliyet gösteren işletmelere tahsis edilmiş, alt yapısı, ulaşım hizmetleri buna göre yapılmış ayrı bir bölgede, tarihi kültürel ve turistik özellikler taşıyan cadde ve sokak veya içerisinde sadece işyerlerinin bulunduğu iş merkezi, pasaj gibi yerlerde açılabilmesine yönelik bölge tespitlerinin yapılması sağlanmalıdır.

Bu itibarla; içkili yer bölgesi tespiti yapılırken, Yönetmelik’te yer alan hükümler dışında yukarıda ki açıklamaların da dikkate alınarak, işletmelerden gelen içkili yer bölgesine dahil edilme taleplerinin her işletme için dikkate alınarak, işletmelerden gelen içkili yer bölgesine dahil edilme taleplerinin her işletme için değerlendirilmesi yerine toplu olarak

ve bölgesel çapta ele alınması hususuna dikkat edilmelidir şeklinde düzenleme getirilerek valiliklere talimat verildiği anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere, daha önceki mevzuat uyarınca mülki idare amirlerince oluşturulan,

İçkili yer bölgesi tespit komisyonlarına verilmiş olan içkili yer bölgesi tespiti yetkisinin, 5393 sayılı Belediye Kanunu ve Bakanlar Kurulu uyarınca çıkarılan İş Yeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'te, belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde belediye meclisinin, bu sınırlar dışında il genel meclisinin yetkisine bırakıldığı, bahsi geçen Yönetmelik ile de içkili yer bölgesi tespit edilemeyecek yerler açıkça sayılmıştır.

Ancak içkili yer bölgesi tespit edilemeyecek yerler yasal düzenlemelerde açıkça sayılmışken, dava konusu Genelge ile Konut ve yerleşim alanlarında, konutlardan ayrılmış, özel olarak bu şekilde faaliyet gösteren işletmelere tahsis edilmiş, alt yapısı, ulaşım hizmetleri buna göre yapılmış ayrı bir bölgede tanımları yapılarak, üst hukuk normu olan Yönetmelikte sayılmayan kısıtlamalara yer verilerek içkili yer bölgesi konusunda yeni kısıtlamalar getirildiği görülmektedir. Genelge ile ihdas edilmiş olan bu kısıtlamalara Yönetmelikte yer verilmemiş olması nedeniyle, Genelgede üst hukuk normuna uygunluk bulunmadığı gibi, getirilen bu kısıtlamalar ile içkili yer bölgelerinin tecrit anlamında şehir yaşamının dışına itilmesi sonucu çıkarılabileceğinden içerik yönünden de hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Her ne kadar davalı idare savunmasında Genelge'nin, umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin ruhsatlandırılmasının kanun değişikliği ile belediye ve il özel idarelerine devredilmesi, dolayısıyla uygulayıcılarının değişmesi nedeniyle mevzuatın ne şekilde uygulanacağına açıklık getirilmek üzere çıkarıldığı belirtilmekte ise de, Genelge'de, üst hukuk normlarında yer almayan kısıtlamalara yer verilerek, bu normları aşan hükümler getirilmesi, genel anlamda kısıtlamaların genişletilmesi veya genişletilebileceği varsayılarak belediyelerin ve il özel idarelerinin buna doğru yönlendirilmesinin söz konusu olması karşısında Genelge ile hedeflenen amacın dışına çıkıldığı görüldüğünden bu iddiaya itibar edilmemiştir.

Nitekim, sondan ikinci paragrafında "yönetmelikte yer alan hükümler dışında yukarıdaki açıklamaların da dikkate alınması" ibaresi açıkça zikredilmiş olmakla dava konusu Genelge'nin sadece yasal değişiklikleri açıklamaya yönelik olarak çıkarılma amacının aşıldığı görülmektedir.

Sonuç olarak Genelge’de içkili yer bölgesi ile ilgili olarak, yönetmelikte olmayan yeni kısıtlamalar getirilmesi, bu haliyle üst hukuk normlarına aykırı olması nedeniyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasa’nın 27. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmiş olduğu anlaşıldığından dava konusu genelgenin yürütülmesinin durdurulmasına 24.03.2006 gününde oy çokluğu ile karar verildi.

Azlık Oyu

Dava konusu genelge, içkili yerler bölgesi tespitine yönelik yetki değişikliğine ilişkin yasal mevzuatın ne şekilde uygulanacağını duyurulması amacıyla çıkarılmıştır. Genelge tümüyle incelendiğinde, Yönetmelik’te düzenlenmeyen kısıtlamaları içermekle birlikte, yasal değişiklikleri açıklayan bölümlerin de bulunduğu görülmektedir.

Genelge’nin yönetmelikte yer almayan kısıtlamalara ilişkin bölümleri bakımından çoğunluk kararına katılmakla birlikte, yasal değişiklikleri açıklayan bölümlerinde hukuka aykırı bir yön bulunmadığından bu kısma ilişkin olarak yürütmenin durdurulmasına gerek yoktur.

Açıklanan nedenlerle genelgenin, üst hukuk normunda yer almayan kısıtlamalar getiren kısmının yürütülmesinin durdurulması, yasal değişiklikleri açıklayan kısmında ise hukuka aykırılık bulunmadığından bu kısma ilişkin yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerekeceği oyu ile çoğunluk kararına katılmıyorum.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 25.12.2005
E. 2005/427
K. 2005/454

* Rüşvet vermeye aracılık etmek
* Yüz kızartıcı sayılan, meslekten
çıkarmayı gerektiren suç
* Tedbiren işten yasaklanma
(Av. K. m. 5/a, 153)

Şikayetli avukat hakkında “rüşvet suçuna aracılık etmek, resmi evrakta sahtecilik suçuna azmettirmek” iddiaları ile başlatılan disiplin soruşturması sonucunda baro yönetim kurulu, 13.07.2005 tarih, 112-2003-20 sayılı kararı ile “şikayetli avukat hakkında ağır ceza mahkemesinde ceza davasının açılmış olması, kovuşturmanın Avukatlık Yasası’nın 5/a maddesinde yer alan ve (yüz kızartıcı sayılan, meslekten çıkarmayı gerektiren suç) sayılması” nedeniyle şikayetli avukat hakkında tedbir istemiyle disiplin kovuşturması açılmasına karar verdiği,

Baro disiplin kurulunca, Avukatlık Yasası’nın 153. maddesi hükmü uyarınca şikayetli avukatın dinlenmek üzere usulüne uygun olarak çağrıldığı ve 07.09.2005 tarihli duruşmada dinlendiği, 09.11.2005 tarihinde “şikayetli avukata isnat edilen fiilin Avukatlık Kanunu’nun 5/a maddesinde belirtilen suçlardan olduğundan aynı Yasa’nın 153. maddesi uyarınca tedbiren işten yasaklanmasına” karar verildiği anlaşılmıştır.

Disiplin kovuşturmasına konu eylem sebebiyle Çankırı Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2003/.... esasında “rüşvet almak, bu suça aracılık etmek, resmi evrakta sahtecilik ve bu suça azmettirmek” suçlarından dolayı açılan kamu davasında, mahkemenin 22.10.2003 tarih ve 2003/.... karar sayılı kararı ile şikayetlinin eyleminin bir bütün halinde rüşvet vermeye aracılık etmek olarak nitelendirildiği, bu eylemin sabit görülmesi sonucunda, şikayetli avukatın TCK’nın 216. maddesi delaletiyle 213/1

maddesi gereğince takdiren 4 yıl ağır hapis ile cezalandırılmasına, kendisine rüşvet verilenin savcı olması sebebiyle TCK'nın 214. maddesi gereğince cezasının 1/3 oranında artırılarak, 5 yıl 4 ay ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına, TCK'nın 219/3 maddesi gereğince rüşvetin değeri pek hafif kabul edildiğinden 2/3 oranında indirim yapılarak 1 yıl 9 ay 10 gün ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına, TCK'nın 59/12 maddesi gereğince cezasından 1/6 oranında indirim yapılarak 1 yıl 5 ay 23 gün ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına ve TCK'nın 219/son maddesi gereğince memuriyetten müebbeten mahrumiyet cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, kararın usuli nedenlerle Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2004/ esas, 2005/ karar ve 22.02.2005 günlü kararı ile bozulduğu ve davanın derdest olduğu, dosyamız içinde bulunan kamu davası dosyasının incelemesinden anlaşılmıştır.

İncelenen kamu davası içeriğinden, Çankırı Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, kesinleşmemiş olsa dahi şikayetli avukatın mahkumiyetine karar verildiği, şikayetli avukatın kamu davasına konu olan eylemleri ile ilgili dosya içinde ciddi deliller bulunduğu tespit edilmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 153. maddesine göre *"Hakkında meslekten çıkarma cezasını gerektirebilecek mahiyette bir işten dolayı kovuşturma yapılmakta olan avukat Disiplin Kurulu kararıyla, tedbir mahiyetinde işten yasaklanabilir."*

Şikayetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu eylemi Avukatlık Yasası'nın 5/a maddesinde yer alan ve yüzkızartıcı suç sayılan *"rüşvet vermeye aracılık etmek"* olmakla meslekten çıkarma cezasını gerektirmektedir. Şikayetli avukatın eylemi meslekten çıkarma cezasını gerektirecek mahiyet ve nitelikte olduğundan, tedbiren işten yasaklanma kararında usul ve yasaya aykırı bir husus görülmemiştir.

Bu sebeplerle, Baro Disiplin Kurulunca Avukatlık Yasası'nın 153. maddesi gereğince şikayetli avukat hakkında *"tedbiren işten yasaklanma"*ya dair verilen kararda hukuki isabetsizlik görülmediğinden kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun, şikayetli avukat hakkında *"tedbiren işten yasaklanma"* kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 24.12.2005
E. 2005/356
K. 2005/445

* Özen yükümlülüğüne aykırılık
* Avukatın, hasım tarafın ancak avukatı ile görüşebilmesi
(Av. K. m. 34, 134, 158; TBB Meslek Kuralları m. 31)

Şikayetli avukat hakkında, “şikayetçinin davalı vekili, şikayetlinin davacı vekili olduğu Üsküdar İcra Tetkik Mercii’ndeki itirazın kaldırılması ve tahliye talepli davada verilen karar üzerine, şikayetçinin Asliye Hukuk Mahkemesi’nde menfi tespit davası açtığı ve davanın derdest olduğu, bu aşamada şikayetli avukatın, şikayetçinin bilgisi dışında şikayetçinin müvekkili ile anlaştığı ve şikayetçinin müvekkilinin kardeşi ile protokol düzenlendiği ve bu protokolün 2. maddesinde şikayetçinin azledilmesinin şart koşulduğu” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, baro disiplin kurulu tarafından şikayetlinin eylemi sabit görülerek uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, iddiaların doğru olmadığını, şikayetçi avukat ile Av. E. Ü. hakkında gerekli işlemin yapılmasını istemiştir.

Baro disiplin kurulu kararına karşı şikayetli ve Cumhuriyet Savcısı tarafından itiraz edilmiştir. Cumhuriyet Savcısı itirazında, Avukatlık Yasası’nın, avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara uymayanlara ilk defasında en az kınama cezası verilmesi gerekirken, uyarma cezası verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu bildirilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden şikayetli avukatın, (aslı dosya içinde bulunan) 18.09.2003 tarihli protokolü imzaladığı, protokolün 2 nolu bölümünde “Av. A. A. en geç 3 gün içinde azledilip (1). Asliye Hukuk Mahkemesi’nde açılan (menfi tespit davasından) vazgeçilmediği takdirde alacaklı vekili olarak artık beklenmeksizin yapılacak işlemlere karşı çıkmayacağız.” ifadelerinin bulunduğu görülmüştür.

Şikayetli avukatın, şikayetçinin müvekkilinin kardeşi ile ve bilgisi dışında tanzim ettiği protokolde, hasım taraf ile şikayetçinin azlini öngören metni imzalaması disiplin suçunu oluşturmaktadır. Şikayetli avukatın eylemi; “Avukat, hasım tarafın ancak avukatı ile görüşebilir.” hükmünü içeren TBB Meslek Kuralları’nın 31. maddesi, “Avukatlar yük-

lendikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmekle yükümlüdürler.” düzenlemesini getiren Avukatlık Yasası’nın 34 ve aynı Yasa’nın “Avukatlık onuruna, düzene uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, mesleki çalışmasında görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında disiplin cezaları uygulanır.” şeklindeki 134. maddesine aykırıdır. Şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası’nın avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara aykırı olduğu gibi eylemin ağırlığı ve birden fazla kuralın ihlal edilmesi karşısında, baro disiplin kurulunca Avukatlık Yasası’nın 158. maddesindeki takdir yetkisinin isabetli kullanılmadığı anlaşılmış, bu sebeplerle İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli görülmemiş, yeniden incelemeyi gerektiren bir durumda olmaması sebebiyle şikayetli avukat hakkında kınama cezası tayini ile kararın düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddine, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı’nın itirazının kabulüyle, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nun “uyarma” cezası verilmesine ilişkin kararının, “kınama” cezasına çevrilmek suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 24.12.2005
E. 2005/350
K. 2005/442

*** Resmi daireleri aracı kılarak
müteselsilen dolandırıcılık**
*** Cumhuriyet Savcılığı’nın itiraz
dilekçesinin süre yönünden reddi**
(Tebliğat K. m. 43; Av. K. m. 140/2, 183)

Şikayetçi, cezaevinden Elazığ Baro Başkanlığı’na gönderdiği dilekçe ile, şikayetli avukatın 1991 yılından bu yana avukatı olduğunu, Elazığ (2). İcra Müdürlüğü’nün 1996/.... ve 1996/.... esas sayılı icra dosyaları ile Elazığ (1). İcra Müdürlüğü’nün 1997/.... esas sayılı dosyalarındaki belgelerden de anlaşılacağı üzere, Almanya’da cezaevinde bulunmasından faydalanarak, şikayetli avukatın kendisini Mehmet isimli kişiye borçlandırıp Elazığ Ziraat Bankası’ndaki hesabından 45 bin DM, Elazığ Halk Bankası’ndaki hesabından ise 24 bin DM’yi imzasını taklit ederek ve bankaya sahte evraklar vererek çektiğini, bu olaylardan dilekçe tari-

hi itibarı ile haberinin olduğunu, şikayetli avukatı azlettiğini, şikayetli avukat hakkında gereği yapılmak üzere şikayetçi olduğunu bildirmiş ve Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunmuştur.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetçinin Cumhuriyet Savcılığına yaptığı şikayet üzerine şikayetli avukat hakkında icra müdürlüğünde yaptığı işlemler nedeniyle Adalet Bakanlığı'nca soruşturma izni verildiği, son iddianame düzenlenerek soruşturmanın açılması kararı için Malatya Ağır Ceza Mahkemesi'ne dosyanın gönderildiği, Malatya Ağır Ceza Mahkemesi'nce son soruşturmanın Elazığ Ağır Ceza Mahkemesi'nde açılmasına karar verildiği, Elazığ Ağır Ceza Mahkemesi'nce "*resmi daireleri aracı kılarak müteselsilen dolandırıcılık*" suçundan şikayetli avukat hakkında yapılan yargılama sonucunda zamanaşımı nedeniyle davanın ortadan kaldırılmasına karar verildiği ve dosyanın halen Yargıtay'da olduğu anlaşılmıştır.

Elazığ Ağır Ceza Mahkemesi'nin davanın zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına ilişkin gerekçeli kararında, şikayetli avukatın savunmasının yerinde görülmediği, suçun unsurları bakımından oluştuğu belirtilmiştir.

Baro disiplin kurulu kovuşturma aşamasında ceza yargılamasının sonuçlanmasını ve mahkeme kararının kesinleşmesini beklemiş ise de, daha sonra görüş değiştirerek şikayetli avukatın "*uyarı cezası ile cezalandırılmasına*" karar vermiştir.

Verilen karar taraflara ve Elazığ Cumhuriyet Savcılığı'na tebliğ edilmiş, Savcılık, 18.08.2005 tarihli yazısı ile şikayetli hakkında verilen kararı usul ve yasaya aykırı görmeyerek itiraz etmemiştir.

Ancak, Adalet Bakanlığı Elazığ Cumhuriyet Başsavcılığı'na bir yazı yazarak, Avukatlık Kanunu'nun 140/2. maddesi gereğince disiplin kovuşturmasının ceza davasının sonuna kadar bekletilmesi gerektiğini belirtilerek, Avukatlık Kanunu'nun 183 ve Tebligat Kanunu'nun 43. maddesi uyarınca usulüne uygun tebligatın yapılması sağlanarak 157. madde gereğince disiplin kurulu kararına itiraz edilmesini istemiştir.

Bunun üzerine Disiplin Kurulu kararı yeniden Cumhuriyet Savcılığı'na tebliğ edilmiş, Savcılık karara itiraz etmiştir. Disiplin kovuşturmasına konu sorun, dolandırıcılık suçu işlediği iddia olunan avukatın mesleğe devamının mümkün olup olmadığı ve Avukatlık Yasası ile

meslek kurallarına aykırılık nedeniyle verilecek cezanın ne olması gerektiğiyle ilgili olmakla birlikte, öncelikli sorun, disiplin kurulu kararına süresinde itiraz etmeyen Elazığ Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, kararın yeniden tebliğini sağlayarak baro disiplin kurulu kararına itiraz edip edemeyeceğine ilişkindir.

Dosyanın incelenmesinden, Adalet Bakanlığı'nın uyarısı üzerine Avukatlık Kanunu m. 183 ve Tebligat Kanunu m. 43 gereğince uygun tebligat yapılmadığı gerekçesiyle disiplin kurulu kararının yeniden tebliği sağlanarak itiraz süresi başlatılmış ise de, yapılan bu işlemin yasaları zorlayarak başlatılan bir süreç olduğu anlaşılmaktadır.

Dosyada bulunan ve disiplin kurulu kararının ilk tebliği nedeniyle Cumhuriyet Savcılığı'nca karara itiraz edilmeyeceğini belirten 18.08.2005 tarih ve 2/1489 sayılı yazının altında, yazının eki olarak dosyanın iade edildiği belirtilmiştir. Baro Disiplin Kurulu'nun Cumhuriyet Savcılığı'na sadece Disiplin Kurulu kararını değil, dosya aslını da gönderdiği böylece, Avukatlık Kanunu m. 183 ve Tebligat Kanunu m. 43 gereklerinin yasaya uygun şekilde yerine getirildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, Adalet Bakanlığı yazısı gereğince Cumhuriyet Savcılığı tarafından yeniden yapılan itiraz, ilk tebliğ tarihine göre 30 günlük süre geçirildikten sonra yapıldığından süresinde değildir. Bu sebeple Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının süre yönünden reddine karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, açıklanan nedenlerle Cumhuriyet Savcılığı'nın itiraz dilekçesinin süre yönünden reddine oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 24.12.2005
E. 2005/342
K. 2005/436

* Haricen yapılan tahsilatın
icra dosyasına bildirilmemesi
* Özen yükümlülüğüne aykırılık
* Doğruluk karanesi
(Av. K. m. 34; TBB Meslek
Kuralları m. 4)

Şikayetli avukat hakkında, "İstanbul (12). İcra Müdürlüğü'nün 2001/.... esas nolu dosyasında haricen yapılan tahsilatı icra dosyasına bildirmeyerek takibe devam ettiği, İstanbul (7). Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2002/.... esas sayılı dosyasında karşılıksız çek keşide etmek suçundan yargılanan şikayetçinin

mahkumiyetine sebebiyet verdiği” iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli, şikayetçi borçlu hakkında İstanbul (12). İcra Müdürlüğü'nün 2001/... esas sayılı dosyasından 27.11.2001 tarihinde 1.600.000.000 TL ana alacak olmak üzere, ceman 1.870.000.000 TL'lik takip başlattığını, takibin 29.11.2001 tarihinde kesinleştiğini, 30.04.2002 tarihinde 1.340.000.000 TL'lik haciz yapıp yediemin olarak borçluya teslim edildiğini, 16.08.2002 tarihinde yeniden haciz yapıp 1.495.000.000 TL'lik menkulün yediemine teslim edildiğini, 01.11.1002 tarihinde 2.000.000.000 TL'lik ek haciz yapıp menkullerin borçluya yediemin olarak teslim edildiğini ve borçlu ile büro avukatlarından Av. A.'nın anlaşarak 500.000.000 TL peşin, bakiyesinin 10'ar günlük aralarla ödeme yapması gerekirken, 1'er ay ara ile 02.12.2002'de 500.000.000, 23.12.2002'de 500.000.000, 31.12.2002'de 500.000.000 ve 18.02.2003'de 250.000.000 TL olmak üzere toplam 2.350.000.000 TL aldıklarını, Borçlar Yasası'nın 84. maddesi uyarınca borçlunun yaptığı ödemelerden ferilerini mahsup edip takibe devam ettiklerini, 6.500.000.000 TL'ye ulaşan borç sebebiyle 03.03.2003 tarihli haciz talimatında alacak miktarını 4.843.000.000 TL olarak bildirdiklerini, karşılıksız çek ile ilgili davada alacağı tamamen tahsil edemediklerinden mahkumiyet kararı çıkmış olduğunu belirtmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

İncelenen dosya kapsamından 30.04.2002 tarihli haciz tutanağında borcun 2.900.000.000 TL ve 03.03.2003 tarihli tutanakta 4.843.000.000 TL olarak bildirilmiş olması karşısında, en son 18.02.2003 tarihine kadar yapılan 2.350.000.000 TL tahsilatın dosyaya bildirilmediği açıktır. Kaldı ki, takip dayanağı çeki reeskont faiz talep edilmiş ve 03.03.2003 tarihine kadar hiç bir tahsilat yapılmamış olması halinde dahi, dosya alacağının 3.800.000.000 TL civarında olacağı tartışmasızdır.

