

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. Gereksinim 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 baronuza 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 aykırın edimi halinde ilgili kurullar uygulanacaktır.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı - IV

Medeni Usûl Hukukunda
Çekişmesiz Yargı

İcra ve İflâs Kanunu'nda
Yapılan Değişikliklerin
Değerlendirilmesi

Ankara / 30 Eylül -1 Ekim 2005

ÇIKTI !..

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

YIL: 19

SAYI: 66

EYLÜL-EKİM 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

31.08.2006

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
Gamze TURAN	27	Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi
M. Sezgin TANRIKULU	51	İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı
Prof. Dr. Billur YALTI	95	Vergi Borcu Nedeniyle Yurtdışına Çıkış Yasağı
Mehmet Akif POROY	121	İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Başvurucu ve Mağdurluk Statüsü
Ahmet İYİMAYA	133	Siyasal Partilerde Teşkilat Yönetimi Görevden Almanın Hukuki Rejimi
Ömer KESKİNSOY	173	Yargıtay Kararları Doğultusunda Yasama Sorumsuzluğunun Tazminat Sorumluluğu Bakımından Sınırları
Emre AKBULUT	183	İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu
Süleyman ÖZAR	225	Türk Ceza Hukukunda "Sapma"
Özlem CANKURTARAN-ÖNTAŞ	257	Tutuklu Çocukların Gözüyle Adalet Sisteminin Değerlendirilmesi
Ş. Cankat TAŞKIN	275	Tutuklamaya ve Tutukluluk Halinin Devamına İtiraz Kurumu
Saffet CAN	289	Unvan mı? Ünvan mı? Yoksa Türkçemizi Bilinçle İşlemek mi?
N. Berkay KIRCI	295	Markanın Hükümsüzlüğü
Halil YILMAZ	307	İhtirazi Kayıt İleri Sürme Hakkının Kullanılması
Ömer ÖKSÜZ	331	Tüketici Hukukunda Paket Tur Sözleşmeleri
Talip UYAR	352	Hacze Âdi (Takipli) Katılma (İKK m.100)
Yargıtay Kararları	377	
Danıştay Kararları	414	
Disiplin Kurulu Kararları	422	
AIHM Kararları	438	Von Hannover/Almanya Çev.: Elif EKİNCİ / Serkan CENGİZ
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	458	
Ekler	479	
Kitaplar - Dergiler	486	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Yayımlanacak Yazılardan Bazıları

Hasan DURSUN

Süper Başkanlık ya da Başkancı Parlamenter Sistem:
Weimar Almanya'sı ile Rusya Federasyonu Örnekleri ve Çıkartılacak Dersler

Yrd. Doç. Dr. Tayfun AKSOYAK

İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK

Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü

Murat YILDIRIM

İlaç Patentleri Yönünden Deneysel Amaçlı Fiiller ve Ruhsatlandırma;
Bolar Hükmü ya da Bolar İstisnası

M. Sezgin TANRIKULU

İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı

Hasan DURSUN

İdari İşlemlerin İdare Tarafından Resen İcrası

Mustafa ÖZEN

Uluslararası Mevzuat ile İç Hukuktaki Mevcut Düzenlemeler Işığında
TMK ile Getirilmek İstenen Düzenlemeler Üzerine Düşünceler

Av. Serkan AĞAR

Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem I

Av. Ş.Cankat TAŞKIN

Müdafinin ve Vekilin Hukuki Yardımı,Sınırları ile Uygulamada
Karşılaşılan Sorunların AIHM İçtihatları Işığında
Değerlendirilmesi

Seda ÖKTEM

Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması

Cafer ERGEN

Harcırah Kanunu'nda Eskiye Dönüldü

Mustafa ÖZEN

5271 Sayılı Türk Ceza Muhakemesi Kanunu Üzerine Düşünceler

Gamla JAHIC - Ulaş KARAN

Türk Ceza ve Ceza Usul Hukuku ve
Fuhuş Amaçlı İnsan Ticareti Suçunda Yaşanan Sorunlar

editör'den...

Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 66. sayısı ile, yeni döneminde üçüncü yılını tamamlamış, dördüncü yılın ilk sayısına ulaşmış bulunmaktadır. Bugün kitaplığımızda dizili on sekiz sayıya baktığım zaman mutluluk duymadığımı söyleyemem. Genç ve değerli meslektaşlarım Oya Günendi ve Özcan Şen başta olmak üzere yayın kurulunda isimlerini gördüğümüz arkadaşlarımızla yaptığımız iş bize gurur vermektedir. Bugün artık derginin Türkiye'nin dört bir yanında tam gününde gazete bayilerinde bulunabilmesi tek başına bizlerin eseri değildir. Halit Ataseven ile Mustafa Şen beyler ve arkadaşları bu başarının takipçisi ve uygulayıcısıdır. Bütün arkadaşlarıma, katkıda bulunanlara, en önde başyazarımız TBB Başkanı sayın Özdemir Özok olmak üzere bütün yazarlarımıza en içten sevgi, saygı ile başarı dileklerimi ve teşekkürlerimi sunuyorum.

Türkiye Barolar Birliği Temmuz ayının ilk haftasında Uluslararası nitelikte "*Bir Adli Organ Olarak Savcılık*" başlıklı bir sempozyum düzenledi.

Henüz AB ülkelerinde bile üzerinde birlik sağlanamamış Avrupa Savcılığı, Türkiye'de öngörülen, ancak henüz yeterince tartışılmayan Türkiye Savcılığı yanında, savcılık kurumunun bugünkü durumu ve özellikle savunma ile savcılık kurumunun kesiştiği noktalar hakkında güzel bildiriler sunuldu, tartışmalar yapıldı. Savcılık kurumunun bugün Adalet Bakanlığı ile hâkimler arasındaki *sui generis* konumu açıklıkla ortaya kondu. Bu nedenle Hakimler ve Savcılar Birliği örgütlenmesi ile mevcut hakim-savcı birlikteliğinin tehlikelerine dikkat çekildi.

Bu tartışmaların hemen ardından Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün savcıların hakimlerle birlikte karar veriyor görünümünden uzaklaşmaları konusundaki genelgesi dikkat çekti. Ancak, karar hazırlanmasında savcıların hâkimlerin yanında bulunmamaları, heyet halindeki mahkemelerde engellenebilir. Tek hakimli mahkemelerde bunun nasıl olacağına dair genelgeden bir anlam çıkarmak mümkün değildir. Kaldı ki, bu bir sonuçtur. Bu sonuca ulaşan uzun yolda hakim-savcı birlikteliği için daha kökten tedbirler alınması ve bu birlikteliğe mutlak şekilde son verilmesi ihtiyacı genelgeden de anlaşılmaktadır. Bu alandaki yeni düzenlemeler ise AB İstisari Ziyaret raporlarında tek tek sayılmıştır. İşte bunlardan üç tanesi.

"Cumhuriyet savcılarının çalışma odalarının, adliye binalarından tamamen bağımsız binalarda veya adliye binalarında hâkimlerden tamamen ayrı bir bölümde olması.

"Cumhuriyet savcılarının, mahkeme salonlarına giriş ve çıkışlarının hâkimlerin kullandıklarının haricindeki kapılardan sağlanması.

"Cumhuriyet savcılarının, mahkeme salonlarındaki hâkimlerle birlikte oturdukları yüksek kürsüdeki yerleri, alt tarafta savunma avukatlarının yanına veya karşısına konulacak bir masaya taşınması."

Saygılarımla.

Teoman ERGÜL

**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YÖNETİM KURULU
VE BARO BAŞKANLARININ
22 TEMMUZ 2006 ANKARA TOPLANTISI SONUÇ BİLDİRİSİ**

22 Temmuz 2006 tarihinde Ankara'da toplanan Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu ve 55 baro başkanı aşağıdaki hususların kamuoyuna duyurulmasına karar vermişlerdir:

İnsan hakları anlayışındaki çağdaş gelişim ışığında 18.11.1992 tarihinde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda "*müdafî tayini*" konusunda düzenlemeler yapılarak, suçlama karşısında kalanların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine uygun olarak bir müdafî hizmetinden yararlanmaları sağlanmış ve bu hizmetin maddi kaynağı da; yargı harçlarının ve adli para cezalarının % 15 i olarak gösterilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun müdafîlik görevinin yerine getirilmesinde kabul ettiği "*isteğe bağlı müdafîlik*" ve "*zorunlu müdafîlik*" sistemlerinin her ikisi de soruşturma ve kovuşturmanın tüm safhalarında, "*adil yargılanma hakkı*" ve "*adaletin selameti*" gereği olarak kişilerin kendi özgür iradeleri ile seçerek vekalet verip ücretini ödeyecekleri bir avukatın hizmetinden yararlanmaları esasına dayanmaktadır. Maddî durumu uygun olmayanlara ise ücreti devlet tarafından ödenen müdafî/vekil görevlendirilecektir.

Yasadan ve uygulanmasından kaynaklanan sorunlar giderilmeden 04.12.2004 tarihinde kabul edilip 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile görevlendirmenin kapsamı "*şüpheli/sanık*"tan "*şikayetçi*", "*mağdur*", "*suçtan zarar gören*" ve "*katılan*"a kadar genişletmiş, soruşturma ve kovuşturması bir müdafî/vekil bulunmadan yürütülemeyecek suçlar çoğaltılmış, böylelikle görevlendirilen müdafî/vekil sayısında olağanüstü artış gerçekleşmiştir.

Ayrılan kaynak, görevlendirmedeki bu artış karşısında yetersiz kalmış ve 2005 yılında görev alan meslektaşlarımızın ücretleri 2006 yılı ödeneğinin tüketilmesine karşın ancak ödenebilmiştir. 17.000 meslektaşımız, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin çok altında belirlenmiş olmasına karşın, 2006 yılında bugüne kadar yaptıkları hizmetin ücretlerini alamamışlardır. Bu meslektaşlarımız bir kısım zorunlu giderleri de kendileri karşılamaktadır. 2006 yılında 01.06.2006 tarihine kadar yapılan görevlendirmeler için meslektaşlarımızın alacağı olan 67.460.774.89 YTL nin ancak 20.000.000 YTL lik bölümü karşılanabilmiştir.

Sorun 2005 yılı Nisan ayından başlayarak başta Adalet Bakanlığı olmak üzere tüm ilgili makamlara sunulmuş ancak çözüm sağlanamamıştır.

Meslektaşlarımızın büyük özveri ile yürüttükleri ve angaryaya dönüşen hizmeti bu koşullarda sürdürmeleri olanaksızdır. Bu nedenle, 01.08.2006 tarihinden başlayarak, sorun tüm boyutları ile çözülene kadar Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamındaki tüm müdafî/vekil görevlendirmelerimizi durdurma kararı verdiğimizizi, kamuoyumuzun bilgilerine saygılarımızla sunarız. 24.7.2006

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ ve 55 BARO BAŞKANI

TBB'NİN KURULUŞUNUN 37. YILDÖNÜMÜ

9 Ağustos 1969 tarihinde kurulan Türkiye Barolar Birliği, kuruluşunu bu yılda geçen yıllarda olduğu gibi bir bildiri ile kutladı.

"Eksiksiz demokrasinin henüz gerçekleşmediği ülkemizde, bu yıldönümümüzde de, gerçek hukuk devletini kurumlaştırma, demokratik ve laik cumhuriyeti daha da güçlü kılma çabalarını yılmadan sürdürmekle görevli olduğumuzun bilincindeyiz.

Her gün ortalama on beş meslektaşımızın katılımı ile yaş ortalamamız hızla gençleşirken mesleğimiz, birbiri ardına açılan hukuk fakültelerinin eğitim ve öğretimindeki yetersizlikleri nedeni ile nicelik ve nitelik sorununu birlikte yaşamaktadır.

Kuruluş yıldönümümüzü kutlarken bir yandan da ceza yargılamasında şikayetçi ya da sanık tarafın görevlendirilen avukatı olarak bu konuda yaşadığımız sorunlara dikkat çekmek üzere barolarımız görevlendirmeleri durdurdular. Uygulamadan ve yasadaki kaynaklanan yasal ve parasal sorunların olağanüstü boyutlara ulaşması nedeni ile yapılan eylemin sadece parasal amaçlı olduğu yolundaki değerlendirmeler çok eksik ve yanıltıcı. Hedef, savunmanın saygınlığını ve işlevini korumaktır. (...)

Meslektaşlarımıza yönelik saldırılar sürüyor. Son altı yılda gerçekleşen kırk yedi olayda dokuz meslektaşımız yaşamını yitirdi. Sadece görevlerini yapmaya çalışan meslektaşlarımızın can güvenliklerinin bu kadar büyük bir tehlike altında olması, içinde bulunduğumuz toplumsal bunalımın bir başka göstergesi olarak değerlendirilmelidir.

Son dönemde terör eylemlerinde gerçekleşen artış bir diğer kaygımızdır. Her birinin

kayıbı içimizi yakan şehitlerimize rahmet, ailelerine başsağlığı, gazilerimize de şifalar diliyoruz. Terörle mücadele sadece güvenlik güçleri tarafından gerçekleştirilemez. Siyasi iktidar ekonomik, sosyal ve yasal çözümler geliştirirken, tüm toplumun da bu bela karşısındaki tavizsiz birlikteliğinin vurgulanması gerekmektedir.

Terör bir başka boyutu ile İsrail tarafından 'devlet terörü' olarak Orta Doğu'da sahnelenmektedir. Savunmasız çocuk ve sivilleri acımasızca öldürmenin hiçbir gerekçesi olmaz." dedi.

TBB BİNASININ İMAR SORUNU ÇÖZÜMLENDİ

Türkiye Barolar Birliği'nin Maliye Bakanlığı'ndan satın almış olduğu Balgat'taki arsa üzerinde yapılması planlanan TBB Hizmet binasının Ankara Büyükşehir ve Çankaya belediye başkanlıklarının ihtilafı dolayısıyla, bütün hazırlıklar tamamlandı halde inşaatına başlanamamakta idi. Pürüzlerinden temizlenerek alınan imar durumu krokisini yayımlamaktayız. Projede yapılacak değişikliklerden sonra, kısa bir zaman içinde inşaatına başlanacaktır.



CMK ATAMALARI İLE İLGİLİ HABERLER

2005 yılında yürürlüğe giren CMK'nın sanıklar yanında şikâyetçilere de avukat ataması zorunluluğu getirmesi suretiyle hizmet kapsamının genişlemesi ve özellikle mahkemelerin özensiz ve yasal şartları yerine getirmeden atama yapmaları yanında ödeneğin artırılmaması nedeniyle bu alanda görev yapan çok sayıda meslektaşımızın, vekalet ücretlerini alamaması bir yana, özellikle büyük ve ilçelerinde avukat bulunmayan kentlerde ceplerinden harcama yapması, makbuz kesilmesi zorunluluğundan almadığı ücret için KDV ve vergi ödemesi sonucunu doğurmuş bulunmaktadır.

Devletin "adil yargılanma hakkı"nı gerçekleştirmek amacıyla yüklediği bu görevin avukatlara parasız olarak yaptırılması Anayasa ile Avukatlık Kanunu hükümlerine aykırı bulunmasına karşın hizmet uzun süre sürdürülmüştür. Önlem alınması ve çözüm bulunması için başından beri Hükümete başvurularda bulunulmuştur.

Örneğin, Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girmeden 22.4.2005 tarihinde Adalet Bakanlığı'na yazılan 18987 sayılı yazı ile, "Maliye Bakanlığı'nın gönderdiği ödenek bugünkü tarife ve iş yüküne yetmez iken 5271 sayılı yasa ile on katı atılan hizmetlerin bu ödenekle yürütülmesinin olanaklı olmayacağı aşikardır. Mevcut koşullardaki ödeneğin yıl sonuna kadar öngörülen hizmetlere yetmesi imkansızdır. Bu nedenle acilen yapılacak yeni düzenlemede oranların asgari ölçüde %30 olması gerekmektedir. Tüm bu gerekler göz önüne alınarak 5320 sayılı yasanın 13. maddesindeki %15 olan oranın %30 olarak değiştirilmesi için gerekli yasal değişikliklerin yapılması" önerilerek sorun çıkmadan çözüm yolu gösterilmiştir.

Bu haklı isteğe Adalet Bakanlığı 9.5.2005 tarihinde şu ibret verici cevabı vermiştir: "Yeni ceza sisteminde sadece hapis cezalarının ertelenmesine karar verilebilecek olup, adli para cezaları için erteleme söz konusu olmayacaktır. Gerek doğrudan karar verilen, gerekse hapisten çevrilen adli para cezalarının infazı halinde söz konusu kesinti yapılarak Türkiye Barolar Birliği'nin hesabına aktarılacaktır. Bu nedenle 5320 sayılı kanunun 13. maddesi uyarınca Türkiye Barolar Birliği hesabına aktarılacak olan miktarın bahse konu hizmetlerin yürütülmesi için yeterli olacağı değerlendirilmektedir. Ayrıca söz konusu kanunlar 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe gireceğinden, uygulama sonuçlarının henüz alınmamış olması nedeniyle, Bakanlığımızca bu aşamada yapılacak bir işlem bulunmamaktadır." (Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü 9.5.2005 tarih, 1432 sayılı yazısı)

Ancak, yaşandığı gibi, söz konusu kanunlar çok kısa bir zaman sonra yürürlüğe girmiş ve Adalet Bakanlığı'nın "yeterli olacağı"nı öngördüğü ödenekler hizmetlerin yapılmasına yetmemiştir.

Karşı karşıya kalınan, beklenen sorunun çözümlenmesi için bakanlığa çeşitli yazılar yazılmış, görüşmeler yürütülmüştür. "9, 10 ve 11. Baro Başkanları Toplantıları" yapılmıştır. Mayıs ayında hizmetin bırakılması kararı alınmış, ancak hükümetin cüz'i bir para göndermesi karşısında soruna çözüm bulunabileceği düşüncesiyle eylemden vaz geçilmiştir. Ancak gerek meslektaşlarımız gerekse örgütlerimizde bıçak kemiğe dayandığından "ata-

ma yapmama” suretiyle hizmetin yapılmaması aşamasına gelinmiştir. Bu aşamada yine Maliye Bakanlığı tarafından borcu karşılamayacak ölçekte para gönderilmiştir.

Çözüm Maliye ve Adalet bakanlıkları tarafından sadece Başbakan’dan gelebileceği itirafı üzerine Başbakan’dan ısrarla randevu talep edilmiştir. Randevu talebi her hafta başı tekrarlanmıştır. “12. Baro Başkanları Toplantısı” tutanaklarında görüleceği gibi Hükümet üyeleri tarafından işin önemi ve geldiği vahim noktanın Başbakanlığa iyi anlatılmadığı görülmektedir. Kimilerinin “TBB hükümetle uğraşmayı tercih etmiştir. Barolar Birliği CHP’nin arka bahçesidir. Hem CHP’nin arka bahçesi olacaksınız hem de hükümetten yardım isteyeceksin” gibi haksız ve yakışsız değerlendirmeler yapılarak çözümün ağırlaştırılmasına neden oldukları anlaşılmaktadır.

12. Baro Başkanları Toplantısı Yapıldı

Adli tatile girerken soruna kesin bir çözüm bulabilmek amacıyla 22 Temmuz günü baro başkanları Ankara’da toplantıya çağrıldılar. Toplantıya 55 baro başkanı ve temsilci katıldı.

Toplantı tutanakları çok kısa zamanda basılarak barolarımıza ve ilgililere dağıtılacaktır.

Baro başkanları ittifak sayılabilecek bir çoğunlukla “hizmetin durdurulması” kararına vardılar. Bu konuda yayımlanan bildiri yan tarafta bulunmaktadır. Daha önce Ankara, İzmir ve Bursa hizmeti durdurmuştu. Diyarbakır ile Adana’nın da aynı yolda olduğu anlaşılıyordu. 1 Ağustos 2006 tarihinde bütün Türkiye’de –karara uymayacağını açıklıkla belirten az sayıdaki baro dışında- karakollar ile savcılık ve mahkemelerden gelen avukat atama isteklerine olumsuz yanıtlar verilmeye başlandı.



Başbakan, TBB Başkanı ile Baro Başkanlarını Kabul Etti

Aynı günlerde Başbakanlıktan Türkiye Barolar Birliği Başkan ve baro başkanlarının İstanbul’da Başbakanlık Çalışma Ofisi’nde 10 Ağustos günü kabul edilecekleri haberi geldi.

TBB Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok başkanlığındaki TBB heyetini, basına kapalı bir toplantıda kabul etti

Başbakan'ın açış konuşmasından sonra Özdemir Özok, sorunlarla ve özellikle CMK ödenekleri ve uygulaması ile ilgili açıklamalarda bulundu. Ayrıca hazırlamış olduğu iki raporla acil ve yasa değişikliği istemeyen sorunlarla ilgili bir dosyayı Başbakan'a sundu.

TBB Başkanı kabulden sonra basına bir açıklama yaptı:

"Sayın Başbakan aktardığımız bütün konuları son derece duyarlı bir şekilde ciddiye aldı. Not aldı. Bütün sıkıntıların haklı ve yerinde olduğunu ifade etti. Baro başkanı arkadaşlarımız, Başbakan'ın sıcak ve kararlı davranışını, olayı çözmek için gösterdiği gayreti çok iyi algıladı. Buna karşılık hemen dediler ki 'Şu andan itibaren biz de eylemi geçici bir süre durduruyoruz'. Yarından itibaren barolarımız yeniden müdafî ve vekil tayini konusundaki geçmişteki normal çalışmalarını sürdürecektir."

Başbakan'ın Sorunu Çözeceğini Vaadetmesi Üzerine Barolar Avukat Atamasına Başladılar

Pek çok baro başkanı Başbakanlık çıkışında baroları ile temas ederek alınan kararı uygulayıp yargıda baş gösteren tikanıklığı açtılar.

Bu arada TBB Genel Sekreteri hafta başında Adalet Bakanı ile bir araya gelerek sorunların çözümlenmesi için çalışmalara başladılar.

Böylece Hükümetin ve özellikle Başbakan'ın "TBB'nin hükümetle uğraştığı" yolunda vehim üretenlerle aynı düşüncede olmadığı anlaşıldı.

T. E.

ADALET BAKANLIĞI C.SAVCILKARINDAN MAHKEME MÜZAKERELERİNDE BULUNMAMASINI İSTEDİ

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü 24.7.2006 tarihli bir genelge ile savcılardan hakimlerin müzakerelerine katılmamalarını ve müzakere için salon boşaltıldığında dışarı çıkmalarını istedi. Öneme binaen genelgenin tümünü aynen yayımlamaktayız. Ayrıca genelge hakkındaki değerlendirmeye Editör'den sayfasında yapılmıştır.

"Avrupa Birliği Komisyonu yetkilileri ile bağımsız hukukçulardan oluşan bir heyetin 13-22 Haziran 2005 tarihlerinde ülkemize yaptıkları ziyaret sonucunda "Yargının İşleyişi" konusunda hazırladıkları "III. İstişari Ziya-

ret Raporu" 22 Aralık 2005 tarihinde Bakanlığımıza iletilerek Türkçe metni Bakanlık'ın Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'nün <http://www.abgm.adalet.gov.tr/web> sitesinde yayımlanmıştır.

Raporun "Savcıların Duruşma Salonunu Hakimlerle Birlikte Terk Etmesi" kenar başlıklı 3.12 numaralı bölümünde; "Hakimler kararları üzerinde müzakere yapmak amacıyla karar odasına geçtiklerinde Cumhuriyet savcılarının duruşma salonunda kalmaları gerektiğini tavsiye ediyoruz. Hakimler müzakerelerini yürütmek için duruşma salonunda kaldıkları durumlarda, savcı müzakereler sırasında hakimlerle herhangi bir tartışmaya girmemelidir." ifadelerine yer verilmiştir.

Bilindiği üzere; Cumhuriyet Savcılarının

görev ve yetkileri 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160 ve devamı maddeleri ile 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 17 ve 20. maddelerinde açıkça belirlenmiştir. 5235 sayılı kanunun 20. maddesine göre Cumhuriyet Savcılarının adli göreve ilişkin işlemleri yapmak, duruşmalara katılmak ve kanun yollarına başvurmak gibi görevleri bulunmaktadır. Bu anlamda şüpheli veya sanığın leh ve aleyhinde tüm delilleri toplamakla görevli olmaları yanında mahkemeden sanığın lehine olan hükümlerin uygulanmasını da talep edebilmektedirler.

Öte yandan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun; 174. maddesinde iddianamenin iadesi müessesesi, 20 T maddesinde doğrudan soru yöneltmeyle ilgili hükümlere yer verilmiştir. 216. maddesinde delillerin tartışılması, 217. maddesinde delilleri takdir yetkisi düzenlenmiş bulunmaktadır.

Diğer taraftan; anılan kanunun "Duruşmada Hazır Bulunacaklar" kenar başlıklı 188. maddesinde; "(1) Duruşmada, hükme katılacak hâkimler ve Cumhuriyet savcısı ile zabıt kâtabinin ve Kanunun zorunlu müdafiliği kabul ettiği hâllerde müdafinin hazır bulunması şarttır.

(2) Sulh ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz.

(3) Bir oturumda bitmeyecek davada, herhangi bir nedenle bulunamayacak üyenin yerine geçmek ve oya katılmak üzere yedek üye bulundurulabilir."

Delillerin Tartışılması" kenar başlıklı 216. maddesinde;

"(1) Ortaya konulan delillerle ilgili tartışmada söz, sırasıyla katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafiline veya kanunî temsilcisine verilir.

(2) Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili, sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcisinin açıklamalarına; sanık ve müdafii ya da kanunî temsilcisi de Cumhuriyet savcısının ve katılanın veya vekilinin açıklamalarına cevap verebilir.

(3) Hükümden önce son söz, hazır bulunan sanığa verilir.", "Müzakereye Katılacak Hâkimler" kenar başlıklı 227 nci maddesinde; "(1) Müzakerede ancak karara ve hükme katılacak hâkimler bulunur.

(2) Mahkeme başkanı, mahkemesinde staj yapmakta olan hâkim ve avukat adaylarının müzakere sırasında hazır bulunmalarına izin verebilir."

hükümleri yer almaktadır.

Görüldüğü üzere; sanığın son söz hakkını kullandıktan sonra, mahkemenin müzakere etmek üzere, halka kapalı olan bir odaya çekilmesi hâlinde, müzakere sırasında buna sadece hükme iştirak edecek olan hâkimler ile mahkeme başkanı izin verdiği takdirde mahkemesinde staj yapmakta olan hâkim ve avukat adaylarının hazır bulunmalarına imkân tanınmış olması karşısında Cumhuriyet Savcısının müzakereye katılması veya salonda kalmasının bir anlamı bulunmamaktadır.

Bu itibarla;

Hâkim ve Cumhuriyet Savcılarının rolleri ve çalışmalarına ilgili herhangi bir eleştiriye maruz kalınmaması, yargılama prosedürünün yalnızca bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde silâhların eşitliği ilkesine göre yürütülmesinin yanı sıra bu faaliyetlerin yapı- lış tarzı ve yargılamanın genel görünüşünde aksine bir izlenim uyandırmaması için istişari ziyaret raporlarında yer alan Hâkim ve Cumhuriyet Savcılarının rollerinin güçlendirilmesine yönelik tavsiyelere uyulması bakımından, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 227. maddesinin birinci fıkrası uyarınca;

Cumhuriyet Savcılarının hâkimlerin müzakerelerine katılmasının mümkün bulunmadığı gerçeğinin hatırdan çıkartılmayarak;

a. Müzakere odasında bulunmamları,

b. Müzakere için salon boşaltıldığında dışarı çıkmaları,

Hususlarında gereken dikkat ve özennin gösterilmesini, keyfiyetin merkezdeki Cumhuriyet savcılığı ile yargı çevresindeki Cumhuriyet başsavcılıklarına ve bilgileri bakımından mahkemelere de duyurulmasını rica ederim.”

Adil yargılanma ve özellikle silahların eşitliği bağlamında savunma açısından önemli, ancak çok küçük bir kazanım sağlayan bu genelge TBB tarafından meslektaşlarımıza duyurulmak üzere tüm baro başkanlıklarına gönderilmiştir.

BARO BAŞKANLIĞI'NDA SINIRLAMA KALKTI

Avukatlık Kanunu'nun 96. maddesinin birinci fıkrasına, 2001 yılında 4667 sayılı yasa ile eklenen;

“Ancak, görev süresi iki dönemden fazla olamaz” hükmü ile baro başkanlığı süresi dönem olarak sınırlandırılmıştı.

29.6.2006 günü kabul edilen 5533 sayılı yasa ile bu cümle iptal edilerek baro başkanları için konulmuş hukuka uygun olmayan bu hüküm yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır.

TBB BAŞKANI TELEFON DİNLEME OLAYINA DİKKAT ÇEKTİ

Temmuz ayının ortasında Kara Harp Okulu Komutanı Tümgeneral Reha Taşkesen, telefonlarının kimlik ve yetkileri belli

olmayan odaklar tarafından dinlenmesi sonucu ortaya çıkan özel ilişkilerinden dolayı istifa etti.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok, bu konuda kendisine yöneltilen soruya karşılık şu yanıtı verdi: “Gazetelere yansıyan şekliyle, son derece başarılı ve parlak geleceği olan Kara Harp Okulu Komutanı'nın çeşitli kuşku ve söylemlere açık istifasının, özel yaşamın gizliliği ilkesinin karşı karşıya bulunduğu tehlikeler açısından iyi değerlendirilmesi gerekir.”

KÜTAHYA BAROSU 77. KURULUŞ YILDÖNÜMÜNÜ KUTLADI

Kütahya Barosu 30 Haziran 1 ve 2 Temmuz günleri düzenlenen törenlerle 77. Kuruluş Yıldönümünü kutladı. Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok, TBB Genel Sekreteri Güneş Gürseler ile çok sayıda baro başkanını katıldığı tören ve etkinlikler yoğun ilgi gördü.

TBB Başkanı Özdemir Özok'un Adliye Binası Konferans salonunda verdiği “Hukuk, Demokrasi ve Terör” konulu konferansı çok sayıda hukukçu izledi. Aynı gün Kültür Müdürlüğü Sergi Salonu'nda Özdemir Özok'un açtığı “Milli Mücadele, Kütahya ve Şehitlikler” konulu fotoğraf sergisinde ilk defa sergilenen fotoğraflar yer almaktaydı.

Aynı gün akşam Saklı Dünya Restaurant'ta düzenlenen yemek neşe içinde geçti. Kütahya Barosu katılan baro başkanlarına hatıra çini tabaklar dağıttı. Ertesi gün Kütahya'nın tarihi yerleri, camileri, Macar Kralı'nın konuk kaldığı konak ile Kütahya kalesi gezildi.

Kütahya Barosu'nu hukuk ve kültür alanındaki çalışmalarından dolayı kutluyor, etkinliklerinin devamını diliyoruz.

“BİR ADLİ ORGAN OLARAK SAVCILIK” SEMPOZYUMU YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi (İHAUM)'un düzenlediği Uluslararası “Bir Adli Organ Olarak Savcılık” başlıklı sempozyum Dedeman Oteli salonlarında yapıldı. Avrupa Savcılığı ve Türkiye Savcılığı konularının da ele alındığı sempozyumda bugünkü savcılık kurumu ile adil yargılanma hakkı bağlamında savcılık konuları öne çıktı.

Bilim adamları, avukatlar, savcılar yanında yabancı hukukçuların yer aldığı sempozyum büyük ilgi gördü. Özellikle C. Başsavcısı Nuri Ok'un sözleri basında geniş yer aldı. Adalet Bakanı Cemil Çiçek'in tepkisini çeken bu sözlerle Nuri Ok, ikinci gün toplantısında su yanıtı verdi:

Toplantının tutanakları ve tebliğler, kitap halinde çok kısa zamanda yayımlanacaktır.

BAROLARIN TCK VE CMK EĞİTİM HİZMETLERİNDE GÖREV ALAN HUKUKÇULARA, TEŞEKKÜR BELGESİ VERİLDİ

TCK ve CMK yürürlüğe girmeden önce hazırlık aşamasından başlayarak üniversitemizin hukuk fakülteleri ile yapılan işbirliği sonucunda 2005 yılında başarılı bir eğitim programı yürütülmüştü. TBB Yönetim Kurulu bu çalışmalarda fedakarlıkla görev alan, kanunların yapım aşamasında uygulamacılar için önemli katkılar sağlayan bilim adamları ile Yargıtay üyelerine düzenlenen bir yemek-teşekkür belgeleri sunuldu.

Bu tür bir çalışmanın da Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu dolayısıyla yapılması planlanmaktadır. Gelecek sayımızda daha ayrıntılı bilgiler verebileceğimizi sanıyoruz.

GEÇİŞ SÜRECİNDE YOLSUZLUKLA MÜCADELEDE KİM BAŞARILI?

Dünya Bankasınca hazırlanmış bulunan Rapor'da; 2002-2005 yılları arasında sosyalist ekonomik düzenden kapitalist düzene geçen doğu Avrupa ve orta Asya ülkelerinde, diğer bir ifade ile geçiş sürecinde bulunan ülkelerde iş dünyası ve devlet kurumlarında görülen yolsuzluklar, yolsuzluklarla mücadele ve bu konuda sağlanan gelişme ve başarılar irdelenmiş ve incelenmiştir. Genel olarak geçiş sürecindeki ekonomilerin ele alındığı Rapor'da; Yunanistan, İrlanda, Almanya, Portekiz gibi gelişmiş AB üyesi ülkeler yanında geçiş sürecinde olmamakla beraber AB'ne adaylık sürecinde bulunan Türkiye'de örnekler arasında ve kıyaslamalarda yer almış bulunmaktadır.

Geçiş sürecinde bulunan ülkelerin yolsuzlukla mücadelede gösterdikleri ilerleme ve başarıların değerlendirildiği söz konusu Rapor'a göre; anılan ülkelerde vergi ve gümrükler alanında, rüşvet ve yolsuzluklarda düşüş kaydedilmekle beraber, adli sistemlerinde görülen yolsuzluklarda bir düşüş kaydedilmediği görülmektedir. Bununla beraber; aralarında Türkiye'nin de bulunduğu bazı ülkelerde adli sistemde görülen yolsuzluklarda 2004-2005 yılları itibariyle azalmalar olduğu grafiklerle gösterilmektedir. Grafiklerin incelenmesinden, bu dönemler itibariyle Macaristan ve Portekiz'de adli sistemde yolsuzluklar artış göstermiştir.

Rapor'da, adli sistem / mahkemelerde yolsuzluğun giderilmesi için alınması gereken tedbirler de aşağıdaki gibi sıralanmaktadır:

1. Adli sistem/mahkemelerde hakim ve çalışanların atanma, terfi, disiplin cezası uygulamaları ile maaş ve eğitimlerinde liyakate dayalı bir sistemin getirilmesi.

2. Adli yargılamada şeffaflığın sağlanması ve bunun sağlanması için duruşmaların, muhakemenin başından itibaren kamuya ve medyaya açık olması, ayrıca mahkeme kararlarının yayımlanması.

3. Mahkemeler veya diğer devlet organları nezdinde görülmekte olan önemli yolsuzluk davalarının kovuşturulmasının geniş kapsamlı yapılması.

Diğer bir ifade ile bir yandan mesleki ahlak ve statü diğer yandan ücret bakımından iyileştirmelerin sağlanmasının yanında, yapılan hataların cezalandırılması suretiyle adli sistemde karşılaşılan yolsuzlukların giderilebileceği vurgulanmaktadır.

Raporda ayrıca ülkeler arası yolsuzlukla mücadele yöntemlerinde ülkeden ülkeye farklılıklar görüldüğüne de işaret edilmektedir.

Bu bağlamda, Türkiye'nin yolsuzlukla mücadele kapsamında büyük başarı ve ilerleme kaydettiği belirtilmektedir. Yolsuzlukla mücadele kapsamında çeşitli idari tedbirler alan ve kurumsal reformlar yapan Türkiye başarılı olmuştur. Diğer bir ifade ile, daha güçlü ve etkili bir konuma getirilen Yüksek Denetleme Kurumu ve 2003 yılında çıkarılan ve devlet bilgisayar ağları ile kamunun bilgilendirilmesine olanak sağlayan "*Bilgi Edinme Yasası*" ile yolsuzlukla mücadelede başarılı adımlar atıldığı vurgulanmaktadır.

ALMANYA'DA ADLİ YARDIM

Her ülkede olduğu gibi, Almanya'da da bir avukata danışılması veya avukat tarafından temsil edilme durumunda, avukat davanın değeri ile orantılı bir ücrete hak kazanacaktır. Almanya'da adli danışma yardımı ve adli yardım arasında bir ayırım yapılmaktadır. Mahkeme dışında temsil ve danışma halinde, maddi durumu yeterli olmayan kişilere adli danışma yardımı yapılması Adli

Danışma Yardımı Kanunu uyarınca mümkün bulunmaktadır. Diğer taraftan, konu mahkemeye intikal ettiği zaman ihtiyaç içinde bulunan kişiye ilgili hükümler doğrultusunda adli yardım yapılmaktadır.

Almanya'da medeni hukuk kapsamında olan iş hukuku, idare hukuku, anayasa hukuku ve sosyal sigorta hukuku kapsamında adli danışma için adli yardım verilmektedir. Ceza ve idare hukukuna ilişkin ihtilaflarda adli yardım danışma aşamasında mümkün bulunmaktadır.

Diğer taraftan, tüm hukuki, idari, sosyal ve mali ihtilaflar için adli yardım öngörülmektedir. Ancak, ceza davalarında sanık ve iflas davalarında borçlu adli yardım alamamaktadır. Ceza davalarında sanığa zorunlu müdafî halinde özel hükümler doğrultusunda adli yardım verilmektedir.

Almanya'da adli yardım talep eden kişilerin bölge mahkemeleri veya avukatlardan alacakları formları doldurmaları gerekmektedir. Bu formlara, talep edenin zaruret içinde olduğunu gösterir belgelerin eklenmesi gerekir, örneğin; maaş bordrosu, vergi bildirimisi gibi.

Adli yardım talebi talepte bulunan kişinin bulunduğu, ikamet ettiği, yetkili bölge mahkemesine yapılır. Ancak, doğrudan bir avukata başvurmak ve daha sonra yetkili bölge mahkemesine adli yardım talebinde bulunmakta mümkündür.

Başvuru sahibi, adli danışma yardımını kendi seçeceği avukattan talep edebilir. Bremen ve Hamburg'da adli danışma yardımı kamusal adli yardım ajansları tarafından sağlanır. Avukatlar adli danışma yardımını yerine getirmek zorundadır, bir avukat ancak çok önemli bir gerekçe ile bu talebi reddedebilir.

Diğer taraftan, adli yardım için de avukatın serbestçe seçilebilmesi mümkün bulunmaktadır.

Adli danışma yardımı talebi halinde ta-

lepte bulunulan avukatın talep sahibinden 10 EURO isteme hakkı vardır, ancak bundan feragat edilebilir. Ücret sözleşmeleri geçersiz olup adli danışma yardımında bulunan avukat harcamaları devletten talep edecektir.

Diğer taraftan, adli yardım tahsis edildi ise bütün mahkeme masrafları karşılanır. Ancak, davanın temyizi aşamasında adli yardım için mahkemeye yeni bir başvuru yapılması, mahkemenin temyizcinin haklılığını ve başarılı olma olasılığı konusunda kanaat

getirmesi gerekmektedir.

Adli yardım talebi yalan beyana dayanıyorsa, yalan ve yanlış bilgi verildi ise geri alınabilir.

Ancak, adli yardım başvurusu reddedilmiş ise başvuru sahibi red kararından itibaren bir ay içinde ve ihtilafın değeri 600 EURO'nun üzerinde ise, itiraz hakkına sahip bulunmaktadır.

D.Y.

CCBE'DEN HABERLER

Avrupa Barolar Konseyi(CCBE) Haziran ayında da faaliyetlerini sürdürmüştür.

1. CCBE yetkilileri 6 Haziran 2006 tarihinde Avrupa Komisyonu görevlileri, Uluslararası istihdam edilenler, AB Noterler Konseyi yetkilileri ile bir araya gelerek AB'de medeni hukuk ve ticaret hukuku alanındaki dava ve işlerde Adli Bilişim Ağı'nın gelişmesi ve kolaylaştırılması konularında fikir alış verişinde bulunmuştur.

Bilindiği gibi, Adli Bilişim Ağı Mayıs 2001 tarihinde AB Konsey Kararı ile kurulmuştur. Temel amacı AB üyesi ülkeler arası hukuki ve ticari ihtilaflarda etkili adli işbirliğini sağlamak ve güçlendirmek, sınır ötesi hukuki ihtilaflarda kişilerin adalete ulaşımının kolaylaştırılması ile kişilerin bilgisayar ortamında ihtiyaç duydukları bilgiye ve bu bağlamda adalete ulaşmalarının sağlanması için gerekli ortamın yaratılmasıdır.

2. 12 Haziran 2006 tarihi Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi (EESC) tarafından Avrupa Serbest Meslekler Günü olarak belirlenmiştir. Günün amacı, Avrupa'nın çeşitli kurumlarında çalışan serbest meslek sahiplerinin fikir alış verişinde bulunmasının sağlanması olmuştur. Bu doğrultuda; serbest meslekler alanında rekabet, kendini denetleme, Hizmetler Direktifi ve tüketicinin korunması konularında görüşmelerde bulunulmuştur. Bu toplantıda CCBE Başkanı Manuel Brandao da bir sunuş yapmıştır.

Diğer taraftan, uluslar arası hukuk kuruluşları 13 Haziran tarihinde Lahey'de toplanan Uluslar arası Ceza Hukuku Barosu zirve toplantısı yapılmıştır. Bu toplantıda CCBE'yi Birinci Başkan Vekili Colin Tyre temsil etmiştir. Bu zirvede; sanık vekillerini, mağdur ve tanıkları ilgilendiren konular tartışılmıştır.

3. 13 Haziran tarihinde ise CCBE Hizmetler Çalışma Grubu bir araya gelerek AB Hizmetler Direktifini tartışarak avukatların bu direkti kapsamına alındığını görmüştür.

4. CCBE Başkanlığı İstanbul'da gerçekleştirilen Yönetim Kurulu toplantısında öneriler doğrultusunda; 18 Aralık 2002 tarihli, İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri insani

veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesine ek İhtiyari Protokol'ünü imzalamamış veya onaylamamış bulunan, AB üyesi ve AET üyesi ülkelere Ağustos 2006 tarihinde bir uyarı mektubu göndermeye karar vermiştir.

Bilindiği gibi, İşkenceye karşı BM Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol 3 Şubat 2003 tarihinde imzaya açılmış olup 22 Haziran 2006 tarihinde 21 ülkenin onayı ile yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Bu doğrultuda uyarı mektubu gönderilmesine karar verilen ülkelerden; Avusturya, Belçika, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Finlandiya, Fransa, İzlanda, İtalya, Liçteştayn, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Portekiz ve Romanya ek Protokol'ü imzalamakla beraber henüz onaylamamıştır.

Diğer taraftan, Bulgaristan, Almanya, Yunanistan, İrlanda, Latviya, Litvanya, Slovak Cumhuriyeti ve Slovenya ise ne imzalamış nede onaylamıştır.

Bilindiği gibi, söz konusu esas BM Sözleşmesi 2 Ağustos 1988 tarihinde ülkemiz tarafından onaylanmış olup yürürlükte bulunmaktadır. Sözleşmeye ilişkin Ek İhtiyari Protokol ise 14 Eylül 2005 tarihinde BM zirvesinde imzalanmış olup onay süreci başlatılmış bulunmaktadır.

5. Avrupa Komisyonu 17-18 Temmuz 2006 tarihinde Brüksel'de "Ceza Muhakemelerinde Delillerin Adil bir Şekilde Toplanması ve Ele Alınması Kapsamında Uzmanlar Toplantısı" düzenlemiştir. Bu Toplantıda, AB Komisyonunun Masumiyet Karinesine ilişkin olarak yayımladığı Yeşil Kitap, karşılıklı adli yardım, delillerin toplanması, delillerin geçerliliği, savunma hakkı gibi konular ele alınmıştır.

6. Diğer taraftan avukatlık mesleğinin liberalleşmesi bağlamında Almanya ve İtalya'da yeni düzenlemeler getirilmiştir.

Almanya'da yürürlüğe giren yeni bir Kanun'la; 1 Temmuz 2006 tarihinden itibaren avukatların ücret tarifeleri liberalleşmiştir. Buna göre; avukata hukuki danışmada bulunulması halinde danışma ücreti avukatla müvekkil arasında serbestçe belirlenebilecektir. Diğer taraftan, dava veya mahkemelerde yapılacak takipler için avukatlar asgari ücretin altında bir ücrete hizmet sunabilecektir.

İtalya'da avukat ücret tarifelerini liberalleşiren düzenlemeye gör; avukatların ücret tarifeleri, reklam yapmaları ve çeşitli disiplinler arasında avukatlık hizmeti sunabilmeleri konusunda serbesti getirilmiştir.

7. Fransa'da ise Barolar, AB İkinci Kara Para Aklama Direktifini adapte eden 26 Haziran tarihli Fransız Kara Para Aklama düzenlemesinin iptali için Fransız Danıştay'ına (Conseil d'Etat) başvurmaya karar vermiştir. Barolar, bu bağlamda CCBE'nin Fransız Barolarının yanında yer alarak davaya Fransız Baroları lehine müdahale etmesini talep etmiştir. CCBE 15 Eylül 2006 tarihinde yapacağı Yönetim Kurulu toplantısında müdahale edip etmeme konusunda karar verecektir.

CCBE’NİN HİZMETLER DİREKTİFİ KAPSAMINDA AB PARLAMENTOSU NEZDİNDE YAPDIĞI GİRİŞİMLER

Bileneceği gibi, CCBE daha önceleri de AB üyesi ülkelerde hizmet sunmakta olan avukatların Hizmetler Direktifi(Services Directive) kapsamına alınmaması için girişimlerde bulunmuş ve bu girişimler sonucu, avukatlıkların, AB Parlamentosunda oylamaya sunulan Direktif metninden çıkarılmasını sağlamıştı.

Ancak, Komisyon ve Konsey bu değişikliği kabul etmemişti.

Bu doğrultuda, CCBE Başkanı yeni bir girişimde bulunmak üzere AB Parlamento Başkanı Borrell Fontelles’e 19 Temmuz 2006 tarihinde bir mektup yazarak; söz konusu Direktifin ikinci okunuşu sırasında CCBE tarafından talep edilen değişikliğin göz önüne alınarak avukatların Hizmetler Direktifi kapsamına alınmamasını bir defa daha talep etmiştir.

Söz konusu Hizmetler Direktifi’nin 2. maddesinde yapılan değişikliklerle; noterler ve icra memurları kapsam dışına çıkarken, avukatlar Direktif kapsamına sokulmakta, dolayısıyla Hizmetler Direktifine tabi olmaktadır.

Bu durum ise farklı durum yaratmaktadır. Şöyle ki; bazı AB üyesi ülkelerde hizmet veren avukatlar aynı zamanda noterlik hizmeti de verebilmektedir. Örneğin, Almanya bir avukat avukatlık ve noterlik hizmetini aynı zamanda verebilmekte olup, Direktif uyarınca noterlik hizmeti verirken kapsam dışında, avukatlık hizmeti verirken Direktif kapsamına girmektedirler.

Oysa, 77/249/EC ve 98/5/EC sayılı Direktifler, avukatların Maastricht Antlaşmasında öngörülen özgürlükleri serbestçe kullanmalarına ve üye devletlerde rekabet ortamında mesleklerini icra etmelerine olanak sağlamaktadır. Bu doğrultuda, yapılacak değişiklik ile avukatların kuruluş ve hizmet verme özgürlükleri çakışacaktır.

Diğer taraftan. Avukatlık hizmetlerine ilişkin direktifler avukatların üye ülkelerdeki rollerini, etik kurallarının önemini, kendi kendini denetleme prensibi ile avukatlık hizmetlerinin kendine özgü niteliğini göz önüne almaktadır. Ayrıca, adli yardıma ilişkin 2002/8/EC sayılı Direktif dahil pek çok AB düzenlemesinde belirtildiği gibi, avukatlık hizmetleri kamu yararını ilgilendirmektedir.

Bu bağlamda; sektöre ilişkin Direktiflerin, avukatların topluluk içinde serbest dolaşımını ve sınır ötesi hizmetlerini düzenlemekte en uygun düzenlemeler olarak kabul edilmesi gerektiği bir defa daha vurgulanmaktadır.

Av. Derya Yeşiladali

AB'DEN HABERLER

• Geçtiğimiz günlerde İtalya'da bir Kanun Hükmünde Kararname çıkarılmıştır. Bu Kararname; avukatlık mesleğinde rekabeti sağlamaktadır. Söz konusu düzenleme yürürlüğe girdiği takdirde avukatlık sektöründe çok büyük bir değişiklik getirerek asgari ve azami ücreti ortadan kaldıracak, reklam yasağına ilişkin pek çok kısıtlamayı kaldıracak ve avukatla müvekkil arasında, dava kazanılmadığı takdirde ücret talep edilmemesi yönünde anlaşmalara da olanak sağlayacaktır. Halihazırda, Avrupa Adalet Divanı'nda, İtalyan avukatlarının ücret tarifesi ile ilgili bir dava görülmektedir.

• 5 -7 Temmuz 2006 tarihleri arasında İngiltere ve Galler avukatlarının temsil edildiği İngiltere ve Galler Hukuk Derneği Ankara ve İstanbul'da ziyaretlerde bulunmuş ve Türk-İngiliz Avukatlar Birliği tarafından düzenlenen hukuk hizmetlerinde ortak çıkarlar konusunda yapılan seminere katkıda bulunmuştur. Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Özdemir Özok'un da bir açış konuşması yaptığı Ankara'daki Seminer'de, uzmanlaşma, rekabet hukuku ve tahkim konularında sunuşlar yapılmıştır. İngiltere ve Galler Barosunun bu ziyaretinin amacı, üyelik müzakerelerini sürdürmekte olan Türkiye ile İngiltere arasında avukatlık mesleği alanında işbirliğini güçlendirmek ve devam ettirmektir.

• İngiltere ve Galler Barosu, Almanya, Macaristan, İspanya ve Polonya ile birlikte üzerinde çalışmalar sürdürdükleri, AB tarafından fonlandırılmış olan ve ceza hukuku sistemi alanında savunma hakkının iyileştirilmesi ve güçlendirilmesine yönelik bir proje olan İyileştirilmiş Ceza Uygulaması olarak adlandırılacak bir projeyi tamamlamak üzeredir. Projede iki husus ele alınmıştır. Birincisi; polis ve savcılık tarafından yapılan açıklamalar diğeri ise; göz altında tutulan sanığın avukata ulaşması konularıdır. Projenin amacı, barolar için ortaya konması söz konusu olan tedbirlerle ceza hukuku alanında faaliyet gösteren avukatların etkinliğinin artırılması ve ceza hukukunda reformlar yapılmasını sağlamaktır.

• Geçtiğimiz ay AB Komisyonu AB üyesi ülke adalet bakanlıkları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi temsilcileri ve uzman hukukçuların katıldığı; *"ceza yargılamasında delillerin adi bir şekilde toplanması ve ele alınması"* konusunun tartışıldığı bir toplantıya ev sahipliği yapmıştır. Toplantıda; *"Masumiyet Karinesi"* başlıklı Yeşil Kitap, delillerin toplanması, geçerliliği ve ortaya konulması, sunulması gibi konular tartışılmıştır. Amaç; AB genelinde delillerin elde edilmesi, ele alınışı ve kullanılmasına ilişkin asgari standartların oluşturulup oluşturulamayacağı olmuştur.

• AB Komisyonu, 4 Temmuz 2006 tarihinde çocuk haklarına ilişkin bir Bildiri yayımlamıştır. Bu Bildiri, çocuklara ilişkin ceza ve medeni hukuk, istihdam, eğitim ve sağlık konularını kapsamaktadır. Bu bağlamda, AB içinde çocuklara yardım için telefon hatlarının kurulması ve kredi kartlarının internetten çocuk pornografisi satın almasını önleyici tedbirler alınmasını kapsamaktadır. Bildiri AB Parlamentosu ve Bakanlar Kurulu tarafından değerlendirilecek ve bu bağlamda yasal düzenleme ve tedbirlerin getirileceği tahmin edilmektedir.

D. Y.

UNUTULMAMASI GEREKEN KARA GÜN

Av. Özdemir ÖZOK*

Dergimizin bu sayısındaki yazıma, 17 Mayıs 2006 günü Laik Cumhuriyet'in sarsılmaz kalelerinden Danıştay'a yapılan insanlık dışı saldırıyı kınayarak ve bu menfur saldırıda yaşamını yitiren Mustafa Yücel Özbilgin'in hatırası önünde saygıyla eğilerek başlıyor, aynı olayda yaralanan sayın yargıçlarımıza da geçmiş olsun dileklerimi yineliyorum. Ülke insanımızın bin bir güçlük ve özveriyle yaşatmaya çalıştığı demokrasi, insan hakları ve laik hukuk düzeninin yarattığı barış ve huzur ortamını yok etmeye yönelik karanlık odakların dışa vurumu olan bu eylemler asla amacına ulaşamayacaktır. Buna en güzel yanıtı, saldırı sonrası törenlere katılan on binler sergiledikleri kararlı ve duyarlı duruşlarıyla vermişlerdir.

Bu olayla ilgili duygu ve düşüncelerimi geçen sayıda sunmuştum. Bu kara günü Türk ulusunun ve özellikle biz hukukçuların unutmaması gerektiğini ve her gün hatırlaması gerekliliğinin altını çiziyorum.

Bu menfur olaydan ve sonrasında gelişmelerden çıkarılacak çok önemli dersler var. Hain saldırıyla ilgili olarak yapılan yargılamanın 12.8.2006 günlü duruşmasından önce sanık yakınlarının ve özellikle bu ülkede Milli Eğitim Bakanlığı'nda öğretmen ve müfettiş olarak görev yapmış olan sanığın babasının sarf ettiği sözlerden ibret alınması gerektiği kanısındayız. Bir baba dahi olsa masum ve her şeyden habersiz sadece millet adına görev yapan insanların yaşamına kast eden oğlunu haklı çıkaracak sözler sarf edemez. Çünkü hiçbir inanç ve ideoloji insan yaşamını yok etmeyi haklı kılamaz. Her tepkinin hukuk içinde ve meşru zeminlerde yapılması gerekir, aksi durum toplumda kargaşanın egemen olmasına neden olur. Bu ise hiç kimseye yarar sağlamaz.

Olay öncesi ve olay sonrası yaşananlarıyla Türk yargı hayatına kara leke olarak düşen bu ve benzeri bu menfur olay sonrası yazılı ve

* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

görsel basında çıkan haberler tüm amir hükümlere karşın, soruşturma evresinin gizliliği diye bir ilkenin kalmadığını göstermiştir. Çünkü “soruşturmanın gizliliği”, “masumiyet karinesi”, “lekelenmeme hakkı”, “adil yargılanma hakkı” ve “adalete erişim” gibi ceza hukukunun temel ilke ve kavramlarına aykırı yayın ve açıklamalar havalarda uçuşmuştur. Sadece ceza hukukunun bu genel ilke ve kavramlarına değil pozitif hukuk kurallarına da aykırı olan bu davranışlar hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

TCK’nın 258, 285, 286, 288. maddeleri ve yine Basın Yasası’nın 19. maddesinde “Yargıyı Etkileme” başlığıyla düzenlenen hükümlerde soruşturma aşamasında yargılamayla ilgili yayın yapmanın mümkün olamayacağı vurgulanmasına karşın, bu kurallara uyulmamaktadır. Bunun çok daha ilginç, yakın bir süre önce Danıştay başkanının makam otosunun kapı kısmında kan lekeleri görülmüş, daha Danıştay yetkililerinin olayla ilgili ayrıntılı bilgileri olmadan, olay sayfa sayfa gazetelere manşet olmuştur.

Peki bunca kanunsuzluk ve hukuk dışılık yaşanırken bu ülkede “Cumhuriyetin müeyyidesi” olan sayın savcılarımız nerede?

Unutulmasın ki, en sorumlu siyasetçimizden, tüm medya mensuplarımıza ve de en sade yurttaşımıza kadar hepimizin bir gün “şüpheli” ve “sanık” konumuna düşmemize yol açacak soyut suçlamalarla karşılaşabileceğimizi hatırlatmak istiyorum. Böyle bir konuma düşünce bu ilke ve kavramlara sarılmak yerine, her zaman bu ilke ve kavramların savunucusu olmak gerekir. Oysa, bir biçimde başı derde giren ve sıkışan kişiler her türlü yasal haklarını kullanma konusunda son derece duyarlılık gösterdikleri halde, kendilerinin dışında gelişen olaylara aynı duyarlılığı ve saygıyı göstermemektedirler.

Özellikle medyanın öne çıkardığı kimi davalarda yargılama aleni değil, çırlıçılak tüm ayrıntılarına kadar kamuoyu önünde yapılmaktadır. Bunun çok ciddi sakıncaları vardır. En önemli sakıncası bu toplumsal baskı yargılamayı yürüten yargıcın şu ya da bu şekilde etkilenmesine neden olabilmektedir. Bu ise, adil yargılama yönünden çok ciddi olumsuzluklar yaratmaktadır. Temel amaç, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında yansız, objektif ve bağımsız bir yargılamanın yapılabilmesini sağlamaktır. Aksi taktirde, adil yargılanma ve adalete erişim ilkelerinden söz etmeye olanak yoktur.

Sonuç olarak, hazırlık soruşturmasından başlayarak, son soruşturma ve kovuşturma evrelerine kadar yargılamanın her aşamasında bütün kurum, kuruluş ve kişiler yargıyı doğrudan ya da dolaylı olarak

başkandan

etkileyecek tutum ve davranışlardan özenle kaçınması gerekmektedir. Çünkü mülkün, devletin temelini oluşturan adalet hiçbir etki altında kalmadan gerçekleşmeli ve halkın bu yönüyle sarsılmaz güvenini sağlamalıdır. Aksi durum, toplumsal yapının çözülmesine neden olacağı gibi, ülke birliğini, ülke düzenini ve ülke barışını sağlamak da mümkün olamayacaktır.

Bilindiği gibi bu ekim ayında tüm barolarımızda yeni bir heyecan yaşanacak ve baro başkanları ile yeni yöneticiler seçilecektir. Ülkemizde TBB ve 77 baromuz Türk demokrasisi ve insan hakları yönünden en büyük güvencedir.

Baro başkanlarımız, hangi dünya görüşüne sahip olursa olsun, hukukçu olma sorumluluğu ve bilinciyle, meslek sorunları yanında, ülke sorunlarına da duyarlılık göstermişlerdir. Meselelere yaklaşımda ortak ölçü, ortak payda hukuktur. Her zaman ve her yerde güçlü bir biçimde seslendirdiğimiz *“demokrasiye, laik cumhuriyete ve hukuk devletine bağımsız savunma ve bağımsız yargıya inan avukatlar ve onların örgütleri olarak yasanın bize verdiği ‘hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak’ ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak amacı ile ‘eksiksiz demokrasi, gerçek hukuk devleti, bağımsız yargı ve bağımsız savunma’ hedefinde”* toplumumuz ve insanımız adına ortaya koyduğumuz açık net tavır birçok kesimi ve kişi rahatsız etmiş olsa bile bu net tavrımız yeni dönemde de sürecektir.

Bilindiği gibi 2001 yılında yapılan değişiklikle avukatlık yasının baro başkanlığı seçimini düzenleyen 96. maddesine *“... ancak, görev süresi iki dönemden fazla olamaz”* hükmü eklenmişti. Anayasa Mahkemesi'nin esnaf ve sanatkarlarla ilgili yasanın aynı nitelikteki hükmünü iptal etmesi üzerine yaptığımız girişimler sonrası avukatlık yasının bu maddesi değiştirilmiştir.

Böylece iki dönem başkanlık yaptıktan sonra başkanlığa adaylığını koyamayan eski başkanlarımızın ve iki dönemi tamamlamış şu anda görevde bulunan başkanlarımızın önü açılmıştır. Aldığımız duyumlara göre birçok deneyimli başkanımızın yeniden aday olacağı anlaşılmaktadır. Bu mesleğimiz adına son derece yararlı olacaktır. Çünkü avukatlık mesleği seneler geçtikçe olgunlaşan, gelişen ve verimi artan bir meslektir. Bu bakımdan kıdem bizim mesleğimiz için çok büyük önem taşımaktadır. Kuşkusuz gençler sadece mesleğimizin geleceği değil, her alanda ülkemizin geleceğidir. Bunu yadsımak mümkün değildir. Aydın ve çağdaş kafalı gençlerimiz her alanda gelişen ve değişen ülkemizin güvencesidirler. Hele bizim gibi yaş ortalaması çok genç olan bir ülkenin geleceği bu gençlerin bilinçli ve donanımlı yetişmesine bağlıdır.

Konu genç meslektaşlarımızdan açılmışken, biz her ay ortalama 500-600 adet avukat ruhsatı düzenlemekteyiz. Bu meslektaşlarımız mesleki bilgi ve formasyonları yönünden iyi ve donanımlı yetişmeleri yanında, meslek etik'i bakımından da son derece duyarlı olmaları gerekmektedir. Çünkü avukatlık mesleği bir yandan kamu görevi yapan, bir yandan da kendi özel bürosunda vekil-müvekkil ilişkisini üst düzeyde götüren bir güven mesleğidir. Avukatlık mesleği bu özellikleriyle çok titiz ve dikkatli yapılması ve her eylem ve söylemine son derece dikkat edilmesi gereken bir meslektir. Aksi davranışlar mesleğin toplumsal saygınlığını zedeleyecektir.

Ancak, hemen üzülererek ifade etmek isterim ki, TBB Disiplin Kurulu'nda görev yaptığım 1993 yılından bu yana disiplin kuruluna gelen dosya sayısında, artan avukat sayısındaki orandan daha fazla oranda artış var. Bunun anlamı artan avukat sayısından daha çok oranda disiplin suçu işlenmektedir. Kuşkusuz bunda özellikle 1980 sonrası toplumsal yapımızdaki çözülme ve ekonomik tercihler etkili olmaktadır. Ama her ne sebepten olursa olsun, biz mesleğimizde çözülmeye asla izin vermeyeceğiz ve tamamen güvene dayalı olan mesleğimizin yücelmesi için ne varsa yapacağız.

Belki bu türlü sorunlar için tümenden bir çözüm olmasa bile "*avukatlık sınavı*" az da olsa bazı yararlar sağlayacaktır.

Bildiğiniz gibi avukatlık yasasında düzenlenen "*Avukatlık Sınavı*"nın ilkini 23 Aralık 2006 cumartesi günü yapacağız. Sınavla ilgi olarak barolarımıza yolladığımız 30.3.2006 günlü, 5.5.2006 günlü ve 19.6.2006 günlü duyurularla tüm gelişmeler meslektaşlarımıza iletilmiştir. Ayrıca bu yazıların tamamı TBB Web sayfasında mevcut olup, sınavla ilgi tüm ayrıntılı bilgiler burada yayımlanmaktadır. Bu konuda "*Güncel Hukuk*" dergisinin son sayısında çok ayrıntılı bir yazı yazarak, sınavla ilgili akla gelebilecek her soruyu yanıtlamaya çalıştım. Bu yazıda da açıkladığım gibi yapılan bu sınav usul ve yöntemi TBB'nin önerdiği bir sistem olmayıp, 2001 yılındaki TBBM Adalet Komisyonu'ndaki üyelerin geliştirdiği ve daha sonra yasa buyruğu olan bir sistemdir. Çünkü biz avukatlık sınavlarının ÖSYM tarafından yapılmasına başından beri karşıyız. Ama ne yapalım yasayı uygulama durumundayız.

Bütün dileğimiz hatasız ve adil, eşit bir sınavı gerçekleştirmek olacaktır.

GARANTİ VE KEFALET SÖZLEŞMELERİ ARASINDAKİ FARKLAR VE BANKA KREDİ KARTI SÖZLEŞMELERİNDEKİ ŞAHSİ TEMİNATIN NİTELİĞİ

Gamze TURAN*

Giriş

Gerek garanti, gerek kefalet şahsi teminat sözleşmelerindedir. Şahsi teminat sözleşmelerinde teminat veren, borçlunun borcunun karşılığını teşkil etmek üzere, bütün malvarlığı ile yükümlülük altına girmektedir.¹

Kefalet sözleşmesi Borçlar Kanunu'nda ayrıntısıyla düzenlenmiş olmasına karşın, garanti sözleşmesine ilişkin olarak Borçlar Kanunu'nda özel bir düzenleme yer almamaktadır.

Bu sebeple, BK'nın "*başkasının filini taahhüt*" kenar başlıklı 110. maddesinden yola çıkarak, Yargıtay içtihatları yardımıyla garanti sözleşmesinin unsurları belirlenmeye çalışılmıştır.

Her iki sözleşme de şahsi teminat sözleşmelerinden olmakla birlikte, özellikle geçerlilik koşulları ve teminat verenin sorumluluğun kapsamı bakımından önemli farklılıklar arz etmektedirler.

Kefalet ve garanti ayrımı özellikle kredi kartı sözleşmelerinde yaratan şahsi teminatın niteliğinin tespitinde karşımıza çıkmaktadır. Son yıllarda kredi kartı kullanımının artmasıyla birlikte, bu sözleşmelerde yer alan şahsi teminatın niteliğinin belirlenmesi önem arz etmeye başlamıştır. Nitekim teminatın niteliğine göre teminat verenin hangi hallerde sorumlu olacağı ve sorumluluğun sınırı tespit edilecektir.

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.

¹ Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. b., İstanbul, 1997, s. 779.

Bankalar kredi kartı verirken, ayrıca üçüncü bir kişinin de teminat vermesini istemektedirler. Kredi kartı ile müşteriye verilen kredi tutarının çok yüksek olmaması sebebiyle, şahsi teminatı yeterli görmektedirler.

Ayrıca bankalar bir an önce ve en kısa yoldan müşteriye kredi kartı vermeyi amaçlamaktadırlar. Dolayısıyla daha uzun vakit alacak olan aynı teminat yerine, daha pratik olan garanti veya kefalet şeklinde bir teminat almayı tercih etmektedirler.² Ancak bankaların hazırladıkları teminat taahhüdü metinlerinde zaman zaman şahsi teminatın niteliği net bir şekilde ifade edilmediğinden teminatın niteliğinin belirlenmesi hususu taraflar arasında tartışma konusu olmuş ve yargı organlarına intikal etmiştir.

I. Bir Teminat Türü Olarak Kefalet ve Garanti Kavramları

Kişisel teminat türlerinden olan kefalet; kefilin alacaklıya karşı, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde, bundan sözleşmede gösterilen meblağla sınırlı olarak sorumlu olmayı üstlendiği bir sözleşmedir.

Kefaletin hukuki sebebi asıl borcun hukuki sebebinden farklıdır. Kefil borçlunun borcunu yerine getirmeyip, borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde, alacaklının asıl borç ifa edilseydi elde edeceği menfaati sağlamak üzere kefalet sözleşmesinden doğan kendi borcunu ifa eder.³

Garanti sözleşmesi ise; garanti verenin, garanti alanın bir teşebbüse girişmesinden veya bir borç ilişkisine girdiği üçüncü kişinin borcunu ifa etmemesinden doğacak zarar tehlikesini üstlendiği bir sözleşmedir.⁴ Tanımdan da anlaşıldığı üzere; garanti veren, garanti alanın üçüncü bir

² Barlas, Nami, "Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi," *Ömer Teoman'a 55. Yaş Gününü Armağanı*, C. II, İstanbul, 2002, s. 940.

³ Yavuz, s. 782.

⁴ Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, 3. b., Ankara, 1985, s. 809.

Reisoğlu garanti sözleşmesini şöyle tanımlamıştır; "garanti mukavelesi ile garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüse sevk etmek gayesi ile, müstakil olarak teşebbüsün tehlikesini üzerine alır." (Reisoğlu, Seza, *Garanti Mukavelesi*, Ankara, 1963, s. 9.).

kişi ile borç ilişkisine girmesi halinde, üçüncü kişinin fiilini ifa etmeyi taahhüt etmemekte, bu fiil yerine getirilmediği takdirde garanti alanın zarara uğramayacağını garanti etmektedir.⁵

Kredi kartı ilişkisinde ise garanti veren, bankaya karşı, kart sahibinin borcunu ödememe riskini üstlenmekte ve borcun ödenmemesi halinde, borcu ödemeyi taahhüt etmektedir.⁶

Yukarıda yapılan garanti sözleşmesi tanımı, hem saf garanti sözleşmesini, hem kefalet benzeri garanti sözleşmesini kapsamaktadır. Kefalet benzeri garanti sözleşmesinde garanti alan (alacaklı) ile edimi garanti edilen kişi arasında bir borç ilişkisi mevcuttur. Kefaletten farklı olarak, garanti verenin taahhüdü temel borç ilişkisinden bağımsız olup, onun varlığına ve geçerliliğine bağlı değildir. Saf garanti sözleşmesinde ise böyle bir temel borç ilişkisi yoktur. Yalnızca garanti veren, garanti alanı bir teşebbüse girişmeye sevk etmekte ve bir sonucu garanti etmektedir.⁷

Kefalet benzeri garanti türünün kefalete yaklaşması sebebiyle uygulamada kefalet ve garanti ayırımında tartışma konusu olan “*garanti sözleşmesi*” tipi kefalet benzeri garanti sözleşmesidir.

II. Kefalet ve Garanti Sözleşmesi Arasındaki Farklar

Gerek kefalet sözleşmesi, gerek garanti sözleşmesi şahsi teminat sözleşmelerinden olmakla birlikte, bazı hususlarda belirgin olarak birbirinden ayrılmaktadır. Bu farkları şöyle sıralayabiliriz:

A. Yazılı Şekil Şartı

Geçerli bir kefalet sözleşmesinden bahsedebilmek için sözleşmenin yazılı olarak yapılmış olması gerekir (BK m. 484). Borçlar Kanunu'nun

⁵ Reisoğlu, *Garanti*, s. 115; Kocaman, Arif, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.7.2001 Tarih ve e. 2001/19-534, K. 2001/583 sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme- Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi; Kefalet mi?,” *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX*, Mayıs 2003, s. 70.

⁶ Çeker, Mustafa, “Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Kredi Kartı Borcunun Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII, S. 1-2, 2004, s. 437.

⁷ Aral, Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 5. b., Ank. 2003, s. 442; Barlas, s. 948.

bu hükmü ile kefaletin geçerliliği yazılı olarak yapılmış olması şartına bağlanarak, şekil şartı ispat şartı değil, geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür.

Kredi kartı ilişkisinde kefalet, kredi kartı sözleşmesinin altına kefil olarak imza atmak suretiyle yapılabileceği gibi, bağımsız bir kefalet sözleşmesi ile de yapılabilir.⁸

Garanti sözleşmeleri bakımından kefalet sözleşmelerinde olduğu gibi bir şekil şartı aranmamıştır.⁹ BK m. 11'e göre; kanunda aksine hüküm bulunmadıkça sözleşmenin geçerliliği şekil şartına bağlı değildir. Dolayısıyla kanunda hakkında düzenleme bulunmayan garanti sözleşmesi bakımından da BK m. 11'de öngörülen şekil serbestliği ilkesi geçerlidir. Yargıtay da ilgili kararında garanti sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için taraf iradelerinin birleşmesinin yeterli olduğunu belirtmiştir.¹⁰

B. Teminat Veren Sorumlu Olacağı Azami Miktarın Sözleşmede Gösterilmesi

BK m. 484'te kefaletin geçerliliği yazılı olarak yapılmış olmasının yanında, ayrıca kefilin sorumlu olacağı miktarın da gösterilmesi şartına bağlanmıştır.

BK'nın bu hükmü Yargıtay uygulamasında daha esnek bir yoruma tabi tutulmuştur. Buna göre, özellikle banka kredi kartı sözleşmelerinde, kefilin sorumlu olacağı limit rakamsal olarak gösterilmemiş, ancak kart sahibinin harcama limitine yollama yapılarak kefilin sorumlu olacağı azami miktar belirtilmişse kefalet sözleşmesinin geçerli olduğu kabul edilmiştir. Hatta kredi kartı sözleşmesine atıf yapılmamış, sadece kredi kartı sahibinin harcama limiti gösterilmişse, kefilin de bu limit dâhilinde sorumlu olacağı ve kefalet sözleşmesinin geçerli olduğu kabul edilmiştir.¹¹ Yargıtay azınlıkta olan bazı kararlarında ise; asıl borç

⁸ Kostakoğlu, Cengiz, *Son Değişikliği İle Bankalar Kanunu Şerhi*, 5.b., İstanbul, 2004, s. 760.

⁹ Reisoglu, Seza, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara, 1992, s. 78; Doğan, Vahit, *Banka Teminat Mektupları*, 3. b., Ankara, 2005, s. 53.

¹⁰ Reisoglu, Seza, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, 4. b., Ankara, 2003, s. 75; 11. YHD, T. 27.02.1990, E.1989/4046, K. 1990/8459 (www.kazanci.com.tr).

¹¹ 19. YHD, T. 15.03.2002, E. 2001/1052, K. 2002/1842; 11. YHD. T.28.05.2002, E.

tutarının belirli olmasına karşın, kefilin sorumlu olacağı azami miktar belirlenmeden yapılan kefalet sözleşmesinin geçersiz saymıştır.¹²

Kanımca, Yargıtay'ın, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın belirlenmeden yapılan kefalet sözleşmesini geçersiz sayması yönündeki yaklaşımı daha yerindedir. Çünkü kefalet sözleşmelerinde, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın gösterilmesi ile kefil sorumlu olacağı miktarı bilecek ve buna göre kefil olup olmamaya karar verecektir. Dolayısıyla ne kadar meblağla sorumlu olduğunu bilmeyen, sözleşmede yapılan atıftan bunu hesaplayacak kadar bilinçli olmayan kişi, kolayca kandırılarak kefalet sözleşmesi yapmaya ikna edilmekte ve bunun sonucunda ödeyemeyeceği bir yükümlülük altına girmektedir. Yalnızca dostane ilişkiler dolayısıyla kefil olan kişilerin bu şekilde mağdur olmasını önlemek amacıyla kefalet sözleşmesi yapılırken kefilin sorumlu olacağı azami miktar açıkça gösterilmelidir.

Şekil serbestisinin hâkim olduğu garanti sözleşmelerinde ise kefaletten farklı olarak, garanti verenin sorumlu olacağı azami miktarın gösterilmesine gerek yoktur. Borç hangi miktara ulaşırsa ulaşsın, garanti veren bu miktarla sorumludur.¹³

Yargıtay da garanti sözleşmesinde garanti verenin sorumlu olacağı miktarın gösterilmesine gerek olmadığı görüşündedir. Yargıtay kararlarında her ne kadar garanti verenin sorumluluğunun gösterilmesine gerek olmadığı kabul edilse de, hangi riskin garanti edildiğinin gösterilmesi gerektiği, belirsizliğin garantisi olmayacağı görüşü benimsenmiştir.¹⁴

C. Aslilik - Fer'ilik

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu asıl borca bağlı fer'i bir borçtur (BK m. 485). Kefaletin fer'i bir borç doğurması dolayısıyla kefalet sözleşmesinin geçerliliği temel borç ilişkisinin geçerliliğine bağlıdır.

2002/2649, K. 2002/5315 (www.kazanci.com.tr).

¹² 13. YHD T. 23.06.2003, E.2003/2543, K. 2003/8151; 13. YHD. ,T. 15.10.2004, E.2004/12253, K.2004/14567 (www.kazanci.com.tr).

¹³ Reisoğlu, Garanti, s. 66; Aral, s. 443; Kuntalp, Erden, "Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı," *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII*, Ankara, 1996 s. 299.

¹⁴ 19. YHD, T. 23.09.2002, E. 2001/8061, K. 2002/5973 (www.kazanci.com.tr).

Asıl borç ilişkisinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, kefilin borcu da sona erecektir (BK m. 492). Eğer kefalet sözleşmesinde asıl borç sona erse dahi, kefilin sorumlu olmaya devam edeceğine ilişkin bir hükme yer verilmişse, bu takdirde artık söz konusu teminat kefalet olarak nitelendirilemez.¹⁵

Garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu ise fer'i nitelikte olmayan bir borçtur. Garanti veren bağımsız bir taahhütte bulunmuştur. Dolayısıyla asıl borcun sona ermesi mutlak suretle garanti verenin borcunun da sona ermesi sonucunu doğurmaz. Eğer asıl borcun sona ermesi, garanti altına alınan rizikoyu da sona erdiriyorsa, bu takdirde garanti verenin borcu da sona erecektir. Buna karşılık yalnızca asıl borcu sona erdirecek nitelikte bir neden varsa, (örneğin; borçlunun ehliyetsizliği gibi) asıl borç sona ermesine rağmen garanti verenin borcu geçerli kalmaya devam edecektir.¹⁶

Yargıtay uygulamasında da garanti verenin borcunun fer'i nitelikte olmadığı kabul edilmiştir. Yargıtay'a göre; *"garanti sözleşmesi fer'i nitelikte olmayan bir sözleşmedir. Garanti veren için tehlikesini (riskini) fer'i olmayan, bağımsız bir taahhülle kısmen veya tamamen üzerine almaktadır. İşte bunlar garanti sözleşmesinin asli unsurunu oluşturur."*¹⁷

D. Asıl Borçluya Ait Def'ilerin İleri Sürülmesi

Kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğinin bir sonucu olarak, kefil asıl borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahiptir; hatta bu kefil için bir külfettir (BK m. 497/2).

Garanti sözleşmesinde ise, garanti veren asıl borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı ileri süremez.¹⁸ Çünkü garanti veren asıl borçtan bağımsız bir borç üstlenmiştir.

¹⁵ Yavuz, s. 784; Reisoğlu, *Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, s. 2-3; Tandoğan, Haluk, *Garanti Mukavelesi*, Ankara, 1959, s. 19-20; Aral, s. 438.

¹⁶ Doğan, s.56, Reisoğlu, *Kontrgarantiler*, s. 76.

¹⁷ 13. YHD, T. 27.04.1992, E. 1992/305, K. 1992/3896 (www.kazanci.com.tr).

¹⁸ Tandoğan, *Garanti*, s. 31; Aral, s. 443; Kahyaoğlu, Emin Cem, *Banka Garantileri*, 1.b, İstanbul, 1996, s. 31.

E. Halefiyet İlişkisi

Kefalet sözleşmesinde kefil ödediği borç oranında alacaklının haklarına halef olur (BK m. 496).