Avukatlık Yasası m. 34, “Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakıştır şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdür.”

Alacağa mahsuben haricen yapılan kısmi tahsilattan kalan borcun borçlu tarafından ödenmemesi üzerine, icra takibine kalan yerden devam edilmesi halinde, dosyadaki hesabın doğru yapılabilmesi, borçlunun

sorumlu tutulacağı kalan borç miktarının uygun biçimde belirlenmesi, borçlunun gereğinden fazla harç ve faiz ödememesi, borca yeter haciz yapılabilmesi için, kısmi tahsilatın hangi tarihte yapıldığının ve kalan miktarının ne olduğunun dosyaya bildirilmesi gerekir.

Avukatlık, “doğruluk karinesi”nden yararlanan mesleklerdendir. Kişilerin bu mesleğin mensuplarına inançları asıldır. Bu nedenle, avukatların, kolektif inanca ters düşecek ve bu inancı sarsacak davranışlardan dikkatle kaçınmaları gerekir.

Avukat bir hukuk adamıdır, ayrıca yargı erkinin de bir ögesidir. Yaptığı hizmet kamu hizmetidir. İşini sürdürürken dürüst, açık, kendisine duyulan güvene layık olmalıdır.

Avukat, taşıdığı unvanın ve mesleğe güvenin gereği olarak, haricen yapılan tahsilatı dosyaya bildirmek ve borçluyu yasal yükümlülüklerinin dışında onu rahatsız edecek davranışlardan özenle kaçınmak zorundadır.

Bu sebeplerle haricen yapılan tahsilat icra dosyasına geciktirilmeksizin bildirilmeli ve bakiye borç kalmış ise o miktar üzerinden hacze devam edilmelidir.

Şikayetli avukatın haricen yaptığı tahsilatı icra dosyasına bildirmeyerek, dosyadaki alacak miktarının tamamı üzerinden haciz işlemine devam etmiş olmasından ibaret eylemi Avukatlık Yasası’nın 34., TBB Meslek Kuralları’nın 4. maddeleri hükmü uyarınca “özen” ve “doğruluk” ilkesine aykırı olması sebebiyle eylem disiplin suçu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu’nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddine, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nun “kınama cezası” verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 24.12.2005

E. 2005/337

K. 2005/432

* Görevli memura hakaret
 * Eylem ile disiplin cezası
 arasındaki adaletli dengenin
 sağlanması

(Av. K. m. 158)

Şikayetli avukat hakkında, Keşan İcra Müdürlüğü'nün 1999/... Talimat sayılı dosyası ile 17.08.1999 tarihinde bir haciz uygulaması sırasında, icra müdür yardımcısına, çıkan tartışmada "bakacaksın ulan" dediği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, baro disiplin kurulunca şikayetli avukat hakkında kınama cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli savunmasında 13.08.1999 tarihinde haciz talimatını uygulattırmak için Keşan'a gittiğini, icra müdür muaviniyle haciz mahalline geldiğini, içeridekilerin bir vergi levhası çıkardıklarını, buna karşılık kendisinin de kira kontratı ve faturaları istemesi üzerine icra müdürünün tutanak dahi tutmadan işin uzadığından bahisle haczi uygulamayı başka güne ertelediğini, kararlaştırılan günde yeniden hacze gidildiğini, borçlunun memurun önünde, üzerinde borçlunun ismi yazılı olan ve borcu karşılayacak değerde bir gelinlik kutusunu dışarı çıkarıp, içini boşaltıp geldiğini, memurun bu hususu tutanağa geçirmediğini, haciz mahallinde bulunduğu bir kartı borçlu yanında çalışanlarının cebinden alıp yırtmasına ses çıkarmadığını, durumu tutanağa geçirmediğini, haciz işlemini bırakıp daireye geri döndüğünü, dairede icra müdürünün polis alıp haczin uygulanmasını istemesi üzerine yeniden haciz mahalline gidildiğini, icra müdür muavininden gözüne çarpan klasörleri incelemesini istediğini, muavinin incelemeyip denize gitmiş olan borçlu vekilini beklediğini, beklemenin uzaması üzerine müdür muavinine avukatı beklemek zorunda olmadıklarını, klasörlere bakmasını istediğinde muavinin kendisine "bakmıyorum ulan" dediğini ve buna karşılık "ulan sensin" sözünü kullandığını, muavinin de elindeki kalem, ıstampa ve kül tablasını kendisine fırlattığını, işin savcılığa intikal ettiğini ve icra müdür muavininin bu fiilinden dolayı ceza aldığını bildirmiştir.

Şikayetlinin disiplin kovuşturmasına konu eylemi nedeniyle Edirne (2). Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2000/.... esasında, "görevli memura hakaret" suçundan dolayı açılan kamu davasında, mahkemece şikayetli avukatın TCK'nun 266/1, 59. maddeleri uyarınca bir ay yirmi gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, hapis cezası 647 sayılı Yasa'nın 4

ve 6. maddeleri uyarınca paraya çevrilip ertelenmiştir. Karar, Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleşmiştir.

Şikayete konu olayda, görevli memurun bir dizi hukuka uygun olmayan işlemlerde bulunduğu, bu haksız işlemlere karşı şikayetli avukatın sessiz kalamadığı ceza davası içeriğinden anlaşılmıştır. Kaldı ki, şikayetçi olan görevli icra müdürü aleyhinde Keşan Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2002/.... esasında kayıtlı olarak "görevli memura müessir fiil" suçundan dolayı açılan kamu davasında, şikayetçinin eylemi mahkemece sabit görülmüş ve şikayetçinin TCK'nın 456/4, 61, 251, 271/1, 272, 59. maddeleri uyarınca tayin edilen hapis cezası 647 sayılı Yasa'nın 4 ve 6. maddeleri uyarınca paraya çevrilmiş ve ertelenmiştir.

Bu sebeple, şikayetli avukatın eyleminin gerçekleştiği koşullar, daha önce disiplin cezası almamış olması ve Avukatlık Yasası'nın 158. maddesindeki ilkeler göz önüne alındığında, Baro Disiplin Kurulu'nun kararında eylem ile ceza arasındaki adaletli dengenin sağlanamadığı anlaşılmış olmakla, şikayetli hakkında tayin edilen kınama cezasının uyarma cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile, baro disiplin kurulu'nun "kına-ma" cezası verilmesine ilişkin kararının "uyarma" cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına şikayetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 24.12.2005
E. 2005/334
K. 2005/430

* Özen yükümlülüğüne aykırılık
* Yasanın avukata tanıdığı hakkın suiistimali olarak haciz ihbarnamesi gönderilmesi
* Feragatin, disiplin kovuşturmasını ortadan kaldırmaması
(Av. K. m. 34, 136, 146;
TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukat hakkında, "başlattığı icra takibinde, fiili ve hukuki ilişkisi sabit olmayan borçlunun oğlu şikayetçinin, görev yaptığı Diyanet İşleri

Başkanlığı Din İşleri Yönetim Kurulu ve diğer üyelerine İcra İflas Yasası'nın 89. maddesi uyarınca haciz ihbarnamesi göndermesinin, yasanın avukata tanıdığı hakkın suiistimali olduğu" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, baro disiplin kurulunca eylem sabit görülmüş ve şikayetli avukat hakkında uyarma cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, yaptıkları işlemin tamamen usul ve yasalara uygun olduğunu, avukat olarak sadece talepte bulduklarını, işlemi icra memurunun yaptığını ve sorumluluklarının bulunmadığını, şikayetçiyi taciz etmediklerini bildirmiştir.

Şikayetçi A. A, Baro Disiplin Kurulu Başkanlığı'na 03 Şubat 2005 tarihli dilekçe vererek, şikayetli avukat hakkındaki şikayetinden vazgeçtiğini belirterek, gereğinin yapılmasını istemiştir.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, "Avukatlık Kanunu'nun 136/1. maddesi gereği kanunun avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısımda yazılı esaslara uymayanlara ilk defasında en az kınama cezası verilmesi gerektiği halde, uyarma cezası verilmesinin yerinde olmadığını" belirterek baro disiplin kurulu kararına itiraz etmiştir.

Şikayetli avukat Y. E., Birliğimize yaptığı itirazda, "yaptığı işlemlerin İİK'nun 89. ve ilgili maddelerine uygun olduğunu, ilgililerin itiraz haklarının bulunduğunu ve üçüncü şahıslar hakkında bir işlem yapılmadığını, ayrıca şikayetçinin, şikayetinden feragat etmesine rağmen ceza verilmesinin yerinde bulunmadığını" ileri sürmüştür.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, icra takibinde borçlu olan şahsın oğlu olan şikayetçinin çalıştığı Diyanet İşleri Yönetim Kurulu ve diğer üyelerine şikayetli avukatın (89. madde uyarınca) haciz ihbarnamesi çıkardığı, haciz ihbarnamesi çıkarılan şahıslarla icra takibinin borçlusu olan şahıs arasında fiili ve hukuki ilişki bulunmadığı, haciz ihbarnamelerinin çıkarılması ile şikayetçinin çalıştığı kurumda zora sokulmuş olduğu anlaşılmıştır.

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine göre, "Avukatlar, yüklendikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak zorundadırlar".

TBB Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerine göre de, avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütmek, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.

Şikayetlinin eylemi, yasanın avukata tanıdığı bir hakkın suiistimalli olmakla eylem Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine ve TBB Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerine aykırı olup, disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Avukatlık Kanunu'nun 146. maddesine göre, *"Disiplin kurulu, delillerin gösterilme ve incelenme şeklini, istek ve feragatle yahut evvelce verilmiş kararlarla bağlı olmaksızın takdir ve tayin eder"*. Bu nedenle, disiplin kurulu feragatle bağlı olmadığı gibi feragat disiplin kovuşturmasını da ortadan kaldırmadığından, baro disiplin kurulunun kovuşturmaya devam ederek, disiplin cezası tayininde de usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Avukatlık Kanunu'nun 136. maddesine göre, *"Avukatlık Kanunu'nun avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama cezası verilmesi"* gerekmektedir. Baro disiplin kurulu ise, şikayetlinin eylemini sabit görmüş, ancak Avukatlık Yasası'nın 136. maddesine göre en az kınama cezası vermesi gerekirken şikayetli avukat hakkında uyarma cezası tayin etmiştir.

Bu nedenlerle, eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin baro disiplin kurulunun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ise de, kınama cezası tayini gerekirken, uyarma cezası tayini doğru bulunmamış, uyarma cezasının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddi, Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 24.12.2005

E. 2005/332

K. 2005/428

* **Avukatın, hasım tarafın ancak avukatı ile görüşebilmesi**
(Av. K. m. 134, 135/1; TBB Meslek Kuralları m. 31)

Şikayetli avukat hakkında, "İstanbul (2). Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/...esas sayılı davasının 10.06.2003 tarihli duruşma sonrasında, şikayetli avukatın, şikayetçinin müvekkilinin yanına giderek uzlaşma talebinde bulunduğu, eylemin TBB Meslek Kuralları'nın 31. maddesine aykırı olduğu" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, baro disiplin kurulunca eylem sabit görülmüş ve uyarma cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, şikayetçi ve boşanma davasının davacısı olan S. T.'nin yakın tanıdığı olduğunu, toplantı ve eğlencelerde beraber olduklarını, bu nedenle, şikayetçi S. T.'ye üzüntülerini ifade etmek ve avukatların bir görevinin de uzlaştırma sağlamak olduğunu bildiğinden bu yönde adım atmak için, duruşma sonrası şikayetçi S. T.'nin yanına giderek bunları söylediği sırada, şikayetçi avukatın gelip kolundan tuttuğunu, "bir de profesör olacaksın, müvekkilemle konuşamazsın" deyip S. T.'yi uzaklaştırdığını, avukatlık mesleğini küçük düşürücü söz söylemediğini, Avukatlık Yasası ve TBB Meslek Kuralları'na aykırı bir hareketinin olmadığını bildirmiştir.

Tüm dosya içeriğinden, İstanbul (2). Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan 2002/.... esas sayılı boşanma davasında, şikayetçi S.'nin davacı ve diğer şikayetçi Av. M. E.'nin davacı vekili, şikayetli avukatın da davalı vekili olduğu, 10.06.2003 tarihli duruşma sonrası, şikayetli avukatın, avukatı olmasına rağmen davacı S. T.'nin yanına giderek "davada uzlaştırma sağlamaya yönelik olduğunu" kendisinin de kabul ettiği bir görüşme yaptığı, bu görüşmenin yapılmasının, TBB Meslek Kuralları'nın 31. maddesinde yazılı "avukat, hasım tarafın ancak avukatı ile görüşebilir." düzenlemesine aykırı olduğu anlaşılmıştır.

Bu sebeplerle, şikayetli avukatın TBB Meslek Kuralları'nın 31. maddesine aykırı eylemi nedeniyle, Avukatlık Yasası'nın 134. maddesi yollamasıyla, aynı yasanın 135/1. maddesine uygun olarak, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli görülmüş ve kararın onanması gerekmiştir..

Sonuç olarak, şikayetçi ve vekili ile şikayetlinin itirazlarının reddi ile Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 24.12.2005

* Meslek sırrı

E. 2005/329

K. 2005/425

Şikayetli avukatın, şikayetçi tarafından, 1996 yılında vekil olarak tayin edildiği, masraf ve avukatlık ücretlerinin şikayetçi tarafından ödendiği, iki ayrı dosyanın fotokopisi ve borçluya ait tapu kaydı fotokopisi de verilmesine karşın ve şikayetçinin alacaklı olduğunu iddia ettiği şahsa ait taşınmaz mallar olduğu halde, senetlerin icraya konulmadığı, şikayetçinin zarara uğratıldığı, iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, baro disiplin kurulunca şikayetli hakkında "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Şikayetçi 25.05.2005 tarihli dilekçesinde; şikayet konularına açıklık getirerek, Tarsus (1). İcra Müdürlüğü'ndeki 1996/.... esas sayılı icra takip dosyasına konu senedin, şikayetlinin isteği üzerine onun tanıdığı olan kişiye ciro ettiğini, daha sonra bu şahsın alacağı kendisine temlik ettiğini, hacizli taşınmazların satışının yapılmayarak, satıştan kendi talimatı olmaksızın vazgeçildiğini, Tarsus (2). İcra Müdürlüğü'ndeki 2000/.... esas sayılı icra takibinin, öncelikle bir kişi aleyhine açıldığını, ikinci borçlu aleyhine takip açılmadığını, daha sonra bu kişi hakkında icra takibi yapıldığını ve sonuç olarak taşınmazlara uygulanan haczin terkin edildiğini, Tarsus (2). İcra Müdürlüğü'ndeki 1999/.... esas sayılı icra dosyasında, alacaklının kendisi değil de başka bir kişi olarak gösterilmesinin nedeninin şikayetli avukat olduğunu, oysaki dosyanın gerçek alacaklısının kendisi olduğunu şikayetlinin bildiğini ve buna rağmen dosyadan tahsil olunan 1.990.330.000 TL'nin kendisine ödenmediğini ve bu nedenlerle şikayetli hakkında şikayetçi olduğunu bildirmiştir.

Disiplin kovuşturması aşamasında şikayetli, "bonoların başkasına temlik nedeninin şikayetçinin iddia ettiği gibi olmadığı, kendisi ile şikayetçi arasında meslek sırrı olduğunu, şikayetçinin muvafakat etmesi halinde bu meslek sırrını açıklayacağını, hacizli taşınmazların satışının istenmeme

gerekçesinin ise taşınmazların kayıtları üzerine konulmuş bulunan ihtiyati tedbir olduğunu, bu hukuki olanaksızlık ve şikayetçinin istemi olduğunu, Tarsus (2). İcra Müdürlüğü'nün 1999/... esas sayılı icra dosyasıyla yapılan icra takibi aşamasında borçlunun tespit olunan taşınmaz haczedilip ihalede şikayetçi adına alacağı mahsuben alındığını, bakiye alacak nedeniyle yapılan icra takibinde ise borçlunun haczi kabil malı bulunmadığından sonuç alınmadığını, Tarsus (2). İcra Müdürlüğü'nün 1999/... esas sayılı icra dosyasının alacaklısının şikayetçi olmayıp, başka bir şahıs olduğu ve tahsil edilen paranın icra dosyasındaki alacaklı olan şahsa ödendiğini" bildirmiştir.

Baro disiplin kurulu tarafından 16.05.2005 tarihinde yapılan duruşmada ise, şikayetçi "ciro nedeninin şikayetli tarafından açıklanmasına muvafakat etmediğini" bildirmiştir.

Tüm dosya içeriğinden, şikayetli avukatın, "meslek sırrı olarak açıklamadığı ve şikayetçinin de açıklanmasına muvafakat etmediği", ancak şikayetçinin bilgisi dahilinde yapıldığı anlaşılan cirolar nedeniyle bonoların ciro edilen alacaklı adına takibe konulduğu, icra takiplerinin yasaya uygun yapıldığı, tahsil edilen paranın, icra dosyalarında alacaklı olarak görünmeyen şikayetçiye verilmemesinin doğru bir davranış olduğu, borçlunun mal varlığının yapılan araştırmalara rağmen bulunmadığı, alacağın tamamının tahsili imkanı olmadığı anlaşılmıştır. Bu nedenlerle, şikayetlinin eylemini, Avukatlık Yasası ve TBB Meslek Kuralları'na aykırılık teşkil etmediğinden, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazının reddiyle, Mersin Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 24.12.2005
E. 2005/313
K. 2005/422

*** Yargılama faaliyetinde saygı esasının karşılıklı olması**
(TBB Meslek Kuralları m. 17)

Gebze (1). Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıçlığı, 28.09.2004 tarihli tutanak ile şikayetli avukatın 28.09.2004 günü duruşma salonuna gelerek mübahşire bağırdığı, duruşmanın devam etmesi ve sükuneti bozmaması

açısından duruşma salonundan çıkmasının istendiği, karar yazılmakta olduğu kendisine bildirilmesine karşın müdahalelerine devam ettiği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, baro disiplin kurulunca şikayetli hakkında “disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” karar verilmiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında, duruşma salonuna geldiğinde duruşma yapılmadığını yargıcın karar yazdırmakta olduğunu, dosyasını sorduğunu, sonra aradığı dosyanın kararı yazılan dosya olduğunun anlaşıldığını dosyayı incelemek istediğini, yargıcın dosyayı kalemde incelemesini istediğini, mübaşirden dosyayı kaleme götürmesini istediğinde yargıcın bağırarak duruşmalar bitmeden dosyayı götürmeyeceksin dediğini, bu çirkin davranış karşısında mahkemede usulün böyle mi olduğunu sorduğunu, yargıcın da derhal salonu terk etmesini, aksi takdirde polisle dışarı attıracağını bildirdiğini, şikayetçi hakimın kendisi oradayken tutanak düzenlenmediğini, bildirmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın dosyayı incelemek istediği sırada duruşma yapılmadığı, şikayetlinin konuşmasının mübaşirle başladığı ve yargıcın müdahalesiyle geliştiği, Kocaeli Cumhuriyet Başsavcılığı’nın itiraz dilekçesindeki hakim tarafından tutulan tutanaktan alıntı yapılan “benim dosyamı nasıl alırsınız” sözlerinin yargıca değil, mübaşire söylendiği ve yargıçla konuşmanın, yargıcın dosyayı şikayetli avukatın incelemek istemesine zorluk çıkarmasıyla başladığı anlaşılmıştır.

Ayrıca şikayetlinin söylediği sözlerin tutanakta “benim dosyamdan sırası daha sonra olanların duruşmaları alınmamış olmasına rağmen benim dosyamı nasıl alırsınız” şeklinde olduğu görülmüştür. Mahkeme hakimliğince, duruşma yapılmadığı bir sırada mübaşirle konuşan avukatın, hakim tarafından salondan çıkarılması tehdidine karşı şikayetli avukatın sessiz kalması beklenemez.

TBB Meslek Kuralları’nın 17. maddesinde, saygı esasının karşılıklı olması aranmıştır. Şikayetli avukat tarafından yargıca, duruşma yapılmadığı için mahkemeye karşı yapılan bir saygısızlık dosya içeriğine göre söz konusu değildir. Bu bakımdan Kocaeli Barosu Disiplin Kurulu’nun şikayetli hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair kararında bir isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazın reddi ile Kocaeli Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli hakkında "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 24.12.2005
E. 2005/297
K. 2005/419

*** Baroya yazılı bildirimde
bulunma yükümlülüğü**
(TBB Meslek Kuralları m. 27/2)

Şikayetli avukatlar hakkında, "şikayetçi aleyhinde Konya (2). Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/322 esasında kayıtlı davayı açmalarına karşın, baroya yazılı bildirimde bulunmadıkları" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca her iki şikayetli avukatın eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetliler savunmalarında, baroya bildirim bir nezaket kuralı olduğunu, kaldı ki Konya Barosu'nun 2003/.... sayılı dosyasına sundukları 06.05.2003 tarihli dilekçeleriyle de bildirimde bulduklarının ileri sürmüşlerdir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli Av. A. K.'nın diğer şikayetli Av. E. Ş.'ye vekaletname vermek suretiyle, şikayetçi Av. O. G. hakkında Konya (2). Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/.... esasında kayıtlı davayı açtığı, ancak davayı açan Av. E. Ş.'nin açacakları davayı baroya yazı ile bildirmediği anlaşılmıştır.

Her ne kadar şikayetli Av. E. Ş., baroya bilgi içeren 06.05.2003 tarihli dilekçe ile baroya bilgi verildiğini ileri sürmüş ise de, şikayetli tarafından verilen dilekçe Konya Barosu'nun 2003/.... sayılı başka bir dosyasına sunulmuş delil bildirimine ilişkindir. Bu dilekçelerinde bildirilen kanıtlar arasında işbu şikayete konu tazminat davasının da kanıt olarak gösterilmesi TBB Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesine göre yapılmış bir bildirim olarak kabul edilemez. Kaldı ki, şikayete konu dava 08.04.2003 tarihinde açılmış, şikayetli tarafından baroya yazılı bildirim olarak kabul edilen dilekçe ise 06.05.2003 tarihinde verilmiştir. TBB Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesi hükmüne göre dava açılmadan önce baroya yazı ile bildirilmesini hükme bağlamıştır. Bu sebeple, dava açıldıktan sonraki bildirim geçerliliği olamaz.

Şikayetli Av. A. K., diğer şikayetli Av. E. Ş.'ye vekaletname vermek suretiyle şikayete konu davayı açtırmıştır. TBB Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesine göre, bir avukatın, başka bir avukata karşı asıl ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna yazı ile bildirmesi gerekmektedir. Şikayetli Av. A. K., davayı asıl ya da vekil olarak açmamış, diğer şikayetli Av. E. Ş.'ye vekaletname vermek suretiyle dava açtırmıştır. Bu durumda baroya bilgi vermek yükümlülüğü, vekaleten davayı açan şikayetli Av. E. Ş.'ye ait olup, şikayetli A. K.'nın baroya bildirim yükümlülüğü yoktur.

Sonuç olarak, şikayetli avukatlardan A. K.'nın disiplin suçunu oluşturan bir eylemi bulunmadığından, baro disiplin kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının kaldırılarak, disiplin cezası verilmesine yer olmadığına,

Diğer şikayetli avukatın, şikayetçi avukat hakkında dava açmasına karşın baroya yazılı bildirimde bulunmamasından ibaret eylemli disiplin suçunu oluşturduğundan, baro disiplin kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve şikayetli avukat hakkında tayin olunan "uyarma" cezası verilmesini ilişkin baro disiplin kurulu kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının kabulü ile, Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun "kınama" cezası verilmesine ilişkin kararının kaldırılmasına, şikayetli avukat hakkında "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına", şikayetli avukatın itirazının reddi ile Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukat hakkında "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 02.12.2005
E. 2005/324
K. 2005/405

* **Azilnamenin hükmü**
(Av. K. m. 34)

Şikayetli avukat hakkında, "şikayetçi tarafından azledilmesine karşın, azilnamenin tebliğinden sonraki tarihte yapılan yargılamaya, şikayetçinin vekili olarak katıldığı ve mahkemeye, davanın takip edilmeyeceğine dair beyanda bulunduğu" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda baro disiplin kurulunca eylem sabit görülmüş ve şikayetli hakkında disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında; 21.05.2005 tarihli celsede çok sayıda davanın birlikte alınması nedeniyle hepsinin aynı şekilde tutanağa geçirildiğini, şikayetçinin zararının bulunmadığını, sonradan davanın yenilerek birleştirildiğini ve açılan tescil davasını değil, karşı tarafın açmış olduğu men'i müdahale ve kal davasını takip etmeyeceğini belirtmiş olduğunu bildirmiştir.

Dosyanın incelenmesinde, şikayetçinin, şikayetli avukatı Marmaris Noterliği'nin 27.05.2003 tarih ve 4318 yevmiye nolu azilnamesi ile azlettiği, azilnamenin şikayetli avukata 05.05.2003 tarihinde tebliğ edildiği, şikayetli avukatın azledildiğini bildiği halde mahkemenin 21.05.2003 tarihli celsesine, şikayetçinin vekili olarak katılarak "davaayı takip etmeyeceği" şeklinde beyanda bulunduğu anlaşılmıştır.

Azilname tek taraflı olarak, vekalet ilişkisini sona erdiren irade beyanı olup, karşı tarafa bildirildiği anda hüküm ifade eder. Azledilen şikayetli avukatın yapacağı işlem ise azledildiği hususunu mahkemeye bildirip, şikayetçi müvekkilinin bilgi edinmesini sağlamak ve hiçbir işlem yapmamaktır. Azledildiğini bilmesine rağmen, duruşmaya katılarak, azleden adına beyanda bulunması, avukatın yüklediği görevi özen ve doğruluk içinde yerine getirmediğinin kabulü olarak nitelenmelidir.

Bu sebeple, şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturduğundan, baro disiplin kurulunca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazının reddi ile, Muğla Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 02.12.2005
E. 2005/320
K. 2005/401

*** Reklam yasağına aykırılık**
(Av. K. m. 55; TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği m. 8/b; TBB Meslek Kuralları m. 7, 8)

Şikayetli avukat hakkında, "Çorum Hakimiyet Gazetesi'nin Haziran 2004 sayısında şikayetli avukat ile ilgili (Nema Davasını Kazandı) başlıklı bir

haberin yayımlandığı, söz konusu yazıda Reklam Yasağı Yönetmeliği'ne aykırı hususların mevcut olduğu" iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, baro disiplin kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, Kırıkkale'de, Kırıkkale Belediyesi işçilerinin tasarrufu teşvik ve nema davalarının kazanılması dolayısıyla "Ayrıntı" isimli yerel bir gazetede yayımlanan haberin Çorum Hakimiyet Gazetesi tarafından aynen alınarak birkaç ay sonra haber yapıldığını, haberin yapılmasında herhangi bir rolünün bulunmadığını, haberin yapıldığı tarihten sonraki dönemde de değişiklik yapma şansının kalmadığını, Kırıkkale Belediyesi'nde tasarruf davasını kazanan işçilerin Çorum'daki tanıdıklarının kendisine ulaşması üzerine toplu dava açma olanağının olması halinde Çorum'a gitmesinin mümkün olabileceğini belirttiğini, Çorum'da yayımlanan haberi çok sonra öğrendiğini, bu nedenlerle soruşturmaya konu haberin yapımında ve icrasında herhangi bir etkisinin bulunmadığını, Kırıkkale'de belediye başkanı aday adayı olunca, kendisinin yıpratılması için haber konusu yapıldığını, iş elde etmek gibi bir niyeti bulunmadığını bildirmiştir.

İnceleme konusu olay, avukatın kendisine iş elde etmek için reklam yapmak ve ün kazandırmaya yönelik davranışlardan kaçınması kurallarının ihlaline ilişkindir.

Disiplin suçuna konu eylem, şikayetli avukatın Kırıkkale'de kazandığı işçi nemalarıyla ilgili bir davanın Çorum'da yayınlanan gazetelerde haber yapılmasından kaynaklanmaktadır.

Şikayete konu gazete yazısı incelendiğinde, şikayetli avukatın Kırıkkale Belediyesi tarafından nemaların ödenmemesi üzerine belediye işçilerinin vekili olarak Kırıkkale İdare Mahkemesi'nde davalar açtığı, davaların sonucunda 150 işçinin nemalarının ödendiğinin bildirildiği, şikayetli avukatın 180 kişilik yeni bir davayı da Kırıkkale İdare Mahkemesi'nde açmış olduğu, Kırıkkale İdare Mahkemesi'nde 2003 yılı Ağustos ayı içinde açtığı davaları süratle bitirerek, para ödemelerini başlattığı, şikayetli avukatın Çorum'da da buna benzer sorunların yaşanıp, yaşanmadığını araştırmakta olduğunu ve bu şekilde mağdur olanların kendisine ulaşabilmesi için Çorum'da bir adres ve telefon numarası bildirildiği görülmüştür.

Avukatlık Kanunu'nun 55. maddesinin açık hükmüne göre; avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları (...) yasaktır. Aynı şekilde, TBB Meslek Kuralları'nın 7 ve 8. maddelerine göre de, avukat, salt ün kazandırmaya yönelik her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınmalıdır. Avukat, kendine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekinir denilmektedir.

TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 8/b maddesinde, avukatlar, yaşamları, kazançları, mesleki faaliyeti hakkında "reklam niteliğinde" yayınlarda bulunamaz, halen ya da eskiden takip ettiği, devam eden veya sonuçlanmış bir dava hakkında, dava ile özdeşleşip tarafların sözcüsü gibi hareket edemez, davanın hukuki boyutları içinde kalmak kaydıyla ve zorunlu haller dışında yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçlarına ve internetee görüntü, bilgi, demeç veremez, açıklama yapamazlar denilmektedir.

İnceleme konusu olayda, şikayetli avukat hakkında gazetede çıkan haberin iş temin etmeye yönelik reklam mahiyetinde olduğu, şikayetli avukatın gazete yazısına karşı ilgisinin olmadığına ilişkin bir açıklamada bulunmadığı anlaşılmış olmakla, şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası'nın 55., TBB Reklam Yönetmeliği'nin 8/b, TBB Meslek Kuralları'nın 7 ve 8. maddelerine aykırılık teşkil etmekte olup, disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun takdir ve değerlendirmesinde hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 02.12.2005
E. 2005/318
K. 2005/399

*** Reklam yasağına aykırılık**
(Av. K. m. 44/A, 55; TBB Reklam
Yasağı Yönetmeliği m. 5, 6;
TBB Meslek Kuralları m. 7, 8)

Şikayetli avukat hakkında bastırıldığı ve dağıttığı kartvizitte tek çalıştığı halde "G. Hukuk Bürosu" unvanını kullandığı iddiasıyla açılan

disiplin kovuşturması sonucu, kast olmaması sebebiyle eylem sabit görülmeyle disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli bu başlık altında kart bastırıldığı ve bir kısmını dağıttığının doğru olduğunu, mesleğe başlarken başka meslektaşlarından gördüğü ve beğendiğinden dolayı yaklaşık 1000 adet bastırıldığını, ancak yasal olmadığını öğrenince kalan kartları imha ettiğini savunmuş, suçsuz olduğunu bildirmiştir.

Kovuşturmaya konu kartvizitte “G. Hukuk Bürosu” ibaresi yer almakta, alt kısımda ise Av. M. G. ismi bulunmaktadır.

Birden fazla avukatın, “aynı büroda birlikte çalışma” hali, Avukatlık Yasası’nın 44/A maddesinde düzenlenmiş olup, birlikte çalışan avukatların bir ya da birkaçının ad ve/veya soyadının yanında (Avukatlık Bürosu) ibaresinin kullanılmasının zorunlu olduğu, karşılıklı hak ve yükümlülükler, gelir ve giderlerin paylaşılması, büro yönetimi, birlikteliğin sona ermesinin birlikte çalışanlarca belirleneceği ve durumun kayıtlı oldukları baroya bildirilmesi gerektiği bildirilmiştir.

O halde tek başına çalışan avukatın usulüne uygun olarak prosedürü tamamlamadan ve birden fazla avukatın katılımı ile gerçek bir “Avukatlık Ortaklığı” kurmadan, “Avukatlık Ortaklığı” ve/veya yasa ve yönetmeliğe aykırı da olsa, “Hukuk Bürosu” ibaresi kullanması, kendisine haksız iş temin etmeye, meslektaşlar arasında haksız rekabete yol açmaya yönelik ve aynı zamanda kamuyu yanıltıcı bir davranış olduğu tartışmasızdır.

Kullanıldığı sabit ve dosyada örneği bulunan kartvizit, Avukatlık Yasası’nın 55, TBB Meslek Kuralları’nın 7, 8 ve TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği’nin 5 ve 6. maddelerine açıkça aykırıdır.

Bu nedenlerle baro disiplin kurulunca eylemin disiplin suçu oluşturmadığına ilişkin hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş, disiplin cezası tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile Afyonkarahisar Barosu Disiplin Kurulu’nun disiplin cezası tayinine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına, dosyada yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından şikayetli avukatın “uyarma” cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 03.12.2005
E. 2005/292
K. 2005/386

* Disiplin kovuşturmasının ceza
davasının sonuna kadar
bekletilmesi
(Av. K. m. 140/2)

Şikayetli avukat hakkında, Silifke İcra Müdürlüğü'nün 2003/.... esasında kayıtlı olarak başlattığı icra takibinde, takibe konu borcun tamamen ödenip ibra edilmesine rağmen, şikayetçi-borçlu aleyhinde icra takibine devam edilerek, haciz işleminin uygulandığı, haksız haciz sebebiyle 860,00 YTL'nin tahsil edildiği, icradan iade talebi üzerine 21,00 YTL kesinti yapılarak şikayetçi-borçluya iade edildiği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, baro disiplin kurulunca eylem sabit görülerek, disiplin cezası tayin edilmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu olay nedeniyle ve şikayetli avukat hakkında Mersin 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen son soruşturmanın Silifke Ağır Ceza Mahkemesi'nde açılıp yapılmasına dair karar verildiği ve bu karar uyarınca şikayetli avukat hakkında Silifke Ağır Ceza Mahkemesi'nde 2005/.... esas sayılı kamu davası açıldığı, duruşmasının da 22.11.2005 tarihine bırakılmış olduğu 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 mahkemesinde dava açılmış ise avukat hakkındaki disiplin kovuşturması ceza davasının sonuna kadar bekletilir. Bu husus re'sen göz önünde tutulması gereken bir husustur.

Bu sebeple Avukatlık Yasası'nın 140/2. maddesinin emredici hükmü gözetenmeden karar verilmesi isabetli bulunmamış ve baro disiplin kurulu kararının öncelikle bu nedenlerden dolayı bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak, Mersin Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının 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 Mersin Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının bozulmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 02.12.2005
E. 2005/254
K. 2005/381

* Keşif avansının mahkeme
veznesine yatırılmaması
* Görevi kötüye kullanma
(Av. K. m. 34, 166; TBB Meslek
Kuralları m. 41, 42)

Şikayetli avukat hakkında, şikayetçinin, şikayetli avukata ödediği keşif ücretinin mahkemece verilen sürelerle rağmen, şikayetli tarafından mahkemesine yatırılmayarak görevin kötüye kullanıldığı iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek, disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında; disiplin kovuşturmasına konu eylemle ilgili olarak Konya 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2003/.... esasında "görevi kötüye kullanmak" suçundan dolayı kamu davası açılmış ve mahkumiyetine karar verilmiş ise de, kararın tebliğinin usulsüz olduğunu ve kararı öğrenir öğrenmez temyiz ettiğini, dosyanın 20.09.2004 tarihinde Yargıtay'a gönderildiğini ve ortada kesinleşmiş bir karar olmadığını, verildiği iddia olunan paranın keşif masrafını bile karşılamadığı gibi Avukatlık Yasası'nın 166. maddesine göre öncelikle avukatlık ücreti olarak kabulü gerektiğini bildirmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu eylemle ilgili olarak şikayetli hakkında Konya 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2003/.... esasında kayıtlı ve "görevi kötüye kullanmak" suçundan dolayı açılan kamu davası, mahkemenin 12.04.2004 tarih ve 2004/.... karar sayısı ile hükme bağlanmış ve şikayetli avukatın eylemi sabit görülerek TCK'nın 240/2 ve 59. maddeleri uyarınca hapis cezası ile cezalandırılmasına, 647 sayılı Yasa'nın 4 ve 6. maddeleri uyarınca hapis cezasının paraya çevrilerek, ertelenmesine karar verilmiştir. Dosyamız içindeki mahkeme kararının altında "işbu hüküm sanığa 20.04.2004'te tebliğ edilmiş olup, temyiz edilmediğinden 28.04.2004 tarihinde kesinleşmiştir. 05.05.2004" yazılı olduğu ve mahkemece onandığı anlaşılmaktadır.

Şikayetli avukatın şikayetçiden aldığı keşif avansını mahkeme veznesine yatırmayarak, davanın müvekkili aleyhine sonuçlanmasına sebebiyet vermesinden ibaret eylemi kesinleşen kamu davası ile kanıtlanmış olup, eylem aynı zamanda Avukatlık Yasası'nın 34., Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 41 ve 42. maddelerine aykırı olmakla, disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Şikayetli avukatın sicilinde beş yıllık dönem içerisinde kesinleşmiş kınama cezasının varlığı da nazara alınarak disiplin suçu oluşturan işbu şikayet konusu eylemi sebebiyle Avukatlık Yasası'nın 136/2. maddesi uyarınca 100,00 YTL para cezası verilmesine ilişkin Konya Barosu Disiplin Kurulu kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak; itirazın reddi ile Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukat hakkında "100,00 YTL para cezası verilmesine" ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 11.11.2005
E. 2005/325
K. 2005/379

* **Hapis hakkının kullanımında avukatın hesap verme yükümlülüğü**
* **Avukat hapis hakkını alacağı ile orantılı biçimde kullanması**
(Av. K. m. 137, 157/6, 157/7, 158, 164/3, 166, 167; TBB Meslek Kuralları m. 43, 45)

Van Bölge Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin 23.09.2004 gün ve 2004/... esas, 2004/... karar sayılı kararına yapılan itiraz üzerine kurulumuzun 05.09.2005 gün ve 2005/... esas, 2005/... karar sayılı kararı ile itirazın kabulü ile Avukatlık Yasası'nın 137. maddesi uyarınca şikayetli avukatın savunmasının alınması ve oluşacak duruma göre bir karar verilmesi gerekçesi ile kararın bozulmasına karar verilmiş; ancak Adalet Bakanlığı'nın 14.10.2005 gün ve 20224 sayılı işlemi ile "yapılan değerlendirme ve verilen kararda hukuki isabet görülmediği" gerekçesi ile dosya bir daha görüşülmek üzere geri gönderilmiştir.

Geri göndermeye ilişkin yazı ile birlikte dosya bir kez daha incelenip gereği görüşülüp düşünüldü;

Geri gönderme, "şikayete konu eylemin Avukatlık Yasası'nın 166. maddesi uyarınca hapis hakkının kullanılmasından ibaret olup, disiplin suçu oluşturmadığı, müşteki tarafından yapılan itirazın avukatın vekalet ücretine karşılık uhdesinde tuttuğu 4.497.794.547 TL'den Van Bölge Barosu Hakem

Kurulu'nun 08.04.2004 tarih ve 2004/... sayılı kararı ile 3.857.571.673 TL olarak tespit edilen vekalet ücretinin mahsup edilerek kalan 640.122.857 TL'nin kendisine ödenmediği yönünde olup, bu durumda şikayet edilen avukat ile müşteki arasındaki anlaşmazlığın ait olduğu merciince çözümlenebilmesi mümkün hukuki ihtilaf mahiyetinde bulunduğu, baro disiplin kurulunca şikayetli avukatın 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 137. maddesi uyarınca savunması alınmadan ve müştekinin itiraza konu iddiasının yerinde olup olmadığı araştırılmadan karar verilmesinin sonuca müessir bulunmadığı, kaldı ki; itiraz edenin müşteki olmasına rağmen, şikayet edilen avukatın savunma hakkının kısıtlanmış olmasının, kararın avukat aleyhine bozulması sonucunu doğurmayacağı" gerekçesine dayanmaktadır.

Geri gönderme gerekçesinde şikayete konu eylemin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 166. maddesi uyarınca hapis hakkının kullanılmasından ibaret olup, disiplin suçu oluşturmadığı bildirilmiş ise de;

Önceki kararımızda da belirtildiği üzere; avukatın hesap verme yükümlülüğü TBB Meslek Kuralları'nın 43. maddesi uyarınca zorunlu olduğu gibi, 45. madde uyarınca, "avukat hapis hakkını alacağı ile oranlı biçimde kullanılmalı", hapis hakkı kullanımı halinde müvekkil adına tahsil ettiği para ile hangi işten ötürü ve ne miktarda alacağı olduğunu geciktirmesizin müvekkile bildirmesi gerekmektedir.

Şikayetli avukat zamanında hesap vermemiş, hapis hakkını kullandığını bildirmemiş, kendisine gönderilen 23.01.2003 tarihli ihtarname üzerine, 20.02.2003 tarihli ihtarnameye cevap ile hesap vermiş, alması gereken vekalet ücretinin kabul edilebilir olmaması halinde Avukatlık Yasası'nın 167. maddesi gereğince ücret anlaşmazlığının hakem yoluyla çözümlenmesi amacıyla görevli ve yetkili mahkemede dava açacağını ve davanın sonucuna göre alacak doğması halinde faizi ile birlikte ödeyeceğini bildirmiştir.

Taraflar arasındaki ücret uyuşmazlığının Van Bölge Barosu Hakem Kurulu'nun 08.04.2004 gün ve 2004/1 karar sayılı kararı ile çözümlendiği bildirilmiş ise de; karar örneği dosyada mevcut olmayıp, şikayetçi tarafından 3.857.751.673 TL'ye karar verildiği ve bakiye 640.122.857 TL'nin şikayetli yedinde bulunduğu bildirilmektedir. Bu durumda yazılı avukatlık ücret sözleşmesi bulunmaması sebebiyle Avukatlık Yasası'nın 164/3. maddesi uyarınca avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanma zorunda olduğundan, şikayetçinin belirttiği kadar bir ödeme farkı

bulunup bulunmadığı, eğer böyle bir fark var ise, bu miktarın şikayetçiye ödenip ödenmediği araştırılmalıdır.

Geri gönderme gerekçesinde, “Baro disiplin kurulunca, şikayet edilen avukatın 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 137. maddesi uyarınca savunma alınmadan ve müşterinin itiraza konu iddiasının yerinde olup olmadığı araştırılmadan karar verilmesinin sonuca müessir bulunmadığı, itiraz edenin müşteri olmasına rağmen, şikayet edilen avukatın savunma hakkının kısıtlanmış olmasının, kararın aleyhine bozulmasını doğurmayacağından dolayı” bozma sebebi sayılmamışsa da;

Avukatlık Yasası’nın 137. maddesi emredici hüküm olup, baro disiplin kurulunca savunma alınmamıştır. Şikayetçi tarafından karara itiraz edilmiş olması sebebiyle aleyhe bozma yasağından bahsedilemeyeceği, aksine, Avukatlık Yasası’nın 157/6. maddesi uyarınca yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirmeyen hallerde Avukatlık Yasası’nın 34 ve 158. maddelerindeki ilkeler de göz önünde bulundurulmak suretiyle işin esası hakkında karar vermeye yetkili ve görevli kurumumuz tarafından disiplin cezası tayini halinde, savunma hakkının kısıtlanmış olacağı tartışmasızdır.