Garanti sözleşmelerinde böyle bir halefiyet ilişkisinden ve rücu hakkından bahsedilemez. Çünkü garanti veren asıl borçtan bağımsız olarak, garanti edilen riskin gerçekleşmesi halinde kendi borcunu ödemektedir.¹⁹

F. Kefilin Alacaklıyı Borcun İfasını Kabule veya Kendisini Kefaletten Kurtarmaya Zorlama Hakkı

Kefil her zaman alacaklıyı borcun ifasını kabule ve kendisini kefaletten kurtarmaya zorlayabilir. Eğer alacaklı ifayı kabul etmezse kefil sorumlu olmaktan kurtulur (BK m. 501). Madde 501 ile kefile tanınan bu özel haktan garanti veren yararlanamaz.²⁰

III. Bir Şahsi Teminat Taahhüdünün Garanti veya Kefalet Olarak Nitelendirilmesinde Kullanılan Kıstaslar

A. Genel Olarak

Bir kişisel teminat taahhüdünün kefalet mi yoksa garanti mi olduğunun belirlenmesi, gerek doktrini, gerek yargı organlarını uzun süredir meşgul etmektedir. Bu ayrımda kullanılmak üzere doktrinde bir takım kıstaslar kabul edilmişse de yargı kararlarında henüz istikrarlı bir çözüme ulaşılamamıştır.

Her iki sözleşme de şahsi teminat sözleşmelerinden olmakla birlikte, bu iki teminat sözleşmesine bağlanan hukuki sonuçlar arasındaki farklar, şahsi teminatın niteliğinin belirlenmesini önemli hale getirmiştir.

Bu nitelendirme yapılırken öncelikle, taahhüt metninde kullanılan ifadeler yorumlanmalıdır. Metnin yorumlanması sonucunda teminatın niteliği belirlenemezse bu takdirde, doktrinde ve uygulamada kabul edilen kıstaslar kullanarak nitelendirme yapılmalıdır. Kıstasların uygu-

¹⁹ Doğan, s. 57; Reisoğlu, *Kontrgarantiler*, s. 77; Barlas, s. 950.

²⁰ Kahyaoglu, s. 31.

lanması da kesin bir sonuç vermesze, şüphe halinde kefalet karinesinden hareket ederek sonuca varılmalıdır.²¹

B. Teminat Taahhüdü Metninin Yorumlanması

Bir kişisel teminat taahhüdünün kefalet mi yoksa garanti mi olduğunun tespitinde ilk adım taahhüt metninin yorumlanması ve tarafların gerçek amaçlarının ne olduğunun tespit edilmeye çalışılmasıdır.²²

Taahhüt metni yorumlanırken sözleşmede kullanılan deyimler, sözleşmenin anlam ve amacı bir bütün halinde ve güven ilkesi çerçevesinde ele alınmalıdır. Metnin lafzına dayanılarak yapılan yorumdan bir sonuç elde edilemediği takdirde, bu kez tereddüt halinde, yükümlülük altına giren lehine yorum ilkesi, sözleşmeyi ayakta tutan yorum ilkesi gibi diğer yorum ilkelerinden yararlanılarak metin yorumlanmalıdır. Buradan da bir sonuç elde edilemezse, bu takdirde ayırırda kabul edilen kıstaslara başvurulmalıdır.²³

C. Nitelendirme Yapılırken Doktrinde ve Uygulamada Kabul Edilen Kıstaslar

1. Temel Kıstaslar

a. Teminat Taahhüdünün Asli veya Fer'i Nitelikte Olması

Kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesi ayrımı yapılırken, hemen hemen kesin sonuç verebilecek nitelikte olan kıstas aslilik-fer'ilik kıstasıdır. Eğer söz konusu şahsi teminat taahhüdü fer'i nitelikte ise, kefalet sözleşmesi, eğer taahhüt asli ve bağımsız nitelikte ise garanti sözleşmesi mevcuttur diyebiliriz.

Teminat veren açıkça veya örtülü olarak, mevcut ve geçerli bir asıl borcun varlığı halinde sorumlu olmayı taahhüt etmişse ve teminat verenin taahhüdü asıl borçla örtüşür nitelikte ise, bu durumda fer'i bir teminat taahhüdünden, dolayısıyla kefalet sözleşmesinin varlığından

²¹ Barlas, s. 952.

²² Barlas, s. 952; Reisoğlu, *Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, s. 81.

²³ Barlas, s. 952- 953; Kocaman, s. 74.

söz edebiliriz.²⁴ Buna karşılık teminat veren asıl borç ilişkisinden soyutlanmış şekilde, detaylı bir biçimde kendi edimini tanımlayarak, asıl borç ilişkisi geçersiz olsa, sona erse dahi ödeme taahhüdünde bulunmuşsa, bir başka ifadeyle teminat alanın hiçbir şekilde zarara uğramayacağına yönelik bir taahhütte bulunmuşsa, bu takdirde artık asli bir teminat taahhüdünden, dolayısıyla garanti sözleşmesinin varlığından söz edebiliriz.²⁵ Yargıtay da bu konuda aynı esası benimsemiş ve bu yönde karar vermiştir.²⁶

Teminat taahhüdünün böyle açık bir şekilde ifade edilmediği hallerde diğer kıstasların yardımıyla teminatın asli mi yoksa fer'i mi olduğu tespit edilmeye çalışılır.

b. Temel Borç İlişisine Atıf Yapılması

Teminat verenin asıl borç ilişkisine atıf yaparak taahhüt altına girmiş olması, bizi taahhüdün fer'i nitelikte olduğu sonucuna götürebilir. Ancak böyle bir sonuca varabilmek için; teminat veren, borçlunun borç ilişkisinden doğan borcunu ifa etmemesi halinde, bundan sorumlu olmayı taahhüt etmiş olması gerekir.

Teminat veren, borçlunun taahhüdünü aşacak nitelikte ve alacaklının hiçbir şekilde zarara uğramayacağı yönünde bir teminat taahhüdünde bulunması halinde, artık asıl borç ilişkisine atıf yapılmış olsa dahi taahhüdün fer'iliğinden söz edilemez.²⁷

c. Def'i ve İtirazlardan Feragat Edilmesi

Teminat verenin tümüyle def'i ve itirazlardan vazgeçmiş olması temel borç ilişkisiyle ilgilenmediğini, temel borç ilişkisinden bağımsız olarak kendi taahhüdü çerçevesinde sorumlu olacağını gösterir ki, bu da teminatın asli nitelikte olduğu sonucuna götürür.²⁸

²⁴ Barlas, s. 956.

²⁵ Barlas, s. 956; Karahasan, Mustafa Reşit, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.5, İstanbul, 2004, s. 1204.

²⁶ 13. YHD, T. 04.04.2003, E.2002/12569, K. 2003/3985 (www.kazanci.com.tr).

²⁷ Barlas, s. 957.

²⁸ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, s. 824; Kocaman, s. 76; Barlas, 958-960.

Yargıtay 1969/4-6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda aynı gerekçe ile banka teminat mektuplarının²⁹ garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Yargıtay ilgili kararının gerekçesinde özellikle kefilin ileri sürmekle mükellef olduğu def'ilerden feragat ederek, asıl borçlunun yükümlülüğünün üstünde, asıl borçtan bağımsız olarak taahhüt altına girilmiş olması sebebiyle banka teminat mektuplarını garanti sözleşmesi olarak kabul etmiştir.³⁰

Reisoğluna göre ise; kefilin borçluya ait def'ilerden başlangıçta vazgeçmiş olması, bağımsız bir borç yüklendiği anlamına gelmeyecektir. Fer'i bir yükümlülük altına giren bir kimse de def'ilerden vazgeçmiş olabilir. Dolayısıyla def'ilerden feragat edilmesi halinde, diğer kıstaslar da taahhüdün asli nitelikte olduğunu destekliyorsa teminat garanti olarak nitelendirilebilir.³¹

d. Sözleşmede "İlk Talepte Ödeme" Kaydının Yer Alması

Sözleşmede alacaklının talebi üzerine, derhal ödeme yapılacağına ilişkin bir kaydın yer alması ilk bakışta def'i ve itirazlardan feragat edildiği ve dolayısıyla teminatın asli nitelikte olduğunu işaret ediyorsa da, aslında yalnız başına ilk talepte ödeme kaydı teminatın asli nitelikte olduğunun kabulü için yeterli değildir. Böyle bir kayıt garanti sözleşmesinde yer alabileceği gibi, kefalet sözleşmesinde de yer alabilir. Dolayısıyla ilk talepte ödeme kaydının varlığı halinde, diğer kıstaslar da teminatı garantiye yaklaşıtıyorsa teminatın garanti olduğu kabul edilebilir.³²

e. Teminat Veren Menfaat Durumu

Garanti sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Garanti veren rizikoyu bir ivaz karşılığında yüklenmemiştir.

²⁹ Banka teminat mektupları garanti sözleşmesinin uygulama en sık rastlanan örneklerindedir. Banka teminat mektuplarında ye alan "kefil olduğu" ibaresi gerekçesi ile uzun yıllar bu mektuplar kefalet olarak nitelendirilmiştir. Ancak özellikle Yargıtay'ın 1969/4-6 sayılı kararından sonra banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir (Reisoğlu, *Kontrgarantiler*, s. 30).

³⁰ T. 11.06.1969, E. 69/4, K. 69/6 (www.kazanci.com.tr).

³¹ Reisoğlu, *Garanti*, s. 109-110.

³² Kahyaoğlu, s. 36-37; Barlas, s. 961.

Ancak garanti sözleşmesi ile garanti veren, umulmayan hal ve hatta kaza sebebiyle garanti verdiği sonucun gerçekleşmemesi halinde ortaya çıkan zararları da karşılamayı üstlenmiştir. Görüldüğü üzere garanti veren büyük bir yükümlülük altına girmektedir. Bu noktada garanti verenin böylesine büyük bir yükümlülüğü bir ivaz karşılığında yüklenebileceği akla gelmektedir. Ancak garanti sözleşmesi ivazlı olarak yapılsa da, bu halde de yine garanti verenin amacı bir menfaat elde etmek değil garanti alanı bir teşebbüse sevk etmektir.³³

Kefalet sözleşmesi ise çoğunlukla dostane ilişkiler sebebiyle, yardım için yapılır. Kefilin yükümlülük altına girmekte şahsi bir menfaati yoktur.³⁴

Bu kıstasın mutlak şekilde kabulü bazen hatalı sonuçlara götürebilir. Garanti veren gibi kefilin de özel bir menfaati olabilir. Dolayısıyla somut olayda teminat verenin işlemde bir menfaati varsa ve diğer kıstaslar da teminatı garanti sözleşmesine yaklaştırıyorsa, artık söz konusu teminat taahhüdünün garanti olduğunu söyleyebiliriz.³⁵

Yargıtay zaman zaman bu kıstastan hareket ederek sonuca varmıştır.³⁶

f. Kişiye Yönelik İlgı - Sonuca Yönelik İlgı

Yargıtay kararlarında ve doktrinde savunulan bir görüşe göre; teminat veren asıl borçlunun kişiliğini dikkate alarak teminat taahhüdünde bulunmuşsa kefalet sözleşmesi, ancak belirli bir sonucu göz önünde tutarak teminat vermişse, garanti sözleşmesi mevcuttur.³⁷

Kefalet sözleşmesi ile, kefil, alacaklıya borçlunun borcunu ödemesi halinde bundan sorumlu olacağına ilişkin bir teminat verir. Görüldüğü üzere, her ne kadar kefalet sözleşmesinde şahıs ön planda

³³ Reisoğlu, *Garanti*, s. 22-25; Barlas, s. 962.

³⁴ Tandoğan, *Garanti*, s. 27.

³⁵ Karahasanoğlu, s. 1204, Reisoğlu, *Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, s. 86; Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, s. 828.

³⁶ 11. YHD, T. 28.01.2002, E. 2001/ 10654, K. 2002/506; T. 08.12.2003, E. 2003/4557, K. 2003/11483 (www.kazanci.com.tr).

³⁷ Reisoğlu, *Garanti*, s. 83; 11. YHD, T. 08.12.2003, E.2003/4557, K. 2003/11483; YHGK, T. 04.07.2001, E. 2001/19-534, K. 2001/583 (www.kazanci.com.tr).

olsa da kefil borcun ödenmemesi halinde, sorumlu olacağına ilişkin bir teminat vermekle aslında belirli bir sonucu göz önünde tutarak yükümlülük altına girmiştir. Diğer taraftan garanti sözleşmesinde, garanti veren, garanti alanın yapmaya sevk edildiği fiil sonunda ortaya çıkacak rizikoları üstlenmiştir. Dolayısıyla garanti sözleşmesinde belirli bir sonuca yönelik bir teminat taahhüdü söz konusudur. Ancak her ne kadar garanti veren belirli bir sonuca yönelik teminat taahhüdünde bulunmuş olsa da, bir teşebbüste bulunmaya sevk ettiği kişinin kişilik özelliklerini de dikkate almaktadır.³⁸

Yukarıda yapılan açıklamalardan şu sonuca varılmaktadır; bu kıstas teminat taahhüdünün niteliğinin tespitinde yalnız başına yeterli olmayıp, diğer kıstaslarla birlikte kullanıldığında bir sonuca varılabilecektir.³⁹

g. Aynen İfa Yükümlülüğü-Tazminat Ödeme Yükümlülüğü

Bu kıstasın hareket noktası teminat verenin neyi üstlendiğidir. Şöyle ki; eğer teminat veren asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde ifayı onun yerine üstlenmişse kefalet sözleşmesi, teminat veren borç ifa edilmediği takdirde tazminat ödemeyi üstlenmişse garanti sözleşmesi mevcuttur.⁴⁰

Kefalet sözleşmesinin özellikleri dikkate alındığında bu kıstas teminatın niteliğinin tespitinde doğru olmayan sonuçlara götürebilecektir. Çünkü kefil asıl borçlunun borcunu ifa etmeyip, borçlunun borcunu ödememesi halinde kefalet sözleşmesinden doğan kendi borcunu ifa etmektedir.⁴¹

2. Yan Kıstaslar

a. Müteselsil Sorumluluk Üstlenilmesi

Teminat veren asıl borçlu ile birlikte, müteselsilen sorumlu olmayı üstlenerek, doğrudan temel borç ilişkisine atıf yapmış ve asıl borçlu-

³⁸ Reisoğlu, *Garanti*, s. 14.

³⁹ Barlas, s. 963; Reisoğlu; *Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, s. 87.

⁴⁰ Barlas, s. 963-964.

⁴¹ Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, s. 697; Barlas, s. 964.

nun sorumluluğuna paralel bir sorumluluk üstlenmişse, bu takdirde teminat taahhüdünün fer'i nitelikte olduğundan ve dolayısıyla kefalet sözleşmesinin varlığından söz edilebilir. Nitekim böyle bir yükümlülük temel borç ilişkisinden bağımsız bir sözleşme niteliğinde olan garanti sözleşmesi ile bağdaşmaz.⁴²

b. Teminat Veren Teminat Alanı Tam Olarak Tatmin Etmeden Üçüncü Şahsa Rücu Edemeyeceğinin Kararlaştırılmış Olması

Böyle bir şartın kararlaştırılmış olması teminatın kefalet olduğunu işaret eder. Şöyle ki, rücu ilişkisi garanti sözleşmelerinde söz konusu olamaz. Çünkü garanti sözleşmesinde garanti veren asıl borç ilişkisinden bağımsız bir borç üstlenmiştir.⁴³

c. Peşin Dava Def'inden (Tartışma Def'inden) ve Bölme Def'inden Feragat Edilmesi

Adi kefalette alacaklı borçluya başvurmadan doğrudan kefile başvurması halinde, kefil borcu ödemeyi reddederek, öncelikle borçluya başvurmasını isteyebilir. Buna *peşin dava def'i (tartışma def'i)* denir.⁴⁴

Adi birlikte kefalette, kefillerin her biri alacağın tamamı için kendilerine başvuran borçluya, sadece kendi payı oranında sorumlu olduğunu, geri kalan kısmının diğer kefillerden istenmesini ileri sürebilir. Buna da *bölme def'i* denir.⁴⁵

Teminat sözleşmelerinde teminat verenin bu iki def'iden vazgeçtiğine ilişkin bir hükmün yer alması teminatın kefalet olduğunu işaret eder. Çünkü söz konusu olan her iki def'i de kefile kanunen tanınmış olan haklardır.⁴⁶

⁴² Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, s. 826; Barlas, s. 965.

⁴³ Kocaman, s. 77.

⁴⁴ Zevkliler, Aydın, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 8.b, Ankara, 2004 s. 401; Aral, s. 457; Reisoğlu, *Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, s. 114.

⁴⁵ Yavuz, s. 800; Zevkliler, s. 403; Reisoğlu, *Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, s. 117.

⁴⁶ Kahyaoğlu, s. 39; Barlas, s. 967.

3. Şüphe Halinde Kefalet Karinesi

Uygulamada ve doktrinde kabul edilen tüm kıstaslar uygulanmasına rağmen somut olaydaki şahsi teminatın niteliği tam olarak tespit edilemiyorsa, bu takdirde teminatın kefalet olduğu yönünde bir karine kabul edilmiştir. Böyle bir karinenin kabul edilmesinin temel nedeni; kefalet sözleşmesinin garanti sözleşmesine oranla daha az yükümlülük yüklemesi ve daha çok koruma sağlamasıdır.⁴⁷

Şüphe halinde kefalet karinesi yükümlülük altına giren kişi lehine yorum ilkesine uygun düşmektedir.

IV. Kredi Kartı Sözleşmelerinde Yeralan Şahsi Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi

A. Genel Olarak

Kredi kartı uygulamasının artması beraberinde bir takım sorunları getirmiştir. Bu konuda özellikle kredi kartı sözleşmelerinde yer alan kişisel teminatın niteliğinin belirlenmesi ile ilgili olarak Yargıtay'a çok sayıda dava intikal etmiştir. Burada tartışma özellikle kredi kartı sözleşmesinde yer alan şahsi teminatın kefalet mi yoksa garanti mi olduğu noktasında yoğunlaşmaktadır.

Son yıllarda bankalar kefalet sözleşmesinden çok garanti sözleşmesi yapmayı tercih etmektedirler. Bu değişimin sebebi şöyle açıklanabilir; bankalar kredi kartı sözleşmesi yaptıktan sonra kartın harcama limitini zaman içerisinde artırmaktadırlar. Buna bağlı olarak kefilin sorumlu olacağı azami miktar da artmaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda kefilin sorumlu olacağı miktarda meydana gelen her artışta kefilin de imzasının alınması gerekir. Aksi takdirde banka kefile sadece kefalet sözleşmesini imzalarken belirtilen limitle sınırlı olarak başvurabilir.⁴⁸ Dolayısıyla borcun, kefilin sorumlu olduğu azami sınırın üstüne çıkan kısmı alacaklı için teminatsız bir alacak haline gelecektir. Buna karşılık garanti sözleşmesinde böyle bir tehlike söz konusu değildir. Kart çıkaran bankanın alacağı hangi miktara ulaşırsa garanti veren bu miktardan

⁴⁷ Barlas, s. 967-968; Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, s. 832.

⁴⁸ Arkan, Sabih, "Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği," *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan*, C.I, İstanbul, 2003, s.991.

sorumlu olacaktır.⁴⁹ İşte bankalar kefalet sözleşmesinin detaylı şartlarından kurtulmak için, geçerliliği teminat verenin sorumlu olacağı miktarın gösterilmesi şartına bağlı olmayan garanti niteliğinde Şahsi teminat sözleşmesi yapma yoluna gitmişlerdir.⁵⁰

Ancak bankalar, uzun yıllar matbu olarak düzenledikleri kefalet şerhini garanti şerhine çevirirken bir takım ayrıntıları gözden kaçırmış ve aslında kefalet sözleşmesi niteliği taşıyan teminat metnin başlığını “*garanti şerhi*” olarak değiştirmiş ve teminatı garanti olarak nitelendirmişlerdir. Bu uygulamanın sonucu olarak, banka kredi kartı sözleşmelerinde yer alan şahsi teminatın niteliğinin belirlenmesi sorunu ortaya çıkmış ve bu sorun yargı organlarını oldukça meşgul etmiştir.

Garanti ve kefalet ayırımında kullanılan kıstasları⁵¹ yargı organları kredi kartı ilişkisine uygun düştüğü ölçüde kredi kartı sözleşmesinde yer alan şahsi teminatın niteliğinin tespitinde kullanmalıdırlar.

Kredi kartı sözleşmesi yapılırken, teminat veren kişiler çoğu kez teminat taahhüdüne ilişkin sözleşmeyi okumadan imzalamaktadırlar. Kefil olmak üzere hareket eden teminat veren, teminat metnini okumadan, aslında garanti sözleşmesi niteliğinde olan teminat taahhüdünü imzalamaktadır. Teminat veren sözleşmeyi kefil olma arzusu ile imzalamış olsa bile sözleşme garanti sözleşmesi olarak kurulmaktadır. Teminat veren hatayı öğrendikten itibaren 1 yıl içinde sözleşmeyi iptal edebilir (BK m. 24). Ancak banka yetkilisi kişinin kefil olma arzusu ile sözleşmeyi imzaladığını biliyor ya da bilebilecek bir durumda ise ve buna rağmen kişinin garanti taahhüdü imzalamasını sağlamışsa, bu takdirde her ne kadar teminat veren sözleşmeyi imzalamışsa da sözleşme kurulmamıştır. Çünkü sözleşmenin kurulması için taraf iradeleri birbirine uygun olması gerekir ki, burada taraflardan biri kefalet sözleşmesi yapma arzusu ile, diğeri ise garanti sözleşmesi yapma arzusu ile hareket etmiştir (BK m.1).⁵²

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, TKHK’ya eklenen 10/A maddesi ile artık kredi kartı sözleşmelerinde yer alan teminatın niteliğinin belirlenmesi konusunda tartışma kalmamıştır. TKHK’ya eklenen

⁴⁹ Kuntalp, s. 299.

⁵⁰ Çeker, s.437; Kuntalp, s. 297; Barlas, s. 941.

⁵¹ Bkz., s. 5 vd.

⁵² Barlas, s. 970.

hükme göre, artık kredi kartı ile kullanılan krediler de tüketici kredisi sayılacaktır. Yine aynı kanununun 10. maddesinin ikinci fıkrasına göre; *“tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi veren asıl borçluya başvurmadan kefilden borcun ifasını isteyemez.”* Bu hükme göre kredi kartı sözleşmesinde yer alan teminatın niteliği kefalettir. Hatta hükümde yer alan kredi verenin asıl borçluya başvurmadan kefile başvuramayacağı ifadesi teminatın niteliğinin adi kefalet olduğunu göstermektedir.⁵³

B. Şahsi Teminatın Niteliğinin Belirlenmesinde Kabul Edilen Kıstasların Kredi Kartı Sözleşmelerinde Yer Alan Şahsi Teminatın Niteliğinin Belirlenmesinde Kullanılması

1. Temel Kıstasların Uygulanması

Kredi kartı sözleşmesinde yer alan teminatın niteliğinin belirlenmesinde en önemli kıstas aslilik-fer’ilik kıstasıdır. Bu noktada sözleşmenin asli mi yoksa fer’i mi olduğunun tespitinde diğer kıstaslara başvurulur.⁵⁴

Kredi kartı sözleşmelerinde teminat verenin asıl borç ilişkisine atıf yapmış olması veya asıl kart hamilinin sorumluluğuyla örtüşür bir sorumluluk üstlenmiş olması teminatın fer’i nitelikte olduğunu işaret eder. Bazen de teminat veren, kartın çalınması, kaybedilmesi gibi, kendi sorumlu olduğu halleri tek tek sayarak, sorumluluğunu ayrıntılı bir şekilde düzenlemek suretiyle teminat verir ki, bu halde artık asıl borç ilişkisinden bağımsız, asli nitelikte bir teminat taahhüdü vardır.⁵⁵

Şahsi teminatın niteliğinin belirlenmesinde kullanılan temel kıstaslardan biri de menfaat kıstasıdır. Ancak kredi kartı ilişkisinde menfaat kıstası ile doğru bir sonuca varmak pek mümkün olmayacaktır. Gerek garanti verenin gerekse kefilin lehine teminat verdikleri kişinin kredi kartı kullanmaya sevk etmekte şahsi bir menfaati yoktur. Her iki halde de teminat veren dostluk ilişkisinden hareketle, dostunun kredi kartı almasına yardımcı olmaktadır. Dolayısıyla kredi kartı ilişkisinde teminat

⁵³ İşgüzar, Hasan, *Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri*, Ankara, 2003, s. 220-221.

⁵⁴ Barlas, s. 973.

⁵⁵ Barlas, s. 973.

veren kişinin şahsi menfaati olmaması sebebiyle teminatı kefalet olarak nitelendirmek hatalı bir tespit olacaktır.⁵⁶

Şahsi teminatın niteliğinin belirlenmesinde önem arz eden bir diğer kıstas def'i ve itirazlardan vazgeçilmiş olunması kıstasıdır. Kredi kartı sözleşmelerinde yer alan teminat taahhüdünde zaman zaman teminat verenin def'i ve itirazları ileri sürmeksizin ödemede bulunacağına yönünde ifadelere rastlanmaktadır. Böyle bir ifade aslilik yönünde delil teşkil etse de, sözleşmenin mutlak olarak asli nitelikte olduğunu söyleyebilmek için diğer kıstaslarla da desteklenmesi gerekir.

2. Yan Kıstasların Uygulanması

Yan kıstaslardan müteselsil sorumluluk kıstası kredi kartı ilişkisinin tespitinde kullanılabilir niteliktedir.

Kredi kartı sözleşmelerinde yer alan teminat şerhinde çoğu kez teminat verenin kredi kartı hamiliyle birlikte, müteselsilen sorumlu olduğuna ilişkin kayıtlara yer verilmektedir.⁵⁷ Böyle bir kayıt asıl borç ilişkisine atıf niteliğinde olup, asıl kart hamilinin sorumluluğuyla örtüşür bir sorumluluk üstlendiğini göstermektedir. Dolayısıyla böyle bir kaydın varlığı teminatın kefalet olarak kabulünü gerektirir.⁵⁸

Ancak 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nda yapılan değişiklikle artık kredi kartı sözleşmelerinde kefilin kredi kartı hamiliyle birlikte, müteselsilen sorumlu olacağına ilişkin kayıtlara yer verilemeyecektir. Bu değişiklikle birlikte kredi kartı kullanımlarındaki kefalet, Borçlar Kanunu'nda belirtilen adi kefalet hükümlerine tâbi olduğu hükme bağlanmıştır. Banka asıl borçluya başvurulup borcun tahsili için tüm yolları denemeden kefilden borcun ifası isteyemeyecektir (m. 24).

⁵⁶ Barlas, s. 974.

⁵⁷ 4822 sayılı kanunla TKHK'da yapılan değişiklikle kredi kartı sözleşmeleri de bu kanun kapsamına alınmış ve alacaklının asıl borçluya başvurmadan, doğrudan kefile başvurması yasaklanmıştır (TKHK m. 10/III). Bu düzenleme kredi kartı ilişkisinde yer alan kefaletin adi kefalet olduğuna işaret etmektedir. Bu hüküm emredici nitelik taşıdığından, aksine düzenleme yapılamayacaktır. Dolayısıyla bu hükümle birlikte artık kredi kartı sözleşmelerinde kefilin müteselsilen sorumlu olacağına ilişkin bir kayıt konulamayacaktır. (Çeker, s. 436).

⁵⁸ Barlas, s. 975.

3. Kefalet Karinesinin Kredi Kartı İlişkisinde Uygulanması

Somut olayda teminatın niteliğinin tespitinde kullanılacak tüm kıstaslar uygulanmasına rağmen teminatın niteliği kesin olarak tespit edilemiyorsa, bu takdirde teminatın kefalet olduğu karine olarak kabul edilir. Bir başka ifade ile; kredi kartı sözleşmesinde garanti vermeye ilişkin irade beyanı kesin olarak tespit edilemiyorsa, teminat kefalet olarak kabul edilmelidir.⁵⁹ Şüphe halinde kefalet karinesi kredi kartı sözleşmelerinde yer alan teminat taahhütleri bakımında da tartışmasız uygulama alanı bulacaktır.

Şüphe halinde teminatın kefalet olduğunun kabul edilmesi banka karşısında zayıf konumda olan taahhüt verenin yararına bir sonuç olacaktır. Çünkü kefalet sözleşmesi garanti sözleşmesine nazaran daha hafif yükümlülük yükleyip, daha çok koruma sağlamaktadır.

V. Konuya İlişkin 4.7.2001 Tarihli ve 19-534/583 Sayılı Hukuk Genel Kururlu Kararının İncelenmesi

A. Uyuşmazlık Konusu Olay

Banka ile müşteri arasında yapılan kredi kartı sözleşmesi ile banka, kredi kartı hamiline belirli limitler çerçevesinde kredi kullandırma taahhüdünde bulunmuştur.

Kredi kartı sözleşmesinin son kısmında "Garanti Şerhi" başlığı altında şu metin yer almaktadır;

"Bu sözleşmede yer alan hükümlere göre, Bankomat 7/24 kart hamili ve ortak kart hamillerinin yükümlülüklerini, doğmuş ve doğacak tüm borçlarını garanti ettiğimden, bu garanti sözleşmesinde belirtilen limitlerin, bankaca tek taraflı olarak ve hamilin talebi üzerine tespiti ve arttırılması veya kart türünün değiştirilmesi ve kartın yenilenmesi, Bankomat 7/24 kartının kaybedilmesi, çalınması, şifrenin deşifre edilmesi hallerinde doğacak borçlar da dahil olmak üzere, bankaca ödenmesi istenecek meblağları herhangi bir limitle bağlı olmaksızın, protesto çekmeye, hüküm elde etmeye ve kart hamilinin rızasını almaya gerek olmaksızın ve bu borçlular ile bankanız arasında ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlık ve bunun akıbet ve kanuni neticelerini dikkate almaksızın,

⁵⁹ Barlas, s. 967-968.

bankanızın ilk yazılı talebi üzerine ve talep tarihinden ödeme tarihine kadar geçecek günlere ait bankanın uyguladığı akdi kredi faizinin % 50 artırılması suretiyle hesaplanacak faizi, komisyon, banka ve sigorta muameleleri vergisi, kaynak kullanım destekleme fonu ve diğer her türlü masrafları ile birlikte ödemeyi gayrikabil rücu olarak kabul ederim.”

Uyuşmazlık söz konusu teminatın garanti mi, yoksa kefalet mi olduğu noktasında ortaya çıkmıştır.

İlk derece mahkemesi teminatı kefalet olarak nitelendirirken, özel daire teminatın garanti sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul etmiştir.

Esas mahkemenin direnme kararı vermesi sebebiyle uyuşmazlık Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmiştir. Genel Kurul da teminatı kefalet olarak nitelendirmiştir.

B. Hukuk Genel Kurul Kararı

Hukuk Genel Kurulu ana kıstaslar ve yardımcı kıstasları uygulayıp teminatın kefalet olduğuna karar vermiştir. Hukuk Genel Kurulu teminatın niteliğini belirlerken aşağıdaki tespitleri yapmıştır:

i. “Garanti Şerhi” başlığı ve bu başlık altında kullanılan ifadeler ilk bakışta garanti sözleşmesinin varlığına işaret etse de, sadece bu ifadelerden yola çıkarak teminatın niteliği kesin olarak tespit edilemeyecektir.

ii. Teminat taahhüdünün kredi kartı sözleşmesinin hemen altında yer alması, kredi kartı sözleşmesine atıf yapılmış olması ve bu sözleşmeden doğmuş ve doğacak borçlar için teminat verilmesi, teminatın fer’i nitelikte olduğunu işaret eder.

iii. Teminat verenin bu teminatı verirken kişisel menfaatinin bulunmaması ve bu hususun davacı banka tarafından da ileri sürülüp ispatlanamamış olması dolayısıyla teminat garanti olarak nitelendirilemeyecektir.

iv. Teminat verenin bağımsız ve objektif bir amaca yönelik bir taahhüde bulunmayıp, asıl borçlunun borçlarını karşılamaya yönelik bir taahhüde bulunması kefaletin varlığını işaret eder.

Yukarıda sayılan gerekçelerle teminatın niteliğini kefalet olarak kabul eden Hukuk Genel Kurulu, sözleşmede kefalet limiti gösterilmemiş olsa da, asıl sözleşmeye atıf yapılmış olması dolayısıyla kefalet limitinin de belli olduğu gerekçesiyle kefalet sözleşmesinin geçerli olduğuna karar vermiştir.

C. Hukuk Genel Kurulu Kararının İncelenmesi

Genel Kurul Kararı'nda sözleşmede kullanılan ifadelerden hareket edildiğinde sözleşme ilk bakışta garanti olarak nitelendirilse de, sadece bu ifadelerden hareketle sözleşmenin niteliğinin tespit edilemeyeceğinin belirtilmiş olması isabetli olmuştur. Nitekim tahhüt metninde kullanılan ifadelerden tarafların gerçek iradelerinin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde garanti yönünde olduğu sonucu çıkarılamamaktadır.

Kararda aslilik fer'ilik niteliği tespit edilirken asıl borç ilişkisine atıf yapılmış olması kıstasına ağırlık verilerek sözleşmenin fer'i nitelikte olduğunun kabul edilmesi isabetli bir değerlendirme olmamıştır. Gerek garanti sözleşmesinde gerekse kefalet sözleşmesinde asıl borç ilişkisine atıf yapılmış olabilir. Dolayısıyla asıl borç ilişkisine atıf yapılmış olması fer'ilik yönünde küçük bir delil teşkil ediyor olup, sözleşmenin fer'i olarak kabul edilebilmesi için diğer kıstaslarla da desteklenmesi gerekir.

Yine kararda teminat verenin şahsi menfaatinin olmadığı kıstasından hareket edilerek sözleşmenin garanti olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu da hatalı bir yaklaşım olmuştur. Çünkü gerek garanti verenin, gerekse kefilin, lehine teminat verdikleri kişinin kredi kartı sahibi olmasında kişisel bir menfaati yoktur. Her iki halde de teminat verenin amacı, dostane ilişkiler dolayısıyla, bir dostunun kredi kartı almasına yardımcı olmaktır. Bu sebeple, diğer işlemler bakımında zayıf da olsa zaman zaman başvurulabilecek nitelikte olan menfaat kıstasına kredi kartı ilişkilerinde başvurulması hatalı sonuçlara götürecektir.

Genel Kurulu uyuşmazlık konusu olayı tek boyutlu olarak ele almış ve yalnızca fer'ilik yönünde delil teşkil edecek hususları incelemiştir. Taahhüt metninde asilik yönünde kuvvetli delil teşkil edecek hususlar da mevcuttur. Bunları şöyle sıralayabiliriz:

i. Taahhüt metninde “...*protesto çekmeye, hüküm elde etmeye ve kart hamilinin rızasını almaya gerek olmaksızın ve bu borçlular ile bankanız arasında ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlık ve bunun akıbet ve kanuni neticelerini dikkate almaksızın.*” ödeme yapılacağına ilişkin kayıtlara yer verilmesi, teminatın asıl borçtan bağımsız nitelikte bir garanti sözleşmesi olduğunu gösteren güçlü bir delildir. Bu ifadelerle teminat verenin taahhüdü asıl borç ilişkisinden soyutlanmış bir şekilde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

ii. Sözleşmenin garanti olduğunu destekleyen bir diğer husus; kartın yenilenmesi, kaybedilmesi, çalınması halinde dahi doğacak tüm borçlar da dahil olmak üzere herhangi bir limitle bağlı olmaksızın sorumlu olunacağına taahhüt edilmiş olunmasıdır. Böyle bir taahhüt asıl borçlunun sorumluluğunu aşacak nitelikte olup, bankanın hiçbir şekilde zarara uğramayacağı yönünde bir taahhüttür. Çünkü kart sahibi kartın çalınması ya da kaybedilmesi halinde durumu derhal bankaya bildirirse, bildirimden makul bir süre sonra kartla yapılan işlemlerden dolayı sorumlu olmayacaktır.⁶⁰

iii. Ayrıca teminat verenin herhangi bir limitle bağlı olmaksızın ödeme yapacağını vurgulanmış olması da asliliğe ilişkin önemli bir işarettir.

Görüldüğü üzere teminat metninde aslilik dolayısıyla garanti niteliğinde güçlü deliller bulunmaktadır. Eğer teminat metninde fer’iliğe işaret eden deliller yoksa garanti varlığı kabul edilebilir. Çünkü teminatın garanti olarak nitelendirilebilmesi için garantinin varlığının tereddütsüz olarak söylenebilmesi gerekir. Ancak davaya konu teminat metninde fer’ilik yönünde delil teşkil edecek unsurlara da rastlanmaktadır. Örneğin; teminat verenin kredi kartı hamilinin veya ek kart hamilinin yükümlülüklerinin, doğmuş ve doğacak tüm borçlarının ödeneceğinin taahhüt edilmiş olması, fer’iliğin varlığına delil teşkil etmektedir.

Dava konusu metinde, garanti yönünde ağır basan deliller mevcut olsa da, aynı zamanda fer’ilik yönünde ifadelerinde bulunması garantinin varlığını şüpheli hale getirmektedir. Eğer somut olayda garantinin varlığı bakımından tereddüt uyandıracak ifadeler varsa bu teminatın garanti olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu halde *şüpheli halinde*

⁶⁰ Kuntalp, s. 293.

kefalet karinesi gündeme gelir. Bu durumda şüphe halinde kefalet karinesi gereğince teminat kefalet olarak kabul edilebilecektir.

Sonuç olarak, Yargıtay'ın teminat metnini karada sayılan gerekçelere dayanarak kefalet olarak nitelendirmesi kabul edilemez. Gerek aslilik gerek fer'ilik yönünde ağır baan deliller içeren böyle bir teminat metni ancak şüphe halinde kefalet karinesinden yararlanılarak kefalet olarak nitelendirilmelidir.

Doktrinde İşgüzar, kararı farklı bir yaklaşımla değerlendirmiştir. İşgüzar'a göre;⁶¹ Genel Kurul'un kişisel teminatı kefalet olarak nitelendirmesini yerindedir. Teminatın verildiği ilişki kredi kartı sözleşmesidir. kredi kartı sözleşmelerinde sözleşme serbestisi ilkesi geçerli değildir. Kredi kartı sahibinin banka ile sözleşme şartları üzerinde müzakere edip değiştirme şansı yoktur. Aynı durum kredi kartı sözleşmesinin bir parçası olan teminat taahhüdü için de geçerlidir. Söz konusu teminat taahhüdü bir genel işlem şartı niteliğindedir. Bu durumda sözleşme şartlarını düzenleyen banka karşısında teminat veren zayıf durumda olan teminat verenin korunması için teminatın kefalet olarak nitelendirilmesi doğru bir karardır.

İşgüzar'ın bu değerlendirmesi kefalet hukukuna hakim olan "*yükümlülük altına giren taraflehine yorum ilkesi*" ile paralellik arz etmektedir. Bu ilkedен de hareket edilerek şüphe halinde teminatı kefalet olarak nitelendirmek isabetli bir sonuç olacaktır.

SONUÇ

Doktrinde ve uygulamada şahsi teminatın niteliğinin tespitinde çok sayıda kıstas kullanılmaktadır. Bu kıstaslardan hemen hepsi yalnız başına uygulandığında doğru sonuca varmakta yetersiz olup, ancak başka kıstaslarla desteklendiğinde doğru sonuca götürecektir niteliktedir.

Teminat sözleşmesinin niteliğinin kefalet mi yoksa garantimi olduğunun tespiti yapılırken esas dikkate alınması gereken kıstas aslilik fer'ilik kıstasıdır. Diğer kıstaslar daha çok teminatın asli mi yoksa fer'i mi olduğunun tespitinde kullanılacaktır.

⁶¹ İşgüzar, s. 220-222.

Bu nitelendirme yapılırken başvurulacak en son çare şüphe halinde kefalet karinesidir. Yapılan her türlü araştırma ve inceleme sonucunda kesin bir sonuca varılamıyorsa, şüphe halinde kefalet karinesinden yararlanılarak teminat taahhüdünün kefalet olduğu sonucuna varılır.

Yargıtay, kredi kartı sözleşmelerinde yer alan teminatın niteliğini tespit ederken ağırlıklı olarak aslilik-fer'ilik kıstasından hareket etmektedir. Teminat veren asıl borçlunun yükümlülüğü ile örtülecek şekilde teminat taahhüdünde bulunmuşsa, teminatı kefalet olarak nitelendirmektedir. Buna karşılık, teminat veren asıl borçlunun yükümlülüğünün üstünde bir sorumluluk yüklenmişse, teminatı garanti olarak nitelendirmektedir.

Yargıtay, kredi kartı sözleşmelerinde yer alan şahsi teminatın niteliğini belirlerken çoğunlukla menfaat kıstasına da başvurmaktadır. Ancak menfaat kıstası tek başına, kredi kartı sözleşmelerinde yer alan teminat taahhüdünün niteliğinin tespitinde kullanılacak bir kıstas değildir. Ancak diğer kıstaslar teminatın garanti olduğu sonucuna götürüyorsa, teminat verenin menfaatinin varlığı bu sonucu destekleyecektir.

Tüm bu incelemeler sonucunda görüldüğü üzere, kredi kartı sözleşmelerinde yer alan şahsi teminatın niteliğini tespit etmek çok kolay olmayacaktır. Yargı organları, kredi kartı sözleşmelerinde yer alan teminat taahhütlerini yukarıda incelenen kıstaslar çerçevesinde titizlikle değerlendirmeli ve her somut olayın kendi özel koşullarını ayrıca dikkate alarak bir sonuca varmalıdır. Yapılan tüm incelemelere rağmen kesin bir sonuca varamıyorsa, tereddüt etmeksizin kefalet karinesine başvurulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aral, Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, 5.Bası, Ankara, 2003.
- Arkan, Sabih, "Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği", *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan*, Cilt I, s. 983-991.
- Barlas, Nami, "Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi", *Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, Cilt II, İstanbul, 2002, s. 937- 989.

- Çeker, Mustafa, "Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Kredi Kartı Borcunun Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları" *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt VIII, Sayı 1-2, 2004 s. 415-442.
- Doğan, Vahit, *Banka Teminat Mektupları*, Seçkin Yayınları, 3. Bası., Ankara, 2005.
- İşgüzar, Hasan, *Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Karahasan, Mustafa Reşit, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Beta Yayınları, Cilt 5, İstanbul, 2004.
- Kahyaoğlu, Emin Cem, *Banka Garantileri*, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 1996.
- Kocaman, Arif, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.7.2001 Tarih ve e. 2001/19-534, K. 2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme- kredi kartı ilişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi; Kefalet mi?," *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX*, Mayıs 2003, s. 67-85.
- Kostakoğlu, Cengiz, *Son Değişikliği İle Bankalar Kanunu Şerhi*, Beta Yayınları, 5. Bası, İstanbul, 2004.
- Kuntalp, Erden, "Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı," *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 5-6 Nisan 1996, s. 273-310.
- Reisoğlu, Seza, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, 4. Bası, Ankara, 2003 (*Kontrgarantiler*).
- Reisoğlu, Seza, *Garanti Mukavelesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1963 (*Garanti*).
- Reisoğlu, Seza, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara, 1992. (*Bankacılık Uygulamasında Kefalet*)
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Cilt II, 3. Bası, Ankara, 1985. (*Borçlar Hukuku*)
- Tandoğan, Haluk, *Garanti Mukavelesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1959 (*Garanti*).
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınları, 5. Bası, İstanbul, 1997.
- Zevkliler, Aydın, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Seçkin Yayınları, 8. Bası, Ankara, 2004.
- www.kazanci.com.tr.

İHAM KARARLARINDA VE TÜRK HUKUKUNDA YAŞAM HAKKI

M. Sezgin TANRIKULU *

Giriş

Yaşam hakkı, bütün hak ve özgürlüklerin temelini oluşturması bakımından belirleyici nitelik taşımaktadır. Önemi tartışmasız olan bu hakkın, hemen her dönemde ve her ülke bakımından çeşitli boyutları ile ele alınarak değerlendirilmesi de zorunluluk göstermektedir. Avrupa demokrasileri, yaşam hakkının korunması sadece keyfi ihlaller bakımında değil, aynı zamanda yasal olarak belirlenen ölüm cezası boyutu ile de çözmüş görülmektedir.

Türkiye’de yaşam hakkı, yasal düzenlemeler çerçevesinde ölüm cezası bakımından ve devlet güçlerinin hukuk dışı tutumlarının neden olduğu yaşam hakkı ihlalleri bakımından sürekli tartışılan bir konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi de ölüm cezasının Anayasa’ya aykırılığı gerekçesiyle önüne gelen dava nedeniyle, yaşam hakkını ölüm cezası boyutuyla değerlendirmiştir. Devletin hukuk dışı tutumu nedeniyle yaşam hakkının ihlali ise, Türkiye’den İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne giden başvurular yoluyla tartışılmıştır.

I. İHAM KARARLARI İŞİĞİNDE YAŞAM HAKKI

A. Yaşam Hakkının Tanımlanması

İnsan haklarının ilki olan yaşam hakkı ve bu hakka saygı, bütün diğer hakların gerçekleşebilmesi için vazgeçilmez temeli oluşturmak-

* Avukat, Diyarbakır Barosu.

tadır. İnsan hakları içinde değer sırası bakımından ilk ve temel olan yaşam hakkı, kamusal makamlar tarafından öldürülemez ve yaşama yönelik tehlike ve risklere karşı yine kamusal otoriteler tarafından korunma hakkını içerir. Dolayısıyla devlet, yaşam hakkı karşısında hem aktif hem de pasif zorunluluk içerisindedir.¹

Bireyin diğer bütün haklarını ve özgürlüklerini kullanabilmesi yaşama hakkının sağlanmasına bağlıdır. Yaşama hakkı güvencesi aynı zamanda, "öldürülme hakkı" ya da "insanın öldürülmezliği" ilkesidir.² Bundan dolayıdır ki, yaşam hakkı genellikle ölüm cezası ile birlikte tartışılmaktadır.

Yaşam hakkının ölüm cezası konusu ile bitişik incelenmesi genellikle bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmakta ve bu noktada da çeşitli boyutların tartışılmasını gerekli kılmaktadır. Bu anlamda yaşam hakkı iki boyutta temellendirilebilir.

Bunlardan ilki, devlet kaynaklı ve hukuk dışı şiddet kullanımıyla yaşam hakkının yok edilmesidir.

İkincisi ise, bireylerin birbirlerine hukuk dışı saldırısı nedeniyle ortaya çıkan yaşamın yok edilmesinin ölüm cezası yaptırımına bağlanmış olmasıdır. Bu ikinci boyut devletin ölüm cezasını tanıyıp tanımadığı noktasındaki tartışmaları beraberinde getirmektedir.³

Yaşam hakkı, bütün hakların ve özgürlüklerin varlığı için ön koşul olarak kabul edilmektedir. Zira, bu hak olmadan diğer haklarının kullanılması mümkün değildir.

Bu nedenle de insan hakları ile ilgili temel belgeler olan bütün bildiri ve sözleşmelerde yaşam hakkı güvence altına alınmıştır.⁴

¹ Kaboğlu, Ö. İbrahim, *Özgürlükler Hukuku*, 6. Bası, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s. 272.

² Tanör, Bülent *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul 1990, s. 27.

³ Gemalmaz, Semih M. *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, Kavram Yayınları, İstanbul 1993, s. 41-42.

⁴ Birleşmiş Evrensel Beyanname'si madde 3, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi madde 6, Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 37, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi madde 4, Afrika İnsan ve Hakların Hakları Şartı madde 4.

B. İHAS'da Yaşam Hakkına İlişkin Düzenlemeler

1. İHAS Madde 2

"1. Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında, hiç kimse kasten öldürülemez.

2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurunun kesin zorunluluk haline gelmesi sonucu meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz:

a. Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için;

b. Usulüne uygun olarak yakalamak veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan kişinin kaçmasını önlemek için;

c. Ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması için" biçiminde tanımlanmıştır.

2. İHAS Madde 15

Sözleşmenin 15. maddesi, 2. maddede öngörülen yaşam hakkını, çekirdek hak alanı kapsamında, *"meşru savaş eylemlerinden doğan ölüm olayları"*nı da bu hakkın istisnası olarak belirlemektedir. Buna göre, sözleşme madde 15/1'deki hükme dayanılarak savaş ya da kamunun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir halin ortaya çıkması halinde dokunulmaz haklar olarak belirlenen alan dışındaki hak ve özgürlüklerin askıya alınmasına izin verilmektedir. Yaşam hakkı da dokunulmaz haklardan olup, söz konusu hükme dayanılarak savaş eylemlerinden doğan ölüm olayları dışında yaşam hakkına dokunulamayacaktır.

3. İHAS 6. Ek Protokol

İHAS 6. protokolün birinci maddesine göre; *"Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılmaz ve idam edilemez."*

6. protokolün ikinci maddesi ise, sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen ikinci maddesini yeniden ele almış ve ölüm cezasına ilişkin düzenlemenin savaş dönemi ile sınırlı olduğunu belirlemiştir. Buna

göre; “Bir devlet, savaş zamanında veya yakın savaş tehdidi durumlarında işlenen eylemler için yasalarında ölüm cezasına ilişkin hüküm öngörebilir...”
6. protokolün 3. maddesi de, sözleşmenin 15. maddesine dayanılarak, bu protokolün hükümlerine aykırı tedbirler alınamayacağını düzenlemektedir. Buradan çıkarılabilecek sonuç, savaş zamanında dahi ölüm olaylarının ancak yasayla belirlenmiş ölüm cezasını gerektiren suçların işlenmesi nedeniyle ve cezanın infazı şeklinde olabileceğidir.⁵

4. İHAS 13. Ek Protokol

Ölüm cezasının kaldırılmasına dair sözleşmeye ek 6. protokolün, savaş ya da yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller için verilen ölüm cezalarını ortadan kaldırmamaktadır.

Buna karşılık, sözleşmeye ek 13. protokolle, ölüm cezası her durumda kaldırılmaktadır. 13. protokolün 2. maddesinde de sözleşmenin 15. maddesine dayanılarak, yine bu protokolün hükümlerine istisna getirilemeyeceği hükme bağlanmaktadır. Böylece, sözleşmeye ek 13. protokol ile ölüm cezasının kaldırılması yönünde nihai adım tamamlanmış olmaktadır.

C. İHAM İçtihatlarında Yaşam Hakkının Korunma Biçimi

1. Kapsamı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi de yukarıda verildiği biçimi ile yaşam hakkını tanımlamış ve güvence altına almıştır. Özellikle de, sözleşmenin hazırlandığı dönemde milli hukuklarda, ölüm cezası uygulaması yasal olarak kabul edildiğinden, sözleşmede yaşam hakkının mutlak olmadığına dikkat çekmek için, tanımlama “herkesin yaşam hakkı yasanın korunması altındadır” biçiminde yapılmış ve ardından yaşam hakkının istisnaları olabilecek diğer durumlar sayılmıştır.

Ancak mahkeme, sözleşmenin bu koruma biçiminin zayıflığına dikkat çekmek için 2. maddenin yorumlanmasındaki hareket noktasının, sözleşmenin her bireyin korunmasını amaçlayan bir belge olduğunu ve

⁵ Yokuş, Sevtap, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi*, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s. 61.

hükümlerinin bu korumayı pratik ve etkili kılacak bir biçimde yorumlanması ve uygulanması gerektiğini belirtmiştir.⁶

Mahkeme aynı kararında:

“Yaşamı güvence altına almakla kalmayıp, yaşamdan yoksun bırakılmanın haklı görülebilecek hallerini de düzenleyen 2. maddenin 15. maddedeki yükümlülük azaltma kapsamına girmemesi, onu barış zamanında gerçekten sözleşmenin en temel hükümlerinden biri haline getirdiği de akılda tutulmalıdır. 2. madde, sözleşmenin 3. maddesi ile birlikte Avrupa Konseyi’ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini de kutsallaştırmaktadır. Bu nedenle de 2. maddenin hükümleri dar anlamı ile yorumlanmalıdır.

Mahkeme, ikinci fıkrada tarif edilen istisnaların kasten öldürmeğe kadar uzandığını ancak münhasıran bununla ilgili olmadığını kabul etmektedir. Komisyonun da işaret ettiği gibi, bir bütün olarak okunduğunda, ikinci fıkranın esasen bir kimseyi kasten öldürmeye izin verilen durumları tanımladığı değil, fakat istenmediği halde yaşamdan yoksun bırakma sonucunu doğurabilecek ‘zor kullanma’ hallerini belirttiği görülür. Yine zor kullanma, (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen amaçlardan birini gerçekleştirmek için ‘kesinlikle gerekenden’ fazla olmamalıdır.

Mahkeme, bu hükmün demokratik toplumdaki önemine uygun olarak değerlendiren, bilhassa öldürme amaçlı açık bir zor kullanma halinde sadece fülen zor kullanmış Devlet görevlilerinin eylemlerini değil ayrıca bu eylemlerin planlanması ve denetlenmesi konuları da dahil, eylemi çevreleyen tüm koşulları dikkate alarak, yaşamdan yoksun bırakma olayını çok yakından ve dikkatli bir incelemeye tabii tutmalıdır.”⁷ Görüşünü ortaya koyarak sözleşmenin 2. maddesi ile korunan yaşam hakkının nasıl yorumlanması gerektiğinin çerçevesini çizmiştir.

Resmi görevlilerin, bir mahkeme kararı ya da meşru savunma hali gibi mutlak bir zorunluluk olmadan insan öldürmeleri, yaşam hakkının devlet ve ajanları tarafından ihlalinin en ağır biçimi olarak tanımlanmaktadır. Birleşmiş Milletler bu tür eylemleri “yasal olmayan infazlar” veya “keyfi ya da yasal olmayan infazlar” deyimi ile adlandırmakta iken, Uluslararası Af Örgütü ise “yargısız infazlar” olarak tanımlamışlardır. Özellikle üçüncü dünya ülkelerinde yaygın olduğu belirtilen bu uygu-

⁶ McCann ve diğerleri v. Birleşik Krallık, parag. 146.

⁷ McCann ve diğerleri v. Birleşik Krallık, parag. 147-148.

lamada, insanların tek tek ya da toplu olarak öldürülmesine karar veren otoritenin yargı organı dışındaki devlet güçleri olduğu ve dünya ülkelerinde bu güçlerin siyasal, askeri ya da yerel otoriteler olabildiği gibi, çeşitli işgalci güçlerin, birtakım paramiliter güçlerin, siyasal partiler ya da büyük toprak sahiplerinin de karar alma veya uygulama safhasına katıldıkları bildirilmektedir.

Yaşam hakkının doğumla başlayıp, ölümle bittiği tartışmasız ise de, cenininde bu haktan yararlanıp yararlanmayacağı mahkeme önünde tartışma konusu olmamıştır. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu ise, çocuk aldırma konusundaki bir düzenlemeyi sözleşmeye aykırı görmeyerek, kabul edilemezlik kararı vermiştir.⁸

Sözleşmenin 2. maddesi yalnızca mağdurun ölmesi durumunda uygulama alanı bulmaz. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, mağdurun ölmemesi durumunda sözleşmenin 2. maddesinin ancak istisnai durumlarda uygulanacağını belirtmiştir. Nitekim mahkeme, 02.09.1998 tarihli Yasa v. Türkiye kararında mağdurun silahla ağır biçimde yaralanması nedeniyle yeterli soruşturma yapılamamasından dolayı 2. maddenin ihlal edildiğini tespit etmiştir. Buna karşılık mahkeme, 27.06.2000 tarihli İlhan v. Türkiye⁹ kararında yaşama hakkını tehlikeye düşüren güç kullanmanın ancak özel durumlarda sözleşmenin 2. maddesinin uygulanması sonucuna yol açabileceğini kabul etmiştir.

Sözleşmenin 2. maddesi “yaşama hakkı” bakımından bir güvence içermekte; buna karşılık “ölme hakkı”nı garanti etmemektedir. Bu bağlamda ötenazi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin 29.04.2002 tarihli Dianne Pretty v. İngiltere kararına konu olmuştur.

Bu karara konu olay olayda; boyundan itibaren felce uğramış, buna karşılık beyinsel yönden hiçbir sorunu bulunmayan Dianne Pretty, hastalığının son aşamasının ağır ıstırap vermesi ve saygınlığını yitirmesine neden olması yüzünden bu ıstırapları yaşamamak ve saygın olmayan bir ortamda ölmek için ölüm anını kendisi seçmek istemektedir. İngiliz yasalarına göre intihar suç sayılmamakla birlikte intihara yardım suç sayıldığı için, eşinin intiharına yardım etmesini isteyen Bayan Pretty İngiliz Savcılığı’nın kocasının kovuşturulmaması yönündeki

⁸ Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sancaktar Oğuz, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. Baskı, Ankara, Şubat 2004, s. 205.

⁹ İlhan v. Türkiye, Başvuru No. 22277/93, 27.06.2000 tarihli karar.

istemin reddini, sözleşmenin 2. maddesinin yaşam hakkı kadar ölme hakkı konusunda karar verme yetkisini de tanıdığı iddiasıyla mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme Bayan Pretty'nin iddialarının tümünü oybirliği ile reddederek, sözleşmenin 2. maddesi ile devletin görevinin yaşamı korumak olduğunu, bu nedenle 2. madde ile güvence altına alınana yaşam hakkının olumsuz bir yönde yorumlanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.

Dolayısıyla; söz konusu kararın yorumundan da anlaşılacağı gibi sözleşmenin 2. maddesi, herkese yaşam yerine ölümü seçmek suretiyle kendi yaşamını belirleme hakkı tanır biçimde yorumlanmasını mahkeme olanaklı görmemiştir.¹⁰

Sözleşmenin 2. maddesi, aynı zamanda yaşamı tehlike altında olan kişiler için koruyucu tedbir alma yükümlülüğünü de içermektedir. İnsan yaşamına yönelik tehlikeyi önleme konusunda sözleşmeye taraf devletlerin 2. maddeden kaynaklanan yükümlülükleri bulunduğu kabul edilmekle birlikte, bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde insan yaşamına yönelik somut ve ciddi bir tehlikenin olması da gereklidir. Dolayısıyla, kamusal makamlar bir veya birden fazla kişinin yaşamına yönelik tehlikenin varlığını biliyorlarsa veya bilmeleri gerekiyorsa ve buna rağmen kendisinden beklenebilecek makul tedbirleri almamışlarsa ancak bu takdirde sözleşmeye taraf devletlerin sorumluluğu söz konusudur.

Özellikle hükümlü ve tutuklular ile gözaltında bulunan kişiler bakımından sözleşmenin 2. maddesi, özel bir korumayı gerekli kılmaktadır. Bu çerçevede özellikle hükümlüde intihar niyeti varsa gerekli önlemleri almak, örneğin 24 saat boyunca hükümlüyü gözetim altında tutmak gerekmektedir.

Ayrıca 06.10.2000 tarihli Tanrıbilir v. Türkiye kararında da vurgulandığı üzere, gözaltına alma nedeniyle her zaman korkulması gereken psikolojik rahatsızlıklar sebebiyle; örneğin kesici ve delici maddeler, kemer, altın zincir gibi şeylerden sanığın arındırılması rutin tedbirler olarak gözükmektedir.¹¹

¹⁰ Tezcan, Erdem, Sancaktar, s. 206.

¹¹ Tezcan, Erdem, Sancaktar, s. 209.

2. Devletin Yükümlülüğü

a. Negatif Yükümlülük

Sözleşmenin 2. maddesinden çıkan ilk sonuç negatif yükümlülük olarak ta tarif edilen, devletlerin kasten veya hukuka aykırı olarak yaşam hakkına müdahale edemeyecekleri sonucudur.

Mahkeme devletin negatif yükümlülüğünün ne anlama geldiğinin çerçevesini önüne gelen "gözetiminde ölüm" ve "zorla kaybedilme" başvurularına ilişkin kararları ile çizmeye çalışmıştır.

Mahkeme, 22 yaşındaki Mahmut Tanlı'nın daha önce bir rahatsızlığı olmamasına ve sağlıklı bir biçimde gözetimine alınmasına rağmen, gözetimine alındıktan 24 veya 36 saat sonra ölmesine ilişkin Tanlı v. Türkiye kararında;

"2. madde ile sağlanan güvence bağlamında mahkeme, ölümleri sadece devlet görevlilerinin fiillerini değerlendirerek değil, aynı zamanda ölümün gerçekleştiği şartları da değerlendirerek incelemelidir. Gözetimine alınan şahıslar hassas bir durumdadırlar ve yetkililer bu kişileri korumakla sorumludurlar. Sonuç olarak, bir kimsenin sağlıklı olarak gözetimine alınıp sağlıklı bir şekilde serbest bırakıldığında devlet bu konuya açıklık kazandırmak zorundadır. Gözetimindeki kişi öldüğü zaman yetkililerin söz konusu kişiye nasıl muamele edildiği hakkında açıklama yapma sorumluluğu özellikle daha da ağırdır.

Kanıtlar değerlendirilirken olayların geliştiği şartlar bağlamında uygulanan genel kural 'makul şüphenin ötesinde' kanıtların ortaya konulmasıdır. Ancak bu nitelikteki kanıtlar kuvvetli, açık ve birbiri ile çelişmeyen çıkarsamaların veya aksi ispat edilmeyecek olayların var olması sonucunda söz konusu olabilir. Söz konusu olayların gözetiminde tutulma esnasında kısmen veya tamamen idarenin bilgisi dahilinde gerçekleşmesi ve ölüm veya vücutta yara olması halinde, bu durumdan kuvvetli neticeler çıkacaktır. Gerçekten de ikna edici ve inandırıcı bir açıklama sunma sorumluluğu yetkililere aittir.

Ayrıca yapılan inceleme, başvuranın oğlunun işkence gördüğü iddialarını da çürütmemiştir. İşkence yapıldığına ilişkin yüzeysel izlerin saptanmasına yönelik testler de yapılmamıştır. Mahkemenin de belirttiği gibi hukuktaki post mortem prosedürleri Mahmut Tanlı'nın ölümünü açıklayamamıştır. Hükümetin belirttiği gibi doğal sebeplerle öldüğü sonucuna varılamaz. Yetkililer, 22

yaşındaki ve sağlık durumu iyi olan Mahmut Tanlı'nın gözaltında gerçekleşen ölümü için yeterli ya da ikna edici bir açıklama sunamamışlardır.

Mahkeme, bu sebeple Mahmut Tanlı'nın, Uluyol Karakolu'nda gözaltı esnasında ölmesine bir açıklık kazandırmadığı için hükümetin ölümden dolayı sorumlu olduğu görüşündedir. Bu nedenle 2. madde ihlal edilmiştir.”¹²

Mahkeme, gözaltına alındıktan sonra bir daha akıbetleri hakkında haber alınamayan kayıp 11 kişiye ilişkin Akdeniz ve diğerleri v. Türkiye kararında da;

“... Yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı mahkeme, on bir adamın güvenlik güçleri tarafından yakalanmalarının ardından kesin olarak ölmüş olduklarına hükmedilmesi gerektiğini kabul eder. Sonuç olarak, davalı devlet onların ölümlerinden sorumlu tutulmalıdır. Yetkili makamların onlara gözaltı süresince ne olduğunu açıklamamaları ve ajanları (kolluk görevlileri) tarafından ölümcül bir silah kullanılıp kullanılmaması konusunda silah kullanımına izin vererek bir durumun varlığına başvurmamalarına dikkat edilirse, bu sorumluluğun davalı hükümete yüklenebileceği anlamına gelir. Dolayısıyla bu durumda 2. maddenin ihlali söz konusudur.”¹³

b. Pozitif Yükümlülük

Mahkeme, yaşam hakkı ile ilgili olarak devletlere düşen pozitif yükümlülüğün ne anlama geldiğini birçok kararında aynı biçimde ortaya koymuştur. Mahkeme Akkoç v. Türkiye kararında;

“Mahkeme 2/1. maddenin ilk cümlesinin, devletin sadece yaşamın kasıtlı ve hukuka aykırı sona erdirmekten kaçınmasını değil, aynı zamanda egemenliği içindekilerin yaşamlarını korumak için uygun önlemler almasını emrettiğini hatırlatır. Bu hukuk mekanizması tarafından korunan kişilere karşı suç işlenmesini caydırmak için etkili ceza hukuku önlemlerini yürürlüğe koyarak, bu hükümlerin ihlallerini önleyerek, bastırarak ve cezalandırarak yaşam hakkını korumak bakımından devletin temel bir görevini içermektedir. Bu, aynı zamanda, diğer bireyin cezai fiillerinden dolayı yaşamı riskte olan bir bireyi veya

¹² Tanlı v. Türkiye, 26129/95, 10 Nisan 2001, parag. 141-147, Yargı Mevzuatı Bülteni, Sayı: 121, s. 46-47.

¹³ Akdeniz ve diğerleri v. Türkiye, 23954/94, 31. Mayıs. 2001, Parag. 89, Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Dergisi, Cilt:1 Sayı: 1, s. 187.

bireyleri korumak için uygun durumlarda önleyici kullanıma hazır önlemleri almak bakımından yetkililerin pozitif bir yükümlülüğünü de kapsar.

Modern toplumların denetlenmesindeki zorlukları akılda tutarak, insan davranışının tahmin edilmezliği, öncelikler ve kaynaklar çerçevesinde yapılmak zorunda olan güncel tercihler dikkate alınarak, pozitif yükümlülüğün alanı, yetkililere imkansız ve orantısız bir yük getirmeyecek bir biçimde yorumlanmalıdır. Bundan dolayı her yaşam riski iddiası, yetkililerin bir sözleşme şartı olarak bu riskin gerçekleşmesini önlemek için kullanıma hazır önlemler almasını gerekli kılmaz. Pozitif yükümlülüğün ortaya çıkması için, yetkililerin, o dönemde üçüncü bir tarafın cezai fülllerinden dolayı belli bir bireyin veya bireylerin yaşamlarına yönelik gerçek ve yakın bir riskin varlığını bildiği veya bilmesi gerektiği ve bu riski engellemek için, makul olarak değerlendirildiğinde, egemenlikleri içinde kendilerinden beklenebilecek önlemleri almakta başarısız oldukları saptanmalıdır” görüşünü ortaya koymuştur.¹⁴

Bu hususta, söz konusu hükmün içeriği, bütün olarak okunduğunda (bkz., yukarıdaki paragraf 68), ikinci paragraf öncelikle bir şahsın kasıtlı olarak öldürülmesine izin veren durumları tanımlamaz fakat, sonucu kasıtsız olarak ölümle sonuçlanabilecek “güç kullanımı”na izin durumları tanımlar. “Zorunlu tedbirler” terimi, sözleşmenin 8-11. maddelerinin 2. paragrafları gereğince, Devlet tarafından alınan tedbirlerin “demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına” karar verirken normalde uygulanandan daha sert ve zorlayıcı bir gereklilik testi uygulanmalıdır. Kullanılan güç özellikle sözleşmenin 2. maddesinin 2 (a), (b) ve (c) alt paragraflarında belirlenen amaçlara denk olmalıdır. Bu hükmün demokratik bir toplumdaki hükmüne bağlı olarak, mahkeme, değerlendirme yaparken, özellikle ölümcül kuvvetin kullanıldığı durumlarda, sadece kuvveti uygulayan kişiler değil, aynı zamanda inceleme altındaki olayların planlanması ve kontrolü ile ilgili konular da dahil olmak üzere ölümleri detaylı bir şekilde incelemelidir.¹⁵

Mahkeme Ergi v. Türkiye kararında da;

“Bu hususta, söz konusu hükmün içeriği, bütün olarak okunduğunda, ikinci paragraf öncelikle bir şahsın kasıtlı olarak öldürülmesine izin veren durumları tanımlamaz fakat, sonucu kasıtsız olarak ölümle sonuçlanabilecek

¹⁴ Akkoç v. Türkiye, Başvuru no. 22947/93 ve 22948/93, 10.Ekim. 2000, Parag. 77-78.

¹⁵ Bkz., yukarıda bahsedilen McCann ve diğerleri kararı, s. 46, parag. 148-150.

'güç kullanımı'na izin durumları tanımlar. 'Zorunlu tedbirler' terimi, sözleşmenin 8-11. maddelerinin 2. paragrafları gereğince, devlet tarafından alınan tedbirlerin 'demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına' karar verirken normalde uygulananandan daha sert ve zorlayıcı bir gereklilik testi uygulanmalıdır. Kullanılan güç özellikle sözleşmenin 2. maddesinin 2 (a), (b) ve (c) alt paragraflarında belirlenen amaçlara denk olmalıdır. Bu hükmün demokratik bir toplumdaki hükmüne bağlı olarak, mahkeme, değerlendirme yaparken, özellikle ölümcül kuvvetin kullanıldığı durumlarda, sadece kuvveti uygulayan kişiler değil, aynı zamanda inceleme altındaki olayların planlanması ve kontrolü ile ilgili konular da dahil olmak üzere ölümleri detaylı bir şekilde incelemelidir.

Dahası, sözleşmenin 2. maddesi 1. madde ile birlikte okunduğunda, devletin yaşama hakkını etkili bir şekilde 'güvence' altına alması için bazı önlemler alması istenebilir.

Davanın özel şartları tekrar gözden geçirildiğinde, bir yandan, operasyonun planlanması ve yürütülmesi hususunda bir değerlendirme yapabilme konusunun hükümet tarafından sunulan bilgilerin yetersizliği nedeniyle sınırlı olduğunu komisyonun belirttiğini mahkeme gözlemlemiştir. Operasyona kimlerin katıldığı, güvenlik güçlerinin hangi şartlar altında ateş açtığı ve çatışma başladıktan sonra güvenlik güçlerince ne gibi tedbirler alındığı hususlarında bilgisi yoktu

Mahkeme, sorumlu devletin yetkililerinin, pusu operasyonunun planlanması ve idaresi hakkında doğru delil sunmamasına bağlı olarak, komisyonun, sivil şahısların hayatlarının korunmasında yeterli önlemlerin alınmadığı şeklindeki görüşlerine katılmış ve aynı tespitte bulunmuştur.¹⁶

Aynı yönde mahkeme Oğur v. Türkiye kararında aşağıdaki görüşleri ifade etmiştir;

"Mahkeme, daha sonra, sözleşmenin 2. maddesinin 2. paragrafında tanımlanmış olan istisnaların, bu hükmün kasıtlı öldürme olaylarını da kapsadığı görüşünü tekrarlamaktadır. 2. maddenin metni bir bütün olarak ele alındığında, 2. paragraf, birini kasten öldürmeye müsaade eden durumları değil, istemeyerek yaşamdan mahrumiyetle sonuçlanabilecek 'kuvvet kullanımına' izin veren durumları da tanımlar. Bununla birlikte kuvvet kullanımı, alt paragraflar (a), (b) veya (c)'de belirtilen amaçlardan birine ulaşmak için 'kesinlikle gerekli' olmalıdır.

¹⁶ Ergi v. Türkiye, 23818/94, 28.07.1998, Yargı Mevzuatı Bülteni, Sayı: 88, parag. 77-79.

Bu bağlamda, 2. maddenin 2. paragrafındaki 'kesinlikle gerekli' teriminin kullanılması, sözleşmenin 8-11 maddelerinin 2. paragrafındaki idari işlemin 'demokratik bir toplumda' gerekli olup olmadığına karar verilirken, gereklilik konusundaki testin daha titiz ve zorlayıcı olması gerektiğine işaret eder. Özellikle kullanılan kuvvet, alt paragraflar 2 (a), (b) ve (c)'de belirtilen ulaşılmak istenen amaçlarla kesinlikle orantılı olmalıdır.

Bu nedenle mahkeme, bu başvuruda güvenlik güçleri tarafından mak-tule karşı güç kullanmanın tümüyle gerekli ve bu nedenle 2. maddenin 2. paragrafıyla belirlenen amaçlardan birisiyle ki bu olayın şartlarıyla ilgili olanlar 'bir bireyin yasadışı şiddetten korunması ve 'yasal bir tutuklamanın gerçekleştirilmesi'dir, orantılı olup olmadığını göz önünde tutmalıdır.

Mahkeme, uyarı atış tanımının şüphelinin yaralanmaması için, silah ile hemen hemen dikey olarak havaya yapılan atışlar olduğunu belirtmiştir. Söz konusu olayda görüş şartları zayıf olduğundan, buna daha fazla gerek vardı. Bundan dolayı tek bir uyarı atışının maktulün ensesine isabet etmesini tasavvur etmek oldukça zordur. Bu bağlamda, güvenlik güçleri üyelerinden birisine göre, askerler birbirlerinden elli metre aralıkla mevzilenmişlerdi ve telsiz bağlantıları yoktu. Bu da operasyonun yönetilmesini ve emirlerin iletilmesini zor bir hale getirmiş olmalıydı.

Mahkeme sonuç olarak, Musa Oğur'un bir uyarı atışı ile ölmüş olduğunu dikkate almış olsa bile, söz konusu atışın, maktulün kaçıp kaçmadığına bakılmaksızın, bunun bağışlanamaz bir dikkatsizlik neticesinde kötü yapılmış bir atış olduğunu göz önünde tutmuştur.

Özetle, operasyonun planlanmasında ve uygulanmasındaki şimdiye kadar görülen tüm eksiklikler, yasadışı şiddetten korunmak veya maktulü tutuklamak için Musa Oğur'a karşı kuvvet kullanılmasının ne uygun, ne de kesinlikle gerekli olmadığına sonucuna varmak için yeterlidir. Bu itibarla 2. maddenin ihlali söz konusudur."¹⁷

c. Etkili Soruşturma Yapma

Mahkemenin, yaşam hakkı ile ilgili temel içtihatlarından biri olan McCann ve Diğerleri v. Birleşik Krallık kararında "...Sözleşmenin 2.

¹⁷ Oğur v. Türkiye, 21594/93, 20.05.1999, Parag. 78-84, Yargı Mevzuatı Bülteni, Sayı: 120.

maddesine göre yaşamı koruma yükümlülüğü, sözleşmenin 1. maddesindeki 'sözleşme (de) tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alma' görevi ile bağlantılı olarak okunduğunda, bir kimsenin devlet görevlileri tarafından zor kullanılması sonucu öldürülmesi, şu ya da bu biçimde etkili olan resmi soruşturulmayı zımnen gerektirir" düşüncesine yer vermiş ve bu görüşünü birçok kararında tekrarlamıştır.¹⁸

Yaşam hakkı ihlallerinin söz konusu olduğu olaylarda bu şekildeki bir soruşturmanın temel amacı yaşam hakkını koruyan ulusal yasaların etkili uygulamasını, devlet organlarının karıştığı olaylarda da onların sorumlulukları bağlamında hesap verebilirliklerini temin etmektir. Soruşturmanın şekli, niteliği olaylara göre değişebilir, ancak bu şekil ve nitelik ne olursa olsun devlet yetkilileri kendilerine intikal eden her olayda derhal harekete geçmek zorundadır.

Yine mahkemeye göre, sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkının korunması, devlet birimlerinin kullandıkları öldürücü güçten sorumlu olmaları anlamını taşımaktadır. Bu nedenle de yaşam hakkına yönelik eylemlerinin ve bu bağlamda kullandıkları gücün belli durumlarda haklı görülüp görülmeceğinin belirleneceği olaya katılan kişi-kurumlardan bağımsız olarak gerçekleştirilecek bir soruşturmanın yapılmasına bağlıdır.¹⁹

Bu durum, hiyerarşik ve kurumsal bağımsızlığı değil aynı zamanda pratik-fiili bağımsızlığı da gerekli kılmaktadır.

Etkili soruşturma bağlamında mahkeme değerlendirme yaparken her olayı kendi gerçekliğinde değerlendirmektedir. Bu çerçevede de yürütülen soruşturmanın etkinliği, kullanılan gücün meşru olup olmadığının tespitine ve sorumluların ortaya çıkarılıp cezalandırılmalarının uygun bir yöntemle yapıp yapılamadığına bakılmaktadır.

Burada devlete düşen yükümlülük sonuca ilişkin olmayıp sonuca ulaşmada kullanılan araçlara ilişkindir. Yetkililer olayla ilgili gerçeği ortaya çıkarmak için tüm delillere ulaşmanın yollarını aramalıdır.

¹⁸ McCann ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Karar Sıra No: 549, 27.09.1995, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, Cilt 2, s. 205, parag. 161.

¹⁹ Güleç v. Türkiye, 54/1997/838/1044, 27 Temmuz 1998, parag. 78, *Yargı Mevzuatı Bülteni*, Sayı 130.

Soruşturmada ölüm olayının aydınlatılmasını veya sorumluların tespiti önleyecek herhangi bir eksiklik etkililik standardının sağlanmasını engelleyecektir.²⁰

Yaşam hakkı ihlalinin olduğu vakılarda yürütülen soruşturmalar hızlı ve makul bir aciliyet içinde gerçekleştirilmelidir. Mahkeme yaşam hakkı ihlalinin söz konusu olduğu bazı vakılarda soruşturmanın hızla ilerlemesi önünde bazı engellerin bulanabileceği varsayımında bile soruşturmaların saptanan bu ilke çerçevesinde yürütülmesi gerektiği görüşündedir. Ancak bu biçimde yürütülen soruşturmalar sayesinde yetkililerin hukuk devleti ilkesine bağlı kaldıkları konusunda toplumda kamusal bir güven oluşur ve hukuka aykırı öldürmelerin tolere edilmediği noktasında inanç yaygınlaşır.

Etkin bir soruşturmanın varlığı için gerekli olan başka bir ilke de mağdur yakınlarını kendi meşru menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde yürütülen soruşturmaya mutlaka dahil etmek ve soruşturmayı olabildiğince kamunun incelenmesine açık bir biçimde yürütmek olduğu mahkeme kararlarında ifade edilmiştir.²¹

Etkili soruşturmada ilkeler:²²

İncelemenin eksiksiz olarak yürütülmesi

Soruşturmanın bağımsız olması

Soruşturmanın kamuya açık olarak yürütülmesi

Soruşturmanın hızlı ve makul bir biçimde acil olarak yürütülmesi

3. İstisnalar

a. Ölüm Cezası

Yaşam hakkını güvence altına alan sözleşmenin 2. maddesinin 2. cümlesi bir mahkeme tarafından yasaya uygun bir biçimde verilmiş ölüm cezasının infazını yaşam hakkının istisnası olarak kabul etmiştir.

²⁰ Paul ve Audrey Edwards v. Birleşik Krallık, parag. 71, *Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlar Çevirisi*, Cilt 1, Sayı 2, s. 317.

²¹ Güleç v. Türkiye, 24 Temmuz 1998 parag. 82, *Yargı Mevzuatı Bülteni*, Sayı 130, s. 63.

²² Paul ve Audrey Edwards v. Birleşik Krallık, parag. 71, *Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlar Çevirisi*, Cilt 1, Sayı 2, s. 317.

Ancak 28 Nisan 1983 tarihinde imzaya açılarak 01 Mart 1985 tarihinde yürürlüğe giren sözleşmeye ek 6 nolu protokol ile, savaş veya çok yakın savaş tehlikesi dışında zamanlar için ölüm cezası kaldırılmıştır.

3 Nisan 2002 tarihli sözleşmeye ek 13 nolu protokol ise, 6 nolu protokol ile belirlenmiş olan “*savaş veya çok yakın savaş tehlikesi*” istisnası da dahil, ölüm cezasının her durumda kaldırmıştır.

b. Hukuka Aykırı Şiddete Karşı Savunma

Meşru müdafaa olarak da tanımlanan bu istisna durum ile meydana gelen yaşam hakkı ihlalinin sözleşmeye uygun olabilmesi için öncelikle, kullanılan gücün kullanılmasının mutlaka gerekli ve saldırının vücut bütünlüğüne yönelik olması gerekmektedir.

c. Gözaltına Alma Kararını Uygulama ve Tutulan Kimsenin Kaçmasını Önleme

Yaşam hakkı ihlali, hukuken yerine getirilmesi gereken bir gözaltına alma sırasında veya hukuka uygun bir biçimde tutulan bir kişinin kaçmasını önleme amacıyla gerçekleşmiş ise bu durumda da yaşam hakkı ihlalinin sözleşmeye uygun olduğu kabul edilmektedir.

d. Ayaklanma veya İsyanı Hukuka Uygun Olarak Bastırma

Yaşam hakkı ihlali ile ilgili olarak sözleşmenin 2. maddesi ile kabul edilen son istisna, ihlalin bir ayaklanmayı veya isyanı bastırma sırasında gerçekleşmesi durumudur.

Ölüm cezasının yerine getirilmesi dışındaki diğer üç istisna içinde madde metninden çıkan ve mahkemenin ulusal uygulamaları denetimiyle geliştirdiği ilkeler mevcuttur.

Burada öne çıkan ilke, kullanılan güç “*mutlaka kullanılması gerekli*” olmalı ve ulaştırılması gereken amaç ile de “*orantılı*” olmalıdır. Mahkeme bu kriterleri, önüne gelen başvurularda titizlikle uygulamaktadır.

Mahkeme bu konuda görüşlerini aşağıda, orantısız güç kullanma ve operasyonun planlanmasındaki yetersizlikler başlıkları altında incelenen başvurulara ilişkin kararlarında ortaya koymuştur.

II. TÜRKİYE'DE YAŞAM HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. Anayasa'da Yaşam Hakkının Düzenleniş Biçimi

Kişi dokunulmazlığı insanın en temel hakkı ve güvenceleri arasında yer alır. Bu temelin esasını yaşam hakkı oluşturmaktadır. Anayasa'nın 17. maddesi Yaşam Hakkını düzenlemektedir. Anayasa, Yaşam Hakkını, "Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığını Koruma" başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrasında; "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" denmektedir. Aynı maddenin 4. fıkrası, 2004 Anayasa değişikliğinden önce, "Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali ile meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır." biçiminde düzenlenmişti. Bu hüküm, 2004 Anayasa değişiklikleri ile, "Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır" şeklini almıştır.

Anayasa'nın 15. maddesi içeriğinde yer alan "ölüm cezalarının infazı dışında" ifadesi de 2004 Anayasa değişikliği ile madde metninden çıkarılmıştır.

Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan "Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları dışında ölüm cezası verilemez" hükmü de 2004 Anayasa değişiklikleri kapsamında yürürlükten kaldırılan hükümler arasındadır. 2004'teki değişikliklerle Anayasa'dan ölüm cezalarına ilişkin bütün hükümler ayıklanmış oldu.

Anayasa'da ölüm cezasına ilişkin düzenlemelerin ayıklanmasının yanı sıra, Türkiye tarafından "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi'ne Ek Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılması"na Dair 13 nolu protokolün de onaylanmasıyla²³ ölüm cezası ile ilgili Avrupa standartlarında bir gelişme tamamlanmış oldu.

B. Yaşam Hakkının Yasal Düzenlemelerde Korunma Biçimi

1. Ceza Hukuku

Anayasa'da 2001'de yapılan değişiklikler sonucunda ölüm cezasına ilişkin hükmün değiştirilmesinin devamında uyum yasaları kapsamında daha ileri bir adımla, 4771 sayılı yasanın²⁴ 1/A maddesi ile barış döneminde idam cezası kaldırılmıştır. Böylece, barış döneminde "terör suçları" da idam cezası kapsamından çıkarılmıştır. Buna göre; "Savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar için öngörülen idam cezaları hariç olmak üzere, 01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 07.01.1932 tarihli ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ile 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nda yer alan idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüştür." Bu hüküm daha sonra çıkarılan 4928 sayılı yasa²⁵ ile değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikle, 17.02.2000 tarihli ve 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu'nda yer alan idam cezalarının da müebbet ağır hapis cezasına dönüştürüldüğü hükme eklenmiştir.

Öldürme fiillerinin cezalandırıldığı, dolayısıyla yaşam hakkının korunduğu maddeler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci kitabının birinci kısmının birinci bölümü ile ikinci kısmın birinci bölümünde düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 76. maddesinde soykırım amaçlı kasten öldürme fiilinin cezası, 77. maddesinde insanlığa karşı suç kapsamında kasten öldürme fiilinin cezası, 95/4 maddesinde işkence neticesinde öldürme fiilini cezası, 81. maddesinde kasten insan öldürme fiilinin

²³ RG, 13 Aralık 2005, S: 26022.

²⁴ Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, Kanun No: 4771, Kabul Tarihi: 03.08.2002, RG, 09.08.2002, S: 24841.

²⁵ Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, Kanun No: 4928, Kabul Tarihi: 15.07.2003, RG, 19.07.2003, S: 25173.

cezası; 82. maddesinde kasten insan öldürme fiilinin nitelikli hallerinin cezası, 83. maddesinde, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi fiilinin cezası; 84. maddesinde intihara yönlendirme fiilinin cezası; 85. maddesinde taksirle öldürme fiilinin cezası düzenlenmiştir.

Suçun sanığının bir askeri şahıs olduğu durumlarda tatbik edilecek kanun, suçun mahiyetine göre değişmektedir. 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu bir askeri suçun mevcudiyeti halinde yargılamada, 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'u uygular. Askeri şahsın bir kamu suçu işlemesi halinde Anayasa'nın 145. maddesinin 1. fıkrası ve 353 sayılı kanunun 9. ve 14. maddeleri hükümleri devreye girer.

Büyük zararlar veren itaatsizliğin cezaları başlıklı 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 89. maddesi hükmü bir şahsın hayatının tehlikeye maruz bırakılmasını askeri bir suç saymaktadır. Bu gibi hallerde sivil müştekiler ceza usul kanununda belirtilen makamlara veya söz konusu kişinin üstüne müracaat ederler.

Öldürme fiillerinin soruşturulmasına başlanması Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 158, 159 ve 160. maddeleri hükmü uyarınca yapılmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 158. maddesinde ihbar ve şikayet, 159. maddesinde şüpheli ölümün ihbarı; 160. maddesinde bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet Savcısının görevi düzenlenmiştir.

Asker kişilerin işlediği askeri suçlarda, 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun hükümleri uyarınca askeri mahkemelerde davalara bakılacaktır.

Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu'nun 9. maddesinde, Askeri mahkemelerin genel olarak görevi; 14. maddesinde ise savaş halinde Askeri mahkemelerinin görevi düzenlenmiştir.

2. Özel Hukuk

Yaşam Hakkının ihlali nedeniyle, failin bilinmesi halinde Borçlar Kanunu'na göre, yasadışı veya haksız fiilden dolayı zarar gören kişiler

uğradıkları maddi ve manevi zararların tazminini isteyebilmektedir. Maddi tazminata ilişkin düzenlemeler Borçlar Kanunu'nun 41. ila 46. maddeleri arasında yer almaktadır. Manevi tazminata ilişkin düzenleme ise aynı yasanın 47. maddesinde yer almaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde haksız fiil sorumluluğu; 42. maddesinde zararın ispatı; 43. maddesinde tazminat miktarının tayini; 44. maddesinde tazminat miktarının tenkisi; 45. maddesinde ölüm halinde zarar ve ziyan; 46. maddesinde cismani zarar halinde tazmini gereken zarar ve ziyan; 47. maddesinde ise manevi zararın tazmini düzenlenmiştir.

Yine Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde istihdam edenlerin mesuliyeti, 100. maddesinde muavin şahısların mesuliyeti, 50. maddesinde ise haksız fiil halinde müteselsil sorumluluk düzenlemeleri yer almıştır.

3. İdare Hukuku

Yetkililerin bir fiilinden dolayı zarara uğrayan kişi, idareye karşı tazmin talebinde bulunabilir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca idarenin herhangi bir fiilinden zarar gören kişi, fiilin ika edildiği tarihten itibaren 1 yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren 5 yıl zarfında idareden tazminat isteme hakkına sahiptir. Talebin reddedilmesi veya 60 gün zarfında bir cevap verilmemesi halinde zarar gören şahıs idareye karşı dava ikame edebilir.

Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*" 7. fıkrasında ise "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*" düzenlemelerine yer verilmiştir.

430 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 8. maddesinin son cümlesinde ise "*Kişilerin sebepsiz uğradıkları zararlardan dolayı devletten tazminat talep etme hakları saklıdır.*" düzenlemesi yer almıştır.

Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca kamu hukukuna tabi mükellefiyetlerin ifası ile ilgili fiillerden zarar gören şahıslar görevli personel aleyhine değil ancak idareye karşı dava açabilirler.

Anayasa'nın 129/5 maddesi ile Borçlar Kanunu'nun 55. ve 100. maddelerine göre doğrudan müracaatta bulunamazlar.

Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrasında, "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir." düzenlemesi yer almıştır.

4. Yaşam Hakkının İhlaline Olanak Veren Kanunda Yazılı Haller

a. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu

Polisin silah kullanmaya yetkili olduğu haller 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 16. maddesinde düzenlenmiştir.²⁶ Bu madde

²⁶ 2559 sayılı PYSK Madde 16 - Polis, aşağıda yazılı hallerde silah kullanmağa salahi-yetlidir:

A. Nefsini müdafaa etmek;

B Başkasının ırz ve canına vukubulan ve başka suretle men'i mümkün olmayan bir taarruzu savmak için;

C. Ağır cezayı müstelzim bir suçtan maznun olarak yakalanıp nezaret altında bulunan veya her hangi bir suçtan mahküm ve mevkuf olupta tutulması veya nakil ve sevki polise emir ve tevdi olunan şahısların kaçmaları veya bu maksatla polise taarruzları halinde yapılacak ihtarlara itaat edilmemiş ve kaçmağa ve taarruza mani olmak için başka çare bulunmamışsa;

D. Muhfazasına memur olduğu mevki veya elindeki silaha yahut kendisine verilmiş veya teslim edilmiş olan karakolhane ile şahıslara karşı vukubulacak taarruzu başka suretle defa imkan olmamışsa;

E. Ağır cezayı müstelzim ve meşhut cürüm halinde bulunan suçlarda suçlunun saklı olduğu yerin arandığı sırada o yerden şüpheli bir şahıs çıkarak kaçtığı ve dur emrine kulak asmadığı görülerek başka suretle ele geçirilmesine imkan bulunmamışsa;

F. Ağır hapsi müstelzim bir suçtan dolayı maznun veya mahküm olupta zabıtaca aranmakta olan bir şahsın yakalanmasına teşebbüs edildiği sırada kaçar ve dur emrine de kulak asmayarak başka türlü ele geçirilmesi kabil olmazsa;

G. Vazife esnasında polise tecavüze veya karşı koymağa elverişli aletlerin ve silahların teslimi emredildiği halde emrin derhal yerine getirilmeyerek karşı gelinmesi veya teslim edilmiş silah ve aletlerin zorla tekrar alınmasına kalkışılmışsa;

H. Polisin vazifesini yapmasına yalnız veya toplu olarak fiili mukavemette bulunulmuş veya taarruzla mümanaat edilmişse;

İ. Devlet nüfuz ve icraatına silahlı olarak karşı gelinmişse;

de polisin görevinin ifası sırasında genel olarak silah kullanma yetkisi düzenlenmiştir. Ancak madde metninde silah kullanmanın oranına değinilmemiştir. Örneğin, maddenin F bendinde ağır hapse mahkum bir şahsın yakalanması esnasında vur emrine uymaması ve başka türlü ele geçirilememesi halinde silah kullanılacağına değinilmiştir. Ancak silahı kullanma yetkisinin neyi kapsadığı tam olarak açıklanmamıştır. Örnek olarak, kaçan şahsa yönelik olarak silah kullanılırken şahsı ayağından vurup etkisiz hale getirme imkanı varken, ölüm sonucunu meydana getirecek vücut bölgelerine ateş edilip ölüm sonucunun meydana gelmesi halinde bu durum hukuka uygun olacaktır? Madde silah kullanma yetkisinin çevresini tam olarak belirmediği için her olayın özelliğine göre takdir hakkı kullanılarak değerlendirme yapılacaktır.

Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'na 16.6.1985 tarih ve 3233 sayılı yasayla eklenen ek madde 6'da²⁷ polisin yakalanması veya dağıtılması gereken topluluğun direnmesi halinde zor kullanma yetkisi düzenlenmiş, ikinci fıkrada ise zor kullanma tanımlanmış ve şartları gerçekleştiği takdirde her çeşit silah kullanma yetkisinin de zor kullanma olduğu belirtilmiştir.

b. Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu

Jandarma'nın silah kullanma yetkisi 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 11. maddesinde düzenlenmiştir.²⁸ Bu madde ile Jandarmanın silah kullanma yetkisi diğer kanunlardaki düzenlemelere atf yapılarak düzenlenmiştir. Bu diğer kanunların başlıcasını şüphesiz ki Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu oluşturmaktadır.

²⁷ 2559 sayılı PVSK Ek Madde 6 - (Ek madde: 16/06/1985-3233/7 m.)

Polis, yakalanması gerekli kişi veya dağıtılması gereken topluluğun direnmesi, saldırıya yeltenmesi veya saldırıda bulunması hallerinde, bu fiilleri etkisiz hale getirmek için zor kullanılabilir.

Zor kullanma, direnme ve saldırının mahiyetine ve derecesine göre etkisiz hale getirilecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni şartları gerçekleştiğinde her çeşit silah kullanma yetkilerini ifade eder.

Toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir.

²⁸ 2803 sayılı JTGYK Madde 11 - Jandarma, kendisine verilen görevlerin ifası sırasında hizmet özelliğine uygun ve görevin gereği olarak kanunlarda öngörülen silah kullanma yetkisine sahiptir.

Jandarmanın silah kullanma yetkisi aynı zamanda Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan 3.11.1983 tarih ve 83/7362 sayılı Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin 39. maddesinde düzenlenmiştir.²⁹

c. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu

4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 18. maddesinde silah kullanma yetkisi düzenlenmiştir.³⁰ Bu madde gereğince "dur" uyarısına

²⁹ Yönetmelik; Bakanlar Kurulu Karar Tarihi-No: 03/11/1983-83/7362 Jandarma, aşağıda yazılı hallerde silah kullanmaya yetkilidir:

- a. Nefsini müdafaa etmek için,
- b. Başkasının ırz ve canına vuku bulan ve başka suretle men'i mümkün olmayan bir saldırıyı savmak için;
- c. Ağır cezayı gerektiren bir suçtan sanık olarak yakalanıp nezaret altında bulunan veya herhangi bir suçtan hükümlü veya tutuklu olup da tutulması veya nakil ve sevki jandarmaya verilmiş olunan kişilerin kaçmaları veya bu maksatla jandarmaya saldırıları halinde yapılacak "dur" ihtarına itaat edilmemiş ve kaçmaya ve saldırıya engel olmak için başka çare bulunmamışsa,
- d. Korumakla memur oldukları yer, tesis ve diğer yapılar ile karakol ve silah deposu gibi yerlere, elindeki silaha veya kendisine teslim edilmiş kişilere karşı vuku bulacak saldırıyı başka türlü savuşturma imkanı olmamışsa,
- e. Ağır cezayı gerektiren ve meşhut cürüm halinde bulunan suçlarda suçlunun veya infaz kurumu ve tutukevinden kaçan hükümlü veya tutuklunun saklı olduğu yerin aranması sırasında, o yerden şüpheli bir şahıs çıkararak kaçtığı ve dur emrine kulak asmadığı görülerek başka türlü ele geçirilmesi mümkün olmazsa,
- f. Görevi sırasında jandarmaya tecavüze veya karşı koymaya elverişli silahların ve aletlerin teslimi emredildiği halde, emrin derhal yerine getirilmeyerek karşı gelinmesi veya teslim edilmiş silah ve aletlerin zorla tekrar alınmasına kalkışılmışsa,
- g. Jandarmanın görevini yapmasına yalnız veya toplu olarak fiili mukavemette bulunulmuş veya fiili saldırı ile karşı gelinmişse,
- h. Devlet nüfuz ve icraatına silahlı olarak karşı gelinmişse,
- i. Ülke içinde rastlanan kaçakçılar "dur" emrini dinlemez ve havaya ateş açılarak yapılan uyarıya da aldırmaz ise kaçakçıları ele geçirmek için,
- j. Ceza infaz kurumlarıyla tutukevlerinden kaçma girişiminde bulunan, tutuklu ve hükümlüler tekrarlanan "dur" emrine itaat etmeyerek girişimlerini sürdürürlerse kaçmalarını önlemek için; topluca fiili saldırıya kalkışılırsa, saldırılarını savuşturup ele geçirmek için,
- k. Ceza infaz kurumları ile tutukevlerinde, iç yönetimce bastırılmayan isyan, kargaşa, direnme ve kavga çıkması durumunda; cezaevi müdürü ile gardiyanların başvurusu üzerine kuruma girilmesi halinde,(a) ve (b) bentlerinde gösterilen silah kullanma yetkileri çerçevesinde,

Ayrıca, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun,1481 sayılı Asayiş Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nda öngörülen, silah kullanmaya ilişkin özel hükümlerde gözönünde bulundurulur.

³⁰ 4926 sayılı yasa md. 18 - Gümrük bölgesine 4458 sayılı Gümrük Kanunu gereğince

uymayan kişiler için havaya ateş edilerek uyarının yineleneyeceği belirtilmiştir. Bu uyarıya uyulmadığı takdirde görevli memurların durmaya zorlayacak şekilde silah kullanmaya yetkili olduğu belirtilmiştir. Burada memurların doğrudan hedefe ateş etme yetkisi bulunmamaktadır. Ancak silahla karşılık verilmesi veya meşru müdafaa hallerinde görevli memurların doğrudan hedefe ateş etme yetkisi bulunmaktadır. Bu madde de 2599 sayılı yasada yer verilmemiş olan bir hükme yer verilmiş, ateş etmenin durmayı zorlayacak şekilde olacağı belirtilmiştir.

d. Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun

1481 sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanunu'nun 1. maddesinde³¹ polis ve jandarmanın kanunlardaki diğer

belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girmek, çıkmak veya geçmek yasaktır.

Bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçları yetkili memurlar tarafından durdurulur ve kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçları aranır.

“Dur” uyarısına uymayan kişiler için önce havaya ateş edilmek suretiyle uyarı yinelenir. Bu uyarıya da uyulmaz ise görevli memurlar durmaya zorlayacak şekilde silah kullanmaya yetkilidir. Ancak, silahla karşılığa yeltenilmesi veya meşru müdafaa durumuna düşülmesi hallerinde yetkili memurlar doğrudan hedefe ateş edebilir. Memurların silah kullanmalarından dolayı haklarında soruşturma ve kovuşturma açılması halinde, bağlı bulunduğu kurum tarafından avukat sağlanır ve avukatlık ücreti kurumlarınca karşılanır.

Demiryolu araçlarına ilişkin işlemler istasyonlardaki beklemeleri sırasında uygulanır.

Kaçakçılığı önleme, izleme ve soruşturmakla yükümlü olanlar, gümrük bölgesindeki her nevi deniz araçlarına yanaşıp yük ve belgelerini incelemeye yetkilidir. Görevlilerin yanaşmasına izin vermeyerek kaçan veya kaçmaya teşebbüs eden her nevi deniz araçlarına uluslararası deniz işaretlerine göre telsiz, flama, mors ve benzeri işaretlerle durması ihtar olunur. Bu ihtar uymayan deniz araçlarına uyarı mahiyetinde ateş edilir. Buna da uymayıp kaçmaya devam ettiği takdirde durmaya zorlayacak şekilde üzerine ateş edilir.

³¹ 1418 sayılı yasa m. 1 - Polis ve jandarma, diğer kanun ve tüzüklerde yazılı yetkileri saklı kalmak üzere, aşağıda yazılı hallerde de silah kullanmaya yetkilidirler:

A. 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 16. maddesinde yazılı hallerde,

B. (A) bendindeki yetkiler saklı kalmak üzere, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis veya ağır hapis cezasını gerektiren suçlardan bir veya birkaçını işlemekten sanık veya hükümlü olup da haklarında tevkif veya yakalama müzekkeresi çıkarılan ve silahlı dolaşarak emniyet ve asayiş tek başına veya toplu olarak fiilen tehdit ve ihlal ettikleri anlaşılanlardan, teslim olmaları için İçişleri Bakanlığı'nca tesbit edilen tarihte başlamak üzere on günden az ve 30 günden çok olmamak şartıyla verilecek mühlet ile ad, san ve eylemleri de belirtilerek sanık veya hükümlünün dolaştığı bölgelerde

hükümler saklı kalmak üzere hangi hallerde silah kullanmaya yetkili oldukları belirtilmiştir. Maddenin A bendinde 2559 sayılı yasanın 16. maddesinde belirtilen hallere yollama yapılmış B bendinde de A) bendindeki yetkiler saklı kalmak üzere, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis veya ağır hapis cezasını gerektiren suçlardan bir veya birkaçını işlemekten sanık veya hükümlü olup da haklarında tevkif veya yakalama müzekkeresi çıkarılan ve silahlı dolaşarak emniyet ve asayiş tek başına veya toplu olarak fiilen tehdit ve ihlal ettikleri anlaşılmalardan, teslim olmaları için İçişleri Bakanlığı'na tespit edilen tarihte başlamak üzere on günden az ve 30 günden çok olmamak şartıyla verilecek mühlet ile ad, san ve eylemleri de belirtilerek sanık veya hükümlünün dolaştığı bölgelerde mutad vasıtalarla ve uygun görülen yayın organlarıyla radyo ve televizyonla da ilan edilenlerin belirtilen süre sonuna kadar adli makamlara, zabıtaya veya herhangi bir resmi mercie teslim olmamaları halleri belirtilmiştir.

1481 sayılı yasanın 2. maddesinde³² polis veya jandarmanın B bendinde belirtilen hallerde sanık veya hükümlüye yapılan "teslim ol" ihtarından sonra, polis veya jandarmaya karşı silah kullanmaya teşebbüs etmeleri halinde ise ihtara gerek olmaksızın silah kullanılabilceği düzenlenmiştir. Çatışma esnasında sanık veya hükümlüye yardım eden şahıslar açısından da birinci fıkranın uygulanacağı ve onlar aleyhine de silah kullanılabilceği düzenlenmiştir.

1481 sayılı yasanın 3. maddesinde³³ ise silah kullanan polis veya jandarma hakkındaki hazırlık soruşturmasının bizzat Cumhuriyet Savcıları tarafından yapılacağını ve kovuşturma safhasında yargılanan

mutad vasıtalarla ve uygun görülen yayın organlarıyla radyo ve televizyonla da ilan edilenlerin belirtilen süre sonuna kadar adli makamlara, zabıtaya veya herhangi bir resmi mercie teslim olmamaları hallerinde.

³² 1418 sayılı yasa m. 2 - Birinci maddenin (B) bendinde sayılan hallerde:

a. Sanık veya hükümlünün teslim olması için yapılan (Teslim ol) ihtarından sonra,

b. Polis veya jandarmaya karşı silah kullanmaya fiil teşebbüs etmeleri halinde ise ihtara lüzum olmaksızın,

Silah kullanılır.

Müşademe sırasında; sanık veya hükümlüye müşademe veya kaçmada yardımcı olanlar haklarında da birinci fıkra hükmü uygulanır.

³³ 1418 sayılı yasa m. 3 - Bu kanun hükümleri dairesinde silah kullanan polis veya jandarma hakkında hazırlık soruşturması Cumhuriyet Savcıları veya yardımcıları tarafından bizzat yapılır. Dava açıldığında sanık duruşmadan varestede tutulabilir ve hakkında açığa alma, işten el çektirme işlemi uygulanmaz.

polis veya jandarmanın duruşmadan varestede tutulacağı düzenlenmiştir. Ayrıca yargılanan polis veya jandarma hakkında açığa alınma veya işten el çektirme gibi işlemlerin uygulanamayacağına ilişkin amir bir düzenlemeye yer verilmiştir.

e. Sıkıyönetim Kanunu

1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 4. maddesinde³⁴ silah kullanma yetkisi düzenlenmiş olup sıkıyönetim emrinde görevli silahlı kuvvetler mensuplarının diğer yasalardaki silah kullanmayı icap ettiren hal ve şartlardan herhangi birinin gerçekleşmesi halinde silah kullanma yetkisine sahiptir. Silah kullanmaya yetkili güvenlik kuvvetinin teslim ol emrine uyulmaması veya silahla çatışmaya yeltenilmesi veya güvenlik görevlisinin meşru müdafaa halinde doğruca ve duraksamaksızın hedefe ateş edilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca silah kullanan güvenlik görevlisini koruyucu hükümler içeren 211 sayılı yasa, 1481 sayılı yasa hükümleri yinelenmekle beraber silah kullananlar hakkındaki soruşturma işleminin tutuksuz yapılacağı belirtilmiştir.

f. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu

211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 87 ve devamı maddelerinde silah kullanma yetkisi düzenlenmiştir. Askerlerin

³⁴ 1402 sayılı yasa m. 4 - (Değişik madde: 19/09/1980-2301/3 m.) Sıkıyönetim Komutanlığı emrinde görevli Silahlı Kuvvetler mensupları emniyet ve asayişe ilişkin zabıta kuvvetleri ile diğer güvenlik görevlileri kendilerine verilen görevlerin yerine getirilmesi sırasında tabi oldukları Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat ve Vazife Nizamnamesinde silah kullanmayı icap ettiren hal ve şartlardan herhangi birinin tahakkuku halinde silah kullanma yetkisini haizdirler.

Silah kullanma yetkisine sahip güvenlik kuvvetlerinin teslim ol emrine itaat edilmemesi veya silahla mukabeleye yeltenilmesi veya güvenlik kuvvetlerinin meşru müdafaa durumuna düşmeleri halinde görevli güvenlik kuvvetleri mensupları doğruca ve duraksamadan hedefe ateş edebilirler.

Silah kullanan bütün personel hakkında 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 87 inci maddesinin V ve VI. fıkraları hükümleri ile 1481 sayılı Asayiş Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkındaki Kanunu'nun 3 üncü maddesi hükümleri uygulanır. Ayrıca haklarındaki soruşturma işlemi tutuksuz yapılır.

Yukarıda belirtilen görevlilerin; Devlet otoritesini, can ve mal güvenliğini korumak için silah kullanmalarına ilişkin, sıkıyönetim komutanlarının önceden düzenledikleri emirler uygun araçlarla ilan edilir.

karakol, karakol nöbetçisi, devriye, nakliyat muhafazası hizmetlerinde veya asayişini temin için görevlendirildiklerinde 87. maddenin I numaralı bendinde³⁵ belirtilmiş olan hallerde silah kullanmaya yetkilidirler.

³⁵ 211 sayılı yasa m. 87 - (Değişik madde: 25/04/1972-1582/1 m.)

Askerler karakol, karakol nöbetçisi, devriye, nakliyat muhafazası hizmetlerinde veya asayişini temin için görevlendirildiklerinde aşağıda gösterilen hallerde silah kullanmaya yetkilidirler.

I. Silah kullanmasını gerektiren haller

a. Bu hizmetlerden birini yaparken müessir bir fiil ile taarruza uğranıldığı veya müessir bir fiil veya tehlikeli bir tehdit ile bu hizmetlerle yapılmasına mukavemet edildiği takdirde bu taarruz ve mukavemetleri gidermek için,

b. Bir taarruz veya mukavemete hazırlanan ve silahını veya mukavemete elverişli bir aleti bırakmaya davet edildiği halde, bu davete derhal itaat etmeyen veyahut bıraktığı silahı veya aleti tekrar eline almaya davranan veya alan kimseyi itaate zorlamak için,

c. Bu kanununun 80 ve 81 inci maddeleri gereğince muvakkaten yakalanan bir şahsın veyahut muhafaza ve sevki kendisine tevdi edilmiş olan bir tutuklunun veya hükümlünün kaçması veya kaçmaya teşebbüs etmesi ve verilecek dur emrini dinlemediği görüldüğünde başka türlü ele geçirilmesi kabil olmadığı takdirde yakalanması için,

d. Kendi muhafazasına tevdi edilmiş olan insan ve her türlü eşyaya karşı vukubulan taarruzu defetmek için,

e. Bu maddede sayılan görevleri yapan askerlere karşı, sözle yapılan satışma veya hareketlerin bertaraf edilmesi sırasında mukavemet, taarruz, müessir fiil veya tehlikeli bir tehditle karşılaşıldığında bu halleri gidermek için.

II. Silah kullanma derecesi

Bu maddede yazılı hizmetlerin yapılması sırasında silah kullanılması için başkaca bir çare kalmaması veya zaruret olması şarttır.

1. Şahıs veya topluluk silahsız ise; mukavemet, taarruz, müessir fiil veya tehdidin derecesine göre asayiş hizmeti ile görevli birlik komutanı gerekli uyarıyı yaparak silah kullanılacağını ihtar eder. Bu ihtar itaat edilmezse bunu sağlayacak dereceden başlamak üzere silah kullanılır.

2. Şahıs veya topluluk silahlı veya taarruzun önemli derecede etkili kılacak şekilde aletleri taşıyorsa, silah veya aletlerin bırakılması ihtar olunur. Tecavüz taarruz veya mukavemet buna rağmen devam ederse itaati sağlayacak dereceden başlamak üzere silah kullanılır.

III. Silah kullanma tarzı

1. Silah çeşitlerine göre etkili olabilecek şekilde kullanılır. Önce kesici ve dürtücü silahlar ile ateşli silahlar hedefe tevcih edilir, sonra ateşli silahların dipçik ve kabzaları kullanılır, daha sonra kesici ve dürtücü ve ateşli silahlar bilfiil kullanılır.

2. Silah kullanmak mutlaka ateş etmek değildir. Ateş etmek son çaredir. Önce havaya ihtar ateşi yapılır. Sonra ayağa doğru ateş edilir, mukavemet veya taarruza veyahut tehlikeli bir tehdide varan mukavemet hali devam ederse, hedef gözetilmeksizin ateş edilir.

IV. Ateş emri ve kendiliğinden ateş etmek

1. Ateş etmek bilhassa bunun için emir verilmiş olmasına bağlıdır.

2. Ateş emri verilmemiş olsa dahi her asker silahını kullanabilir. Ancak silahını kullanacağı zamanın ve kullanma derece ve tarzının tayini her olayın cereyan ettiği

Maddenin ikinci bendinde silah kullanma derecesi, üçüncü bendinde silah kullanma tarzı, dördüncü bendinde ateş emri ve kendiliğinden ateş etme, beşinci bendinde de ateş emri vermeye yetkili makamlar belirtilmiştir.

211 sayılı yasanın 88. maddesine göre silah kullanma yetkisine haiz olan askerin veya silah kullanma emri vermeye yetkili komutan kanunun silah kullanma konusunda müsaadesini yerinde ve zamanında kullanmaz veya silahlarından tam olarak istifade etmezse fiilin mahiyetine göre cezalandırılacaktır. Bu maddede ilginç bir hüküm bulunmakta ve silah kullanmama cezalandırılmaktadır.³⁶ 89. maddede de 87. madde de yazılı haller dışında her askerin hizmete ait bir vazifeyi yaparken maruz kaldığı mukavemeti bertaraf etmek veya askeri eşyaya karşı yapılan tecavüze karşı koymak için silah kullanma zarureti halinde silah kullanılabileceği düzenlenmiştir.³⁷ 90. maddede de ise 87 ve 89.

haller ve şartlar göz önünde tutularak silahını kullanacak asker tarafından bizzat takdir olunur.

V. Ateş emri vermeye yetkili makamlar

1. Bu maddede yazılı görevleri yapmak için birliğe görev veren üst komutan olay yerinde bulunuyorsa sözle ateş emri vermeye yetkilidir. Komutan, bu emri yazı ile teyit eder.

2. Asayişe memur edilen kuvvetlerin olay yerinde bulunan birlik komutanı veya asayişe memur edilen birliğin parçalarına komuta eden en küçük komutan ve amirler dahi önceden emir verilmemiş olsa bile sözle ateş emri vermeye yetkilidir.

VI. Sorumluluk

Her olayın cereyan ettiği haller ve şartlar göz önünde tutulmak kaydıyla bu madde hükümlerine göre silahını kullanan askere ve silah kullanma emrini veren birlik komutanına sorumluluk yüklenemez.

VII - Soruşturma usulü ve adli yardım

(Ek fıkra: 22/11/1990-3683/5 md.) Silah kullanmak zorunda kalan asker kişiler hakkında, hazırlık soruşturması Askeri Savcı, Cumhuriyet Savcısı veya yardımcılar tarafından yapılır. Haklarında dava açılan sanık asker kişiler duruşmadan vareste tutulabilir. Olayın mahiyetine ve kusurun derecesine göre sanığın mensup olduğu bakanlıkça durumu uygun görülenlerin vekalet verdiği avukatın ücreti, bu bakanlıkların bütçesine konulacak ödenekten karşılanır. Avukat tutma ve avukatlık ücretinin ödeme usul ve esasları, Milli Savunma ve İçişleri bakanlıklarınca bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir

³⁶ 211 sayılı yasa md. 88 - (Değişik madde: 25/04/1972-1582/1 md.) Silah kullanma yetkisini haiz bulunan her asker veya silah kullanma emrini vermeye yetkili her komutan kanunun tayin etmiş olduğu müsaadeleri yerinde ve zamanında kullanmaz veya silahlarından tamamıyla istifade etmezse fiilin mahiyetine göre cezalandırılır.

³⁷ 211 sayılı yasa md. 89 - (Değişik madde: 25/04/1972-1582/1 md.) Silah kullanma yetkisini haiz bulunan her asker veya silah kullanma emrini vermeye yetkili her komutan kanunun tayin etmiş olduğu müsaadeleri yerinde ve zamanında kullanmaz veya silahlarından tamamıyla istifade etmezse fiilin mahiyetine göre cezalandırılır.

maddeler dışında her askerin meşru müdafaa halinde silah kullanmaya yetkili olduğu belirtilmiştir.³⁸

g. Terörle Mücadele Kanunu

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na 4178 sayılı yasanın 3. maddesi ile eklenen ek madde 2³⁹ ile kolluk kuvvetleri, terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanabilecekler, yani öldürme kastıyla ateş edebileceklerdir. Söz konusu madde Anayasa Mahkemesi'nin 6.1.1999 tarih ve 1999/68 Esas ve 1999/1 karar sayılı ilamı ile iptal edilmiştir.⁴⁰

³⁸ 211 sayılı yasa md. 90 - 87 ve 89 uncu maddelerde gösterilen hallerden başka her asker meşru müdafaa halinde silah kullanmaya salahiyettardır.

³⁹ 3713 sayılı yasa EK MADDE 2 - Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı aletli silah kullanmaya yetkilidirler.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesinin 6.1.1999 tarih, 1999/68 esas ve 1999/1 karar sayılı ilamı (ilgili bölümler)

IV. 4178 Sayılı Yasa'nın 3. Maddesinin Anayasa'ya Aykırılığı

Madde şöyledir:

"MADDE 3.- 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununa aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

EK MADDE 2.- Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı aletli silah kullanmaya yetkilidirler."

İptali istenen hüküm son derece açıktır. Kolluk kuvvetleri, terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanabilecekler, yani öldürme kastıyla ateş edebileceklerdir.

Düzenleme TBMM'de de "tartışma" yaratmış; yasa tasarısında yer alan ve Komisyon'dan da geçen "kaçmaya yeltenme", daha sonra TBMM Genel Kurulu'nda çıkarılmış ve sözde madde, sanki daha az sakınca yaratacak bir hale getirilmiştir.

Oysa, düzenlemeyle, "yaşam hakkı" demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlandırılmış, kolluk kuvvetlerine ölçsüz ve bir zorunluluk olmadan "öldürme yetkisi" verilerek "yaşam hakkı"nın "özü"ne dokunulmuştur. Bu tür bir silah kullanma yetkisinin, "olağanüstü hal rejimleri"nde bile "hukuki" olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. Çünkü, silah kullanılacak durumlar somutlaştırılmamış ve belirlenmemiştir.

Baştan beri belirttiğimiz gibi, "olağanüstü yönetim" biçimleri, belirli koşullarla,

Anayasa'nın aradığı organlar tarafından uygulamaya konulabilir ve bu durumlarda "olağanüstü kural"lar uygulanabilir.

İptali istenen hüküm, "Olağanüstü Hal Kanunu"ndan alınmıştır ve "olağanüstü" bir uygulamaya, "olağan" dönemde de geçerlilik kazandırmayı amaçlamaktadır.

Tasarının Türkiye Büyük Millet Meclisi görüşmeleri sırasında ANAP Grubu adına görüşlerini açıklayan Adil Aşırım getirilen düzenlemenin amacını büyük bir açıklıkla dile getirmiştir:

"Ben, buradan, bu yetkiyi alan güvenlik güçlerini oluşturan kardeşlerime sesleniyorum. Zaten, fiiliyatta kullandığımız bu yetki, size büyük bir sorumluluk yükliyor. Hepinizin, iyiniyetle çok zor şartlar altında çalıştığını ve hemen hemen hepinizin omuzunun şehit kardeşlerimizin tabutunun nasırlaştırdığını biliyorum. Provokatörlere ve kötüniyetli insanlara karşı dikkatli olunuz.

Bu yetkinin bir yararı daha var: İnsan hakları savunucusu (güvenlik güçleri ve masum vatandaşlar hariç) bu arkadaşlarımızın 'yargısız infaz yapıyor' bağırışlarına set çekmesi açısından destekliyoruz."

Milletvekilleri tarafında da "samimi" bir şekilde dile getirildiği gibi, maddenin amacı, insan hakları literatüründe "yargısız infaz (summary execution)" olarak adlandırılan, tümüyle hukuk dışı ve insan halklarına aykırı olan insan yaşamına yargı kararı olmadan güvenlik güçlerince denetimsiz, hatta keyfi biçimde son verme uygulamasını yasallaştırmaktır.

Yaşam hakkı Anayasanın 17. maddesinde düzenlenmiştir. "Herkes yaşama ... hakkına sahiptir." 17. maddenin son fıkrası ile de, bu hakkın hangi durumlarda sınırlandırılacağı belirlenmiştir:

- Mahkemelere verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali,
- meşru müdafaa hali,
- yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi,
- bir ayaklanma veya isyanın bastırılması,
- sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması.

Ancak, bu durumlarda ve yasa ile izin verilmiş olması koşuluyla, yaşam hakkı sınırlandırılabilir.

Anayasa, olağan dönemlerde yaşam hakkının kısıtlanmasını istisnai olarak belirli durumlarla sınırlandırmış, olağanüstü dönemlerde yetkili merciin emrini genişletmekle birlikte her iki durumdaki sınırlamalar için "zorunlu olma" koşulunu getirmiştir.

Ayrıca, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesinde de "... savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile ölüm cezalarının infazı dışında kişinin yaşama hakkına maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağı" hükmü bağlanmıştır.

Getirilen düzenlemede ise, Anayasa'nın aradığı "belirlilik" ve "zorunluluk" yoktur.

Anayasa Mahkemesi, 26.11.1986 tarih ve 1985/8 Esas numaralı kararında, "kamu düzenini sağlamakla yükümlü polis olayı başka türlü engelleme olanağı kalmadığında, son çare olarak zora başvurusu Anayasa madde 17'ye aykırı değildir" diyerek kademelilik ve zorunluluk ölçütlerini kabul etmiştir.

Yaşama hakkı, Türkiye'nin taraf olduğu ve Anayasa Mahkemesi kararlarıyla

Anayasal denetimin ölçü normları arasına giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 2. maddesinde de düzenlenmiştir.

AİHS'in öngördüğü istisnalar ile 1982 Anayasası düzenlemesi benzer niteliktedir. Maddenin II. fıkrasında istisnalar düzenlenmiştir. "II. fıkarda yer alan bir anlamda hukuka uygunluk hallerinden devletlerin yararlanabilmeleri için şiddet ve fiili kuvvete başvurunun '*mutlak zorunlu*' olması gerekir (Komisyon Kararı Farrell/ İngiltere, 11.12.1982, no.9013/80, DR 30, s.96). "*Aynı zamanda alınan önlem ile ulaşılmak istenen sonuç arasında 'tam bir oranti' bulunması gerekir.*

Bu oranti koşulu aranırken, güdülen amacın niteliği, somut durumun insan hayatı ve beden bütünlüğü için oluşturduğu tehlike ve kuvvet kullanımından doğan ölüm riskinin derecesi gözönünde tutulacak; diğer bir deyimle başvuru olan somut durumun gerektirdiği yoğunluğu aşmayacaktır (Komisyon Kararı, Steward/ İngiltere, 10.7.1984, no.10044/82, DR 39, s.162)." (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Feyyaz Gölcüklü-A. Şeref Gözübüyük, Ankara 1994, s. 166)

İptali istenen düzenlemede Anayasa'nın ve AİHS'in aradığı "*zorunluluk ve orantılılık*", kısaca bir bütün olarak "*ölçülülük*" koşulu yoktur. Madde ile "*doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanma*" yetkisi, yani öldürme yetkisi verilerek, silah kullanılabilir durumlar, yoğunluk derecesi de, tamamen kolluk kuvvetlerinin takdirine bırakılmış; durumun gereğine uygun ateşli silah dışında farklı araçlar kullanma mecburiyeti olmadan doğrudan öldürme amacıyla ateşli silah kullanma imkanı tanınmıştır. Kısaca, "*zorunluluk*" yerini "*keyfiliğe*" bırakmıştır.

Bir yasada "*somut*" durumları dikkate almanın imkansızlığı açıktır; ancak, bunun sakıncaları, uygar ulusların ve TC Anayasası'nın keşfettiği "*zorunluluk ve orantılılık*" koşullarına yasal düzenlemede yer vererek giderilmeye çalışılabilir.

Öncelikle kolluk kuvvetleri, silahı "*en son araç*" olarak kullanabilmelidir. Ancak diğer zorlama tedbirlerinin kolluğun kendisine verilen görevleri yerine getirmesinde yetersiz kalması ve son çare olarak silah kullanılmasının zorunlu olduğunun "*açıkça anlaşılması durumunda*" yani, "*kademeli*" olarak silah kullanılabilir. Ancak bu da yetmez. Bu koşulların oluşması durumunda silah kullanılabilirse de, bu yetkinin kullanılmasında da "*ölçülü*" olunmalı ve mukavemet ve tehdidin gerektirdiği ölçüde silah kullanılmalıdır. Hafif bir yaralama, örneğin ayağa ya da ele ateş açılarak etkisiz bırakılabilecek fail ya da şüphelinin yaşamsal organlarına ateş edilmemelidir. Bu anlamda da bir "*kademelik*" demokratik hukuk devletinin gereğidir.

Kesine yakın bir ihtimalle ölüme neden olunması sonucunu doğuracak biçimde silah kullanılabilmesi için, o sırada mevcut bir yaşamsal tehlikenin veya vücut bütünlüğüne yönelik ağır bir tehlikenin ortadan kaldırılmasının tek aracı olması şarttır. Kişilere karşı silah kullanımı, olayla ilgili olmayan kişileri de tehlikeye düşürebilir. Bu gibi durumlarda silah kullanılmaması konusu da açıkça hükme bağlanmalıdır. Bu anlamda, yasa metninde yer alan "*teşebbüs*" ifadesi çok geniş bir kavramdır. Bir fiilin icrasına ne zaman başladığının saptanması kolay değildir. Bir kişi, silah kullanmaya ne zaman teşebbüs etmiş sayılacaktır? Bu noktada, "*teşebbüs*" deyiminin seçilmesi isabetsiz olmuştur. "*Teşebbüs*" gibi son derece tartışmalı bir ölçü yerine, yukarıda nakledildiği anlamda bir zorunluluğu koşul olarak hükme bağlamak, yaşama hakkının teminatı olacak, öte yandan kolluğun görevinin infaz değil önleme ve adaleti yerine getirmeye yetkili organların bu işlevlerini yerine getirmelerine yardımcı olmak olduğu vurgulanacaktır.

Öte yandan, silah kullanma yetkisi, çağdaş hukuk düzenlerinde başka bazı sınır-

Terörle Mücadele Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın 15. maddesi ile 3713 sayılı yasanın Anayasa Mahkemesi'nce

lamalara da tâbi kılınmalıdır. Bu anlamda, gençlerle küçüklere ve insan topluluğuna karşı silah kullanımı bakımından sınırlamalar söz konusu olmalıdır. Alman Polis Kanunu tasarısı, 21 yaşın altında gençler bakımından ancak bazı şartlarda, örneğin genç hakkında hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanabilecek hallerde ve ölçülü olarak silah kullanılabileceğini öngörmektedir.

Öğretide de, ceza ehliyetine sahip bulunmayan küçüklere karşı kural olarak silah kullanılmaması görüşü egemendir. İnsan topluluğuna karşı silah kullanılması durumunda, olaylara katılmayan kimselerin de zarar görmesi mümkün olduğundan bu konu da dikkate alınmalı, topluluk içindeki kimselere ateş edilmesi kural olarak kabul edilmemelidir. Ancak hayata yönelik ve başka türlü bertaraf edilmesi mümkün olmayan ağır ve yakın tehlike durumunda tehlikenin kaynağı ile sınırlı olarak silah kullanılabilir. Çağdaş öğreti ve kanunlar böylesine ayrıntılı ve titiz ayrımları benimserken, zorunluluk ve kademelilik ölçütleri dikkate alınmayarak duraksamadan ve doğruca hedefe ateş edebilme yetkisinin verilmesi Anayasa'da ifadesini ve güvencesini bulan yaşam hakkının haksız surette ihlalini oluşturur.

Kolluk kuvvetlerinin silah kullanarak yaşam haklarını kısıtlayabileceği kişilerin kim olduğu da tamamen kolluk güçlerinin takdirine bırakılmıştır. Yasa, "terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlar" dan söz etmektedir. Terör örgütü, Terörle Mücadele Yasası'nın 1. maddesinin II. fıkrasında tanımlanmıştır: "Bu kanunda yazılı olan örgüt, iki veya daha fazla kimsenin aynı amaç etrafında birleşmesiyle meydana gelmiş sayılır."

Bu tanımın belirsizliğinin yarattığı ve kolluğa tanınan yeni yetkiler nedeniyle yaratacağı büyük sakıncaları açıklar.

Güvenlik kuvvetleri, kimin terörist olduğunu kendisi belirleyecek ve failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateş edecektir.

Demokratik hukuk devleti, yurttaşlarının öncelikle can güvenliğini sağlamakla görevlidir. Muğlak tanımlar, bu görevi daha da zorlaştırır ve devlet ile yurttaş karşı karşıya getirir.

Bu nedenle yapılan düzenleme, Anayasa'nın 2. maddesindeki demokratik hukuk devleti ilkesine, 17. ve 13. maddelerine, bu konuda usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerdeki güvenceleri ortadan kaldırdığı için de Anayasa'nın 90. maddesine aykırıdır.

...

C- 3. maddesiyle 3713 sayılı "Terörle Mücadele Kanunu'na eklenen Ek madde 2'nin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Lütfi F. TUNCEL'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

...

F- 1. maddesiyle değiştirilen 5442 sayılı yasanın 11. maddesinin (D) fıkrasının ikinci paragrafının "Kanun ve kanun hükmünde kararnamele kurulan fonlardan yapılacak aktarmalar" yönünden iptal edilen onuncu tümcesi ile yasanın 3. maddesiyle 3713 sayılı yasaya eklenen ek madde 2'nin iptali nedeniyle meydana gelen hukuksal boşluk kamu düzenini tehdit ve kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı yasanın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince BU KURALLARA YÖNELİK İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMİ GAZETEDE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE, 6.1.1999 gününde karar verildi.

iptal edilen ek 2. maddesi yeniden düzenlenmesi amaçlanmıştır. Madde gerekçesinde 3713 sayılı kanunun ek 2. maddesinin, Anayasa Mahkemesi'nin bu madde ile ilgili olarak verdiği 6/1/1999 tarihli ve 1996/68 esas, 1999/1 karar sayılı kararındaki gerekçeler göz önünde bulundurulmak suretiyle yeniden düzenlendiği belirtilmiştir. Yeniden düzenlenen maddede⁴¹ mahkemenin kararında belirttiği ölçülülük ve orantılığa ilişkin hükme yer verilmiştir. Ölçülülük ve orantılılık ilkesi yeni bir kavram olarak silah kullanma yetkisine getirilmiş bir sınırlamadır. Yukarıda belirtildiği üzere böyle bir ölçülülük ve orantılılık ilkesi PVSK ile JTGYK'da yer almamaktadır. Yeni düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin kararında belirtmiş olduğu çekinceleri tam anlamıyla giderememiştir. Nitekim mahkemenin teşebbüs konusundaki kaygıları giderilememiş maddeye yalnızca ölçülülük ve orantılılık ilkesi getirilmiştir. Bu ölçütü bugüne kadar Türkiye'nin yaşadığı uygulamalar ile birlikte düşünmek gerekmektedir. Güvenlik güçlerinin bu düzenleme olmadan önceki uygulamaları "*keyfi, orantısız ve aşırı silah kullanma*" niteliğindedir. Bu düzenlemeden sonra bu uygulama daha da keyfileşebilecek, yaşam hakkı daha ağır tehdit altına girebilecektir.

h. Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu

2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nun 5. maddesinde sahil güvenlik komutanlığının yetkileri düzenlenmiştir. Bu hükme göre Sahil Güvenlik Komutanlığı mensupları kendilerine bu 2692 sayılı yasa ile verilen görevlerin yapılmasında; silah kullanma yetkisi dahil kanunların diğer güvenlik kuvvetlerine tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahiptirler.⁴²

⁴¹ Terörle Mücadele Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı m.15 "*EK MADDE 2- Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda 'teslim ol' emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda, duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler.*"

⁴² 2692 sayılı yasa m. 5 - Sahil Güvenlik Komutanlığı mensupları kendilerine bu kanun ile verilen görevlerin yapılmasında; silah kullanma yetkisi dahil kanunların diğer güvenlik kuvvetlerine tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahiptirler.

Limansınırları dışında Türk kanunlarına göre cezalandırılması gereken eylemlere, ilgili kanun ve uluslararası antlaşmalar hükümlerine göre el koyarlar.

Suçun denizde başlayıp karada devam etmesi ya da suçluların karaya geçmesi hallerinde, yetkili güvenlik kuvveti olaya el koyuncaya kadar suç delillerinin kaybolmasını ve suçluların kaçmasını önlemek amacıyla yetkilerini karada da sürdürürler. Durum, en kısa sürede gerekli imkanlar kullanılarak mahalli mülki amire

1. İl İdaresi Kanunu

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesine göre Valiler, ilde çıkabilecek veya çıkan olayların, emrindeki kuvvetlerle önlenmesini mümkün görmedikleri veya önleyemedikleri; aldıkları tedbirlerin bu kuvvetlerle uygulanmasını mümkün görmedikleri veya uygulayamadıkları takdirde, askeri kuvvetlerden yardım istemeleri halinde; askeri kuvvetin müstakilen görevlendirilmesi durumunda; verilen görev askeri kuvvet tarafından kendi komutanının sorumluluğu altında ve onun emir ve talimatlarına göre Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nda belirtilen yetkiler ile kolluk kuvvetlerinin genel güvenliği sağlamada sahip olduğu yetkiler kullanılarak yerine getirilir.⁴³ Bu durumda askeri kuvvet bu çalışmada belirtmiş olduğumuz silah kullanma yetkilerinin tümünü kullanabilecektir.

i. Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun

5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunu'nun 8. maddesinde silah bulundurma ve taşıma yetkisi düzenlenmiştir. Hangi koruma ve güvenlik hizmeti için ne miktar ve özellikle ateşli silah bulundurulabileceği valinin görevlendireceği vali yardımcısı başkanlığında oluşan özel güvenlik komisyonu tarafından belirlenir. Ancak eğitim ve öğretim kurumlarında, sağlık tesislerinde, talih oyunları işletmelerinde, içkili yerlerde silahlı özel güvenlik görevlisi çalıştırılmasına izin verilmez. Özel güvenlik görevlileri, özel toplantılarda, spor müsabakalarında, sahne gösterileri ve benzeri etkinliklerde silahlı olarak görev yapamazlar.⁴⁴

bildirilir.

⁴³ 5442 sayılı yasa m. 11/D-3 - Askeri kuvvetin müstakilen görevlendirilmesi durumunda; verilen görev askeri kuvvet tarafından kendi komutanının sorumluluğu altında ve onun emir ve talimatlarına göre Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nda belirtilen yetkiler ile kolluk kuvvetlerinin genel güvenliği sağlamada sahip olduğu yetkiler kullanılarak yerine getirilir.

⁴⁴ 5188 sayılı yasa m. 8- Hangi koruma ve güvenlik hizmeti için ne miktar ve özellikle ateşli silah bulundurulabileceği komisyon tarafından belirlenir.

Ancak eğitim ve öğretim kurumlarında, sağlık tesislerinde, talih oyunları işletmelerinde, içkili yerlerde silahlı özel güvenlik görevlisi çalıştırılmasına izin verilmez. Özel güvenlik görevlileri, özel toplantılarda, spor müsabakalarında, sahne gösterileri ve benzeri etkinliklerde silahlı olarak görev yapamazlar.

Koruma ve güvenlik hizmetinde kullanılacak silah ve teçhizat, ilgili kişi veya

j. Olağanüstü Hal Kanunu

2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 234. maddesinde⁴⁵ silah kullanma yetkisi 1402 sayılı yasa'da yer hükümlere paralellik gösterecek şekilde düzenlenmiştir.

Olağanüstü hal ilanından sonra kolluk kuvvetleri ile kendilerine görev verilen özel kolluk kuvvetleri ve silahlı kuvvetler mensupları, görevlerini yerine getirirken kanunlarda silah kullanmayı icap ettiren hal ve şartlardan herhangi birinin tahakkuku halinde, silah kullanma yetkisini haizdirler. Olağanüstü halin 2935 sayılı yasanın 3/b maddesine istinaden ilan edilmesi halinde silah kullanmaya yetkili güvenlik kuvvetinin teslim ol emrine uyulmaması veya silahla çatışmaya yeltenilmesi veya güvenlik görevlisinin meşru müdafaa halinde doğruca ve duraksamaksızın hedefe ateş edilebileceği düzenlenmiştir.

Ayrıca silah kullanan güvenlik görevlisini koruyucu hükümler içeren 211 sayılı yasa, 1481 sayılı yasa hükümleri yinelenmekle beraber silah kullananlar hakkındaki soruşturma işleminin tutuksuz yapılacağı belirtilmiştir.

kuruluş tarafından temin edilir. Özel güvenlik şirketleri ateşli silah alamaz ve bulunduramazlar. Ancak özel güvenlik şirketlerine, para ve değerli eşya nakli, geçici süreli koruma ve güvenlik hizmetlerinde kullanılmak üzere, özel güvenlik eğitimi veren kurumlara, silah eğitiminde kullanılmak üzere, komisyonun kararı ve valinin onayı ile silah alma, kullanma ve taşıma izni verilebilir.

⁴⁵ 2935 sayılı yasa m. 23 - Olağanüstü hal ilanından sonra kolluk kuvvetleri ile kendilerine görev verilen özel kolluk kuvvetleri ve silahlı kuvvetler mensupları, görevlerini yerine getirirken kanunlarda silah kullanmayı icap ettiren hal ve şartlardan herhangi birinin tahakkuku halinde, silah kullanma yetkisini haizdirler.

Olağanüstü halin, bu kanunun 3. maddesinin (b) bendi gereğince ilan edilmesi halinde, silah kullanma yetkisini sahip bulunan güvenlik kuvvetlerinin teslim ol emrine itaat edilmemesi veya silahla mukabeleye yeltenilmesi veya güvenlik kuvvetlerinin meşru müdafaa durumuna düşmeleri halinde görevli güvenlik kuvvetleri mensupları doğruca ve duraksamadan hedefe ateş edebilirler.

Silah kullanan bütün personel hakkında 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 87. maddesinin V ve VI. fıkraları hükümleri ile 1481 sayılı Asayiş Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkındaki Kanun'un 3. maddesi hükümleri uygulanır. Ayrıca haklarındaki soruşturma işlemi tutuksuz yapılır.

Yukarıda belirtilen görevlilerin devlet otoritesini, can ve mal güvenliğini korumak için silah kullanmalarına ilişkin olarak bölge valisi ve il valisinin bu maddeye göre verdiği emirler, uygun araçlarla ilan edilir.

k. Orman Kanunu

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 77. maddesinde orman memurlarının silah taşıyabilecekleri belirtilmiş olup 78. maddesinde⁴⁶ de silah kullanma yetkileri düzenlenmiştir. Buna göre 765 sayılı TCK'nın 49. maddesinde yazılı haller ile Tecavüz veya taarruza yarayan alet ve silahları taşıyanlarla alet veya silahların derhal teslimi emredildiği halde bu emre riayet edilmeyerek fiilen tecavüz ve taarruzda bulunulması ve bu tecavüz ve taarruzun da başka şekilde def'ine imkan olmaması ve (B) bendi gereğince teslim edilen alet ve silahları veya el konan müsadereye tabi nakil vasıtaları ile orman emvalini veya memurun silahını almak veya orman bölge ve muhafaza binalarına zorla girmek maksadıyla vakı tecavüz ve taarruzun başka şekilde def'ine imkan bulunamaması hallerinde orman memurları silah kullanmaya yetkilidirler.

1. Gümrük Muhafaza ve Görev Yönetmeliği

7.11.2003 tarih ve 25282 sayılı *Resmî Gazete'de* yayımlanan Gümrük Muhafaza ve Görev Yönetmeliği'nin 8. maddesinde silah kullanmaya yetkisine sahip personel belirtilmiş, 9. madde de ise silah kullanmanın usul ve esasları belirtilmiştir.⁴⁷ 9. maddeye göre "Dur" uyarısına uyma-

⁴⁶ 6831 sayılı yasa m. 78-77. madde mucibince silah taşımaya salahiyyetli olanlar vazifelerini ifa sırasında aşağıda yazılı hallerde silahlarını kullanabilirler:

A. Türk Ceza Kanununun 49. maddesinde yazılı hususlarda;

B. Tecavüz veya taarruza yarayan alet ve silahları taşıyanlarla alet veya silahların derhal teslimi emredildiği halde bu emre riayet edilmeyerek fiilen tecavüz ve taarruzda bulunulması ve bu tecavüz ve taarruzun da başka şekilde def'ine imkan olmaması;

C. (B) bendi gereğince teslim edilen alet ve silahları veya elkonan müsadereye tabi nakil vasıtaları ile orman emvalini veya memurun silahını almak veya orman bölge ve muhafaza binalarına zorla girmek maksadıyla vakı tecavüz ve taarruzun başka şekilde def'ine imkan bulunamaması.

⁴⁷ Yönetmelik; 7.11.2003 tarih ve 25282 sayılı RG, m. 9 - Gümrük Bölgesine Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girmek, çıkmak veya geçmek yasaktır.

Bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçları yetkili memurlar tarafından durdurulur ve kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçları aranır.

"Dur" uyarısına uymayan kişiler için önce havaya ateş edilmek suretiyle uyarı yinelenir. Bu uyarıya da uyulmaz ise görevli memurlar durmaya zorlayacak şekilde silah kullanmaya yetkilidir. Ancak, silahla karşılığa yeltenilmesi veya meşru müdafaa durumuna düşülmesi hallerinde yetkili memurlar doğrudan hedefe ateş edebilir. Memurların silah kullanmalarından dolayı haklarında soruşturma ve kovuşturma

yan kişiler için önce havaya ateş edilmek suretiyle uyarı yinelenir. Bu uyarıya da uyulmaz ise görevli memurlar durmaya zorlayacak şekilde silah kullanmaya yetkilidir. Ancak, silahla karşılığa yeltenilmesi veya meşru müdafaa durumuna düşülmesi hallerinde yetkili memurlar doğrudan hedefe ateş edebileceği düzenlenmiştir. Gümrük muhafaza memurlarının silah kullanmalarından dolayı haklarında soruşturma ve kovuşturma açılması halinde, bağlı bulunduğu kurum tarafından avukat sağlanacağı ve avukatlık ücretinin kurumlarınca karşılanacağı düzenlenmiştir.

Maddenin son fıkrasında kaçakçılığı önleme, izleme ve soruşturmakla yükümlü olanların, gümrük bölgesindeki her nevi deniz araçlarına yanaşıp yük ve belgelerini incelemeye yetkili oldukları düzenlenmiştir. Görevlilerin yanaşmasına izin vermeyerek kaçan veya kaçmaya teşebbüs eden her nevi deniz araçlarına uluslararası deniz işaretlerine göre telsiz, flama, mors ve benzeri işaretlerle durması ihtar olunacağı, bu ihtara uymayan deniz araçlarına uyarı mahiyetinde ateş edileceği ve buna da uymayıp kaçmaya devam ettiği takdirde durmaya zorlayacak şekilde üzerine ateş edileceği düzenlenmiştir.

III. İHAM'IN YAŞAM HAKKI BAKIMINDAN TÜRKİYE'YE YÖNELİK KARARLARINDA ÖNE ÇIKARDIĞI SÖZLEŞME İHLALLERİ

Mahkeme, kendi tarihi içerisinde Birleşik Krallık örneği dışında,⁴⁸ yaşam hakkı ihlalleri ile Türkiye aleyhine yoğun olarak olağanüstü hal bölgesinden yapılan başvurular sayesinde tanışmıştır. Mahkeme,

açılması halinde, bağlı bulunduğu kurum tarafından avukat sağlanır ve avukatlık ücreti kurumlarınca karşılanır.

Demiryolu araçlarına ilişkin işlemler istasyonlardaki beklemeleri sırasında uygulanır.

Kaçakçılığı önleme, izleme ve soruşturmakla yükümlü olanlar, gümrük bölgesindeki her nevi deniz araçlarına yanaşıp yük ve belgelerini incelemeye yetkilidir. Görevlilerin yanaşmasına izin vermeyerek kaçan veya kaçmaya teşebbüs eden her nevi deniz araçlarına uluslararası deniz işaretlerine göre telsiz, flama, mors ve benzeri işaretlerle durması ihtar olunur. Bu ihtara uymayan deniz araçlarına uyarı mahiyetinde ateş edilir. Buna da uymayıp kaçmaya devam ettiği takdirde durmaya zorlayacak şekilde üzerine ateş edilir.

⁴⁸ McCann ve diğ. v. Birleşik Krallık, Karar Sıra No. 549, 27 Eylül 1995.

yaşam hakkı ihlali sonuçlarına, komisyonun⁴⁹ kendi çalışma prensipleri uyarınca görevlendirdiği üyelerinin, Türkiye’de bir yerel mahkeme gibi, “*olgu saptama duruşmalarında*” dinlediği tanıklar ve elde ettiği belgelerle ulaşmıştır. Mahkeme, olağanüstü hal bölgesinden yapılan başvurular nedeniyle verdiği kararlarında sözleşmenin 2. maddesinde korunan yaşam hakkının beş değişik nedenle ihlal edilebileceğini saptamıştır. Karara bağlanan başvurularda yaşam hakkının birden fazla nedenle birlikte ihlal edilebileceği de saptanmıştır.

A. Yaşam Hakkı İhlalinin Doğrudan Devletin Müdahalesi ile İhlal Edildiği Sonucunun Saptandığı Başvurular

Mahkeme, gözaltına alındıktan sonra akıbetleri belli olmayan mağdurlara ilişkin başvurularda, olayların özgün koşullarına göre yaşam hakkına devletin doğrudan müdahalesi ile son verildiği sonucuna varmıştır. Çakıcı v. Türkiye başvurusunda,⁵⁰ mağdur Ahmet Çakıcı’nın gözaltına alındığı Türk Hükümeti tarafından kabul edilmemesine karşın, mahkeme gözaltı olgusunun varlığını kabul etmiş, daha sonra silahlı çatışmada öldüğü mahkemeye bildirilen mağdurun ölüm koşullarının hükümetçe yeterince açıklanamadığı gerekçesi ile doğrudan ihlale karar vermiştir. Taş v. Türkiye başvurusunda ise,⁵¹ yaralı olarak gözaltına alınan mağdur Muhsin Taş’ın, bir gün sonra götürüldüğü “*yer gösterme*” sırasında kaçtığı şeklindeki güvenlik güçlerince tutulan tutanak mahkemece inandırıcı bulunmamış ve aradan geçen süreye rağmen kendisinden haber alınamayan mağdurun yaşamından hükümetin sorumlu olduğu sonucuna varılmıştır. Timurtaş v. Türkiye başvurusunda,⁵² Abdulvahap Timurtaş’ın gözaltına alındığı hükümetçe reddedilmiş, iç hukuktaki soruşturma dosyasından aslı daha sonra görevlilerce çıkarılan gözaltı belgesinin fotokopisinin başvuru tarafından komisyona sunulması üzerine mahkeme, hükümetten sahte olduğunu iddia ettiği bu belgenin aslını sunmasını talep etmiş, sonuçta belge aslını sunamayan hükümeti yaşam hakkının ihlalinin sorumlu

⁴⁹ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin yapısını değiştiren ve 01.10.1998 tarihinde yürürlüğe giren sözleşmeye ek 11 nolu protokolden önce sözleşme organları, komisyon ve mahkemeden oluşmaktaydı.

⁵⁰ Çakıcı v. Türkiye, Başvuru no. 23657/94, 8 Temmuz 1999 tarihli karar.

⁵¹ Taş v. Türkiye, Başvuru no. 24396/94, 14 Kasım 2000 tarihli karar.

⁵² Timurtaş v. Türkiye, Başvuru no. 23531/94, 13 Haziran 2000 tarihli karar.

tutmuştur. Gözaltına alınan ve gözaltına alındıktan sonra maruz kaldığı işkence sonucunda öldüğü noktasında makul şüphenin ötesinde hiçbir kuşku bulunmayan İsmail Ertak'a ilişkin Ertak v. Türkiye başvurusunda,⁵³ gözaltına alınma olgusunun hükümetçe kabul edilmesine rağmen, mahkeme yaşam hakkının görevlilerce ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu başlık altında, son ihlal kararı Şırnak'ın Silopi ilçesinde Jandarma binasına gittiklerinden itibaren bir daha kendilerinden haber alınamayan Serdar Tanış ve Ebubekir Deniz'e ilişkin yapılan başvurudur. Mahkemenin değerlendirmesine göre; resmi makamlar, Serdar Tanış ve Ebubekir Deniz'in kaybolmasını soruşturmak için teorik olarak uygun olan mekanizmaları harekete geçirmede çekimser kalmışlardır. Keza mahkeme; Serdar Tanış ve Ebubekir Deniz'in içinde kaybolduğu ortamın, dört yıl sonra akıbetlerinin belirsizliğini koruması olgusu, ciddi bir soruşturmanın yapılmaması ve neler olduğu konusunda resmi makamların makul bir açıklamasının bulunmamış olunması olgularından hareketle, ilgili kişilerin kaybolmasının aleyhine başvuru yapılan devletin sorumluluğuna girdiği sonucuna varmış ve sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiği tespitini yapmıştır.⁵⁴ Ayrıca aşağıda listesi verilen kararlarda bu başlık altındaki ihlal kararlarının diğer örnekleridir.⁵⁵

⁵³ Ertak v. Türkiye, Başvuru no. 20764/92, 09 Mayıs 2000 tarihli karar.

⁵⁴ Tanış ve diğ. v. Türkiye, Başvuru no. 65899/0, 02.08.2005 tarihli karar.

⁵⁵ Çakıcı v. Türkiye, Başvuru no. 23657/93, 08.07.1999 tarihli karar; Ertak v. Türkiye, Başvuru no. 20764/92, 09.05.2000 tarihli karar; Timurtaş v. Türkiye, Başvuru no. 23531/94, 13.06.2000 tarihli karar; Salman v. Türkiye, Başvuru no. 21986/93, 27.06.2000 tarihli karar; Taş v. Türkiye, Başvuru no. 24396/94, 14.11.2000 tarihli karar; Çiçek v. Türkiye, Başvuru no. 25704/94, 27.02.2001 tarihli karar; Tanlı v. Türkiye, Başvuru no. 26129/95, 10.04.2001 tarihli karar; Akdeniz ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 23954/94, 31.05.2001 tarihli karar; Avşar v. Türkiye, Başvuru no. 25657/94, 10.07.2001 tarihli karar; İ. Bilgin v. Türkiye, Başvuru no. 25659/93, 17.07.2001 tarihli karar; Abdurrahman Orak v. Türkiye, Başvuru no. 31889/96, 14.02.2002 tarihli karar; Orhan v. Türkiye, Başvuru no. 25656/94, 18.06.2002 tarihli karar; Aktaş v. Türkiye, Başvuru no. 24351/94, 24.04.2003 tarihli karar; İpek v. Türkiye, Başvuru no. 25760/94, 17.02.2004 tarihli karar; Özalp ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 32457/96, 08.04.2004 tarihli karar; İkincisoy v. Türkiye, Başvuru no. 26144/95, 27.07.2004 tarihli karar; Ceyhan Demir ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 344912/97, 13.01.2005 tarihli karar; Akkum ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 21894/93, 24.03.2005 tarihli karar; Acar ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 36088/97, 24.05.2005 tarihli karar; Süheyla Aydın v. Türkiye, Başvuru no. 25660/94, 24.05.2005 tarihli karar; Akdeniz v. Türkiye, Başvuru no. 25165/94, 31.05.2005 tarihli karar; Çelikkilek v. Türkiye, Başvuru no. 27693/95, 27.07.1998 tarihli karar; Kişmiş v. Türkiye, Başvuru no. 27306/95, 31.05.2005 tarihli karar; Yasin Ateş v. Türkiye, Başvuru no. 30949/96, 31.05.2005 tarihli karar; Tanış ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 65899/01, 02.08.2005 tarihli karar; Kanlıbaş v.

B. Yaşam Hakkı İhlalini Önlemede Hükümetçe Gerçek ve Yeterli Önlemler Alınmaması Nedeniyle İhlalin Saptandığı Başvurular

Olağanüstü hal bölgesinde yoğun olarak 1992-1996 yılları arasında başta Diyarbakır olmak üzere şehir merkezlerinde, kanaat önderi olarak kabul edilebilecek onlarca yazar, siyasetçi, öğretmen, sendikacı, gazeteci, avukat, imam ve toplumun değişik kesimlerinden insanlar sokak ortalarında faili meçhul biçimde öldürülmüşlerdir. Büyük çoğunluğunun bugüne kadar failleri saptanamamıştır. Mahkemeye yapılan başvurulardan sonra faillerinin saptandığı bildirilenler bakımından da, mahkeme saptandığı bildirilen bu faillerin gerçek failler olduğu noktasında hükümetin tezlerini inandırıcı bulmamıştır.⁵⁶

Mahkeme, Kılıç v. Türkiye,⁵⁷ Kaya v. Türkiye⁵⁸ ve Akkoç v. Türkiye⁵⁹ başvurularında, sırası ile gazeteci, doktor ve öğretmen-sendikacı olan maktullerin buldukları konum itibariyle bölgede yaşananlar karşısında resmi makamların olumsuz tutumları da dikkate alındığında yaşamlarının risk altında olduğunun bilinmesine rağmen yaşam hakkını korumada yakın, gerçek ve makul önlemleri almayan hükümeti yaşam hakkından sorumlu tutmuştur. Bu başlık altında mahkemenin ihlal tespit ettiği başvurular vardır.⁶⁰

C. Operasyonun Planlanmasındaki Yetersizlikler Nedeniyle Yaşam Hakkı İhlalinin Saptandığı Başvurular

Çatışmaların yoğun olarak yaşandığı dönemlerde, güvenlik görevlilerinin operasyonları sonucunda birçok sivil değişik biçimlerde yaşamlarını kaybetmiştir. Ergi v. Türkiye,⁶¹ Oğur v. Türkiye⁶² başvurularına

Türkiye, Başvuru no. 32444/96, 08.12.2005 tarihli karar.

⁵⁶ Olağanüstü hal bölgesinde bu cinayetlerin yerel olarak Hizbul-kontra olarak adlandırılan ve görevlilerce kontrol - hoşgörü gösterilen güçlerce işlendiği yaygın olarak kabul edilmektedir.

⁵⁷ Kılıç v. Türkiye, Başvuru no. 22492/93, 28 Mart 2000 tarihli karar.

⁵⁸ Mahmut Kaya v. Türkiye, Başvuru no. 22535/93, 28 Mart 2000 tarihli karar.

⁵⁹ Akkoç v. Türkiye, Başvuru no. 22947/93-22948/93, 10 Ekim 2000 tarihli karar.

⁶⁰ Demiray v. Türkiye, Başvuru no. 27308/95, 21.11.2000 tarihli karar; Koku v. Türkiye, Başvuru no. 27305/95, 31.05.2005 tarihli karar.

⁶¹ Ergi v. Türkiye, Başvuru no. 23818/94, 28 Haziran 1998 tarihli karar.

⁶² Oğur v. Türkiye, Başvuru no. 21594/93, 20 Mayıs 1999 tarihli karar.

konu olan olaylar bu başlık altındaki ihlallere örnektir. Bu olaylarda, hükümet tarafından kırsal alanda, silahlı örgüt mensuplarına karşı yapıldığı bildirilen operasyonlarda sırasıyla köydeki evinde bulunan bir kadınla, kömür ocağında bekçi olarak çalışan bir işçi güvenlik güçlerince açılan ateş sonucunda yaşamlarını yitirmiştir.

Mahkeme operasyonun planlanmasındaki yetersizlikler ile uygulanmasındaki ağır kusur ve ihmaller nedeniyle yaşam hakkının ihlaline karar vermiştir. Mahkeme Ergi v. Türkiye, Gezici v. Türkiye ve Gül v. Türkiye kararlarında da benzer tespiti yapmıştır.⁶³

D. Güvenlik Güçlerinin Orantısız Güç Kullanımının Neden Olduğu Yaşam Hakkı İhlallerinin Saptandığı Başvurular

Gül v. Türkiye⁶⁴ başvurusuna konu olan olayda, ev aramasına giden güvenlik güçleri kapıyı açmakta olan mağdura, daha kapıyı açmadan izah edemedikleri nedenle 50-55 adet kurşun sıkmışlar ve ölümüne neden olmuşlardır.

Kadın ve çocuklar gibi masum sivillerin bulunduğu bir eve, hedef görünmediği halde bu şekilde etkili ve otomatik silahlarla ateş açılarak yaşam hakkına son verilmesinde mahkeme kullanılan gücü, ulaşılmak istenilen hedefle hiçbir şekilde izah edilmeyecek biçimde orantısız bulmuştur.

Mahkeme birçok başvuruda da aynı tespiti yapmıştır.⁶⁵

⁶³ Ergi v. Türkiye, Başvuru no. 23818/94, 28.07.1998 tarihli karar; Gezici v. Türkiye, Başvuru no. 34594/97, 17.03.2005 tarihli karar; Gül v. Türkiye, Başvuru no. 22676/93, 14.12.2000 tarihli karar

⁶⁴ Gül v. Türkiye, Başvuru no. 22676/93,14 Aralık 2000 tarihli karar.

⁶⁵ Güleç v. Türkiye, Başvuru no. 21593/93, 27.07.1998 tarihli karar; Oğur v. Türkiye, Başvuru no. 21594/93, 20.05.1999 tarihli karar; Ahmet Özkan ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 21689/93, 06.04.2004 tarihli karar; Ağdaş v. Türkiye, Başvuru no. 34592/97, 27.07.2004 tarihli karar; Şimşek ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 35072/97, 26.07.2005 tarihli karar; Hamiyet Kaplan ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 36749/97, 27.07.1998 tarihli karar; Kaya ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 33420/96, 22.11.2005 tarihli karar; Kakoulli v. Türkiye, Başvuru no. 38595/97, 22.11.2005 tarihli karar.

E. Yürütülen Soruşturmanın Eksik ve Yetersiz Kalması Nedeniyle Yaşam Hakkı İhlallerinin Saptandığı Başvurular

Mahkeme, özellikle Olağanüstü Hal Bölgesi'nden yapılan diğer birçok başvuruda ise, yaşam hakkına güvenlik güçlerinin doğrudan müdahalesi olgusunu saptamamış, ancak yürütülen soruşturmanın eksik ve yetersiz oluşu nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁶⁶ Bu başvurularda öne çıkan olgu, yaşam hakkına güvenlik güçlerince son verildiği şüphesinin yeterince kanıtlanamamış olmasıdır. Ancak, savcılarının isteksiz ve yetersiz davranışlarının soruşturma dosyalarına yansımış olması yanında, güvenlik güçlerinin yargılanmalarını engelleyen olağanüstü hal mevzuatı, sözleşmenin temeli sayılan yaşam hakkı ihlallerinden Türkiye'nin yoğun biçimde sorumlu olması sonucunu ortaya çıkarmıştır.