Bu durum karşısında, Adalet Bakanlığı’nın geri gönderme yazısındaki gerekçeler kurumumuzca benimsenmediğinden, bozmaya ilişkin 05.09.2005 gün ve 2005/... esas, 2005/... karar sayılı kararımızın aynen kabulüne (ısrar edilmesine) ve sonucun Avukatlık Yasası’nın 157/7. hükmü uyarınca Adalet Bakanlığı’na bildirilmesine oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 12.11.2005
E. 2005/315
K. 2005/378

*** Avukatın, bir anlaşmazlıkta menfaati zıt olan tarafa hukuki yardımda bulunması**
(Av. K. m. 38/b; TBB Meslek Kuralları m. 36)

Şikayetli avukat hakkında; “Aydın Belediyesi’nin avukatı olmasına rağmen, Aydın Belediye Başkanı aleyhinde aynı belediyeyi zarara uğratmaktan dolayı açılan kamu davasında belediye başkanının vekaletini üstlenerek kamu davasına sanık belediye başkanının vekili sıfatı ile duruşmalara katıldığı,

böylece yasaya aykırı eylemde bulunduğu” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, baro disiplin kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında özetle, eyleminin Avukatlık Yasası’nın 38. maddesi içinde düşünülmemeyeceğini, kamu davasına konu olan belediye başkanının eyleminden dolayı, belediye avukatı olarak hukuki mütalaa vermemiş ve görüş sunmamış olduğunu, belediye başkanı aleyhinde açılan kamu davasında, belediyenin davaya müdahil olmadığını, taraf da bulunmadığını, bu sebeple baro disiplin kurulu kararının yasal dayanaktan yoksun olduğunu bildirmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden şikayetli avukatın Aydın Belediyesi’nin avukatı olduğu tartışmasızdır. Bu husus dosyaya celp olunan *“vekalet sözleşmesi”* ve şikayetli avukatın savunmaları ile de doğrulanmaktadır. Belediye başkanı aleyhinde açılan kamu davası ise Aydın Belediyesi’nce 27.05.2003 ve 11.06.2003 tarihlerinde yapılan temizlik araçları alım ihalelerinde, belediyeyi zarara uğratmaktan ötürü görevi kötüye kullanmak suçlamasıyla ilgilidir.

Disiplin kovuşturmasının konusu, avukatın aynı işte menfaati zıt kişilere avukatlık yapıp yapmadığına ilişkindir.

Avukatlık Yasası’nın 38/b maddesinde dile getirilen, *“Aynı işte menfaati zıt olan bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa”* koşulunun olayda gerçekleşmediği iddiası bakımından ileri sürülen savunma haklı ve yerinde değildir. Maddede geçen *“aynı işte”* kavramını dar yorumlamak, maddeyi işlemez hale getirecek bir sonuç yaratmaktadır. Oysa konuyla ilgili meslek kuralı olan 36. maddede *“aynı işte”* terimi yerine *“bir anlaşmazlıkta”* denilmiş ve *“Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat yararı çatışan öbür tarafın vekaletini alamaz, hiçbir hukuki yardımda bulunamaz. Ortak büroda çalışan avukatlar da, yararı çatışan kimseleri temsil etmemek kuralı ile bağlıdırlar.”* denilerek, avukatların sorumluluğu geniş tutulmuştur.

Dosyada içeriğinden, şikayetli avukatın vekili olduğu belediyeyi zarara uğratarak görevini kötüye kullandığı iddiası ile belediye başkanı aleyhinde açılan kamu davasında, belediye başkanının vekaletini üstlenerek, kamu davasına sanık sıfatı ile katılmasından ibaret eylemi mesleğin güvenilirliğini sarsıcı bir davranış olduğu kuşku götürmez bir

durumdur. Belediye başkanı aleyhinde açılan kamu davasında, zarara uğradığı iddia edilen belediyenin davaya müdahil olup olmaması eylemin disiplin suçunu oluşturmasında etkili değildir.

Açıklanan nedenlerle, kovuşturma konusu olayda, vekili olduğu belediyenin zararına sonuç doğuracak şekilde, kamu davasındaki sanık belediye başkanının vekaletini üstlenmesinde Avukatlık Yasası'nın 38/b maddesindeki "menfaati zıt" kavramına ilişkin koşulların gerçekleşmiş olduğu anlaşılmakla, eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu sebeplerle, Aydın Barosu Disiplin Kurulu tarafından yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile, Aydın Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 11.11.2005
E. 2005/312
K. 2005/377

* **Kamu davası sonucunun
beklenmesi ve sonucuna göre bir
karar verilmesi zorunluluğu**
(Av. K. 58/1, 140/2)

Şikayeti avukat hakkında Kocaeli 1. İcra Müdürlüğü'nün 2003/... sayılı dosyası üzerinden başlattığı takipte, icra veznesinden 06.04.2004 tarihinde 5.753.000 TL tahsil ettiği halde bu paradan müvekkiline ödeme yapmadığı, söz konusu tahsilatla ilgili bilgi vermediği, 22.04.2004 tarihinden itibaren icra dosyasını işlemsiz bırakarak takibi devam ettirmediği iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülmeyle disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmiş bulunmaktadır.

İncelenen dosya kapsamından Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 06.04.2005 tarihli yazı ile iddialar konusunda soruşturma yapılmak üzere Avukatlık Yasası'nın 58/1. maddesi uyarınca izin verildiği görülmüş bulunmaktadır.

Her ne kadar disiplin kovuşturması sırasında şikayetli avukat hakkında ceza soruşturması başlatıldığı bildirilmemiş ve bu sebeple

13.01.2005 tarihinde karar verilmiş ise de; şikayetli avukat hakkında ceza soruşturması başlatılmış bulunması sebebiyle, kamu davası açıldığı takdirde Avukatlık Yasası'nın 140/2. maddesi uyarınca kamu davası sonucunun beklenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi zorunlu olduğundan, soruşturma akıbetinin araştırılması ve oluşacak duruma göre bir karar verilmesi için kararın bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak, Kocaeli Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulüne, Kocaeli Barosu Disiplin Kurulu'nun "*disiplin cezası tayinine yer olmadığına*" ilişkin kararın bozulmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 12.11.2005
E. 2005/287
K. 2005/375

*** Savunma hakkının sınırı**
(TBB Meslek Kuralları m. 5, 27)

Şikayetli avukatın, taraflar arasında yargılaması yapılmakta olan davaya sunduğu dilekçesinde; "*Bankamız aleyhine basiretli bir tacir gibi hareket etmeyerek tamamen kasıtlı ve kötü niyetli hareket ile yasal olmayan bir şekilde (...) gibi beyanlarda bulunan davacıyı kınıyor, gerekli yasal düzenlemeleri incelemeksizin açtığı bu davada savunma hudutlarını da aştığını hatırlatma gereği duyuyoruz.*" şeklinde ifadeleri sebebiyle TBB Meslek Kuralları'nın 5 ve 27. maddelerine aykırı davranıldığı iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda baro disiplin kurulunca şikayetli avukat hakkında "*disiplin cezası verilmesine yer olmadığına*" karar verilmiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında, dilekçesindeki bu sözlerin müvekkili bankaya yöneltilen "*kasıtlı ve kötü niyetli ve mudisini koruma*" isnatlarının reddi anlamında ve davanın yasal dayanaktan yoksun bulunduğunu belirtmek için kullanılan ifadeler olduğunu, kişilere yönelik bulunmadığını, hakaret, aşağılama, bilgisizlikle suçlama kastı olmadığını savunmuştur.

Şikayetli avukatın, şikayetçilerin banka aleyhinde açtıkları tazminat davasına karşı mahkemeye sunduğu 10.06.2003 tarihli dilekçesindeki "*Açıklamalar*" başlıklı bölümün 5. bendinde; "*tüm bu işlemleri bankacılık usul ve esaslarına TTK hükümlerine uygun bir şekilde yapan bankamız aleyhine basiretli bir tacir gibi hareket etmeyerek tamamen kasıtlı ve kötü niyetli hareket ile yasal olmayan bir şekilde (...) gibi beyanlarda bulunan davacıyı*

kınıyor, gerekli yasal düzenlemeleri incelemeksizin açtığı bu davada savunma hudutlarını da aştığını hatırlatma gereğini duyuyoruz.” şeklindeki sözleri sebebiyle disiplin kovuşturması başlatılmıştır.

Bir metin içinde yer alan sözcükleri, o metnin bütünündeki anlamdan soyutlayarak değerlendirmemek gerekir. Metnin genel anlamından bu sözlerin savunma için mi, yoksa hasım vekilini hedef alarak onu küçültmek için mi kullanıldığı araştırılmalıdır. Şikayet konusu olayda şikayetçiler 23.05.2002 kayıt tarihli dava dilekçelerinde davalı bankanın yaptığı işlemin yalnız hatalı olduğunu belirtmemişler, aynı zamanda bankanın kasıtlı ve kötü niyetli davrandığını, kendi mudisini koruma amaçlı işlem yaptığı isnadında bulunmuşlardır. Şikayetli de cevap dilekçesinde şikayetçileri, bu beyanlarından dolayı davacıyı kınadığını bildirmiştir. Öte yandan sözcüklerin yer aldığı dilekçenin incelenmesinde, kullanılan sözlerin kişiye yönelik olmadığı, tam tersine bankanın tüzel kişiliğine yönelik isnatların reddi niteliğinde ve savunma amaçlı olarak kullanıldığı görülmektedir. Şikayetli avukat tarafından; “(...) *gerekli yasal düzenlemeler incelenmeden davanın açıldığı (...)*” şeklindeki sözleri de metnin içindeki yerinde değerlendirildiğinde, davanın hukuki dayanağının bulunmadığının ifadesi için savunma sınırları içerisinde kullanıldığı, avukatı küçültmek, bilgisizlikle suçlamak için kullanılmadığı anlaşılmaktadır.

Bu nedenlerle İzmir Barosu Disiplin Kurulu’nun değerlendirilmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazların reddi ile, İzmir Barosu Disiplin Kurulu’nun şikayetli hakkında “*disiplin cezası tayinine yer olmadığına*” ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 11.11.2005
E. 2005/285
K. 2005/374

* **Memura mukavemet ve hakaret**
* **Özen ve dikkat sorumluluğuna aykırılık**
(Av. K. m. 34; TBB Meslek Kuralları m. 4, 25)

Şikayetli avukat hakkında, İstanbul (7). İcra Müdürlüğü’nün bir dosyası ile ilgili olarak borçlunun ikametgahında haciz işlemi uygu-

landığında, üçüncü şahıs vekili olduğunu belirtip olay yerine gelerek görevli icra memuruna "(...) burasının borçlu ile ilgisi yok. Kapıyı da açtırmazsın, açabiliyorsan açtır. Vastayı burada bırakmayın, yoksa ben ona zarar verebilirim, arabayı hemen götürün, ben seninle yarın dairede görüşürüm, bunların hesabını sorarım. Müdürünüzü de tanıyorum, değişik bir şekilde seninle görüşeceğim. Savcılığa suç duyurusunda bulunmazsan şerefsiz adamsın, sen kaşınıyorsun, ben kaşınmasını iyi bilirim, seninle hesaplaşırız." demek suretiyle memura görevi sırasında mukavemet ve hakaret ettiği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonunda baro disiplin kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında özetle, olay yerinde avukat sıfatıyla bulunmadığını, görevli olmadığını, ceza verilse bile daha hafif bir cezanın verilmesinin mümkün olduğunu bildirmiştir.

Kovuşturma konusu olay, avukatın meslek kuralları ile belirlenen davranış kurallarına uygun şekilde davranıp davranmadığı, özen ve dikkat sorumluluğunu yerine getirip getirmediğine ilişkindir.

Şikayetli avukat hakkında disiplin kovuşturmasına konu eylem sebebiyle, "memura mukavemet ve hakaret" suçlarından dolayı kamu davası açıldığı, şikayetli avukatın İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 31.08.2001 tarih ve 2000/... esas, 2001/... karar sayılı 17.09.2003 tarihinde kesinleşen ilamı ile 6 ay 20 gün hapis ve 50.000.000 TL ağır para cezası ile cezalandırıldığı, cezanın 647 sayılı Yasa'nın 6. maddesi gereğince ertelendiği anlaşılmıştır.

İstanbul Barosu Disiplin Kurulu şikayetli avukatı, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine aykırı davranmış olması nedeniyle kınama cezası ile cezalandırmıştır.

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine göre; avukatlar yükledikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla yükümlüdürler.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesine göre; avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Avukat özel yaşamında da buna özenmekle yükümlüdür.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 25. maddesine göre de avukat, mahkeme kalemlerinde, icra dairelerinde ve her türlü mercilerde çalışan görevlilerle olan ilişkilerinde de meslek onuruna ve ağırbaşlılığına uygun tutum ve davranışlarını korur.

Şikayetli avukatın kamu davasında hükümlülükle sonuçlanan eylemi aynı zamanda Avukatlık Yasası'nın 34, TBB Meslek Kuralları'nın 4 ve 25. maddesine de aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturduğundan, baro disiplin kurulunca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukat hakkında "kınama" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

Sorularla Hukuk Dizisi 3

**SORULARLA
TOPLU
İŞ HUKUKU**

2. Cilt

Prof. Dr. Fevzi DEMİR

-ÇIKTI-

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine **Ekler** bölümünde yer verilmektedir.

YASALAR

RG 28 Şubat 2006/26094

- 5459 Türk Silahlı Kuvvetleri Stratejik Hedef Planının Gerçekleştirilmesi Maksadıyla Gelecek Yıllara Sari Taahhütlere Girişme Yetkisi Verilmesi Hakkında Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5460 Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5461 Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5463 Avrupa Bölgesinde Yükseköğretimle İlgili Belgelerin Tanınmasına İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 01 Mart 2006/26095

- 5464 Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu

RG 03 Mart 2006/26097

- 5465 İzmir Kentinde Yapılacak Dünya Üniversitelerarası Spor Oyunları (Universiade) Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5466 İstanbul Elektrik, Tramvay ve Tünel İdareleri Teşkilât ve Tesi-
satının İstanbul Belediyesine Devrine Dair Kanunda Değişiklik
Yapılmasına İlişkin Kanun

RG 04 Mart 2006/26098

5458 Sosyal Güvenlik Prim Alacaklarının Yeniden Yapılandırılması
ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 07 Mart 2006/26101

5469 Türkiye Cumhuriyeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Arasında
Serbest Ticaret Alanı Tesis Eden Ortaklık Anlaşmasının Onay-
lanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5470 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Moğolistan Hükümeti
Arasında Büyükelçilik Binasının Türkiye Cumhuriyeti Hükü-
metine Satışına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun
Bulunduğuna Dair Kanun

RG 11 Mart 2006/26105

5471 Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme
(Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hak-
kında Kanun ile 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununda
Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 14 Mart 2006/26108

5472 Bankacılık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 17 Mart 2006/26111

5467 Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu, Yükseköğretim
Kanunu, Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu, Telsiz Ka-
nunu ile 78 ve 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerde
Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

5468 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 24 Mart 2006/26118

5474 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Tunus Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Sanayi İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 28 Mart 2006/26122

5475 Yükseköğretim Kurumları Teşkilâtı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

5476 At Yarışları Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5478 Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğünün Yeniden Yapılandırılması ile Tütün ve Tütün Mamullerinin Üretimine, İç ve Dış Alım ve Satımına, 4046 Sayılı Kanunda ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun

RG 30 Mart 2006/26124

5477 Türk Tabipleri Birliği Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 31 Mart 2006/26125

5473 Değişik Adlar Altında İlave Ödemesi Bulunmayan Memurlara ve Sözleşmeli Personele Ek Ödeme Yapılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 04 Nisan 2006/26129

5480 Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Birliği Arasında Türkiye Cumhuriyetinin Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyetindeki Avrupa Birliği Polis Misyonuna (EUPOL-PROXIMA) Katılımına Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun

RG 08 Nisan 2006/26133

5479 Gelir Vergisi Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Özel Tüketim Vergisi Kanunu ve Vergi Usul Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

5481 Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Projesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun

5482 Türkiye Cumhuriyeti ile Makedonya Cumhuriyeti Arasında İşbirliği Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5483 190 Sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerin Yargıtay Başkanlığına Ait Bölümünde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5484 Türkiye Cumhuriyeti ile Güney Afrika Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5486 Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı ile Çin Halk Cumhuriyeti Kalite Yönetimi, Denetim ve Karantina Genel İdaresi Arasında Sanayi Ürünlerinde Kalite ve Güvenliğe İlişkin Danışma ve İşbirliği Mekanizması Tesis Edilmesine Dair Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

TÜZÜKLER

RG 16 Şubat 2006/26082

2006/9995 Beden Terbiyesi Tüzüğü'nün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

RG 02 Mart 2006/26096

2006/10079 Samsun Liman Tüzüğü'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük

RG 03 Mart 2006/26097

2006/10082 Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Eserlerden Faydalanma Usul ve Esasları Hakkında Tüzükte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tüzük¹

RG 06 Nisan 2006/26131

2006/10218 Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük

YÖNETMELİKLER

RG 16 Şubat 2006/26082

- Niğde Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Şubat 2006/26083

2005/9986 Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

¹ Değişikliklerin de işlendiği tam metin için "Ekler" bölümündedir.

- Kanun, Kanun Hükmünde Kararname, Tüzük ve Yönetmelik Tasarılarının Hazırlanmasına İlişkin Esasların Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Esaslar
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Petrol Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliği

RG 18 Şubat 2006/26084

2006/9972 Strateji Geliştirme Birimlerinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

- Yapı Malzemeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (89/106/EEC)
- Süleyman Demirel Üniversitesi Teknolojik Malzemeler Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Şubat 2006/26085

- Yabancı Para Net Genel Pozisyon/Özkaynak Standart Oranının Bankalarca Konsolide ve Konsolide Olmayan Bazda Hesaplanması ve Uygulanması Hakkında Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim, Sınav, Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Şubat 2006/26086

- Okul Öncesi Eğitim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Şubat 2006/26088

- Kara Sınırlarının Korunması ve Güvenliği Hakkında Yönetmeliğin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Şubat 2006/26089

- Balıkçı Gemilerinin Emniyeti Hakkında Yönetmelik

RG 24 Şubat 2006/26090

- Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gıda ve Gıda ile Temas Eden Madde ve Malzemeleri Üreten İş Yerlerinin Çalışma İzni ve Gıda Sicili ve Üretim İzni İşlemleri ile Sorumlu Yönetici İstihdamı Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Şubat 2006/26091

- Çevre Kirliliğinin Önlenmesi ve Temizlenmesine Yönelik Faaliyetler İçin Yapılacak Harcama ve Yardımlar ile Verilecek Kredilere İlişkin Yönetmelik

RG 26 Şubat 2006/26092

- Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ege Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde Görevlendirilme ve Şirket Kurabilmelerine Dair Yönetmelik

RG 28 Şubat 2006/26094

- Kaplıca Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Denizcilik Müsteşarlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Temsilciliklerinin Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Çevre ve Orman Bakanlığı Döner Sermayeli İşletmeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Peyzaj Mimarları Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Yandal Programı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi İkinci Anadal Programı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Sivil Havacılık Yüksekokulu Pilotaj Bölümü Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Deniz ve Ticaret Meslek Yüksekokulu Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Ankara Üniversitesi Astronomi ve Uzay Bilimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Atatürk Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Yaz Dönemi Öğrenimi Yönetmeliği

RG 01 Mart 2006/26095

- Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkındaki 209 Sayılı Kanun Gereğince İşletme, İdare ve Muhasebe İşlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik²

RG 02 Mart 2006/26096

- Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Radyo ve Televizyon Kuruluşlarına Kanal veya Frekans Tahsisi Şartları ve Bunlara İlişkin İhale Usulleri ile Yayın Lisansı ve İzni Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Mart 2006/26098

2006/10036 Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

² Bkz., *Ekler*

- Millî Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiş-tirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiş-tirme Yönetmeliği
- Millî Eğitim Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 05 Mart 2006/26099

- Eşyanın Tercihli Menşenin Tespiti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 775 Sayılı Gecekondu Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yö-netmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yargıtay Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliği

RG 06 Mart 2006/26100

- Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetme-lik

RG 07 Mart 2006/26101

- Adli Yargı Hâkim ve Savcı Adayları ile İdari Yargı Hâkim Adaylarının Meslek Öncesi Eğitimlerinin Yapıtırılmasının Esas ve Usullerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adli Yargı Hâkim ve Savcı Adayları ile İdari Yargı Hâkim Adaylarının Staj Dönemi ile Staj Mahkemelerine İlişkin Yö-netmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- İdari Yargı Hâkim Adaylarının İl Valiliklerinde Yapacakları Staj Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Subay Sicil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Astsubay Sicil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Subay Meslek Programları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Astsubay Meslek İçi Eğitim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Denizcilik İşletmeleri Anonim Şirketi Kapsam Dışı Personel Sicil Yönetmeliği
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliği

RG 08 Mart 2006/26102

- Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 09 Mart 2006/26103

- Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Personeli Atama, Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 10 Mart 2006/26104

- Mahalli İdareler Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Ormancılık Meslek Yüksekokulu Ön Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

- Mustafa Kemal Üniversitesi Arkeoloji ve Sanat Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Mart 2006/26105

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Mesleki Denetim ve Asgari Ücret Yönetmeliği
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Serbest Mühendislik Müşavirlik Büroları Tescil Yönetmeliği

RG 12 Mart 2006/26106

- Akdeniz Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi İşitme Engelli Çocuklar Eğitim, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Çukurova Üniversitesi Fen, Sağlık ve Sosyal Bilimler Enstitüleri Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Mart 2006/26107

- İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Sağlık Hizmetleri Meslek Yüksekokulu Ön Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 14 Mart 2006/26108

2006/10129 Özürlülerin Devlet Memurluğuna Alınma Şartları ile Yapılacak Yarışma Sınavları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu ve İşyurtlarının Muhasebe Uygulama Yönetmeliği
- Sanal Ortamda Oynatılan Talih Oyunları Hakkında Yönetmelik

RG 15 Mart 2006/26109

2006/10126 Rekabet Kurumu Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği

- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu Personel Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre ve Ormancılık Şurası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 16 Mart 2006/26110

- Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Mart 2006/26111

- Hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu İdarelerince Hazırlanacak Faaliyet Raporları Hakkında Yönetmelik

RG 18 Mart 2006/26112

- Suni Tohumlama, Tabii Tohumlama, Ovum ve Embriyo Transferi Faaliyetlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Mart 2006/26113

- Motorlu Araçların Hız Sınırlayıcı Donanımları ve Bunların Takılması ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (92/24/AT)
- Gazi Üniversitesi Çocuk Koruma, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Teknik Bilimler Meslek Yüksekokulu Ön Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 20 Mart 2006/26114

- Motorlu Araçların Dolaylı Görüş Cihazları Hakkında Tıp Onayı Yönetmeliği (2005/27/AT ile Değişik 2003/97/AT)

RG 21 Mart 2006/26115

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Peyzaj Mimarları Odası Serbest Peyzaj Mimarlık Müşavirlik Hizmetleri Uygulama, Meslekî Denetim, Büroların Tescili ve Asgarî Ücret Yönetmeliği

RG 22 Mart 2006/26116

- Dış Ticaret Müsteşarlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 23 Mart 2006/26117

- Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Sermaye Yeterliliklerinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik
- Ticari Taşıt Kullanma Belgesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Galatasaray Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Mart 2006/26118

- Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği

RG 25 Mart 2006/26119

2006/10169 Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Teşkilât Yönetmeliği

- Amatör Denizci Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Eğitim Yönetmeliği

RG 26 Mart 2006/26120

- Liman Devleti Denetimi Yönetmeliği

RG 27 Mart 2006/26121

- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Yabancı Diller Bölümü Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Ufuk Üniversitesi Doktor Rıdvan Ege Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 28 Mart 2006/26122

- Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği

- Alan Kılavuzlarının Seçimi, Eğitimi, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

RG 29 Mart 2006/26123

- İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Lepra ve Zührevi Hastalıklar Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 30 Mart 2006/26124

- Milli Sporcu Belgesi Verilmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İskan Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Koruma, Uygulama ve Denetim Büroları, Proje Büroları ile Eğitim Birimlerinin Kuruluş, İzin, Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 31 Mart 2006/26125

- Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Akademik Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Yükseköğretim Kurumları Arasında Öğrenci ve Öğretim Elemanı Değişimine İlişkin Yönetmelik
- Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Denklik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yükseköğretim Kurulu Milli Komiteler Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 01 Nisan 2006/26126

2006/10186 Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Daimi Kadrolarına İlk Defa İşçi Olarak Alınacaklar Hakkında Uygulanacak Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Bilgi Edinme Hakkı Uygulama Yönetmeliği
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Milli Saraylar Daire Başkanlığı Geleneksel Sanatlar, Restorasyon ve Konservasyon Uygulama (Programları) Yönetmeliği

RG 02 Nisan 2006/26127

- Veteriner Hekim Muayenehane ve Poliklinik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Yargıtay Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 03 Nisan 2006/26128

- İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 04 Nisan 2006/26129

- Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Elektrik Enerjisi Talep Tahminleri Hakkında Yönetmelik
- Fırat Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 05 Nisan 2006/26130

- İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 06 Nisan 2006/26131

2006/10224 Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Gülnar Meslek Yüksekokulu Öğrenci Yurdu Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Nisan 2006/26132

- Dicle Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Öğretim Sınav ve Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Nisan 2006/26133

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Memurları Sicil Raporu Vermeye Yetkili Amirler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Sicil ve Başarı Değerlemesi Raporu Vermeye Yetkili Amirler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 09 Nisan 2006/26134

- Tekel Ürünleri Toptan Satıcılığına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Yaz Okulu Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Yabancı Diller Bölümü Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Nisan 2006/26135

- Ankara Üniversitesi Sualtı Arkeolojik Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Pamukkale Üniversitesi Öğrenci Sağlık İşleri ve Sağlık Raporları Yönetmeliği

RG 11 Nisan 2006/26136

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Jeofizik Mühendisleri Odası Serbest Müşavirlik Mühendislik Hizmetleri, Büro Tescil ve Meslekî Denetim Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Veteriner Fakültesi Meslek Yüksekokulu Ön Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 12 Nisan 2006/26137

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Jeofizik Mühendisleri Odası Meslek İçi Eğitim ve Belgelendirme Yönetmeliği
- Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Yönetmelik

- Erciyes Üniversitesi Veteriner Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Nisan 2006/26138

- Gemiadamları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fikir ve Sanat Eserlerini İçeren Taşıyıcı Materyaller ile Bu Eserlerin Çoğaltılmasına Yarayan Teknik Cihazların Bedellerinden Yapılan Kesintilerin Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

RG 14 Nisan 2006/26139

- Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Projesi Yönetmeliği
- Türk İşaret Dili Sisteminin Oluşturulması ve Uygulanmasına Yönelik Usul ve Esasların Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik
- Dışişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği

RG 15 Nisan 2006/26140

- Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teknik Denetçilerin Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

RG 16 Nisan 2006/26141

- Atatürk Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Yabancı Diller Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Süleyman Demirel Üniversitesi Kanser Erken Tanı Tedavi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Nisan 2006/26142

- Afyon Kocatepe Üniversitesi Öğretmenlik Meslek Bilgisi Programı Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

Sorularla Hukuk Dizisi 1

**SORULARLA
CEZA
HUKUKU**

Doç. Dr. Hakan HAKERİ

ÇIKTI !..

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'nin

Ekler bölümü, elimizin altında bulunmasını istediğimiz, ancak gözümüzün önünde bulunmasını istemediğimiz önemli bilgileri, metinleri bünyesinde saklayacaktır. Dergi'nin okunmasını zorlaştıracak, ancak kimilerinin ayrıntılarına önem verdiği uzun metinlere, yasalara, tüzük ve yönetmeliklere burada yer verilecektir.

Biz bu bölüme kendi aramızda, eski evlerin vazgeçilmez temiz, düzenli, ancak göz önünde bulunmayan bölümünden esinlenerek "**Kiler**" diyoruz.

Büyük ihtiyaçlara cevap verecek bölümün geleceği de sizlerin öneri ve dilekleriyle şekillenecektir.

BAKANLAR KURULU KARARI

Karar Sayısı: 2006/10302

Ekli "*Kamu Alacakları İçin Uygulanan Gecikme Zammı Oranının Yeniden Belirlenmesine İlişkin Karar*"ın yürürlüğe konulması; Maliye Bakanlığının 30.3.2006 tarihli ve 22940 sayılı yazısı üzerine, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 51 inci maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 3.4.2006 tarihinde kararlaştırılmıştır.

**KAMU ALACAKLARI İÇİN
UYGULANAN
GECİKME ZAMMI ORANININ
YENİDEN BELİRLENMESİNE
İLİŞKİN KARAR**

Gecikme zammı oranı

MADDE1. (1) 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 51 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan gecikme

zammı oranı her ay için ayrı ayrı uygulanmak üzere % 2,5 olarak belirlenmiştir.

Yürürlük

MADDE 2. (1) Bu Karar yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 3. (1) Bu Kararı Bakanlar Kurulu yürütür.

RG, 21 Nisan 2006

TÜZÜK

**KAMU KURUM VE
KURULUŞLARINA AİT
ESERLERDEN FAYDALANMA
USUL VE ESASLARI
HAKKINDA TÜZÜK**

Bakanlar Kurulu Karar

Tarihi- No: 25.09.1986 - 86/
11038

Dayandığı Kanun Tarihi -

No: 05.12.1951 - 5846

Yayımlandığı Resmi Gazete

Tarihi - No: 16.10.1986 - 19253

Kapsam

Madde 1. Çoğaltma ve yayımı eser sahibi tarafından açıkça yasaklanmamış, kütüphane, müze ve benzeri kurumlarda saklı, henüz yayımlanmamış veya alenileşmemiş, mali haklarla ilgili koruma süresi dolmuş eserlerden, bilimsel ve benzeri amaçlarla faydalanmak isteyenlerin izin alacakları yer, izin alma şekli, alınacak ücretler, bunların kullanılacağı kültürel amaçlar, bu Tüzükte gösterilmiştir.

Tarif

Madde 2. Bu Tüzükte sözü edilen eser kelimesiyle; eser sahibinin özelliklerini taşıyan, bilim ve edebiyat, musiki, güzel sanat veya sinema eseri sayılan her nevi fikir ve sanat ürünlerinden nitelikleri birinci maddede belirtilenler amaçlanmıştır.

Başvuru ve İzin

Madde 3. (Değişik madde: 03/03/2006 - 2006/10082 K.)

Bu Tüzük kapsamına giren eserlerden yararlanmak isteyenler; eserin bulunduğu kamu kurum ve kuruluşuna veya mahallindeki birimine dilekçe ile başvururlar. Başvuruda, eser ya da eserlerin ad-

ları, eserden ne amaçla yararlanılacağı, yararlanma şekli ve yapılacak çalışmanın süresine ilişkin bilgiler yer alır. Dilekçeye eserlerden yararlanacak olan kişi ya da kişilerin fotoğraflı kimlik örnekleri eklenir. Başvurular aynı koşullarla posta, faks, e-posta ve benzeri yollarla da yapılabilir. Başvurular, en geç beş iş günü içinde kamu kurum ve kuruluşunun en üst amiri veya eserin bulunduğu il veya ilçenin mülki idare amiri tarafından ya da bunların yetkilendirecekleri mercilerce değerlendirilir, uygun görülen talepler için izin belgesi düzenlenir.

Eserlerden yararlananlar, çalışmalarını sonucunda hazırladıkları ilmi rapor veya yayımladıkları eserin bir örneğini, izin aldıkları mercie verirler. Vermedikleri takdirde, yeni başvurularında kendilerine izin verilmez. Yayımlanan eserde, yararlanan eserin bulunduğu kamu kurum ya da kuruluşunun adı belirtilir.

Alınacak Ücretler

Madde 4. (Değişik madde: 03/03/2006 - 2006/10082 K.)

Eserlerden aşağıdaki gösterilen şekilde yararlanmak isteyen yabancılar ve bunların adına çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarından, karşılarında belirtilen ücretler alınır. Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yıllık olarak yayınlanan Tüketici Fiyatları Endeksi (TÜFE) oranı baz alınarak her yıl Ocak ayında Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca bu ücretlerde yeniden düzenleme yapılır.

Yararlanma Şekli	Ölçüm Birimi	Ücret (YTL)
Film ve video çekimi	Dakika başına	1,20
Fotoğraf ve slayt çekimi	Poz başına	12,00
Resim yapma	Eser başına	4,00
Stampaj yapma	Eser başına	13,00
Kağıt, hateks veya alçıyla mülaj ve taklit	Eser başına	160,00
Röprodüksiyon ve benzerleri	Eser başına	5,00
Yazma ve Harf Devrimi öncesinde basılmış eserlerde fotoğraf, mikrofilm CD, DVD, disket vb. formlarda dijital görüntü ve slayt çekimi	Poz başına	0,60
Nadir yazma ve nadir basma eserlerde fotoğraf, mikrofilm, CD, DVD, disket vb. formlarda dijital görüntü ve slayt çekimi	Poz başına	1,20
Ticari amaçlı yararlanmalarda bu ücretlerin iki katı alınır.		

Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları ile yerli kurum ve kuruluşlar bu ücretlerin yansını öderler.

Kamu kurum ve kuruluşlarının kendi görev alanına giren konularda yaptıracağı çeviri, sadeleştirme, eleştirmeli basım gibi çalışmalardan ücret alınmaz.

Yurt dışından yapılan taleplerde, başka ülkelerde bulunan ve yararlanılan esere eşdeğer olduğu belirlenen Türk ve İslam kültürüne ilişkin yazma eserlerin örneği, ücret yerine kabul edilebilir.

Yararlanma sırasında kullanılan araç ve malzemeler için yapılan her

türlü masraf yararlanan tarafından karşılanır.

Yazma, nadir ve yıpranmış eserlerle Harf Devriminden önce basılmış eserlerin fotokopileri çekilemez. Bu tür eserler, esere zarar vermeyecek mikrofilm, fotoğraf, dijital ortama aktarım ve benzeri yöntemlerle kopyalanabilir.

Bu Tüzük hükümlerine göre alınacak ücret, masraf ve tazminat bütçeye gelir kayıt edilmek üzere Maliye Bakanlığı'nca belirlenecek esaslar çerçevesinde tahsil edilir.

Ücretlerin Toplanması

Madde 5. (Mülga madde: 03/03/2006 - 2006/10082 K.)

TAZMİNAT

Madde 6. (Değişik madde: 03/03/2006 - 2006/10082 K.)

Eserin zarar görmemesi için yararlanılanlar tarafından gerekli özen gösterilir. Her ne sebeple olursa olsun yararlanma sırasında eserin zarar görmesi halinde, zarar miktarı tespit edilerek yararlanandan tazminat olarak alınır.

Gelirlerin Kullanılması

Madde 7. (Mülga madde: 03/03/2006 - 2006/10082 K.)

TESPİT

Madde 8. (Değişik madde: 03/03/2006 - 2006/10082 K.)

Hangi eserden ne şekilde yararlanılacağı, hangi eserin nadir olduğu eserin bulunduğu kamu kurum ve kuruluşunca önceden belirlenir.

Yürürlük

Madde 9. Danıştay'ca incelenmiş olan bu Tüzük hükümleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 10. Bu Tüzük hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

YÖNETMELİK

**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 yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlük

Madde 2. Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 3. Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu yürütür.

RG; 01 Mart 2006

**YARGITAY C. BAŞSAVCISI SAYIN NURİ OK'UN,
YARGITAY C. BAŞSAVCILIĞI 15. ONUR GÜNÜ NEDENİYLE
YAPTIĞI KONUŞMA METNİ**

7 Nisan 2006

Yüce Yargıtay'ımızın değerli başkanı, değerli meslektaşlarım, saygıdeğer konuklar, medyanın değerli mensupları,

15.'sini yapmakta olduğumuz Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı "*Onur Günü*"nde, önce hiçbir zaman kendilerini unutmadığımız, unutamayacağımız, sahip oldukları değerler ve üstün görev bilinciyle bu camianın bugün ulaştığı başarıda pay sahibi olan onursal payesine ulaşmış büyüklerimizle ve bu anlamlı günümüzde bizleri yalnız bırakmayan başta Yargıtay Başkanımız olmak üzere tüm değerli konuklarımız, meslektaşlarımız ve dostlarımızla buluşmanın ve bir arada olmanın engin sevinci, coşku ve gururu içinde olduğumuzu öncelikle ifade etmek istiyorum.

Bu çok özel günümüze, lütfedip katılarak bizleri onurlandıran sizleri, en içten sevgi ve saygılarımla selamlıyor, teşekkürlerimi sunuyorum.

Bu etkinliğimizin, meslektaşlarımız arasında dayanışma ve iletişim sağlama, dostlukları canlı tutma, kısaca sosyal boyutuna, hukuku geliştirme, adalet hizmetlerine ivme kazandırma işlevini, özellikle gelecek yıllar için bilimsel toplantı ile zenginleştirilmesi hedefini koymamız gerektiğini düşünüyorum.

Değerli konuklar, değerli meslektaşlarım,

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Savcılığın Ceza Adalet Sistemi İçindeki Rolüne Dair (2000) 19 sayılı Tavsiye Kararı'nda "*Savcılar, bir bütün olarak eylemleri, özellikle görevlerinin ne şekilde yerine getirildiği hususlarında periyodik ve aleni olarak hesap vermek durumundadırlar*" tespiti yapılmış ve bu yönde hareket tarzının benimsenmesi önerilmiştir. Bu Onur Günü'müzdeki toplantımızın yarattığı fırsatı kullanarak sizleri sıkmadan, geçen yıl dahil bugüne kadarki faaliyetlerimizi, mesleki ve görevimizle bağlantılı ülkemiz sorunlarını, hedeflerimizi, başarılarımızı, başarısızlıklarımızı, isteklerimizi, çözüm önerilerimizi kamuoyu önünde ifade etmek istiyorum.

Başsavcılığımız, Anayasa ve yasaların verdiği çok önemli ve yaşamsal görevleri en iyi şekilde yerine getirmenin ciddi uğraşı içindedir. Çünkü ve bugünkü kalitesini aşmak, daima gelişmek, toplumun ve hukukun dinamizminin gerisinde kalmamak, hatta önünde olmak, değişim ve dönüşümleri çok iyi takip ile özümseyerek katkı yapmakta önemli roller yüklenmektedir.

Bu kapsamda, Başsavcılığımız kendi bünyesinde, özellikle mesleki eğitime ve ortak çalışmaya süreklilik kazandırmıştır. Savcılarımız hukuksal konularla ilgili güncel gelişmelerden iç internet ağımla en kısa sürede haberdar edilmekte, yeni yasal düzenlemeler, yasa değişiklikleri, uygulamalar ve içtihatlar ve olası sorunlar ortaklaşa değerlendirilmekte, böylece hem bilgi zenginliği ve ufuk genişliği, dolayısıyla mesleki formasyon ve yetkinliğin takviyesi, hem de uygulamada birliğin sağlanmasına ve özellikle kolektif değerlendirme ve ekip çalışması kültürünün kökleşmesine çalışılmaktadır. Hedefimiz, tüm kadro olarak istenilen düzeye yükselmektir. Aksaklıklara, önemli oranda aşırı iş yükünün, derinlemesine inceleme ve araştırmaya ayıracak vakit bırakmamasının etken olduğunu görüyoruz. Daha fazla, yani tahammül dışı çalışma ve fedakarlık isteme hakkını kendimde görmüyorum. Ama yüce bir değer olan adaletin, bu yolda talebini göz ardı etmemizin mümkün olmadığını da ifade etmek istiyorum.

Başsavcılığımız, Cumhuriyet Savcıları'na vermekte olduğu hizmet içi eğitimi önemsemekte, bu eğitimi, amacına uygun olarak takip edilen etkin programlar çerçevesinde başarıyla sürdürmekte, hakim stajyerlerinin mesleğe hazırlanmasında ise, üstlendiği görevi en iyi şekilde yerine getirmektedir.

Yeni kanun, kanun değişiklik taslak ve tasarı çalışmalarına hem Adalet Bakanlığı, hem de TBMM komisyonlarında katkıda bulunmaktadır. Ayrıca yaygın eğitim programlarına eğitici ve katılımcı olarak dahil olunmakla, yargı dışı idare ve kurumların düzenlediği seminer, sempozyum, panel gibi bilimsel toplantılarda sorumluluk yüklenilmektedir.

Başsavcılığımız, Uluslararası Savcılar Derneği'nin 10-14 Ağustos 2003 tarihlerinde Washington'da düzenlenen "8. Yıllık Konferans ve Genel Toplantı"ya ve ısrarla ve özellikle davet edilmesine rağmen sınır aşan örgütlü suçlar çerçevesinde Orta Amerika Kamu Bakanlıkları Konseyi tarafından 2 ve 5 Şubat 2004 tarihleri arasında Antiqua Guatemala'da düzenlenen "Başsavcı ve savcılar, kamu bakanlıkları ve benzeri kuruluşların başkanları dünya zirvesi"ne mali imkanlarımızın sınırlı olması nedeniyle katılamamış, ancak sırasıyla 29-31 Mayıs 2005 tarihlerinde Budapeşte'de gerçekleştirilen 6. Avrupa Başsavcılar toplantısına, 1988 yılından beri düzenlenen ve 8'incisi 12-14 Ekim 2005 tarihleri arasında Lizbon'da yapılan Eurojustice Konferansı'na Avrupa Birliği ile işbirliği içinde olan Ülke Başsavcısı konumuyla ve de Katar-Doha'da 14-15 Kasım 2005'te gerçekleştirilen Dünya 2. Başsavcılar Zirvesi'ne katılmıştır. Yine Başsavcılığımız bu yıl Moskova'da yapılması kararlaştırılan 5-6 Temmuz'a ertelenen 7. Avrupa Başsavcılar toplantısına da katılacaktır. Bu toplantı konularının ana başlıkları şunlardır: "Savcıların ceza alanında mağdurlara ve tanıklara karşı görevleri" ötekisi "Savcıların hür-

riyetlerinden yoksun bırakılan kişilere karşı sorumlulukları" dır. Bunlarla ilgili yasal düzenlemelerimiz anket cevabı olarak Avrupa Başsavcılar Konferansı Koordinasyon Bürosuna bildirilmiştir.

Katıldığımız yurtdışı toplantıların sonuçlarından Adalet Bakanlığı ve HSYK bilgilendirilmektedir. Çok önemsememiz gereken bir konuya kısaca değinmek isterim: Bilindiği üzere Yargısal Tutarlılığın Kuvvetlendirilmesi Hakkındaki Yargı Grubu'nun hazırladığı Bangalor Yargı Etiği ilkeleri, BM İnsan Hakları Komisyonu'nda 23 Nisan 2003 tarihinde kabul edilmiştir. Bu ilkeler, Avrupa Konseyi Avrupa Hakimleri Danışma Komitesi tarafından Bakanlar Komitesi'ne, bu tarihten önce 13 Kasım 2000 tarihinde tavsiye kararı için önerilmiştir. Önsözünde belirtildiği üzere, hakimleri bağlayıcı mevcut hukuk ve davranış kurallarını değiştirmeyi değil, onları tamamlamak niyetiyle öngörülen bu ilkeler; Bağımsızlık-Tarafsızlık-Doğruluk ve Tutarlılık-Eşitlik-Ehliyet ve Liyakat değerleri olarak sıralanmıştır.