F. Diğer İhlal Biçimleri

Mahkeme, Öneriyıldız v. Türkiye⁶⁷ başvurusunda 2. maddenin kamusal hizmetleri alanında da devletlere pozitif yükümlülük getirdiği

⁶⁶ Kaya v. Türkiye, Başvuru no. 22729/93, 19.02.1998 tarihli karar; Yaşa v. Türkiye, Başvuru no. 22495/93, 02.09.1998 tarihli karar; Tanrikulu v. Türkiye, Başvuru no. 23763/94, 08.07.1999 tarihli karar; Kıbrıs (Esas hk) v. Türkiye, Başvuru no. 25781/94, 10.05.2001 tarihli karar; Şemsi Önen v. Türkiye, Başvuru no. 22876/93, 14.05.2002 tarihli karar; Ülkü Ekinci v. Türkiye, Başvuru no. 27602/95, 16.07.2002 tarihli karar; Tepe v. Türkiye, Başvuru no. 27244/95, 09.05.2003 tarihli karar; Tekdağ v. Türkiye, Başvuru no. 27699/95, 15.01.2004 tarihli karar; Nuray Şen (No.2) v. Türkiye, Başvuru no. 25354/94, 30.03.2004 tarihli karar; Tahsin Acar (Esas hk) v. Türkiye, Başvuru no. 26307/95, 08.04.2004 tarihli karar; Buldan v. Türkiye, Başvuru no. 28298/95, 20.04.2004 tarihli karar; Erkek v. Türkiye, Başvuru no. 28637/95, 23.07.2004 tarihli karar; O. v. Türkiye, Başvuru no. 28497/95, 15.07.2004 tarihli karar; Şirin Yılmaz v. Türkiye, Başvuru no. 35875/97, 29.07.2004 tarihli karar; Seyhan v. Türkiye, Başvuru no. 33384/96, 02.11.2004 tarihli karar; A.K. ve V.K. v. Türkiye, Başvuru no. 38418/97, 30.11.2004 tarihli karar; Menteşe ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 36217/97, 18.01.2005 tarihli karar; Türkoğlu v. Türkiye, Başvuru no. 34506/97, 17.03.2005 tarihli karar; Toğcu (Restore Kararı) v. Türkiye, Başvuru no. 27601/95, 31.05.2005 tarihli karar; Fatma Kaçar v. Türkiye, Başvuru no. 35838/97, 15.07.2005 tarihli karar; Dündar v. Türkiye, Başvuru no. 26972/95, 20.09.2005 tarihli karar; Özgen ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 38607/97, 20.09.2005 tarihli karar; H.Y. ve HU.Y. v. Türkiye, Başvuru no. 40262/98, 06.10.2005 tarihli karar; Nesibe Haran v. Türkiye, Başvuru no. 28299/95, 06.10.2005 tarihli karar; Adalı v. Türkiye, Başvuru no. 38187/997, 31.03.2005 tarihli karar.

⁶⁷ Öneriyıldız v. Türkiye, Başvuru no. 48939/99, 18.06.2002 tarihli karar, *Polis Akademisi İnsan Hakları Kararları Dergisi*, Cilt 1, Sayı 4, s. 15

saptanmıştır. Bu başvuruya konu olayda, başvurucu 8 aile ferdi ile birlikte Ümraniye’de gecekondulu yapılaşmasının bulunduğu Kazım Karabekir mahallesinde ikamet etmektedir. Başvurucuların ikamet ettiği alan aynı zamanda 1970 yılından bu yana çöplerin döküldüğü Hekimbaşı çöplük alanında yakınındadır. Bu alanla ilgili bir dizi idari ve cezai yargılamalar devam ederken 28 Nisan 1993 tarihinde metan gazı sıkışması nedeni ile patlama meydana gelmiş ve başvurucuda sahibi bulunduğu bir kısım ev toprağa gömülmüş 26 kişinin öldüğü bu patlamada toplam 39 kişi zarar görmüştür. Bu patlama nedeni ile, idari soruşturmanın yanında, ceza soruşturması da başlatılmış, başvurucuda idari yargıda tam yargı davası açmıştır. Tüm bu yargısal süreç, olayın vahametine uygun bir biçimde başvuru tarihine kadar sonuçlanmamıştır. Başvurucular sözleşmenin 2. maddesi ile koruma altına alınan yaşam haklarının yanı sıra sözleşmenin 6/1, 8., 13. ve 1 nolu protokolün 1. maddesi ile korunan mülkiyet haklarının ihlal edildiği gerekçesi ile mahkemeye bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Mahkeme bu konu ile ilgili yaptığı değerlendirmede;

“Bu ilkeler ışığında, mahkeme, her şeyden önce, yaşam hakkı ihlalinin, sadece hükümet tarafından ifade edilen alanlarla bağlı değil, çevre sorunlarıyla ilişkili tasarlanabileceğini, fakat aynı zamanda yaşama hakkı veya yaşama hakkının farklı yönleri için ciddi bir riske yer verebilecek diğer alanları kesin olarak belirtmelidir. Bu açıdan mahkeme, çevre alanında ve özellikle kullanım atıklarının stoklama alanları ve bunların işletilmesinden kaynaklanan riskler hakkında, milli kamu idarelerine düşen yükümlülükleri ile artan bir duyarlılığın doğrulanması olgusuna dikkat çeken Avrupa normlarının yakın geçmişteki evrimin hatırlatmaktadır.⁶⁸

Mahkeme, idari makamların sözü edilen durumla ilgili olarak, Ümraniye’nin bazı gecekondulu mahalleleri sakinlerinin fiziki bütünlükleri kadar yaşamları için de belediye çöplüğündeki eksiklikler dolayısıyla reel biçimde tehdit altında olduklarını bildikleri veya bilmiş olmaları gerektiği sonucuna varmaktadır. Zira, bu makamlar söz konusu problemlere çözüm getirmemişlerdir ve yürürlükte olan düzenlemeler gereğince kendilerine verilen yetkiler çerçevesinde, söz konusu risklerin ortaya çıkmasını engellemek için makul bir şekilde beklemenin dışında

⁶⁸ Öneriyıldız v. Türkiye, parag. 64.

hiçbir şey yapmamışlardır. Ayrıca bu risklerden mahalle sakinlerini bilgilendirme yükümlülüklerini yerine getirmemişlerdir. Bu bilgilendirme yapılmış olsaydı, Hekimbaşı Çöplüğü'nün yakınında ikamete devam eden başvuru ve ailesi risk değerlendirmesi yapma imkanına sahip olabilirdi.⁶⁹

Mahkeme bu kararı ile çevre sorundan kaynaklı nedenle gerekli idari ve yargısal tedbirleri zamanında alınmaması ve etkin bir adli prosedürünün işletilmemesi nedenleri ile sözleşmenin 2. maddesi ile korunan yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkemenin bu başlık altında ihlal tespiti yaptığı diğer bir başvuruda, Kılınç ve diğ. v. Türkiye kararıdır.⁷⁰ Bu karara konu olan olayda, 1992 yılında kendisine atipik deprasyon teşhisi konulan. M. C. Kılınç, askere alındığı 1994'ün ilk günlerinden itibaren askeri hastanelerde tedavi görece kadar psikiyatri hastasıdır ve 15 Mayıs 1995'te askeri cezaevinin nöbetçi kulübesinde dolu silahla nöbet tutarken silahıyla kendini şakağından vurarak intihar etmiştir. Mahkeme başvuruyu sözleşmenin 2. maddesi bağlamında incelerken, devletin bu durumu bilmesine rağmen, askere alınmadan önce ve alındıktan sonra izlenen usullerde kusurlu olması nedeni ile sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiği tespitini yapmıştır.

SONUÇ

2001'den itibaren Anayasal ve yasal değişiklikler ile 2004 Anayasa değişiklikleri, Türkiye'de ölüm cezası bakımından yaşam hakkı lehine önemli bir aşama sağlamıştır. Bu aşama son olarak ölüm cezasını her halde kaldıran İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 13. protokolün onaylanması ile tamamlanmıştır. Ancak hukuk dışı tutumlar nedeniyle yaşam hakkının ihlali tartışmaları sürmektedir.

Türkiye'de yaşam hakkının ihlalinin ulaştığı boyut İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından saptanmış olup, kararlar bu yönlü önlemlerin yasal düzeyde nasıl sağlanabileceği açısından da yol göstericidir. Bu anlamdan gerekli önlemlerin alınması aynı zamanda yaşamsal zorunluluk taşımaktadır.

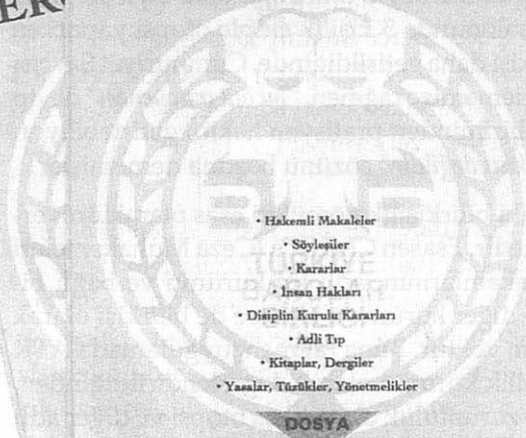
⁶⁹ Öneriyıldız v. Türkiye, parag. 87.

⁷⁰ Kılınç ve diğ. v. Türkiye, Başvuru no. 40145/98, 07.06.2005 tarihli karar.

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1302-2710



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

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

YENİ İŞ YASASI

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

VERGİ BORCU NEDENİYLE YURT DIŞINA ÇIKIŞ YASAĞI

(ABD YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN LIPPER KARARI'NDAN, İNSAN
HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ'NİN RIENER KARARINA:
HUKUK STANDARTLARI)

Billur YALTI *

Giriş

Türk vergi hukukunda, vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkış yasağı uygulaması hukuk standartları bakımından tartışmalı bir kurum olagelmıştır. Yurt dışına çıkış yasağı vergi yükümlüsünün seyahat özgürlüğüne bir devlet müdahalesidir. Bu nedenle, özgürlüğün sınırlandırılmasını ifade eden bu müdahalenin, meşru ve ölçülü olarak yapılıp yapılmadığı hukuk devleti uygulaması açısından ölçülenmesi gereken bir konudur.

Vergi yükümlüsünün seyahat özgürlüğüne getirilen sınırlamanın yasal dayanağı, Pasaport Kanunu'nun¹ 22. maddesi olmuştur. Buna göre, vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere pasaport veya seyahat vesikası verilmeyeceği (f. 1), bunların yurt dışına çıkışlarının engelleneceği ve kendilerine pasaport veya vesika verilmeyeceği (f. 4), verilmişse geri alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, vergi borçlusu, ya pasaport verilmeyerek ya da fiilen² sınır kapısından çevrilmek suretiyle yurt dışı çıkış yasağı konusu olabilmektedir. Yasağın esas ve usule ilişkin konuları Maliye Bakanlığı'nın tebliği ile düzenlenmiş, borç miktarına ilişkin sınır, borcun nevi, yasağın kaldırılma koşul ve usulleri tebliğ hükümleri ile belirlenmiştir.³

* Prof. Dr. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı.

¹ 5682 sayılı Pasaport Kanunu, RG 24.7.1950.

² Güneş, Gülsen, "Vergi İdaresinin Yurt Dışı Seyahat Özgürlüğüne Müdahalesine Eleştirel Bakış," *Vergi Sorunları*, Sayı 203, Ağustos 2005, s.117-118.

³ Tahsilat Genel Tebliği, Seri. no. 395, RG 11.6.1996; Tahsilat Genel Tebliği, Seri No.439, RG 27.4.2006.

Vergi tahsil olanaklarını koruma tedbiri olarak bu yasağın Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da (AATUHK) düzenlenmesi daha doğrudur.⁴ Nitekim bu mahiyette bir kanun tasarısı TBMM gündemindedir. Tasarı çerçevesinde, AATUHK'a eklenecek mükerrer 36.madde yurt dışına çıkış yasağı başlığı altında şu düzenlemeyi içermektedir:⁵ Amme borçlusu hakkında alacaklı tahsil dairesinin talebi üzerine ilgili makamlarca yurt dışına çıkış yasağı uygulanır(f. 1). Maliye Bakanlığı, yurt dışına çıkış yasağı uygulanmasını gerektirir amme alacağının tutarını, hangi hallerde yasağın kaldırılacağını ve diğer usul ve esasları belirlemeye yetkilidir (f. 2).

Bu madde metni, yürürlükteki sistemin seyahat özgürlüğüne (AY m. 23) aykırılığı yönünde bugüne kadar doktrinde⁶ yer alan veya sistemin aksayan yönleri için uygulamacılar⁷ tarafından ortaya konulan eleştirilerin, yasa hazırlayıcıların ve yasa koyucuların gündemine girmediğini ortaya koymaktadır. Çünkü bu madde ile yine kanunda yer alması gereken esasa ilişkin konular idarenin düzenlemesine bırakılmaktadır. Maddede sadece kodifikasyon değişikliği yapılmakta, Pasaport Kanunu metninde yer almayan (ama de facto kullanılan) "yetki" düzenlemesi getirilmekte, vergi borcundan amme borcuna geçişin yasal zemini oluş-

⁴ Aynı yönde, Güneş, s.126-127.

⁵ TC Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-1109/2198, 12.5.2005, *Bazı Kamu Alacaklarının Tahsil ve Terkinine İlişkin Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu* (1/1030), Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, TBMM (S. Sayısı: 904), Madde 16.

⁶ A. Doğrusöz, Bumin, "Vergi Borcu Nedeniyle Yurt Dışına Çıkış Yasağı ve 5 Milyarlık Sınır," *Yaklaşım*, Sayı 72, Aralık 1998; Güneş, s. 125 vd.

^{b)} Özek, Çetin, "Pasaport Kanunu'nun 22. Maddesi Anayasa'ya Aykırı mıdır?" (Mahkeme Kararları Kroniği), *İHFİM*, C. XXIX, S.4, 1964, s.1168 vd; Aybay, Rona, "Bir Kamu Özgürlüğü Sorunu: Pasaport Kanunu'nun 22. Maddesi," *Amme İdaresi Dergisi*, C. VII, Sayı 4, 1974, s.11; Szer, Abdullah, "Pasaport Kanunu Madde 22 ve 23: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 4 No.lu Protokol'e Aykırılık Sorunu," *AÜSBF Dergisi*, C. 57, No.3, Temmuz-Eylül 2002, s. 49; Koca, Mahmut, "Tutuklamada Orantılılık İlkesi Çerçevesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak Yurt Dışına Çıkarmama," <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/MKoca1.html>

⁷ Öztürk, Orhan, "Vergi Borcu Nedeniyle Yurt Dışına Çıkma Yasağı," *Vergi Dünyası*, Sayı 162, Şubat 1995; Kıratlı, Aydın, "Vergi Borcu Olanlara Yurt Dışına Çıkış Yasağı Uygulaması," *Vergi Dünyası*, Sayı 219, Ocak 2000; Sağlam, Erdoğan, "Vergi Borcu Nedeniyle Yurt Dışına Çıkış Yasağı Konulması," *Vergi Dünyası*, Sayı 248, Nisan 2002; Nur, Ekrem, "Vergi Borcu Nedeniyle Yurt Dışına Çıkış Yasağı Uygulamasının Anayasa'ya Aykırı Olduğu", *Yaklaşım*, Sayı 147, Mart 2005; Çetinkaya, Oğuz, "Vergi Hukukunda Yurt Dışı Çıkış Yasağı Uygulaması," <http://www.legalisplatform.net/ozel-dosyalar.asp?syf=2>

turulmaktadır. O halde yurt dışına çıkış uygulamasında problem alanlar hala güncelliğini korur görünmektedir, çünkü getirilmesi düşünülen düzenleme de anayasa/ insan hakları hukukunun ilke ve standartlarını yansıtır mahiyette değildir.

Seyahat özgürlüğünün vergi borcu nedeniyle sınırlandırılmasında uygulanacak hukuk standartları Anayasa/BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi/İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) düzleminde bir okuma biçimi gerektirir. Gerçi Pasaport Kanunu'nun 22.maddesi, 1963 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya uygun bulunmuştur. Mahkeme, *"bir vergi borçlusunun yurt dışına çıkması, devlet alacağını tahsil-siz hale getirebilir. Devlet gelirleri ile başarılabilecek kamu hizmetlerini ilgilendiren bu konuda kanun koyucunun, kamu yararına tedbirler almasında Anayasa'ya aykırılık düşünülemez. Borcunu ödemesi halinde seyahatine engel kalmayacak olan bir kimsenin borçlu olduğu sürece, yurt dışına çıkmasının yasak edilmesiyle seyahat hürriyetinin özüne dokunulmuş olamaz"* demiştir.⁸ Bununla beraber literatürde, vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkış yasağının Anayasa'ya ve/veya İHAS'a aykırı olduğu haklı olarak yinelenmiş ve AYM kararı eleştirilmiştir.⁹

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), yakın tarihli Riener Kararı'nda,¹⁰ Bulgaristan'daki vergi borcu nedeniyle yurt dışı çıkış yasağını sözleşmeye aykırı bulmuştur. Ülkemizde 31.5.2006 tarihi itibarıyla sadece İstanbul'da, hakkında yurt dışı çıkış yasağı bulunan 28.732 yükümlü vardır, bu sayı Haziran verileri ile 30.217'ye yükselmiştir.¹¹ Bu açıdan, bu yazının amacı, uygulanan ve AATUHK çerçevesinde uygulanmaya devam edecek olan yasağın hem Anayasa'ya hem de BM ve İHAS sözleşmelerine aykırı yönlerini Riener Kararı üzerinden yeniden değerlendirmektir. Ancak bu yazıda, sadece Avrupa hukuku değil, Amerikan standartları da ele alınacaktır. Amaç ulusal düzenlemelerimizin hukuka aykırılığını uluslararası standartlar bağlamında ortaya koymaktır.

⁸ E.1963/190, K.1963/100, 29.4.1963, <http://www.anayasa.gov.tr>

⁹ Bkz., dipnotu 2 ve 6.

¹⁰ Riener v. Bulgaria, 27.5.2006. Karar metnine <http://cmiskp.echr.coe.int> adresinden ulaşılabilir.

¹¹ Söz konusu bilgiye bakanlık yetkilileri ile şahsi görüşme sonucu şifahen ulaşılmıştır.

I. Yurt Dışına Çıkış Yasağı:

Tahsil Olanaklarını Koruma Tedbiri: Ulusal Hukuklar

1. Anglo Amerikan Hukuku

a. ABD: Lipper Kararı

Amerikan hukukunda yurt dışına çıkış yasağı, verginin tahsilini sağlamaya yönelik araçlardan biridir ve vergi idaresinin tahsil olanaklarını koruma amacını taşır.¹² Bu anlamda, yükümlünün bedensel varlığına değil, malvarlığına yöneliktir. İç Gelir Yasası (IRC), Sec. 7402 (a) çerçevesinde, vergi yasalarının uygulanması için yurt dışına çıkış yasağının uygulanabilmesi ancak mahkeme kararı ile olanaklıdır (a writ of ne exeat republica).¹³ Yargı organları, yasağın, olağanüstü bir önlem olduğunu¹⁴ ve anayasal bir hak olan seyahat özgürlüğüne getirilen sınırlama nedeniyle de hukukun üstünlüğüne dayalı olarak uygulanması gerektiğini belirtir.¹⁵ Bu çerçevede, mahkemedен çıkış yasağı kararı isteyen vergi idaresi, olayın bütün olgu ve koşullarını ortaya koymak durumundadır.¹⁶ Yükümlünün vergi borcu olduğu, malvarlığını yurtdışına transfer etme amacının bulunduğu, daimi olarak yurt dışına kaçma niyeti vergi idaresi tarafından kanıtlanmalıdır.¹⁷

Amerikan hukukunda vergi borcundan yurtdışı çıkış yasağının standartlarını belirlemek açısından, IRS v. Lipper Davası¹⁸ iyi bir örnek teşkil eder. Dava konusu olaylar şöyledir:

Bay Lipper, Amerikan İç Gelir İdaresi (IRS)'in yazılı bilgi taleplerine yanıt vermemiş, tebligat için dairesine gelen vergi memurlarına kapıyı açmamış, telefonuna bırakılan mesajlara cevap vermemiştir. IRS, Lipper'in bu süreçte iki adet gayrimenkulünü sattığı, mobilya ve eşyalarını elden çıkardığı istihbaratını almıştır. Son bilinen adresine yapılan ziyarette kapı açılmamış, kapıcı olduğunu iddia eden bir şahıs diafondan Lipper'in o adresten ayrıldığını söylemiştir. Komşular, Lipper'in bütün

¹² Bkz., US Department of Justice, Tax Division Judgement Collection Manual, http://www.assetprotectionbook.com/judgment_collection_II-prejudgment.htm

¹³ 26 U.S.C. § 7402(a), 28 U.S.C. § 1651.

¹⁴ IRS v. Lipper, 1981 WL 1762 (N.D. Cal.1981), para.54.

¹⁵ IRS v. Lipper, para.53.

¹⁶ IRS v. Lipper, para.54.

¹⁷ United States v. Shaheen, 445 F. 2d 6 (7th Cir. 1971)

¹⁸ IRS v. Lipper, para.1-48.

eşyalarını ve söz konusu daireyi başka bir şahsa sattığını ifade etmiştir. Daireyi satın alan kişinin binada kapıcı diye bir kişi olmadığını söylemesi üzerine, memurlar tekrar dairenin kapısını çalmıştır. Daha önce kapıcı olduğunu iddia eden kişi, Lipper olduğunu, ülke dışına çıkmayı planladığını kabul etmiştir. Dairede yapılan aramada evin boş olduğu, bavulların hazır beklediği belirlenmiş, bir Fransa haritası, İngilizce-Fransızca bir sözlük, Fransa vize başvuru formları, birçok eşya satış faturası bulunmuştur. Telesekretere bırakılmış bir mesajda, “Fransa’da bol şans” dendiği tespit edilmiştir. Her ne kadar Fransa’ya uçak bileti alındığı veya rezervasyon yaptırıldığı belirlenemezse de, Lipper IRS memurlarına biletlerini genellikle havaalanından nakit ödeme ile aldığı ifade etmiştir. Bunun üzerine IRS, Lipper’in yurtdışına çıkışının yasaklanması için mahkemeye başvurmuştur.

Mahkeme şöyle demiştir: “Hükümet yurtdışı çıkış yasağı talebinin olgusal dayanaklarını ve sebeplerini ortaya koymuştur. Hükümet, Lipper’in büyük miktarlara ulaşan vergi borcu bulunduğunu, bütün önemli varlıklarını tasfiye ettiğini, derhal ve sürekli olarak bu ülkeyi terk etme amacını kabul ettiğini, yurtdışına çıkış yasağı olmaksızın Lipper’in malvarlığının önemli bölümününün, imkansız değilse de büyük oranda, tahsile konu edilmesinin zor olacağını ortaya koymuştur. Buna ek olarak, Hükümet, yurt dışı çıkış yasağı kararı verilmediği takdirde, Lipper’in vergi borcunun yerine getirilmesini sağlamaya yönelik girişimlerin boşa gideceğini göstermiştir. ...”¹⁹

Bu davadan yurt dışı çıkış yasağı konusunda şu standartlar tespit edilebilir: 1. yurt dışına çıkış yasağının mahkeme kararına bağlanması, 2. yurt dışı çıkış yasağının gerekliliğini ispat yükünün vergi idaresine düşmesi, 3. malvarlığını yurt dışına çıkarma amacının varlığına dair makul şüphenin bulunması ve 4. yurt dışına çıkış ile tahsilat imkansızlığı arasında illiyet bağının bulunması.

b. İngiltere

İngiltere’de vergi idaresi mahkemedен Mareva yasaklaması (bir kişinin malvarlığını yurtdışına çıkarmasını yasaklayan karar), diğer tarafın ülke dışına çıkışının yasaklanması şeklinde Bayer yasaklaması (Yüksek Mahkeme Yasası 1981, Sec. 37(1)), veya aynı mahiyette sonuçları olmakla

¹⁹ IRS v. Lipper, para. 55.

birlikte eski çıkış yasak kararı (writ of “*ne exeat regno*”) isteyebilir. Kişinin sadece bir miktar borcu ödememiş olması kararın alınması için yeterli değildir. Mahkemeden Sec. 37(1) çerçevesinde bir karar alınabilmesi için, davacı, kararın “*gerekli ve uygun*” olduğuna mahkemeyi ikna etmelidir. *Ne exeat regno* kararı bir dizi koşul mevcutsa verilebilir, mesela diğer tarafın ülke içinde bulunmaması halinde davacının eylemde bulunmasının maddi olarak tehlikeye düşeceğine inanması için yeterli sebebin ortaya konması gibi. Bu kararlar kişinin özgürlüğüne müdahale olduğundan, gerektiğinden uzun süreli olarak verilemez.²⁰

c. İrlanda

İrlanda mahkemeleri de, İngiliz mahkemeleri gibi, Mareva veya Bayer yasaklaması verebilir. Yüksek Mahkeme, bu yöndeki kararların yalnızca istisnai olarak ve koşulların gerektirmesi sebebiyle verilebileceğine karar vermiştir. Bu koşullardan biri de, kişinin adaletin yerine gelmesini ve/veya mahkeme kararının uygulanmasını engellemek amacıyla yurt dışına çıkmak üzere olduğuna inanmak için makul nedenlerin bulunmasıdır. Yasak kararı cezalandırma amacıyla verilemez. Yasak kararı daha alt düzey bir yol yeterli olacaksa verilmez, verilen karar da ara mahiyette bir karardır ve kısa bir zaman dilimi ile sınırlı olmalıdır.²¹

2. Kıta Avrupası Hukuku

Vergi borçları nedeniyle yükümlünün yurt dışına çıkışının yasaklanabildiği ülkeler şunlardır: Hırvatistan, Moldova, Hollanda, Slovakya, Gürcistan, Polonya, Rusya, Ukrayna ve Norveç. Yunanistan ve Macaristan söz konusu mevzuatı yürürlükten kaldırmıştır. Bu ülkelerin çoğunda, ödenmeyen vergi borçları için seyahat yasağının getirilmesi koşulsuz değildir. Örneğin Hırvatistan’da, yükümlünün vergi kaçıracağı konusunda makul şüphe varsa pasaport başvurusu reddedilebilmektedir. Hollanda’da, vergi ödevini yerine getirmeyi ihmal ettiğine inanmak için iyi sebepler varsa, pasaport verilmeyebilir veya iptal edilebilir.

²⁰ Riener v. Bulgaria, para. 76-78.

²¹ Riener v. Bulgaria, para. 80.

Slovakya’da, bir vatandaşın bir kararın uygulanmasından kaçındığı veya kararın uygulanmasını engellemeye çalıştığı veya böyle yapacağına inanmak için sebepler olduğu takdirde, mahkeme veya vergi idaresinin talebi ile pasaport iptal edilebilir veya talep reddedilebilir (yabancılara da yurt dışı çıkış yasağı uygulanabilir). Polonya’da, hakkında borcunu yerine getirmedeği yönünde kesin mahkeme kararı bulunan kişilerin yurt dışına çıkışı, sadece o kişinin yurt dışına çıkışı borcun tahsilini imkansız hale getirecekse engellenebilir. Norveç’te, eğer bir mahkeme kararının uygulanması için gerekli ise ve malvarlığına el konulması yeterli teminatı sağlamıyorsa borçlunun yurt dışına çıkışı engellenebilir (eğer olayın mahiyeti ve tüm koşulları etrafında çıkış yasağının uygulanması orantısız ağırlıkta bir önlem niteliği kazanıyorsa yasak kararı verilemez) ve karar 3 aylık süre sonunda kendiliğinden kalkar.²²

II. Yurt Dışına Çıkış Yasağı:

Tahsil Olanaklarını Koruma Tedbiri: Uluslararası Hukuk

a. BM Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 12. maddesi, seyahat özgürlüğünü düzenler. Buna göre:²³

1. Bir devletin ülkesinde hukuka uygun olarak bulunan bir kimse, o ülke sınırları içinde seyahat etme özgürlüğüne ve yerleşeceği yeri seçme hakkına sahiptir.

2. Herkes kendi ülkesi de dahil, bir ülkeden ayrılmakta serbesttir.

3. Yukarıda belirtilen haklar, bu sözleşmede tanınan diğer haklara uygun olarak ulusal güvenlik, kamu düzeni (ordre public), genel sağlık veya genel ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli sebepler ile hukuken öngörülmüş sınırlamalar dışında hiç bir sınırlamaya tabi tutulamaz.

²² Riener v. Bulgaria, para. 72-74.

²³ a) Çeviren Osman Doğru, bkz., <http://aihm.anadolu.edu.tr>; İlgili olarak bkz., Aybay, Rona, “Bir İnsan Hakkı Olarak Uluslar arası Seyahat Özgürlüğü,” *İnsan Hakları Yılı*, Yıl 1, 1979, s.80.

b) BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’ni onaylamış ve onay belgesi 23.9.2003 tarihinde Birleşmiş Milletler (BM) Genel Sekreteri’ne tevdi edilerek, söz konusu Sözleşme’ye taraf olunmuştur (Kanun No. 4868, RG 18.6.2003; BKK. No. 2003/5851, RG 21.7.2003.

4. Hiç kimse, kendi ülkesine girme hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz.

*"3. fıkranın hazırlık çalışmaları, başlangıçta sınırlama sebeplerinin bir liste halinde 14 madde halinde sıralandığını göstermektedir. Bunlar arasında vergi borçları da vardır, sonra genel bir sınırlama düzenlemesi getirilerek listeden vazgeçilmiştir. Birleşmiş Millet İnsan Hakları Komitesi, 27. nolu (1999) yorumunda –ki bu yorum İHAS yorumuna da temel teşkil eder– şöyle demiştir: 'Sınırlamanın sınırlama sebeplerine hizmet etmesi yetmez, aynı zamanda onları korumak için gerekli olmalıdır. Sınırlayıcı önlemler orantılılık ilkesine uygun olmalı, koruma fonksiyonunu yerine getirmeye uygun olmalıdır, arzu edilen sonucu gerçekleştirmeye yarayabilecek önlemler içinde en az müdahaleci önlem seçilmelidir, ayrıca korunan fayda ile orantılı olmalıdır.'"*²⁴

b. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

a. Kural

İHAS 4. nolu Protokol'ün 2. maddesi seyahat özgürlüğünü düzenler.²⁵

Buna göre,

"Bir devletin ülkesi içinde hukuka uygun olarak bulunan herkes, bu ülke içinde serbestçe seyahat etme hakkına ve ikametgahını seçme özgürlüğüne sahiptir.

Herkes kendi ülkesi dahil, bulunduğu ülkeden çıkmakta serbesttir.

Bu hakların kullanılmasına, ulusal güvenlik veya kamu güvenliği için, kamu düzeninin sürdürülmesi, suçların önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından hukuka uygun bulunmayan ve demokratik bir toplumda gerekli olmayan herhangi bir sınırlama konamaz.

²⁴ Riener v. Bulgaria, para. 82-83.

²⁵ 4.Protokol, 16 Eylül 1963 tarihinde imzaya açılmış ve 2 Mayıs 1968 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 4. Protokol'ü onaylamıştır (Kanun No. 3975 RG 26.2.1994, BKK No.84/5749, RG 14.7.1994). Ancak onay belgelerinin teatisi tamamlanmadığından Türkiye halen Protokol'e taraf değildir.

Birinci fıkrada belirtilen haklar ayrıca, belirli bölgelerde, demokratik bir toplumdaki kamu yararının haklı kıldığı ölçüde ve hukuka uygun olarak sınırlanabilir."²⁶

Bu maddenin vergi borçları bakımından değerlendirildiği dava Reiner davasıdır. Şimdi bu davadaki standartları belirleyelim.

b. Yorum: İHAM Riener Kararı

aa. Olgular

Dava konusu olayın özeti şöyledir:²⁷ 1985'te Avusturya'ya taşınan Bulgaristan vatandaşı Riener 1989'da Avusturya vatandaşlığını almıştır. Avusturya merkezli bir şirketin ortağı ve üst düzey yöneticisi olan Riener 1991'de Bulgaristan'da dar yükümlü sıfatıyla mükellefiyet tesis ettirmiştir. Faaliyet konusu Bulgaristan'a kahve ithalatıdır. 1991 ila 1995 yılları arasında zamanının çoğunu Bulgaristan'da geçiren başvuru o tarihten itibaren Bulgaristan'da oturmaktadır. 1 Temmuz 1992'de Sofya Vergi Dairesi, başvuru hakkında ödenmeyen özel tüketim vergisi ve faiz olmak üzere toplam 1 Milyon ABD dolarına eşit ek vergi tarhiyatı yapmıştır. Söz konusu işlem hakkında Riener'in yaptığı bütün itirazlar ve açtığı davalar reddedilmiştir. 1992 ve 1993 yıllarında vergi idaresi başvuruçunun ve şirketinin banka hesaplarına tedbir koymuştur. Bu da vergi alacağının ancak %2'sine tekabül etmiştir.

1 Mart 1995'te Sofya Vergi Dairesi, Pasaport Dairesi'nden Pasaport Kanunu uyarınca, mahkemelerce onaylanan(kesinleşmiş) vergi borçları ödenene kadar yurt dışına çıkış yasağı kararı almasını talep etmiştir. 7 Mart 1995'te Pasaport Dairesi yurt dışı çıkış yasağı kararını almış ve 4 Nisan 1995'te Bulgar sınır polisi, Yunanistan'a geçmeye çalışan Riener'in Avusturya pasaportuna el koymuştur. Başvuruçunun Bulgaristan pasaportu yoktur. Riener'in başvurusu üzerine, Pasaport Dairesi vergi borcu nedeniyle yurtdışı çıkış yasağı uygulandığı bilgisini kendisine vermiştir. Riener İçişleri Bakanlığı'na itiraz etmiş, Bakanlık itirazı reddetmiştir. Riener, bunun üzerine dava açmıştır, ancak mahkeme yapılan işlemin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Temyiz sürecinde de davası

²⁶ CETS No.: 046, Çeviren Osman Doğru, bkz., <http://aihm.anadolu.edu.tr>

²⁷ Riener v. Bulgaria, para. 8 vd.

reddedilen Riener hakkında, Bulgaristan'daki yüksek enflasyon döneminde vergi idaresince yapılan yeni hesaplamalarla vergi borcu 160 bin ABD Doları olarak belirlenmiş, yurt dışı çıkış yasağı yenilenmiştir. Riener'in yasağın kaldırılması yönündeki bütün itiraz ve davaları reddedilmiş, 26 Ağustos 2004'te vergi borcunun zamanaşımına uğraması nedeniyle yasağın kaldırılmıştır. Bu süreçte Riener'in Bulgar vatandaşlığının yeniden tanınması yönündeki taleplerinin reddi, tazminat davaları süregelmiştir. Başvurucu, vergi borcu nedeniyle yurt dışı çıkış yasağı uygulamasının 4. protokolün 2. maddesi çerçevesinde seyahat özgürlüğünü ihlal ettiği iddiası ile İHAM'a taşımıştır.²⁸

bb. Test Standardı

İHAM herhangi bir sınırlamanın sözleşmeye uygun olup olmadığını ölçmek için şu standardı geliştirmiştir:

*"P-4-2 kişinin, seçimine bağlı olarak diğer bir ülkeye gitmek için ülke dışına çıkma hakkı da dahil olmak üzere, seyahat özgürlüğünü güvence altına alır. Bu hakkı sınırlayan herhangi bir önlem yasaya dayalı olmalı, Sözleşme maddesinde geçen meşru amaçlarla yapılmalı ve kamu yararı ile birey hakkı arasında adil bir denge gözetmelidir. ...Başvurucunun Bulgaristan'ı terk etmesine yönelik yasağın bir kamu otoritesinin kişinin yurtdışına çıkış hakkına müdahale teşkil eder. O halde, bu müdahalenin yasal olup olmadığı ve meşru bir amacın gerçekleştirilmesi için demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı araştırılmalıdır."*²⁹

Mahkemenin test standardı, 1. sınırlamanın yasal olup olmadığı; 2. sınırlamanın meşru bir amaca dayanıp dayanmadığı; 3. sınırlama-

²⁸ İlgili mevzuat açısından, Bulgar Anayasa'sı "herkes yurt dışına çıkma hakkına sahiptir ve bu hak, kanuna uygun olarak, ulusal güvenlik, kamu sağlığının ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlanabilir" şeklindedir. Pasaport Kanunu'na göre, kişinin, malvarlığının borç miktarını karşıladığı veya teminat gösterildiği haller müstesna olmak üzere, devlete veya Bulgar vatandaşı gerçek veya tüzel kişilere karşı önemli mali borçlarının bulunduğu mahkeme kararıyla sabit olduğunda, pasaport talebi reddedilebilir veya mevcut pasaporta el konabilir. Yabancılar Yasasına göre ise bir yabancı'nın devlete mali yükümlülük veya para cezası borcunun bulunduğu hallerde yurtdışına çıkış izni verilmeyebilir. Yükümlülüklerin yerine getirileceğine dair taahhütte bulunulması veya teminat gösterilmesi hallerinde çıkış izni verilebilir.

²⁹ para. 109.

nın orantılı olup olmadığı şeklindedir. Bu son test, kamu-birey yararı dengesinin ölçülenmesini ifade eder ve bütün olarak demokratik bir toplumda gereklilik testinin içeriğini oluşturur. Diğer bir deyişle, “demokratik bir toplumda özgürlüklerin sınırlandırılmasının hukuka uygun olabilmesi için sınırlama ve izlenen amaç arasında ölçülü bir oranın bulunması”³⁰ gerekir.

cc. Test Uygulaması

aaa. Yasallık

Mahkeme, sınırlamanın Bulgar hukukunda hukuki dayanaklarının olduğu değerlendirmesini yaparak şöyle devam etmiştir:

*“Mahkemeye göre, yurt dışına çıkış yasağının hukukiliğine ilişkin olarak cevaplanması gereken diğer sorular, yani yasağın süresi, borcun hesaplanması ve zamanaşımı meselesi bakımından öngörülebilirliğin ve yetkililerin hukuki işlemlerinde belirliliğin sağlanıp sağlanmadığı sorusu orantılılık problemi ile yakından bağlantılıdır ve P-4-2/3 çerçevesinde ele alınmalıdır...”*³¹

bbb. Meşru Amaç

Mahkeme, sınırlamayı meşru amaç yönünden değerlendirirken, başvuruçunun yurt dışına çıkış hakkının büyük miktarda vergi borcunun ödenmesini sağlama amacıyla sınırlandığını, mülkiyetin korunmasını düzenleyen Protokol 1-1’de devletin vergilerin ödenmesini sağlama amacıyla gerekli gördüğü önlemleri alma yetkisinin saklı tutulduğunu, bu türden sınırlamaların, kamu düzeninin sürdürülmesi ve başkalarının haklarının korunması amacıyla getirildiğini ve bu nedenle de yurt dışı çıkış yasağının meşru bir amacının bulunduğunu belirtmiştir.³²

³⁰ Metin, Yüksel, *Ölçülük İlkesi- Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara, 2002, s.88. Ayrıca bkz., Arslan, Zühtü, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler,” *Anayasa Yargısı*, No.19, Ankara, 2002, s.226.

³¹ para.112-113.

³² para.114-117.

ccc. Orantılılık

Mahkeme, orantılılık testini uygularken değerlendirmesini şu unsurlar üzerine kurmuştur:

Birincisi “*vergi miktarına*” ilişkin değerlendirmedir. Olayda tam miktar ortaya konulmamasına rağmen, nihai olarak 150 bin Avro’ya karşılık düşen bir vergi borcu için, “*söz konusu miktarda ödenmemiş vergi borcunun tahsil edilmesindeki kamu yararı, başvuruçunun hakları üzerinde uygun sınırlamaları gerektirebilir. Devletler mali politikalarını oluşturmak ve çerçevesini çizmek ve bu vergilerin ödenmesini garanti altına alan düzenlemeler yapmak konusunda belli bir takdir yetkisine sahiptir...*” demiştir.³³ Demek ki mahkeme, orantılılık testi için olay özelinde miktarın yüksekliği ile sağlanmaya çalışılan kamu yararı arasında bir denge gözetilmesini talep etmektedir.

İkincisi yurt çıkış yasağının “*uygulama süresine*” ilişkin değerlendirmedir: “*Mahkeme, Kasım 2000 tarihi itibarıyla... başvuruçunun hakkındaki yurt dışı yasağının beş yıldan fazla sürdüğüne dikkat çeker. Dahası, Eylül 2004 tarihine kadar yaklaşık dört yıl daha durum değişmemiştir. Kişinin seyahat özgürlüğünün sınırlandırılması başlangıçta gerekse bile, bunu otomatik olarak uzun bir zaman diliminde uygulamaya devam etmek, önlemi kişinin haklarını ihlal eden orantısız bir önleme dönüştürebilir.*”³⁴ Demek ki yasağın uygulama süresinin uzunluğu önemli bir unsurdur.

Üçüncüsü mahkeme, uygulamanın “*otomatik bir uygulama olup olmadığı*” değerlendirmiştir. Bunun anlamı, koşullara bağlı –tahsil imkânları, mal varlığı araştırması, yurt dışına çıkışın tahsil olanağı üzerindeki etkisi gibi– hiçbir değerlendirme yapılmaksızın, vergi borcu olmasının tek başına otomatik bir yurt dışı çıkış yasağına dönüşmemesi gereğidir: “*Orantılılık ilkesi çerçevesinde, ödenmeyen borç nedeniyle bir kişinin yurt dışına çıkış hakkının sınırlandırılması sadece amacına, yani borcun tahsiline hizmet ettiği müddetçe haklı olabilir. ... Yani, böylesi bir sınırlama, ödeme gücü olmadığı için fiilen (de facto) uygulanan bir cezaya dönüşmemelidir. Mahkemeye göre, yetkililer, vergi dairesinin vergi alacağına başka yollarla tahsili için makul girişimlerde bulunup bulunmadığı ve borçlunun ülkeyi terk etmesinin alacağın tahsilini imkansızlaştırıp imkansızlaştırmayacağı gibi faktörlerin ışığında*

³³ para. 118-119.

³⁴ para. 120-121.

kararlarını periyodik olarak değerlendirmeksizin kişinin seyahat özgürlüğüne yönelik sınırlamayı uzun dönemler boyunca sürdüremez. Başvurucunun davasında vergi idaresinin, hem 4. Protokol'ün Bulgaristan'da yürürlüğünden önce hem de sonra, aktif olarak alacağını tahsil girişiminde bulunduğu söylenemez. Özellikle, 1993 yılından sonra başvurucunun Bulgaristan'daki malvarlığına yönelik bir el koyma girişiminde de bulunulmamıştır. Başvurucunun 3 Ocak 1999 tarihine kadar haczedilen 50 bin ABD doları da bu tarihten sonra başvurucuya geri ödenmiştir. Başvurucunun Avusturya'daki malvarlığını- eğer varsa- araştırma yönünde bir girişimde de bulunulmamıştır. Mahkemeye göre, vergi alacağının en azından bir kısmını tahsil etmek için vergi dairesinin açık yollara başvurmamış olması, hükümetin yurt dışı çıkış kararının tahsilat için gerekli olduğu ve seyahat özgürlüğünün orantılı bir biçimde sınırlandırıldığı iddiasını ortadan kaldırmaktadır. Hükümetin iddiasının tersine yurt dışı çıkış yasağının dönemler itibariyle yenilenmesi, başvurucunun davranışlarının, mali kaynakları hakkındaki bilgiye veya ülke dışına çıkmasına izin verildiği takdirde tahsilat imkanlarının tehlikeye düşeceğini ortaya koyan somut bir göstergenin değerlendirilmesine dayanmamaktadır. Başvurucunun yurtdışında bir ailesinin bulunduğu değerlendirilmemiştir. Yurt dışı çıkış yasağına ilişkin idari kararlar ve bunları onaylayan yargı kararları, ne 4. Protokol'ün yürürlüğünden önce ne de sonra, herhangi bir orantılılık değerlendirmesi içermemiştir".³⁵

Dördüncüsü mahkeme, orantılılık ölçümlemesini sağlayacak unsurların yasada yer alıp almadığını değerlendirmiştir: "Bunun nedeni uygulanan yasanın, vergi dairesinin alacağını tahsil etmek için başka yollara başvurup başvurmadığı, borçlunun davranışları ve potansiyel ödeme gücünün olup olmadığı gibi sorular hakkında herhangi bir düzenleme içermemesidir. Yurt dışı çıkış yasağının kaldırabilmesinin tek yolu ödeme, yeterli düzeyde (açıkça anlaşıldığı kadarıyla toplam borç miktarını karşılayan) teminat gösterme veya olayda olduğu gibi alacağın zamanaşımına uğramasıdır. ... Bu koşullar altında, yurt dışı çıkış yasağı gerçekte süresiz, otomatik önlem mahiyetindedir. Yıllık olarak yapılan yenilemeler de, sadece başvurucunun borcunu ödemediğinin belgelendirilmesinden ibaret kalan, yasağın otomatik olarak devamını sağlayan, yasağın haklılığını ve orantılılığını araştırmayan bilgi notu mahiyetindedir."³⁶ Mahkeme değerlendirmesine şöyle devam etmiştir: "Mahkemeye göre, otomatik yurtdışı çıkış yasağı, P4-2 çerçevesinde, kişinin yurtdışına çıkış hakkına herhangi bir müdahalenin, olayın koşullarına göre, haklı ve uygulama

³⁵ para. 122-126.

³⁶ para. 127.

süresi boyunca orantılı olması konusunda idarenin gereken ihtimamı göstermesi ödevine aykırılık teşkil eder. Bu çerçevede bazı üye devletlerin yasalarında vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkış yasağı uygulaması ancak o kişinin yurt dışına çıkışına izin verildiği takdirde ödemededen kaçınabileceğine inanmak için somut sebepler varsa mümkün olabilmektedir. Ayrıca bazı ülkelerde yasağın süresi bakımından sınırlamalar da mevcuttur... Hangi yaklaşım tercih edilirse edilsin, mevzuatta ve uygulamada orantılılık ilkesine sadık kalınmalıdır. Olayda böyle olmamıştır.”³⁷

Beşincisi mahkeme, uygulamanın belirlilik ilkesine uygun olup olmadığını değerlendirmiştir: “Ayrıca, Bulgar yetkililer zamanaşımı süresinin dolduğu tarihi hiç belirlememiş ve borç miktarı konusunda farklı farklı hesaplamalar yapmıştır. Yıllık onay işlemlerinin yapılış biçimi –başvurucuya tebliğ edilmeyen dâhili yazılar- ve zamanaşımı meselesi, Sözleşmede içkin hukuki belirlilik ilkesine uygun değildir. Bu açıdan, ilgili yasa keyfiliğe karşı yeterli düzeyde usuli güvence içermemektedir.”³⁸

Mahkeme “sonuç olarak, yurt dışına çıkış yasağının otomatik mahiyeti, orantılılık ilkesinin değerlendirilmemiş olması, ilgili yasanın ve uygulamanın bazı konularda belirsiz oluşu ve yasağın çok uzun süre uygulanması nedenlerine dayanarak mahkeme bu yasağın gerçekleştirilmek istenen amaçla orantılı olmadığı sonucuna varmıştır. Seyahat özgürlüğü ihlal edilmiştir.”³⁹

Şimdi bu hukuk standartları ile ulusal mevzuatımızı değerlendirelim.

III. Yurt Dışına Çıkış Yasağı: Ceza Uygulaması: Türk Hukuku

a. Anayasa Kuralı

Anayasa, m. 23’e göre, herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir. Hiçbir hürriyet sınırsız değildir, ancak özgürlük asıl sınırlama istisnadır. Bu nedenle, seyahat özgürlüğü de, ancak sınırlamanın ölçü ve sınırını belirleyen Anayasa, m. 13 çerçevesinde sınırlanabilir. Buna göre,

³⁷ para. 128.

³⁸ para. 129.

³⁹ para. 130.

“Temel hak ve hürriyetler, özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet’in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Sınırlama sebepleri bakımından 13. madde, özgürlüğü düzenleme altına alan ilgili maddelere atıf yaptığına göre, seyahat özgürlüğünün sınırlama sebepleri 23. maddede yazılı olanlarla sınırlıdır. Buna göre, seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir. Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, (...) ⁴⁰ vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlanabilir.

Anayasa yurt dışına çıkış yasağı çerçevesinde değerlendirildiğinde, meşru sınırlamanın sebep, araç ve ölçüleri için şu tespitler yapılabilir:

Vatandaşın yurt dışına çıkışı ancak vatandaşlık ödevi (İHAS: kamu düzeninin sürdürülmesi-başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması) sebebiyle sınırlanabilir.

Vatandaşın yurt dışına çıkışı ancak kanunla (İHAS: hukuka-yasaya uygun) sınırlanabilir.

Vatandaşın yurt dışına çıkış hakkının özüne dokunulamaz (İHAS: demokratik toplumda gereklilik.

Vatandaşın yurt dışına çıkışı demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı bir biçimde sınırlanamaz (İHAS: demokratik toplumda gereklilik.

O halde, vergi borcu dolayısıyla yurt dışı çıkış yasağının bu meşruiyet standartlarına uygun olup olmadığını ölçümlemek gerekir. Bu yapılırken hem Anayasa, hem de uluslararası belge ve yargı yerlerindeki değerlendirmeler dikkate alınmalıdır. Her ne kadar Türkiye İHAS 4. Protokol’ü onaylamış, ⁴¹ ancak onay belgelerine ilişkin süreç tamamlanmadığından halen Protokol’e taraf olmamışsa da, BM Medeni ve Siyasi

⁴⁰ “Ülkenin ekonomik durumu” şeklindeki sınırlama sebebi, 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikle kaldırılmıştır (3.10.2001).

⁴¹ Kanun No. 3975, RG, 26.2.1994; BKK. No.84/5749, RG 14.7.1994.

Haklar Sözleşmesi'ni onaylamış⁴² ve onay belgesi 23.9.2003 tarihinde Birleşmiş Milletler (BM) Genel Sekreteri'ne tevdi edilerek, söz konusu sözleşmeye taraf olunmuştur. Bu nedenle, herhangi bir yurt dışı çıkış yasağı kararına karşı açılacak davada, Anayasa'ya aykırılık (AY, 152)⁴³ ve BM Sözleşmesi'ne aykırılık (AY, 90/5)⁴⁴ iddiasında bulunulabilecektir.

b. Anayasa Kuralındaki Standartlar: Pasaport Kanunu Standartlara Uygun mudur?

a. Sınırlama Sebebi: Vatandaşlık Ödevi

Seyahat özgürlüğünün sınırlama sebepleri arasında vatandaşlık ödevi geçmektedir, o halde vergi ödevinin bir vatandaşlık ödevi olup olmadığını belirlemek gerekir.⁴⁵

Gerek Anayasa'nın gerekse Anayasa Mahkemesi'nin vergi ödevini bir vatandaşlık ödevi olarak kabul ettiğine kuşku yoktur. Anayasa bütünü içinde vergi ödevini düzenleyen 73. maddenin sistematik değerlendirilmesi bunu ortaya koyar,⁴⁶ Anayasa'da vatan hizmeti (askerlik

⁴² Kanun No. 4868, RG 18.6.2003; BKK. No. 2003/5851, RG 21.7.2003.

⁴³ Anayasa, 152- Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

⁴⁴ Anayasa, 90/5- Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır. Bu maddenin vergi davalarında uygulama alanı için bkz., Yaltı, Billur, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Vergi Hukukunda Kaynak Değeri Üzerine," Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, MÜ Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2006.

⁴⁵ "Vergi borcu olan vatandaşın dış seyahat hürriyetinin kısıtlanması Anayasanın [1961] 11. maddesinde zikredilen sınırlama sebepleri dışında kalmaktadır" Anayasa Mahkemesi yargıcı Korkut Eken'in muhalefet şerhi, E.1963/190, K.1963/100, 29.4.1963.

⁴⁶ Anayasa'da, ikinci kısım temel haklar ve ödevler altında, birinci bölüm genel hükümler, ikinci bölüm kişi hakları ve ödevleri, üçüncü bölüm sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler, dördüncü bölüm siyasi haklar ve ödevler şeklinde sıralanır. Vergi ödevi, siyasi haklar ve ödevler bölümünde yer alır. Bu bölümde yer alan ve vergi ödevi dışında kalan hemen hemen bütün hak ve ödevler vatandaşlık kriterine oturur: Türk vatandaşlığı (m. 66)- Türk devletine vatandaşlık bağı ile ...; Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları(m.67)-her Türk vatandaşı seçme ..hakkına ...;

ödevi), vergi ödevi, zorla çalıştırma⁴⁷ ve çevresel ödevler⁴⁸ vatandaşlık ödevi olarak görülür. Anayasa Mahkemesi de vergi ödevini vatandaşlık ödevi olarak niteler.⁴⁹

Anayasa'nın 12. maddesi, herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu, temel hak ve hürriyetlerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiğini düzenler. Hangi ödevler sorusunun yanıtlarından biri de vergi ödevidir. Vergi ödevi hak/özgürlük - ödev/sorumluluk dengesi⁵⁰ bağlamında değerlendirildiğinde, vergi ödevinin demokratik toplum düzeninin organizasyonuna katkı payı, demokrasinin bedeli⁵¹ olarak nitelendirilmesi gerekir. Çünkü günümüzde vergi ödevi kavramı, yükümlülük vurgusu ile algılanan otoriter bir içerik yüklenmez, aksine yükümlünün demokratik hak ve özgürlüklerini kullanabilmesinin, bunların hayata geçirilmesinin bedeli olarak demokratik organizasyonunun finansmanı temelinde siyasi bir katılım payı olarak algılanır.⁵² Bugün literatürde vergi ödeme

Parti kurma, partilere girme ve partilerden çıkma(m.68)-*Vatandaşlar*, siyasi parti kurma...; Kamu hizmetlerine girme (m.70)- *Her Türk* kamu hizmetlerine ...; Vatan Hizmeti (m. 72)-Vatan hizmeti, *her Türkün* hakkı ve ödevidir; Vergi ödevi (m. 73): Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere...; Dilekçe hakkı (74)- *Vatandaşlar* ve... *yabancılar*... yazı ile başvurmak hakkına sahiptir.

⁴⁷ Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır. Şekil ve şartları kanunda düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz (m.18).

⁴⁸ Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir (m.56).

⁴⁹ "Anayasa'nın 73. maddesi herkesi 'kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü' kıldığından usulüne uygun şekilde çıkarılmış yasalarla getirilen 'vergi mükellefiyeti'ni kabullenmek bir vatandaşlık görevidir' (E.1988/16, K.1988/29, T.27.9.1988, Gecikme Faizi Kararı). 'Anayasa'nın 73. maddesi vergiyi bir vatandaşlık görevi olarak kabul etmiş;' vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin ancak yasayla konulabileceği ilkesini getirmiştir" E.1993/3, K.1993/20, T.25.5.1993 (VUK 11, Müteselsil Sorumluluk Kararı); Aynı zamanda bkz., E.1994/46, K.1994/57,T.18.7.1994. Bkz., <http://www.anayasa.gov.tr>

⁵⁰ Aliefendioğlu, Yılmaz, "2001 Yılı Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut," *Anayasa Yargısı*, No.19, 2002, s.147.

⁵¹ Çağan, Nami, "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme," *AÜHFĐ*, C.XXXVII, Sayı:1-4, 1980, s.130.

⁵² Bkz., Menendez, Jose Agustin, *Justifying Taxes, Some Elements For a General Theory of Democratic Tax Law*, Kluwer, Amsterdam, 2001.

yükümlülüğü, vatandaşlıkla değil,⁵³ mali egemenlikle açıklanır⁵⁴ demokratik toplumda hak ve özgürlüklerin maliyetine anonim katılma payı olarak nitelenir.⁵⁵ Buna karşılık, 19. yüzyılın başlarında vergiyi “Organik Kollektivist Devlet” kuramına dayanan *fedakarlık* ve *ulusal görev* kavramları ile açıklayan görüşler⁵⁶ verginin temelinde yatan hukuksal zor unsurunun bir uzantısı olarak literatürde ifade bulabilmektedir.⁵⁷ Oysa vergi yükümlüsünün ekonomik ilişkide bulunduğu ülkenin egemenlik gücüne dayalı olarak zora dayalı bir ödemede bulunması, yükümlünün sadece devlete karşı ödevli olmasının değil, demokratik toplum düzeninin sürdürülmesine karşı ödevlerinin bulunmasının sonucudur. Bu nedenle de, bugün vergi yükümlülüğüne aykırılıklar veya vergi ödememe, devlete değil, demokratik toplum düzeni içinde başkasının haklarına zarar bağlamında algılanmalıdır. Nitekim İHAM, yukarıda belirtildiği üzere, vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkış yasağı ile seyahat özgürlüğüne müdahalede meşru gerekçeyi, “*kamu düzeni ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma*” bağlamında değerlendirmiştir. Bu nedenle, Anayasa’nın 23. maddesi İHAS ışığı altında değişmelidir, bu değişiklik vergi ödevinin yerine getirilmemesi nedeniyle yurt dışı çıkış yasağını meşru sebep kapsamından çıkarmaz, ama doğru bir içeriğe yerleştirir. Yine de kanunda vergi borcunun tahsil olanaklarını koruma amacıyla yurt dışı çıkış yasağının düzenlenmiş olması sınırlama sebebi bağlamında meşrudur; fakat bu meşruluk hem araç hem de orantılılık açısından ayrıca değerlendirilmelidir.⁵⁸

⁵³ Çağan, *Demokratik*, s. 149.

⁵⁴ Çağan, Nami, *Vergilendirme Yetkisi*, İstanbul, 1982, s.3; Turhan, Salih, *Vergi Teorisi ve Politikası*, İstanbul, 1987, s. 22.

⁵⁵ Holmes, Stephen/Sunstein, Cass R., *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes*, Newyork, 1999.

⁵⁶ a. Çağan, Nami, *Vergilendirme*, s. 4. Bilgi için bkz., Turhan, s. 15-22.

b. 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin vergilendirmeye ilgili 13.maddesinde, “*kamu gücünün sürdürülmesi ve idare giderleri için ortak bir vergi zorunludur. Bu vergi bütün yurttaşlar arasında eşit olarak dağıtılmalıdır,*” 14.maddesinde ise, “*bütün yurttaşların kendileri ya da temsilcileri aracılığı ile ortak verginin gereğini saptamak... hakları vardır*” denmiştir (Çağan, *Vergilendirme* s. 25). O dönemde verginin yurttaş üzerine kurulması, ulus devletin kuruluşu bağlamında değerlendirilmelidir, Kaboğlu, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku*, 4. Bası, İstanbul, 1998, s. 241; Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1991, s. 93.

⁵⁷ Kaneti, verginin hukuksal zora dayandığını belirttikten sonra, “*verginin zorlama unsurunun ulusal görev anlayışını destekleyecek nitelikte olması, demokratik sosyal hukuk devletinin göstergesidir*” demektedir (Kaneti, Selim, *Vergi Hukuku*, 2.Bası, İstanbul, 1989, s. 4.

⁵⁸ Aybay, genel olarak vergi borçlarının tahsilinde kamu yararı bulunması ile vergi

b. Sınırlama Aracı: Kanun

Anayasa seyahat özgürlüğünün ancak kanunla sınırlanabileceğini söyler, İHAS ise bunu “hukuk” (yasa) kavramıyla düzenler. Bu açıdan her iki kaynağın da hukuksal araca ilişkin gerekirleri farklı değildir. Ancak İHAM, hem Anglo Amerikan (Common law) hem de Kıta Avrupa’sı (Civil law) hukuk düzenlerinin geçerli olduğu ülkeler açısından denetim yaptığından, “yasa”yı “hukuk” olarak yorumlar ve yargı kararı dâhil herhangi bir hukuk metninde yazılılığı yeterli görür.⁵⁹ Mahkemeye göre hukukun ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerekir. Öngörülebilirlik, yasadaki düzenlemenin *anlam* ve *mahiyyetine* ilişkindir, bu anlamda sözleşme sadece ulusal hukuka gönderme yapmaz, o hukukun, hukuk devletine uygun bir nitelik arz etmesini talep eder.⁶⁰

Eğer hukuk, kamu otoritesinin keyfi müdahalesine açık bir metinse ve kişi buna karşı güvence olanaklarına sahip değilse, örneğin verilen bir yetki gizli bir biçimde kullanılabiliriyorsa, öngörülebilir olmaktan çıkar.⁶¹ Hukuk, kişiye, kamu otoritesinin yetkisini hangi koşul ve ahvalde kullanabileceğini belirleme olanağı verecek şekilde deyimsel olarak yeterince açık olmalıdır. Takdir yetkisi veren bir yasa o yetkinin kapsamını belirlemelidir, ancak usul ve koşulların ayrıntısının yasanın maddi hükümleri içinde yer alması da gerekmez. Bu açıdan yasanın “belirlilik” düzeyi konuyla da bağlantılıdır. Sonuç olarak, yasa, bireye

borcu yüzünden yurttaşların anayasal özgürlüklerinde yoksun bırakılmaları arasında zorunlu ve mantıksal ilişki bulunmadığını belirtmektedir, Aybay, *Bir kamu Özgürlüğü*, s. 26-27. Aynı zamanda bkz., Sezer, s.64.

⁵⁹ “Mahkeme ‘hukuk’ terimini şekli değil maddi anlamı ile değerlendirir. Hem yasadan daha alt seviyede yer alan hukuk kurallarını hem de yazılı olmayan hukuk kurallarını terime dahil eder. The Sunday Times, Dudgeon ve Chappell kararları elbette İngiltere ile ilgilidir, fakat Common Law ülkeleri ve Kıta Avrupa’sı ülkeleri arasındaki farkı abartmak yanlış olur. Yazılı hukuk, elbette, Common Law ülkeleri için de önemlidir. Tersine, içtihat hukuku Kıta Avrupa’sı ülkelerinde geleneksel olarak çok önemli bir rol oynamıştır, pozitif hukukun bütün dalları büyük oranda mahkeme kararlarının bir sonucudur. Mahkeme, bu mahiyetteki ülkeler için birden fazla davada içtihat hukukunu da dikkate almıştır. Eğer mahkeme, içtihat hukukunu dikkate almasaydı, Kıta Avrupa’sı ülkelerinin hukuk sistemini tehlikeye düşürdü, tıpkı Sunday Times kararında Common Law’u hukuk kavramının dışında bıraksaydı İngiltere’nin hukuk sisteminin köklerine darbe indirmiş olacağı gibi. Yazılı hukuk ortamında, ‘hukuk’ yetkili mahkemelerin yeni gelişmeler ışığında yorumladığı yürürlükteki mevzuattır,” *Kruslin v. French Republic*, 27.3.1990, para. 29.

⁶⁰ *Kruslin v. French Republic*, para. 30.

⁶¹ Bkz., *Kruslin v. French Republic*, para. 30.

keyfi müdahalelere karşı uygun bir korunma olanağı vermek üzere, kamu otoritesine verilen yetkinin kapsam ve kullanma koşullarını yeterli açıklıkta belirlemelidir.⁶²

Türk hukukunda kanun parlamento tasarrufudur ve bu kanunun hem maddi hem de şekli açıdan “kanun” olması gerekir. Yurt dışı çıkış yasağı söz konusu olduğunda bir kanun vardır, ancak Pasaport Kanunu’nun düzenlemesi öngörülebilirlik bakımından maddi anlamda kanun değildir. Çünkü yasada ne yetkiye ilişkin bir kural vardır, ne de yurt dışı çıkış yasağının uygulama koşulları, süresi, borç miktarı, yasağı kaldırma olanakları düzenlenmiştir. Bunun yerine, söz konusu içerik 395 sayılı “Bakanlık Tebliği” ile oluşturulmuştur. Türk hukukunda Bakanlığın tebliğ hükümleri ile bir özgürlüğü sınırlaması söz konusu olamayacağı konusu bir yana, yasa belirsiz bir yasadır çünkü konu, sınır, kapsam ve koşullar düzenlenmemiştir, bu aynı zamanda Bakanlığa verilmeyen yetkinin içerik ve çerçevesinin yasada düzenlenmediği anlamına gelir.

İHAM Riener davasında yasanın belirliliği ve öngörülebilirliği açısından değerlendirmesini, konuyla bağlantısını da gözeterek, orantılılık başlığı altında yapmıştır. Ama burada Türk hukuku bakımından Pasaport Kanunu’nun (veya AATUHK Tasarısı’nın) niteliksel olarak maddi anlamda bir kanun olmadığını, Anayasal gerekleri karşılamadığını söylemek gerekir.

Yasada yasak kararının ilgiliye bildirimine ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır. Hakkında yurt dışına çıkış yasağı uygulanan yükümlünün bu işlem hakkında bilgilendirilmesi, belirlilik ilkesini hayata geçirir ve keyfiliğe karşı usuli bir güvence sağlar. Her ne kadar 365 nolu Genel Tebliğ’de, alınan yurt dışı çıkış yasağı kararının yükümlüye derhal bildirileceği yazılı ise de, uygulamada yükümlülere bu konuda bilgi verilmediği, yükümlünün yasaktan ancak havaalanında haberdar olduğu belirtilmekte,⁶³ bu konuda yayınlanan İç Genelge’de de durumun böyle olduğu teyit edilmektedir.⁶⁴ Bu açıdan bizde uygulama belirsiz,

⁶² Kruslin v. French Republic, para. 30.

⁶³ Sağlam, s. 36.

⁶⁴ “... Buna rağmen Bakanlığımıza intikal eden olaylardan; mükelleflere bildirim yapılmadığı, mükelleflerin haklarında uygulanan yurt dışına çıkış yasağından ancak yurt dışına çıkmak üzere sınır kapılarına ya da hava limanlarına gittiklerinde haberdar oldukları, bu nedenle mağdur duruma düştükleri anlaşılmıştır. Konunun

keyfi bir uygulamadır. Bunun zeminini de yasa hazırlamıştır. Gelir İdaresi Başkanlığı'nın web sitesinde internet üzerinden yurt dışı çıkış yasağı sorgulaması da⁶⁵ bireysel bir belirlilik sağlamadığı gibi keyfiligi de ortadan kaldırmaz.

c. Sınırlama Ölçüleri:

Hakkın Özü-Demokratik Toplum Gerekleri-Ölçülülük

AY m. 13 bir hakkın maksimum sınırlama alanını, yani daha fazla sınırlamanın mümkün olmadığı noktayı "*hakkın özüne dokunmama*" ölçütüyle belirler.

Bu alan dokunulmaz çekirdek alandır.⁶⁶ Hakkın kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılmaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmayı önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikteki sınırlama hakkın özüne dokunur.⁶⁷

Ancak hakkın özüne dokunmayan bir sınırlama demokratik toplum gereklerine (ve/veya ölçülülük ilkesine⁶⁸) aykırı olabilir.⁶⁹ AY m. 13, bu çekirdek alan öncesindeki minimum sınırlama alanını, yani sınırlamanın en son nereye varabileceğinden önce, sınırlama amacına ne ölçüde sınırlama ile ulaşılabileceğinin⁷⁰ ölçütünü de verir: Ölçülülük.

Amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını ifade eden ölçülülük⁷¹ üç unsur içerir: Kullanılan aracın sınırlama amacını gerçek-

önemi dikkate alınarak haklarında yurt dışına çıkış yasağı uygulanan mükelleflere, bu durumun yukarıda belirtildiği şekilde yazı ile bildirilmesi, borcun ödenmesi, terkini veya teminat altına alınması gibi nedenlerle yurt dışı çıkış yasağı uygulamasını gerektiren halin ortadan kalkması durumunda ise tahditlerin kaldırılması yönünde il emniyet müdürlüklerine derhal bildirimde bulunulması, ayrıca bu durumdan mükellefin haberdar edilmesi gerekir." 1999/2 sayılı Tahsilat İç Genelgesi, (Sağlam, s. 33).

⁶⁵ <http://www.gib.gov.tr/index.php?id=855>

⁶⁶ Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul, 1993, s. 284.

⁶⁷ E.1962/208, K.1963/1, 4.1.1963. <http://www.anayasa.gov.tr>

⁶⁸ Hakkın özü, demokratik toplum gerekleri ve ölçülülük ilkesi bakımından ölçütler arası ilişkinin nasıl değerlendirileceğini anayasa hukukçularına bırakmak gerekir.

⁶⁹ Arslan, s. 228.

⁷⁰ Yüzbaşıoğlu, s. 284.

⁷¹ Metin, s. 23.

leştirmeye elverişli olması (elverişlilik), bu aracın gerekli ya da zorunlu olması (gereklilik ya da zorunluluk) ve araç ile amaç arasında dengeli bir oran ilişkisinin varlığı (orantılılık).⁷²

Pasaport Kanunu'nda yasak uygulamasının borç miktarı, koşulları, süresi gibi unsurlar düzenleme altına alınmamıştır. Buna karşılık, 395 nolu Genel Tebliğ hükümleri uyarınca, yurt dışına çıkış yasağı, kesinleşmiş ve teminat altına alınmamış 25,000 YTL⁷³ ve üzeri vergi borcu bulunan yükümlüler hakkında uygulanmaktadır.⁷⁴ Bu uygulama "otomatik" bir uygulamadır, zor durum⁷⁵ açıklamaları uygulamanın

⁷² Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 2. B., İstanbul, 2001, s. 151; Bilgi için bkz., Metin, s 26 vd.

⁷³ Tahsilat Genel Tebliği 439, RG, 27.4.2006.

⁷⁴ "Borçludan aranılan amme alacağının, yurt dışına çıkış yasağı konulmasını gerektirip gerektirmediğinin tespitinde aşağıdaki hususlar gözönünde bulundurulacaktır.

1. Kesinleştiği halde ödenmemiş olan ve varsa ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati haciz uygulamasına konu amme alacakları toplamı dikkate alınacak, 2.a. Tarhiyat safhasında olan veya tarhiyata ilişkin olarak yaratılan ihtilaflar nedeniyle kesinleşmemiş olan amme alacakları,

b. 6183 sayılı kanunun 48. maddesi uyarınca tecil edilmesi ya da sair nedenlerle teminat altına alınan alacaklar,

c. İlgili mevzuat gereğince istenilen belgelerin borçlu tarafından tam ve eksiksiz olarak tahsil dairesine ibraz edilmiş olması koşuluyla nakden veya mahsuben iadesi talep edilen miktar,

d. Cebri takip sonucu haczedilen malların değeri kadar borç miktarı, dikkate alınmayacaktır.

Diğer taraftan, miktara bakılmaksızın 6183 sayılı kanunun 75. maddesi uyarınca aciz halinde olduğu tespit edilen borçlular hakkında yurt dışına çıkış yasağı uygulanmayacaktır" (395 nolu Genel Tebliğ)

⁷⁵ Yurt dışına çıkış yasağı uygulamasının yukarıda belirtilen olumsuz sonuçlarının önlenmesi açısından, bu durumda bulunan borçluların taleplerinin tahsil dairesi yöneticisi başkanlığında (vergi dairesi başkanlıklarında başkanlar, vergi dairesi müdürlüklerinde vergi dairesi müdürleri, malmüdürlüklerinde malmüdürleri) ilgili bölüm (vergilendirme ve kovuşturma) yöneticileriyle birlikte değerlendirilmesi, bu değerlendirmede;

"Borçlunun öteden beri borç ödeme konusunda iyi niyetli olup olmadığı hususu da dikkate alınarak,

– Yurt dışı yasağı uygulamasının, borçlunun ileride doğabilecek borç ödeme kabiliyetini olumsuz etkileyebileceği veya tedavi olanaklarını kaybetmesine neden olabileceği,

– Yurt dışına çıkışın amme alacağının takip ve tahsilini olumsuz etkilemeyeceği,

kanaatine varılması halinde, borca yetecek miktarda teminat gösterilmese dahi borçluların içinde buldukları bu zor durumlar nedeniyle gecici olarak yurt dışına çıkışlarına izin verilmesi mümkün bulunmaktadır." (395 nolu Genel Tebliğ).

mahiyetini değiştirmemekte, ayrıca zor durum kanaatini vergi dairesinin yöneticilerinin keyfiyetine bırakmaktadır. Uygulamanın otomatik mahiyeti yukarıda İHAM kararında da görüldüğü gibi yasağı ölçülülük ilkesine aykırı kılar, elverişsiz, gereksiz ve orantısız bir tedbire dönüştürür. Değerlendirelim.

*“Ölçülülük denetimi daima belirli bir amaca erişmek için alınan tedbirlere ilişkindir.”*⁷⁶ Yurt dışı çıkış yasağında seyahat özgürlüğünü sınırlama amacı vergi borcunun tahsil olanaklarının korunmasıdır. Araç ise yurt dışına çıkışın yasaklanmasıdır. Amaç ile araç arasında makul ilişkinin bulunması için bu aracın kullanılmaması halinde vergi borcunun tahsil edilemeyecek olması gerekir.

O halde seyahat özgürlüğüne yönelik ölçülü bir sınırlama ancak yurt dışına çıkışla vergi alacağının tahsil edilememesi arasındaki bağ üzerine kurulabilir. Yani, amaç-aracın arasında makul bir ilişki vardır diyebilmemiz için, yasa, yurt dışına çıkış ile tahsil imkânsızlığı arasında bağın varlığını aramalıdır. Bu da diğer ülke hukuklarında olduğu gibi, vergi yükümlüsünün yurt dışına çıkış amacının vergi borcunu ödemek olduğuna inanmak için belirtilerin aranmasını gerektirir. *“Yurtdışına çıkış yasağı olmaksızın yükümlünün malvarlığının önemli bölümünün, imkânsız değilse de büyük oranda, tahsile konu edilmesinin zor olacağını”*⁷⁷ vergi idaresi ortaya koyabilmelidir.

Böyle olunca o araç gerekli bir araçtır denebilir. Bunun için de yurt dışına çıkışın vergi ödememe amacıyla yapıldığı şüphesi uyandıracak eylem ve belirtilerin aranması gerekir, malvarlığının elden çıkarılması, nakde çevirme işleminin yapılması gibi. Yasak, olaya özgü hiçbir koşulu değerlendirmeye almadan, sadece belli bir miktar vergi borcunun ödenmemiş olmasına bağlı olarak otomatik bir biçimde uygulandığında amaç-aracın arasındaki makul ilişki(denge) ortadan kalkar, yasak ceza mahiyetine bürünür. Eğer bu yasak olağanüstü bir tedbirse⁷⁸ olağanüstü koşulların varlığı halinde uygulanmalıdır; çünkü tahsil imkânsızlığı veya güçlüğü yükümlünün bedensel olarak yurt dışına çıkışı ile değil, ne için ve hangi koşullar altında çıktığı ile ölçülebilir. Eğer yükümlü

⁷⁶ Metin, s. 21.

⁷⁷ IRS v. Lipper, para. 55.

⁷⁸ “Alacağa karşılık olan servetin yurt dışına çıkarılmasının önlenmesi hususunda, vatandaşın seyahatine mâni olunması yeterli bir tetbir değildir,” Anayasa Mahkemesi yargıcı Korkut Eken’in muhalefet şerhi, E.1963/190, K.1963/100, 29.4.1963

malvarlığını tasfiye etmiyor, sürekli bir biçimde yurt dışına kaçma girişiminde bulunmuyorsa, elverişli –gerekli–orantılı bir tedbir uygulamasından değil, ancak bir cezadan bahsedilebilir. Nitekim bizdeki haliyle uygulama, tahsil olanaklarının korunmasını değil, yükümlünün ödemeye zorlanmasını amaçlayan bir uygulamadır.⁷⁹

Yurt dışı yasağının gerekli-orantılı olması için vergi borcu miktarı önemlidir. İHAM sınırlama için aracın sağlayacağı kamu yararı ile miktar arasında bir ilişki kurmuştur. Miktar yüksek olduğu takdirde araç amaçla orantılıdır denebilir. Türk uygulamasında borç eşiği 25,000 YTL olarak düşük bir miktar üzerine kurulmuştur. Oysa ancak yüksek miktarda vergi borcunu ödememek için yurt dışına kaçışı önlemeyi amaçlayan bir düzenleme orantılı olabilir.

Yasağın uygulama süresi de önlemin gerekliliğini-orantılılığını belirleyen unsurlardan biridir. Olağanüstü bir tedbir olarak yasa, ancak olağanüstü koşullar mevcut olduğunda uygulanabilecek bir düzenleme olduğundan, geçici olmalıdır.

Çünkü seyahat özgürlüğünün sınırlaması tahsil için tek başına elbette yetmeyecektir, vergi idaresinin tahsil için başka araçları da kullanacağı ama bunun için de önce malvarlığının yurt dışına transferinin önlenmesi gereği göz önüne alındığında, önlem ancak başka araçlara başvurma zeminini oluşturacak bir süre uygulanabilir. İHAM, *“yetkililer, vergi dairesinin vergi alacağına başka yollarla tahsili için makul girişimlerde bulunup bulunmadığı ve borçlunun ülkeyi terk etmesinin alacağın tahsilini imkânsızlaştırıp imkânsızlaştırmayacağı gibi faktörlerin ışığında kararlarını periyodik olarak değerlendirmeksizin kişinin seyahat özgürlüğüne yönelik sınırlamayı uzun dönemler boyunca sürdüremez”*⁸⁰ demiştir.

Mahkemeye göre, uygulanan yasa, vergi dairesinin alacağını tahsil etmek için başka yollara başvurup başvurmadığı, borçlunun davranışları ve potansiyel ödeme gücünün olup olmadığı gibi sorular hakkında düzenleme içermelidir. Yurt dışı çıkış yasağının kaldırabilmesinin

⁷⁹ Nitekim Maliye Bakanlığı'nın bir muktezasında şöyle denmiştir: “Bilindiği gibi, yurt dışına çıkış yasağı uygulaması işleminin amacı, borçluları kamu alacağını ödeme yönüne sevk etmektir. Bu açıdan bakıldığında yurt dışına çıkış yasağı uygulaması işlemini kamu alacağının korunmasına yönelik bir işlem olarak nitelendirmek gerekir ki, kamu alacağının korunmasına yönelik bu işlemde,...” tarih: 09.02.2005/1681, Sayı: B.07.4.DEF.0.34.19/294-312, <http://tahdit.blogspot.com/>

⁸⁰ Riener v. Bulgaria, para. 124.

tek yolu ödeme, yeterli düzeyde (açıkça anlaşıldığı kadarıyla toplam borç miktarını karşılayan) teminat gösterme veya olayda olduğu gibi alacağın zamanaşımına uğraması olduğunda, yurt dışı çıkış yasağı gerçekte süresiz, otomatik önlem mahiyeti kazanır.⁸¹ Bizde de süresiz, ya da ödeme veya teminat gösterme veya zamanaşımı tarihine kadar uygulanabileceği anlaşılan bu tedbir, ödemeye zorlama yaptırımı olarak orantısızdır. Tebliğ’de geçen “*hakkında yurt dışına çıkış tahdidi konulan şahısların durumları dikkatle izlenecek*” cümlesi içeriksiz bir cümledir.⁸²

Sonuç

Türk hukukunda vergi borcu nedeniyle yurt dışı çıkış yasağı, gerek bugünkü Pasaport Kanunu’ndaki düzenleme gerekse AATUHK’ya eklenmesi düşünülen mükerrer madde taslağı bakımından, Anayasa/BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi/İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne aykırıdır. Uluslararası standartlar, salt vergi borcunun ödenmemesi olgusuna bağlı olarak otomatik bir biçimde uygulanan bir yasağın ölçüsüz olduğunu ortaya koymaktadır. Yasa koyucu, AATUHK düzenlemesini yaparken seyahat özgürlüğünün sınırı ile sınırlama aracı arasında adil denge gözetilen bir hüküm getirmelidir. Bu da ancak öncelikle, “*Common Law*” ülkelerinde olduğu gibi, karar yetkisinin mahkemeye verilmesi suretiyle,⁸³ yani durumun olgu ve koşullarını değerlendirecek, vergi idaresinin yurt dışına çıkış ile tahsil imkânsızlığı arasındaki irtibatı ortaya koyması üzerine hüküm verebilecek bir mahkemenin yetkili kılınması ile olabilir. Yasa, uygulamanın süre, miktar ve koşullarını belirlemeli, yasağın ancak yurt dışına çıkışla tahsil imkânsızlığı arasında irtibat varsa uygulanmasını sağlamalı, her olayda makul şüphenin bulunup bulunmadığının araştırılmasını ve ortaya konulmasını aramalıdır.

⁸¹ Riener v. Bulgaria, para. 127.

⁸² “Hakkında yurt dışına çıkış tahdidi konulan şahısların durumları dikkatle izlenecek, bu tahdidin konulmasına neden olan borcun ödenmesi, terkinin, teminata bağlanması gibi tahdit konulması nedenini ortadan kaldıran durumlarda, keyfiyet derhal ilgili Emniyet Makamlarına bildirilmek suretiyle mükelleflerin mağduriyetlerinin önlenmesi temin edilecektir” (395 Nolu Genel Tebliğ).

⁸³ a. Aynı yönde, Güneş, s. 132.

b. “Anayasa değişikliklerinin TBMM Genel Kurulu’nda görüşülmesi sırasında, vergi borcu bulunan kişiler hakkında yurt dışına çıkma yasağının yargıç kararına bağlı olması önerilmiştir,” Sezer, s.65-66, dpn.39.

Bu yapılmadığı takdirde, vergi yükümlüsünün yurt dışı çıkış yasağı kararına karşı açtığı davada Anayasaya aykırılık iddiasının yargıçlarca Anayasa Mahkemesi'ne taşınması beklenebilir/beklenmelidir.⁸⁴

Diğer yandan, yargıçlar, AY m. 90/5 hükmünü esas alarak, şu anda yürürlükte olan BM Sözleşmesi'ni davada uygulanacak kanun olarak değerlendirebilir ve kanunun sözleşmeye aykırılığını tespit ederek iptal kararı verebilir/vermelidir. Aksi halde, İHAS 4. Protokol'ün onay süreci tamamlanıp yürürlüğe girdiğinde, İHAM yolu Türk vergi yükümlüsüne de açık olacaktır.

⁸⁴ AYM 1963 yılında Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinin Anayasa uygun olduğu yönünde karar vermiş olmakla birlikte, AY, m. 152'deki 10 yıllık süre dolduğundan Pasaport Kanunu yeniden AYM önüne taşınabilir. Diğer yandan, AATUHK'na madde eklendiği takdirde, madde elbette daha önceki karardan bağımsız olarak AYM'ce Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi tutulabilir.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA BAŞVURUCU VE MAĞDURLUK STATÜSÜ

Mehmet Akif POROY *

1. Giriş

Tabii hukuktan kaynaklanan, insanların doğuştan, vazgeçilmez ve devredilmez nitelikte haklara sahip olduğu ve bu hakların devlet tarafından tanınarak, geliştirilmesi ve iyileştirilmesi anlayışı özellikle, yaşanan iki dünya savaşının ardından önemli bir ihtiyaç olarak tekrar canlanmıştır. Bu bağlamda, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra dünyada insan hak ve özgürlüklerinin korunması, geliştirilmesi ve trajik insan hakları ihlallerinin önüne geçilmesi amacıyla çeşitli girişimlerde bulunmuş, devletler çeşitli uluslar arası sözleşmelere taraf olmuşlardır. Bu girişimler hem bütün dünya devletlerinin katkı sağlayabileceği Birleşmiş Milletler çatısı altında, örneğin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesi gibi hem de Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halk Hakları Sözleşmesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (The European Convention on Human Rights) gibi bölgesel sözleşmelerle gerçekleştirilmeye çalışılmıştır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS), dünyada mevcut olan insan hakları sözleşmeleri içerisinde, kişilerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almış, denetim mekanizması en etkin olanıdır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile güvence altına alınan insan hakları, sözleşmeye taraf devlet tarafından ihlal edilen bireyler, devlet tarafından ihlal edilen

* Avukat, İstanbul Barosu.

haklarını bireysel başvuru mekanizması sayesinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde uluslararası yargıya götürebilmektedirler.

Bu çalışmamızda, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapan başvurucunun mağdurluk statüsünü İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatları ışığında incelemeye çalışacağız. Başvurucunun kimler olabileceği, başvurucu olarak gerçek ve tüzel kişilerin durumu, "mağdur" ve "zarar görmüş olan" kavramları inceleme konumuz olacaktır.

2. Başvurucu

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne kimlerin başvurucu olabileceği sözleşmenin 34. maddesinde -kişisel başvurular- kenar başlığı altında belirtilmiştir.

Kişisel başvurular

Madde 34: "İşbu Sözleşme ve Protokollerinde tanınan hakların Yüksek Taraf Devletlerden biri tarafından ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her hakiki şahıs, hükümet dışı her teşekkül veya her insan topluluğu Mahkemeye başvurabilir. Yüksek Taraf Devletler bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler."

Maddeye göre gerçek kişiler, hükümet dışı kuruluşlar ve kişi toplulukları, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne taraf bir devletin, bu sözleşmede ve protokollerinde belirtilen hak ve özgürlüklere aykırı davranarak kendilerine zarar verdiği iddiasıyla, ihlalci devlete karşı, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurabilirler. Yani Sözleşmenin 34. maddesine göre başvurucu ancak sözleşme ve protokollerinde belirtilen haklarının taraf devletçe ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu iddia eden kişilerdir. Ayrıca başvurucunun gerçek mağdur olması ve bu sebeple korunan bir hukuki yarara sahip olması gerekir. Sözleşme, *actio popularise* yer vermiş değildir.¹ Ancak bazı özellik arz eden durumlarda İHAM kararlarında mağdurluk kavramını genişletmiştir. Söz konusu özellik arz eden durumu ileriki kısımlarda inceleyeceğiz.

¹ D 6481/74 (It) 12.12.74, 1/79 // D 8727 (Swi and It) 8.7.80, 20/230.

"Sözleşme bir "aktio popularis" öngörmemektedir. Her başvurucu, Sözleşme'nin bir ihlalinin mağduru olduğunu iddia etmektedir."

2.1. Gerçek Kişiler

Tüm gerçek kişiler mahkemeye başvurabilirler. Sözleşmenin 1. maddesinde belirtildiği üzere taraf devletler, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese, sözleşmede belirtilen hak ve özgürlükleri tanımışlardır.² Bu bağlamda, gerçek kişinin, ihlalcı devletin vatandaşı olup olması, başka bir taraf devletin veya taraf olmayan bir devletin vatandaşı olması, vatansız olması, mülteci olması veya söz konusu kişinin ihlalcı devletin ülkesinde yasadışı koşullar altında bulunması, kişinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurması açısından önemli değildir. Gerçek kişiler açısından, küçükler (reşit olmayanlar), akıl hastaları (mümeyyiz olmayanlar), özürlüler ve özgürlüğünden yoksun kişiler de mahkemeye başvurabilirler.³

2.2. Hükümet Dışı Kuruluşlar

Sözleşmenin 34. maddesindeki "hükümet dışı kuruluşlar" ifadesinden özel hukuk tüzel kişiliğine sahip, siyasal partileri, sendikaları, şirketleri, vakıfları, dernekleri, meslek kuruluşlarını anlamak gerekir. Kamu tüzel kişiliğine haiz kuruluşlar ve kamu yetkisini kullanan kuruluşların mahkemeye başvurma yetkileri yoktur. Mahkeme, kamu tüzel kişiliğine haiz kuruluşlar tarafından yapılan başvurular kabul etmemektedir. Mahkemenin 14.12.1988 tarihli D 13252/87 (Rothenthurm Commune/ Swi) kararına göre; "Belediye gibi yerel bir yönetim, hükümet dışı bir örgüt ya da bir kişi topluluğu/grubu olmadığı için, bir başvuruda bulunma yetkisi-ne/sifatına sahip değildir."⁴

Sözleşme ve Protokollerin korumuş olduğu bazı haklar; yaşam hakkı, aile kurma hakkı vb nitelikleri gereği sadece gerçek kişiler açısından söz konusudur. Bu bakımdan özel hukuk tüzel kişiliğine sahip kuruluşlar nitelikleri gereği ve kuruluş amaçlarına uygun düştüğü oranda Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklerden yararlanabilirler (toplantı

² İHAS madde 1: "Yüksek Akid taraflar kendi kaza haklarına tabi herkese işbu Sözleşme'nin birinci bölümünde tarif edilen hak ve hürriyetleri tanurlar."

³ Gölcüklü, A. F./Gözübüyük, A. Ş., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamaları*, Ankara 1996, s. 55.

⁴ Gemalmaz, Semih Mehmet, Prof. Dr., *Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye -1- Kabul edilebilirlik kararları*, Beta Yayınları, İstanbul 1997, s. 830.

özgürlüğü ve mülkiyet hakkı vb).⁵ Söz konusu kuruluşlar, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne ancak taraf devletin Sözleşmeye aykırı davranarak kuruluşun kendisine zarar vermesi halinde başvurabilir. Hükümet dış kuruluşların, üyelerinin hakkına zarar verildiği iddiasıyla İHAM'ne başvurma hakkı yoktur. Bu bağlamda mahkemenin 4.5.1983 tarihli D 9900/82 kararına göre; bir öğretmenler sendikası, öğretmenlerin görev yerinde oturmalarına ilişkin yasal düzenlemenin 4. protokole aykırılığını ileri sürerek komisyona başvurmuş ve komisyon da bu düzenlemenin öğretmenler hakkında olduğu, sendikayı ilgilendirmediği ("*Kendisinin mağdur olduğunu iddia etmeye muktedir bulunmayan bir meslek birliği, bir hükümet dışı örgüt, kendi üyeleri üzerinde etkisini doğran bir önlem/işlem aleyhine başvuru yapamaz*") gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir.⁶ Hükümet dış kuruluşların, üyelerinin hakkına zarar verildiği iddiasıyla İHAM'ne mağdur sıfatı ile başvurma hakkı bulunmadığı hususu mahkemenin içtihatlarından açık olarak belirtilmiştir.⁷

Özel hukuk tüzel kişilerinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde temsil edilmesi, söz konusu tüzel kişinin ulusal hukukuna göre saptanmaktadır. İlke olarak temsilcinin temsile yetkili olduğuna dair bir yetki belgesinin mahkemeye sunulması yeterli olup bu belgenin herhangi bir resmi makam veya noter tarafından düzenlenmiş olması şartı aranmaz.

2.3. Kişi Toplulukları

Tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi toplulukları iki şarttan birinin sağlanması halinde başvurucu olabilirler. Bunlardan birinci şart söz konusu kişi topluluğunu oluşturan kişilerin ilgili başvuruyu birlikte imzalamaları hali veya ikinci şart olan topluluğu oluşturan kişilerin

⁵ Tezcan, D., Erdem/M. R., Sancakdar, O., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 110 - 111.

⁶ Gölcüklü, A. F./Gözübüyük, A.Ş., *a. g. e.*, s. 56.

⁷ D 10581/83 (Norris et al./UK) 16.5.85, 44/132 "Bizzat bir 'mağdur' olduğu iddia edemeyen bir dernek, üyeleri üzerinde etkisini doğuran bir önlem/işlem aleyhine bir başvuruda bulunamaz." // D 10733/84 (Asociacion de Aviadores/Sp) 11.3.85, 41/211 "Hükümet dışı bir örgüt olan bir meslek örgütü/kuruluşu, bizzat bir 'mağdur' olduğunu iddia edemediği durumda, üyeleri üzerinde etkisini doğuran bir önlem/işlem aleyhine bir başvuruda bulunamaz." Bkz., Gemalmaz, M. S. Prof. Dr., *a. g. e.*, s. 830.

topluluk adına başvurucuya temsil yetkisi vermeleri durumudur. Söz konusu duruma ilişkin mahkemenin 10.5.1979 tarihli D 8612/79 (Alliance des Belges de la Communauté européenne/Belçika) kararına göre; *“Başvuruyu yapan kişi, ne bir hükümet dışı örgüt ve ne de bir kişiler topluluğu/grubu olarak, diğer kişileri temsil etmek üzere yetkilendirildiğini göstermediği, ve sözleşmede ‘actio popularis’e ilişkin bir hüküm bulunmadığı için, başvuru sadece, başvurucunun şikayete konu olan durumun bizzat bir mağduru bulunduğuna ilişkin iddiaları ölçüsünde incelenir.”*⁸

3. Mağdur Kavramı

İlke olarak başvurucunun mahkemeye başvurabilmesi için sözleşme ve protokoller ile korunan hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmiş olması, doğrudan/gerçek mağdur olması ve ilgili başvuru karara bağlanana kadar da mağduriyetinin devam etmesi gereklidir. Yani başvurucu, sözleşmede ve protokollerde belirtilen haklarının sözleşmeye taraf bir devlet tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu iddia edebilir olmalı ve söz konusu ihlalin giderilmemiş olması ve güncelliğini koruması gerekir. Mağdur olduğunu iddia eden kişinin söz konusu ihlale ilişkin olarak mahkemeye başvurması için zarar görmüş olması şartı aranmaz. Sözleşme veya protokollerin korumadığı sadece ulusal hukukta tanınan bir hakkın ihlal edilmesi halinde kişi sözleşmedeki haklarının ihlalden ötürü mağdur sıfatını kazanmış olmayacağından dolayı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne başvuramaz. Aynı zamanda başvurucuyu doğrudan ve kişisel olarak etkilemeyen eylem ve işlemlerden ötürü, kişinin mahkemeye hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla başvurma hakkı da yoktur.

3.1. Mağdur Kavramının Mahkemece Genişletilmesi Dolaylı Mağdurluk

Her ne kadar İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne ancak sözleşme ve protokoller ile korunan hak ve özgürlükleri ihlal edilmiş olan gerçek mağdur başvurabiliyor ise de mahkeme bazı durumlarda ihlalcı devlet

⁸ Gölcüklü, A. F./Gözübüyük, A. Ş., a. g. e., s. 57; Gemalmaz, Prof. Dr. M. S., a. g. e., s. 829

tarafından doğrudan zarar gören kişi ile mahkemeye başvuran arasında özel bir ilişki bulunmasını yeterli bulmaktadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 27.6.2000 tarihli İlhan kararında, zararın tazminini istemenin, başvuruda bulunma hakkından bağımsız olarak ele alınması gerektiği belirtilmiş, ihlalin gerçek mağduru olan kişi adına kardeşi tarafından yapılan başvuru kabul edilebilir bulunmuştur.⁹

İlhan/Türkiye davasında şikâyetçi, kardeşinin jandarmalar tarafından dövülerek tutuklanması ve tutukluluk süresince hayati tehlikeye sahip yaralarına gerekli tıbbi müdahalenin yapılmaması ve söz konusu olaylar neticesinde yeterli tazminatın ödenmemesinden dolayı mahkemeye başvurmuştur. Şikâyetçinin bu başvurusuna karşı, hükümet ön itirazında başvurucunun gerçek mağdur olmadığı hususunu belirtmiş ve gerçek mağdur olmayan başvurucunun başvurusunun reddini talep etmiştir.

Mahkeme, sözleşmenin 35. maddesine göre kabul edilebilirlik kararının belli bir esneklik oranında ve sözleşmenin geneli açısından kişi hak ve özgürlüklerinin güvencesinin/teminatının etkin bir şekilde yerine getirilmesini göz önüne alacak şekilde uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, sözleşmenin sistemi içinde 34. maddenin *actio popularise* izin vermediğini, sözleşmenin bir veya daha fazla maddesinin ihlaline ilişkin şikâyetlerin gerçek mağdur tarafından yapılmasının gerekliliğini belirtmektedir. Ancak mahkeme kararın ileriki kısımlarında söz konusu davanın özel koşullarını, ihlale uğrayan kişinin başvurusunun yapıldığı sırada böyle bir başvuruyu yapamayacak olmasını, başvurucunun ihlale uğrayan kişinin kardeşi olması sebebinin, ihlale uğrayanın daha sonra böyle bir başvuruya müsaade etmiş olduğunu bir yetki mektubuyla mahkemeye bildirmiş olmasını dikkate alarak söz konusu başvurunun geçerli olarak yapıldığını ve bu bakımdan hükümetin ön itirazının reddine karar verilmesi gerektiğini belirterek mahkemeye ancak gerçek mağdurun başvuru yapabilmesi kuralını söz konusu davada genişletmiştir.¹⁰

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 22.7.2003 tarihli Y.F/Türkiye (24209/94) kararında da mahkeme, ancak gerçek mağdurun başvuru yapabilme kuralını geniş yorumlamıştır.

⁹ Tezcan, D., Erdem, /M. R., Sancakdar, O., *a. g. e.*, s. 81

¹⁰ 27.6.2000 tarihli (22277/93) İlhan-Türkiye kararı bkz., www.echr.coe.int

Y.F./Türkiye davasında başvuran, eşinin zorla jinekolojik muayene-neden geçirilmesinin özel hayatın korunması hakkındaki sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmesine neden olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, hükümetin davanın hiçbir aşamasında başvuranın eşi adına şikâyetle bulunmasını tartışmadığına dikkat çekmiş ve mağdurun yakın bir akrabası olarak eşinin, özellikle bu davanın özel şartlarında eşinin içinde bulunduğu hassas durum göz önüne alındığında, sözleşme maddelerinin ihlali hakkında başvuru yapmaya hakkı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme davanın mağdurluk statüsü hakkındaki durumu bakımından İlhan/Türkiye Kararı'na atıfta bulunmuş ve bu dava ile ilgili olarak, mağdurluk kavramını genişletmiştir.¹¹

Mahkeme bir başka kararında ölen kişinin yakınlarının da mağdur sıfatıyla dava açmasını kabul etmiştir. 13.01.2005 tarihli Ceyhan Demir ve Diğerleri-Türkiye kararında, terör örgütü üyesi olduğu gerekçesiyle cezasını çekmekte iken tutuklular ile güvenlik kuvvetleri arasında çıkan bir çatışmada K.D.'in hayatını kaybetmesi ve bunun üzerine yakınlarının mahkemeye mağdur sıfatıyla başvuruları incelenmiştir. Hükümet, ilk itirazında başvurucuların mağdur statüsü olmadığı gerekçesiyle yapılan başvurunun mahkemece reddedilmesini talep etmiştir.

Mahkeme, kararında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin altında yatan hedefin, temel hakların ihlalden dolayı mağdur olan kişilere somut ve pratik bir güvence vermek olduğunu belirtmiştir.

Kararın devamında İHAS organlarının içtihatlarında, ölümünün savunmacı devletin sorumluluğu alanına girdiği iddiasında bulunan bir kişinin ebeveyninin, erkek veya kız kardeşinin, kız veya erkek yeğeninin, İHAS'nin 2. maddesinin ihlalden dolayı mağdur olduklarını öne sürebileceklerini, koşulsuz olarak belirttiklerini hatırlatmaktadır. Mahkeme başvurucuların iddia ettikleri İHAS'nin ihlal edilmesinden dolayı kişisel olarak etkilendiklerini ve mağdur olduklarını ileri sürebilecekleri kanısında olup İHAS'in 34. maddesi uyarınca başvurucuların mağdur olduklarını ve bu bakımdan hükümetin itirazının yerinde olmadığına karar vermiştir.¹²

¹¹ 22.7.2003 tarihli (24209/94) Y.F / Türkiye kararının gayri resmi Türkçe tercümesi için bkz., www.adalet.gov.tr

¹² 13.01.2005 tarihli Ceyhan Demir ve Diğerleri-Türkiye kararının Türkçe tercümesi için bkz., www.yargitay.gov.tr

3.2. Mağduriyetin Devam Etmesi

Mağduriyetin devam etmesi ile kastedilen; başvurucunun sözleşme ve protokolleri tarafından korunan hak ve özgürlüklerinin sözleşmeye taraf devletçe ihlal edilmiş olması ve ihlalin ortadan kaldırılmamış veya tam olarak giderilmemiş, ihlalin ve bu bakımdan kişinin mağduriyetinin devam ediyor olması halidir. Bu bağlamda eğer başvurucu hakkının ihlal edilmesinden dolayı ihlalci devletten makul bir tazminat almışsa mağdur olduğu iddiası ile mahkemeye başvuramaz. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 13.12.1978 tarihli R 6504/74 (Preikhzas/FRG) kararına göre; *"Bir başvurucunun sözleşmenin bir ihlalinin mağduru olup olmadığını iddia edebilmesi sorunu, yargılamanın herhangi bir aşamasında ortaya çıkabilir. //Bir Başvurucu, muhatap hükümetin/devletin yetkililerinden tam bir tazminat elde etmişse, bu durum komisyon önünde yargılama işlemleri derdest iken gerçekleşmiş olsa bile, artık sözleşme ihlalinin bir mağduru olduğunu iddia edemez."*¹³

Mahkeme 20 Ekim 2005 tarihli (37930/02) Bazhenov-Rusya kararında salt başvurucu lehine verilen ulusal bir kararın, başvurucunun zararını ortadan kaldırmayacağını, mağduriyetin devam edeceğini, sözleşmenin hükümlerinin ihlalinin kaynaklanan zararların aynı zamanda ortadan kaldırılması ve tazmin edilmesi gerektiğini ve ancak ihlalci devlet tarafından sözleşmenin hükümlerinin ihlal edildiğinin açıkça kabul edilmesi ve bundan dolayı meydana gelen zararın ödemesi halinde başvurucunun mağdurluk statüsünün ortadan kalkmış olacağını belirtmiştir.

Söz konusu davada hükümet ilk itirazında başvurucunun aleyhindeki ilk iki ulusal kararın ortadan kaldırıldığı ve ulusal düzeyde tazmin edildiği, mağdur statüsünün bulunmadığı iddiasıyla başvurunun reddini talep etmiştir. Hükümet, mahkemeye ayrıca başvurucunun kendisine hükümet tarafından teklif edilen uzlaşma talebinin de reddedildiğini belirterek başvurunun reddedilmesi talebini tekrarlamıştır. Mahkeme kararında; sözleşme hükümlerinin ihlalinin ulusal makamlarca açıkça kabul edilmediği ve ihlalden kaynaklanan zararların tam olarak ortadan kaldırılmadığı veya tazmin edilmediği durumlarda başvurucu lehinde verilmiş bir kararın veya lehinde yapılan bir hareketin başvurucunun mağdurluk statüsünü ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir (Mahkeme

¹³ Bkz., Gemalmaz, M. S., Prof. Dr.. a. g. e., s. 834

bu konuda 25.07.1996 tarihli Amuur-Fransa, 28114/95 Dalban-Romanya, 28341/95 Rotaru-Romanya kararlarına atıfta bulunmuştur).¹⁴

Mahkeme, ayrıca özel tarafların karşılıklı anlaşarak sulh olmaları halinde ihlalcı devletin, başvuruçunun mağduriyetinin giderilmiş, tazmin edilmiş olduğu iddiasını kabul etmemekte ve başvuruçunun mağduriyetinin devam etmekte olduğu görüşünü benimsemektedir.

Mahkeme'nin 28.10.1987 tarihli (8695/79) İnze-Avusturya kararında; evlilik dışında doğan başvuruçunun, annesinin miras bıraktığı çiftlikle ilgili mülkiyet haklarından yararlanmada, evlilik dışı doğmuş olması sebebiyle ayrımcılığa uğradığı, sözleşmenin 14. maddesiyle bağlantılı olarak Birinci Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvuruçunun bu iddiasına karşılık hükümet, başvuruçunun, üvey kardeşi ve üvey babası ile vardığı yargısal çözümle (sulh), annesinin malvarlığı üzerindeki talebinden vazgeçtiğini ve yapılan sulhtan ötürü başvuruçunun almış olduğu arazinin değerinin annesinin malvarlığının üçte biri kadar olduğunu bu bakımdan başvuruçunun mağdur olmadığını belirtmiştir. Başvuruçunun ve komisyon, hükümetin bu görüşünü kabul etmemiş ve başvuruçunun söz konusu çözümü kabul ederken, zayıf müzakereci konumunda olduğuna işaret etmişlerdir. Mahkeme, kararında özel tarafların kendi aralarında sonuçlandırdıkları bir yargısal çözümün, başvuruçunun zararını hafiflettiğini ancak "mağdurluk" statüsünü ortadan kaldırmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre yargısal çözüm sadece mali sonuçları hafifletmiş, fakat başvuruçunun annesinin malvarlığını edinme hakkını sağlamamış ve başvuruçuyu iki kötünden daha az kötü olan çözümü kabul etmeye zorlamıştır. Mahkeme, kararında söz konusu durumun, ulusal makamların açıkça veya özü itibarıyla, sözleşmenin ihlali iddiasını kabul etmeleri ve bunun için bir giderim sağlamaları halinde, farklı olacağını da belirtmiştir.¹⁵

Mahkeme, ihlalin gerçekleşmesi ve bu bağlamda mağduriyetin devam ediyor olması koşulunu yabancıların sınır dışı edilmesi veya geri verilmesi durumlarında aramamaktadır. Mahkeme, sınır dışı veya geri verilecek kişinin sözleşme ile koruma altına alınmış haklarının, geri ve-

¹⁴ 20.10.2005 tarihli (37930/02) Bazhenov-Rusya kararının İngilizce metni için bkz., www.echr.coe.int

¹⁵ 8695/79 İnze-Avusturya 28.10.1987 kararı için bkz., Doğru, Osman, Doç. Dr., *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Cilt 2, Legal Yayınları, 2004, s. 397 - 410

rilen devlet tarafından ihlal edileceği kanısındaysa, ihlalin gerçekleşmiş olması ve mağduriyetin devam ediyor olması koşullarını aramamakta ve başvurucuyu reddetmemektedir.¹⁶ Çağdaş İnsan Hakları Hukuku perspektifinden bakıldığında mahkemenin bu tutumu çok yerindedir. Zira aksi durumun kabul edilmesi halinde kişilerin doğuştan olan vazgeçilmez, devredilmez ve değiştirilmez bir takım haklarını güvence altına almak ve trajik insan hak ihlallerini engellemek amacıyla gerçekleştirilmiş olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin temel hedefinin ortadan kalkacağı, bir taraf devletçe bir potansiyel ihlalci devlete kişinin haklarının ihlal edilmesi için teslim edileceği sonucu ortaya çıkacaktır.

3.3. Bir Yasanın Soyut Olarak Sözleşmeye Aykırılığı İddiasıyla Bireysel Başvurunun Yapılamaması

Kişi sadece bir yasanın soyut olarak sözleşme ve protokollere aykırı olması sebebiyle İHAM'ne başvuramaz. İlke olarak, kişi ancak söz konusu yasa kendisine uygulanmış ve bundan dolayı zarar görmüş, mağdur olmuşsa mahkemeye başvurabilecektir. Kişinin mağdur olmadan salt yasanın soyut olarak sözleşme ve protokollere aykırı olduğu iddiası dikkate alınmaz.¹⁷ (D 8266/78 (X. V. UK) 4.12.1978, 16/190 / / "Bir kimse, ulusal bir yasanın, soyut olarak, sözleşmeye aykırılığı iddiasına ilişkin şikâyetle bulunamaz. Ancak bu kişi, güvence altına alınan hakkın kullanımına ilişkin olduğunu düşündüğü bir eylemin ifasını söz konusu yasa bir suç haline getiriyor ise, madde 25 anlamında bir "mağdur" olarak kabul edilebilir.")¹⁸

3.4. Mirasçılarının Davaya Devam Etmeleri Hali

Başvurucunun, mahkemede açmış olduğu dava karara bağlanmadan önce ölümü halinde mirasçılarının davaya devam etmeleri direkt mirasçılara tanınan bir hak değildir. Mirasçılarının davayı takip edebilmeleri için, mülkiyet hakkının ihlalinde olduğu gibi doğrudan veya dolaylı olarak menfaatlerinin bulunması gereklidir. Eğer davanın mirasçılar tarafından devam ettirilmesinde sözleşme bakımından genel

¹⁶ Gölcüklü, A. F./Gözübüyük, A.Ş., a. g. e., s. 60

¹⁷ Gölcüklü, A. F./Gözübüyük, A.Ş., a. g. e., s. 58

¹⁸ Bkz., Gemalmaz, Prof. Dr. M. S., a. g. e., s. 835

bir yarar yoksa mahkeme re'sen söz konusu başvuruyu kayıtlardan düşer.¹⁹ Gerçek mağdurun dava açmadan hayatını kaybettiği hallerde mirasçılarını ancak yaşam hakkının ihlali, müessir fiil gibi ihlallerde mağdurun yakınları olarak dava açabilirler. Ölen kişinin mirasçılarının dava açmalarına ilişkin yukarıda incelediğimiz Ceyhan Demir ve Diğerleri-Türkiye kararı, mahkemenin bu konudaki güncel tutumunu da göstermesi açısından önemlidir.

4. Sonuç

Günümüz çağdaş hukuk sistemleri, insan hakları ihlallerinin önüne geçmek, kişilerin doğuştan var olan vazgeçilmez, devredilmez ve değiştirilmez temel haklarını belli bir koruma altına ve güvenceye almak, özellikle ulusal düzeyde politik sebeplerden dolayı gerçekleşen insan hakları ihlallerinin önüne geçmek için çeşitli ulusal ve uluslar arası girişimlerde bulunmaktadır.

Uluslararası düzeyde en etkin denetim mekanizması olarak kabul edilen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, mağdur olduğunu iddia eden kişilere bireysel başvuru hakkını tanımamasından ötürü bireyi devlet karşısında eşit konumda tutmakta ve bireye haklarının takipçisi olma fırsatı tanımaktadır.

İHA Mahkemesi'ne sözleşmeye taraf devlet tarafından hakkı ihlal edilen herkes başvurabilmektedir. Bireye fevkalade önemli haklar veren ve özellikle etkin bir hak arama yolunu açan bireysel başvuru mekanizması, sözleşmeye taraf devletlerce ilk başlarda kuşkuyla karşılanmıştır. Özellikle kimi sözleşmeye taraf devletler, ülkelerindeki çeşitli siyasi grupların bireysel başvuru mekanizmasını politik olarak kullanmalarından kuşku duymuşlardır. Ancak mahkemenin ve sözleşmenin başvuru hakkının kötüye kullanılmasına müsaade etmemesi başta taraf devletlerde meydana gelen bu kuşkucu yaklaşımı ortadan kaldırmıştır. Özellikle başvurucunun ancak "*gerçek mağdur*" olması şartı ve bu kuralın ancak çok istisnai durumlarda genişletilmesi de sözleşmenin güvence altına almış olduğu hakların belli gruplarca taraf devletlere karşı kötüye kullanılmasının önündeki başlıca engeldir.

¹⁹ Tezcan, D.,/Erdem, M. R., Sancakdar, O., a. g. e., s. 111

Çalışmamızda mağdur kavramını, mağdurun hangi hallerde mahkeme tarafından geniş yorumlandığını, gerçek mağdurun mirasçılarının hangi hallerde mağdur sıfatıyla dava açabilecekleri veya gerçek mağdur tarafından açılmış davaya devam edebileceklerini mahkemenin vermiş olduğu güncel kararlarla açıklamaya çalıştık. Burada tekrar belirtmekte fayda gördüğümüz husus; kural olarak, bir kişinin mahkemeye başvurabilmesi için sözleşme ve protokolleri tarafından güvence altına alınan haklarının sözleşmeye taraf bir devlet tarafından ihlal edilmiş olmasıdır. Ancak mahkeme bu kuralı her davada davanın kendi özelliklerine göre yorumlamakta ve kimi durumlarda mağdur sıfatıyla başvurucağı geniş yorumlamaktadır. Mahkemenin her davayı kendi özellikleri açısından yorumlamasının ve gerektiği durumlarda mağdur kavramını genişletmesinin temelinde yatan sebep sözleşmenin geneli açısından kişi hak ve özgürlüklerinin güvencesinin/teminatının etkin bir şekilde yerine getirilmesi, kişi hak ve özgürlüklerinin mümkün mertebe korunmasını sağlamaktır.

SİYASAL PARTİLERDE TEŞKİLAT YÖNETİMİ GÖREVDEN ALMANIN HUKUKİ REJİMİ

Ahmet İYİMAYA *

I. GİRİŞ

Demokrasinin vazgeçilmezlerinden olan siyasal partiler, her şeyden önce, “teşkilat/örgüt” demektir. Parti iradesi, gerçekte alttan üste (üyeden örgüte) eğilim ve öneri akışı ile oluştuğunda ancak demokratik anlamına kavuşabilir.

Zorunlu organ olarak belde, ilçe, il teşkilatları (SPK m. 7) o siyasi coğrafyada yaşayan partili lerin seçmeleri ile teşekkül eden demokratik birimlerdir. Bu organlar, parti-içi demokrasinin de yapı taşlarını oluştururlar (AY m. 69)

Parti, siyasal işlevini ve yüksek verimi ancak işleyen bir yapı ile ortaya koyabilir. Teşkilatların yönetim görevlerini gereği gibi yerine getirmemeleri, giderek demokratik misyonlarıyla bir çatışma içinde olmaları, partinin toplumsal görüntüsünü bozar; siyasal verimi düşürür. Teşkilatlardaki kötü yönetimin veya yönetilemezliğin parti-içi etkileşimlerle önlenememesi halinde, “görevden alma ve geçici yönetim,” rasyonel bir çaredir. Şu kadarki “görevden alma” ne kadar rasyonel olur ise olsun, demokrasi dışıdır. Bir demokrasi kuruluşu olan partide “atanmış organ üyeliği, statüsü” bizatihi demokrasi ile çatışır. Bu itibarla “atanmışlığa” hızla son verecek seçimli yerel kongre, demokratik akılclığın ürettiği bir çaredir. (Demokrasi, kesinti kabul etmez.)

* Anayasa Komisyonu Önceki Başkanı, Avukat, Ankara Barosu.

Görüldüğü gibi “görevden alma” geçici önlemi, demokratik ilkelerle iyi yönetim ilkelerinin (dikey ve yatay ilişkilerin) dengelenmesinden doğan bir ihtiyaçtır.

Siyasi Partiler Yasası, il ve ilçe teşkilatlarının görevden alınabilmesini –istisnaen de olsa– prensip olarak kabul etmiştir. (m. 19,20)

Demokratik gereklerle yönetim gereklerinin kesişme noktasında bir zorunluluk olarak benimsenmiş olan “görevden alma” kurumu, uygulamada amacından saptırılmış, genelleştirilmiş ve nerede ise olağan hale getirilmiştir.

Bu gün “görevden alma,” istisnasız bütün partilerin başvurduğu, kolay şekilde ve fütursuzca karara bağladığı “doğal önlem” biçimine dönüşmüştür.

Lider ve genel merkez oligarşisi, teşkilatlarda filizlenen çok sesliliği ve itirazları “görevden alma” yoluyla bastırmaktadır. Yönetim zorunluluğunun (dikey ilişkinin) sisteme aktardığı “görevden alma,” teşkilat demokrasisini ve giderek yerel demokrasiyi boğan “bir leviathan”a dönüşmektedir.

Siyaset patolojisinin bir konusu olan bu bozulma, partiye sadakat duygusunu yok etmekte, siyasete güveni tahrip etmekte ve yüzer-gezer görüşlerin (partisizliğin) derinleşmesine yol açmaktadır.

Bu yolla siyaset kurumu –belki de farkında olmadan, uzun görülü bilinç fukaralığı içinde– kendi doğal zeminini yok etmektedir.

Oligarşi bataklığını besleyen kanalların başında, seçimle gelinen yerler için aday belirlemedeki demokrasi-dışı yöntemler kadar, “teşkilat yönetimlerinin keyfi şekilde görevden alınması uygulamaları” gelmektedir. İç demokrasilerini gerçekleştirememiş partilerin, topluma karşı demokrasiyi seslendirmeleri ve ona derinlik kazandırma söylemleri ne derece inandırıcı olabilir?

Bize göre, darbelerin demokrasi üzerindeki vahim etkileri ne ise, saptırılmış “görevden alma”ların siyasal partiler üzerindeki etkileri de odur.

İncelememizde “görevden alma” kurumun hukuki çatısı ortaya konacaktır. Kuralın dayalı bulunduğu felsefe, ülkemizdeki evrim çizgisi

bağlamında ele alınacaktır. Kurala aykırı “görevden almalar”ın yol açtığı sonuçlar, sorunlar ve yargı yolları değerlendirilecektir.

Nihayet olası siyaset ve partiler reformunda bir veri olarak yararlanılmak üzere, yarım asırlık tecrübe gözetilerek bir “öneri” de geliştirilmiştir.

II. GÖREVDEN ALMA KURALININ EVRİMİ

İlçe ve il yönetim kurulunun görevden alınması modeli, 13.7.1965 t, 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ile getirilmiştir.

1. Kanun tasarısının ilgili hükümleri şöyledir: “... İl yönetim organının il kongresince nasıl seçileceği, merkez yönetim organının ne gibi hallerde ve nasıl işten el çektirileceği ve geçici yönetim organının nasıl kurulacağı parti tüzüğünde gösterilir...” (m.18/2) “...ilçe yönetim organının ilçe kongresince nasıl seçileceği, il yönetim organınca veya merkez yönetim organınca ne gibi hallerde ve nasıl işten el çektirileceği ve geçici yönetim organının nasıl kurulacağı parti tüzüğünde gösterilir...” (m. 22/2)¹

Tasarının genel gerekçesinde “Partilerin demokratik bir kuruluş ve işleyişe sahip olmaları, parti içi iradenin hür bir şekilde belirmesi ve parti organlarının ve idari mercilerinin bu hür iradeye göre vazife almalarının sağlanması ile mümkün olabilir. Binaenaleyh, Partiler Kanunu’nda parti üyelerinin iradelerinin tesirli bir hale getirilmesi, organların aşağıdan yukarıya kuruluşlarına ve parti mensupları tarafından murakabe edilmelerine müsait birer statüye sahip kılınması zarureti vardır. Ancak, kanun koyucunun siyasi partiler için bir (ideal statü) veya bir (tip statü) meydana getirmesi, Anayasa hükümleri ile ve derneklerin muhtar yapıları ile telif edilemez. Bu itibarla, parti teşkilatı ve parti organları münasebetinde her siyasi partinin kurucuları ve üyeleri için bir hareket serbestisi tanınması cihetine gitmek lazımdır.” denmiştir.² Madde gerekçeleri olarak, şunlar denmiştir: “Partilerin il ve ilçe teşkilatına taalluk eden bu maddelerde demokratik kuruluşu ve işleyişi mümkün kılacak ilkelere ve parti içi iradenin serbestçe teşekkülünde parti üyelerine eşit hak tanıyan anlayışa yer verilmiş ve tasarı hükümleri buna göre kaleme alınmıştır.”³

¹ MMTD.D.1, Toplantı 2 sıra Sayısı:527. s. 54,56

² 1 Nolu dipnottaki kaynak, s. 3.

³ 1. Nolu dipnottaki kaynak, s. 6.

Model üzerinde, gerek komisyonlarda ve gerekse genel kurulda yoğun tartışmalar yapılmış,⁴ geliştirici önerilerle kural, son şeklini

⁴ Geçici komisyon başkanı, değerli siyaset adamı Coşkun Kırca'nın üretici katkısı, unutulmamalıdır. İstanbul Milletvekili Tahsin Demiray, tasarı-karşıtı şu düşüncüyü dile getirmiştir. "En mühim şeylerden bir tanesi de seçimle gelmiş olan heyetlerin, idare kurullarının yukarıdan veto edilmesi yani tebcitlenmesi, geri itilmesi hadisesidir. Bu siyasi partiler kanunu oligarşik idareye son verecek ve Türkiye'yi hakiki demokrasiye götürecektir, bu esas maksada hakkiyle hizmet edebilmek için halkın, reyine hürmet etmemiz lazım gelir. Yani vatandaşın reyini ile gelmiş idare heyetlerini bir üst kademenin bertaraf edebilmesi onun hakkı değildir. Böyle bir şeytani tabikat, işte bu kanunla bunun asıl aksini yapmayalım, bunu önleyelim. önleyici maddeler konmalıdır. Ama efendim parti yürümüyor, idare heyeti çalışmıyor, ne yapalım? Vazifesini yapmayan suiistimal eden insanları ne yapıyoruz; mahkemeye veriyoruz. Partiler de idare heyetleri siyasi yoldan siyasi kararlarla veto edememelidirler. Onlar, ancak parti içerisinde, varsa suçları, hataları hakem heyetlerine verilmek suretiyle, ancak o yolla yani kazai yoldan, parti içindeki kazai yoldan onu bertaraf etme yolu aranmalıdır. İşte görüyorsunuz ki, asıl zemberek buradadır ve bana göre çok ters bir zihniyetle bu tasarı hazırlanmıştır. O kadar terstir ki, izah edeyim, parti tavandan başlamış, genel başkandan başlamıştır. Nasıl kuracağız?. Aşağı, aşağı aşağı... İlçeye, köye kadar gidiyor. Halbuki bizim anladığımız mânadaki demokrasilerde muhitteki merkeze doğru gelir siyasi partiler, seçimler... En alt kademededen başlayarak bu tasarının, muhitten başlayarak derece derece ilçeden ile. büyük kongreye kadar gelişi tersine konulmalı idi. Efendim, bu o kadar mühim mi? Mühim, zihniyetlerin nasıl işlediğini, formasyonu yazan zatların düşündüklerini bana apaçık göstermektedir. Merkezden muhite doğru gidici bir zihniyet hâlâ bu tasarıda da hakimdir. Halbuki biz merkezden muhite değil, muhitten merkeze doğru gelinmesini istiyoruz. Halktan en büyük Devlet yapısının zirvesine kadar derece derece kuruluşları bir piramit gibi görmek istiyoruz. Bu tasarıda maalesef bu da yoktur. Binaenaleyh, şimdi bundan vazgeçtim; en mühimi bence, vatandaşın partili olarak birinci merhale seçimlere, konuşmalara, kongreye bilfiil iştirakinin men edilmiş olmasıdır. Bir yer tasavvur ediniz. Efendim hep köyler gösterilir. Köyün feraseti şehri kat kat geçer ya... Fakat haydi bakalım diyelim ki, şehirlinin anlayışı ile söyleyelim; bir mahalle ki, en güzide insanlardan ve azaların hepsi de yüksek tahsillilerden teşekkül etmiştir. Ama ne diyorsunuz onlara? Hayır siz ilçeye çok geleceksiniz. Bizim ilçe salonu sizi almaz. Ne yapalım sizin mahallede bizden 1 200 âza vardır. Sizin içinizden biz üç kişi istiyoruz. Ancak üç kişi ile iştirak edebilirsiniz. O halde sizin hakkınız efendim sadece üç tane adam seçip göndermekten ibarettir.

Arkadaşlar böyle demokrasi olmaz. Gitmek istediğimiz demokrasi böyle değildir. Binaenaleyh, bu kanun bu haliyle maalesef ters bir kanundur. Bilhassa komisyonun bu kanunun bu maddesini geri almasını arz ve teklif ederim. Ve arz ettiğim gibi, hiç olmazsa bucaklara kadar, birinci kongreye kadar, iki kademeli demiyorum, bucakta yapılsın, sonra ilçeye gelsin demiyorum; ama, itibari ilçeler yolu ile vatandaşın birinci kongreye iştirak imkânı temin edilmelidir. Bendenizin en mühim gördüğüm husus, budur. Gayrısı vahi. Hürmetlerimle." (M.M.B:94. T.28.4.1965, O:2. s.346) Isparta Milletvekili Sadettin Bilgiç, AP gurubu adına şunları söylemiştir: "Şimdi diyoruz ki bu sureti katiyede anti demokratiktir. Kurucu olarak ortaya çıkarıyoruz.

almıştır.⁵

Kabul edilen ve yürürlüğe giren nihai metin şöyledir: “İl Yönetim kurulunun il kongresince nasıl seçileceği, merkez yönetim organınca ne gibi hallerde ve nasıl işten el çektirileceği ve geçici yönetim kurulunun nasıl kurulacağı parti tüzüğünde gösterilir. İşten el çektirme kararının il yönetim kuruluna bildirilmesinden başlayarak kırk beş gün içinde il kongresi toplanarak yeni daimi il yönetim kurulunu seçer. Bu süre içerisinde il kongresi için yeni delegeler seçilmiş değilse, kongre eski delegelerle toplanır.” (648 s. SPK m. 15/2.2)

İlçe teşkilatı ile ilgili hükümde şöyledir: “İlçe yönetim kurulu, ilçe başkanının başkanlığında olmak üzere, –ilçe başkanı dahil– beş ila on bir üyeden kurulur.

İlçe yönetim kurulunun ilçe kongresince nasıl seçileceği, il yönetim kurulunca veya merkez yönetim organınca ne gibi hallerde ve nasıl işten el çektirileceği ve geçici yönetim kurulunun nasıl kurulacağı, parti tüzüğünde gösterilir. İşten el çektirme kararının ilçe yönetim kuruluna bildirilmesinden başlayarak kırk beş gün içerisinde ilçe kongresi toplanarak yeni daimi ilçe yönetim kurulunu seçer. Bu süre içerisinde ilçe kongresi için yeni delegeler seçilmiş değilse, kongre eski delegelerle toplanır.” (648 s. SPK m. 16/2.2)

Her iki kanun maddelerinde yer alan geçici yönetimin görev sürelerinin kesinliği, aşılamazlığı ve hükmün buyurucu niteliği yasama

O zaman bunu kabul ediyoruz, ondan sonra geliyoruz, bunlar tamamen aykırı şeylerdir. Şunu katiyetle ifade edelim ki, bir partiyi bir bütün olarak ele almak mecburiyetindeyiz. Münhasıran bir kademeyle mutlak istiklal, diğer bir kademeyle de mutlak mecburiyet yükleyecek olursanız parti çalışmaz. O zaman parti parti olmaktan çıkar, parti bir federasyon haline gelir. O halde diyelim ki iller müstakil siyasi teşekküllerdir. Ama federasyon halinde birleşirler. O zaman ilin kuruluşuna da hiç karışamayız. Ama bir siyasi partiyi mesuliyetleriyle de, sevabıyla de müşterek bir teşekkül kabul ediyorsak, bu teşekkülün bir silsilei meratip içinde karşılıklı hak ve mesuliyeti olması lazımdır. Bu bakımdan şimdi yeni getirilen 16. madde, 17. madde ve 25. madde şimdiye kadar bütün partilerde mevcut olan ve şimdiye kadar hiç kullanmadığımız köy ve mahallelerde siyasi faaliyetleri yapmamıza imkan veren müeyyidelerdir ki bunları bu şekliyle kabul edecek olursak daha iyi netice alacağız”. (MM, B: 94. T. 28.4.1965 O: 2. s. 349-350)

⁵ Geçici organ dönemini kesin süreye bağlayan ve kabul gören Kırca önergesi için bkz., M.M. B:94. T.28.4.1965 t, O: 2. s. 344 Seçimin eski/yeni delege seçemediklerinde yapılması bağlamında Tokat Milletvekili Ali Dizman düşüncesi için bkz., M.M. B:94 T.28.4.1965, O:2.s.351. 3/1,5 aylık sürelerin 45 güne dönüşümü için,bkz., TBMM TD. B:17 T:13.7.1965. O:1. s. 234, ilçe yönünden s. 238,259. Keza senatodaki tartışmalar için, bkz., ss. 649. karar, s.7. Kars Milletvekili Sırrı Atalay'ın görüşü için, bkz., C. Senatosu, B:102. T.23.6.1965. O:3. s.177.

çalışmalarında vurgulanmıştır. Gurup sözcüsü Bilgiç aynen şöyle demiştir: *“Muhterem arkadaşlar; şimdi Komisyo’nun Başkanlığa takdim ettiği ve huzurunuzda okunan tadil ile bu husus sizin arzu ettiğiniz esaslara bağlanmış bulunuyor. Şöyle ki; muvakkat heyet kurulacak. Sırf kongreyi yapmak ve kongrede yenisinin seçilmesine imkan vermek üzere. Bu da üç aylık bir zaman içerisinde yapılacak. Üç aydan fazla bir zaman muvakkat heyet ayakta kalmayacak. Kongre iki sene dahi uzasa bu muvakkat heyetler kendilerinden evvel kurulan idare heyetlerinin kongreleri zamanına kadar devam edecekti. Burada o imkan da verilmiyor. Muvakkat heyet kurulacak, fakat delege tespiti yapmadan, eski delegelerle en geç 3 ay içerisinde kongre toplanacak. Ve bu suretle de yeniden kongre seçilmiş idare heyetlerine o bölge teslim edilecektir.”*⁶

Yasanın, dönemin siyasal partilerinin uzlaşmaları ile çıktığı, yasama organı aşamasındaki dönüştürücü mimarın Coşkun Kırca olduğu, hatta siyasal partilerin bir hukuki rejime bağlanmaları (özel yasa) noktasında küresel boyutta ilkelerin de yer aldığı unutulmamalıdır.⁷

2. 22.04.1983t ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nda da model, esas yapısı itibarı ile benimsenmiştir. (SPK m. 19/5, 20/9) 12 Eylül ara rejimi döneminde yürürlüğe konan modelin görüşmelerinde sergilenen kalite, 1965 döneminin çok gerilerinde kalmıştır.⁸

Geçici yönetimler için il teşkilatı yönünden 45, ilçe teşkilatı yönünden 30 gün olarak öngörülen sürelerin buyurucu niteliğine, 2820 sayılı yasa bağlamında da vurgu yapılmıştır.⁹

⁶ MM B:94.T.28.4 .1965, O:2 s.349

⁷ MM, B: 96. T. 30.4.1965 O: 1 s.403-404. Sağlam, Fazıl Prof. Dr. *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, İst.1999.s. 37 vd. Alman Siyasal Partiler Kanunu’nun etkisi bakımından bkz., Bu yazımızın 1 nolu dipnottaki kaynak (tasarı gerekçesi) s. 2.

⁸ Görevden alma kararında “gizli oy” yöntemi için bkz., Özer Gürbüz önerisi. DMTD. B: 61 T. 22.2.1983. O:1s.5. “vasıflı çoğunluk” kuralı da bu dönemde benimsenmiştir.

⁹ Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu üyesi Azmi Eryılmaz’ın açıklaması şöyledir: *“Bu İşten el çektirme müessesesi Komisyonumuzda görüşülürken uzun boylu tartışmalar neticesinde bu metin hazırlanmış bulunmaktadır. Metin esasında 648 sayılı kanun yapılırken de alkışlarla kabul edilen bir hüküm olarak getirilmiştir. Çünkü dikkatlice okuduğumuz takdirde, metin kendi noksanlığını tamamlamaktadır. ‘El çektirme kararı, yetkili kurumların üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla gizli oyla alınır. İşten el çektirme kararının il yönetim kuruluna bildirilmesinden itibaren kırk beş gün içinde il kongresi toplanarak yeni daimi il yönetim kurulunu seçer.’*

Kırk beş gün içinde toplanmasını emrediyor. Demokratik bir sistemdir. Eğer toplanamazsa bu süre içerisinde İl kongresi için yeni delegeler seçilmiş, değilse, eski hali getiriyor, ‘... kongre eski delegelerle toplanır.’ hükmünü getiriyor.

22.4.1983 tarihli yasanın yürürlüğünden buyana maddede herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Model, büyük eleştirilere uğramasına ve üzerinde kimi sivil toplum kuruluşlarınca birbirlerinin tekrarı niteliğindeki değişiklik taslakları üretilmesine¹⁰ rağmen varlığını halen ko-

Şimdi bu kırk beş günlük süre içerisinde yönetim organı olmasın... Bu olacak iş değil. O zaman İştin el çektirme müessesesinin esasına aykırı bir husustur. Çünkü bu kanun bir bütündür. İlerdeki hükümleri inceleyecek olursak, dördüncü kısımda yer alan hükümlere aykırı hareketten dolayı partinin kapatılması söz konusudur. Diğer maddelerdeki hükümler vardır, bu da aynı neticeleri verir.

Bu bakımdan, işten el çektirme müessesesi zarurîdir. Komisyonumuz bunu uzun boylu tartıştı, kabul etti, zarurîdir; ama el çektirme müessesesine 648 sayılı kanunda getirilen hüküm gibi, bir teminat olsun diye bir arkadaşımızın teklifi üzerine biz de o teminatı getirdik; komisyonda bir arkadaşımızın teklifi üzerine hem il kongresine, hem ilçe kongresine getirdik ve üçte iki oy çoğunluğuyla, dedik. Şimdi bir teminat da yüce kurulunuzdaki bir kıymetli üye arkadaşımız tarafından ileri sürülmüş, onu da getirmiş bulunmaktayız.

^{Bu} bakımdan, metin kemale ermiştir. Metnin aynen kabulünü, bu önergeye müteveccih iddiaların reddini ve bizim getirdiğimiz metnin yerinde olduğunu Yüce Kurulunuza arz etmek isterim. Saygılarımla'

¹⁰ Sağlam, Fazıl, Pof. Dr., "Siyasal Partiler Kanunu'nda Uluslararası Standartlara Uygunluk Sağlamak İçin Yapılması Gereken Değişiklikler", (Anayasa Yargısı, S. 17 s. 243. TÜSİAD, TOBB ve benzeri sivil toplum örgütlerinin kimi bilim adamlarına hazırlattırılan SPK değişiklik önerileri. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği taslağı şöyledir: "il başkanı ile il yönetim kurulu il kongresince seçilir. İl başkanı ile il yönetim kurulunun, seçim şekli ve merkez karar ve yönetim kurulunca hangi hallerde ve nasıl işten el çektirileceği ve geçici yönetim kurulunun nasıl oluşturulacağı parti tüzüğünde gösterilir. El çektirme kararı, yetkili kurulların üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ve gizli oyla alınır. İşten el çektirme kararının il yönetim kuruluna bildirilmesinden itibaren kırk beş gün içinde il kongresi toplanarak yeni il yönetim kurulunu seçer. Bu süre içerisinde il kongresi için yeni delegeler seçilmiş değilse, kongre eski delegelerle toplanır. Belli bir ilde il başkanı ve il yönetim kurulunun bir seçim dönemi içinde ikinci kez işten el çektirilmesi halinde, parti tüzüğüne ve iç yönetmeliğe yetki, şekil, usul ve esas bakımından aykırı bulunduğu iddiasıyla o ilin asliye hukuk mahkemesinde itiraz edilebilir. Mahkeme bu itirazları, diğer işlerden önce ve engeç otuz gün içinde basit muhakeme usulüne göre inceleyerek karara bağlar, bu karar kesindir. Mahkeme kararından önce yeni il kongresi toplanamaz." Taslağın gerekçesi "Yürürlükteki maddeye göre, "il başkanı ile yönetim kurulunun ... merkez karar ve yönetim kurulunca hangi hallerde ve nasıl işten el çektirileceği ve geçici yönetim kurulunun nasıl oluşturulacağı parti tüzüğünde gösterilir." (SPK m. 19/5) . Yine aynı maddeye göre, işten el çektirme kararını verecek olan yetkili kurulların bu kararı gizli oyla ve üçte iki çoğunlukla alabilmesi, kırk beş gün içinde il veya ilçe kongrelerinin toplanarak yeni yönetim kurulunu seçme zorunluğu, yasanın öngördüğü önemli güvencelerdir.

Parti içi demokrasinin varlığı, yokluğu ya da yetersizliği sorunu öncelikle "siyasal kültür ve yetişkinlikle ilgili bir sorun" dur. Parti içi demokrasinin gerçekleşmesinde hukukun payı birinci derecede olmasa bile, mevcut güvencelere bazı küçük eklemelerin yapılmasının parti içi demokrasi ilkesi bakımından gereklidir. Bu nedenle işten el çektirme yetkisinin bir seçim dönemi içinde yargı denetimine tabi olmaksızın yalnızca bir kez kullanılabilmesi, bu yetkinin ikinci ve izleyen kullanımlarının yargısal denetime tabi olacağı, buna bağlı olarak da mahkeme kararından önce yeni

rumaktadır. Üstelik siyasal partilerin en fazla işlettikleri, uyguladıkları yasa maddesi de bu maddedir.¹¹

III. GÖREVDEN ALMA KURALININ YAPISI

Siyasal Partiler Kanun'un görevden almayı düzenleyen hükümleri şöyledir: *"İl başkanı ile il yönetim kurulu il kongresince seçilir. İl başkanı ile yönetim kurulunun, seçim şekli ve merkez karar ve yönetim kurulunca hangi hallerde ve nasıl işten el çektirileceği ve geçici yönetim kurulunun nasıl oluşturulacağı parti tüzüğünde gösterilir. El çektirme kararı, 101 inci maddenin (d-1) bendinde gösterilen haller dışında, yetkili kurulların üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ve gizli oyla alınır. İşten el çektirme kararının il yönetim kuruluna bildirilmesinden itibaren kırk beş gün içinde il kongresi toplanarak yeni il yönetim kurulunu seçer. Bu süre içerisinde il kongresi için yeni delegeler seçilmiş değilse, kongre eski delegelerle toplanır."* (SPK m 19/5)

"İlçe başkanı ile ilçe yönetim kurulu ilçe kongresince seçilir. İlçe başkanı ile ilçe yönetim kurulunun; seçim şekli ve il yönetim kurulunca veya merkez karar ve yönetim kurulunca hangi hallerde ve nasıl işten el çektirileceği ve geçici yönetim kurulunun nasıl oluşturulacağı parti tüzüğünde gösterilir. El çektirme kararı 101 inci maddenin (d-1) bendinde gösterilen haller dışında yetkili kurulların üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ve gizli oyla alınır. İşten el çektirme kararının ilçe yönetim kuruluna bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde ilçe kongresi toplanarak yeni ilçe yönetim kurulunu seçer. Bu süre içerisinde ilçe kongresi için yeni delegeler seçilmiş değilse, kongre eski delegelerle toplanır." (SPK m. 20/9)

Yasada *"işten el çektirme"* terimi benimsenmiş olmasına karşın biz

il kongresinin toplanamayacağı gibi düzenlemeler önerilmiştir.

Ayrıca yürürlükteki metinde yer alan *"101. maddenin (d -1) bendinde gösterilen haller dışında"* şeklindeki ibare metinden çıkarılmıştır. Aslında uyum yasasındaki değişikliklere göre 101/d-1'deki hükümler 102/2. maddeye aktarıldığı için uyum yasasında buna uygun düzeltmenin yapılması gerekirdi. Ancak bizim önerimizde bu maddelerin öngördüğü uyarı sistemi kaldırıldığı için, söz konusu ibare metinden çıkarılmıştır." biçimde gösterilmiştir. TOBB, *Siyasi Partiler ve Seçim Kanunları Önerisi*, Ank. 2000, s. 38-39. Birlik yayını.)

¹¹ Sözelimi, Anayasa Mahkemesi'nin 21.02.1992 t, 2/2-SP- ihtar sayılı kararında belirtildiğine göre iktidara gelmiş, reformlara imza atmış bir siyasal partimizin 1992 yılında görevden aldığı il (yönetim kurulu) sayısı 23'tür. Büyük partilerimizle ilgili olarak bu konuda veri temelinde yapılacak bir inceleme, gösterge bilimin yöntemleriyle oligarşinin çirkin çehresini ve demokrasi takiyyesini ortaya çıkarabilecektir.

“görevden alma” kavramını tercih ediyoruz. Kimi parti tüzüklerinde “işten uzaklaştırma” ibaresi yer almaktadır.

1. Görevden Alma Kavramı

Yürürlükteki Siyasi Partiler Yasası, il ve ilçe teşkilatlarının seçimle gelen yönetim kurullarının görevden alınabilmesini öngörmektedir. Görevden alma kararı, kurulduğunda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Kararın görevden alınan yönetime bildirilmesi, görevden alınan organın seçimi için öngörülen sürenin işlemeye başlaması yönünden zorunludur. Görevden alma kararına rağmen geçici yönetimin atanmadığı teşkilatlar organsız duruma düşmüş olurlar. Teşkilat fiil ehliyetini (eylem yeteneğini) geçici olarak yitirmiş sayılır. (MK m. 49)

Görevden almanın demokratik anlamı, özellikle kararın haklı bir nedene dayanmaması halinde, seçim iradesinin, doruktaki yöneten irade tarafından tanınmaması ve reddi ile denktir.

2. Görevden Alma Yetkisi

İlçe yönetimini görevden alma yetkisi, il veya merkez yönetim organına; il yönetimini görevden alma yetkisi merkez yönetime tanınmıştır. Aynı normatif mantık, belde yönetiminin ilçe yönetimince ve diğer üst-organlarca görevden alınabileceği sonucunu doğurur.

a. Görevden alma yetkisi, devredilemez. Sözgelimi; genel başkan, teşkilat başkanı, divan, milletvekili gibi görevden alma yetkisi bulunmayanların böyle bir tasarrufta bulunmaları mümkün değildir.

b. Bu yetki, bir defa kullanmakla tükenen yetkidir. Başka deyimle seçilmiş organın görevden alınması ile başlayan ve kongre ile sona eren yeni süreçte bu yetki bir defa daha kullanılamaz. Sözgelimi, geçici yönetimin de görevden alınması mümkün değildir. Yetki açıkça, seçimle gelen yönetim bağlamında tanınmış olup 45/30 günlük süreçlerde kongre işlemleri, atanan geçici - yasal temsilci tarafından yapılacaktır. Hukuk ve yasa koyucu, teşkilatları, üst - organın oyun tahtası olmaktan korumak istemiştir. Yetkinin bu özelliği, anti oligarşik karakter taşır.

c. Bu yetki, yönetim kurulu yerine, kurul üyelerinden birini veya birkaçını görevden alabilmeyi de içerir (çoğun içinde az da vardır). Ancak bu durumda, kurulun toplantı nisabı sona ermişse kongre süreci işlemez. Bu halde geçici yönetim atanamaz. Boşluk, yedek üyelerin asillığe kaydırılması ile giderilir (SPK m. 19/8, 20/11). Seçilmiş bir organda atanmış bir üyenin sürekli görev yapması, demokrasi ilkesi ile bağdaşmaz (Any m. 2, 69/1).

3. Geçici Yönetim

Geçici yönetim, meşruiyetini delege iradesinden almayan, yalnızca boşluğu doldurmak amacıyla yetkili organ tarafından atanan bir kuruldur. Temel görevi, geldiği organ seçimi için demokratik kongreyi toplamaktır. Geçici yönetimin statü ve görevi, öngörülen yasal sürelerin (45/30 günün) dolması ile kendiliğinden (defacto) sona erer.

Hukuk ve demokrasi duyarlığı gelişmiş geçici yönetimden hiç birisi, süre dolduktan sonra o organda oturmaz, oturamaz ve oturmamalıdır. Süre-sonrası yapılan her icraat, kurulan her tasarruf hukuken yoktur. Geçici yönetimin süre dolduktan sonra yeniden atanması, zincirleme görevlendirme, Türk-oligarşisinin keşfettiği ve fakat hukukun zinhar tanımadığı bir siyasi komediden başka birşey değildir.

4. Yasada Öngörülen Sürelerin Niteliği

a. Geçici yönetimin görev yaptığı süreler (45/30 gün), kesin sürelerdir. Uzatılması mümkün olmayan sürelerdir. Yasanın bu hükmü, buyurucudur. Normun bu özelliği, kuralın söz ve anlam yapısından ve yöneldiği amaçtan açıkça bellidir. Ayrıca yasama organındaki görüşmelerde yasanın emredici hüküm özelliği, açıkça vurgulanmıştır (Bkz., bu incelememizin "*Görevden Alma Kuralının Evrimi*" bölümü).

Partinin gerçekten varsa görevden alma ihtiyacının getirdiği anti demokratik kesinti, teorik söyleyişle parti yaşamında oluşan ara rejim-, öngörülen sürelerde kongre yoluyla giderilmek istenmiş ve iç-demokrasiye geçiş amaçlanmıştır. Bu sürelerle, parti-içi demokrasiyi genel merkezin oyuncağı haline getirecek kısır tekrarların ve taktiklerin önüne geçilmek istenmiştir.

b. Bu sürelerin dolması ile, teşkilat, organsız duruma düşmüş sayılır. Bu sürenin dolması ile oluşan organsız kalma, genel merkezin hiçbir tasarrufu ile bertaraf edilemez. Devreye kayyım hukuku müdahale eder. Aşağıda özel bölümünde belirtileceği gibi bu halde kayyım dışında yapılan kongre girişimleri ve kongreler geçersizdir. Seçim yargısının ve adli yargının sorunla ilgili uygulaması, yasanın hukuki çatısı ile hem-ahenkir.

5. Görevden Alma Kararı Usulü

Görevden alma kararı, gizli oyla alınmalıdır. Karar, üye tam sayısının üçte iki nisabı ile alınmalıdır. Uygulamada bu yönteme uyulduğu söylenemez. Alınmamış (hayali) kararlara dayalı olarak teşkilat başkanının teşkilatlara gönderdiği görevden alma yazıları I. aylar önce fiilen gerçekleştirilmiş görevden almaların aylar sonra karara bağlanması II. yetkili organda görüşme açılmadan karar alma III. sebepsiz-keyfi ve sübjektif nedenlerle el çektirme IV. örneklerine bol rastlanır olaylar olarak siyasetin envanterinde yer almaktadır.

6. Görevden Alma Sebepleri

Yasa görevden alma sebeplerini ayrı ayrı düzenlememiştir. Görevden alma nedenlerinin tüzükte sayılması modeli benimsenmiştir. Yasanın bu modeli, parti-içi demokrasiyi oligarşi kara deliğine akıtan bir dinamik görevi görmektedir. Oysa sebeplerin yasada öngörülmesi, bir denge- fren görevi yönünden de zorunluydu. Öte yandan model, aşağıda belirtileceği gibi özgürlükler hukukuna ilişkin temel normla da bağdaşmamaktadır.

Vurgulanmalıdır ki seçimle parti-içi organda göreve gelme, “siyaset yapma özgürlüğünün, siyasal parti özgürlüğünün muhtevasında yer alır.”¹² Bu özgürlüğün sınırlanması, sebep veya sebepleri gösterilerek ancak yasa ile olur (Any m. 13. c. 1). Kural, bu yönüyle Anayasa’ya aykırıdır.

¹² Jean-Lue Albert, Prof. Dr., (Lyon Üniversitesi Hukuk Fakültesi) “Siyasi Partilerin Örgütlenmesi ve Parti içi Demokrasi” (Siyasi Partiler ve Demokrasi Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Ankara Bürosu, Ank. 2005, s. 32 ve civ. Sağlam, Fazıl, Prof. Dr., “Siyasal Parti Özgürlüğü, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplama ve Örgütlenme Özgürlüğü” (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ank. 2006. S. 64. s. 51 vd.). İHAS m. 11.

Parti tüzüklerinde “araştırma yapmaksızın genel merkeze re’sen (sebezsiz) görevden alma yetkisi” veren hükümlere rastlandığı gibi “ülke ve parti çıkarına aykırı davranışı” görevden alma sebebi sayan hükümlere de rastlanmaktadır. “soyut, nesnel sınırlara oturtulamayacak, giderek keyfi sebepler,” istenmeyen her organa yahut üyeye rahatça isnad olunabilir. Tüzüklerdeki sınır tanımaz geniş sebepler, iç-demokrasiyi sifıra yaklaştıran bir oligarşiye lojistik destek görevi görürler. “Genel başkanın demokratik eleştirisi yahut genel merkeze yönelik bir itiraz,” rahatlıkla parti çıkarına aykırı davranış olarak nitelenebilir.

Görevden alma sebeplerini, en azından ölçütler ekseninde sınırlamak, giderek kategorileştiren bir yaklaşımla yasa seviyesinde düzenlemek, hem siyaset kurumunun rasyonelleşmesi ve hem de parti-içi demokrasi bakımından zorunludur.

Parti-içi demokrasi, partinin en büyük gücünün keyfiliğine terk edilemeyecek kadar yaşamsal önemdedir. Bu konuda hukuk, son kapasitesine kadar kullanılmalıdır. Yasa düzeyinde, yargısal denetim düzeyinde...

IV. GÖREVDEN ALMA KARARININ BAZI SONUÇLARI

1. Seçimli Kongre Yapma Zorunluluğu

Siyasal partiler ve doğaldır ki kanuni organları, varlık ve meşruiyetini topluluk iradesinden alırlar, seçimden alırlar. Bu irade üye olur, delege olur; giderek iktidar/seçim bağlamında seçmen olur, millet olur. Siyasi parti organında “seçilmemiş/atanmış kişinin” kurul üyeliği görevi yapması, yönetim zorunluluğuna dayalı (dikey ilişkiden kaynaklanan) geçici ve istisnai bir durumdur. Bir siyasi partinin zorunlu organlarında atama yoluyla sürekli üye bulundurma, işin tabiatı (demokrasi kuralı) gereği mümkün olmadıktan başka esasen hukuk (yasa) da buna izin vermemektedir.

Yasa, 45/30 günlük süreleri, görevden alınan organların yerine seçimle yeni kurul oluşturmak üzere kongre yapmak için öngörmüştür. Bu kongre, yalnızca görevden alınan organın seçimine yönelik olağanüstü kongredir. Tüzükteki süreye göre olağan kongre dönemine girilmiş ise, bu kongrede diğer organ seçimlerinin yapılması da mümkündür.

Yasadaki süreler içinde delege seçimlerinin yapılmaması ya da yapılamaması halinde, kongre eski delegelerin huzuru ile gerçekleştirilir.

45/30 günlük süre içinde diğer organ seçimlerinin de gerçekleştiği olağan kongre durumu hariç, görevden alınan kurul yerine olağan üstü kongrede seçilen yeni kurulun görevi, görevden alınan kurulun bakiye görev süresi kadardır. Başka deyimle seçimle gelen yeni kurulun görevi, izleyen olağan seçimli kongrenin sonuçlarını doğruması (yeni seçim) ile sona erer.

Hemen hemen bütün partilerin yaptığı, geçici yönetimin sürelerini uzatma, yeni geçici kurul ataması gibi uygulamalar, açık bir yasa ihlalidir. Demokrasi hilesidir. Demokrasi kültürünün ve refleks yokluğunun yarattığı serbest alanda oligarşinin at oynatmasıdır.

Oysa kamuoyu, parti-içi dinamikler ve medya bu konuda sürekli olmak kaydı ile düşük yoğunluklu bir tepki koysa, *"hukuk ve demokrasi"* nin gücü, oligarşiyi yuvasına hapseder.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ve Anayasa Mahkemesi, oligarşinin can damarı görünümündeki bu ihlalleri -istisnai örnekler hariç- uykusuna terk etmektedir. Denetim organlarının görevlerini gereği gibi yerine getirmediğini -hatta çoğu kez görev ihmali içinde olduklarını- söylemek, bir hukuk duyarlılığıdır.(SPK 104)

2. Kayyım Atama Zorunluluğu

45/30 günlük sürenin dolması ile atanmış geçici yönetimin statü ve görevi sona erer. Teşkilat, organsız kalmış olur. Teşkilat, fiil ehliyetini geçici olarak kaybetmiş sayılır. Atayan organın atama yetkisi de sona erdiğinden boşluğun tüzel kişinin (partinin) herhangi bir organınca veya parti tarafından yürütülecek bir girişim (kongre) tarafından giderilmesi olanağı yoktur.

Bu durumda yapılacak tek-iş, yönetim organına kayyım atamaktır. Kişi veya kurul kayyımın görevi, teşkilatı süratle seçimli kongreye götürmekten ibarettir.¹³ (MK 49,75,427/4, SPK 121)

¹³ Öztan, Bilge, Prof. Dr., *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk*, Ank.1970, s. 79, 25; Gümüş, Mustafa Alper, *Türk Medeni Hukukunda Kayyım*, İst. 2006, s. 102-104, 112, 117, 131, 88, 89; Egger (V. Çer-

Nitekim aşağıda, özel bölümünde değinileceği gibi adli yargı, bu hallerde kayyım atama uygulamasındadır. Ayrıca 45/30 günlük süreden sonra partinin kongre girişimini, seçim yargısı iptal etmektedir. Geçici yönetim kurulunun yetkisi sona erdiği için disiplin kuruluna sevkler, hukuki sonuç doğurmamaktadır (SPK m. 57)

Bu uygulama, siyaset kurumunu, hukuk ve demokrasi zeminine çekmek bakımından çok önemlidir. Bir yönüyle de siyasetin yargı yoluyla evcileştirilmesi, oligarşiye hukuk darbesi olayıdır.

Temennimiz, sebepsiz görevden alınmalara ve kongreyi 45/30 güne rağmen bloke etmelere karşı yargı yolunun mağdurlarca veya üyelerce işletilmesidir. Bu yöntem, demokrasi kültürünün oluşumuna da yardım edecektir.

3. Siyasi Partinin Seçimlere Katılma Ehliyetini Yitirme Riski

SPK'nın seçime katılma ehliyetini düzenleyen özel hükmü şöyledir: “(31.3.1988-3420) *Siyasi partilerin seçimlere katılabilmesi için illerin en az yarısında, oy verme gününden en az altı ay evvel teşkilat kurmuş ve büyük kongrelerini yapmış olması veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde gurubu bulunması şarttır.*

Bir ilde teşkilatlanma, merkez ilçesi dahil o ilin ilçelerinin en az üçte birinde teşkilat kurmayı gerektirir” (m. 36). Yüksek Seçim Kurulu'nun görev başını da kurarak düzenlemede bulunan 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanun'un aynı konudaki hükmü şöyledir: “(31.3.1988-3420) *Siyasi partilerin milletvekili genel ve ara*

nis Çev.) *Şahsın Hukuku* Art. 393 N. 22. Kayyımlık, bir tedbir/ önlem hukukudur. Gümüş'e katılarak denebilirki kayyımlık “birbirinden çok farklı engel durumların bir sonucu ve çok farklı temsil ve koruma ihtiyaçlarını karşılayan bir müessese olarak parçalanmış görünümlü, çok şekilli bir kurumdur. (intitution multiform). Her kayyımlık sebebi bazında ayrı yorumlamayı zorunlu kılan bir çerçeve kavramdır. (Gümüş, M. Alper, Prof., a. g. e., s. 3) Aynı şekilde Egger. a. g. e., Art. 392. No: 2-3 Sözelimi Yüksek Mahkeme, Boşalan ve muhtarsız köye yönelik (kanuni hasım) tescil davasında, köy için kayyım atanmasına karar vermiştir (Y8HD.2000 t, 925/1847-E/K) Federal Mahkeme de kayyım alanını genişleterek tüm tüzel kişiler hukukun teşmil uygulamasındadır. Kayyımlık için bkz., Y2HD. 30.6.1999 t. 5687/7576-E/K (İKİD, 2000 s. 14874)

seçimlerine ve belediye başkanlığı ile belediye meclisi, il genel meclisi üyelikleri genel ve ara seçimlerine katılabilmeleri için illerin en az yarısında, oy verme gününden en az altı ay evvel teşkilat kurmuş ve büyük kongrelerini yapmış olmaları veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde guruplarının bulunması şarttır.

(31.3.1988-3420) Bir ilde teşkilatlanma, merkez ilçesi dahil o ilin ilçelerinin en az üçte birinde teşkilat kurmayı gerektirir. Bu esaslar dairesinde seçime katılabilecek siyasi partileri tespit ve seçimin başlangıç tarihinden on gün, seçimin yenilenmesi halinde yenileme kararının ilanından sonraki beş gün içinde ilan etmek" (m. 14/11).

Yürürlükteki hukukumuz, ilçe teşkilatları kurulmuş olsa dahi, il teşkilatlarının kurulmamış olması halinde, o ilde partinin örgütlenmiş olduğu postulasına dayanır. Yasa, ayrıca ilçelerin en az üçte birinde örgütlenmeyi zorunlu görmektedir. İl örgütü koşulu, SPK.19,36 hükümlerinin birlikte (bütünlükçü) ve sistematik yorumundan ortaya çıkar. Esasen kademe (teşkilatlar) şeması: "belde/ilçe/il/genel merkez" dizisinden oluşur. Yasa, beldede örgütlenmeyi seçime katılma ehliyeti koşulu olarak görmemiştir. İl-örgütünün kurulmamış olması (SPK m. 19), o ilin seçim ehliyeti nisabında (hesabında) gözetilmemesi sonucunu doğurur.

45/30 günlük sürelerde kongre yapılarak boşalan organın seçimle doldurulmaması, teşkilatı organsız bırakır (bkz., yukarıdaki tahliller). "Yönetim kurulu" "başkan ve üyeleri ile;" zorunlu yasal organdır. (SPK m. 7, 19, 20). Yasal organı mevcut olmayan (organsız), teşkilat oluşmamış teşkilattir.(MK m. 49) Bu durumda olan il ve ilçelerde seçime katılma ehliyetinde aranan "teşkilatlanma koşulu" gerçekleşmemiştir.

Siyasi partiler pratiğinde iller toplamının en az yarısı görevden alınmış ve 45/30 güne rağmen kongresi yapılmamış il/ilçe gerçeği, rastlanmayacak bir olgu değildir.

Bu gerçek bağlamında yasa şöyle okunmalıdır: "Siyasi partilerin seçimlere katılabilmesi için illerin en az yarısında, oy verme gününden en az altı ay evvel görevden alınan organların yerine yasada öngörülen süreler içinde yeni kurulun seçilmiş olması... şarttır."

Hukuk budur. Hukukun mantığı budur. Siyasetin oldu bittileri, hukuku ötelememelidir.

Bize göre, Yüksek Seçim Kurulu'nun "*seçime katılabilecek siyasi partileri tespit ve ilan*" görevi (298 s. k. m. 14/11) bağlamında gerek doğrudan (Any m. 79) ve gerekse Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı (SPK 104) aracılığıyla "*organsız kalan parti örgütlerini*" seçimden önceki altı aylık süre ekseninde belirlemesi ve katılma nisabını bu gerçeğe göre hesaplaması gerekir.

Hukukun doğru uygulanmaması, ehliyetin hukuka göre tespit edilmemesi Anayasa'nın 79. maddesinde öngörülen bir "*seçim yolsuzluğu*" dur. Seçimlerin yargısal düzene bağlanması, yalnızca hakemlik ögesinden değil, bununla birlikte seçim hukukunun bihakkın uygulanması hassasiyetine bağlıdır. Esasen aşağıda kısmen metinleri verilecek 16.07.2005 t, 3450 sayılı, 06.08.2005 tarih ve 352 sayılı Yüksek Seçim Kurulu içtihatlarının oturduğu hukuki zemin de aynı zemindir.