Katıldığımızı ifade ettiğim 6. Avrupa Başsavcılar Konferansı'nda bu kez "Savcıların etik ve davranışlarına dair Avrupa ilkeleri" kabul edilmiş ve sonuç bildirisinde yer almıştır. "Budapeşte İlkeleri" olarak adlandırılan bu metinde, savcılık kurumu için veya onun adına çalışan tüm savcılardan beklenen davranış ve uygulama standartları, girişi izleyen "Temel Görevler", "Genel Olarak Profesyonel Davranışlar", "Ceza Soruşturmaları Çerçevesinde Profesyonel Davranışlar" ve "Kişisel Tutum" başlıkları altında tespit edilmiş ve bu ilkelerin savcıların görevlerini yerine getirmelerinde geniş çapta kabul gören genel prensipleri içeren bir belge olarak algılanmasına ve ulusal düzeyde etik ve benzeri sorunlarda bir rehber gibi değerlendirilmesi gerektiğine işaret edilmiştir.

Adalet Bakanlığı'na ve HSYK'na da gönderdiğimiz metnin *Yargıtay Dergisi*'nin Mart-Nisan 2006 sayısında bir arkadaşımızın değerlendirmesiyle birlikte yayımı sağlanmıştır.

Genelde yargı etiği, özelde savcıların etik ve davranışları ilkelerine duyarlılık ve uyumun, hem yargı içinde, hem de halkımız tarafından hoşgörüsüz takibi gerektiğine özellikle ve önemle vurgu yapmak istiyorum.

Dünya II. Başsavcılar Zirvesi'nin genel konusu "21.yüzyılda karşı karşıya kaldığımız tehditler" olup, bu genel başlık altında; "Savcılıkların özellikle bilişim suçları olmak üzere yeni ve sofistike suç türleriyle başa çıkabilmelerinin gerekleri", "Sınır aşan örgütlü suçlar, terörizm ve yolsuzluk konularında savcılıkların kapasitesinin güçlendirilmesi için strateji ve pratik önlemler", "hukukun üstünlüğü ilkesinin geliştirilmesi ve güçlendirilmesinde savcıların rolü", "savcılıklar arasında uluslararası işbirliğinin güçlendirilmesi için önlem ve mekanizmalar" olmak üzere dört ayrı konu gündemde yer almıştır.

Zirvede, savcılıkların örgütlü suçlarla mücadele için kapasitelerin artırılmasına yönelik stratejiler arasında şu hususlara yer verilmiştir:

- BM Sözleşmesi'nin uygulanması ve ulusal hukukların bu alanlarda uyumlaştırılması,

- Daha aktif, bilgiye dayalı, insiyatifi ele alan, takdir yetkisi kullanan, sınır ötesindeki savcılarla işbirliği yapabilecek niteliği sahip olan savcıların bu alanlarda çalıştırılması,

- Ceza adalet sistemi içinde bulunan kurumlar arasında işbirliğinin etkinleştirilmesi ve sonuç almaya yönelik hale getirilmesi,

- Disiplinler arası çalışma grupları oluşturulması, savcıların olay çözme ve dava yönetme kapasitesinin artırılması için eğitilmeleri,

- Soruşturma giderlerinin yönetimi,

- Savcıların ihtisaslaşması,

- Tüzel kişilerin soruşturulması konusunda yasal düzenlemeler yapılması, tüzel kişilere bunların yöneticilerine çalışanlarına, ticari işlemlerine ilişkin bilgilerin incelenebilmesi ve bu bilgilerin paylaşılması,

- İleri soruşturma tekniklerinin kullanılması, DNA verilerinin toplanması ve kullanılmasına yasal olanak sağlanması,

- Yolsuzluk, rüşvet, mali suçlar ve kara para aklamayla ilgili olarak uluslararası sözleşmelerin tam olarak uygulanması ve suçtan elde edilen gelirlerin izini sürme, el koyma ve müsaderesinin sağlanması,

- Yolsuzlukla mücadele grupları oluşturulması, sınır aşan suçlarla mücadelede özel ekipler kurulması, tanık koruma programlarının yasal alt yapısının oluşturulması,

- Etkili uluslararası işbirliğinin sağlanması, gelişmeleri değerlendirmek ve en iyi uygulamaları tespit etmek için mekanizmalar kurulması,

Başsavcılığımızın görevlerinden biri de Siyasi Partiler Kanunu gereğince siyasi partilerin teşkilat ve organlarının, görevlileriyle üyelerinin sicil dosyalarının tutulması ve değişikliklerin takibiyle sicillerine işlenmesidir. Siyasi partilere kayıtlı üyelerin 15 Milyona yaklaşması, önceki yazılımdaki yetersizlikler dikkate alınarak Yargıtay Bilgi Sistemi Projesi içinde öncelik verdirilen Siyasi Partiler Yazılımı Ocak 2006 tarihi itibarıyla tamamlanmış, tüm siyasi partilere tanıtımı yapılmış, ihtiyaç duyulan her türlü teknik bilgi aktarılmış ve böylece yazılımın işlerliği sağlanmıştır. Artık siyasi partiler internet üzerinden güvenlik artırıcı elektronik imza sertifikası ve akıllı kart kullanarak kayıtlarımıza on-line olarak ulaşabilmekte, üyelerini

ekler

sorgulayabilmekte, yeni üye kaydı yapabilmekte, teşkilat bilgilerini görüp güncelleyebilmektedirler. Siyasi partilere düşen görev, sadece ilgilinin TC kimlik numarasını girmektir. Diğer bilgiler Kimlik Paylaşım Sistemi sayesinde MERNİS'ten on-line olarak getirilmektedir.

Ülke içinde yaygınlaştırma çalışmaları sürdürülen, dünyanın en ileri belki yargı alanında tek olan Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) tüm birimlerimizde en yoğun, etkin ve verimli olarak yaşama geçirilmiştir. Bu projenin yargıda değişim ve dönüşümü hızlandıracağı, şeffaflığı takviye edeceği, adalet hizmetlerinde kaliteyi, verimi ve sürati artıracığı şimdiden görülmüştür.

Bu konuya son vermeden parti içi demokrasiye ve siyasi partilerle ilgili yasaklara kısaca dokunmak istiyorum: Siyasi Partiler Kanunu'nun 93. maddesi siyasi partilerin yönetimi, denetimi, parti içi çalışmaları, organlarının seçimi, kararları ile eylem ve işlemlerinin, üyeler arasında eşitlik ilkesine ve demokrasi esaslarına göre yürütüleceğini amirdir. Amacın, partililer arasında fırsat eşitliğinin ve yarışma ortamının makul parti disiplini çerçevesinde özgür işlemesini sağlamak, kişi ve organ sultasını önlemektir.

Bu ilke ve kurallar, siyasi partide; parti genel politikası içinde kalarak, hatta taşarak üyelerin bireysel ve topluca kendilerini ifade etme, farklı yaklaşım ve görüşünü özgürce ve korkusuzca savunma, bu doğrultuda etkinlik gösterme ve parti içinde göreve talip olma hakkını vermektedir. Bu sayede oluşacak sinerji, siyasi partilerin canlı tutulmasına, değişim ve dönüşüme açık bir anlayış ve kültür ortamına imkan verecektir ki, bundan yararlanacak olan siyaset kurumu, dolayısıyla ülkemiz ve demokrasimizdir. Siyasi partilerdeki demokratik havanın, topluma ve demokrasiye olumlu, yetersizliğinin ise, olumsuz yansımaları olacağına kuşku yoktur. Rahatlıkla parti içi demokrasi, ülke demokrasisinin aynasıdır denebilir. Partilerden, kendi içlerinde olmayan demokrasiyi ülkede gerçekleştirmeleri beklenmemelidir. Bu önemdeki konunun, sadece parti tüzüklerine bırakılmayarak, tüzükleri bağlayacak şekilde Siyasi Partiler Kanunu'nda tespit etme, somutlaştırma ve parti dışı etkin denetim mekanizmaları oluşturma ihtiyacı vardır.

Siyasi partilerle ilgili yasaklardan çok önemli gördüğüm birkaçını da hatırlatmak istiyorum. Anayasadan temellenen yasaklar Siyasi Partiler Kanunu'nun 78 ila 96. maddelerinde düzenlenmiştir. Siyasi Partiler;

Türk Devleti'nin ve Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye düşürmek, ... dil, ırk, ... din ve mezhep ayrımı yaratmak;

• Türkiye Cumhuriyeti'nin dayandığı devletin tekliği ilkesini değiştirmek;

- Bölünmez bir bütün olan ülkede bölgecilik veya ırkçılık; amaçlarını güdemezler ve bu amaçlara yönelik faaliyette bulunamazlar.
- Bölge, ırk, ... cemaat, din, mezhep veya tarikat esaslarına dayanmazlar,
- Devletin temel düzenini kısmen de olsa dini esas ve inançlara uydurmak amacıyla veya siyasi amaçla veya siyasi menfaat temin ve tesis eylemek maksadıyla dinî veya dinî hissiyatı veya dince mukaddes tanınan şeyleri alet ederek her ne suretle olursa olsun propaganda yapamaz, istismar edemez veya kötüye kullanamazlar.

Demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olan, Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlı olarak çalışmalarını gereken, Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürmek zorunda olan siyasi partiler için, demokraside ortak kabul gören bu yasaklar, yasalarda yer almasa bile özel duyarlılık alanlarıdır.

Dernek ve benzeri örgütlenmeler kadar siyasi oluşumların da amacı etnisite olmamalıdır. Bu çağda, bu coğrafyada, bu iklimde yapılmaması gereken, ırkçılık, şiddete ve teröre övgüdür. Ayrılıkçı etnik şiddet ve terörden temel alan, teröre ve teröriste destek veren, bölücü ve parçalayıcı etnik teröre sahiplenilen siyasi partilere değil Türkiye, hiçbir ülke demokrasisinin hoşgörüsü sürekli olamaz, uzun süre yaşama şansı da verilemez.

Geçen yıl hazırlanan ve kısa bir süre önce Meclis'e sevkine karar verilen Terörle Mücadele Kanunu Değişiklik Tasarısı'nın kanunlaşması kuşkusuz terörle mücadelede etkinlik sağlayacaktır.

Yine siyasal islamla bağlantılı, çağdaşlık, ilericilik, özgürlük, laiklik ve demokrasi karşıtı siyasi partileri de Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu kesinlikle reddeder.

Siyasi parti yasaklarının hukuk düzeni içinde takibi, kimi olası girişimlerin demokratik sistem ve anlayışla bağdaşmadığı düşüncesi, demokrasinin kendisini savunma hakkı ile ulus birliği ve ülke bütünlüğünü koruma üstün değerleri karşısında geçerli olamaz.

Başsavcılığımızdaki iş durumuna gelince: 2005 yılında gelen iş sayısı 224.381'dir. Bir önceki yıldan devir ise 140.104'tür. İtiraza konu iş sayısı 43, karar düzeltme yoluna gidilen iş sayısı ise 920'dir. Kanun Yararına Bozma talebi ise 1.720'dir. Aynı yıl içinde işlem gören iş sayısı, ceza alanında yeni yasaların yürürlüğe girmesi nedeniyle ölçü olamayacağı için vermek istemiyorum.

Aynı yılda üst düzey memurlar için iş sayısı 153'tür. İşleme konulmayan şikayet ve ihbarların sayısı 50, soruşturma için bakanlıklara gönderilen iş sayısı ise 58'dir. Bunlardan, 53'üne izin verilmemiş, 5'inin sonucu ise henüz intikal etmemiştir. İzin verilmeyen 19 karara itiraz edilmiş, 14'ü kabul edilmiş, 3'ü sonuçlanmamış, 2'sinden biri usulden reddedilmiş, diğeri ise karar verilmesine yer olmadığı kararıyla sonuçlanmıştır.

Yargıtayımızın gelecekte alacağı yeni yapı ve misyon, uluslararası ilişkilerimizin yoğunluk ve süreklilik kazanması, Yargıtay Cumhuriyet Savcıları seçiminde daha duyarlı olunmasını gerektirmiştir. Başsavcılığımızda görevlendirmede kriter baştan beri liyakat, ehliyet, deneyim ve üstün başarıdır. Bugün de aynı kriterler ışığında tercih yapılmakta, ancak bu kriterlere uyanlar arasından, özellikle üst düzeyde yabancı dil bilenler, ayrıca akademik kariyer sahibi olanlar ile bilimsel ve özgün eserleri olanların Yüksek Kurul'a önerilmesinde mutlak titizlik gösterilmektedir. Amacımız Başsavcılığımızda kaliteyi daha da yükseltmek ve Avrupa Ülkeleri ve Avrupa Birliği hukukuna (Avrupa müktesebatına) doğrudan nüfuz ile yararlanma olanağı sağlamaktır. Yüksek Kurul'un anlayışlı yaklaşımını şahsım ve Başsavcılığımız adına takdir ve şükranla anmaktayım.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na, ülke Başsavcılığı kimliği ve statüsü kazandırma isteği artık kamuya mal olmuştur. Bunda zorunluluk olduğunu anlatmaya artık gerek yoktur. Her türlü müdahaleleri sonuçsuz bırakacak, kaygılara yer vermeyecek, etkili ve tarafsız bir soruşturma yapılabilmesinin yolu tüm savcıların adli ve idari yönden bağımsız Ülke Başsavcısı'na bağlanmasıdır. Bu genel yetkili sistem, soruşturma birliğini de bünyesine dahil edecek hiyerarşik örgütlenme biçimini gerektirmektedir. Eurojustice 2005 Lizbon Konferansı Raporu'nda *"Savcılığın hiyerarşik bir biçimde teşkilatlanmasının soruşturma şekillerinin ulusal ve uluslararası düzeyde bir örneklenmesini sağladığı, bunununda yurttaşlar bakımından daha fazla güvenlik ve adalet anlamına geldiği"* belirtilmiştir.

Özellikle eksikliği duyulan temsil yetkisini de içerecek bu oluşumun, Dünya 2. Başsavcılar Zirvesi'nde üzerinde durulan *"Savcılık hizmetleri arasında uluslararası işbirliğinin güçlendirilmesi ön şartlarından biridir de"*.

Bağımsızlığa hanel gelmeyecek, ama tüm sorumlulukları yüklenecek, hesap verecek, mahiyetinden de hesap sorabilecek Başsavcı'nın hükümet ile ilişkileri ise, yasalarımızda yer almayan soruşturma açma ve dava açma istekleri, Siyasi Partiler Kanun'un 99 ve 100. maddelerinin getirdiği sistemin ana fikrinden hareketle düzenlenmesi mümkündür.

Çok da gerekli olmayan örneğin Ombudsmanlık gibi kurumların sisteme dahil edilmesinin kararlaştırıldığı bir dönemde, çevremizdeki ülkelerde ve

Avrupa'da öteden beri var olan, vazgeçilmezliği kavranmış Ülke Başsavcılığı'nın, adının bile anılmaması ülkemiz için bir kayıptır. Bu tavrın gerçek nedeni, siyasi gücün merkezi adli otoriteden yoksun bölünmüş savcılıkları etkileme imkanını kaybetmemek olduğu açıkça görülmektedir. Adalet Bakanlığı, eksikliği açıkça duyulan Ülke Başsavcılığı boşluğunu doldurmaya çalışmakta, sadece idari konularda yetkisi bulunmasına rağmen, C. Savcılıklarına yayınladığı idari genelgelere, Anayasa ve yasalara aykırı olarak adli görevlere ilişkin emir ve talimatlar sıkıştırdığı açıkça görülmektedir.

Artık ihtiyaçların karşılanması ve ülkenin çıkarlarının öneminin kavrandığı bir döneme girdiğimizi düşünmek ve görmek istiyoruz.

Ülkemizde öteden beri ülke başsavcılığının kurulması için aydınlatıcı ve yönlendirici faaliyetlerini kararlılıkla sürdürmekte olan değerli bilim adamlarımızdan Sayın Prof. Dr. Durmuş Tezcan ve Sayın Prof. Dr. Rona Aybay'ın Türkiye Barolar Birliğinin desteğini de alarak bizimle birlikte bazı Avrupa ülkeleri Başsavcılarının katılımıyla düzenlemeyi tasarladıkları Ülke Başsavcılığı bilimsel toplantısının yakın bir tarihte mutlaka gerçekleştirileceği haberini vermek istiyorum. Bilim adamlığının özünde var olan örnek yurtseverlik ve kararlılıklarından dolayı her iki değerli bilim adamımıza şimdiden teşekkürlerimi sunuyorum.

Değerli konuklar, değerli meslektaşlarım,

İstinaf mahkemelerinin kurulmasının gerekli olup olmadığı tartışmaları çok gerilerde kaldı. Yasamanın iradesi, kurulması yönünde oldu. Artık yapmamız gereken bu mahkemeleri en uygun zamanda kurmak ve işlerliğini, dolayısıyla yargı sistemimiz içinde kalıcılığını sağlamak.

Bilindiği üzere yargı ve adalet hizmetlerinin odağında hakim ve savcılar bulunmaktadır. Bunlar adaletle özdeşleşen temel unsurdur. Sistem ne kadar mükemmel olursa olsun, hakim ve savcı yetersizse mutlaka şikayet olacaktır. Tersine yetkin ve yeterli hakim ve savcı, aksayan, hatta çarpık sistemi, çok uzun olmasa bile bir süre ayakta tutabilir.

Adalet sisteminin işleyişinde bu denli önemli bir unsurun ihmal edilmesi düşünülemez. Yargıda her kademe, önce köklü bir hukuk bilgisi, sağlam bir mantık, sağlıklı bir düşünme ve isabetle sonuçlandırma yetisini gerektirir. Bu nitelikler, üst ve yüksek mahkemelerde daha da önem kazanmaktadır.

Genişletilmiş temyiz sistemini de içerecek şekilde kurulması öngörülen istinaf mahkemelerinde görev alacak sayı ve yeterlilikte hakim ve savcılarının olmadığı bir gerçektir. Hakimlerin kolay yetişmediği de bilinmektedir. Bugün başlansa bile hakimin olgunlaşması için en az 10 yıl gereklidir.

ekler

Kısa bir süre önce başlatılan ve yabancılar tarafından da desteklenen istinafla ilgili eğitim çalışmalarının, yapısal ve işlevsel tanıtım sınırını aşması imkansızdır. Kurumsal yapı ve işleyiş usulü elbette önemlidir. Fakat orada görevlendirilecekler için bunlar sorun olmayacaktır. Önemli olan maddi hukuk alanındaki eğitimidir. Bu ise, hukuk eğitimini takviye ve kanalize edecek mesleğe hazırlama ve meslek içi eğitimin etkinliğinin artırılması ve nitelik kazandırılmasıyla mümkün olabilir.

Hakimlik formasyonu, hiçbir yardım almadan her türlü bilgiye bizzat ulaşmak, bilgi ve deney yeterliliğiyle yetenek ve gayretini de içerir. Ülke içinde ve dışında hukuktaki gelişmeleri, kanun değişikliklerini, içtihatları takip etmek hakimın asli görevidir. Bundan eğitimin reddedildiği anlamı çıkarılmamalıdır. Tersine bilgi takviyesi, yeni kaynaklarla tanışma, meslektaşlarla buluşma ve deneyleri aktarma, yerli ve yabancı hukuk uygulamalarından örnekler gösterilerek hakimın hukuki yorum yeteneği ve gücünün sınırlarını genişletme ihtiyacı her zaman vardır.

Ancak, eğitim programlarının, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlerin tarafsızlığı temelinde hakim duruşu ve kimliğini zayıflatmayacak, tersine güçlendirecek, araştırmacılık ve yaratıcılığı öne çıkaracak nitelikte hazırlanması ve uygulanmasında özenli olunması son derece önemlidir. Yine, eğitimi, özellikle hizmet içi eğitimi, sadece Türkiye Adalet Akademisi ve Yüksek Mahkemelerin ortaklaşa planlama ve yürütmesinin, bağımsızlık ve tarafsızlığın korunması ve siyasallaşma tehlikesinden sakınılması bakımından isabetli olacağını düşünmekteyim.

Yeniden konumuza dönecek olursak, bu mahkemelerde görev alacak sayıda ve yeterlilikte Hakim ve C. Savcısı'nın mevcut olmadığı görülmektedir. Gerçekte bugün için de aynı sorunun olduğu herkes tarafından bilinmektedir. Bu bakımdan her yönden güven veren bir istinaf mahkemesi kurmak istiyorsak sabırlı olmalıyız; en az beş yıl beklemeliyiz.

Bu konuya son vermeden önemsedğim iki hususa değinmek istiyorum: Birincisi hapis cezalarında beş yıl olan kesinlik sınırının mutlaka kabul edilebilir, örneğin tasarındaki gibi iki yıla indirilmesi, ötekisi temyiz görevi de yapacak bu mahkemelerin denetiminin Adalet Bakanlığı'na bağlı Teftiş Kurulu'na bırakılmamasıdır. Gerçi bu sonucusu, tüm yargının bağımsızlığını örseleyen en önemli olumsuzluklardan biri olduğu bilinmektedir. Geçen yıla ait Anayasa Değişiklik Taslağı'nda Teftiş Kurulu'nun HSYK'ya bağlanması öngörüsü daha da geç kalınmadan Anayasa'ya girmelidir.