Sonuç olarak, görevden alınan örgüt yerine süresinde seçim yapmamak yoluyla oluşan boşluk ve organsız kalmaya muhatap örgütler, seçime katılma nisabında gözetilemezler. Bu temelde belirlenecek katılma ehliyetinde yeter sayıya ulaşamayan parti, seçime katılamaz.

Yeter sayısının, seçimden en az altı ay evvel oluşmuş olması gerektiğinden, sözgelimi boşluğun seçimden üç ay evvel (son altı ay içinde) herhangi bir yolla giderilmesi, sonuca etkili değildir. Ehliyet, özellikle iktidara talip siyasal partide ehliyet, bütün unsurları ile kamu düzeninden olup uygulama muhataplarının (Yüksek Seçim Kurulu yargısı dahil) re'sen ve harfiyyen nazara almaları asıldır.

Demokrasi de kuralına göre bir oyundur. Kural ihlali, neticeyi yok eder. Ehliyeti düzenleyen her iki hükmün buyurucu niteliği tartışmasızdır (SPK: 36, 298 S. K. 14/11). Seçimden altı ay evvel teşkilat yeter sayısını bulamayan bir parti, bir gün sonra bütün Türkiye'de teşkilat-lansa dahi seçime katılamaz.

Kayıyımın ikame ve yasal organ niteliği teoride kabul edilmektedir.¹⁴ Bize göre de seçimden altı ay evvel kayıyımın atandığı teşkilatların seçim ehliyetinde gözetilmeleri gerekir.

¹⁴ Gümüş, M. Alper, Prof. Dr., a. g. e., s. 104. Öztan, Bilge, Prof. Dr., a. g. e., s. 88-93.

V. SORUNLA İLGİLİ YARGI UYGULAMALARI

1. Kayımlık Hukuku Yönünden

Bir partinin Niğde il örgütünün görevden alınıp geçici yönetimin 45 gün içinde kongreyi toplamaması üzerine örgüte kayyım atanması için bir parti üyesi tarafından sulh hukuk mahkemesine yapılan başvuru kabul edilmiş, kayyım kurulu tayin edilmiştir. Bu yazımızın dipnotunda kararı aynen veriyoruz.¹⁵ Amacımız benzeri başvurularda emsal

¹⁵ Niğde Sulh Hukuk Mahkemesi 02.06.2005 t, 148/119-E/K. Kararda şöyle denmiştir: "G. düşünüldü. Davacı tedbir dilekçesinde özetle, Niğde İl Başkanı ve İl Yönetim Kurulu 18.2.2004 tarihinde Merkez Yönetim Kurulu kararı ile görevden alındığını, bu kararın kendilerine 18.02.2004 tarihinde tebliğ edildiğini, İl Başkanı olarak Kemal Göncü'nün onanarak atandığını, kurulun uzun süre sonra görevini sona erdirdiğini, bu kez yerine Sefa Erdoğan'ı kayyum heyeti atandığını, Kurulun görevi CHP tüzüğü'nün 44/B maddesi gereğince 45 gün içinde sadece olağanüstü Kongre yapmak ile sınırlı olduğunu, Siyasi Partiler Yasası'nın 19. maddesi 5. bendinde ise, işten el çektirme kararının İl Yönetim Kurulu'na bildirilmesinden itibaren 45 gün içinde İl Kongresi toplanarak İl Yönetim Kurulu'nu seçileceğinin bu süre içinde yeni delegeler seçilmiş değilse kongrenin eski delegelerle toplanacağı belirtildiğini, CHP Tüzüğü'nün 44/B M maddesi de olağanüstü kongrelerin aynı şekilde 45 gün içinde yapılmasını düzenlediğini, siyasi Partiler Yasası'nın emredici hükmüne uygun davranmamışlar ve 45 gün geçmesine rağmen Kongrenin yapılmadığını, bu konuya itiraz ettiğini, İtirazın parti tarafından ret edildiğini, Kongre yapılmasını Niğde 3. Noterliği kanalı ile bildirdiklerini, bir sonuç alamadığını, bu durumlardan dolayı CHP Tüzüğü'nün ilgili maddelerine muhalefet etmek suçundan CHP Genel Sekreterini Yargıtay Başsavcılığı'na şikayet ettiğini, bu nedenle dava açmak zorunda kaldıklarını, Niğde'deki bu uygulamanın Siyasi Parti Kanunu'na aykırı olması ve ayrıca Tüzüklerine de aykırı olması nedeniyle yargı makamlarının verdiği karar ile kongre yaptığı kökleşmiş İçtihat haline geldiğini, Anayasa'nın 68.maddesinde Siyasi Partiler hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır, yine 69. madde Siyasi partilerin faaliyetleri parti içi düzenlemeleri ve çalışmalarını demokrasi ilkelerine uygun olması gerektiğinin belirtildiği, Niğde İl Geçici Kurulunun Olağanüstü Kongresi yapmamasının Anayasa'ya ve siyasi parti yasasına ve CHP Tüzüğü'ne aykırı olduğunu, hukuka aykırılık halen ısrarla devam ettiğini, yasal gerekçeler karşısında yetkisiz olan mevcut Niğde CHP İl geçici Kurulu'nun Kongre çalışmalarının durdurulması için tedbir konulmasına, Anayasa'nın genel ilkeleri ve yasasının emredici hükmüne uygun olarak açıklanan gündem ile olağanüstü Niğde İl Kongresi'nin yapılmasına karar verilmesini, geçici kurulun olağanüstü il kongresi çalışmalarını başlatmak üzere tedbiren oluşturulmasına karar verilmesini istemiştir.

Davalılara usulüne uygun olarak tebligat çıkartılmış, davalılardan CHP Niğde İl Başkanlığı vekili, Ankara mahkemelerinin yetkili olduğunu, Siyasi Partiler Yasası'nın 15. maddesine göre de husumet itirazında bulduklarını, İl Başkanlığı'na husumet yöneltilemeyeceğini, delege tespitinin kongre takvimi süreci işlemeye başlamış olup takvimin CHP Genel Merkezi'nce belirlendiğini, tedbir istediğinin esastan reddine karar verilmesini talep etmiş, Ankara CHP Genel Başkanlığı ile cevap dilekçesinde ihtiyati tedbir İsteğinin usulsüz ve hukuka aykırı olarak

olarak kullanılmayı sağlamak ve siyaset kurumunu hukuk zeminine çekecek çabaların (başvuruların) yaygınlaşmasına destektir. Giderek bu konuda hukuki duyarlılığın ve demokrasi kültürünün oluşması hedeflenmektedir.

Karar, iş bölümü itibariyle birkaç daire seyahatinden ve ayları alan incelemiden sonra Yargıtay Yüksek 2. HD'ce aynen onamıştır.¹⁶

açılan davanın görev yetki ve husumet itirazları göz önünde bulundurularak esas yönünden reddedilmesine karar verilmesi istenmiştir.

Dosyadaki kanıtların değerlendirilmesinde, Niğde CHP İl Örgütü Merkez Yönetim Kurulu'na 25.04.2004 tarihinde görev de yerine geçici kurul oluşturulmuştur.

Seçilen bu geçici kurulun görevi 45 gün içinde il kongresini toplayarak yeni dâimi kurulu seçmektir. Davalı Parti Başkanlığı'nı cevap dilekçesinde Niğde CHP İl Örgütü'nü görevden aldıktan sonra 45. gün içinde il kongresini toplayıp yeni II yönetimini seçmediği anlaşılmıştır. Siyasi Partiler Kanunu'nun anılan konudaki süreye ilişkin hükmü açık ve kesin olup hangi nedenle olursa olsun bu sürenin uzatılması mümkün değildir. CHP Merkezi Karar ve Yönetim Kurulu'nun Kararı ile işten el çektilen Niğde İl Yönetim Kurulu'nun el çektilme tarihinden itibaren 45 gün içinde il kongresini toplayarak Siyasi Partiler Kanunu'nun 19. maddesi açık hükmüne rağmen yasal zorunluluğu yerine getirmediği anlaşılmıştır. Bu nedenle 45 gün içinde yeni delege de seçilemediğinden eski delegelerle il kongresini toplayarak seçim yapmak üzere aşağıdaki kayyum heyetinin seçilmesine karar verilmiş aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Gereğince açıklandığı üzere,

1. Davacının davasının kabulü ile, CHP Niğde İl Örgütü'nün olağan üstü toplantısını yapmak üzere ve genel kurulu toplantıya çağırarak üzere parti üyelerinden İskender Ceylan, H. Ahmet Gemici, Mustafa Genç, Serdar Dinçer, Hüsnü Işık, Mehmet Yüksel, Ahmet Bülbül'ün Dernekler Kanunu'nun 20. maddesi, CHP Parti Tüzüğü'nün 44. maddesi Siyasi Partiler Kanunu'nun 19. maddesi gereğince GÖREVLENDİRİLMELERİNE,

Yasa yolu açık olmak üzere davacının ve davalı vekilinin yüzüne karşı diğer davalının yokluğunda verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı.

¹⁶ Y2 HD 27.12.2005 t, 20548/18375-E/K. Kararda aynen şu sonuca varılmıştır: "Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemeye verilen ve yukarıda tarih numarasi gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebepler ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre yerinde bulunmayan bütün temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edene yükletilmesine, peşin alınan harcın mahsubuna, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 27.12.2005 Salı"

2. Süre Geçtikten (45/30 Günlük Süreler Dolduktan) Sonra Kongrenin Kayyıma Rağmen Parti Tarafından Yapılamazlığı Yönünden

Niğde olayında kayyıma muhatap parti, kongreyi bizzat toplama kararı almış, gün belirleme ve çağrı işlemleri tamamlanan, fakat parti-nin kongre toplama yetkisinin sona ermesi ve benzeri gerekçelerle vaki şikayet üzerine kongre, ilçe seçim kurulunca iptal edilmiş ve bu görevin kayyım tarafından yerine getirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.¹⁷

¹⁷ Niğde İlçe Seçim Kurulunun 3.7.2005. t, 11 sayılı kararı. Kararda "İlçe Seçim Kurulu Başkanlığımızca 12.7.2005 tarihli CHP İlçe Kongresi seçimine ilişkin belge ve evraklar celp edilmiş ve itiraz dilekçesi ve ekindeki belge ve evraklarda birlikte değerlendirilmeye alınmıştır.

Yapılan belge ve evraklar üzerindeki inceleme sonucunda CHP Merkez İlçe Başkanlığı'nca 27.6.2005 tarihi itibarı ile CHP Merkez İlçe Kongresi talebinde bulunduğu ve ekte 222 kişiden ibaret delege listesini de ibraz ettikleri gözlemlendi.

İtiraz dilekçesinde Niğde Sulh Hukuk Mahkemesi'nin CHP geçici yönetim kurulunun görevden alınmasına ilişkin kayyum heyeti seçimine ilişkin Niğde Sulh Hukuk Mahkemesi'ndeki yargılamanın devam ettiği ve duruşmasının 20.7.2005 tarihine verildiği keza, yine aynı mahkemenin bu kez CHP geçici İl Yönetim kurulu'nun iptal edilip yerine kayyum heyetinin tespit edildiğine ilişkin 2005/148-119 esas ve karar sayılı 2.6.2005 tarihli Niğde Sulh Hukuk Mahkemesi'nin karar suretinin olduğu ve delege seçiminde usulsüzlük iddiasına ilişkin bir kısım tutanak suretlerinin de eklenmiş olduğu anlaşıldı.

Yapılan bu incelemeler sonucunda itiraz eden tarafın delege listesine yönelik itirazının listenin 4.7.2005 tarihinde askıya çıkacağı dilekçelerin ise 1.7.2005 tarihi itibarı ile verildiği göz önüne alınarak delege listesinin iptaline ilişkin talebin süre yönünden REDDİNE,

İlçe yönetim kurulu yönü ile ise her ne kadar mahkeme kararı ile ilçe geçici yönetim kurulunun fes edildiği ve kayyum heyeti atandığına ilişkin bir mahkeme kararı yok ise de CHP Tüzüğü'nün 44. maddesinin c fıkrası gereğince ilçe geçici yönetim kurulunun 30 gün içinde seçimleri yapmakla görevli ve yetkili olduğu ancak 30 günlük yasal süresi içerisinde geçici yönetim kurulunun ilçe teşkilatını ilçe kongresine götürmediği anlaşıldığından bu durumda CHP ilçe yönetim kurulunun fiilen mevcut bulunmadığı bundan dolayı CHP Niğde İlçe Teşkilatı'nın 12.7.2005 tarihli organ seçimlerinin yapılması kanunen mümkün olmadığı göz önüne alınarak itirazın bu cihetle kabulü ile 12.7.2005 tarihli seçim günü alınmak kaydı ile seçimlerin yenilenmesine ilişkin aşağıdaki şekilde 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 12. maddesi ve CHP Tüzüğü'nün 50/c.maddesi gereğince kesin karar verilmesi yoluna gidilmiştir.

Karar Yukarıda açıklanan gerekçeler nazara alınarak;

1. İtiraz sahiplerinin söz konusu delege listesi askıya çıkmadan itirazda buldukları göz önüne alınarak bu yöndeki itirazın askı süresi içerisinde yapılması gerektiğinden bu yöndeki itirazın açıklandığı gibi süre yönünden REDDİNE,

2. Mevcut hali ile CHP Niğde İlçe Yönetim Kurulu ve geçici yönetim kurulu yasa gereği bulunmadığından mevcut geçici ilçe yönetim kurulunun ilçe teşkila-

Niğde il seçim kurulu, itiraz üzerine, ilçe seçim kurulunun kararını kaldırmış ve fakat Yüksek Seçim Kurulu, ilçe seçim kurulu kararının doğru olduğu sonucuna varmış,¹⁸ oy çokluğu ile sonuçlandırdığı itirazın

tının kongre seçimine götürme yetkisi de yasa gereği bulunmadığından 12.7.2005 tarihinde yapılacak CHP Niğde İlçe Kongresi'nin İPTALİNE,

3. Yeni atanacak Kayyum heyetinin 3.8.2005 - 3.9.2005 tarihleri arasında İlçe Seçim Kurulu Başkanlığından seçim günü almaları kaydı ile seçimin yenilenmesine, karardan birer suretin itiraz eden taraflara ve CHP İlçe Başkanlığına tebliğine ilişkin 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 12. maddesi ve CHP Tüzüğü'nün 50/c. maddesi gereğince KESİN olarak karar verilmiştir. 3.7.2005"

¹⁸ YSK'nun 16.7.2005. t, 340 sayılı kararı. Kararda şöyle denmiştir: "Kurulumuz Başkanlığına Üzeyir Baştürk ve Tevfik Caymaz tarafından verilen müşterek imzalı dilekçede; Cumhuriyet Halk partisi Niğde Merkez İlçe Başkanlığı'nca 12 Temmuz 2005 günü Merkez İlçe olağan kongresini yapmak üzere Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'na başvurulduğu, görevi dolmuş ve yetkisi bitmiş olan geçici kurulun hukuken kongre yapmasına sıfatı olmadığı ve bu nedenle geçici kurul tarafından yapılmak istenen Merkez İlçe Kongresi'nin iptali ile Niğde Sulh Hukuk Mahkemesi'nce atanacak Kayyum Heyeti'nin uygun bir tarihte kongre yapılmasına karar verilmesinin talep edildiği, yapılan itiraz sonucu Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nca 03.07.2005 tarih ve 2005/11 sayılı karar ile itirazın kabul edilerek Cumhuriyet Halk Partisi Niğde Merkez İlçe Kongresi'nin iptal edildiği ve Sulh Hukuk Mahkemesi'nce yeni atanacak Kayyum Heyeti'nin 03.08.2005-03.09.2005 tarihleri arasında İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'ndan seçim günü almaları kaydı ile seçimin yenilenmesine karar verildiği, bu karara karşı İl Seçim Kurulu nezdinde yapılan itirazın ise Niğde İl Seçim Kurulu'nun 08.07.2005 gün ve 2005/10 sayılı kararı ile, İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nın 2005/11 sayılı kararının ortadan kaldırılmasına karar verildiği, oysa 2820 sayılı kanunun 21. maddesi gereği İlçe Seçim Kurulu Başkanı'nun vermiş olduğu kararın kesin nitelikte olduğu ve İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nın söz konusu 2005/11 sayılı kararının aynen geçerli sayılması gerektiği belirtilerek, Niğde İl Seçim Kurulu'nca verilen 08.07.2005 gün ve 2005/10 sayılı kararının kaldırılarak ilçe kongresinin iptaline karar verilmesi istenilmiş olmakla, konu incelenerek;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 20. maddesinde; delege seçimleri ile ilçe teşkilatının yapısı ve oluşum esasları açıklanmış, ayrıca ilçe başkanı ile ilçe yönetim kurulunun seçim şekli ve il yönetim kurulunca veya merkez karar ve yönetim kurulunca hangi hallerde ve nasıl el çektirileceği ve geçici yönetim kurulunun nasıl oluşturulacağına parti tüzüğünde gösterileceği belirtilmiş ve işten el çektirme kararının ilçe yönetim kuruluna bildirilmesinden otuz gün içinde ilçe kongresinin toplanarak yeni ilçe yönetim kurulunun seçileceği öngörülmüş,

Aynı Kanun'un 21. maddesinin 2-3-4. fıkralarında; "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 kurulunun 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 sağlanmadığı takdirde yapılacak ikinci toplantıya ilişkin hususlar da bildirilir.

Seçim kurulu başkanı, gerektiğinde ilgili kayıt ve belgeleri de getirtilip 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.” Hükümüne yer verilmiştir.

12 Temmuz 2005 günü yapılacak olan Cumhuriyet Halk Partisi Niğde Merkez İlçe Kongresi seçimi ile ilgili olarak yapılan itiraz üzerine ne gibi bir işlem yapılması hususunda tereddüde düşülen konu hakkında Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nun 01.07.2005 gün ve 2005/100 sayılı yazısı ile görüş talebinde bulunmuş olup, Yüksek Seçim Kurulu'nun 02.07.2005 gün ve 2005/315 sayılı kararı ile de; Cumhuriyet Halk Partisi Niğde Merkez İlçe Kongresi ile ilgili olarak İlçe seçim kurulu Başkanlığı'nun yazılarında belirtilen konularda, İlçe Seçim Kurulu Başkanı'nca 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 20. ve 21. maddeleri ile ilgili siyasi partinin Tüzük ve yönetmeliklerin birlikte incelenerek karar verilmesi gerektiğinden, itiraz konusu hakkında Yüksek Seçim Kurulu'nca görüş bildirilmesinin mümkün olmadığına, Karar verilmiştir.

Yüksek Seçim Kurulu'nun 2005/315 sayılı kararı üzerine; Niğde Merkez İlçe seçim Kurulu Başkanlığı'nun 03.07.2005 tarih ve 2005/11 sayılı kararı ile “Cumhuriyet Halk Partisi Niğde Merkez İlçe yönetim kurulu ve geçici yönetim kurulunun yasa gereği bulunmadığından mevcut geçici ilçe yönetim kurulunun ilçe teşkilatının kongre seçimine götürme yetkisi de yasa gereği bulunmadığı gerekçesiyle, 12.07.2005 tarihinde yapılacak ilçe kongresinin iptaline ve yeni atanacak kayyum heyetinin 03.08.2005 - 03.09.2005 tarihleri arasında ilçe seçim kurulu başkanlığından seçim günü almaları kaydı ile seçimin yenilenmesine,”

Niğde İl Seçim Kurulu yapılan itiraz üzerine, Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nca verilen “12.07.2005 günü yapılacak olan Cumhuriyet Halk Partisi Niğde Merkez İlçe kongresinin iptaline yeni atanacak kayyum heyetinin ilçe seçim kurulu başkanlığından seçim günü almaları kaydı ile seçimin 03.08.2005- 03.09.2005 tarihleri arasında yenilenmesine” ilişkin 03.07.2005 tarih ve 2005/11 sayılı kararının tam kanunsuzluk hali bulunduğu gerekçesiyle, Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu kararının ortadan kaldırılmasına 08.07.2005 tarih ve 2005/10 sayılı ile,

Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanı, İl Seçim Kurulu'nca kongrenin iptaline ilişkin kararın ortadan kaldırılmasına karar verildikten sonra delege listesi ile ilgili olarak Yüksek Seçim Kurulu'ndan görüş bildirilmesi talebinde bulunmuş ve Yüksek Seçim Kurulu'nun 09.07.2005 günlü, 2005/329 sayılı kararı ile de; 2005/315 sayılı Kurulumuz kararının göz önüne alınarak, 2820 sayılı kanunun 21 maddesi gereğince karar verme yetki ve görevinin sadece İlçe Seçim Kurulu Başkanı'na ait olduğundan, Yüksek Seçim Kurulu'nun İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nun yazılarında belirtilen konularda görüş bildirilmesine yer olmadığına,

Karar verildiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda sözü edilen kanun hükümlerinden anlaşıldığı üzere; Niğde Merkez İlçe seçim Kurulu Başkanı'nca kurulumuzun 02.07.2005 tarih ve 2005/315 sayılı kararı da göz önüne alarak vermiş olduğu “mevcut hali ile Cumhuriyet Halk Partisi Niğde Merkez İlçe Yönetim Kurulu ve geçici yönetim kurulu yasa gereği bulunmadığından mevcut geçici yönetim kurulunun ilçe teşkilatının kongre seçimine

götürme yetkisi de yasa gereği bulunmadığından, 12.07.2005 tarihinde yapılacak Cumhuriyet Halk Partisi İlçe Kongresi'nin iptaline" ilişkin 03.07.2005 tarih 2005/11 sayılı kararının 2820 sayılı Siyasi partiler Kanunu'nun 21. maddesi gereğince kesin olduğu ve kararın ve içeriğinin tam kanunsuzluk hali taşımadığından,

Niğde İl Seçim Kurulu, Cumhuriyet Halk Partisi İlçe Kongresi'nin iptaline ilişkin Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı kararının kesin nitelikte bulunması ve kararın içeriği itibariyle tam kanunsuzluk hali içermemesi nedeniyle, Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nca verilen 03.07.2005 tarih 2005/11 sayılı kararı itiraz sonucunda incelenerek 2820 sayılı kanunun 21. maddesi gereğince inceleyip karar verme yetkisi bulunmamaktadır,

Bu nedenle;

Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nca kesin olarak verilen ve yukarıda sözü edilen kararı inceleyerek "*Tam Kanunsuzluk nedeniyle Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nın kararının ortadan kaldırılmasına*" ilişkin Niğde İl Seçim Kurulu kararının 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 21. maddesine aykırı olduğu ve kararın verilmiş biçimi ve şekli nedeniyle 298 sayılı Kanunun 130. maddesinde belirtilen tam kanunsuzluk halini içerdiğinden Niğde İl Seçim Kurulu tarafından verilen 08.07.2005 tarih 2005/10 sayılı kararının tam kanunsuzluk nedeniyle iptaline, Cumhuriyet Halk Partisi Niğde Merkez İlçe kongresinin Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nca verilen 03.07.2005 tarih 2005/11 sayılı kararına göre yapılmasına ve 19.07.2005 tarihinde yapılacak olan Cumhuriyet Halk Partisi İlçe Kongresi'nin geçersiz sayılmasına karar verilmesi gerekmektedir.

SONUÇ:

Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1-İtirazın kabulü ile Niğde İl Seçim Kurulu'nca verilen 08.07.2005 günlü, 2005/10 sayılı kararın kaldırılmasına,

2-Yüksek Seçim Kurulu kararı doğrultusunda verilen ve Cumhuriyet Halk Partisi Niğde Merkez İlçe kongresi seçiminin iptali ile kongrenin Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nın belirleyeceği günde yapılmasına ilişkin 03.07.2007 tarih 2005/11 sayılı kararına göre işlem yapılmasına ve 19.07.2005 tarihinde yapılacak olan Cumhuriyet Halk Partisi İlçe Kongresi'nin geçersiz sayılmasına,

3- Karar örneğinin Niğde İl ve Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlıkları ile Üzeyir Baştürk ve Tefvik Caymaz'a gönderilmesine, 16.07.2005 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi". Değerli kurul üyesi Yüksek Yargıç Yılmaz Derme'nin muhalefet şerhi şöyledir: "İlçe Seçim Kurulu Başkanlarının, siyasi partilerin tüzüklerine göre kongreye iştirak edecek delegeleri belirleyip kesinleştirilmesinde hiçbir yasal görevi mevcut değildir. Bu partilerin iç sorunudur. Delege seçiminde tüzüğe veya yasaya aykırılık iddia ediliyor, delegeliğin iptali isteniyorsa bunun çözüm yeri yargı mercileridir. İlçe seçim kurulu başkanlarının yargılama yapmadan delilleri toplamadan, tarafların itirazlarını almadan, üstelik temyiz yolu bulunmayan kesin kararlarla soruna çözüm getirmesi mümkün olmadığı gibi yasaya da aykırı olur.

İlçe seçim kurullarının Anayasa ve seçim kanunlarında yazılı görev ve yetkileri bu yasalarda belirtilen genel seçimlerle ilgilidir. Yasalar bunun dışında ilçe seçim kurulu başkanlarına siyasi partiler, odalar, borsalar, barolar, sendika ve derneklerin organ seçimlerini denetleme yetkisini de vermişlerdir. Ancak, bu yetkinin organları seçecek ve tüzüğe göre belirlenmiş delegelerin seçimini de denetlenmesini kapsamadığı açıktır. Bu seçimlerde ilçe seçim kurulu başkanları parti veya teşekkülün yetkili organınca verilecek delege listesini şeklen inceleyip ilanını sağlama ve itiraz

tekrarında Yüksek Kurul, oy birliğine ulaşmış ve böylelikle uygulama, seçim hukukumuz yönünden köklemiştir.¹⁹

olursa karara bağlayıp kesinleştirmekle görevlidirler.

İlçe seçim kurulu başkanlarının siyasi partilerin kongrelerini yapıp yapamayacağına veya yapılmış bir kongreyi iptale yetkileri de yoktur. Ancak delege listelerindeki eksiklikleri tamamlamak organ seçimini denetlemek, itiraz olursa kesin karar vermek ve şartları oluştuğunda yalnızca kongrenin seçime ilişkin gündemini iptal ve seçimi yenileme yetkileri mevcuttur.

Netice olarak, ilçe seçim kurulu başkanlarının delege seçimleri ile ilgili kararları yetki ve görevsizlik nedeni ile yok sayılmak, keza partilerin yasa ve tüzükleri gereği yetkili organlarınca yapılması gereken kongrelerin yapıp yapılmayacağına ve iptaline dair yargının yetkisindeki yasadan kaynaklanmayan kararlar verilmemlidir.. Bu kurallara uyulmadan verilen Yüksek Seçim Kurulu kararındaki çoğunluk görüşüne katılmamaktayım”.

¹⁹ YSK'nun 6.8.2005 t, 352 sayılı kararı. Kararda “tam-kanunsuzluk” formatı temelinde ulaşılan sonuç şudur: “Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı aracılığı ile kurulumuz başkanlığına gönderilen Tevfik Caymaz imzalı dilekçede; Yüksek Seçim Kurulu'nun 16.07.2005 tarih ve 340 sayılı kararı ile kesinleşen Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nun 03.07.2005 tarih ve 2005/11 sayılı kararına göre mahkemece seçim yapmaya yetkili yeni Kayyum Heyeti tarafından ilçe kongresi seçimi yapılması gerektiği halde, Yüksek Seçim Kurulu kararı uyarınca kabul edilen yasal olarak kongre yapmaya yetki ve sıfatı olmayan Cumhuriyet Halk Partisi Niğde Merkez İlçe Geçici Kurulu'nun 15.08.2005 tarihinde kongre yapması uygun görülen Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu'nun 26.07.2005 tarihli ve 2005/120 sayılı yazısı ile belirtilen 15 Ağustos 2005 günü yapılacak olan Cumhuriyet Halk Partisi Niğde Merkez İlçe Kongresi'nin iptali ile Niğde Sulh Hukuk Mahkemesi'nde devam eden davada yeni atanacak Kayyum Heyetinin talebi üzerine Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nca uygun görülecek bir tarihte ilçe kongresinin yapılmasına karar verilmesi istenilmiş olmakla, konu incelenerek; GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ: Cumhuriyet Halk Partisi Niğde Merkez İlçe Kongresi seçimi ile ilgili olarak yapılan itiraz üzerine, Yüksek Seçim Kurulu'nca; Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanı'nca kurulumuzun 02.07.2005 tarih ve 2005/315 sayılı kararı da göz önüne alarak vermiş olduğu “mevcut hali ile Cumhuriyet Halk Partisi Niğde Merkez İlçe Yönetim Kurulu ve geçici yönetim kurulu yasa gereği bulunmadığından mevcut geçici yönetim kurulunun ilçe teşkilatının kongre seçimine götürme yetkisi yasa gereği bulunmadığından, 12.07.2005 tarihinde yapılacak Cumhuriyet Halk Partisi İlçe kongresinin iptaline” ilişkin 03.07.2005 tarih 2005/11 sayılı kararının 2820 sayılı Siyasi partiler Kanunu'nun 21. maddesi gereğince kesin olduğu ve kararın ve içeriğinin tam kanunsuzluk hali taşımadığından, Niğde İl Seçim Kurulu'nun, Cumhuriyet Halk Partisi İlçe Kongresinin iptaline ilişkin Niğde Merkez ilçe Seçim Kurulu Başkanlığı kararının kesin nitelikte bulunması ve kararın içeriği itibariyle tam kanunsuzluk hali içermemesi nedeniyle, Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nca verilen 03.07.2005 tarih 2005/11 sayılı kararı itiraz sonucunda incelenerek 2820 sayılı Kanunu'nun 21. maddesi gereğince inceleyip karar verme yetkisi bulunmadığı sonucuna varılmış ve Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nca kesin olarak verilen ve yukarıda sözü edilen kararı inceleyerek “Tam Kanunsuzluk

nedeniyle Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nın kararının ortadan kaldırılmasına" ilişkin Niğde İl Seçim Kurulu kararının 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 21. maddesine aykırı olduğu ve kararın verilmiş biçimi ve şekli nedeniyle 298 sayılı Kanunun 130. maddesinde belirtilen tam kanunsuzluk halini içerdiğinden Niğde İl Seçim Kurulu tarafından verilen 08.07.2005 tarih 2005/10 sayılı kararının tam kanunsuzluk nedeniyle iptaline, Cumhuriyet Halk Partisi Niğde Merkez İlçe Kongresi'nin Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nca verilen 03.07.2005 tarih 2005/11 sayılı kararına göre yapılmasına ve 19.07.2005 tarihinde yapılacak olan Cumhuriyet Halk Partisi İlçe Kongresi'nin geçersiz sayılmasına karar verilmiştir.

Olayımızda, kurulumuzun söz konusu 2005/340 sayılı kararıyla kesinleşen Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının 03.07.2005 tarih ve 2005/11 sayılı kararına göre mahkemece seçim yapmaya yetkili kılınacak yeni Kayyum Heyeti tarafından ilçe kongresi seçimi yapılması gerektiği halde, bu kez kongre yapmaya yetki ve sıfatı olmayan Cumhuriyet Halk Partisi Niğde Merkez İlçe Geçici Kurulu tarafından kongre yapılmak üzere talepte bulunulmuş ve Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nca da kongre yapılma talebi uygun görülerek, talep edilen 15.08.2005 tarihinde kongrenin yapılması yolunda ilan edilmiştir.

Oysa, itiraz dilekçesinde ve Yüksek Seçim Kurulu'nun 2005/340 sayılı kararında da belirtildiği üzere, Geçici Yönetim Kurulunun ilçe teşkilatını kongre seçimine götürme yetkisi yasa gereği bulunmamasına karşın, Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanı itiraz üzerine verilmiş olan Yüksek Seçim Kurulunun 2005/340 sayılı kararını göz ardı ederek aynı geçici kurul tarafından yapılan kongre yapma talebini uygun bulmuş ve daha evvelinde İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nca verilmiş olan 03.07.2005 tarih, 2005/11 sayılı kararını da hiçe saymıştır.

Kaldı ki, konu ile ilgili olarak Sulh Hukuk Mahkemesi'nde açılan dava halen devam ettiği gibi, yeni Kayyum Heyeti de atanmış değildir.

Bu bakımdan, koşulların ve şartların hiç değişmemiş olması karşısında, yetkisi ve sıfatı bulunmayan Cumhuriyet Halk Partisi Niğde Merkez İlçe Geçici Kurulu'nun talebi üzerine, Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanı'nca İlçe Kongresi'nin 15.08.2005 tarihinde yapılması yönünde yapmış olduğu işlem yasaya ve Yüksek Seçim Kurulunun 2005/340 sayılı kararına aykırılık teşkil ettiğinden, Cumhuriyet Halk Partisi Niğde Merkez İlçe Kongresi seçiminin Yüksek Seçim Kurulu'nun 2005/340 sayılı kararı ile verilip kesinleşen Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının 2005/11 sayılı kararları doğrultusunda yapılmasına ve 15.08.2005 tarihinde yapılmasına karar verilen Cumhuriyet Halk Partisi İlçe Kongresi'nin yasal dayanağı bulunmadığından geçersiz sayılmasına karar verilmesi gerekmektedir.

SONUÇ:

Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1. İtirazın kabulü ile, Cumhuriyet Halk Partisi Niğde Merkez İlçe Kongresi seçiminin Yüksek Seçim Kurulu'nun 2005/340 sayılı kararı ile verilip kesinleşen Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının 2005/11 sayılı kararları doğrultusunda yapılmasına ve 15.08.2005 tarihinde yapılmasına karar verilen Cumhuriyet Halk Partisi İlçe Kongresi'nin yasal dayanağı bulunmadığından geçersiz sayılmasına,

2. Karar örneğinin Niğde il ve Niğde Merkez İlçe Seçim Kurulu Başkanlıkları ile Tefvik Caymaz'a gönderilmesine, 06.08.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi".

3. Sürenin Dolması İle Görevi Sona Eren Geçici Kurulun Parti Adına Hiçbir İşlem Ve Tasarrufta Bulunamaması Yönünden

Geçici yönetim, meşruiyetini kanundan (SPK m. 19, 20) alan, görev süresi kesin ve sınırlı olarak yasada belirtilen bir kuruldur. Yasada öngörülen sürelerin dolması ile geçici yönetimin statüsü ve yetkileri sona erer. Bu süreden sonra parti adına yapılmış hiçbir işlem (temsil, sözleşme ve diğerleri) geçerli değildir. Bu süre dolduktan sonra geçici yönetim tarafından parti adına yapılan hiçbir işlemde parti sorumlu tutulamaz. Bu durumda hukuki sorumluluk, doğrudan ve kişisel olarak geçici yönetimindir.

Belirtilen hukuki sonuç, üst-organlarca- söz gelimi merkez teşkilatınca-ortadan kaldırılamaz ve önlenemez. Yetkisiz kişilerin parti adına yaptıkları işlemler, partinin icazeti ile de geçerlik kazanmaz.

Ehliyet hukuku, kamu düzenindedir. Siyasal partileri bu ilkedden başışık tutacak bir istisnayı ve imtiyazı (!) yürürlükteki hukukumuz tanımamaktadır.

Görevi sona eren geçici yönetimin disiplin kuruluna sevke ilişkin kararı, mahkemece iptal edilmiştir.²⁰ Bize göre SPK 57 maddesi kap-

²⁰ Ordu Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 9.9.2004 t, 285/218-E/K sayılı kararı. Kararı şöyle denmiştir: "GD: Davacılar mahkememize verdiği dilekçesinde ve duruşmada alınan beyanlarında özetle; CHP Ordu İl Başkan ve Yönetimi Genel Merkezin 18.2.2004 tarih 2004/877 sayılı yazısı ile görevden alındığını, aynı tarihte Rahmi Güner başkanlığında geçici kurulun görevlendirildiğini, parti tüzüğünün 44/B maddesi gereğince geçici kurulun 45 gün içerisinde seçim yapmak üzere olağan üstü il kongresini toplamakla yükümlü olduğunu, hal böyle olmasına rağmen geçici kurulun belirtilen süre içerisinde seçim yapmadığı gibi kendilerine Ordu 1. Noterliği'nin 9.6.2004 tarih 43-4 sayılı kongre kararı alınması yolunda ihtarname gönderildiğini böylece delege sıfatı taşımaları nedeniyle önlemleri disiplin kuruluna sevk ederek oy kullanmalarının engellenmek istendiğini, geçici kurulun böyle bir yetkisinin olmadığını bildirerek davalı partinin geçici kurulu tarafından haklarında verilen disiplin kuruluna sevk kararının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmişlerdir.

Parti il yönetim kurulu adına başkan Rahmi Güner mahkememize verdiği 6.8.2004 havale tarihli cevap dilekçesinde özetle; CHP İl Başkanlığı'nın taraf olma ehliyetinin olmadığını, partiyi temsil yetkisinin Genel Başkana ait olduğunu, hukuki işlemlerin partinin genel merkezinde katılması gerektiğini, partinin genel merkezinin de Ankara'da bulunduğunu, mahkememizden verilen ihtiyati tedbir kararının usule ve yasaya aykırı olduğunu, Parti disiplin yönetmeliğinin 25. maddesi gereğince geçici veya kesin çıkartmayı gerektiren hallerde disiplin kuruluna

göndermeye yetkili yönetim birimleri tedbir niteliğinde olmak üzere gerekçeleri ile birlikte disiplin kuruluna gönderilen üyeyi parti içindeki görevinden uzaklaştırabileceğini, ilgilinin 3 gün içerisinde bu tedbir kararın kaldırılmasını isteyebileceğini, gerekli kararın da yedi gün içinde verileceğini, ilgilinin itirazı varsa 30 gün içinde asliye hukuk mahkemesine dava açabileceği bildirildiği halde bunun yapılmadığını bildirerek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davaya davalı yanında müdahil olmak isteyen CHP Genel Sekreterliği mahkememize gönderdiği dilekçesinde davalı parti geçici il kurulu başkanının bildirdiği aynı iddiaları ileri sürerek davaya müdahale talebinde bulunmuş ve 9.9.2004 tarihinde davalı yanında CHP Genel Sekreterliği'nin müdahil olarak davaya kabulüne karar verilmiştir.

Davacılar 9.9.2004 tarihli oturumda dava dilekçelerini tekrarlar, müdahale talebini mahkemenin taktirine bıraktıklarını, il geçici kurulunu atayan merkez kararının iptali yönünde Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi'ne dava açtıklarını, buradaki davalarının geçici il kurulunun yaptığı işlemin iptaline yönelik olduğunu bu nedenle husumeti doğru gösterdiklerini bildirmişlerdir.

Dosyamız içerisine alınan Mahkememizin 2004/66 D.İş dosyası içerisinde bulunan CHP Tüzüğü'nün incelenmesinde, Tüzüğün 44. maddesinin B. bendinde il başkanı ve il yönetim kurulu birlikte veya yalnız il yönetim kurulu görevinden alınması halinde, Merkez Yönetim Kurulu'nun yedi kişilik bir geçici kurul koyacağını, il geçici kurulunun da 45 gün içerisinde seçimleri yapmak üzere olağanüstü il kongresini toplaması gerektiğini hüküm altına almıştır.

CHP Tüzüğü'nün 44. maddesinde ve Siyasi Partiler Kanunu 19. maddesinde belirtildiği üzere, merkez yönetim kurulu tarafından atanan geçici kurul il kongresini toplamadan ve gerekli olan seçimi yapıp il yönetim kurulunu belirlemeden davacıları disiplin kuruluna sevk işlemini yapması Siyasi Partiler Yasasına ve CHP Tüzüğü'ne aykırı olduğundan geçici kurul bu tüzük ve yasaya göre mahkememizce yetkisiz bir kurulu olarak düşünüldüğünden davacıların davasını kabulüne karar vermek gerekmiştir.

Davalı ve müdahil tarafın yetki ve husumete ilişkin itirazları yönüyle de "Siyasi Partiler Yasası'nın 121. maddesinde TMK ve Demekler Kanunu demeklerle ilgili diğer kanunların bu kanuna aykırı olmayan hükümleri siyasi partiler hakkında da uygulanacağı" belirtildiğinden CHP il Yönetiminin Genel merkezin bir şubesi olduğu kabul edilerek bu yönüyle davada sıfatı olabileceği mahkememizce kabul edildiğinden husumet yönünden itirazların reddine karar verilmiştir. İl CHP merkezinin bu yönüyle sıfatı kabul edildiğinden disiplin kuruluna sevk işlemi de mahkememizin yetki sınırında gerçekleştirildiğinden işlem Ordu'da yapıldığından mahkememiz yetkili kabul edilmiş ve yetki itirazının bu nedenle reddine karar verilmiştir. Ayrıca bu konuda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin Esas; 2003/10506, Karar; 2003/10653 1.12.2003 tarihli ilamı ile Turhal Sulh Hukuk Mahkemesi'nin davacı CHP İlçe Başkanlığı için vermiş olduğu hüküm onandığından Yargıtay'ın da husumet ve yetki yönünden düşüncesinin bu doğrultuda olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

KARAR: Yukarıda açıklanan nedenlere göre;

1. Davalı ve müdahil tarafın husumet ve yetki itirazı konusundaki itirazlarının, dava konusu geçici il kurulunun yapmış olduğu işleme ilişkin olduğundan itirazlarının reddine,

2. Davacıların davasının kabulü ile, davacıların 11.6.2004. gün 62/5 sayılı yazı ile

samında disiplin kurulu kararının iptaline yönelik bir davanın varlığı halinde böyle bir sonuca varılması daha doğru olur. Ancak kararın mantığı ve özü, hukukla tamamen örtüşmektedir.

4. SPK 19 ve 20 Hükümlerindeki Sürelere ve Geçici Yönetime Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi'nin ulaştığı sonuç, bu makalede ortaya çıkan sonuçla aynıdır. Yüksek Mahkeme, SPK 104 bağlamında kurduğu ihtar

İl Disiplin Kuruluna sevk edilme işlemlerinin iptaline,

Dair, Yargıtay yolu açık olmak üzere verilen karar davacılar ile davalı geçici il yönetim kurulu başkanının yüzüne karşı, müdahil Parti Genel Sekreterliğin yokluğunda okunup anlatıldı.9.9.2004" Bu makalenin yazımı sırasında karar, Yargıtay incelemesinden henüz geçmemiştir.

Benzer olayda mahalli mahkeme, disiplin kuruluna yetkisiz organın (geçici yönetimin) sevkine dayalı Yüksek Disiplin Kurulunun ihraç kararını iptal etmiştir. Karar şöyledir:

"DAVA: Davacı Vekili 28/09/2005 harç kayıt tarihli dilekçesi ile davacının davalı partinin yüksek disiplin kurulunca bir yıl süre ile ihraç kararı verdiğini, kararın yasa ve ana sözleşmeye aykırı olduğunu, ihraç kararının iptaline karar verilmesini talep etmiştir. CEVAP: Davalı parti adına verilen cevap dilekçesinde İzmir il disiplin kurulunca verilen kararın tüzük hükümlerine uygun olduğunu, davacının nezaket ölçülerini aşarak tüzükte açık hüküm bulunmasına rağmen basına beyanatta bulunduğunu, savunması ile ilgisi olmadığı halde partiye hakaret ettiğini, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

GEREKÇE: Tarafların delilleri toplanmıştır.

Davacının savunmasını alarak onun cezalandırılması için yüksek disiplin kurulu başkanlığına sevk edilme işlemi ile ilgili işlemlerin İzmir il yönetiminin görevden alınması üzerine geçici yönetim tarafından yapıldığı anlaşılmıştır.

Görevden alma ve görevden alınanların yerine seçim parti tüzüğü'nün 43 ve 44 maddelerinde düzenlenmiştir. Tüzüğü'nün 44/B maddesine göre il geçici kurulu 45 gün içinde seçimleri yapmak üzere olağan üstü il genel kongresini toplama mecburiyetindedir. Tüzüğe göre geçici yönetimin görev süresi 45 günlük sınırlıdır. 45 günün dolması ile geçici yönetimin partiyi temsil yetkisi sona ermektedir. Bu süreden sonra partinin temsil edilebilmesi için partiye kayyum tayin edilebilmesi gerekmektedir.

Konak ilçe seçim kurulu başkanlığından gelen yazı cevabından İzmir il kongresinin il yönetiminin görevden alındığı 17/05/2005 tarihinden ve 45 günlük süreden çek sonra 04/09/2005 tarihinde yapıldığı anlaşılmıştır.

Süresi sona eren yönetim tarafından davacıdan savunma istenmesi ve onu yüksek disiplin kuruluna sevk edilmesi süresi sona erdiği ve görevsiz hale gelen kişiler tarafından yapıldığı için bunlara dayanılarak verilen yüksek disiplin kurulu kararı da geçersizdir.

Bu nedenlerle geçici ihraç kararının iptaline karar verilmiştir.

YARGI: Gerekçede açıklanan nedenlerle:

Davanın kabulü ile Yüksek Disiplin kurulunun 20/06/2005 tarih 26 esas 59 karar sayılı davacının 1 yıl süre ile geçici olarak çıkartılmasına ilişkin kararın iptaline Dair davacı vekilinin yüzüne karşı kesin olmak üzere verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı.23/05/2006" (Ankara 11 Asliye Hukuk Mahkemesi, 23.05.2006 t, 357/352 -E/K).

kararında şu sonuca varmıştır:

“Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının başvuru yazısı ve eklenen ve işin esasına ilişkin rapor incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

1. *Anavatan Partisi muhtelif il yönetim kurullarını, Parti Merkez ve Yönetim Kurulu kararıyla işten el çektirmiştir.*

2. *Siyasî Partiler Yasası'nın 19. maddesinin beşinci fıkrası gereğince, tebliğinden başlayarak 45 gün içinde il kongrelerinin toplanarak yeni yönetim kurullarını seçmesi konusunda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 16.9.1992 gün ve 1992/67 ve 70 sayılı ve 17.9.1992 gün 1992/71-90 sayılı yazılarıyla Anavatan Partisi'ne duyuru yapılmıştır.*

3. *Anavatan Partisi Genel Başkanlığı'nun Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderdiği 6.10.1992 gün ve 4/15667 sayılı karşılık yazıda, muhtelif il yönetim kurullarının Parti Merkez Karar ve Yönetim Kurulu'na feshedildiği, sözü edilen teşkilatların kongrelerinin normal kademe kongre gündemine istinaden yapılacağı ve bunlarla ilgili işlemlerin yürütüldüğü belirtilmiştir.*

Anavatan Partisi'nin bu uygulaması, 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasî Partiler Yasası'nın 19. maddesinin beşinci ve 20. maddesinin dokuzuncu fıkralarındaki, işten el çektirme kararının II Yönetim Kurulu'na bildirilmesinden başlayarak kırk beş, İlçe Yönetim Kurulu'na bildirilmesinden başlayarak otuz gün içinde il ve ilçe kongrelerinin toplanarak yeni yönetim kurullarını seçmesini öngören ve bu sürelerin yenilenip uzatılmasına olanak tanımayan buyurucu hükümlere aykırıdır. Demokratik siyasal yaşamın vazgeçilmez ögesi olan siyasal partilerin tüm örgüt birimlerinin Yasa'nın buyurucu kurallarıyla saptanan süre içinde, savsaklamaya gidilmeden oluşması ve kuruluşu tamamlanan kurulların daha fazla zaman yitirilmeden çalışması amaçlanmıştır. Bu nedenlerle, Yasa'yla belirlenen ve kesinlik taşıyan sürenin hangi neden ve biçimde olursa olsun tüzükle aşılması olanağı bulunmayıp, kongrelerin yasal sınırlarını oluşturan bu süreler içinde yapılması zorunludur.

Siyasî Partiler Yasası'nın 104. maddesinde, siyasî partilerin bu Yasa'nın dördüncü kısmında yer alan maddeler hükümleri dışında kalan emredici hükümleriyle diğer yasaların siyasî partilerle ilgili emredici hükümlerine aykırılık durumunda bulunması nedeniyle Cumhuriyet Başsavcılığınca Anayasa Mahkemesi'ne başvurulacağı ve Anayasa Mahkemesi'nce söz konusu hükümlere aykırılık saptanırsa ilgili siyasî partiye bu aykırılığın giderilmesi için ihtar verileceği öngörülmüştür.

Anavatan Partisi, Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan duyuru gününden itibaren 45 gün içinde il kongrelerini toplayarak yeni it yönetim kurullarını seçmesi gerekirken bu yasal kurala uymayarak Siyasî Partiler Yasası'nın 19. maddesinin beşinci fıkrasına aykırı davranmıştır. Bu nedenlerle adı geçen Yasa'nın 104. maddesi gereğince Anavatan Partisi'ne ihtar verilmesi gerekir.

III. SONUÇ

A. 2820 sayılı Siyasî Partiler Yasası'nın 104. maddesi gereğince Anavatan Partisi'ne ihtarında bulunulmasına, Yılmaz Aliefendioğlu'nun karşı oyu ve oy çokluğuyla,

B. Gereğinin yerine getirilmesi için onanlı karar örneğinin adı geçen Parti'nin genel merkezine de tebliğ edilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine,

21.10.1992 gününde karar verildi.”²¹

VI. GÖREVDEN ALMA KARARININ YARGISAL DENETİMİ

Siyasal parti organına aday olma, seçime katılma, seçilme ve organda görevi sürdürme; siyasal parti özgürlüğünün kapsamındadır. Madalyonun bir yanı yönetim (dikey ilişki) ise, öbür yanı da temel hak ve özgürlüktür. Görevden alma, siyasal parti özgürlüğünü, korporatif özgürlüğü, görevden alınan kişi yönünde sınırlamaktadır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin kapsamında olan bu özgürlüğe yönelik işlemlerde etkili başvuru hakkını tanımak, doğrudan yargı yoluna gidebilmek, Anayasamızın 90. maddesinde 2004 yılında gerçekleştirilen reformun da kaçınılmaz sonucudur (İHAS m. 11,6,13). Bu itibarla iç-itiraz yolları tüketilmedikçe korporatif işleme karşı tüzel kişiler bağlamında yargı yoluna başvurulamayacağı yönündeki iç-hukuk müktesebatı (kural ve içtihatlar) hukuki varlığını yitirmiştir.

Sebepli-sebepsiz, haklı veya keyfi temele dayalı her türlü görevden alma kararı, Any m. 90, İHAS m. 11,13, SPK m. 121 yoluyla adli yargının

²¹ AMK 21.10.1992 t, 2/2-E/K “Siyasi Parti İhtar sayılı Kararı”, AMKD, S. 28. C. 2. s. 593 vd.

denetimindedir.²²

Anayasamız açıktır. “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletler arası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletler arası antlaşma hükümleri esas alınır.”(m. 90/5. c. 3-7.5.2004 t. 5170/7 değişikliği)

Asgari iki, azami üç yılda bir toplanabilen genel kurulun (kongrenin) uzun süresine ertelenen itiraz, elbetteki İHAS m. 13 kapsamında bir etkili başvuru anlamına gelmez. Görevden alma kararı, ihtiyati tedbirleri de potansiyel olarak içeren bir yargısal denetimle etkili başvuru hakkına ancak kavuşabilir.

Sonuç olarak pozitif hukukumuzdaki son reform (Any m. 90 değişikliği) temelinde İHAS'nin doğrudan uygulaması yoluyla, bir temel hak sınırlaması niteliği esas alınarak, görevden alma kararları hakkında adli yargıda iptal davaları açılacaktır. Bu davada, önceki statüyü koruma bağlamında ihtiyati tedbir de istenebilecektir.

VII. YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI'NIN VE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN DENETİM İŞLEVLERİ

Yasaların siyasal partilerle ilgili buyurucu hükümlerine aykırı siyasal 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).²³ Bu görev, siyasal partilerin denetiminde paralel görev ve yetkiler olup diğer yargısal denetim türlerini önlemektedir.²⁴

²² Ayrıntı için bkz., İyimaya, Ahmet, “Siyasal Parti Kongrelerinin Yargısal Denetimi” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, S. 64. s.237-240. oradaki kaynaklar.

²³ İyimaya, Ahmet, “Siyasal Parti Tüzüklerinin Yargısal Denetimi” (*TBB D*, 2005-s.11) vd.; Bkz., Saldırım, Mustafa Dr., “Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri,” Ank. 2005. Aynı müellif, “Cumhuriyet Savcısının Özel Hukukta Dernek ve Sendika Tüzel Kişiliğinin Sona Erdirilmesine İlişkin Görevleri” (*Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, S. 59, s. 359 vd.). Bu değerli tez ve incelemelerde, siyasal parti-korporatif hukuk ilişkisinin ele alınmaması, -telafisini beklediğimiz- bir noksanlıktır (SPK m. 29,121).

²⁴ Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında doğru olarak şöyle denmiştir: “Yasanın 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

Cumhuriyet Başsavcılığı, “üniter devlet” (Any m. 3) ve “laiklik” (Any. m. 2) ilkelerine gösterdiği duyarlılığın yüzde birini dahi “hukukun üstünlüğü ve demokrasi” (Any 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. Siyasal Partilerin hukuk ihlalleri bakımından Cumhuriyet Başsavcılığı’nın tavrı, denetim hukukunun bu bağlamda askıya alınması eylemsel sonucunu doğurmaktadır. Üstelik bu denetim, bir talebi gerekli kılmamasına ve doğrudan (ex-official) yerine getirilmesi gerekmesine rağmen...

Gerek görevden alma kararlarının sebeplere bağlılığı, gerekse 45/30 günlük sürelerde kongre yapılması ve organsız kalma durumlarını spontane saptayacak bir denetim ağını oluşturmak, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın görevidir. Bu makamın denetim mekanizmasının kurumsallaşmadığı, giderek nesnel temellerinin noksansız bir yapıya kavuşmadığı, olayına göre uygulamalara rastlanabildiği söylenebilir.

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 HUKUKİ HİMAYE İSTEĞİNDE BULUNMALARINA YASAL BİR ENGELİN VARLIĞINDAN SÖZ EDİLEMEZ. Ne var ki böyle bir yolun var olması Siyasal 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 Mahkemesine Cumhuriyet Başsavcılığınca resen yazı ile başvurulur...” (2.7.1987 t.,3/3-E/K. S.P. İhtar sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı. Karar, yayımlanmamıştır.) Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi’nin kararı, diğer yargı organlarının kararlarından farklı olarak (Any m. 138/4), bütün yargı organlarını, bu arada Yüksek Yargıtayı da bağlar (Any 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, kökleşmiştir. Tanör, Bülent, Prof. Dr.,/Yüzbaşıoğlu, Necmi, Prof. Dr., *Türk Anayasa Hukuku*, 7. Bası. İst. 2005. s. 482; Kanadoğlu, Korkut, Dr., *Anayasa Mahkemesi*, İst. 2004. s. 274. Orada, özellikle mukayeseli hukuk atıfları -ki aynı doğrultudadır-. Sağlam, Fazıl, Prof. Dr., “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesinin Yasama, Yürütme ve Yargı ile İlişkisi.” *Anayasa Yargısı Dergisi*, 96/13. s. 58). Öte yandan “Diğer Mahkemelerle Anayasa Mahkemesi arasındaki görev uyumsuzluklarında Anayasa Mahkemesinin kararı esas alınır.” (Any m.158/3).

Özellikle makama kanıtlı başvuruya rağmen denetimi askıya alan, öteleyen ve hukuk üzerinde narkoz etkisi doğuran örneklerin yokluğu söylenemez.

Anayasa Mahkemesi'nin söz gelimi; 12 günde sonuçlandırdığı ihtarlar (Par. Ex. 21. 101992 t. 2/2 - SP. İhtar dosyası) yanında uzun zamanda sonuçlanmayan ihtar dosyaları da vardır (Per. EX. 25.7.2005 T. 2/4 - SP İhtar dosyası)

Savcılık ve Anayasa Mahkemesi denetiminin bir reform ihtiyacı içinde olduğu kuşkusuzdur.

Seçime katılabilecek partilerin (katılma ehliyetinin) hukuk temelinde saptanması bağlamında, görevden alma üzerine 45/30 günlük süreler geçirilmek ve olağan üstü seçimli kongre yapılmamak yoluyla oluşan "teşkilatlanma koşulunu yitirme" hallerinin belirlenmesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın -henüz farkına varılmayan- temel görevlerindedir.

VIII. GÖREVDEN ALMA MODELİNE ELEŞTİREL YAKLAŞIM VE BİR ÖNERİ

A. Eleştiri

1. Kuralın (modelin) konuluş amacı, parti-içi demokrasiyi de göz ardı etmeden, teşkilattaki kötü yönetime son vermektir. Demokrasi ile iyi yönetim ihtiyaçları denkleştirilmek istenmiştir. 45/30 günlük kesin süre, bu sürede seçimli kongre yapma zorunluluğu, parti-içi demokrasiyi koruma normları olarak yer almıştır.

Ne var ki siyaset pratiği, bu kuralı olur/olmaz işletmiş, yerel teşkilatları atama yoluyla demokratik inisiyatiften yoksun bırakmış ve partileri, iç-seçim temelinden "atanmış organlar" yelpazesine savurmuştur.

Oysa yerel kongrelerin öngörülme ve fakat demokratik olan sonuçlarına katlanma, siyasal bir olgunluktur. Bu sabır ve tahammül vadisine girmeyen merkezi siyaset, çareyi görevden alma kurumuna amacı dışında başvurmakta bulmuştur.

Kurala müdahale etmek; modeli, amacı ile denk-düşecek, sapmaları önleyecek bir yapıya kavuşturmak gerekir.

Olası reformda şu hususlar dikkate alınmalıdır:

a. 45/30 günlük sürelerde kongreyi kaçınılmaz kılacak normatif ve mekanik önlem geliştirilmelidir. Bu sürenin dolması ile teşkilattaki yönetim yetkisinin kendiliğinden kayyımına geçeceği, kongrenin kayyım tarafından yapılacağı normda yer almalıdır.

b. İki olağan kongre arasında birden fazla görevden alma yasağı konmalıdır.

c. Görevden alma üzerine yapılması gerekli olağanüstü kongre yapılmadıkça, olağan kongrenin toplanması yolu kapatılmalıdır.

d. Görevden alma modeli, yasada ayrı bir madde olarak düzenlenmelidir.

e. Görevden alma sebepleri, bir özgürlük sınırlaması niteliğinde olduğu için behemehal yasada gösterilmelidir (Any m. 13)

f. Görevden alma kararı, partinin denetim organlarınınca yapılan bir incelemeye dayanmalı, görevden alınanların ifadelerine başvurulmalı (dinlenilme/savunma hakkı) ve karar, mutlaka gerekçeli olmalıdır.

g. Karar, yalnızca teşkilata değil, ayrıca görevden alınanlara da tebliğ edilmelidir.

ğ. Bir veya birkaç üyenin görevden alınması halinde yedek üyelerin asıl üye olması yöntemi benimsenmelidir.

h. Görevden alınmanın hızlı bir usülle ve en geç 30 günlük sürede sonuçlandırılacak bir yargısal denetime tabi olmalıdır. Karar dosya üzerinden ve kesin olarak verilmelidir.

i. Görevden alma kararının uygulanabilmesi için varsa üst-organa yapılan itirazın sonuçlanması (iç-kesinleşme) aranmalıdır.

j. Görevden alma rejimindeki iyileştirmeleri ihraç, istifaya zorlama, istifa ve benzeri yollarla dolanacak (hileli) davranışlara imkan vermeyen ek-model de üretilmelidir.

B. Öneri (Taslak Model)

Görevden alma kurumu; demokrasi, iyi yönetim ve hukukun üstünlüğü eksenlerinde yeniden düzenlemek gerekir. Tarafımızdan aşağıdaki şekilde bir taslak önerilmiştir.

İstifa, istifaya zorlama veya disiplin hukukunu işletme (ihraç) yöntemleriyle yasayı dolanmanın (kanuna karşı hilenin) önüne geçmek için, “yönetimde görevden alma dışındaki sebeplerle boşalmanın” da düzenlenmesi gerekir. Tarafımızdan bu konuda da bir taslak geliştirilmiştir.

– 22.4.1983 t, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nun 19. maddesinin 5 fıkrası ve 20. maddesinin 9. fıkrası metinden çıkarılmış ve aynı kanuna 20. maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki şekilde “20-A” maddesi eklenmiştir:

“Yönetim Kurulunun Görevden Alınması

MADDE 20/A- Başkanlar dahil, belde, ilçe ve il yönetim kurulu, yasa ve parti tüzüğü ile belirlenmiş görevlerini ısrarlı şekilde yerine getirmemeleri veya seçime katılmaya engel bir suçtan hüküm giymeleri yahut siyasi ahlaka aykırı davranışları halinde, üst-teşkilat yönetim kurulu ve herhalde merkez karar ve yönetim kurulu tarafından görevden alınabilir.

Görevden alınma kararının, partinin denetim organınca yürütülen ve görevden alınacakların ifadelerini de içeren bir incelemeye dayanması, objektif gerekçenin karar metninde yer alması gerekir. Karar, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla alınır. Görevden alma kararında, geçici yönetim kurulu üyelerinin de yer alması zorunludur.

Karar; teşkilata, görevden alınanlara ve geçici yönetime ayrı ayrı tebliğ olunur.

Görevden alma kararına karşı, tebliğden itibaren üç gün içinde merkez karar ve yönetim kuruluna itiraz edilebilir. Üyelerden birisi tarafından yapılmış olsa dahi itiraz sonuçlandırılmadıkça, görevden alma kararı uygulamaya konamaz.

Görevden alma kararına karşı, tebliğden itibaren yedi gün içinde kanuna aykırılığı iddiası ile görevden alınan kurulun yargı çevresi Asliye Hukuk Mahkemesine başvurulabilir. Dava, duruşma yapılmaksızın, en geç otuz gün içinde kesin olarak karara bağlanır.

İki olağan kongre arasında aynı organ, bir defadan fazla görevden alınmaz.

Görevden alma kararının uygulamaya konmasından itibaren en geç kırk beş gün içinde teşkilat kongresi olağanüstü toplanır ve yeni yönetim kurulu seçilir. Seçim, yeni delegeler seçilmemişse eski delegelerle yapılır. Bu kongre toplanmadıkça, aynı teşkilat için olağan kongre yapılamaz.

Kırk beş gün içinde kongrenin toplanmaması halinde, ilçe seçim kurulunun veya parti üyesinin talebi üzerine teşkilat yönetimine Sulh Hukuk Mahkemesince engeç on gün içinde üç kişilik kuruldan oluşan bir kayyım atanır. Kayyım atanmasına ilişkin karar, kesindir. Kayyım, kongreyi en geç bir ay içinde toplar ve organ seçimini gerçekleştirir.

Kırk beş günlük süre, hiçbir şekilde uzatılamaz. Geçici yönetimin görevi yenilenemez, yeni bir geçici yönetim atanamaz. Parti, bu süre dolduktan sonra olağanüstü kongrenin sonuçlanmasına kadar görevden alınan organla ilgili olarak hiçbir işlem yapamaz. Şu kadarki genel seçim dönemlerinde bu süre işlemez.

Toplantı nisabını etkilemeyecek sayıda kurul üyelerinin görevden alınması ile oluşan boşluk, yedek üyelerle doldurulur."

– 22.4.1983 t, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na aşağıdaki şekilde, "20-B" maddesi eklenmiştir:

"Yönetim Kurulunda Görevden Alma Dışındaki Bir Nedenle Boşalma Olması

MADDE 20/B- Yönetim kurulunda görevden alma dışında kalan nedenlerle boşalma olması halinde; noksan, yedek üyelerle tamamlanır. Boşalma bu suretle giderilemezse merkez karar ve yönetim kurulu yahut üst-teşkilat yönetim kurulunca geçici yönetim kurulu atanır.

Geçici yönetim kurulunun göreve başlamasından itibaren en geç altmış gün içinde teşkilat kongresi olağan üstü toplanır ve yeni yönetim kurulu seçilir. Seçim, yeni delegeler seçilmemişse eski delegelerle yapılır. Bu kongre toplanmadıkça aynı teşkilat için olağan kongre yapılamaz.

Altmış gün içinde kongrenin toplanmaması halinde ilçe seçim kurulunun veya parti üyesinin talebi üzerine teşkilat yönetimine Sulh Hukuk Mahkemesince engeç on gün içinde üç kişilik kuruldan oluşan bir kayyım atanır. Kayyım

atanmasına ilişkin karar, kesindir. Kayyım, kongreyi en geç bir ay içinde toplar ve organ seçimini gerçekleştirir.

Altmış günlük süre, hiçbir şekilde uzatılamaz. Geçici yönetimin görevi yenilenemez, yeni bir geçici yönetim atanamaz. Parti, bu süre dolduktan sonra olağanüstü kongrenin sonuçlanmasına kadar boşalan organla ilgili olarak hiçbir işlem yapamaz. Şu kadarki genel seçim dönemlerinde bu süre işlemez."

IX. SORUNA İLİŞKİN TİP-DAVA DİLEKÇESİ ÖRNEĞİ

Görevden alınan yönetim kurulu (organ) yerine atanan geçici yönetim kurulunun 45/30 günlük yasal süreler içinde kongreyi toplamaması yahut bu sürelerin genel merkez tarafından uzatılması yahut atamanın yenilenmesi halinde herhangi bir partili, teşkilata kayyım atanması için sulh hukuk mahkemesine başvurulabilir.

İhlallere karşı yürütülecek demokratik mücadelede yararlı olacağı düşüncesi ile, bu incelememizde bir dava dilekçesi örneği (tipi) geliştirilmiştir.

"İvedi/basit yargılama isteği de vardır.

SULH HUKUK MAHKEMESİ SAYIN HAKİMLİĞİNE

DAVACI :Ş irin Demirkırat

EKİLİ :

DAVALILAR : 1- X Partisi X İl Başkanlığı.

2- X Partisi Genel Başkanlığı

K O N U : İl teşkilatının organsız kalması nedeniyle kayyım atanması ve kayyımın il kongresini toplamak üzere görevlendirilmesi isteğidir.

O L A Y L A R

1. Ben, X Partisinin üyesiyim. Davalı Partinin genel idare kurulu, davalı ilçe teşkilatının seçimle gelen yönetim kurulunu 03.03.2006 tarihli kararlar gö-

revden almış ve SPK m. 19-20 hükümleri uyarınca aynı tarih itibarıyla “geçici yönetim kurulunu/ müteşebbis heyeti” atamıştır.

2. Yasa, “geçici yönetim kurulunun görev süresini il teşkilatı yönünden 45, ilçe teşkilatı yönünden 30 günle ve görevini ise kongreyi toplayıp yerine seçim yaptırmakla” sınırlandırmıştır (SPK m. 19/5, 20/8). Parti tüzüğü de aynı hükmü amirdir.

3. Yasada belirtilen sürelerin (45/30 gün) dolması ile, “geçici kurulların” bütün yetkileri ve hukuki varlıkları sona ermektedir (I). Teşkilat, organ-sız (yönetim kurulsuz) kalmaktadır (II). Bu süreden sonra, geçici kurulun kongre toplama yetkisi dahi ortadan kalkmaktadır (III) (Anayasa Mahkemesi 21.10.1992 t.,2/2 SP İht. sayılı kararı. Karar metni için bkz. Bu incelemenin 21 nolu dipnotunun ait olduğu bölüm. 3.7.2005 t.,11 sayılı Niğde İlçe Seçim Kurulu Kararı. 16.07.2005 t., 340 sayılı YSK. Kararı. Karar metinleri için bkz., Bu incelemenin “17,18 ve19” nolu dipnotları).

4. Bir tüzelkişinin organ-sız kalması, kayyım atanmasını zorunlu kılmaktadır (TMK 427/4). SPK 19 ve 20 hükümlerinde öngörülen 45 ve 30 günlük sürelerde seçimin yapılmaması yoluyla ortaya çıkan “organ-sız kalma” hallerinde çözümün ne olacağı sorunu, yasa ve içtihat temelinde halledilmiştir.

Buna göre, sulh hukuk mahkemesi, boşalan organa (yönetim kuruluna) seçim yapmak ve bu amaçla kongreyi toplamak üzere geçici bir kurul görevlendirecektir (SPK m.121,29. Dernekler K. m. 34, kıyasen MK 75/2, eski Dernekler K. m. 20 yerine) (Niğde Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 02.06.2005 t.,148/199-E/K.D.İş sayılı kararı. Karar metni için bkz., Bu incelemenin 15 nolu dipnotu. Sözü geçen kararın, aylarca süren incelemeden sonra onanmasına ilişkin Y2HD 27.12.2005 t.,20548/18375-E/K sayılı kararı. Kararın metni için bkz. Bu inceleme 16 nolu dipnotu).

5. X Partisi il teşkilatının boşalan yönetim kurulu yerine seçimi gerçekleştirmek amacıyla kongreyi toplamak, gereken işlemleri yapmak üzere parti üyelerimizden Saffet Uyumaz, Sevda Lekesiz ve Aydın Bilge'den oluşan üç kişilik kurulun (kayyımın) görevlendirilmesini öneriyoruz.

6. Davamız, niteliği itibarıyla basit ve ivedi muhakeme usulüne tabidir (Dern. K. m. 18/1. HUMK m. 507 vd.) Boşlukların ve organ-sızlıkların, tedbir hukukunun gerekli kıldığı sür'at içinde giderilmesi ve davanın sonuçlandırılması, koruyucu önlem hukukunun da kaçınılmaz gereğidir.

DELİLLER : Görevden alma ve geçici görevlendirme yazıları, üye kaydı,diğer deliller.

T A L E P : 1-X Partisi X il teşkilatının boşalan yönetim kurulu-
luna (organa) seçimi gerçekleştirmek amacıyla kongreyi toplamak ve gerekli iş
ve işlemleri yapmak üzere Saffet Uyumaz, Sevda Lekesiz ve Aydın Bilge'den
oluşan kayyım kurulunun atanmasına,

2-Yargılama giderlerinin davalıya yükletilmesine,

Sayın Mahkemece karar verilmesi hususu arz ve talep olunur.

Şirin Demirkırat"

X. SONUÇ

1. Siyasi partiler hukukunun öngördüğü sebep ve kayıtlarla sınırlı olarak, merkez karar ve yönetim kurulunca (aynı şekilde üst-teşkilat tarafından) alt-teşkilatların yönetim kurullarının görevden alınması, parti-içi demokrasinin bir istisnasıdır.

Hiçbir istisnai kural, genelleştirilemez, yaygınlaştırılmaz. Bu kurallar, "süreklilik kazanan bir uygulamaya yol açamaz."

Teşkilat seçimlerinden çıkan sonucun, merkez organlarının veya bu organlara yakın partililerin beklentilerine uygun düşmemesi (parti içi muhalefetin kazanması), giderek oligarşiye karşı aykırı duruş, görevden almanın gözlemsel nedenidir. Bu gerçek, partilerdeki çürümenin ve iç-demokrasi korkusunun da temel göstergesidir.

2. Görevden alınan kurulun yerine atanan geçici yönetim kurulunun (müteşebbis heyetin) görev süresi, il teşkilatı yönünden 45, ilçe teşkilatı yönünden 30 gün ile sınırlıdır.

a. Bu süre içinde, görevden alınan teşkilatın seçimini sağlamak üzere olağan üstü kongreyi toplamak ve seçimi gerçekleştirmek zorunludur.

b. Bu süreler, merkez ve diğer üst-yönetimlerce hiçbir şekilde uzatılamaz. Geçici yönetimin atamalarının yenilenmesi (tekrar atama) yahut başka bir kurul atanması yoluyla aynı sonucu sağlayacak girişim ve işlemlerde bulunulamaz.

Siyasal partilerin aksi doğrultudaki uygulamaları, yalnızca açık bir hukuk ihlali değil, aynı zamanda demokrasi tanımazlıktır.

Bu konuda geliştirilecek parti-içi ve toplumsal refleksler, oligarşinin ve çekirdek azınlığın demokrasi karşıtı hukuksuzluklarına önleyici bir dinamik oluşturur.

c. Görevi sona eren (45/30 günlük süresi dolan) geçici yönetim, bir fonksiyon gasbı içindedir. Parti adına kurduğu tüm işlemler, yok hükmündedir. Bu yönetim, eylem ve işlemlerinden doğrudan ve kişisel olarak sorumludur. Partinin (tüzel kişiliğin) kurumsal sorumluluğu yoktur. Aynı sonucun oluşmasına; karar ve eylemsizlikler ile sebebiyet veren merkez ve üst-yönetimler de oluşan hukuki sonuçlardan zincirleme sorumludurlar.

3. Geçici yönetimin kongre seçim görevini tamamlamak için yasanın öngördüğü sürelerin (45/30 günün) dolması ile, görevden alınan teşkilat yönünden parti, organsız duruma düşer. Parti, organ bazında fiil ehliyetini geçici olarak yitirmektedir.

Teşkilatın organsız kalması halinde, o partinin herhangi bir üyesinin sulh hukuk mahkemesine talebi ile, boşalan yönetim kurulu yerine kayyım atanması sağlanabilir. Kayyım, olağanüstü kongreyi toplayarak seçimi gerçekleştirecektir. Bu durumda kayyımın rağmen, merkez organların kongreyi toplaması hukuken mümkün değildir. 45/30 günün dolması ile merkez ve üst-organların bu konudaki yetkileri sona ermektedir.

Adli yargının, seçim yargısının, Anayasa Mahkemesi'nin, uygulama ve görüşleri de bu doğrultudadır. Bu incelemede ilgili yargı kararlarının metinlerine ayrıca yer verilmiştir.

4. Öngörülen sürelerin (45/30 günün) kongre yapılmaksızın dolması halinde, görevden alma kararı ile mağdur olan eski yöneticilerin veya parti üyesi herhangi bir kişinin sulh hukuk mahkemesine başvurarak kayyım atanmasını istemesi, bu yolun yaygınlaşması, partiler hukuku ve iç-demokrasi refleksi bakımından önemlidir. Yararlı olacağı düşüncesi ile incelememizde "*dava/başvuru dilekçesi*" nden bir örnek (tip) verilmiştir.

5. "*Organsız kalma*" "*teşkilatlanmamış olma*" ile eşdeğerdedir. Sözcüleri X ilinde bir partinin "*teşkilatı*"nın hiç olmaması ile aynı ilde görevden alınma, izleyen 45/30 günde seçimi yapmama yoluyla organsız kalması arasında bir fark yoktur.

Partilerin seçimlere katılma ehliyetinin belirlenmesinde varlığı aranan teşkilat sayısı koşulu yönünden organsız kalan il veya ilçeler “teşkilatsız il” olarak işlem görürler (2820 SPK m. 36, 298 SPK m, 14/11). Bu bağlamda yasa hükmü şöyle okunmalıdır: “Siyasi partilerin seçimlere katılabilmesi için illerin en az yarısında, oy verme gününden en az altı ay evvel görevden alınan organların yerine yasada öngörülen süreler içinde yeni kurulun seçilmiş olması...şarttır.”

Yönetim kurulunda görevden alma dışındaki (ihraç,istifa, ve benzeri) nedenlerle boşalmayı izleyen altmış gün içinde organın seçimle doldurulmaması halinde de durum aynıdır (Bu sonuç, SPK“20-B” taslağının yasallaşması halinde ancak realize olunabilir),

6. Görevden almayı düzenleyen hukuk normları, yarım asra yakın tecrübe ve sapmalar ile özgürlükler hukuku da gözetilerek yeniden düzenlemelidir. Olası reformda yararlanılmak üzere, bu konuda tarafımızdan bir “model/taslak” geliştirilmiştir (Bkz., bu incelememizin “VIII/B” Bölümü).

YARGITAY KARARLARI DOĞRULTUSUNDA YASAMA SORUMSUZLUĞUNUN TAZMİNAT SORUMLULUĞU BAKIMINDAN SINIRLARI

Ömer KESKİNSOY*

GİRİŞ

Yasama sorumsuzluğu milletvekillerini acaba tazminatı gerektirecek söz ve düşünceler bakımından korur mu?

Aynı şekilde Meclis çalışmaları ile alakalı konularda milletvekillerinin düşünce ve söz hürriyetleri sınırsız mıdır? Bu makalede Yargıtay'ın kararları doğrultusunda yasama sorumsuzluğunun tazminat sorumluluğu bakımından sınırları konusunda bir değerlendirme yapılması hedeflenmektedir.

I. ÖRNEK YARGITAY KARARLARI

17.12.1999 günü Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 36. birleşiminde Tahkim Yasa Tasarısı hakkında görüşlerini Meclis kürsüsünden dile getirirken milletvekili Zeki Çakan meclis sırasındaki yerinden milletvekili Kamer Genç'e hitaben *"sen yalan söylüyorsun, riya yapıyorsun"* sözleri ile sataşmada bulunması sonucunda Kamer Genç'in Ankara 32. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açmış olduğu manevi tazminat davasını mahkeme yasama sorumsuzluğu gerekçesiyle reddetmiş, ancak temyiz yolunun işletilmesi üzerine Yargıtay aşağıdaki kararı vermiştir.

"Anayasa'nın 83. maddesine göre TBMM üyeleri Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden Meclis'te ileri sürdükleri düşüncelerden ve bunları Mec-

* GÜİİBF Kamu Yönetimi Bölümü araştırma görevlisi.

lis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamaz iseler de, bu sorumsuzluk mutlak bir şekilde sınırsız değildir.¹

Anayasa'nın bu ilkesinin kötüye kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilirken özellikle (kamu yararı-kişisel yarar dengesinin) iyi kurulması gerekmektedir. Bir milletvekili sırf kişisel kinini tatmin için bir kimseye başkasının kişilik değerlerine saldırı teşkil edecek, bu bağlamda hakaret etmişse bu kişinin milletvekili dokunulmazlığından yararlandırılması dokunulmazlık kurumunun var oluş amacı ve nedeni ile bağdaşmaz.

Anayasa'nın 83. maddesinde yer alan düzenlemenin amacı, milletvekilinin, yasamaya ilişkin olan yetkisini daha özgürce kullanmasını ve bu doğrultudaki çalışmalarını güvence altına almaktır. Madde ile güvence altına alınan ve dokunulmazlığı sağlanan, salt yasama faaliyeti ile sınırlı olan eylemlerdir. Bu faaliyetin sınırı dışına çıkılması durumunda, dokunulmazlığın korunmasına yönelik amaç ortadan kalkar. Bunun sonucu olarak da, dokunulmazlığın varlığına ilişkin savunmaya itibar edilemez. Somut olayda, davacı milletvekilliği görevi nedeniyle yasa tasarısı hakkındaki düşüncesini ve eleştirilerini belirtmiştir. Davalının, bu eleştirilere karşı verdiği yanıt, yasama faaliyeti ile uyumluluk teşkil etmeyip doğrudan davacının kişiliğini hedef alan, onur ve saygınlığına saldırı oluşturan hakaret niteliğindedir. Davacının eleştirileri karşısında, ona duyulan kişisel öfke ve kızgınlıkla söylenmiştir. Bu nedenle yasama dokunulmazlığı sınırları içinde değerlendirilemez. Mahkemece, davalı eyleminin hukuka uygun olmadığı gözetilmeksizin davanın tümünden reddedilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle mahkemece yapılacak iş belirlenecek tazminata hükmedilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir".²

Meclis Genel Kurulu'nun 12.4.2001 günlü oturumunda, Başbakanlık

¹ Ancak Yargıtay eski tarihli bir kararında yasama sorumsuzluğunun hukuk davalarına karşı milletvekillerini mutlak olarak koruduğuna karar vermiştir. Yargıtay vermiş olduğu kararda, yasama sorumsuzluğunun milletvekillerini ceza davalarına karşı korumasının amacı onların görevlerini serbestçe yerine getirmek amacı ile olduğuna göre, yüksek tazminatı gerektiren sözler sebebiyle tazminat ödeme korkusu da milletvekillerinin görevlerini hakkıyla yerine getirmesine engel olabilir. Dolayısıyla milletvekillerinin haksız fiil niteliğindeki beyanları sebebiyle İçtüzüğe göre işlem yapma dışında tazminata hükmedilmemesi gerekir. Bkz., 4. HD E. 1958/12171, K. 1958/5006; 1961 Anayasası dönemi öncesi öğretilerdeki baskın görüş de Yargıtay'ın vermiş olduğu bu kararlar aynı doğrultudadır. Yani bu dönemde öğretilerde de yasama sorumsuzluğunun milletvekillerini hukuki takibata karşı da mutlak olarak koruması gerektiği fikri hakimdir. Bkz., AKSOY, Muammer: "Milletvekilinin Sorumsuzluğu ve Adliye Vekilinin Mütalâası", Forum, C. VII, S. 80, Ankara 1957, s. 10

² Yargıtay 4. HD E. 2001/4476, K. 2001/8768

Teşkilat Kanunu Hakkındaki Kanun Hükmündeki Kararname ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu'nun görüşmeleri sırasında söz alan milletvekili Bekir Sobacı, konu ile ilgili görüşlerini dile getirmiş ve siyasi nitelikte açıklamalarda bulunmuştur. Sobacı konuşmasında: *“Şimdi Türkiye’de siz provakatör mü arıyorsunuz? Meclisi yıpratın provakatörü mü arıyorsunuz”* sözlerini söylemiş ve bunun üzerine de Genel Kurul salonunda tartışma çıkmıştır. Davalı ve dava dışı kişiler davacının sözlerine cevaplar vermişler ve bu sırada milletvekili Cemal Enginyurt *“provakatör sensin”* demiştir.

Bunun üzerine yine Ankara 32. Asliye Hukuk Mahkemesi’nde açılan manevi tazminat davasının kısmen kabul edilmesi sonucu karar temyiz edilmiş bu defa ise Yargıtay aşağıdaki kararı vermiştir.

“Anayasa m. 83 hükmü gereğince, yasama meclisi üyeleri Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, bunları meclis dışında tekrarlamak açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar. Somut olayın meydana geldiği yer, tarafların sıfatı ve yukarıda açıklanan gelişim biçimi karşısında, davaya konu edilen sözlerin yanların karşılıklı sözle atışmalarından ve meclisin çalışmasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bu haliyle davalının yasama çalışması ile ilgili görüşlerini bu sınırlar içinde kullandığı kabul ve benimsenmelidir. Diğer bir anlatımla, davalının Anayasa’nın 83. maddesindeki düzenleme dışına çıkmadığı kabul edilmelidir. Bu haliyle de mahkemece, davanın reddi yerine kısmen kabulüne karar verilmiş bulunması bozmayı gerektirmiştir”.³

Milletvekili Ali Güngör Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’nda gündem dışı yapılan bir konuşma sırasında vali Mustafa Tamer hakkında *“sayın vali neden 6.000 şoför esnafının feryadını dinlemiyor da şirketin üst düzey yöneticileriyle geçen Pazar günü, Korhan Yaylasında çilingir sofrası kurup, barış şarkıları söyleyip eğleniyordu? Acaba, bahse konu olan büyük ranttan kimler, ne kadarını kapmıştır? Buradan, Sayın İçişleri Bakanı’na sesleniyorum. Yanlışı kim yaparsa yapsın üzerine gidiniz”* şeklinde beyanlarda bulunmuştur. Bu beyanlar üzerine Ankara 20. Asliye Hukuk Mahkemesi’nde açılan manevi tazminat davası beyanların yasama sorumsuzluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gerekçesi ile tazminat talebini reddetmiş, ancak mahkemenin kararının temyiz edilmesi üzerine Yargıtay aşağıdaki kararı vermiştir.

³ Yargıtay 4. HD E. 2003/1548, K. 2003/6601

*“Davalının sözleri bir bütün olarak ele alındığında davacının şirket yetkilileri ile işbirliği içinde haksız kazanç olayları ile ilişkili olduğu iması verilerek istendiği anlaşıldığından, mahkemece davalı eyleminin eleştiri sınırları dışında ve haksız eylem niteliğinde bulunduğu kabulü ile uygun görülecek tazminat miktarına hükmetmek gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın tümünden reddedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir”.*⁴

Yasama sorumsuzluğunun Meclis çalışmaları sırasında söylenen her tür söze karşı açılacak hukuk davaları sebebiyle ne derece ve hangi hallerde koruma sağlayacağını tespiti bakımından yukarıda özeti verilen Yargıtay kararları önemlidir.

II. KARARLARIN DEĞERLENDİRMESİ

Meclis’te ileri sürülen düşüncelerin yasama sorumsuzluğu kapsamında değerlendirilip değerlendirilmemesinde Yargıtay’ın benimsediği ölçütler; kötü niyetli davranılıp davranılmadığı, kamu yararı amacıyla mı yoksa şahsi tatmin için mi hareket edildiği, düşüncenin açıklandığı yer, sözün söylenmesinin gelişim süreci ve sınırın aşılp aşılmadığı şeklinde özetlenebilir.

Açıklanan düşüncenin yasama sorumsuzluğu kapsamında değerlendirilerek tazminat davalarına karşı milletvekillerini koruyabilmesi için Meclis’te⁵ veya Meclis çalışmaları ile alakalı⁶ olması gerekir. Bu sebeple Meclis çalışmaları sırasında, ancak şahsi tartışma⁷ sonucu söylenmiş sözler sebebiyle tazminat davası açılabileceği kuşkusuzdur.

⁴ Yargıtay 4. HD E. 2003/6689, K. 2004/2534

⁵ Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s.278; Yargıtay 4. HD E. 2003/1548, K. 2003/6601; Yargıtay’ın verdiği bir karara göre Mecliste olsa bile Meclisin çalışma amaçlarıyla bağdaşmayan haksız fiil niteliğindeki ihlaller Borçlar Kanunu’nun 49. maddesi gereği manevi tazminata hükmedilmesine engel değildir. Bkz., Ünal, Şeref, “Yasama Dokunulmazlığı”, AD., S. 6, Yıl. 78, Ankara 1987, s. 15; Meclis dışında genel bir toplantı esnasındaki açıklamalar için yasama sorumsuzluğu söz konusu değildir. Bkz., Arsel, İlhan, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, 2. Baskı, Ankara 1961, s. 246

⁶ Özbudun (2004) s. 278

⁷ Yargıtay’ın verdiği bir kararda, “Kişisel amaçlarla, fakat Meclisin çalışma amaçları dışındaki haksız eylem niteliğindeki halele uğratmaların, medeni hukuk yönünden dokunulmazlık durumu sağlamayacağı” belirtilmiştir (4. HD E. 8676, K. 687, T. 29.11.1973). Bkz., Olgaç, Senai, *Kazâ ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Olgaç Matbaası, C. I, Ankara 1976, s. 823

Yine yasama sorumsuzluğu kapsamında değerlendirilebilecek sözler Meclis çalışmaları ile alakalı, hatta Meclis çatısı altında söylenmiş olsa bile söz konusu bu sözler kötü niyetli⁸ olarak sarf edilmemiş olması gerekir. Belirtmek gerekir ki Meclis çatısı altındaki her tür faaliyet yasama sorumsuzluğu gerekçesi ile koruma görmez. Meclis çatısı altındaki faaliyetlerin yasama sorumsuzluğu sebebiyle hukuki sorumluluğu gerektirmemesi için Meclis çalışmaları ile alakalı bir faaliyetin de söz konusu olması gerekir. Bu sebeple milletvekilinin Meclis postanesinden çekmiş olduğu telgrafta geçen rencide edici sözler sebebiyle manevi tazminatın söz konusu olması gerektiği yönünde Yargıtay karar vermiştir.⁹ Yine yasama sorumsuzluğunun milletvekilleri için geçerliliği olan bir hak olduğunu düşündüğümüzde, zaten başkalarını rencide edecek şekilde kötüye kullanılması Anayasa'nın 14. maddesi gereği himaye görmez.

Mecliste ya da meclis çalışmaları ile alakalı bir esnada söylenen sözler şayet kamuyu ilgilendiren bir konuşma sırasında ve konuşmanın akışı gereği¹⁰ söylenmesi uygun karşılanabilecekse bu sebeple tazminata hükmedilmesi söz konusu olamaz.

Söylenen sözün veya açıklanan düşüncenin yasama sorumsuzluğu içerisinde değerlendirilerek tazminatı gerektirmemesi için temel kriterlerden bir tanesi de ölçülü¹¹ davranılıp davranılmadığıdır. Yasama sorumsuzluğu milletvekilleri için geçerliliği olan bir hak olduğuna göre elbette ki bu hakkın kullanılmasında da Anayasa'nın 13. madde-

⁸ Yargıtay 4. HD E. 2001/4476, K. 2001/8768

⁹ Yargıtay 4. HD E. 1978/97, K. 1978/13985

¹⁰ Yargıtay 4. HD E. 2003/1548, K. 2003/6601; Yargıtay'ın verdiği bir karara göre yasama sorumsuzluğu ne şahsa bağlı bir imtiyazdır, ne de mutlak. Eleştiri sınırlarını aşarak, en ufak bir çaba dahi sarf etmeden ve yasama sorumsuzluğunu kalkan olarak kullanmak suretiyle başkalarının kişisel haklarına saldırı niteliğindeki eylemleri Anayasa kabul etmemiştir. Bkz., Yargıtay HGK.; E. 1981/4-1161, K. 1984/365, T., 4.4.1984; Yargıtay başka bir kararında, "milli bir görevin yerine getirilmesi ve kamu faydası dışında özellikle şahsi kin ve gayzının tesiriyle yapılmış ve yasama ve meclis çalışmalarıyla hiçbir ilgisi olmayan ağır hakaretlerde zarar gören manevi tazminat isteğinde bulunabilir" demiştir (4. HD E. 3490, K. 4770, T. 8.7.1966). Bkz., Olgaç (1976): s. 823

¹¹ Yargıtay 4. HD E. 2003/6689, K. 2004/2534; "Siyasi görüş ayrılığında meşru mücadele sınırını aşarak kişisel amaçlarla, başkalarının kişisel haklarına zarar verecek şekilde saldırıda bulunulması Büyük Millet Meclisi'ni üyesi olmanın sağladığı hak ve görevle bağdaşmaz" (4. HD E. 8676, K. 687, T. 29.11.1973). Bkz., Olgaç (1976): s. 822

sinde yer alan temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasında yasa koyucuyu sınırlandıran “ölçülülük” ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır. Yani nasıl ki kanun koyucu temel hak ve hürriyetleri sınırlandırırken ölçülülük ilkesine uygun hareket etmek zorundadır, aynı şekilde hak ve hürriyetini kullanan kişide söz konusu hak ve hürriyetini kullanırken hadde tecavüz etmemelidir. Aksi takdirde Anayasa'nın 14. maddesi gereği kötüye kullanılan hakkın kanun tarafından korunması söz konusu olamayacağı için, hakkın kötüye kullanılması ve haddi aşan nitelikteki sözlere karşı tazminata hükmedilebilecektir.

Kaldı ki şahsi saikli, haddi aşan ve iyi niyetle bağdaşmayacak nitelikteki sözler yasama sorumsuzluğunun temel amacı olan, “*Meclisteki söz söyleme hürriyetini koruma*”¹² sınırı içinde değerlendirilemez. Bu gibi hallerde hasız fiille kişinin şahıs varlığını zarara uğratmak söz konusudur.

Dolayısıyla manevi tazminat söz konusu olabilmesi için haksız fiilin hedefinin ne olduğu önemli değildir.¹³ Manevi tazminatı gerektiren manevi zarar, maddi varlığa saldırı sonucu gerçekleşmiş olabileceği gibi, gayrimaddi varlığa saldırı sonucunda da ortaya çıkmış olabilir.¹⁴ Milletvekillerinin yasama faaliyetleriyle alakalı konularda düşüncelerini özgür bir şekilde ortaya koyabilmelerini garanti altına almak için söz konusu olan yasama sorumsuzluğunun kötüye kullanılması; şeref, haysiyet gibi şahsiyet haklarına taalluk eden değerlere saldırı sebebiyle manevi tazminatı gerekli kılmaktadır.

¹² Özbudun (2004): s. 278; Çünkü bir kimsenin, iradesi dışında şahıs varlığını oluşturan hukuki değerlere saldırarak ve belli düzeyde duygusal zararlara sebebiyet verilmek suretiyle objektif eksilmelerin doğması durumu borçlar hukuku öğretisi bakımından manevi tazminatı gerektirir. Bkz., Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*; Tıpkı 7. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, İstanbul 2001, s. 498-500; Borçlar hukuku öğretisine göre manevi zarar, “malvarlığında bir azalmayı değil, şahsiyet haklarına vaki tecavüz dolayısıyla bir kimsenin duyduğu cismanî ve manevî acı ve ızdırabı, elemi ve böylece yaşam zevkinde bir azalmayı ifade eder”. Bkz., Tandoğan, Halûk: *Türk Mes'uliyet Hukuku*, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, N. 159, Ankara 1961, s. 330; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s. 332

¹³ Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 269

¹⁴ Tandoğan (1961): s. 330

III. SONUÇ

Kullanılan oyun söylenen sözün veya açıklanan düşüncenin tazminatı gerektirmemesi için:

- İyi niyet sınırlarını aşan tarzda olmaması,
- Şahsi kin, düşmanlık ya da kırgınlık sonucu olmaması,
- Konuşmanın akışı gereği söylenmesi makul karşılanabilir olması,
- Söylenen sözün meclis çalışmaları ile alakalı faaliyet sırasında sarf edilmiş olması
- En önemlisi de yapılan çalışma ile açıklanan düşünce arasında kurulabilen bir bağlantının olması ve ölçülünün de kaçırılmamış olması gerekir.

Bu doğrultuda, Meclis çalışmalarıyla alakalı bir faaliyette bulunan milletvekiline diğer milletvekilleri hakaret edici sözler söylerlerse veya Genel Kurula hitap etmekte olan bir milletvekili başka bir milletvekilini veya kişiyi veya grubu hedef alarak hakaret ederse ya da konuşmanın akışının hoş görülebilir sonucu olmayan ifadeler kullanılırsa, yasama sorumsuzluğu söz konusu olmaz. Meclis çalışmalarıyla ilgili söz söyleme hürriyeti içerisinde değerlendirilemeyecek bu neviden ifadeler sebebiyle herkes gibi tazminat sorumluluğu gerekir. Çünkü yasama sorumsuzluğu milletvekillerinin şahsi emellerine ulaşmaları veya kişisel yönden tatmin olmaları için kendilerine tanınan bir imtiyaz olmayıp, milli iradenin tezahürüne hizmet eden temsilciler olmaları hasebiyle ve icra ettikleri görev gereği kabul edilen bir imtiyazdır. Daha özet bir ifade ile genel olarak yasama bağımsızlığı milletvekillerinin şahsı için değil,¹⁵ yasama faaliyeti için ve kamu yararı amacıyla¹⁶ kabul edilmiş bir ayrıcalıktır.¹⁷

¹⁵ Bkz., HGK, E. 1981/4-1161, K. 1984/365

¹⁶ Özer, Attila: *Anayasa Hukuku*, Geliştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 222

¹⁷ Odyakmaz, Zehra/Kaymak, Ümit/Ercan, İsmail, *Anayasa Hukuku İdare Hukuku*, Son Değişikliklerle 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2006, s. 107; Gören, Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 2. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 1999, s. 214; Tanör/ Yüzbaşıoğlu, s. 226; Ancak Yargıtay yasama sorumsuzluğunun milletvekilleri için bir imtiyaz olmadığını haklı olarak belirtmiştir. Bkz., Yargıtay HGK, E. 1981/4-1161, K. 1984/365, T., 4.4.1984

Aksine bir anlayış Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olur.

Yasama sorumsuzluğunun her hal ve şartta söz kabul edilmesi, kamu yararı amacıyla feda edilen eşitliğin sebebiyet verdiği kamu zararı ile müsavî olmayacağı için mümkün değildir. Oysa yasama sorumsuzluğunun milletvekilleri için geçerli olması, milletvekillerine tanınan bu ayrıcalık sonucu eşitlikten taviz verilerek doğan zararın bu ayrıcalığın tanınmasıyla sağlanan kamu yararından daha az olması sebebiyledir.¹⁸

Şimdiye kadar açıkladığı üzere yasama sorumsuzluğu, milletvekillerinin şahsi emellerine hizmet eden bir müessese olmaması sebebiyle milletvekillerinin şahsi kin ve haksız fiil niteliğindeki başkalarını rencide eden sözlerine karşı onları manevi tazminat sorumluluğundan kurtarmaz. Ancak 1961 Anayasası öncesi dönemde hem öğreti de hem de Yargıtay kararlarında yasama sorumsuzluğunun milletvekillerini hukuku davalarına karşı da koruması gerektiği yönünde olmuştur.¹⁹

1961 Anayasası öncesi dönemde yasama sorumsuzluğu hükümlerinin hem ceza takiplerine hem de hukuk takiplerine karşı milletvekillerini koruması gerektiği fikrinin savunulması, mutlakiyetçi devlet anlayışından demokratik devlet anlayışına geçiş sürecinin yaşanıyor olması sebebiyle savunulduğu söylenebilir.

Çünkü Osmanlı İmparatorluğu'nun yıkılışı ve egemenliğin sahibininin 1921 Teşkilâtı Esasisi ile milletle devredilmiş olması nedeniyle milletin temsilcilerinin özgürce milleti temsil edebilmelerinin sağlanması amacıyla onları her tür takibata karşı korumanın gerektiği görüşünün hakim olması makul karşılanabilir. Kaldı ki 1961 Anayasası öncesi hem doktrinde hem de Yargıtay kararında yasama sorumsuzluğu kapsa-

¹⁸ Özbudun (2004): s. 277

¹⁹ 4. HD E. 1958/12171, K. 1958/5006; Başgil, Ali Fuad, "Teşrii Masuniyet Meselesi Teşkilâtı Esasiye Kanunumuzun 17. Maddesi Üzerinde Etüd", *İHFM*, C. VII, Y. 1941, S. 1, s. 14; Aybar, Mehmet Ali, "Teşrii Masuniyet Esası ve Tatbik Şekilleri", *İÜHFM*, Y. III, S. 9, İstanbul 1937. s. 124; Refet, Hâşim, *Hukuku Esasiye*, İstanbul 1926, s. 151; Gözübüyük, Abdullah Pulat, "Mebuslar ve Vekiller Hakkında Soruşturma ve Kovuşturma Usulü", *AD*, Y. 45, S. 10, Ankara 1954, s. 1188; Arsel, İlhan, "Türk Anayasasının Umumi Esasları", *AÜHFD*, C. XII, S. 1-2, Ankara 1965, s. 39; Aksoy, Muammer, "Milletvekilinin Sorumsuzluğu", *Forum*, C. VII, S. 81, Ankara 1957, s. 11; Sevig, Vasfi Reşit, "Şeref ve Haysiyetin Kanuni Himayesi ve İstisnaları", *AD*, Y. 30, N. 1, Ankara 1939, s. 1

mındaki filer sebebiyle Meclis İçtüzüğü'ne göre disiplin müeyyidesinin uygulanabileceği ve yine milletvekillerinin Meclis kürsüsünün gerektirdiği nezaket gereği hareket etmeleri gerektiği ifade edilmiştir.²⁰

KAYNAKÇA

- Aksoy, Muammer, "Milletvekilinin Sorumsuzluğu ve Adliye Vekilinin Mütalâası", *Forum*, C. VII, S. 80, Ankara 1957.
- Aksoy, Muammer, "Milletvekilinin Sorumsuzluğu", *Forum*, C. VII, S. 81, Ankara 1957.
- Arsel, İlhan, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, 2. Baskı, Ankara 1961.
- Arsel, İlhan, "Türk Anayasasının Umumi Esasları", *AÜHFD*, C. XII, S. 1-2, Ankara 1965.
- Aybar, Mehmet Ali, "Teşrii Masuniyet Esası ve Tatbik Şekilleri", *İÜ-HFM.*, Y. III, S. 9, İstanbul 1937.
- Yüzbaşıoğlu, Nemci, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, 2. Baskı, İstanbul, 1997.
- Başgil, Ali Fuad, "Teşrii Masuniyet Meselesi Teşkilâtı Esasiye Kanunumuzun 17. Maddesi Üzerinde Etüd", *İHFM*, C. VII, Y. 1941.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Tıpkı 7. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001.
- Gören, Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 2. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 1999.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat, "Mebuslar ve Vekiller Hakkında Soruşturma ve Kovuşturma Usulü", *AD*, Y. 45, S. 10, Ankara 1954.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.
- Kunter, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1949.

²⁰ Refet (1926): s. 151; Sevig (1939): s. 16; Başgil (1941): S. 14; Kunter, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1949, s. 250; Gözübüyük (1954): s. 1188

- Refet, Hâşim, *Hukuku Esasiye*, İstanbul 1926.
- Sevig, Vasfi Reşit, “Şeref ve Haysiyetin Kanuni Himayesi ve İstisnaları”, *AD4.*, Y. 30, N. 1, Ankara 1939.
- Olgaç, Senai, *Kazaî ve İlmî İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Olgaç Matbaası, C. I, Ankara 1976.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004
- Özer, Attila, *Anayasa Hukuku*, Geliştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- Ünal, Şeref, “Yasama Dokunulmazlığı”, *AD*, S .6, Yıl. 78, Ankara 1987
- Tandoğan, Halûk, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, N. 159, Ankara 1961.
- Odyakmaz, Zehra/Kaynak, Ümit/ Ercan, İsmail, *Anayasa Hukuku İdare Hukuku*, Son Değişikliklerle 6. Baskı, savaş Yayınevi, Ankara 2006.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.

İHMAL SURETİYLE KASTEN ADAM ÖLDÜRME SUÇU

Emre AKBULUT *

A. GİRİŞ

Ceza hukukunun odak noktasında –diğer birçok hukuk disipli-
ninde olduğu gibi– insan yer alır. Ceza hukuku, insanların bireysel
olarak değil de toplum halinde yaşamalarından kaynaklanan sorunları
çözmeyi amaçlayan en eski hukuk disiplinlerinden biridir. Bu anlamda
ceza hukukunun en önemli işlevi, genel olarak hukuk düzenince meşru
kabul edilen insan menfaatlerini korumak, bu suretle fertlerde huzuru
ve toplumda düzeni sağlamaktır.

Hukuk düzenince koruma altına alınan en temel insan menfaati ise
hiç şüphesiz yaşam hakkıdır. Bu bakımdan bu hakka doğrudan mü-
dahale ve onun ortadan kaldırılması girişimi olan insan öldürme fiili,
ceza hukukunun en önemli uğraş alanlarından birini oluşturmaktadır.
Bundandır ki, bu konuda ortaya çıkabilecek her türlü ihtimalin göz
önünde bulundurulması ve buna dair çözümler üretilmesi için, ceza
hukuku doktrin ve uygulaması çok ciddi ve kapsamlı bir çalışma içinde
olmuştur. İşte konumuz olan ihmal suretiyle kasten adam öldürme suçu
da, ceza hukuku doktrin ve uygulamasındaki bu kapsamlı çalışmanın
bir neticesi olarak ortaya çıkmıştır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, öldürme fiilinin ihmali bir dav-
ranışla da işlenebileceğine dair kanunda bir açıklık bulunmamaktaydı.
Yargıtay içtihatlarında da, bu konu kapsamında değerlendirilebilecek
olaylar farklı hukuki sorunlar bağlamında ele alınmaktaydı. Ancak

* Avukat, İstanbul Barosu.

765 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemde Türk Ceza Hukuku öğretisi, mukayeseli hukukta var olan düzenlemeler ve tartışmalar çerçevesinde, ihmal suretiyle adam öldürme suçu üzerinde durmuş ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda konuya ilişkin olarak yapılacak düzenlemeyi etkilemiştir.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise, ihmal suretiyle kasten öldürme suçu ayrı bir maddede düzenleme altına alınmıştır. Makalemde yeni Türk Ceza Kanunu'nun şekil itibariyle yeni fakat içerik bakımından eski (köklü) bu düzenlemesini (5237 s. TCK m. 83) incelemeye çalışacağım. Bunun için çalışmada önce ihmal kavramı ve bu kavramın ceza hukuku bakımından önemi belirtildikten sonra ihmal suretiyle kasten öldürme suçu üzerinde durulacak, son olarak da yeni kanunun bu düzenlemesi öğretideki eleştiriler de göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir.

B. İHMAL KAVRAMI VE İHMALİ SUÇLAR

a. İhmal Kavramı

Arapça kökenli bir kelime olan ihmal, “*gereken ilgiyi göstermeme, boşlama, savsaklama, savsama, önem vermeme*” anlamlarına gelmektedir.¹ Bu anlamda ihmal, herhangi bir yapmamadan farklıdır. Gerçekten her eylemsizlik olgusu ihmal olarak nitelendirilemez. Bir hareketsizliği ihmal kılan unsur, bir eylem bakımından hareketsiz kalan kimsenin hareketsizliği esnasında yerine getirmesi gereken bir yükümlülüktür. Dolayısıyla ihmal tek başına bir anlam ifade etmemekte ve ancak “*neyin ihmalî?*” sorusuna cevap teşkil edecek bir nesneyle birlikte mana kazanmaktadır.² Örneğin ev ödevini yapmamış olma, aynı anda uyumakta ya da oyun oynamakta olan iki öğrenciden birinin hareketini ihmal olarak nitelendirmemize sebep olurken, ev ödevini yapmış olma, diğer öğrencinin fiilini (ev ödevini yapma yükümlülüğünün) ihmal(i) olarak

¹ <http://tdk.org.tr/tdksozluk>

² “...her ihmal zorunlu olarak bir hareket ile ilişkilendirilmektedir. Nitekim belli bir hareketin ihmal edildiği söylenmek suretiyle, o hareket göz önünde tutularak ihmal belirtilmektedir. Bu itibarla çok çarpıcı bir ifade kullanmak gerekirse, aslında ihmal bizzat yoktur ve fakat belli bir hareket sayesinde varlık kazanmaktadır.” Hakeri, Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri (İhmal)*, Ankara 2003, s. 27

değerlendirmemizi olanaksız kılmaktadır. Çünkü ev ödevini yapma, bu iki öğrenci bakımından –yapılması gereken–dir. Özetle ihmal kavramı, *kişinin yapması gereken bir şeyi yapmaması* olarak tanımlanabilecektir.

b. İhmal ve Ceza Hukuku

Devletin, ceza yaptırımını tehdidi ile uygulanmasını sağlamaya çalıştığı emir veya yasakları kapsayan hukuk kurallarını ifade eden ceza hukukunda³ ihmal kavramı önemli bir yere sahiptir. Zira ceza hukukunda ihmal, emirler ve yasaklar olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabilen ceza normlarından emirler içeren kısmının ihlali olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan ihmal, “*devletin yapılmasını yasaklayıp ceza tehdidinde bağladığı eylemler*” şeklinde tanımlanan suç kategorisinden farklı olarak, “*devletin yapılmasını emredip yapılmamasını ceza tehdidinde bağladığı eylemler*” şeklinde ifade edilebilecek suçların teşekkül etmesinin olmazsa olmaz (sine qua non) koşuludur. Kısacası *yapılması gereken bir şeyin yapılmaması* olan ihmal, ceza hukukunda devletin bir ceza normuyla bireylere emrettiği davranış biçiminin savsaklanması, yerine getirilmemesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Türk ceza hukuku öğretisinde ihmal kavramı genel olarak “*suçun maddi unsuru-hareket ögesi*” başlığı altında incelenmektedir. Suç genel teorisi çerçevesinde *kanundaki suç tanımına uygun, hukuka aykırı kusurlu fiil* şeklinde tanımlanan suçun, maddi unsur bakımından icraî veya ihmalî olarak iki şekilde tezahür edebileceği konusunda öğretici görüş birliği içindedir. Gerçekten, netice ve nedensellik bağı ile birlikte suçun maddi unsurunu oluşturan öğelerden biri olan hareketi tanımlamak için öğretide yapılan şu açıklamalara dikkat edilecek olursa, suç tipinde yasaklanan neticeye aktif bir davranışla olduğu kadar pasif bir davranışla yani gereken şekilde davranmamayla da sebebiyet verilebileceğine ilişkin olarak öğretide herhangi bir tereddütün bulunmadığı sonucuna ulaşılabilecektir: “*Hareket, esas itibarıyla insan bedeninin bir işidir. İradenin sinir sistemi aracılığı ile adalelere ve organlara yaptırdığı işlerin bütünüdür... Ceza hukuku alanında önem taşıyan hareket, kanunun suç saydığı bir neticeye sebep olan harektir. Hareket müspet şekilde, yani bir icra olarak ortaya çıkabilip*

³ Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I* (Genel H. I) , Ankara 2002, s. 33.

belirli bir neticeyi gerçekleştirebileceği gibi, menfi şekilde yani bir ihmâl olarak da neticeyi doğurabilir.”⁴ “Hukukî terim olarak hareket, insanın tabîî âlemdeki davranış tarzıdır. Müsbet ve menfi, icraî veya ihmâlî şekilleri vardır.”⁵ “...yasal normda belirlenmiş sonuç alt unsurunu sonuçlayan, böylece nedensellik özelliği bulunan, bireyin ister icraî ister ihmâlî olsun tüm davranışları suçun eylem unsurunun hareket alt unsurunu oluşturur.”⁶ “Hareket, insan bedeninden yapmak veya yapmamak şeklinde ortaya çıkan, dış dünyada bir önemi bulunan, iradi olan, en azından irade ile dizginlenebilen maddi bir iştir.”⁷ “...hareketi insanın iradi olarak gerçekleştirdiği icrai ya da ihmâlî bir davranışıyla kanuni tipi ihlal etmesi şeklinde tanımlayabiliriz.”⁸ “Hareket, yasadaki suç tanımını ihlal eden olumlu veya olumsuz davranıştır.”⁹

Öğretide var olan bu görüş birliği, esasında suç kavramının mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Çünkü ceza kanunlarında yer verilen ve esasında belirli bir şekilde davranma yükümü yükleyen öyle suç tipleri vardır ki,¹⁰ bunların aktif bir hareketle işlenebilmesi mümkün değildir. Örneğin, 765 sayılı TCK'nın 230. maddesinde yer alan görevi ihmâl suçu bakımından, suç tanımında yer alan tipik eylemin aktif bir davranışla yapılmış sayılmayacağı son derece açık bulunmaktadır.¹¹ Dolayısıyla bu suç ve benzer suçlar bakımından, suçun maddi unsurunun hareket ögesinin aslında bir hareketsizlikten (ancak belirli bir şekilde hareket etme yükümlülüğünün varlığı durumunda) ibaret bulunduğu söylenebilecektir. Bu durumda özünde ihmâle yer verilmeksizin yapılacak bir hareket tanımı, günümüz ceza kanunlarında sıklıkla yer verilen bu

⁴ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku I* (Nazarî ve Tatbikî I), İstanbul 1997, s. 370-371.

⁵ Kunter, Nurullah, *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi (Suçun Maddî Unsurları)*, İstanbul 1955, s. 11.

⁶ İçel, Kayıhan, Sokullu/Akıncı, Fusun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu/Fatih S./Ünver, Yener, *İçel Suç Teorisi*, İstanbul 2004, s. 55.

⁷ Baumann, *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, Stuttgart u.a.1972, s. 44vd./Nakleden: Öztürk, Bahri, Erdem/Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2005, s. 117 ayrıca; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2002, s. 121.

⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel H. I, s. 433.

⁹ Centel, Nur, Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş (Türk Ceza Hukukuna)*, İstanbul 2005, s. 243.

¹⁰ 5237 s. TCK'da yer alan bu grup suçlar için bkz. Aşağıda B,b),bb).

¹¹ 765 s. TCK m.230 şu hükmü içermektedir: “Hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakta savaşa ve gecikme gösteren veya üstünün yasağa göre verdikleri buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan memur...cezalandırılır.”

tür suçlar¹² bakımından hareketin ne olduğunu izah etmede başarılı olamayacaktır.

İhmal bu şekilde, icrayla birlikte hareketin bir görünüm biçimi olarak kabul edilse de, ihmal ve icranın doğal anlamda birbirlerinden farklı yapıda oldukları da açık bulunmaktadır.¹³ Bu noktadan hareketle suçlar, hem oluşum biçimlerinde hem de suçun özel görünüm şekillerinin ortaya çıkmasında söz konusu olan farklılıklar sebebiyle üçlü bir tasnife tabi tutulmaktadır. Buna göre suçlar, hareketin şekline göre üç gruba ayrılır:

aa. İcrai Suçlar

Aktif, müspet bir hareketle işlenebilen,¹⁴ bir hareket yasağının ihlali şeklinde tecelli eden suçlar¹⁵ şeklinde tanımlanan icrai suçlar, ceza kanunlarında düzenleme altına alınan suçlar arasında büyük bir yekûn teşkil etmektedir. Çünkü suç ihdas eden normlar aynı zamanda yaptırım içeren normlar olup, birey hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğini taşımaktadır. Bu noktadan hareketle kanunkoyucunun, bireylere başkalarının hak ve özgürlüklerinin ihlalini oluşturan davranışlarda bulunmama yükümü yükleyip bu davranışları cezalandırması yerine, bireylere bilfiil ödevler yükleyip bunların gereğinin yerine getirilmemesini cezalandırması durumunda; bireysel özgürlükler alanı demokratik bir toplumda gerekli kabul edilebilecek olanın ötesinde bir daralmaya uğrayacaktır. Kısacası kural olarak *ceza hukuku, toplumdaki fertlerden iyi olmalarını değil, sadece kötü olmalarını talep etmektedir.*

Örneğin; 5237 s. TCK m. 181’de düzenlenen *çevrenin kasten kirletilmesi* suçunda bireylerden pasif bir tutum takınmaları, atık ve artıkları

¹² Mukayeseli hukukta bu tür suçlara örnek olarak; Alman CK m.138 öğrenilen suçun ihbar edilmemesi, m. 323d yardımın ihmali, Avusturya CK m. 94 yaraladığı bir kimseye yardım etmeme, m. 198 bakım yükümlülüğünün ihmali, İsviçre CK m. 121 kürtajın bildirilmemesi suçları verilebilir. Nakleden: Hakeri/İhmal, s. 44 vd.

¹³ "...insan davranışının oluşum biçimi yönünden, icrai davranışla ihmali davranış arasında bir ortaklık söz konusu değildir. Bu iki davranış biçimi arasındaki ortaklık; normatif sahada; yani, bu icrai veya ihmali davranışın davranış normlarından kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırılık ve dolayısıyla, bir haksızlık oluşturduğu konusunda vardır" İçel,Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, a. g. e., s. 61

¹⁴ Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki I, s. 376 vd.

¹⁵ Kunter, *Suçun Maddi Unsurları*, s. 54 vd.

ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde toprağa, suya veya havaya atmamaları istenmekte, bunun ötesinde onlara aktif bir davranışla yerine getirilebilecek bir yükümlülük yüklenmemektedir. Bunun sonucu olarak da, bu konuda pasif davranmayan ve atık ya da artıklarını maddede belirtilen şekilde toprağa, suya veya havaya atan kimse, icrai bir davranışla çevrenin kasten kirletilmesi suçunu işlemiş olacaktır. Dolayısıyla 5237 s. TCK m. 181’de öngörülen suç, hareketin şekli bakımından icrai suç niteliğini taşımaktadır.

bb. (Salt) İhmali Suçlar

Pasif, menfi bir hareketle işlenebilen, bir hareket emrinin ihlali şeklinde tecelli eden suçlar, ihmali suçlardır. (Salt) İhmali suçlarda ihmali hareket, kanunun özel kısmında suçun unsuru olarak belirlenmektedir.¹⁶ Bu tür suçlarda kanunkoyucu icrai suçlardan farklı olarak, bireylere belli koşullar dahilinde belli bir icrai davranışta bulunma ödevi yüklemekte, bu icrai davranışın yapılmaması şeklinde açığa çıkan ihmalî hareket nedeniyle de kişiyi cezalandırmaktadır. Örneğin bir ihmali suç olan 5237 s. TCK m.178’deki işaret ve engel koymama suçunun ihdasıyla kanunkoyucu bireylere, herkesin gelip geçtiği yerlerde yapılmakta olan işlerden veya bırakılan eşyadan doğan tehlikeyi önlemek için gerekli işaret veya engelleri koyma konusunda, ancak icrai bir davranışla yerine getirilebilecek bir yükümlülük yüklemekte ve bu icrai yükümlülüğün yerine getirilmemesini yani ihmali bir davranışı ceza yaptırımına bağlamaktadır.

5237 s. TCK’da ihmali suç olarak şu suçlar düzenleme altına alınmıştır: m. 98 -yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi-, m. 116 -konut dokunulmazlığının ihlali,¹⁷ m. 121-dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi,¹⁸ - m. 138-verileri yok etmeme,- m. 175-akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali,¹⁹ - m.

¹⁶ Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005, s. 197.

¹⁷ 5237 s. TCK m116: “Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine ...rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikayeti üzerine...cezalandırılır.”

¹⁸ 5237 s. TCK m. 121: “Kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesi halinde... fail hakkında..cezasına hükümlenir.”

¹⁹ 5237 s. TCK m. 175: “Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü,

176-inşaat ve yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama,- m. 177-hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması,²⁰- m. 178-işaret ve engel koymama,- m. 195-bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma,²¹ m. 233-aile hukukundan doğan yükümlülüğün ihlali,²²-m. 251-denetim görevinin ihmali,- m. 257-görevi kötüye kullanma,²³ m. 260-kamu görevinin terki veya yapılmaması,- m. 278-suçu bildirmeme,- m279-kamu görevlisinin suçu bildirmemesi,- m. 280-sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi,- m. 284-tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme, m. 321-savaş zamanında emirlere uymama,- m. 322-savaş zamanında yükümlülükler,²⁴- m324-seferberlikle ilgili görevin ihmali.-

(Salt) İhmali suçlar, *yasaklananın yapılması* şeklinde değil de *emredilenin yapılmaması* şeklinde ortaya çıktıklarından, oluşum biçimleri itibariyle icrai suçlardan ayrılır. Ayrıca belirtmek gerekir ki (salt) ihmali suçlara, icrai suçlardan farklı olarak teşebbüs mümkün değildir.²⁵ Öğretide bu durumun, ihmali suçların neticesi harekete bitişik suçlar olmasından kaynaklandığı ifade edilmiştir.²⁶ Buna göre ihmali suçlarda, hareket yapılır yapılmaz netice de kendiliğinden gerçekleşeceğine göre, hareketin yapılmasına rağmen neticenin meydana gelmemesini ifade eden teşebbüs durumunun bu suçlarda gözlemlenebilmesi mümkün değildir.

başkalarının hayatı, sağlığı, veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde *ihmal eden* kişi,...cezalandırılır.”

²⁰ 5237 s. TCK m. 177: “Gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde...bunların kontrol altına alınmasında *ihmal gösteren* kişi,...cezalandırılır.”

²¹ 5237 s. TCK m. 195: “Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere *uymayan* kişi,... cezalandırılır.”

²² 5237 s. TCK m. 233: “Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü *yerine getirmeyen* kişi, şikayet üzerine...cezalandırılır.”

²³ 5237 s. TCK m.257/f.2: “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmada *ihmal veya gecikme göstererek* kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan... kamu görevlisi...cezalandırılır.”

²⁴ 5237 s. TCK m. 322: “Savaş zamanında, Devletin silahlı kuvvetlerinin veya halkın ihtiyaçları için Devlet veya bir kamu kuruluşu veya kamu hizmetleri yapan veya kamu ihtiyaçlarını sağlayan bir kuruluş ile iş yapmak veya eşya vermek üzere yaptıkları sözleşmedeki yükümlülükleri kısmen veya tamamen *yerine getirmeyen* kimseye...cezası verilir.”

²⁵ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki I* , s. .377 vd, Kunter, *Suçun Maddi Unsurları*, s. 55.

²⁶ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki I* , s. .377, Kunter, *Suçun Maddi Unsurlar* , s. .55.

Kanımca ihmali suçların bu niteliği, bu suçların teşebbüse elverişli olmamasının tek nedeni değildir. Şöyle ki; teşebbüs kişinin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamasından sonra *elinde olmayan nedenlerle* tamamlayamaması olup, ihmali suçlarda fail dışında bir etkenin faildeki suçun tamamlanmasına yönelik iradeye rağmen devreye girerek suçun tamamlanmasına engel olması kural olarak mümkün bulunmamaktadır.

Örneğin görevini ihmal eden kamu görevlisi yerine bir arkadaşı, ihmal edilen kamu görevinin gereğini yerine getirirse suç yine tamamlanmış olacaktır; çünkü 5237 s. TCK m. 257/f.2 ile cezalandırılan, kamu görevinin yapılmaması değil, kamu görevlisinin görevini yapmamasıdır. Faildeki suçu tamamlamaya yönelik iradeye rağmen bir başka etmenin buna engel olabileceğini farzetsek dahi, bunun ceza hukuku anlamında bir değeri olmayacaktır. Örneğin görevini ihmal etme niyeti bulunan ve bu niyeti açığa çıkan kamu görevlisine âmiri tehditle görevini yaptırsa dahi, görevin ihmali suçuna teşebbüsten söz edilemeyecektir. Zira artık bu durumda kamu görevlisince görevin gereği yerine getirilmiştir ve bunun kamu görevlisinin istemiyle ya da istemi olmaksızın gerçekleşmiş olmasının ceza hukuku bakımından bir önemi yoktur.

Özetle, ihmali suçları icrai suçlardan farklı kılan çeşitli özellikler bulunmaktadır ve bunların başında suçun (maddi unsurun) oluşum biçimi ve teşebbüs gelmektedir.

cc. İhmal Suretiyle İcra Suçları

Öğretide “*ihmal suretiyle icra suçları*”,²⁷ “*ihmal suretiyle işlenen maddi suçlar*”,²⁸ “*olumsuz hareketli icabi suçlar*”,²⁹ “*görünüşte ihmali suçlar*”,³⁰

²⁷ Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki I*, s. 377, Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Ankara 2005, s. .85, Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Genel H. I*, 439, Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 197.

²⁸ Kunter, *Suçun Maddi Unsurlar*, s. .54.

²⁹ Faruk Erem, Danışman/Ahmet, Artuk/M. Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997, s. 257.

³⁰ İçel/Sokullu/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *a. g. e.*, s. 62, Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerh*, Ankara 2005, s. 236, Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 122, Özgenç/İzzet, Şahin/Cumhuriyet, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, Ankara 2001, s. 139.

“ihmal benzeri suçlar”³¹ gibi çeşitli şekillerde ifade edilen bu suçlar, esas olarak icraî nitelik taşıyan bir hareketle ihlal edilebilecek bir suç tipinin ihmalî bir hareketle ihlal edilmesi durumunda karşımıza çıkmaktadır. Konumuz olan “ihmal suretiyle kasten öldürme” suçu, ihmal suretiyle icra suçlarının tipik örneğini oluşturmaktadır. Gerçekten esas olarak bıçaklama, zehir verme, boğma, ateşli silahlarla vurma... vb gibi icraî bir hareketle işlenebilen adam öldürme suçunun, annenin çocuğuna süt vermemesi suretiyle³² yani ihmalî bir hareketle de işlenebilmesi mümkündür. İşte aslında bir icraî suç olan adam öldürmenin, ihmalî bir davranışla işlendiği bu gibi hallerde ihmal suretiyle icra suçunun varlığı söz konusu olmaktadır.

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nun “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabında 3 tane ihmal suretiyle icra suçu düzenleme altına alınmıştır. Bunlar: m. 83 -kasten öldürmenin ihmalî davranışla işlenmesi-, m. 88 -kasten yaralamanın ihmalî davranışla işlenmesi- ve m. 94 -işken-ce³³- suçlarıdır. Ancak bu suçlar kanunkoyucu tarafından açıkça düzenleme altına alınan ihmal suretiyle icra suçları olup, kanunda esas olarak icraî suç şeklinde düzenlenen bir suçun ihmalî bir hareketle işlenmesi şeklinde ortaya çıkabilecek ihmal suretiyle icra suçları da bulunmaktadır. Örnek vermek gerekirse; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ihmal suretiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ayrıca düzenlenmiştir. Ancak 5237 s. TCK m. 109’da bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmak cezalandırılmış olup, bu suçun ihmal suretiyle işlenmesi de mümkündür. Gerçekten yanlışlıkla kapıyı üzerine kilitlediği kimseyi durumun farkına vardıkdan sonra serbest bırakmayan ve bu suretle kurtarma yükümlülüğüne aykırı hareket eden, hatasını farketmediğinden itibaren kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu ihmalî bir hareketle işlemiş olacaktır.³⁴ Bu noktadan hareketle ihmal suretiyle icra suçlarını kanunda açıkça belirtilenlerle sınırlı kabul etmek yanlış olacaktır. Kanunda yer alan icraî suç tiplerinin ihmalî davranışlarla gerçekleştirilmesi suretiyle,

³¹ Centel, Zafer/Yenerer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna...*, s. 253.

³² Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2005, s. 111.

³³ 5237 s. TCK m. 94/f.5: “Bu suçun ihmalî davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılamaz.”

³⁴ Noll, Peter, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I. Delikte gegen den Einzelnen*, Zürich 1983, s. 77, Nakleden: Artuk, M. Emin/ Gökçen, Ahmet, Yenidünya/A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümle*, Ankara 2005, s. 122.

daha başka ihmal suretiyle icra suçlarının da söz konusu olabilmesi mümkündür.³⁵

Bu şekilde ihmal kavramının anlamı, ceza hukukundaki yeri, ihmalî suç ve ihmal suretiyle icra suçu kavramlarının üzerinde durduktan ve ihmal suretiyle kasten öldürme suçunun hareketin şekli bakımından kapsamında yer aldığı suç kategorisini tespit ettikten sonra, inceleme konumuz olan bu suçun eski ve yeni Türk ceza kanunlarında ne şekilde düzenlendiğini inceleyecek olursak:

C. 765 SAYILI TCK'DA İHMAL SURETİYLE KASTEN ÖLDÜRME SUÇU

Kasten adam öldürme suçu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabında, "*şahıslara karşı cürümler*" başlıklı dokuzuncu babın "*adam öldürmek cürümleri*" başlığını taşıyan birinci faslında, 448. maddede ve devamındaki maddelerde düzenlenmiştir. 448. maddede "*Her kim, bir kimseyi kasten öldürürse 24 seneden 30 seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur*" hükmü yer almış, ancak ne bu maddede ne de takip eden maddelerde öldürme eyleminin ihmalî bir davranışla gerçekleştirilmesi olasılığına değinilmemiştir. Bu durumda, hangi hareketi gerçekleştiren kimsenin *bir kimseyi öldürmüş* sayılacağı sorusuyla karşılaşılacaktır. Gerçekten de bir kimseyi tabanca ile vuran, zehirleyen ya da boğan ve bu şekilde mağdurun ölümüne sebebiyet veren kimsenin onu öldürmüş sayılacağı ve 765 s. TCK m. 448 uyarınca cezalandırılacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Peki ama aktif olarak hiç bir harekette bulunmayan bir kimsenin de bu suçun faili olarak kabul edilme olasılığı var mıdır?

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, adam öldürme cürmünün belirli şartlar dahilinde ihmalî bir hareketle de işlenebileceği konusunda öğretî görüş birliği içindeydi. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere suçun maddî unsurunun öğelerinden biri olan hareket, öğretilerde ihmalî de kapsamına alacak şekilde açıklanmaktaydı.³⁶ Bunun doğal sonucu olarak, ihmalî bir hareket de (örneğin itfaiye

³⁵ Bununla birlikte, kanunkoyucunun diğerlerinden ayrı olarak bu üç suçu kanunda özel olarak düzenlemiş olmasının eleştirisi için bkz., aşağıda F. Sonuç.

³⁶ Bkz., B,b)'deki hareket tanımları.

görevlisinin kurtarma operasyonu için gittikleri evde gördüğü hasmını kurtarmaması da), aynen tabancayla ateş etme gibi, kasten adam öldürme suçunun maddi unsurunun hareket ögesini oluşturmak bakımından elverişli sayılmaktaydı. Ancak ihmali hareket kavramının geniş kapsamı nedeniyle, ceza sorumluluğunun olması gerekenden fazla genişlemesi için, ihmal suretiyle kasten adam öldürme suçunun oluşması bazı koşulların varlığına bağlanmıştır. Bu bağlamda öğreti, aktif bir hareketten kaçınan ihmali davranış sahibi şahsın, meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için şu şartların varlığını aramaktaydı:

*i. Aktif bir müdahaleden kaçınan kimse, müdahale etmek hususunda hukukî bir yüküm altında bulunmalıdır.*³⁷ Bu yükümlülük kanundan, sair mevzuattan, sözleşmeden, failin daha önceki, yükümlülüğe aykırı tehlikeli davranışından doğabileceği gibi örf ve âdet hukukundan da kaynaklanabilir.³⁸ Buna göre, müdahalede bulunma imkanını kullanmak suretiyle, meydana gelen ölüm neticesine engel olabilecekken müdahalede bulunmayan kimse, ancak *müdahale etme hukuki yükümlülüğü* altındaysa adam öldürme suçundan ötürü sorumlu tutulabilecektir. Bunun dışında, müdahale etmeyi gerekli kılan ahlakî yükümlülükler, -koşulları varsa- diğer suçlardan dolayı sorumluluk doğuracak, fakat adam öldürme suçunun oluşumu bakımından bir rol oynamayacaktır. Örneğin yüzerken ayağına kramp giren B'nin ölümünü engellemek için plajda güneşlenmekte olan arkadaşı A'nın yapması gereken tek şey, cankurtaranı durumdan haberdar etmektir. Fakat A istifini bozamaz ve B ölür. Bu olayda A, her ne kadar 765 s. TCK m. 476 (yardım ve ihbar yükümlülüğünün ihmali suçu) uyarınca cezalandırılabilirse de,³⁹ B'nin ölümüne engel olma, B'yi kollama ve gözetme hukukî yükümlülüğü altında bulunmadığı için 765 s. TCK m. 448 çerçevesinde sorumlu tutulamayacaktır.

*ii. Aktif bir müdahaleden kaçınan kimse, neticeye engel olma imkan ve iktidarında bulunmalı,*⁴⁰ *neticeye engel olması kendisinden beklenebilmelidir.*⁴¹ Dolayısıyla boğulmakta olan oğlunun ölümünü engelleme konusunda

³⁷ Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (Kişilere...), İstanbul 2004, s. 17

³⁸ Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Genel H. I*, s. 440, ayrıca bkz., Öztürk/Erdem/Özbek, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 126.

³⁹ Dönmezer, *Kişilere...*, s. 18.

⁴⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Genel H. I*, s. 440.

⁴¹ Hakeri/İhmal, s. 248.

hukuken yükümlü olan baba,⁴² eğer kendisi de yüzme bilmiyor ve etrafta kimse olmadığından yardım çağırılmıyorsa, meydana gelen ölüm neticesi kendisine isnad edilemeyecektir. Çünkü böyle bir durumda babanın çocuğunun ölümünü engelleme imkan ve iktidarı bulunmamaktadır. Yine böbrek hastası olan çocuğunun ölümünü, kendi böbreğini çocuğuna bağışlamak suretiyle engellemeyen baba da (neticeyi önleme hukuki yükümlülüğü altında olmasına rağmen) 765 s. TCK m. 448 çerçevesinde sorumlu kabul edilemeyecektir.⁴³ Zira babadan, kendi böbreğinden fedakarlık etmek suretiyle oğlunun ölüm neticesini önlemesi beklenemez.

765 s. TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, adam öldürmenin ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebileceği hususunda öğretide var olan görüş birliğine rağmen, uygulamada bu konunun ele alındığı bir içtihadı rastlanmamaktadır. Gerçekten de Yargıtay, ihmal suretiyle kasten veya taksirle adam öldürmenin söz konusu olabileceği hallerde konuyu farklı bağlamlarda ele almış ve 765 s. TCK m. 448'in ihmali bir hareketle işlenebilir işlenemeyeceği sorununa değinmemiştir.⁴⁴ Örneğin, 07.06.1982 tarihli ve 4-215/271 sayılı CGK kararında Yargıtay, "müteveffayı muayene eden beoliye uzmanı nöbetçi tabip sanığın, hastadaki kan basıncının 12 olduğunu saptamasına rağmen, -iş ve gücüne engel olmaz ve 15 günde iyileşir- yolunda kesin rapor vererek hastaya gereken ilgiyi göstermediği" olayda, görevi ihmal suçunun oluştuğu sonucuna varmış,⁴⁵ olayı ihmal suretiyle taksirle öldürme suçu bakımından tartışmamıştır. Yine fazla dozda uyuşturucu alan mağdurun bu sebeple öldüğü bir olayda Yargıtay, mağdurun fazla dozda uyuşturucu almasına engel olmayan uyuşturucu satıcısının hareketini, bu hareketle ölüm neticesi arasında nedensellik bağlantısının kurulabilip kurulamayacağı sorunu çerçevesinde incelemiş ve ihmal suretiyle (kasten ya da taksirle) adam öldürme suçu üzerinde durmamıştır.⁴⁶ Askeri Yargıtay'ın konuya yak-

⁴² 743 s. Türk Kanun-u Medenisi m. 260: "Ana, baba ve çocuk, yekdiğerine karşı aile menfaatinin istilzam ettiği muavenet ve riayete mecburdur."

⁴³ Hakeri/İhmal, s. 248.

⁴⁴ Hakeri/İhmal, s. 168.

⁴⁵ Hakeri/İhmal, s. 153.

⁴⁶ "Failin hazırladığı uyuşturucu maddeyi kullanıcıya bizzat enjekte etmesi veya uyuşturucu maddeyi birer kullanımlık ölçekte hazırlayıp, bu durumu bilerek satması sonucu, kendisine uyuşturucu madde enjekte edilen veya bir ölçek uyuşturucu maddeyi kullanan kişinin sağlığının bozulması ya da ölüm arasında belirtilen anlamda nedensellik bağı vardır. Buna karşılık, 20 gram uyuşturucu madde satın

laşımı da Yargıtay'ın yaklaşımıyla paralellik arz etmektedir. Örneğin, (kasten ya da taksirle) ihmal suretiyle adam öldürme suçu çerçevesinde değerlendirilebilecek bir olayda Askeri Yargıtay, *"Ancak kollarına girilerek hastahaneden içeriye sokulacak kadar ağır hasta olan ve bir gün sonra da komaya girerek ölen askeri şahsı, beraberindeki vazifeli astsubayın da hastahaneye yatırılması ikazına rağmen –başkalarının sorumlu bulunduğu– hasta kabul tezkeresinin hatalı tanzim edildiğinden bahisle askeri hastahaneye kabul etmeyen nöbetçi tabibinin fiili, görevini ihmal vasfındadır."* diyerek, görevi ihmal suçundan hüküm kurmuştur.⁴⁷

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde, kanunda ihmal suretiyle adam öldürme suçunun açıkça düzenlenmemiş olması ve Yargıtay kararlarında bu konunun ele alınmaması sebebiyle öğreti, konuyu ihmal suretiyle öldürme suçuna ilişkin çok sayıda incelemenin ve içtihadın yer aldığı Alman hukukundaki gelişmeler doğrultusunda değerlendirmiştir.⁴⁸

Bununla birlikte Türk öğretisinde, kanunilik ilkesine tam anlamıyla uygunluğun sağlanması bakımından, hangi hallerde neticeyi önleme yükümlülüğü nedeniyle kişinin ihmal suretiyle adam öldürme suçundan sorumlu tutulacağına kanun tarafından açıkça düzenleme altına alınmasının zorunlu olduğu da vurgulanmıştır.⁴⁹

alan ve bunun 5 gramını bir doz olarak veya birer kullanımlık dozlardan ikisini birlikte kullanan kişinin sağlığının bozulması ya da ölmesi durumunda satıcının fiili ile sağlığın bozulması veya ölüm arasında değinilen biçimde nedensellik bağı yoktur." (10. CD, 10.12.1998, 10133/12221) Hakeri, Hakan, *Kasten Öldürme Suçları (Kasten Öldürme)*, Ankara 2006, s. 138.

⁴⁷ Hakeri/İhmal, s. 160, Failin daha önceden gerçekleştirdiği tehlikeli davranışının zararlı sonucunu bertaraf etmediği bir diğer olayda ise, Yargıtay yine suçun ihmali davranışla işlenmesi üzerinde durmamış ve taksirle (icraî) adam öldürmeden ceza vermiştir: "Samimi kabul edilen ve aksi kanıtlanmayan savunmasında sanık, ısınmak amacıyla fırın içerisinde oturmakta bulunan ölene –fırın kapısını kapatayım mı?– dedikten sonra onun olumlu cevabı üzerine fırın kapısını kapatmış, bu arada şeytanlık edip öleni korkutmak amacıyla çalıştırma ve stop düğmelerine basmış, öleden kan çıktığını görünce, girdiği psikolojik ortam içerisinde olay yerinden uzaklaşırken fırın kapısını açmayı düşünememiş, bu durumu ilk karşılaştığı kişilere de anlatmıştır. Ölümün havasızlıktan oluşması da bu durumu doğrulamıştır." (YCGK 09.04.1990, 1-60/108) Hakeri/İhmal, s. 168.

⁴⁸ Bkz., İçel/Sokullu/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a. g. e., s. 60 vd., ayrıca bkz., Hakeri/İhmal, s. 54 vd.

⁴⁹ İçel/Sokullu/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a. g. e., s. 63, Hakeri, İhmal, s. 196 vd.

D. 5237 SAYILI TCK m. 83: KASTEN ÖLDÜRMENİN İHMALİ DAVRANIŞLA İŞLENMESİ

a. Genel Olarak

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun aksine 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu, ihmal suretiyle kasten adam öldürme suçunu kanunda açıkça düzenleme yoluna gitmiştir. İhmal suretiyle kasten öldürme suçu, 5237 s. TCK'nun ikinci kitabının "kişilere karşı suçlar" başlıklı ikinci kısmında, "hayata karşı suçlar"ın düzenlendiği birinci bölümde, 83. maddede düzenlenmiştir. 5237 s. TCK m.83'e göre: "(1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

a) belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanunî düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması, gerekir.

(3) Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir"

5237 s. TCK'nun 83. maddesiyle kanunkoyucu, ihmali bir harekette bulunan kimsenin hangi hallerde meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabileceğine açıklık getirmiştir. Bu bağlamda, maddenin 1. fıkrası uyarınca, her türlü yükümlülük ihmali değil ancak icrai davranışa denk kabul edilebilen yükümlülük ihmali, ihmal suretiyle kasten öldürme suçunu oluşturacaktır. Yükümlülük ihmalinin hangi hallerde icraya denk sayılacağı ise 2. fıkrada düzenleme altına alınmıştır. 3. fıkrada da kasten öldürmeyi ihmali davranışla gerçekleştiren faile verilecek ceza⁵⁰ hüküm altına alınmıştır.

⁵⁰ Öğretide 83. maddenin bu haliyle ayrı bir suç olmayıp, kasten öldürme suçunun özel hafifletici nedenini oluşturduğu kanısında olan müellifler de bulunmaktadır. Bkz., Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2005, s. 35 Aksi görüşte, Soyaslan, a. g. e., s. 111.

5237 s. TCK'nda yer alan bu yeni düzenleme, kanunkoyucunun ihmal suretiyle adam öldürme suçunu düzenlerken 765 sayılı kanun zamanında öğretilde kabul gören görüşleri⁵¹ ve İspanyol Ceza Kanunu'nun 11. maddesini⁵² esas aldığı göstermektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanunkoyucu kasten yaralamanın ihmalî davranışla işlenmesini hükme bağladığı 88. maddede ayrıntılı bir düzenleme yapmak yerine, 83. maddeye atıf yapmakla yetinmiştir. Bu bakımdan ihmal suretiyle kasten öldürme için ifade edilecek koşullar, ihmal suretiyle kasten yaralamaya ilişkin 88. maddenin uygulanmasında da göz önünde bulundurulacaktır.⁵³

b. Benzer Suçlarla Karşılaştırılması

aa. 5237 s. TCK m. 98-Yardım ve Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi

5237 s. TCK m. 98 uyarınca *“(1) Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hâl ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”*

98. madde bireylere sosyal bir yükümlülük yüklemekte ve onlardan zor durumda olup kendini idare edemeyen kimselere yardım etmelerini

⁵¹ Bkz., yukarıda B, b).

⁵² İspanyol Ceza Kanunu'nun 11. maddesi şu hükmü içermektedir: “Bir neticenin meydana getirilmesiyle gerçekleşen cürümler ve kabahatler ancak, failin özel bir hukuki yükümlülüğü ihlal ederek neticeyi engellememesi ile ona sebebiyet vermesi kanundaki anlama uygun olarak eşit değerde öngörülmüşlerse, ihmal suretiyle işlendikleri kabul edilir. Bu maksatla ihmal ve icra şu şekilde eşit olarak öngörülür: a)Harekete geçmek için kanun veya sözleşme gereği özel bir yükümlülük varsa; b) İhmal eden, daha önceki bir icrai veya ihmali hareketiyle korunan hukuki değer bakımından bir risk meydana getirmiş ise.” Nakleden: Hakeri/İhmal, s. 49 , “...İspanyol Ceza Kanunu'nun 11.maddesinden alınan 83. maddeye...” Artuk, M. Emin, “YTCK'nun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler,” *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 3, S. 32, s. 2760.

⁵³ 5237 s. TCK m. 88 şu hükmü içermektedir: “Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilir. Bu hükmün uygulanmasında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin koşullar göz önünde bulundurulur.”

ya da en azından durumu ilgili makamlara bildirmelerini istemektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda 98. maddede yazılı suç, ihmali bir davranışla gerçekleştirilmiş olacaktır. Peki ama yolda gördüğü yaralı B'yi görmezlikten gelen ve durumu yetkili makamlara bildirmeyen A, A tarafından yardım edilseydi gerçekleşmeyecek olan B'nin ölüm neticesinden ne şekilde sorumlu tutulmalıdır?

Kanımca burada eğer 98. maddenin ikinci fıkrasında yazılı düzenleme olmasaydı, A'yı ihmal suretiyle adam öldürmeden yani 5237 s. TCK m. 83'ten sorumlu tutmamız gerekecekti. Zira 83. maddede aranan "eşdeğerlik" koşulu, 98. maddenin 1. fıkrasının A'yı yardım etme ya da bildirimde bulunma icrai davranışıyla yükümlü kılması suretiyle sağlanmış olacaktı. Çünkü 83. madde, kanundan kaynaklanan belirli bir icrai davranışın yerine getirilmesi yükümlülüğünü aramakta, bu konuda ceza kanunu ile diğer kanunlar arasında bir ayırım yapmamaktadır.⁵⁴ Ancak kanunkoyucu, ihmali davranış sebebiyle cezaî sorumluluğun çok fazla genişlemesini istememiş ve sadece m. 98'den kaynaklanan yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihmali halinde, failin adam öldürme suçunun cezasıyla değil de 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağını hükme bağlamıştır.

bb. 5237 s. TCK m. 257/2-Görevi İhmal

5237 s. TCK m. 257/2 şu hükmü içermektedir: "*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevlerinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine...neden olan...kamu görevlisi...cezalandırılır.*"

Polis, itfaiye görevlisi, doktor, hemşire... v.b gibi kamu görevlileri, kanun veya bir sözleşme uyarınca insanların hayatlarıyla ilgili olarak çeşitli davranışlarda bulunma yükümü yüklenen kimselerdir. Bunların bu davranış yükümlülüklerinin gereğini yerine getirmemeleri ve bu suretle bir kimsenin ölümüne neden olmaları durumunda hem 5237 s. TCK m. 83'te hem de 5237 s. TCK m. 257/f. 2'de düzenleme altına alınan suç gerçekleşmiş olacaktır. Ancak 257. maddenin 2. fıkrasında belirtildiği üzere, m. 257/f.2 ancak görevi ihmal teşkil eden davranışın başka bir suç oluşturmadığı hallerde uygulanacağından, bu durumda-

⁵⁴ Aksi görüşte Hakeri/İhmal, s. 107, 108.

ki bir kamu görevlisinin görevi ihmal suçundan değil, ihmal suretiyle adam öldürme suçundan cezalandırılması gerekecektir.

c. Korunan Hukuki Yarar

5237 s. TCK'nun 83. maddesiyle korunan hukuki yarar, aynı kanunun 81.maddesiyle yani (icraî davranışla) kasten öldürme suçuyla korunan hukuki yararlarla aynıdır. Her iki suçta da korunan hukuki yarar yaşam hakkıdır.⁵⁵ Bu anlamda 5237 s. TCK m. 81 ve 83, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. ve Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'nun 2. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkını hukuka aykırı müdahalelerden korumayı amaçlamaktadır. Yaşam hakkı, bireylerin ceza kanunları tarafından korunan diğer hak ve özgürlüklerinin kendisine bağlı olduğu en temel, birincil insan hakkıdır. Bu bakımdan kanunkoyucu, diğer hukuki yararları koruyan suçlara nazaran yaşam hakkını koruyan bu suçlara öncelik tanıyarak, bu suçları ikinci kitabın hemen başında, uluslararası suçların akabinde düzenlemiştir.

d. Suçun Faili

İhmal suretiyle kasten öldürme suçu bir özgü (mahsus) suç olup, bu suç herkes tarafından değil ancak kanunda ifade edilen belirli kişiler tarafından işlenebilecektir. Buna göre bu suçun faili "*belli bir davranışta bulunmak hususunda kanunî düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğü bulunan ya da önceden gerçekleştirdiği davranışı başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturan kimse*" olabilir. İhmalin yapılması gerekenin yapılmaması şeklindeki tanımını da göz önünde bulundurarak, bu suçun failini kısaca ölüm neticesini önleme hukuki yükümlülüğü bulunan kimse⁵⁶ şeklinde ifade edebiliriz.

5237 s. TCK m. 83/f. 2'den hareketle kimlerin "*ölüm neticesini önleme hukuki yükümlülüğü altında bulunan kimse*" sayılabileceğinin, yani

⁵⁵ Dönmezer, *Kişilere...*, s. 10.

⁵⁶ Öğretide ölüm neticesini önleme hukuki yükümlülüğü altında bulunan kimseyi daha kısa bir kavramla "*garantör*" şeklinde isimlendiren müellifler bulunmaktadır. Hakeri, *Kasten Öldürme*, s. 76 vd, Koca, Mahmut, *Türk Ceza Yasası Özel Hükümler (YTCK)*, İstanbul 2005, s. 19.

kimlerin bu suçun faili kabul edilebileceğinin tespitinde şu kategoriler göz önünde bulundurulmalıdır:

aa. Kişinin Belli Bir İcrai Davranışta Bulunmak (ve Bu Şekilde Ölüm Neticesini Engellemek) Hususunda Kanundan Kaynaklanan Bir Yükümlülüğünün Bulunması

Buna göre eğer bir kanun hükmü bir kimseye aktif olarak belirli bir davranışta bulunma ödevi yüklemesine rağmen, kişi bu ödevi yerine getirmiyor ve kişinin bu ihmali sonucunda ölüm neticesi meydana geliyorsa, bu kişi ihmal suretiyle adam öldürme suçunun faili olarak 5237 s. TCK m. 83 uyarınca cezalandırılacaktır. Kimlerin bu kategori kapsamında ihmal suretiyle adam öldürme suçunun faili olabileceğinin sınırlayıcı bir şekilde belirtilebilmesi olanaklı değildir. Ancak kanundan doğan icrai davranışta bulunma yükümüne ve bu suçun muhtemel faillerine şu örnekler verilebilir:

aaa. Anne ve baba, çocukları bakımından muhtemel ölüm neticesini önlemekle hukuken yükümlüdürler. Çünkü bu, aile hukukuna ilişkin olarak Medeni Kanun tarafından öngörülen mükellefiyetler arasındadır. Bu anlamda eşler birlikte, çocukların bakım ve eğitimine ve onların gözetimine özen gösterme yükümlülüğü altındadırlar.⁵⁷ Gerçekten de 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 322. maddesi uyarınca "*Ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek...le yükümlüdürler.*" Yine aynı kanunun 185. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "*Eşler,... çocuklarının bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler.*" İşte bu yükümlülük sebebiyledir ki yeni doğan çocuklarından maddi sıkıntıları sebebiyle kurtulmak isteyen anne ve baba, ona gıda vermezler ve bu sebeple çocuğun ölümüne neden olurlarsa ihmal suretiyle kasten öldürme suçunun faili olacaktadırlar.

bbb. Çocuk da, anne ve babası bakımından muhtemel ölüm neticesini önlemek hususunda hukuki bir yükümlülük altındadır. Bu yükümlülüğün kaynağı, yukarıda ifade ettiğimiz Türk Medeni Kanunu'nun 322. maddesidir. Dolayısıyla yoldan geçmekte olan O, yerde yaralı olarak yatan B'nin babası olduğunu anlasa ve bir an önce mirastan yararlanmak amacıyla yardım etmese, B'nin ölümü halinde 5237 s. TCK m. 83 çerçevesinde sorumlu kabul edilecektir.

⁵⁷ Öztan, Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Ankara 2002, s. 393.

ccc. Eşler birbirlerine karşı bu suçun faili olabilirler. Zira Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesinin 3. fıkrası uyarınca; *"Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar."* Buna göre örneğin A, hiç sevmediği kocası B'nin geceleyin aniden rahatsızlanması durumunda yardım etmeyip doktor çağırılmazsa, kendisine TMK m. 185/f. 3 tarafından yüklenen yükümlülüğü yerine getirmediği için kocası B'yi ihmal suretiyle kasten öldürmüş sayılacaktır.

ddd. Altsoy ve üstsoy ile kardeşler de birbirlerine karşı ihmal suretiyle kasten öldürme suçunu işleyebilirler. Bu sonuç, TMK m. 364'ten çıkarılabilecektir. Maddeye göre; *"Herkes yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoy ve altsoy ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür."* Her ne kadar maddede altsoy ve üstsoy ile kardeşlerin birbirlerine karşı maddi yardım mükellefiyetlerinden söz edilse de; altsoy, üstsoy ve kardeşlere birbirlerinin yoksulluğa düşmelerini engelleme yükümlülüğü getiren kanunkoyucunun, onları birbirlerinin ölmesine engel olma yükümünden muaf tuttuğu söylenemez.⁵⁸ Bu bağlamda babasının ve annesinin sürekli küçük kardeşi A'yla daha fazla ilgilenmelerinden ötürü onu kıskanan ağabeyi B, birlikte karşıdan karşıya geçmekte iken gelen arabayı farkedip kardeşinin elini bıraksa ve onu yol ortasında terketse, araba çarpması sonucu kardeşi B'nin ölmesinden 5237 s. TCK m. 83 uyarınca sorumlu tutulacaktır.

eee. Polisler de 5237 s. TCK m. 83'te öngörülen suçun faili olabilirler. Zira 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 2.maddesi uyarınca polis, halkın ırz, can ve malını koruma ve kamunun istirahatini sağlamakla yükümlüdür.⁵⁹ Buna göre kanundan kaynaklanan bu yükümlülüğünün gereğini yerine getirmeyen polis memuru, ihmal suretiyle adam öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır. Örneğin bir futbol maçı esnasında statta güvenliği sağlamak için bulunan polis memurlarından A, maç sonrası stadın çıkış kapısında yaşanan izdihamda ezilen kişinin düşmanı B olduğunu görür ve imkanı olduğu halde bilerek müdahaleden kaçınır. İşte bu durumda A, ihmal suretiyle kasten adam öldürme suçunun failidir.

Aynı yükümlülük 2803 sayılı Jandarma Teşkilâtı Kanunu uyarınca jandarmalar açısından da söz konusudur.⁶⁰

⁵⁸ Aynı yönde Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku (Sorularla)*, Ankara 2005, s. 156.

⁵⁹ Centel, Nur, Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2005, s. 113 vd.

⁶⁰ Centel, Zafer, *a. g. e.*, s. 113

fff. Doktorlar da 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun hükümleri uyarınca görevleri dahilindeki muhtemel ölüm neticelerini engelleme yükümü altındadırlar.⁶¹ Aynı yükümlülük, acele hallerde (kanundan doğan bir yükümlülük olarak) özel hastahanelerde görevli olan doktorlar bakımından da geçerlidir. Çünkü 24.05.1933 gün ve 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 32. maddesinin 2. cümlesi uyarınca; *"Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir."*

Örneğin bir trafik kazası sonrasında ağır yaralı olarak bir özel hastahaneye getirilen B'nin hiç bir gelirin ve sosyal güvencesinin olmadığına anlaşılması üzerine, hastahane nöbetçi doktor olan A muhtemel ölüm neticesini umursamayarak B'ye müdahaleden kaçınsa, ihmal suretiyle olası kasıtlı adam öldürme suçunu işlemiş olacaktır.

ggg. İşverenler de ihmal suretiyle adam öldürme suçundan sorumluluklarına neden olabilecek kanuni bir yüküm altındadırlar. Gerçekten 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesinin 1. fıkrası uyarınca işverenler, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmakla yükümlüdürler. Yine aynı kanunun 80. maddesine göre işverenler, iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olarak verilen kararları uygulamak durumundadırlar.⁶²

Buna binaen, işyerinde görevli iş sağlığı ve güvenliği kurulunun mükerrer ikazlarına rağmen gerekli tedbirleri almayan ve işçilerin muhtemel ölüm neticelerini umursamayan işveren A, bu tedbirlerin alınmaması dolayısıyla meydana gelen işçi ölümlerinden, ihmal suretiyle (olası kastla) adam öldürme suçunun faili olarak sorumlu olacaktır.

hhh. Hayvan sahipleri de hayvanlarının başka kimselere verebileceği zararları engelleme konusunda ihmal gösterirler ve bunun sonucunda bir ölüm vuku bulursa 5237 s. TCK m. 83 çerçevesinde sorumlu kabul

⁶¹ Detaylı bilgi için, Hakeri, *Kasten Öldürme*, s. 117 vd. Ayrıca bkz., Tümer, Ali Rıza, "Hekimlerin Cezai Sorumlulukları ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Hekimlere Getirdikleri Yükümlülükler", www.medinfo.hacettepe.edu.tr/tebad/dergi/doc/2005_1/03-08.doc, erişim tarihi: 23.01.2006

⁶² Çelik, Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul 2004, s. 153 vd.

edilebileceklerdir. Zira Borçlar Kanunu m. 56⁶³ ve 5237 s. TCK m. 177⁶⁴ hayvan idare edenlere bu konuda bir yükümlülük atfetmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, sorumluluğun hayvanın sahibine değil, onu idare edene, onu gözetmekle yükümlü olana ait olduğudur. Örneğin hayvanat bahçesindeki kaplanın terbiyecisi olan A, biraz önce tartıştığı temizlik görevlisi B'nin kaplanın kafesini temizlemesi sırasında kaplanı kontrol altında tutmasa ve B kaplanın saldırısı sonucunda ölse, A'nın ihmal suretiyle adam öldürme suçundan cezalandırılması gerekecektir.

Bu sayılanlara ek olarak, 5237 s. TCK m. 176'dan hareketle *"inşaat alanlarının güvenlik altına alınmamasından doğan sorumluluk,"* 5237 s. TCK m.179/f. 2'den ve Karayolları Trafik Kanunu'ndan hareketle *"araç sürücüsünün ve araç işletenin sorumluluğu,"* TMK m.730'dan hareketle *"taşınmaz malikinin sorumluluğu"* da, ölüm neticesini önleme konusunda kanundan kaynaklanan yükümlülükler örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca tekrar ifade etmek gerekirse, kanundan kaynaklanan bir icrai davranışta bulunma ödevinin yerine getirilmemesi sebebiyle 5237 s. TCK'nun 83. maddesindeki suçun oluşumuna sebebiyet veren haller burada belirtilenlerle sınırlı değildir. Herhangi bir yasa hükmünce bir kimseye yöneltilen herhangi bir davranış emri yerine getirilmiyor ve bunun sonucu olarak bir kimse ölüyorsa, bu emri savsaklayan kişi ihmal suretiyle adam öldürme suçunun faili addedilecektir.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus, bir kimsenin kanun değil de diğer bir normatif kaynaktan, örneğin bir tüzükten ya da yönetmelikten kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal ederek bir ölüme sebebiyet vermesinin de 83. madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Her ne kadar kanunun lâfzında açıkça *"kanuni düzenlemelerden kaynaklanan bir yükümlülük"*ten söz edilse de, idarenin daha önce kanunla düzenlenmemiş bir alanda ilk elden bir düzenleyici işlem ihdas etmesinin mümkün olmadığı⁶⁵ göz önünde bulundurulduğunda, madde metnindeki ifadenin idari nitelikli düzenleyici işlemleri de kapsamına aldığı ileri sürülebilecektir. Bununla birlikte madde metninde bu hususun açıklığa kavuşturulması ve eğer idarenin düzenleyici

⁶³ BK m. 56: "Bir hayvan tarafından yapılan zararı o hayvan kimin idaresinde ise o kimse ... tazmine mecburdur."

⁶⁴ 5237 s. TCK m. 177: "Gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakmak veya bunların kontrol altına alınmasında ihmal gösteren kişi ... cezalandırılır."