Saygıdeğer konuklar, değerli meslektaşlarım,

İddianame suçlayıcı belgedir. Ancak yargılama muhakkak olduğundan (suçlananların şüpheli-sanık) aklanmak, temize çıkmak olanağı ve fırsatı

mutlaka vardır. Bu imkan tanınmadığında, yani yargılama öngörülmediğinde suçlama yapılamayacaktır. Buna göre iddianamede suçlama, sadece yargılanmaları istenen şüphelilerle sınırlı yapılabilecektir. Kural olarak savunmaları alınamayan, dolayısıyla haklarında dava açılmayan şüphelilerin, iddiaya konu suça iştirak ettiğine dair delil varsa, sadece tespit yapılabilir. Dava açılmayan veya açılmayanların fiillerine, suç iddiasına konu olayın açıklanması sırasında değinilmesinde zorunluluk bulunması halinde ise, suçlayıcı veya bu anlama gelecek ifadeleri kullanmaktan kaçınılmalıdır.

Ceza davalarında her şey delil olabilir. Yeter ki yasak sorgu yöntemleriyle elde edilmesin ve hukuka aykırı olmasın. Yargı ve yardımcı kurumlar dışı delillerin kullanılması ve değerlendirilmesinde çok, ama çok dikkatli olunmalıdır. Aksine davranış yargı üzerinde kuşku çağırır ki, kuşkuyu yenmekle görevli yargıyı haklı eleştirilerin hedefi yapar. Savcılar, temel görevleri arasında son derece önemli yeri olan toplum adına ve kamu yararına hareket ettiklerini, işlevlerini; adil, tarafsız, tutarlı ve bağımsız bir şekilde yerine getirmek zorunda olduklarını hiç unutmamalıdır. Aslında bu hareket tarzı yasanın da öngörüsüdür.

Elbette yargı, olumsuz koşullara rağmen, bağımsızlığını ve tarafsızlığını sorgulatacak davranış ve tutum içinde olduğu izlenimi vermemelidir. Hele siyasallaşmayı çağırması, politik güç dahil her kesimi rahatsız etmelidir. Adli otoritelerin, siyasi ve idari otoritelere yakın görünmesi bile adaletle zarar verir. Adalet hiçbir kuşkuyu kaldırmaz; lekeyi ise reddeder.

Öte yandan, birey, toplum ve devlet olarak sık sık ve üst üste gelen afkların sıkıntılarını ve tahribatını çekmekteyiz. Son olaylarla bunları yeniden gördük ve yaşadık.

Af, Anayasada yer almıştır. Elbette bunun takdiri Yüce Meclis'e aittir. Ancak, affın suç ve ceza politikalarını etkisiz kılan, ceza adaletini bozan, suça ve suçluluğa teşvik edici yönü bir yana, cezalandırma yetkisini bireyden alan devlete, dolayısıyla adaletle güven duygusunu aşındıran olumsuzlukların başında geldiği hiç hatırdan çıkarılmamalıdır. Elbette affın gerekli olduğu, toplumsal, siyasal, ekonomik koşullar gündeme gelebilecektir. Bu olağanüstü koşullar sonrasında toplumsal barışı sağlamada affın rolü inkar edilemez. Bu durumda dahi insanlığa karşı suçlar, insan ticareti, hayata ve vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenen suçlar, işkence ve eziyet, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarının affından kaçınılması, hiç olmazsa kamu vicdanını sarsıcı boyuta ulaştırılmaması son derece önemlidir. Bunun Anayasa hükmü haline getirilmesinin suç karar ve eğilimini kısmen de olsa kıracağı düşünmekteyim.

ekler

Duygusal nedenlerle, veya siyasi avantaj sağlamak için çıkarılan afların adalet duygusunda onarılmaz yaralar açtığı, isyanları, feryatları beraberinde getirdiğini hep birlikte görmekteyiz.

Affin sonuçlarından yargı sorumlu tutulamaz. Karmaşık, belirsiz, netlik taşımayan, uyumsuz, eşitlik ilkesini gözetmeyen ve üst üste gelen af düzenlemelerinden kaynaklanan uygulamalardaki isabetsizliklerden de kusur tümüyle yargıya yüklenemez. Elbette yargı hukuksal çözüm yeridir. Değişik yorum ve kararlara müsait yasa hükümlerinde adil ve istikrarlı uygulama sağlanmasının zamanı gerektireceği dikkatten kaçırılmamalıdır.

Değerli konuklar, değerli meslektaşlarım,

Devlet kurumları arasındaki gerginlik ve çekişmenin önemli bir sorun olduğuna da işaret etmek istiyorum. Devletin üzerine düşen tüm görevleri ve kamu hizmetlerini nitelikli, etkin ve düzenli bir şekilde verebilmesinin ilk koşulu, kurumlarının koordineli, dayanışmalı ve uyumlu çalışmalarıdır. Gerginlik ve çatışmanın hizmet ve görev kalitesini düşüreceği ve kurumlara olan güveni sarsacağına kuşku yoktur. Bu yola, kimi kurumların gözden düşürülerek avantaj sağlamak ve takip edilen hedefleri gerçekleştirmek için başvuruluyorsa derhal terk edilmesi gereken son derece tehlikeli bir tutumdur.

Ne erkler çatışmalı, ne de kurumlar. Hukuka bağlı çoğulcu demokratik anlayış, devlet yetkilerinin dağıtılmasını ve paylaşılmasını gerektirmektedir. Demokratik sistemin işlerliğinin sağlanması için bu zorunludur da. Erklerin ayrılığı ilkesi içinde yargı erkinin özel konumuna dikkat çekmek istiyorum. Çağdaş demokratik toplumlarda yargının misyonu adalet dağıtımı yanında, yasama ve yürütmeyi dengelemek ve frenlemektir. Bu misyon, siyasal erklerin yanında idarenin de denetlenmesini gerektirir. Bu görev yerine getirildiği ölçüde demokratik sistem güvenlidir, özgürlükçüdür, çoğulcudur, çağdaştır ve gelişmeye açıktır. Sivil toplum örgütleri etkin, muhalefet güçlü, basın özgür olsa bile yargı frenlemesine ihtiyaç olacaktır. Aksi durum ve ortamda ise, yargıya düşen görevin önemi daha da artacaktır.

Hukuka saygı olsun olmasın, her koşul ve ortamda görevini tarafsız, etkili ve eksiksiz yapabilmesi için yargı, hem siyasal erkler, hem de diğer güçler karşısında mutlaka bağımsız olmalıdır. Bağımsızlık konusunda kurumsal ve kişisel küçücük bir duraksama dahi, yargıya müdahale arzularını tahrik edecek, siyasaşlaşma iddialarını haklı kılacaktır.

Gerçekten mahkemelerin bağımsız olmadığı kanaati, her gücü, hatta Avrupalıyı da müdahale yarışına sokmaktadır. Kendi mahkemelerine müdahaleyi aklından bile geçirmeyen Avrupalının yandaş saydıkları için

mahkemelerimize haksız, kayırmacı ve hatta insafsızca yüklendiğini bir değil, birçok kez gördük. Gerekçeleri ise mahkemelerimizin bağımsız olmadığı kanaatini taşımalıdır.

Yargıda stajdan başlayarak, atama, terfi, nakil, tecziye ve her türlü özlük işlemleri içinde önemli rolleri olan siyasetin, son olarak hala güncelliğini koruyan olayda hakimlere alenen iddianamenin iadesi yolunu göstermesi üzüntü vericidir. Siyasallaşmaya açık bu sistemde bunun son olacağını umut etmek boş bir iyimserliktir. Hazırlanacak raporun değerlendirilmesi için TBMM’de genel görüşme açılmasının muhakkak olması karşısında, Anayasa’nın 138. maddesinin 3. fıkrasına, hukuk devleti ilkesine ve adil yargılanmayı etkileme yasaklarına rağmen yargıya intikal eden bir olayda meclis araştırması yapılmasının yanlışlığını özellikle ifade etmek istiyorum. Hele orada alınan ifadenin, bir adli belgede aynen yer alması ise, düşündürücü olmaktan öte, kaygı vericidir. Meclis Araştırma Komisyonu’nun hazırlayacağı raporun, TBMM Genel Kurulu’nda yapılması gereken görüşmesinin erteleneceğini umuyoruz.

Yargıda yapılmasını ısrarla istediğimiz reformun, diğer alanlardaki reformlardan çok daha fazla önemli olduğuna, onların güvencesini teşkil ettiğine değinmeyi gereksiz görüyorum. Oysa, demokratikleşme ve özgürlük alanlarında reformların öncelik aldığını, siyasal erkin yargı reformunu ağzına bile almadığını, basına yansıyan projelerin ise, yargı reformu olmadığını, hatta geriye gidişin habercisi olduğunu görmekteyiz.

Yargıda reform mutlaka ve acilen yapılmalıdır. Bunun için zihniyet reformuna öncelikle ihtiyaç olduğu da bilinmelidir. Hem yargı, hem siyaset, her ikisi, hukuku ve yargının misyonunu sindirmelidir. Hukuk üstün bir değer, yargı ise gerçek konumunda “erk” olarak görülmeli, siyasi güce bağlı bürokrat imajı kafalardan silinmelidir.

Avrupa Birliği müzakere öncesinde diğer alanlarda yapılan reformlar yanında ısrarla önerilmesine rağmen yargı reformuna teşebbüs dahi edilmemesi, siyasi iktidarın niyetini, yani müdahale ve siyasallaşmaya açık sistemin devamını arzuladığını göstermektedir. Bir süre önce kamuoyuna duyurulan Anayasa Değişikliği Taslağında yargı ile ilgili değişiklik önerileri dikkate alındığında, yargıyı siyasallaşmaya daha da açık hale getirmek düşüncesinin hakimiyetini sürdürdüğünü anlamaktayız.

Taslakta, yargı bağımsızlığını önemli ölçüde zedeleyen siyasi kimlik sahibi ile maiyetindeki bürokratin HSYK’dan çıkarılması bir yana, Yüksek Kurul’a TBMM’nin üye seçmesi de öngörülmüştür. Bununla yetinilmemiş Yüce Meclis’e Anayasa Mahkemesi’ne üye seçme yetkisi de tanınmıştır.

ekler

Kimi batı ülkelerinde, Yüksek Kurul'un işlevini yapan kurumların yapılanmasıyla ilgili olarak gösterilen örnekler kamuoyunda duraksamaya neden olmamalıdır.

Batıda sahip olunan yüksek değerlere saygı ve köklü kültür ve örgütlü toplumsal tepki olasılığı halâ caydırıcılığı sağlamaktadır. Ancak, yapılanmadan ve işleyişten şikayet yok değildir. Anayasa Mahkemesi'nde iki yıl önce yapılan bir sempozyumda, Avrupalı bir yüksek hakimin kendilerinde de siyasetin yargıya bakışında beliren olumsuz eğilime dikkat çektiğini hatırlatmak istiyorum.

Geçen ay katıldığı bir toplantıda saygın bir Yargıtay Onursal Başkanı'nun (Sayın Sami Selçuk) "... yargı Türkiye'de, Fransa'ya göre daha bağımsızdır kitap üzerinde. Ama işleme şekline bakarsanız Fransa kadar bağımsız değil..." şeklindeki sözünün en iyi tespit ve yanıt olacağını sanıyorum.

Kural olarak kendi adına denetim yapan kurumlara üye seçmenin mantığı anlaşılabilir. Fakat, kendisinin kimi tasarruflarını denetleyenleri, yine kendisinin seçmesi isteği, bağımsız denetime rıza göstermeme, dolaşısıyla güdümlülük ve bağımlılık isteğinin örtülü ifadesinden başka bir şey değildir.

Öte yandan, adayları doğrudan tanıma imkansızlığı içindeki bir siyasi kurum, ne kadar yüce ve ilkeli olsa da, milli iradeyi temsil etse de, tercihte her zaman var olan siyasi kriter olasılığı, hem seçen kurum ve kişiyi, hem yargıyı, hem de seçileni örseler. Siyaset ve adalet tamamen ayrı tutulması gereken alanlardır. Elbette demokrasiler milli iradeden temel alır ve meşruiyet kaynağıdır. Ancak, kimi değerlerin yanı sıra hukukla da sınırlı milli irade; bağımsız, tarafsız ve adil bir yargıyı öngörür ve yargıya müdahale yetkisi vermez. Çağdaş hukuk devletinin gereği de budur. Bu açıdan bakıldığında siyasete bu yolun açılması, bizatihi yargıya müdahale olarak değerlendirilebilir.

Yargı bağımsızlığı ve hakim teminatını sağlamada HSYK'nın yüklendiği hayati rolü tam olarak yerine getirmesi bugün için de, gelecek için de son derece önemlidir. Önce yargının gözbebeği olan Yüksek Kurulun, zaman zaman ve topluca, mahkemelerin bağımsızlığı, hakim teminatı ve siyassallaşma konularında değerlendirme yaptığı, kendisini de sorguladığını biliyoruz.

Adalet Bakanlığı'nın yargıda her şeye hakim görüntü verdiği, yakın geçmişte görülmediği kadar yargıya nüfuz ettiği yadsınamaz. Yüksek Kurul'un bu görüntüyü kırması ve Bakanlıktan bağımsız olduğu izlenimini edindirmesi son derece önemlidir.

Mahkemelerin bağımsızlığından söz edilebilmesi için Yüksek Kurulun bağımsız olması zorunludur. Hakimlere ve savcılara güvence olamayan, onları politik dahil tüm güçlere karşı koruyamayan, tasarruf ve tercihleri sürekli eleştiri çeken kurulun bağımsız olduğu söylenemez.

Hakim ve C. Savcısı'nı Adalet Bakanlığı'na mecbur ve muhatap eden tutum siyasallaşmanın da esas nedenlerinden biridir.

Ne dün, ne de bugün için kurumsallaştığı söylenemeyen Yüksek Kurul, yarını hazırlamak ve kazanmak için kurumsallaşmak zorundadır. Kurumsallaşma, ancak kural, ilke ve kriterlerin adil olarak tespitini, kavramlarda anlaşmayı, bağımsızlık kültürüne sahip olmayı ve bunlara kesinlikle uyma irade ve kararlılığını gerektirir. Kişisel tercihi ve keyfiliği reddeden kurumsallaşma; gerilim ve çatışma ortamına da meydan vermez.

Kural ve ilkelerin hakim ve geçerli olduğu bir ortamda kurumun misyonu dışında özel amaç ve hedefleri olanların bünyede kalmakta ısrarlı olmayacakları da bir gerçektir.

Kurumsallaşamamanın en önemli nedeni ise, siyasi düşünce ve yararın öne alındığı izlenimi edinilen siyasi kanat ile yüksek mahkemelerde hedef belirleyen yüksek yargıç üyelerin engel tanımak istememeleridir.

Yargıya müdahalelere yol açan, siyasallaşma iddialarını kalıcı kılan, çürüme ve yozlaşmanın genel nedenlerinden birisini teşkil eden bu tutumdan derhal vazgeçilmesi hepimizin ortak arzusu olduğu kesinlikle bilinmeli, Yüksek Kurul'dan hakim dikkat ve titizliği, seçiciliği ile hakim etiği yaklaşımı, ama her şeyden önce kurumsallaşmayı en kısa zamanda sağlanması ısrarla beklenmektedir. Zira, yüksek kuruldaki zaafın tüm yargıya yansıtacağından kuşku duyulmamalıdır.

Sistemin kusurunu, sağlam kişiliğimizle, hakim ahlakı ve duruşuyla, cesaretimizle aşmalıyız. Sistemdeki olumsuzluğu yargıya aksettirmemek adaletin bize yüklediği sorumluluktur.

Gerekli, hatta zorunlu olmasına rağmen, sahip olunan yetkilere sıkı sıkıya ve kıskançlıkla sarılma, paylaşımına karşı koyma tavrının, çoğulcu demokrasinin ve kurumların gelişmesine ve hizmet kalitesinin yükselmesine engel olduğu görülmelidir. Çok gerekli olan adli kolluğun kurulmasına karşı gösterilen kurumsal direnç bu kısır tavrın sonucudur. Adalet Bakanlığı'nın Yargı üzerinde sahip olduğu vesayete yol açan yetkilerinden kendiliğinden vazgeçmemesinin bir nedeni de bu tavidir.

Sadece bizlerden değil, kimi politik, resmi ve sivil çevrelerden, hatta Avrupa Birliği'nden hızı ve temposu artırılarak ifade edilen mahkemele- rin bağımsızlığı ve hakim teminatının takviye edilmesi zorunluluğunun

gerçekleştirilmesinde artık yargı insiyatif almalıdır. Siyasi güce, yargının ihtiyaç duyduğu imkanları ve çağdaş standartları sağlaması görevi ısrarla hatırlatılmalıdır. Sonuç almak için kurulmasında geç kalınan ve yasal engeli de kalkan meslek birlikleri derhal oluşturulmalı, yüksek mahkemeler de dahil ortak tavır ve etkinlik içinde olunmalıdır. Yargının bağımsızlığı, hukukun gelişmesi, adalet hizmetlerine nitelik kazandırılması, mesleki koşulların, özlük ve mali hakların iyileştirilmesi için açıktan mücadelecı tutum artık kaçınılmazdır.

Saygıdeğer konuklar, değerli meslektaşlarım,

Özgürlükler hukukunun temelinde düşünce ve ifade özgürlüğü ve bunun doğal sonucu ve uzantısı olarak basın, daha geniş anlamda medya özgürlüğü vardır. İnsan, toplum ve demokrasi önce bu iki temel özgürlük sayesinde yükselmiştir. Eleştiri ise, düşünce ve ifade özgürlüğünün yansımasıdır. Bundan, aşırı dozda olsa bile değil yargı, diğer erkler ve hiçbir kurum rahatsız olmamalıdır; tersine yararlanmalıdır.

Hukuk ve adalet alanında değişik görüş ve yaklaşım, farklı bakış ve değerlendirme ve bunların sonucunda eleştiri mutlaka olacaktır. Ancak; kesin hüküm aşamasına kadar sadece haber verme, bilgilendirme ile yetinilmeli, yargıya müdahale ve etkileme derecesine varan yorum ve düşünce açıklamaları ise hiç yapılmamalıdır. TCK 288. ve Basın Kanunu 19. maddeleri adil yargılanmayı etkileme girişimlerini yasaklamış ve ceza yaptırımına bağlamıştır. Korunan, yargı gücünün otoritesi ve tarafsızlığıdır; engel olunmak istenen, adil yargılanmaya müdahale ve yargısız infazdır. Bu yasaklamaların haber verme ve eleştiri hakkını ve basın özgürlüğünü kısıtladığı bir gerçektir. Ancak, korunan değerler arasındaki çatışmada, öncelik ve önem derecesi kriteri bu kısıtlamayı haklı ve zorunlu kılar.

Uzağa değil, yaşamakta olduğumuz olaylara baktığımızda, bu değerlerin tamamen çiğnendiğini, eleştiri, yorum, bildiri ve beyanların mahkemelere müdahale boyutuna ulaştığını, daha kötüsü bu yolun gerekli olduğu, hakime yol göstermenin görev sayıldığı kanaatinin oluştuğunu görmekteyiz.

Elbette hukuka uygun olmadığı, yanlış olduğu düşünülen adli işlem ve karar olacaktır. Bunları değerlendirme ve yanlışlığının tespiti halinde düzeltme yolları yargı içinde öngörülmüştür. Yargıya intikal eden konularda sabırlı olunması, kesin hüküm otoritesi kazandıktan sonra dahi övgü ve yergide ölçülü ve nazik, ama her durumda saygılı tavır takınılması üstün değer adaletin herkese yüklediği sorumluluğun gereğidir.

Burada önemli bir noktaya dokunmak istiyorum: Hakimin kamuoyunu aydınlatma ve tartışmaya katılma görevi yoktur. Kendini savunması da doğru değildir. Kararın gerekçesi onun yegane dayanağıdır. Bu nedenle

kararlarının isabetli olduğunu kendilerinin bilmesi yetmez; tarafları ve kamuoyunu da tatmin etmesi gerekir. Bunun için gerekçenin hukuku esas alan, doyurucu ve tatmin edici olmasına özen gösterilmelidir. Gerekçeye güvenin, yargıya güven olduğu hiç unutulmamalıdır.

Değerli konuklar, değerli meslektaşlarım,

Türkiye'mizi gerilimler ülkesi, çatışan değerler ülkesi olmaktan çıkarmalıyız. Bugünden yarına sonuç alınamayacağı da sanılmamalıdır. Siyasetçinin, özellikle politik gücün tavrı belirleyicidir.

Gerilimlerin en tehlikelisi politik güç kaynaklı olanlarıdır. Zira uzlaşma ortamları yaratmak, gerilimleri azaltmak, hatta bitirmek görevi önce siyasi güce düşen görevlerdendir.

Bu kaynaklı gerilimlere son verildiğinde görülecektir ki, kısmi sükunet sağlanacak, heyecan, tepki ve kaygı düşecek, ülkemiz için çok büyük tehlike oluşturan kamplaşma eğilimi ve hızı asgariye inecektir.

İnsanlık felsefesinde önemli yer tutan uzlaşma kültürü, dışlamayı ve yok saymayı reddeder; kazanmayı hedefler. Bu kültür, barışçıl metodlarla zararlı fikir taraftarlarını, çağın ortak kabul gören yararlı ve uygar değerleri çizgisine getirmek için ciddi uğraş verme görev ve sorumluluğunu da yükler.

Yarının güvenli, hoşgörülü, medeni ve uygar toplumu için ise eğitimin; milli ve çağdaş, akla ve bilime (bilimsel bilgiye) dayanan, Cumhuriyet'in temel felsefe ve hedeflerini, insanlığın erdem ve ortak değerlerini öne çıkaran, demokrasiyi ve kültürünü özümseten, laikliği yaşam biçimi yapan karakterine sahip çıkılmalı, bundan ödün verilmesi bir yana, bu istikamette geliştirilmelidir. Böylece okuyan, araştıran, özgür ve analitik düşünen, dolayısıyla sorgulayan, bilgi üreten, geleceğe sahip çıkan yaratıcı insan yetiştirilmiş olacaktır.

Çağın insanını yetiştirmek için bu çağın, hatta geleceğin sezinlenen değerlerinin benimsenmiş olması gerekir.

Cehaletin ve sefaletin nedeni, çağdaş eğitim ve öğretime mesafeli durmaktır. Dogma ve ideolojiye kısmen dahi olsa yer veren eğitim, sadece ve sadece bağınazlığa ve radikalizme götürür ki, bu da kamplaşma, gerginlik ve kavga demektir. Tek değere, fikre, ideolojiye saplantı fanatizmdir; irticadır. Geleceğimiz aydınlık kafalardadır. Tarikatların, cemaatlerin kök saldığı, kanaat önderlerinin etkinliğini artırdığı bir toplum, modern ve çağdaş bir toplum olamaz. Bu sosyal ortamda Cumhuriyet'in temellerinden hayati öneme sahip laikliği muhafaza etmenin imkansızlığı da ortadadır. Zira şeriatçı tehdide karşı toplumsal güvence zayıflatılmaktadır. Cumhuriyet irticai

reddetmiştir. Bugün de yarın da yol ve geçit verilemez. Devlet, toplum ve birey olarak bizlere düşen görev aydınlanma sürecinden ödün vermemektedir. Laiklik, devletin dinler karşısında nötr olması ve eşit mesafede bulunmasını da gerektirir. Hele devletin misyonerlik yapmasına hiç izin vermez. Laik devletin nötrlüğünü çok ciddi olarak sorgulatan, kimileri medyaya da yansıyan ve şiddetli eleştirilere konu olan, tarafımızdan da takip edilen laiklik ilkesinin reddettiği icraat ve faaliyetlerden sorumluluğun, sadece idareye ait olduğunu hukuka kabul ettirmede zorlanacağımızı ifade etmek isterim.

Bu yıl ülkemizde laikliğin Anayasa'ya girişinin 69., geçen yıl 9 Aralık ise, bize de esin kaynağı, hatta model olan Fransız Laiklik Yasası'nın 100. yılıydı. Bu münasebetle kimi akademisyenler tarafından hazırlanan ve yayınlanan bildiride laikliğin;

- Sadece bir kültürün, bir milletin ya da kıtanın ortak kazanımı olmadığı,

- Barışçıl ve demokratik tartışma ortamını temsil ettiği,

- Hukuk Devletinin temeli olarak vicdan ve ibadet özgürlüğüne saygı, siyasetin ve sivil toplumun her türlü dini ve felsefi norm ve referanslardan bağımsızlığı, insanlara ve hiçbir inanca doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılmaması ilkeleri arasındaki denge, aynı zamanda ibadetin özgür şekilde yerine getirilişine, ifade özgürlüğüne, dini ve felsefi kanaatlerin sergilenişine, başkalarının dinini değiştirme gayretlerine ve ötekine saygı göstermeden kaynağı alan sınırlarına, sosyal hayatın eğitim ve mesleki yaşam gibi farklı alanlarındaki yükümlülükleri arasında makul bir uzlaşmaya yönelik demokratik tartışmalara rehber ilke teşkil ettiğine,

- Siyasal düzenin hiçbir din ve inancın kamu kurumlarını etkilemesine izin vermeden ortak ölçütler doğrultusunda özgürce işlemesine,

diğer tespitler yanında temas edilmiş, sonuncu maddesinde ise, 21. yüzyılın meydan okumalarına karşı demokratik bir yanıt niteliği taşıyan laikliğin, dinamik ve yaratıcı bir kavram olduğu, onun bir arada yaşamadan kaynaklanan kavramlar içerisinde gerçek bir temel prensip olarak öne çıkmasını, dünyaya ilişkin tasavvurların bir tehdit değil bir zenginlik olarak görülmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Basında gerektiğince yer almayan bu bildirinin bilimsel tahlilinin açıklan yapılmasına, her kesim tarafından dikkatle değerlendirilmesine ihtiyaç vardır.

Değerli konuklar, değerli meslektaşlarım,

Anket sonuçları yolsuzlukla mücadelede mesafe alınmadığını göstermektedir. Kirlenmeyi, yozluk ve çürümeyi görmek için anket yapmaya da gerek yoktur. Sistemdeki yetersizlik ve kusurlara, işleyişindeki zaafılar, ahlaki düşkünlük ve sosyal sorumsuzluk eklendiğinde bu sonuç kaçınılmazdır. Bu halde önce sistemin kusurlardan arındırılması ve etkin denetim kurum ve yöntemleriyle takviyesi gerekmektedir. Hukukun herkese karşı ve herkes için ayrıcalıksız işletilmesinin sağlanması başarı için temel zemindir. Ayrıca halkın yolsuzluklara karşı duyarlılığının yükseltilmesi önemli bir sorun olarak karşımızda durmaktadır.

Temiz toplum hedefini her kesimin paylaşması başarı için ön koşuldur. Özellikle siyasetçinin bu hedefi kabulü çok önemlidir. Demokratik toplum en temiz toplum olmak zorundadır. Siyasetin temiz yapıldığı bir ülkede toplumun temiz olmaması imkansızdır. Saydamlık ve denetim ise hedef için iki temel unsurdur. Sadece devlet yönetiminin saydamlığı yeterli değildir; yöneticilerin mal varlıkları ve kaynakları ve siyasi partilerin, özellikle finansmanı da saydamlaştırılmalıdır.

İç denetimin bağımsız ve etkili yapılamadığı, yargı denetiminde ise, suçları ve şüphelileri takipte çok sayıda engellerin olduğu, C. Savcılarının bağımsız, engelsiz ve yetkili soruşturma imkansızlığına yol açan hukuki ve mesleki altyapı eksikliğinin devam ettiği, özellikle kurum içi denetimde koruma refleksinin önlenemediği gerçeğini görmemek imkansızdır. Yolsuzlukların sürmesi ve giderek artması nedenlerinin başında yer alan koruma refleksi mutlaka yok edilmelidir. Kendisi ve yandaşı ne yaparsa yapsın hesaba çekilmesin düşüncesi kırılmalıdır. Elbette üst düzey görevlilerin, siyasetçinin suçlanması olağandışı önemli bir olaydır. Ancak yargılanmaları gerektiğinde hiç tereddüt edilmemelidir. Kurumlarının engel olması bir yana, önder ve destek olmaları ahlaki ve hukuksal zorunluluktur. Kurumların veya görevlilerin, ya da her ikisinin yıpratılması için bu yola başvurulmasına ise, asla izin verilmemelidir. Bunu çağrıştıran görüntü ve izlenim bile şiddetle cezalandırma için yeterli sayılmalıdır.

Yargılanmanın suçlamadan kurtulma ve temize çıkma olanağı verdiği hiç unutulmamalıdır. Yargıdan kaçma veya kaçırılma düşünülemez. Aksine davranış, kuşku kalıcı kılar ki önyargıların pekişmesine yol açar. Örtmenin, saklamanın, korumanın kamu vicdanında mahkumiyete engel olmadığı son olaylarla da yaşanarak görülmüştür. Bu yanlış tutumun, ayrıca kurumları da yıpratmış saygınlık ve güven duygusunu aşındırdığı da bir gerçektir.

Yolsuzluklara yol açan nedenler ve önlemleri kamuoyunda çok net olarak bilinmektedir. Siyasi iradenin iyi niyetle yaklaşımı, hesap sorma sisteminin eksikliklerini giderecektir. Sözü ettiğimiz Anayasa değişikliği teklifi

taslağında yasama dokunulmazlığının kaldırılmadığı, ancak daraltıldığı görülmektedir. Tercih bu yönde olacaksa, hem bazı suçların eklenmesi, hem de diğer suçlar için ceza süresi yönünden alt sınır getirilmesi zorunluluğu vardır. Ama yasama dokunulmazlığının tamamen kaldırılması beklentisi görmezlikten gelinemez.

Uygulamadaki sonuçlarına bakılarak bürokrasinin dokunulmazlığı olarak adlandırılan kamu görevlilerinin görev suçlarından doğrudan soruşturma imkanı getirilmesi, kamu görevlilerinin yanı sıra kamuoyunu da rahatlatacaktır.

Yüce Divan yargılamaları, “*meclis soruşturması*”na eleştirel yaklaşımı gündeme taşımıştır. Sorumluluk otoriteden ayrılamaz. Otorite, yani yetki varsa sorumluluk da vardır. Yetkiler genişledikçe sorumluluğun da artması doğaldır. Hukuk devletinde iktidar ve güç sahiplerinin korunması gerekçeleri inandırıcılığını yitirmiştir. Sadece zayıflar değil, iktidar ve güç sahiplerinin de hesaba çekilmesi, hukukun ve ahlakın gereğidir. En fazla yetki ile donatılanların hiç sorumluluk taşımamaları demokratik sistemde kabul edilemez.

Meclis Soruşturmasına, işlerliğindeki ciddi engeller açısından yaklaşıldığında, en üst otoritenin sorumsuzluğu sonucuna ulaşılabilecektir. Örnekler de bu gerçeği doğrulamaktadır. Çoğu zaman işlemeyen, işletilmesinde hem anayasal düzenlemeden, hem de yürütme erkinin yasama erki üzerindeki gücünden dolayı zorlukları bulunan, ama sadece kendi içinde dışlama veya siyasi hesaplaşma için özellikle başvuru olan “*Meclis Soruşturması*” sisteminde, eleştirel görüşler de dikkate alınarak işlerlik kazandıracak değişiklikler yapılması zorunludur. Örneğin; Başsavcılığımızın, şikayet ve ihbarı işleme koymama, suç delillerini anında toplama ve suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturan delillerin elde edilememesi halinde kovuşturma yapılmasına yer olmadığı kararını verme konularında yetkilendirilmesi, suç duyurularını kabul edecek mecliste bir birimin belirlenmesi, suç isnatların milletvekillerine özel olarak duyurulması, meclis soruşturma açılması önergesi ve kabulü ile Yüce Divan’a sevk yeter sayısının düşürülmesi, normatif açıdan bakıldığında yasama dokunulmazlığı sahiplerinin işledikleri suçlarda kendiliğinden durmayan, ancak adli veya yasama otoritelerinin bu sonucu doğuran müdahalesi ile duran, meclis soruşturmasında farklı uygulama yapılması için geçerli hiçbir yasal neden bulunmayan zamanaşımı ise, Yüce Divan’a sevke kadar hiç işlememesi gibi. Yasamanın, yürütmeyi etkin olarak denetlemesi gerçekten isteniyorsa bu önerilerimiz ile olası öneriler ciddiyetle tartışılmalı ve sonuçları Anayasa’ya intikal ettirilmelidir.

Hukuk devleti, hukuki güvence sağladığı sürece vardır. Hukukun ege-men olduğu ortamda devletin gücü, sadece ve sadece hukukun verdiği

güçtür. Bu, bireyin de gücüdür. Gücü ve iktidarı, hukukun gücü ve iktidarı ile dengeleme, (frenleme) insanlığın vazgeçilmez hedefi olmuştur. Bu hedefte başarılı olunduğu oranda insan, insandır. Demokratik bir toplumda yaşamak istiyorsak çağdaş hukuku egemen kılmalıyız. Sorunlarımıza hukuk zemininde çözüm aramalıyız. Hukukta hile yoluyla da olsa gedik açmamalıyız ve buna da hem birey, hem de devlet olarak izin vermemeliyiz. Hukukun gücü zayıflatıldığında, devlete ve topluma despot güçler hakim olacaktır ki bu, insan için her şeyin bittiği anlamını taşır.

Tüm kesimlerin öncelikle hukukun üstünlüğü ve yargı bağımsızlığı hedefinde birleşmesi ve yargının da bu bilinçten şaşmaması, her şeyin güvencesidir. Yine Anadolu'nun kurtuluş, Cumhuriyet'in kuruluş felsefesinin, modern toplum ve çağdaş uygarlık yolunu açan Atatürk İlke ve Devrimleri'nin, laik, demokratik toplumun, ulus birliği ve ülke bütünlüğünün, hak ve özgürlüklerin ve sorumlulukların da en sağlam güvencesidir.

Sözlerime son verirken şahsım ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı adına emekli olan arkadaşlarımıza sağlık ve esenlikler, Yargıtay üyeliğine seçilen arkadaşlarımıza başarılarının artarak sürmesini dilerim. Beni sabırla dinleyen siz değerli meslektaşlarıma ve saygıdeğer konuklarımıza sağlık, esenlik ve başarı dileklerimi saygılarımla birlikte sunarım.

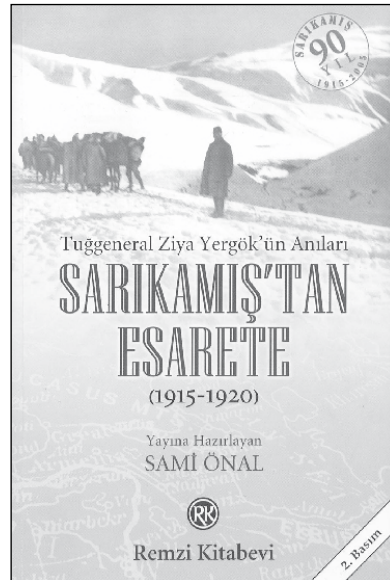
SARIKAMIŞ ÜZERİNE KİTAPLAR

- Alptekin Müderrisoğlu, Sarıkamış Dramı, Kastaş Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 1988; İkinci Baskı İstanbul 1997.
- Sarıkamış-Şerif Bey'in Anıları, Kastaş Yayınları.
- Köprülülü Şerif (İlden), Sarıkamış, T. İş Bankası Kültür Yayınları.
- Ramazn Balcı, Tarihin Sarıkamış Duruşması, Tarih Düşünce Yayınları.
- Özhan Eren, Sarıkamış'a Giden Yol, Alfa Yayınları.
- İsmail Bilgin, Sarıkamış Beyaz Hüzün, Timaş Yayınları, 2005.
- Nusret Özcan, Kar Kelebekleri-Sarıkamış Destanı, Pozitif Yayınları, İstanbul 2006.
- Ziya Nur Aksun, Enver paşa ve Sarıkamış Harekatı, Ötüken Neşriyat, İstanbul 2006.
- Hüsnü Arkan, Uzun Bir Yolculuğun Bittiği Yer, Seyhan Kitap, 2005
- Tümgeneral Ziya Yergök'ün Anıları, Sarıkamış'tan Esarete (1915-1920), Hazırlayan: Sami Önal, Remzi Kitabevi.

1914 ve 1915, Osmanlı İmparatorluğu ve Türk tarihi açısından önemli ve sonraki yılları etkileyen olayların yoğunlaştığı yıllardır. İktidarda bulunan İttihat ve Terakki Partisi'nin yasal organlarının bile haberdar olmadığı bir emrivaki ile Osmanlı İmparatorluğu Almanlar yanında Birinci Dünya Savaşı'na sokulmuştur. Sonra olaylar çorap söküğü gibi peş peşe gelmeye başlamış, imparatorluk çökmüş ve Türkiye Cumhuriyeti dünyaya gelmiştir.

Cumhuriyet dönemi, rejim gaileri dolayısı ile yaşanan trajik olayların üzerinde pek fazla durmamıştır. Bu nedenle son zamanlara kadar bu günlerle özellikle ilgilenenlerin dışı dokunur bilgileri bulunuyordu.

Günümüzde İmparatorluğun son döneminin bütün dramatik olayları ayrıntılı olarak gündeme gelmektedir. Özellikle Ermeni diasporasının aynı yıllardaki Ermeni tehcirini kötüye kullanarak Türkiye Cumhuriyeti üzerinde kurmaya çalıştığı uluslar arası baskı, bizleri de o günün olayları üzerinde çalışmaya, yoğunlaşmaya ve olayları anlamaya, anlatmaya yönlendirmektedir.



Bu olayların birincisi ve en önemlisi, Ermeni tehciri ile de yakın ilişkisi bulunan Sarıkamış Faciası, Sarıkamış Dramı diye nitelendirilen felakettir.

Bu olay hakkında son zamanlarda ciddi bir yayın bolluğu görülmektedir. Bunların önem verdiklerimiz ve gördüklerimizi yukarıda belirttik. Birinin üzerinde ise özellikle durmak istiyoruz.

Kış koşulları Sarıkamış ve civarında askerin kışlalarda bulunmasını gerektiriyordu. Nitekim Sarıkamış'ta Ruslara esir düşen bir subaya, Ruslar safında çarpışan bir Türk, *"Bu havada dışarıda asker barındırılır mı?"* diye-bilmiştir. Ancak, bu nedenlerden dolayı Ruslara karşı savaşın ilkbaharda başlamasını öneren Hasan İzzet Paşa'nın sakalından tutan Enver Paşa, hiddetle bağırmasıdır: *"Şayet Harbiye'den hocam olmasaydın, senin beynine kurşun sıkardım."*

Ziya Yergök ve Şerif İlden birebir yaşadıklarını, asker gözüyle, ancak güzel bir üslupla bizlere anlatıyorlar. Şerif İlden'in anıları tam anlamıyla askeri hareketi anlatıyor. Okuması bu nedenle biraz zor. Sarıkamış hareketinin bütün zorluklarını yaşıyor.

Ziya Yergök, anılarını esaret yıllarını geçirdiği ve memleketine dönüş yolunda geçtiği yerleri de anlatarak renk katmış. Sami Önal'ın kitabı yayına hazırlarken gösterdiği özen ise her türlü övgüye layık.

22 Aralık 1914 tarihinde başlayıp 15 Ocak 1915 tarihinde Sarıkamış'ta felakete biten bu hareket 90 bin şehide mal olmuştur.

*Allahuekber kar dağı / Mübarek şehit yatağı,
Allahuekber diye söndü / Doksan bin evin ocağı.*

Dokuzuncu Kolordu Narman'dan, Üçüncü Kolordu Oltu istikametinden, Onbirinci Kolordu'da Pasinler'den Rus birliklerine doğru saldırıya geçmiştir. Şerif Bey, Dokuzuncu Kolordu Kurmay Başkanı'dır. Ziya Yergök ise aynı Kolordu'nun 83. Alay Komutanı'dır. Kolordu komutanları Ahmet Fevzi Paşa'dır. Dokuzuncu Kolordu, yedi gün fasılasız otuz beş derece soğukta düşmanla savaşmıştır. Arkadan erzak gelmemektedir. Sıcak yemeği bir yana bırakın, askerin yiyeceği yoktur. Ayrıca askerler çıplaktır, üstlerinde, başlarında ve ayaklarında bir şey yoktur. Okunup hüzünlenecek ve düşünülecek bu kitapları öneririm. Ziya Yergök'ün kitabının en çarpıcı yeri ise, bana göre şurası:

"(Kamışlofta) Trenden çıkıp kızaklara binerken bizimle aynı trenin yük vagonlarıyla sevk edilen esir askerlerimiz de vagonlardan çıkarılmış, yaya olarak gönderilmeye hazırlanmışlardı. Orada resmi, sivil birçok Rus erkek ve kadını bizleri seyretmek için toplanmışlardı. Soğuk sıfırın altında 30 derecenin altında idi. Bizim askerler acınacak durumdaydılar. Eski püskü elbise ve kaputlar içinde, ayakkabıları kalık (yırtık, dilenci postalı) halini almıştı. Bunlar

arasında bir askerin de ayakkabıları yoktu. Yırtık çoraplarla sıraya girmeye gidiyordu. Bu acıklı görüntüye dayanamayan bir Rus kadını lastiklerini çıkardı bu ere verdi ve bize de birçok küfürler savurdu: 'Böyle perişandınız niçin muharebeye girdiniz?' gibi haklı sözler söyledi." (s. 140)

Böyle bir devlet anlayışının, evlatlarına karşı bu derece vurdumduymaz olan bir yönetimin Ermeni tehcirinde özen göstermesi ne derece beklenebilir?

Bu manzara karşısında söylenebilecek fazla bir şey yok. "Bir ulusun hayati çıkarları için olmadıkça savaş cinayettir," sözünü Mustafa Kemal Paşa, herhalde Sarıkamış'tan esinlenerek söylemiş olmalıdır.

Teoman ERGÜL

TAVSİYE ETTİKLERİMİZ

- Carter V. Findley, *Dünya Tarihinde Türkler*, Çeviren: Aysen Anadol, Kitap Yayınevi, İstanbul 2006.
- Halil İncalcık, *Doğu Batı, Makaleler I*, Doğubatu, Ankara 2005.

DERGİLER

ERZİNCAN HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt IX, Sayı: 3-4, Erzincan 2005.

Kamu hukuku, özel hukuk, ekonomi-maliye bölümlerinde özgün makalelerin yayımlandığı dergide ayrıca tebliğler ve dilekçe örnekleri başlığı altında "Bankaların hortumlanmasını önleyecek yasa değişiklikleri için devlete müracaat dilekçesi" örneği de yer almaktadır.

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

İstanbul Barosu Dergisi' nin Mart Nisan 2006 sayısı zengin içerik ve

özellikle yeni, güncel kararlarla çıktı. Son zamanlarda dergi zamanında çıkarak önemli bir özellik kazanmıştır.

MANİSA BAROSU DERGİSİ

Yirmi beş yılının içinde bulunan *Manisa Barosu Dergisi'* nin 96. sayısı çıktı. Dalya demesine çok az sayı kaldı. Uzun ömürler dileriz.

ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Şubat 2006 tarihli 9. sayısı elimizde bulunan *Eskişehir Barosu Dergisi'* nde pek çok değerli makale yanında Ufuk Aydın'ın "İşyerinde Cinsel Taciz ve İş Sözleşmesinin Feshi" başlıklı yazısı özellikle dikkat çekiyor.

Sorularla Hukuk Dizisi 3

**SORULARLA
TOPLU
İŞ HUKUKU**

2. Cilt

Prof. Dr. Fevzi DEMİR

-ÇIKTI-