⁶⁵ Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara 2002, s. 195 vd.

işlemlerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi isteniyorsa, madde metninde -kanun- yerine -mevzuat- ifadesine yer verilmesi, kanun yapma tekniği açısından daha isabetli olurdu.⁶⁶

bb. Kişinin Belli Bir İcrai Davranışta Bulunmak (ve Bu Şekilde Ölüm Neticesini Engellemek) Hususunda Sözleşmeden Kaynaklanan Bir Yükümlülüğünün Bulunması

Bir kimsenin, belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması ve bu yükümlülüğe aykırı davranışının bir başka kimsenin ölüm neticesini meydana getirmeye elverişli olması halinde, bu kimse de inceleme konumuz suç bakımından fail olabilecektir. Burada sözleşme kavramıyla neyin kastedildiği konusunda, konuya ilişkin özel hukuk hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekir. Buna göre sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan etmeleriyle meydana gelen hukuki işlem olup, geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir.⁶⁷ Yine taraflar karşılıklı ve birbirine uygun rızalarını açıkça ifade edebilecekleri gibi zımnî olarak da belirtebilirler. Dolayısıyla açıkça belli bir husus üzerinde anlaşma olmaksızın, bir işin fiilen üstlenilmesi ve karşı tarafın buna müsaade etmesi durumunda da, fiilen üstlenen kimse sözleşmeden kaynaklanan yükümlülük sebebiyle m. 83 kapsamında sorumlu tutulabilecektir.⁶⁸

Her ne kadar sözleşme kavramının açığa kavuşturulmasında özel hukuk hükümleri dikkate alınsa da, bunun bir kamu hukuku disiplini olan ceza hukuku ile özel hukuk arasındaki farklılıkların göz ardı edilmesi suretiyle yapılması düşünülemez.

Örneğin; bir ailenin çocuğuna bakmak için anne ve babayla bakıcılık sözleşmesi yapan kişi 17 yaşında olsa da, bu sözleşmenin gereklerini yerine getirmeyerek çocukla ilgilenmemesi ve bu suretle çocuğun ölümüne sebebiyet vermesi durumunda ihmal suretiyle adam öldürme

⁶⁶ Ancak Kanun Hükmünde Kararnemeler tarafından öngörülen yükümlülüklerin 83. madde kapsamında yer aldığı konusunda tereddüt edilmemesi gerekir, kanısındayım.

⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz., Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2005, s. 56 vd.

⁶⁸ Ayrıca belirtmek gerekir ki, sözleşmenin mutlaka bir ivaz karşılığı yapılmış olması da zorunlu değildir.

suçundan sorumlu tutulabilecektir. Burada her ne kadar sınırlı ehliyetsiz olan bakıcının, velisinin izin veya icazeti olmaksızın geçerli olarak böyle bir sözleşme yapmasının hukuken mümkün olmadığı ileri sürülebilirse de; 17 yaşında olması, onun ceza hukuku bakımından ehliyetli sayılmasına engel olmayacaktır. Sadece 5237 s. TCK m. 31 uyarınca, ihmal suretiyle adam öldürme suçundan verilecek cezada indirimine gidilmesi gerekecektir.

Ölüm neticesini önleme konusunda sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler şu örnekler verilebilir:

- A, kalmakta olduğu otelin havuzunda yüzmekte iken tansiyonu yükselir ve hareketsiz kalarak batmaya başlar. Bu durumun farkına varan otelin cankurtaranı B, önceki gün kendisini azarladığı gerekçesiyle A'yı kurtarmaz ve A ölür. Bu durumda B, ihmal suretiyle kasten adam öldürme suçunu işlemiş olacaktır. Çünkü otel ile A arasında yapılan sözleşme ve B ile otel arasında akdedilen iş sözleşmesi uyarınca; B, A'nın boğulması durumunda ona yardım etmek hususunda sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük altındadır.

- Çok zengin ve fakat yaşlı ve kimsesi olmayan Y, oturduğu evi ona vasiyet etmesinin karşılığında, ölünceye kadar kendisine bakması için komşusu K ile anlaşır.⁶⁹ Ancak K, Y'nin evine bir an önce sahip olmak arzusuyla, belli bir süre sonra Y ile ilgilenmemeye başlar ve Y, K tarafından ilaçlarının kendisine zamanında verilmemesi sebebiyle ölür. Bu olayda K, ihmal suretiyle kasten Y'yi öldürmüştür ve 83. madde uyarınca cezalandırılması gerekecektir.

- Komşusunun ricası üzerine onun çocuğuna bir kaç saat bakmayı taahhüt eden T, son derece haylaz olan Ç'nin vazosunu kırmasına çok sinirlenir ve onunla ilgilenmemeye başlar. Balkona çıkan Ç'nin aşağıya düşebileceğini öngören T, bu neticeyi umursamaz ve aşağı düşen Ç ölür. Bu durumda T, ihmal suretiyle olası kastla adam öldürme suçunu işlemiş sayılacaktır.

- Doktorların kanundan kaynaklanan yükümlülüklerinin dışında kalan hallerde hastaları ile ilgilenmemeleri ve ölüm neticesine sebebiyet vermeleri halinde, 5237 s. TCK m. 83'ten sorumluluklarını gerektiren

⁶⁹ BK m.511-519'da öngörülen bu sözleşme türü için bkz., Yavuz, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, İstanbul 2001, s. 521 vd.

sebeplere, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri olacaktır.⁷⁰

Öğretide, ölüm neticesini engelleme yükümlülüğünün, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün fiilen üstlenilmesiyle başlayacağı ifade edilmiştir. Buna göre bakıcının çocuk açısından yükümlülüğü, söz verilen tarihte değil de bilfiil çocuğun bakımının üstlenildiği tarihte başlayacaktır. Buna gerekçe olarak da, bakıcının işe başlamadığı süreç içerisinde anne ve babanın çocuğun gözetimini başka suretle temin edecekleri hususu gösterilmiştir. Ancak bu düşünce, bu konuda bir genelleme yapılamayacağı ve her somut olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zira yapılan sözleşmeye güvenen kimselerin bu nedenle başka koruma önlemlerini devreden çıkartabilmeleri de mümkündür.⁷¹

Son olarak belirtmek gerekir ki, yükümlülük kaynağı olan sözleşmeden, ölüm neticesi bakımından illî bir değer taşımamak şartıyla her zaman dönülebilmesi mümkündür. Bu sebeple kişiye özel hukuk hükümlerince uygulanabilecek yaptırımlar, kişinin 83. madde uyarınca da cezalandırılmasını gerektirmeyecektir. Örneğin B ile, onu sürat teknesiyle bir buçuk saat gezdirmek konusunda anlaşan A, bir saat sonra kıyıya çıkarak sözleşmeden döndüğünü belirtse, özel hukuk hükümlerince maruz kalacağı yaptırımlar 83. maddenin uygulanması bakımından bir önem taşımayacaktır. Ancak A'nın denizin ortasında bu sözleşmeden vazgeçmesi, B'yi kıyıya götürmeyi reddedip balık tutmaya başlaması ve uzun süre denizde kalmaya alışık olmayan B'nin başının dönmesi sebebiyle denize düşüp boğulması ihtimalinde A, sorumluluktan kurtulmak için sözleşmeden döndüğünü ileri süremeyecektir. Bu bakımdan sözleşmeden dönme iddiasının 5237 s. TCK m. 83'ten kaynaklanan sorumluluğa etkisi bakımından, her somut olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir.

cc. Kişinin Önceden Gerçekleştirdiği Davranışın Başkalarının Hayatı İle İlgili Olarak Tehlikeli Bir Durum Oluşturması

İhmal suretiyle adam öldürme suçundan sorumluluğu gerektiren hallerden üçüncüsü, kişinin daha önce gerçekleştirdiği tehlikeli bir

⁷⁰ Hakeri, *Sorularla...*, s. 157

⁷¹ Hakeri, Hakan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İhmalî Suçlar," *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl 2, S. 5, s. 135, 136

davranışından ötürü ölüm neticesini engellemekle yükümlü olmasıdır. Kanun bu durumda faile, yaptığı hareketin daha ağır neticeler doğurmasını engelleme yükümlülüğü getirmiştir.⁷² Öğretide *öngelen tehlikeli eylem* şeklinde isimlendirilen⁷³ bu önceki hareketin, ölüm neticesinin gerçekleşmesi bakımından nedensel bir değer taşıması ve kasıtlı bir hareket olmaması gerekmektedir. Zira burada kanunkoyucu, kastı olmaksızın ölüm neticesinin nedensel serisini başlatan faile bu seriyi kesme yükümü yüklemiştir. Eğer failin eylemi tehlikeli olmakla birlikte ölüm neticesini meydana getirmeye elverişli değilse, bu durumda failin ihmali ile ölüm neticesi arasında illiyet bağı bulunmadığından (daha sade bir ifadeyle mağdur bir başka nedenle ölmüş olacağından) m. 83'ün uygulanması söz konusu olmayacaktır. Yine failin önceki tehlikeli davranışını kasten icra etmesi halinde icra suretiyle kasten öldürme suçundan sorumluluğu doğacak, bu durumdaki failin önceki eyleminin sonuçlarını bertaraf etmeye çalışması durumunda da gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Kişinin önceden gerçekleştirdiği davranışının zararlı sonuçlarını gidermemesi sebebiyle meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulacağı hallere şu örnekler verilebilir:

- Polis memuru P silahını temizlerken silahı ateş alır ve silahtan çıkan kurşun arkadaşı A'ya isabet eder. P, zaten borçlu olduğu ve kendisini bu yüzden sürekli sıkıştırmakta olan A'ya yardım etmez ve A ölür. Bu durumda, önceki tehlikeli davranışından doğan zararlı durumu bilerek ortadan kaldırmayan P taksirle değil, ihmal suretiyle kasten adam öldürmeden dolayı sorumlu tutulacaktır.

- Bir siyasi partinin fanatik taraftarı olan B, otomobiliyle çarptığı kimsenin rakip partinin önde gelen yöneticilerinden biri olduğunu anlar ve onun ölebilecek durumda olmasını umursamaz. Bu durumda B, ihmal suretiyle olası kastla adam öldürmeden dolayı sorumlu tutulacaktır.⁷⁴

⁷² Soyaslan, *a. g. e.*, s. 113

⁷³ Koca, *a. g. e.*, s. 20, Hakeri, *İhmal*, s. 161 vd., Hakeri, *Kasten Öldürme*, s. 122

⁷⁴ "...öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlük, özellikle trafik kazası sonucu bir kimseye çarpan sürücülerin, mağdurun ölümü halinde normalde taksirle öldürmeden sorumlu olacakken, kasten adam öldürmeden dolayı sorumlu tutulmalarına neden olabilir. Gerçekten de öngelen tehlikeli eylemin taksirli olduğu hallerde, bunu takip eden neticeyi önlememe hareketinin kasti olması durumunda, öngelen eylemden doğan garantörlüğün büyük bir pratik önemi söz konusu olmaktadır..." Hakeri, *Kasten Öldürme*, s. 127

- Tatil için gittiği otelde kendisiyle sürekli alay eden arkadaşı B'yi gece vakti havuzun kenarında dolaşırken gören A, ona bir ders vermek ister ve ıslanması amacıyla arkasından yavaşça yaklaşarak B'yi havuza iter. Daha sonra B'nin yüzme bilmediğinin farkına varan A, onu kurtarıp kurtarmamakta tereddüt eder ve B'nin kendisiyle sürekli alay ettiğini anımsayarak onu kurtarmaktan vazgeçer. Bu durumda A ihmal suretiyle B'yi kasten öldürmekten sorumludur.

- Motosiklet sürücüsü olan A, B'nin dikkatsizce yola çıkması üzerine, ona çarpmamak için direksiyonu kırar ve yoldan çıkarak devrilir.⁷⁵ B, A'nın durumunu ve ölebilecek konumda olmasını umursamaz. Zamanında hastaneye kaldırılmayan A ölür. Bu durumda B, ihmal suretiyle öldürme suçunu olası kastla işlemiştir.⁷⁶

- Son derece etkili ve drajeye benzer şekilde olan ilaçlarını kutusundan çıkararak salondaki masanın üzerine bırakan A, evi sürekli kirletmesi ve ortak giderlere katılmaması sebebiyle kızdığı ev arkadaşı B'nin ilaçları şeker sanarak yemeye başladığını görür ve o andaki hid-detisi sebebiyle B'yi uyarır. Aldığı ilaçların etkisiyle B ölür. Bu olayda A (doğrudan veya olası kastı sebebiyle) 5237 s. TCK m. 83 uyarınca cezalandırılacaktır.

Kanımca, -5237 s. TCK m. 83'ten doğan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için failin eyleminin hukuka aykırı olması gerekir- şeklinde bir genelleme yapılamaz.⁷⁷ Zira kanunkoyucu, "kişinin önceden gerçekleştirdiği hukuka aykırı davranıştan" değil, sadece davranıştan söz etmektedir. Eğer m. 83 madde çerçevesinde kişinin sorumlu tutulabilmesi için önceki eyleminin hukuka aykırı olması şeklinde ek bir koşul aranacak olursa, yukarıda verilen son örnekte, ev arkadaşı B'nin ilaçları draje sanarak yemesine engel olmayan A'nın ihmal suretiyle kasten öldürme suçundan sorumlu tutulabilmesi mümkün olmayacaktır. Böyle bir sonucun ise, 5237 s. TCK m. 83'ün hem lâfzıyla hem de ruhuyla çelişki arz ettiği açık bulunmaktadır. Bununla birlikte meşru müdafaada bulunan, bu anlamda önceki eylemi 5237 s. TCK m 25/1 tarafından verilen iznin kapsamında kalan kimsenin, tehlike geçmesine rağmen yaraladığı saldırganı yardım etmemesi ya da durumu yetkililere bildirmemesi halinde

⁷⁵ Hakeri, *Sorularla...*, s. 158.

⁷⁶ Daha fazla örnek için bkz., Hakeri, *Kasten Öldürme*, s. 122 vd.

⁷⁷ Aksi yönde, Hakeri, *Kasten Öldürme*, s. 134.

83. maddeden değil yardımın ihmali suçundan (TCK m. 98) sorumlu tutulması gerekir. Zira burada fail önceki davranışını (yani kendisine vaki saldırıyı defetmek amacıyla saldırganı yaralamayı), kendi hayatını korumak için buna mecbur olmasından ötürü yapmıştır.⁷⁸ Burada, failin saldırganı yaralamasından sonra, tehlikenin geçmesi üzerine ona yardım etmemesinin cezalandırılmayacağını savunmak ise ancak vicdani gerekçelerle izah edilebilecektir, hukuki gerekçelerle buna olanak bulunmamaktadır.

e. Suçun Mağduru

Adam öldürme suçunun mağduru, suçun icraî veya ihmali bir davranışla işlenmesine göre değişiklik göstermemektedir. Bu bakımdan ihmal suretiyle kasten öldürme suçunun mağduru, (icra suretiyle) kasten öldürme suçunda (5237 s.TCK m. 81) olduğu gibi *hayat sahibi insandır*. Dolayısıyla insan dışında bir nesneyi yahut bir cesedi konu edinen eylemler, ne icra ne de ihmal suretiyle adam öldürme suçunun maddi konusunu oluşturamayacaktır.⁷⁹ Yine ana rahminde bulunan cennine yönelik eylemler, adam öldürme suçları yerine çocuk düşürtme ve düşürme suçları kapsamında incelenecektir. Ayrıca adam öldürmeden söz edilebilmesi için çocuğun sağ ve tam olarak doğması gerekmektedir. Zira TMK m. 28 uyarınca kişilik bu anda başlayacak ve ihlal edilebilecek bir yaşam hakkından ilk defa bu anda söz edilebilecektir. Bu bağlamda çocuğun tam ve sağ olarak anne karnından çıkarılmasından sonra muayenehaneyi terkeden ve yeni doğan çocuğun ölümüne sebebiyet veren doktor, 5237 s. TCK m. 83 çerçevesinde sorumlu tutulabilecektir.

f. Suçun Maddi Unsuru

İhmal suretiyle adam öldürme suçunun maddi unsurunun hareket ögesi, bu suça özgü faillik niteliğini taşıyan kimsenin “yükümlü olduğu

⁷⁸ Dolayısıyla bu durumda fail, *ultra posse nemo obligatur* –kimse imkan dışında mecbur tutulamaz– ilkesi uyarınca 83. maddeden sorumlu tutulamayacaktır. Zira 83. madde uyarınca söz konusu olan sorumluluğun temelinde, failin önceki tehlikeli eylemi yatmaktadır. Burada ise önceki tehlikeli eylem, fail için bir zorunluluktur. Oysa yardımın ihmali suçundan kişinin sorumlu tutulabilmesi bakımından failin önceki davranışı değil, salt yardımda bulunmaması dikkate alınmaktadır.

⁷⁹ Dönmezer, *Kişilere...*, s. 12.

belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi," yani ihmal etmesidir. Aktif bir davranışta bulunma yükümü altında olan fail, bu davranışı gerçekleştirme hareketiyle 5237 s.TCK m. 83'te düzenlenen suçun maddi unsurunun oluşumuna sebebiyet verebilir. Hatta failin yükümlü olduğu davranışı gerçekleştirme hareketi bu suç bakımından o kadar önemlidir ki, suç ismini maddi unsurun bu hareket ögesinden almaktadır.

İhmal suretiyle adam öldürme suçunun maddi unsurunun netice ögesi ise ölümdür. Ölüm, günümüzde kabul gören görüşe göre, beynin geri dönülemez şekilde fonksiyonlarını tamamen yitirmesidir.⁸⁰

Bu suçun maddi unsurunun üçüncü ögesi ise, yükümlü olunan davranışın yapılmaması şeklindeki hareket ile ölüm neticesi arasında bulunması gereken sebep sonuç ilişkisidir. Ölüm neticesi ile davranış ihmali arasında nedensellik bağlantısı yoksa yani ölüm, yükümlü olunan davranışın ihmalinden kaynaklanmamışsa 83. maddeden sorumluluk da gündeme gelmeyecektir. Bu bağlamda eğer failin ihmali olmasaydı yani fail yükümlü olduğu belli bir davranışı gerçekleştirseydi ölüm neticesi meydana gelmeyecekti diyebiliyorsak ve failin ihmali, objektif olarak ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişli ise, failin ihmali hareketi ile netice arasında nedensellik bağlantısı kurulabilecektir. Bu bakımdan öğretide (özellikle mukayeseli hukukta) yapılan ihmalin nedenselliği tartışmalarında⁸¹, ihmal ile icranın nedensellik bağlantısı (illiyet rabitası) bakımından herhangi bir farkının bulunmadığı şeklindeki görüşü⁸² isabetli buluyorum. Gerçekten de nasıl bir hareketin yokluğunun neticenin oluşumuna engel olduğu hallerde hareket ile netice arasında nedensellik bağlantısının varlığı kabul ediliyorsa, aynen bunun gibi, *bir davranışın ihmali* hareketinin yokluğu yani ihmal edilen davranışın varlığı halinde netice meydana gelmiyorsa, yine hareketin netice bakımından nedensellik değerini haiz bulunduğu kabul edilmelidir. Nitekim gündelik hayatta her olay bir diğerinin sebebinin veya sonucunu oluşturur ki, buna hayatın olağan akışı denir. Hayatın olağan akışı sadece evrende var olan kanunlardan ibaret olmayıp, hukuk düzeni tarafından konulan esasları da bünyesinde barındırmaktadır. Buna göre hayatın olağan akışı çerçevesinde güneş doğacak, çocuğun annesi çocuğunu besleye-

⁸⁰ Dönmezer, *Kişilere...*, s. 19, dn. 18.

⁸¹ Bu tartışmalar için bkz. Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki*, s. 473 vd., Kunter, *a. g. e.*, s. 208 vd., Hakeri/İhmal, s. 223 vd.

⁸² Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki*, s. 477, Kunter, *a. g. e.*, s. 213, 234-236

cek, herkes görevini olması gerektiği biçimde yerine getirecektir. İşte bir kimse, yükümlü olduğu bir davranışı yerine getirmeyip hayatın bu olağan akışına müdahale ederek gerçekleşmemesi gereken bir netice- nin gerçekleşmesine sebebiyet vermişse, onun bu ihmali hareketi ile hayatın olağan akışına göre gerçekleşmemesi gereken netice arasında nedensellik bağlantısının kabul edilmesi gerekecektir.

Öğretide ihmal suretiyle icra suçlarının dolayısıyla da konumuz olan ihmal suretiyle adam öldürme suçunun gerçekleşmiş sayılabilmesi için aranan bir diğer şart, "*failin bireysel hareket yeteneğine, neticeye engel olma imkan ve iktidarına sahip olması*"⁸³ olup, kanımca bu koşul hareket ile netice arasında bulunması zorunlu olan nedensellik bağlantısının kapsamında kabul edilmelidir. Çünkü eğer failin bireysel hareket imkanı ve bu anlamda neticeyi önleme iktidarı yoksa, failin ihmalde bulunmaması yani yükümlü bulunduğu icraî davranışı gerçekleştirmesi halinde dahi netice meydana gelecektir. Bu durumda doğal olarak ihmal suretiyle adam öldürme suçundan söz edilemeyecektir. Ancak bunun sebebi, *failin neticeyi önleme imkanına sahip olması* şartının eksikliği değil, failin hareketi ile netice arasında nedensellik bağlantısından kurulamamasından ötürü suçun teşekkül etmemesidir. Bu noktadan hareketle, boğulmakta olan oğlunu yüzme bilmemesi sebebiyle kurtaramayan ve etrafta kimsenin bulunmamasından ötürü yardım çağırılmayan babanın, 5237 s. TCK m. 83 uyarınca sorumlu kabul edilebilmesi mümkün bulunmamaktadır. Zira, babanın ihmali hareketi ile çocuğunun ölümü arasında nedensellik bağlantısı bulunmadığından suç teşekkül etmemiş sayılacaktır.

g. Suçun Manevi Unsuru

İhmal suretiyle kasten öldürme suçunun manevi unsuru kasttır. 5237 s. TCK m. 21 uyarınca kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. İnceleme konumuz suç bakımından failin kasten hareket etmekte olduğunun kabul edilebilmesi için, failin ihmali hareketini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesinin ve ölüm neticesinin oluşumunu öngörüp istemesinin yanı sıra, ona aktif bir müdahalede bulunma yükümü yükleyen durumu da bilmesi

⁸³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza H. Genel I*, s. 440, Hakeri, *Kasten Öldürme*, s. 138. vd.

gerekecektir. Ancak burada aranacak olan bilme, failin icraî harekette bulunma yükümlülüğünü değil, bu yükümlülüğe sebebiyet veren durumu kapsamına alan bilmedir. Buna göre plajda güneşlenmekte iken boğulduğunu gördüğü kimsenin yardımına gitmeyen B, boğulan kimsenin oğlu O olduğunu ölüm neticesinin gerçekleşmesinden sonra anlamışsa, ihmal suretiyle kasten öldürme suçundan değil, yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (5237 s. TCK m. 98) suçundan ötürü sorumlu tutulacaktır.

İhmal suretiyle adam öldürme suçunun gerçekleşmiş sayılabilmesi için genel kast yeterli olup, failin ihmali davranışı hangi saik ile gerçekleştirdiğinin bir önemi bulunmamaktadır.

5237 s. TCK m. 83'te öngörülen suçun doğrudan kastla olduğu gibi olası kastla da işlenebilmesi mümkündür. Olası kast 5237 s. TCK m. 21 uyarınca, kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi halinde söz konusu olacaktır. Ancak kanunda yer verilen bu tanım, olası kast kavramını açıklamakta yetersiz kalmaktadır.⁸⁴ Olası kast, failin, hareketinin tipik neticeyi gerçekleştireceğini ciddi olarak mümkün görmesi ve bu neticeyi kabullenmesi,⁸⁵ göze alması,⁸⁶ öngördüğü neticenin gerçekleşmesini umursamaması hallerinde söz konusu olacaktır. Yani doğrudan kastla hareket eden faili olası kastla hareket eden failden ayırt etmeye yarayacak kıstas, neticenin istenmesine ilişkin irade yoğunluğu olacaktır. Zira her iki kusurluluk çeşidinde de hareket bilinip istenmekte ve netice öngörülmektedir. Ancak doğrudan kastla hareket eden failin neticeyi istemesine, bizzat neticeyi gerçekleştirmek için hareket etmesine karşın, olası kastla hareket eden fail neticeyi umursamamaktadır. Diğer bir deyişle neticenin meydana gelip gelmemesinin onun için bir önemi yoktur. Buna göre arabasıyla çarparak yaraladığı kimsenin kan davası

⁸⁴ 5237 sayılı TCK m. 21'e bu noktada getirilen eleştiriler için bkz., Toroslu, Nevzat, Ersoy, Yüksel, *Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı*, Türkiye Barolar Birliği-TCK Reformu 2. Kitap (TCK Reformu), Ankara 2004, s. 10; Bayraktar, Köksal, *TCK Tasarısı'na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri*, TCK Reformu, s. 29 vd.; Artuk, M. Emin/Çınar, Ali Rıza, *Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler*, TCK Reformu, s. 75-76, Tezcan, Durmuş/ Erdem, M. Ruhan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu*, TCK Reformu, s. 340-341.

⁸⁵ Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza H.*, s. 181.

⁸⁶ Tezcan/Erdem, a. g. m., s. 340.

olduğunu görüp ölmesini sağlamak için ona yardım etmeyen ve ölümüne neden olan fail doğrudan kastla, arabasıyla bir kimseye çarpıp yaraladıktan sonra, polislerin olay yerine gelip kendisini tutuklamasından korkarak, yaraladığı kimse hakkında da “ölürse ölsün” şeklinde düşünerek yardımdan kaçınan ve onun ölümüne sebebiyet veren fail ise olası kastla 83. maddede öngörülen suçu işlemiş olacaktır.

İhmal suretiyle adam öldürme suçunun taksirle işlenebilir işlenemeyeceği, bu kısımda açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer konudur. Kanunda söz konusu suç, açıkça kasten işlenebilecek bir suç olarak düzenleme altına alınmıştır. Kaldı ki gerek 765 sayılı, gerekse 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun suçun manevi unsuruna ilişkin olarak öngördüğü sistem uyarınca, suçun oluşması kural olarak kastın varlığına bağlıdır.⁸⁷ Taksirle hareket eden kimsenin eylemi, ancak bu taksirli eylemin kanunda açıkça suç olarak ihdas edildiği hallerde cezalandırılacaktır.

Dolayısıyla TCK m. 83'ün, kusurluluğu taksir derecesinde olan faile tatbik edilebilmesine Türk Ceza hukukunun genel hükümleri uyarınca olanak bulunmamaktadır. Peki bu durumda örneğin, görev esnasında iken cep telefonu ile uzun ve kendince önemli bir konuşma yapan ve bu sebeple hastaların ilaçlarını vermeyi unutan hastabakıcı H, ilaçlarının zamanında verilmemesi sebebiyle ölen hastaların bulunduğu bir olayda sadece görevin ihmali (5237 s. TCK m. 257/2) suçundan ötürü mü sorumlu tutulacaktır? Kanımca bu soruya olumlu yanıt verilmesi mümkün bulunmayıp, 5237 s. TCK m. 85 uyarınca H'nin taksirle adam öldürme suçundan sorumlu tutulması gerekecektir. Zira 5237 sayılı TCK m. 22/f. 2'de taksir, “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemekle gerçekleştirilmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Yine öğretilerde yapılan tanımlarda da taksir, “dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik, kanun, nizam ve emirlere uymama ve gereklerini yerine getirmeme suretiyle failin iradi olarak bir şey yapması veya yapmaması sonucu öngörülebilir nitelikli bir neticeye neden olması halinde fiil taksirle işlenmiş sayılır”⁸⁸ şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla failin neticenin gerçekleşmesini istememesine rağmen öngörmemesi yahut öngördüğü halde gerçekleşmeyeceğini düşünmesi sebebiyle aktif bir davranışta bulunma yükümlülüğüne

⁸⁷ Bkz., 765 s. TCK m. 45, 5237 s. TCK m. 21.

⁸⁸ Dönmezer, *Kişilere ve Mallara*, s. 111.

uymayıp neticeye sebep olması, *onun dikkatsizliği, özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek neticeye sebep olması* olarak nitelendirilebilecektir. Kısacası bu anlamdaki (kasdı olmayan) ihmal, zaten taksir kavramının kapsamına dahil bulunmaktadır. Bu noktadan hareketle yukarıda verilen örnekte hastabakıcı H'nin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı iradi ihmal hareketiyle neden olduğu ölümlerden ötürü, taksirle adam öldürme suçundan cezalandırılması gerekecektir.

Ancak sonuç kısmında da değineceğimiz üzere, mukayeseli hukukta olduğu gibi⁸⁹ ihmal suretiyle icra suçlarına ilişkin olarak kanunun genel hükümler kitabında, tüm suçlar bakımından geçerli olacak bir düzenleme yapılmış olsaydı bu yorumlara gerek kalmayacak ve özel hükümler kitabında yer alan bütün icrai suçların hukuki yükümlülüğe aykırı ihmali davranışlarla da işlenebileceği hususunda tereddüt edilmeyecekti.

h. Hukuka Aykırılık Unsuru

İnceleme konumuz olan suç bakımından hukuka aykırılık unsurunun uygulanmasında diğer suçlara kıyasla herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Buna göre 5237 s. TCK'da belirtilmiş olan kanun hükmünü yerine getirme, amirin emrini icra, meşru savunma, zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenlerinden birinin varlığı durumunda, failin eylemi hukuka aykırılık unsuru eksik olduğundan suç teşkil etmeyecektir. Örneğin ameliyat edilmesine hür iradesiyle razı olmayan hastayı ameliyat etmeyen doktor, hastanın sonradan bu nedenle ölmesi halinde ihmali hareketinden ötürü sorumlu tutulmayacaktır. Çünkü 5237 s. TCK m. 26'da düzenlenen *ilgilinin rızası* hukuka uygunluk nedeni, failin bu ihmali davranışından ötürü cezalandırılmasına engel olacaktır.

Öğretide ihmal suretiyle adam öldürme suçunun söz konusu olabilmesi için aranan şartlardan "*beklenebilirlik*" koşulu⁹⁰ ile, "*yükümlülüklerin*

⁸⁹ Örneğin 1930 İtalyan Ceza Kanunu m.40/2: "Menetmek hukuki yükümü bulunduğu halde, bir neticeye engel olmamak, ona sebebiyet vermeye eşittir" Nakleden: Dönmezer, *Nazarî ve Tatbiki I*, s. 372.

⁹⁰ Hakeri, *Kasten Öldürme*, s. 164 vd.

*çatışması*⁹¹ ihtimali kanımca hukuka aykırılık unsuru başlığı altında ele alınmalıdır. Şöyle ki; 5237 s. TCK'nın 25. maddesinin 2. fıkrasında *zorunluluk hali* hukuka uygunluk nedeni, "*Gerek kendisine ve 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*" şeklinde ifade edilmiştir. Buna binaen böbrek hastası olan çocuğunun tedavisi için kendi böbreğini feda etmeyen babanın eylemi, böbreğini çocuğuna vermesi babadan beklenemeyeceği için değil, eylem zaruret hali hukuka uygunluk nedeni kapsamında kaldığı için cezalandırılmayacaktır. Zira bir kimse nasıl kendisinin sebep olmadığı, şahsına yönelik bir tehlikeyi bertaraf etmek için normalde suç olan bir icrai davranışı gerçekleştirebiliyorsa, aynı şekilde (5237 s. TCK m. 25'te öngörülen tüm koşulların gerçekleşmesi durumunda) ihmali bir davranışı da gerçekleştirebilmelidir. Çünkü ilk ihtimalde icrai davranışın gerçekleştirilmemesi durumunda açığa çıkan tehlike, bu ikinci ihtimalde ihmali davranışın gerçekleştirilmemesi durumunda gündeme gelecektir. Her iki halde bulunan failin de 25. maddeden aynı şekilde yararlanmasını engelleyecek hukuki bir neden bulunmamaktadır. Yine aynı şekilde, aynı anda boğulmakta olan iki kişiden birini (örneğin arkadaşını) kurtarması sebebiyle diğersinin (örneğin kardeşinin) ölüm neticesine engel olamayan failin niçin ceza almaması gerektiğini açıklayabilmek, ancak zorunluluk hali müessesesi ile mümkün olacaktır. Çünkü burada da fail başkası için söz konusu olan ve başka şekilde def edilemeyen bir tehlikeyi ortadan kaldırdığı için ihmalde bulunmaktadır. Son örneğimizde kurtarılması gereken kişilerin ikisinin de insan olması sebebiyle, kardeşi yerine arkadaşını kurtaran kimsenin zorunluluk hukuka uygunluk nedeninden yararlanmasını önleyecek bir durum söz konusu değildir. Burada da 5237 s.TCK m. 25/f. 2' de öngörülen tüm şartlar gerçekleşmiştir.

I. Ağırlatıcı Sebepler

Kanunkoyucunun 83. maddede düzenleme altına alınan ihmal suretiyle kasten öldürme suçu için özel olarak düzenleme altına aldığı bir ağırlatıcı sebep bulunmamaktadır. Ancak burada kasten öldürmenin

⁹¹ Hakeri, *Kasten Öldürme*, s. 170

icrai davranışla işlenmesi yani 81. madde bakımından öngörülen ağırlatıcı sebeplerin inceleme konumuz olan suç hakkında da uygulanması söz konusu olabilecektir. Gerçekten öğretide bir görüşe göre, kasten icrai davranışla öldürme suçundan hemen sonra düzenlenen nitelikli hallerin, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi halinde de geçerli olacağı açıktır.⁹² Öğretide diğer bir görüş ise, m.83/3'te ihmali davranışla adam öldürmenin cezasının belirlenmesinde, esas olarak icrai davranışla adam öldürme suçu için öngörülen temel cezanın göz önüne alınacağı ifade edildiğinden, ihmali davranışla adam öldürme suçunun sadece 81.maddede öngörülen halde uygulanacağı, 82. maddede öngörülen ağırlatıcı sebeplerin bulunduğu hallerde uygulanamayacağını savunmaktadır.⁹³

Kanaatimce buradaki hukuki sorun, m.83'te m.81'den ayrı, bağımsız bir suçun var olup olmadığıdır. Zira, eğer m. 83'te bağımsız bir suç düzenleme altına alınmışsa, bir diğer suç olan icrai davranışla kasten öldürme için öngörülen ağırlatıcı nedenlerin inceleme konumuz olan suç bakımından uygulanamaması gerekir. Bu noktada, isabetli olan görüşün ikincisi olduğu kanısındayım. Bu husus adam öldürme suçlarını düzenleyen kanun hükümlerinin sistematığından anlaşılmaktadır.

Kanun 81. maddede icra suretiyle kasten öldürmenin cezasını tespit ettikten sonra takip eden maddede, 81. maddede belirtilen cezanın hangi hallerde arttırılarak uygulanacağını hükme bağlamıştır. 83. maddede ise faili ve maddi unsuru bakımından icra suretiyle öldürmeden farklılık arz eden yeni bir suç düzenleme altına alınmış⁹⁴ ve her iki madde arasında sadece cezaların miktarı bakımından bir paralellik kurulmuştur. Ne ağırlatıcı sebeplerin düzenlendiği 82. maddede, ne de ihmal suretiyle öldürme suçunun düzenlendiği 83. maddede söz konusu ağırlatıcı sebeplerin ihmali davranışla öldürmede de uygulanabileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla mevcut düzenleme karşısında 81. madde hakkında öngörülen ağırlatıcı nedenleri 83. maddeye de teşmil etmek, kanunilik ilkesi karşısında mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki 82. maddenin uygulama alanını 83. maddeyi de kapsayacak şekilde genişletirken, 85. maddeye (taksirle öldürme) bu ağırlatıcı nedenleri uygulamamak bir çelişki olacaktır. Çünkü 83. maddenin maddi

⁹² Hakeri, *Kasten Öldürme*, s. 217

⁹³ Soyaslan, *a. g. e.*, s. 116

⁹⁴ Aksi yönde Toroslu, *Ceza H. Özel K.*, s. 35

unsur bakımından 81. maddeyle farklılık göstermesine karşın, 85. maddede manevi unsur bakımından 81. maddeden ayrılmaktadır. Ayrıca 82. maddede öngörülen öyle ağırlatıcı nedenler vardır ki,⁹⁵ bunlar zaten ihmali davranış sahibi failin cezalandırılmasının asli nedenini oluşturmaktadır. 5237 s. TCK m. 61/f.3 göz önünde bulundurulduğunda aynı olgu hem unsur hem de nitelikli hal olarak değerlendirilemeyeceğinden, m. 82'deki nitelikli hallerin m. 83 bakımından da geçerli olacağı kabul edilse dahi, bu nedenle fail hakkında ceza arttırımına gitmek hukuka aykırı olacaktır.⁹⁶

i. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

aa. Teşebbüs

Bir ihmal suretiyle icra suçu olan 5237 s.TCK m. 83'e, salt ihmali suçlardan farklı olarak teşebbüs mümkündür.⁹⁷ Buna göre failin, ihmal suretiyle bir kimseyi öldürmek kastıyla, yükümlü olduğu icrai davranışı neticenin oluşumu bakımından elverişli olacak tarzda ihmalden sonra, failin elinde olmayan etkenlerden ötürü netice gerçekleşmezse fail, ihmal suretiyle kasten öldürmeye teşebbüsten ceza alacaktır. Örneğin A'nın yattığı hastanede hemşire olarak görev yapan H, A'nın ilaçlarını vermemek için A'nın düşmanlarından para alsa ve ilaç saatinde A'ya ilacını vermese fakat A'nın fenalaştığının nöbetçi doktor tarafından anlaşılması üzerine ölüm neticesi gerçekleşirse A, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre ihmal suretiyle adam öldürmeye teşebbüs sebebiyle ceza alacaktır. (5237s. TCK m.35/1,2)

bb. İştirak

İhmal suretiyle öldürme suçu, iştirakin tüm çeşitlerine elverişlidir. Buna göre, birlikte suç işleme kararına sahip bulunan ve fiil üzerinde

⁹⁵ Örneğin 5237 s.TCK m. 82/f.1-d: "Üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı"

⁹⁶ Yine 82. maddede öngörülen "suçun yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle işlenmesi" şeklindeki ağırlatıcı sebep de, niteliği gereği öldürme suçunun icrai davranışla işlenen şekline münhasır olup, 83. madde bakımından fiilen uygulanamaz niteliktedir.

⁹⁷ Dönmezer, *Nazari ve Tatbiki I*, s. 377

ortak hakimiyet kuran birden fazla kişi fail olarak ayrı ayrı m.83'ten hüküm giyeceklerdir. Örneğin; A ve B arabayla çıktıkları gezintide bir yayaya çarpsalar ve akabinde yayaya yardım etmek yerine, onun ölme ihtimalini göz önüne alıp umursamayarak olay yerini terketseler ve yayaya çarpma anında arabayı kullanan A'nın çok heyecanlandığını gören B, daha çabuk kaçabilmelerini sağlamak maksadıyla direksiyonu devralsa; hem A, hem de B, olası kastla ihmal suretiyle adam öldürme suçunun faili olarak sorumlu tutulacaklardır.

İhmal suretiyle adam öldürmeye azmettirme söz konusu olabileceği gibi, ihmali davranışla adam öldüren faile hem ihmali hem de icrai bir davranışla yardım edilmesi de söz konusu olabilecektir. Buna göre, denetim görevini sırf doktorun yakalanmamasını sağlamak için ihmal etme vaadinde bulunan Sağlık Bakanlığı müfettişi, doktorun faili olduğu ihmal suretiyle adam öldürme suçuna yardım etmiş sayılacaktır. Yine çocuğunu beslememek suretiyle öldürmek isteyen anneyi arayanları annenin bulunduğu yer dışında başka yere yönlendirerek yanılta kimse de, annenin suç teşkil eden eylemine yardım etme şeklinde iştirak etmiş olacaktır.

cc. İçtima

İhmal suretiyle adam öldürme suçunun benzer suçlarla kıyaslanmasında da ifade edildiği gibi, bir kamu görevlisinin ihmali hareketi sonucunda meydana gelen ölüm neticesinden fail, 5237 s. TCK m. 83 uyarınca sorumlu tutulacak ve 257. maddenin 2. fıkrası uygulanmayacaktır. Aynı durum ölüm neticesini önleme hukuki yükümü altında bulunan failin, yükümlü olduğu doğrultuda bir yaralıya yardım etmemesi halinde, 98. maddenin uygulanmaması bakımından da söz konusu olacaktır. Bu iki durumda failin yapmış olduğu tek bir hareket ve failde bulunan tek bir kast, birden fazla farklı suçun oluşmasına sebep olduğundan, farklı neviden fikri içtimaya ilişkin kanun hükmü doğrultusunda fail, en ağır cezayı gerektiren suçtan (yani 83. maddeden) dolayı cezalandırılacaktır. (5237 s. TCK m. 44)

Birden fazla ihmal suretiyle adam öldürme suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesi ise mümkün değildir. Zincirleme suçun düzenlendiği kanunun 42. maddesinin 3. fıkrasında her ne kadar ihmal suretiyle

öldürme suçu bakımından zincirleme suç hükmünün uygulanamayacağı açıkça belirtilmemiş olsa da, 83. maddenin zincirleme suç olarak işlenmesi teknik olarak imkansız bulunmaktadır. Zira failin, bir suç işleme konusundaki kararının yerine getirilmesi kapsamında, değişik zamanlarda bir (aynı) kişiye karşı (icraen veya ihmalen) adam öldürme suçunu işleyebilmesi olanaksızdır

j. Müeyyide

Kanunkoyucu ihmal suretiyle kasten öldürme suçunun müeyyidesini kademeli şekilde ve 81. maddedeki kasten icrai öldürme suçunun yaptırımıyla paralellik kurarak belirlemiştir. Buna göre 83. maddenin 3. fıkrası uyarınca ihmal suretiyle kasten öldürme fiilini gerçekleştiren fail, temel ceza olarak ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine 20 yıldan 25 yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine 15 yıldan 20 yıla kadar, diğer hallerde ise 10 yıldan 15 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılabilir gibi, kanunun hakime verdiği takdir yetkisi doğrultusunda hiç bir indirimden yararlanmaksızın kasten icrai adam öldürme suçunun cezasına da çarptırılabilir. İhmal suretiyle öldürme suçunun cezasında icra suretiyle adam öldürme suçuna kıyasla indirimde gidilmesi, her iki davranışa ilişkin olarak kanunda aranan eşdeğerlik koşulu ile çelişmektedir. Ancak fıkranın son cümlesiyle hakime tanınan ve cezada indirimde gitmeme imkanı veren takdir yetkisinin söz konusu çelişkidir kaynaklanan sakıncaları ortadan kaldıracağı kanaatindeyim.

E. TÜRK CEZA HUKUKU ÖĞRETİSİ TARAFINDAN 5237 s. TCK m. 83'ÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümler kısmına yönelik doktrinel eleştiriler inceleme konumuz suç bakımından da geçerli olmakla birlikte,⁹⁸ burada sadece doğrudan inceleme konumuz olan suça yöneltilen eleştirilere

⁹⁸ Örneğin 5237 s. TCK m. 21/f. 2'de yer alan olası kast düzenlemesine ilişkin eleştiriler, ihmal suretiyle kasten öldürme suçunun manevi unsuru bakımından da geçerlidir. Yetersiz olan ve bilinçli taksir kavramıyla karıştırılmaya son derece müsait olan olası kast tanımı, 83. maddenin uygulanmasında da sorunlara neden olacak niteliktedir.

yer vereceğiz. Buna göre “kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” başlığını taşıyan 5237 s. TCK m. 83, öğreti tarafından şu eleştirilere maruz kalmıştır:

“m. 86:⁹⁹ İhmali davranıştan dolayı sorumluluk için bir yandan ihmali ve icrai davranışın eşdeğer olması aranmakta, öte yandan ihmali davranışla adam öldürme halinde ceza azaltılmaktadır. Bu bir çelişkidir.”¹⁰⁰

“Tasarı m. 86, teoride ifadesini bulan ihmali suretiyle icra suçlarını düzenlemektedir. Ancak bu durum sadece adam öldürme suçları bakımından öngörülmüş ve oldukça karışık ve bulanık ifadelerle yazılmıştır. Başka suçlar için öngörülmemiş olması ve ifade tarzıyla uygulamalarda sorunlar çıkartabilecek şekildedir.”¹⁰¹

“Madde 86: 80 yıldan bu yana Türk Hukuku uygulamasında Yargıtay’ın ve doktrinin çözümlendiği bir sorun, anlaşılmasız bir Türkçe ile bu madde içerisinde yer almıştır. Artık, Türk Hukuk dünyasının bildiği apaçık bir gerçek, yeniden anlaşılmasız bir içerikle sunulmaktadır. Madde tamamen kaldırılmalıdır.”¹⁰²

“Tasarının kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi başlığını taşıyan 86. maddesini anlayabilmek mümkün değildir...Hukukçular tarafından dahi anlaşılabilen bu düzenleme kanunilik ilkesine uygun değildir. Bu düzenleme Almanca’ya çevrilerek bir Alman hukukçuya sorulması halinde, alınacak yanıt son derece olumlu olabilir, ancak söz konusu tasarı Almanlar için değil Türk halkı için yapıldığına göre, her vatandaşın anlayabileceği tarzda kaleme alınması gerekir. Kanunilik ilkesi bunu gerektirir.”¹⁰³

“Madde 83 : Öldürme suçu bakımından ihmali hareketin açıkça düzenlenmiş olması yerindedir. Ancak ihmali hareketler bütün suç tipleri bakımından gündeme gelebileceğinden, bu hususun genel hükümler bölümünde düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.”¹⁰⁴

⁹⁹ 5237 s. TCK’nun 83. maddesi Adalet Alt Komisyonu Tasarısı’nda 86. maddede yer almaktaydı.

¹⁰⁰ Toroslu, Nevzat, Ersoy, Yüksel, a. g. m., a. g. e., s. 14.

¹⁰¹ Artuk, M. Emin, Çınar, Ali Rıza, a. g. m., a. g. e s. 80.

¹⁰² Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü, (TBB) – TCK-Reformu, s. 305.

¹⁰³ Öztürk, Bahri, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Kültür Üniversitesi ve İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen TCK Tasarısı Çalışma Grubu Toplantı Notları, (TBB)-TCK Reformu, s. 324.

¹⁰⁴ Mahmutoğlu, Fatih Selami, TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen TCK Tasarısı Hakkında Görüş, (TBB)-TCK Reformu, s. 370-371.

F. SONUÇ

Türk Ceza Hukuku tarihinin 1926'dan 2005'e kadar olan evresinde, ihmal suretiyle öldürme suçunun düzenlendiği pozitif bir hukuk metni bulunmamaktaydı. Ancak Türk Ceza hukuku öğretisinde, özellikle suçun maddi unsuruna ilişkin olarak yapılan açıklamalarda, ihmal suretiyle icra suçları kategorisi ve bu kapsamda ihmal suretiyle öldürme suçu kabul edilmekteydi. 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda ise bu suça açıkça yer verilmiş ve suçun oluşum koşulları belirlenmiştir. Bu bakımdan öncelikle belirtmek gerekir ki, öğretiden tarafından cezalandırılacağı konusunda ittifak bulunan bir davranış türünün cezalandırılabilir bir eylem olarak kanunda açıkça ifade edilmiş olması, kanunilik ilkesine uygunluk bakımından olumlu bir gelişmedir. Ancak suça ilişkin bir düzenlemenin artık var olmasından kaynaklanan bu gelişmeyi, suçun düzenlenme yeri ve şekli bakımından söz konusu olan bir takım yetersizlikler ve karışıklıklar gölgelemektedir.

Herşeyden önce, kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesinin de cezalandırılmasını temin edecek bu tür bir düzenlemenin yeri, *Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler başlıklı ikinci kitabı* olmayıp *Genel Hükümler başlıklı birinci kitabıdır*. Çünkü ihmali bir davranışla da işlenmesi mümkün bulunan icrai suçlar, işkence, kasten yaralama ve kasten öldürme suçlarından ibaret değildir. Bu durumda kanunkoyucunun bazı icrai suçlar bakımından ihmali davranışla işlenme ihtimalini kanunda açıkça (hem de bağımsız bir suç olarak) öngörmüş bulunması karşısında, diğer icrai suçların da ihmali hareketle işlenmesinin cezalandırılması, kanunilik ilkesine (5237 s.TCK m.2) ne derece uygun olacaktır? Gerçekten de örneğin, maaşına bir türlü zam yapılmadığı için çalıştığı kuruma son derece kızgın olan demiryolu makas görevlisi D'nin, sırf kuruma zarar vermek amacıyla çok değerli bir trenin geçeceği makasta gereken değişikliği yapmaması ve trenin bir başka yük treniyle çarpışması sonucunda kimsenin ölmediği ve yaralanmadığı fakat trenlerin çok büyük hasar gördüğü olayda, D sadece görevin ihmali suçunu işlemiş sayılacaktır.

Zira D'nin, kanunda düzenlenmemiş bulunan ihmal suretiyle kamu malına zarar verme suçundan (5237 s. TCK m. 152/1-a) sorumlu tutulması, bazı suçlar bakımından ihmali hareketin ayrıca cezalandırılacağını açıkça belirten bir Ceza Kanunu'nun sistematikleştirilmesiyle bağdaşmayacaktır. Kanımca 5237 s. TCK'ndaki bu düzenleme şekli sebebiyle, kasten

öldürme, kasten yaralama ve işkence suçları dışındaki icrai suçların ihmali hareketle gerçekleştirilmesi durumunda faile ceza verilmesi, kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Çünkü artık bu suçların cezalandırılmasının hukuki dayanağı suçun maddi unsurunun hareket ögesine verilen anlam değil, 5237 s. TCK m.83, 88 ve 94’de yer alan pozitif düzenlemelerdir. *Bu maddelerin yeni bir suç ihdas etmediği, sadece öldürme ve yaralama suçlarının ihmali hareketle işlenmiş sayılması bakımından aranması gereken şartlara açıklık getirmeyi amaçladığı* şeklindeki bir iddia da kanımca tutarlı olmayacaktır. Zira, failin neticeyi önleme hususunda hukuki bir yükümlülüğünün bulunması, sadece ihmal suretiyle öldürme ve yaralama suçları bakımından değil, tüm ihmal suretiyle icra suçları bakımından aranması gereken ortak bir özelliktir. Yine suçun, özel hükümler kısmında bu şekilde düzenlenmiş olması, ihmal suretiyle taksirle adam öldürme eylemlerinin cezalandırılmasında da tereddütler doğurabilecek niteliktedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu konunun hem öğretilerde, hem de uygulamada bizden çok daha fazla tartışıldığı ülkelerin ceza kanunlarında bu suça ilişkin düzenleme, genel hükümler kısmında ve tüm suçlar için geçerli olacak bir biçimde yer almaktadır. (Alman Ceza Kanunu m. 13, Avusturya Ceza Kanunu m. 2, 1930 İtalyan Ceza Kanunu m. 40/2)

İhmal suretiyle öldürme suçunun düzenlenme yeri itibariyle ortaya çıkan bir diğer sorun, ihmal suretiyle öldürmelerde faile ne şekilde ceza verileceğidir. Bu noktada, kanunun 82. maddesinde yer alan nitelikli hallerin ihmali suretiyle öldürmelerde de uygulanıp uygulanmayacağı öğretide ve uygulamada tartışmalara yol açacak ve sonuçta adam öldürme gibi son derece hassas bir konuda kanunun sarahati değil, farklı kaynakların yorumları uygulayıcılara yol gösterecektir. Yine kanunda öngörülen cezalandırma şekli bakımından, ihmali ve icrai hareketler açısından aranan eşdeğerlik koşuluyla failin cezasında indirimine gidilmesi yolundaki 3. fıkranın birbiriyle çelişmekte olduğu söylenebilecektir.

Kanımca ihmali suretiyle kasten öldürme suçunda *“kanun, sözleşme ve önceden icra edilen tehlikeli eylem”* şeklinde düzenlenen hukuki yükümlülük çeşitleri de yerinde değildir. Bu düzenleme şekli yerine, *“bir icrai davranışta bulunma hukuki yükümü”* kavramı, bu konudaki ihtiyacı daha kısa ve kapsamlı bir şekilde karşılayacaktır. Zira mevcut düzenlemede bir hukuk kaynağı olan örf-âdet hukuku göz önünde bulundurulmamıştır. Yine tüzük, yönetmelik, genelge...v.b gibi diğer

pozitif düzenlemelerden kaynaklanan yükümlülükler de, ancak yorum yoluyla maddde kapsamında değerlendirilebilmektedir.

Son tahlilde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ihmal suretiyle adam öldürme suçuna ilişkin düzenleme olan 83. maddenin olumsuz yanları, ne yazık ki olumlu yanlarına galip gelmektedir. Bu bakımdan söz konusu düzenleme, Türk Ceza Hukuku'nda bu konuya dair bir gelişme sağlamaktan uzaktır. Bu bakımdan ya madde metni yeniden değerlendirilerek özel hükümler kısmından çıkarılmalı ya da tümüyle ilga edilerek, konunun seyri zaten bu hususta önceden beri var olan öğretideki görüş birliğine bırakılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Artuk, M. Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, 3. Bası, Ankara 2002.
- Artuk, M. Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Bası, Ankara 2005.
- Artuk, M. Emin, Çınar, Ali Rıza, *Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı*, Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Ankara 2004.
- Artuk, M. Emin, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler," *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 3, S. 32, İstanbul 2005.
- Bayraktar, Köksal, *TCK Tasarısı'na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri*, Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Ankara 2004.
- Centel, Nur, Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. bası, İstanbul 2005.
- Centel, Nur, Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2005
- Çelik, Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, 17. Bası, İstanbul 2004.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümle*, 2. Bası, Ankara 2005.
- Dönmezer, Sulhi, Erman, Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku I*, 14. Bası, İstanbul 1997.
- Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 17. Bası, İstanbul 2004
- Erem, Faruk, Danışman, Ahmet, Artuk, M. Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümle*, Ankara 1997.

- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2002.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal ve İhmali Suçların Çeşitleri*, 1. Bası , Ankara 2003.
- Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku*, 1. Bası, Ankara 2005.
- Hakeri, Hakan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İhmali Suçlar,” *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl 2, Sayı 5, Nisan 2005, İstanbul
- Hakeri, Hakan, *Kasten Öldürme Suçları* 1. Bası, Ankara 2006.
- İçel, Kayıhan, Sokullu-Akıncı, Füsun, Özgenç, İzzet, Sözüer, Adem, Mahmutoğlu, Fatih S., Ünver, Yener, *İçel Suç Teorisi* 2.Kitap, 3. Bası, İstanbul 2004.
- Koca, Mahmut, *Türk Ceza Yasası Özel Hükümler*, İstanbul Barosu Meslek İçi Eğitim Merkezi ve CMK Uygulama Servisi Eğitim Seminerleri Dizisi, İstanbul 2005.
- Kunter, Nurullah, *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1955.
- Mahmutoğlu, F. Selami, “TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen TCK Tasarısı Hakkında Rapor,” *Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap*, Ankara 2004.
- Öztan, Bilge, *Medeni Hukuk’un Temel Kavramları* , Ankara 2002
- Öztürk, Bahri, Erdem, Mustafa Ruhan, Özbek, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 6.Bası , Ankara 2002.
- Öztürk, Bahri, Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 8.Bası , Ankara 2005.
- Öztürk, Bahri, “Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Kültür Üniversitesi ve İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen TCK Tasarısı Çalışma Grubu Toplantı Notları”, *Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Hukuku Reformu İkinci Kitap* , Ankara 2004.
- Özgenç, İzzet, Şahin, Cumhur, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3.Bası, Ankara 2001.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, 1.Bası, Ankara 2005.
- Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, İstanbul 2005.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Bası, Ankara 2005.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, 7. Bası, Ankara 2005.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 1. Bası, Ankara 2005.
- Toroslu, Nevzat, Ersoy, Yüksel, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı,” “*Türkiye Barolar Birliği Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap*” Ankara 2004.
- Yavuz, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 2. Bası, İstanbul 2001.

TÜRK CEZA HUKUKUNDA “SAPMA”

Süleyman ÖZAR*

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yürürlüktedir. Bu kanunun alelacele hazırlandığından ve Türkiye'nin bu kadar aceleye getirilmiş bir kanunu hak etmediğinden, pek çok hukukçu yakınmıştır. Gerçekten de, kişi hak ve özgürlükleri açısından önemi tartışma götürmez olan TCK'nın doğumunun üzerinden kısa bir zaman geçmiş olmasına rağmen, yasa metninde sayıları 50-60'lara varan “değişik” ibaresine rastlıyor olmak, kanunun hazırlanmasındaki telaş ve sabırsızlığın bir sonucu olsa gerektir.

5237 sayılı TCK'nın, yeni kurumlar ve kavramlar getirmek yanında, eski kanundaki bazı kurumları aynen veya değiştirerek korumayı tercih ettiği de olmuştur. Şüphesiz bu, doktriner tercihlerin, yasaya yansımaları olarak da anlaşılabilir. Bununla birlikte, yürürlükteki bir yasanın; uygulama ve öğretinin elinde yoğrulup, yorumlanacağı da yadsınmaması gereken bir husustur. Bu husus, onlarca yıldır süregelen öğreti birikiminin tükenmez bir kaynak; uluslararası sözleşmelerin ve anayasadaki temel prensiplerin de göz ardı edilemez mihenk taşları olarak kabul edilmesini de gerekli kılmaktadır.

Yeni TCK'nın, önceki kanunda öngörülmuş kurum veya kavramlardan bazılarında da doğrudan yer vermemeyi seçtiği gözlenmektedir. Çalışmamızın konusunu oluşturan “sapma” da bu kavramlardan biridir. Dolayısıyla incelememizde sapma olgusu; kusurluluk, hareket, netice gibi temel kriter ve kavramlardan yola çıkılarak değerlendiril-

* Cumhuriyet Savcısı, AÜHF Ceza Hukuku doktora öğrencisi.

lecektir. Bu değerlendirme yapılırken, madde gerekçelerine bağlayıcı bir mertebe verilmediğini, fakat bu gerekçelerin de bir "görüş" olarak gözönünde bulundurulduğunu ilave etmeliyiz.

Sapma, eski kanunda şahısta hata ile yan yana ve eş sonuçlu olarak düzenlenmişti. Yeri geldikçe sebepleri ortaya konacağı üzere, sapma ile şahısta hata arasında böyle bir paralellik kurulması doğaldır. Bu bağlamda, konu "sapma" olunca, şahısta hata ve oradan da kusurluluğu etkileyen hataya yani esaslı hata haline değinmek kaçınılmazdır. Bu nedenle, çalışmamızda TCK'nın 30. maddesine (ceza sorumluluğunu kaldıran hataya) ilişkin yorumlarda bulunduktan sonra, sapma halleri sınıflandırılarak, tek ve çok neticeli sapmada ceza sorumluluğunun kaynağı ve kapsamı üzerinde durulacaktır.

I. SAPMA NEDİR?

Sapma, kastedilen ile gerçekleşen arasındaki farkı ifade eden kavramlardan biridir. Buna göre, araçların yetersizliği veya yeteneksizce kullanılması gibi¹ dışsal bir etken dolayısıyla, failin amaçladığı neticenin yanı sıra² veya sadece amaçladığından başka³ bir neticeyi gerçekleştirmesine "sapma" (inhiraf) denmektedir.⁴ Örneğin A'ya atılan taşın, hedeflenenden başka bir şahsı -B'yi- yaralaması halinde sapma vardır. Bu tanımdan ve örnekten anlaşılacağı üzere, sapma halinde failin tasavvuru ile gerçek bağdaşmamakta ve hareketin neticesi, istenmeyen bir konu üzerinde gerçekleşmektedir.⁵

Sapma da tıpkı esaslı olmayan hata⁶ gibi, kusurluluğu etkilemez. Çünkü, suçun mağdurunun değişmesi, bütün unsurları ile gerçekleşmiş olan bir suçun bulunmasına engel olamayacağından, sapma mey-

¹ Dönmezer Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c. II, 12. Baskı, İstanbul 1999, s. 314.

² Bu ihtimalde "çok neticeli sapma" gerçekleşmiş olacaktır.

³ Bu durumda ise "tek neticeli sapma" gerçekleşmiş olacaktır.

⁴ Bu tanım, hedefte ve suçta sapma halleri için geçerli olmakla beraber; illiyet bağında sapma denilen durumu kapsamamaktadır. Sapma çeşitlerine aşağıda ayrıntılı olarak yer verilerek, bu ihtimal üzerinde de durulacaktır.

⁵ İcel, Kayıhan/Sokullu/Akıncı, Füsün/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoglu, Fatih S. /Ünver, Yener, *Suç Teorisi*, 2. Baskı, İstanbul 2000, s. 278.

⁶ Örneğin, A'nın B'ye sopa fırlattığını sanarken, meğer C'ye fırlatmış olması durumunda esassız bir hata vardır.

dana gelmeseydi fiil suç olmayacaktı denemez; kanun önünde suçun şu veya bu kimse aleyhine işlenmesi arasında fark gözetilemez.⁷ Bir şeyin kusurluluğu etkilemesi demek; artık davranışın psişik yönden faile ait olmasına imkân kalmaması demek olduğuna göre;⁸ ancak fiille arasında kast veya taksirle sağlanan bir sübjektif bağ olması yüzünden, failin kusurluluğundan ve dolayısıyla ceza sorumluluğundan söz edilebilecektir. Sapma durumunda ise failin kusurunu etkileyecek bir sebep söz konusu değildir. Nitekim, TCK'da kusurluluğu etkileyen sebepler; cebir-şiddet-korkutma-tehdit (TCK m. 28), haksız tahrik (TCK m. 29) ve esaslı hata olarak öngörülmüştür (TCK m. 30). Bunlardan cebir, şiddet, korkutma, tehdit ve esaslı hata, kusuru ortadan kaldırır; haksız tahrik ise failin kusurunu azaltır.

Kusurluluğu etkilememeleri açısından sapma ile esaslı olmayan hata, aynı ekseninde değerlendirilebilir. Ancak, vurgulamak gerekir ki, sapma, hata değildir; sapma ile hata arasında fark vardır; sapmada bir hata (yanılgı), hatada da bir sapma esasen mevcut değildir. Bu iki benzer kavramı,⁹ anlamdaş olmaktan uzaklaştıran ayırım şuradadır; hata durumunda kişi bir zan üzere hareket etmektedir; irade, suçun konusunun kimliği veya neliği¹⁰ hususunda yanılgıya düşmekte ve bunu hareket esnasında hiç fark etmemektedir. Diğer bir deyişle, gerçeğin bilinmemesi nedeniyle yanlış bir hüküm verilmektedir.¹¹ Örneğin çalılıkteki kıpırtıyı bir hayvana ait *zannederek*, o tarafa doğru ateş edip

⁷ Dönmezer/Erhan, c. II, s. 323.

⁸ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, 7. Baskı, Ankara 2005, s. 155.

⁹ Benzerlik, maddi konuda hata ile sapmanın bir türü olan hedefte tek neticeli sapma arasındadır.

¹⁰ Suçun konusu açısından, sadece kimlik değil, nelik konusunda da hataya düşülebilir. Bu nedenle esas itibariyle suçun konusu üzerinde düşülen hatayı şahısta hata veya mağdurda hata olarak özgülemek doğru değildir. Mesela A'nın arabası sanarak B'nin arabasını çalan bir kimse kimlikte değil, *nelikte* hata etmiştir. Çünkü bu suçta aslında mağdurdan öte, *şeyde* yanılgıya düşülmüştür. Bu nedenle bu gibi durumlarda genel olarak "maddi konuda hata" demeyi tercih etmekteyiz (Aynı doğrultuda, Öztürk, Bahri/Edem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 193 vd.; İçel/ Sokullu-Akıncı/ Özgenç/Sözürer/Mahmutoglu/Ünver, s. 278). Keza hedefte sapma halinde, sapma sadece mağdurun kimliğinde olacak diye bir kaide artık bulunmamaktadır. Gerçi böyle bir kaide (765 sayılı TCK m. 52) varken de, uygulamanın sadece mağdurda hata veya sapmaya inhisar edilmemesi gerektiğinin savunulduğu da olmuştur (Dönmezer/Erhan, c. II, s. 326); ama kanımızca, 52. madde böyle bir yoruma müsait olmayacak netlikteydi.

¹¹ Dönmezer/Erhan, c. II, s. 314.

bir insanı öldüren kişinin durumu hata kavramı içinde değerlendirilir. Sapmada ise fail zan ile hareket etmemektedir; iradesi ile eylem arasında bir uyumsuzluk aslında bulunmamakta, ama dışsal bir sebeple uyumsuzluk çıkmaktadır. Örneğin A'ya ateş edip, B'yi öldüren kişinin içine düştüğü durum, böyle bir durumdur. Öyleyse sonuçları aynı olsa da, hata içsel; sapma ise dışsaldır.

Bu bağlamda, sapmanın hatanın bir çeşidi olarak sınıflandırılması¹² ya da bu iki kelimenin adeta anlamdaş gibi kullanılmasını da¹³ net bir isimlendirme, kavramsallaştırma açısından isabetli bulmadığımızı eklemek isteriz.¹⁴ Gerçekten de, önceki kanun, 52. maddesinde "*hata veya sair bir arıza*" ifadesini kullanarak maddi konudaki hata ile hedefte sapmayı bir yandan aynı kefeye koymuş, bir yandan da (sapmayı, hatadan başka bir arıza olarak öngörerek) bunların farklı kavramlar, daha doğrusu farklı isimler olduklarını kabul etmişti.¹⁵

II. SAPMANIN ESKİ VE YENİ KANUNDAKİ DURUMU

A. Yeni Kanunda

1. Sapma

Önceki kanunda sapma, sınırlı da olsa yer bulmaktaydı. Hedefte tek neticeli sapma hallerinde tartışmasız uygulanan 52. madde; tipik örneğimizdeki A'ya ateş edip B'yi vurma sonucunu hükme bağlamıştı. Yeni kanunda ise sapma hiçbir şekilde düzenlenmemiştir. Bunun Hata'yı düzenleyen 30. madde bağlamında ifade edilen gerekçesi ise şudur: "*Hükûmet Tasarısı'nın 23. maddesinin birinci fıkrasında 765 sayılı*

¹²Toroslu, s. 172. ; ayrıca Erem de "isabette *hata*" tabirini kullanmayı yeğlemiştir. (bkz. Erem, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, c. I, Ankara 1993, 443 vd. ; Erem, Faruk, Türk Ceza Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1962, s. 473 vd.)

¹³Centel/Zafer/Çakmut, "Çok Neticeli Hata" başlığı altında, çok neticeli sapma ifadesini kullanmaktadır (CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Baskı, İstanbul 2005, s. 443).

¹⁴Aynı doğrultuda görüş için, Yüce, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri, c. I, Manisa 1982, s. 326.

¹⁵Yargıtay da bu iki kavramın ayırt edilmesine yandaş olmuştur; fakat hedefte hata tabirini, hedefte sapma yerine kullanmaktan kaçınmamıştır: "Hedefte hata hali, kişide hatadan tamamiyle ayrıdır. Burada fail kişiyi karıştırmamıştır. Hedefte sapan, failin iradesi değil, fiildir." CGK, 10. 12. 1990, 1-310/333 (Özgeçen, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 2. Baskı, Ankara 2005, s. 579).

Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesinde düzenlemeye paralel olarak şahısta hata ve hedefte sapma hâli düzenlenmiştir. / "Şahısta hata" aslında bir ve ikinci fıkra hükümleri bağlamında düşünülmeli gereken bir durum olduğu için, bu hususa ilişkin ayrı bir hükme yer verilmesi gereksiz görülmüştür. / Keza, hedefte sapma hâli ile ilgili olarak bu madde kapsamında düzenleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Çünkü hedefte sapma hâlinde bir hata söz konusu değildir. Bu durumda suçların içtimali hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorun söz konusudur. Nitekim, uygulamada da hedefte sapma, suçların içtimali ve özellikle fikri içtima bağlamında ele alınmaktadır. "

Hedefte sapmanın, teknik anlamda bir hata olmadığına değinmiştik. Gerekçede, sapmanın ne olmadığına ilişkin ileri sürülen bu düşünceye katılmakla beraber; sapmanın ne olduğuna dair getirilen öneriye iştirak etmiyoruz. Neyse ki, bu öneriler kanunlaşmamış ve sapma halinde farklı çözüm yollarının önü kesilmemiştir. Diğer bir deyişle, failce istenen suç ya da hedefin sapması durumunda, kanunun genel hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla gerekçeye bağlı kalmak zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu konudaki görüş ve incelemelere, sapma çeşitleri bahsine geçince yer verilecektir. Öncelikle, kanunumuzun 30. maddesindeki düzenlemeye kısaca değinmekte yarar olduğu düşüncesindeyiz.

2. Fiili Hata

30. maddenin bir, iki ve üçüncü fıkrası fiili hataya ilişkindir.¹⁶ Fiili hata bir algılama hatasıdır.¹⁷ Bu hata yüzünden suçun unsurlarından birine veya daha fazlasına ilişkin yanlış ortaya çıkmaktadır. İşte bu yanlış, kastı ortadan kaldıran, esaslı bir hatadır.¹⁸ Bu, şu anlama da

¹⁶ TCK m. 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. " 30/4. madde ise, 4. maddede düzenlenmiş olan kural hatasına yönelik bir istisna getirmektedir ("İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz").

¹⁷ Toroslu, s. 158.

¹⁸ Dönmezer/Erhan, c. II, s. 316. Algılama hatası, esaslı olmayan hatada da sözkö-

gelmektedir; şahısta yapılan önemsiz/esassız hata, fiili hata değildir. Maddi konuda hata, ancak konuların değiştirilmesinin suçun bir kurucu unsuru üzerinde etkili olması durumunda, ceza hukuku açısından önemli/esaslı hale gelir¹⁹ ve fiili hataya dönüşür. Aksi takdirde hata, esassızdır; yani kastın ortadan kalktığını düşündürecek bir durum yoktur. Örneğin kendisine ait sanarak, başkasının eşyasını alan kimse- nin hatası esaslıdır. İrade ile gerçek arasında uyumsuzluk olmasaydı, fiil suç sayılmayacağı için; yani fail hataya düşmeseydi, eylem hiçbir suça vücut vermeyeceği için, hukuk bu hatayı önemser ve esaslı kabul eder. Öte yandan, A'nın eşyası sanarak B'nin eşyasını çalan kişinin hatası önemsizdir. Çünkü bu suçun kurucu unsurları bakımından A ya da B fark etmez; mağdurun kim olduğu önemli değildir.

Bazen de *“fail yanılmamış olsaydı, başka bir suç meydana gelecekti”* diyebileceğimiz durumlar olmaktadır. Bu halde de failin hatası ortaya çıkan sonuç açısından esaslıdır, ancak iradede oluşan suçun yansıması bakımından bir değişiklik yoktur (esassızdır). Örneğin ırzına geçtiği mağdurun, meğer yeğeni olduğunu bilmeyen kişi; m. 102/3-c'den değil (bu noktada esaslı hata var), suçun basit şeklinden sorumlu olacaktır. Fail bu hataya düşerken taksirli olsa bile, bu nitelikli hal bakımından taksirli sorumluluk mümkün olmadığından, ceza 102/1 gereğince verilecektir. İrade ile gerçek arasındaki farkın fail lehine değerlendirildiği bu gibi çözümleri, TCK'nın 30/2. maddesi açıkça teyid etmektedir.

Failin hatasının ters istikamette cereyan ettiği durumlarda da ortada bir suç yoktur. Örneğin başkasının bavulunu çaldığı zannıyla kendi bavulunu alan veya başkasının konutuna gizlice girmek kastıyla, kendi konutuna giren kimsenin durumu hatanın terselmiş haline girmektedir. Bu durumda ahlaki bir zaaf içinde olsa da, failin ihlâl ettiği bir hukuki varlık ya da menfaat bulunmamaktadır. Hatanın bir suçun farz edilmesine yol açtığı bu fiiller, ceza hukuku bakımından muhaldir, mefruzdur; mefruz suçtur.²⁰ Ayrıca mefruz suç kavramsallaştır-

nusudur; fakat fiili hatadaki yanlış algılamayı önemli kılan şey, yanlışlığın suçun unsuruna ait olmasıdır.

¹⁹ Toroslu, s. 168.

²⁰ Bkz., ÖZEK, Çetin, “Ceza Normunun Varlığında Hata”, Ünal Tekinalp'e Armağan, c. III, İstanbul 2003, s. 817 vd. Ayrıca, doktrinde bu durumlara elverişsiz teşebbüs veya işlenemez suç isimlendirilmesinin verildiğine de tanık olmaktadır: İçel/So-kullu/Akıncı/Özgenç/ Sözüer/ Mahmutoğlu/ Ünver, s. 277; Özgenç, s. 424.

ması ancak bir kasıt varsa sözkonusudur. Bu nedenle, bir kimsenin taksirle mala zarar vermesini suç zannetmesinin, mefruz suça örnek olarak gösterilmesini²¹ hiç değilse tuhaf bulmaktayız. Çünkü mefruz suçta bir öngörü vardır, ancak bu öngörü büsbütün hayalidir, farz-ı muhaldir. Örnekteki gibi bir taksirli davranışta ise neticeden sonra ortaya çıkan, ancak o vakit ortaya çıkabilecek bir zan (suç zannı) vardır. Kast sonradan oluşabilir, ama taksir sonradan ortaya çıkamaz. O halde taksirin hayali şekli de sonradan ortaya çıkamaz. Dolayısıyla fiilin taksirli şeklinin düzenlenmediği ve fakat öyle sanıldığı durumlarda “*ortada suç yoktur, mefruz suç vardır*” demek yerine; düpedüz ve sadece “*suç yoktur*” demek daha doğru görünmektedir.

Yeniden TCK'nın “*hata*” başlıklı 30. maddesine dönersek; 30. maddenin, fiil üzerindeki hatayı üç fıkrada, üç açıdan öngördüğünü ilave etmemiz gerekir. Bu gruplandırma şu şekilde yapılabilir:

a. Unsur hatası: 30/1. maddede “*Filinin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır*” hükmüne yer verilerek suçun unsurlarına ilişkin hata hali düzenlenmiştir. Bu hatanın, bazen kusuru büsbütün ortadan kaldırarak suçun oluşmasını engellediği; bazen de kusur türünün değişmesi sonucunu doğurduğu ifade edilmiştir.²² Elbette bu değişiklik olursa, kasttan taksire doğru bir yön izleyecektir. Buna göre, bir karartıya, hayvan avlamayı umarak ateş eden avcı, bir başka avcının ölümüne neden olursa “*kasten hareket etmiş olmaz*”. Çünkü failin kastı “*bir insanı*”²³ öldürmeye yönelik değildir. Ancak meselenin burada bırakılmayacağı, eğer meydana gelen sonuç bakımından taksirli sorumluluk kanunda düzenlenmiş ise, failin taksirli davranıp davranmadığının da sorgulanacağı belirtilmektedir. Bunun anlamı şöyle ifade edilmektedir; fail meydana gelen neticeye ilişkin gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, böyle bir sonuç meydana gelmeyecek idiyse, taksirli olarak sorumludur.²⁴

Hata halinde taksirin nerede ve ne zaman aranması gerektiği noktasında biraz daha açıklamada bulunmanın yararlı olacağı düşünce-

²¹ Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 344.

²² Centel/Erman/Çakmut, s. 440.

²³ TCK md. 81: “*Bir insanı kasten öldüren kişi... cezalandırılır.*”

²⁴ Özgenç, s. 421; Centel/Erman/Çakmut, s. 440.

sindeyiz. Çünkü taksirli fiil ile hatalı fiil arasında bazen hiçbir ilişki bulunmayabilir; zira tek başına hata, bir taksir türü değildir. Taksir, kanunun 21. maddesinde şöyle tanımlanmıştır: “*Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.* Hatalı fiilde ya da fiili hatada ise “*bir davranış*” neticesi öngörülerek ve istenerek gerçekleştirilmektedir. Kişi fiili hata içindeyken başka bir gerçeklik dünyasında yaşamakta; sözgelimi bir hayvanı avladığını, sözgelimi kendi eşyasını aldığını zannetmektedir. Sonra da bu zan üzerine kasıtlı bir eylem gerçekleştirmektedir. Halbuki, taksirli bir fiilin neticesi öngörülmez, öngörülse de istenmez. Yani taksir, fiilin bir unsuru olan hareket gerçekleştirilirken aranır. Oysa hata halinde fiil çarpıktır, çarpık hale gelmiştir. Fail, çalılıktaki kıpırtıya ateş ederken artık hiçbir özen ve dikkat yükümlülüğü altında değildir. Çünkü o bir hayvana ateş ettiği zannıyla “*hareket*” etmektedir. Dolayısıyla “*neticeye ilişkin gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı*” ifadesi,²⁵ taksirin esaslarıyla tutarlı, fakat hatanın esaslarıyla tutarsızdır. Bu nedenle “*taksirli sorumluluk hali saklıdır*” ifadesi, şerh edilmeye muhtaçtır.

Bu düşüncemiz ile bir fiilin taksiri, yani manevi unsuru olarak hatanın tek başına yeterli kabul edilmesine yol açacak yaklaşımları engellemeyi amaçlamaktayız. Yoksa, fiili hatada taksirli sorumluluğun olamayacağını savunuyor da değiliz. Kanımızca, kusurun olup bittiği yer, hataya düşüldüğü ana kadardır. Hata ve sonrasındaki davranış ise fiilin manevi unsur bakımından bir parçası değildir. Bu hususu, hatayla zararlı bir sonuca neden olmak durumuyla da karıştırmamak gerekmektedir. Örneğin, trafikte dikkatsizlik sonucu kırmızı ışıkta geçerek hataya düşen şoför, bunun sonuçlarından taksirli olarak sorumludur; bu durumda fiili hata da yoktur. Ancak güneş ışınlarının lambaya vurması yüzünden, sadece bu yüzden yeşilde geçtiği zannına kapılan kişi ise fiili hata etmiştir; taksirli sorumluluk bile doğmamalıdır. Böyle bir durumda, sadece failin objektif özen yükümlülüğüne aykırılığı ışıkları yanlış görmeye sebep olduğunda taksirli sorumluluk meydana gelebilir. Mesela, fail uykusuz olarak yola çıkmışsa ve bu taksir de hataya (kırmızı ışığı yeşil sanmaya) sebep olmuşsa; doğan neticelerden taksirli sorumluluk meydana gelecektir.

²⁵ Özgenç, s. 421.

Özetlemek gerekirse, hatadan doğan tipik sonuçlarda taksirin varlığına alelacele hükmedilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Her hatada felsefi anlamda bir kusur/kabahat/taksir... zaten mevcuttur; mesele bazen bununla karıştırılmaktadır. Bu nedenle, hata ve taksir kombinasyonunun adeta “özen gösterseydi, hataya düşmezdi; hataya düştüğüne göre özensizdir” biçiminde anlaşılması karşısında, cezai sorumluktan tamamen sıyrılmış bir fiili hata bulmak çok zor olacaktır.²⁶ Ne var ki, bu tarz bir anlayış, taksirle örtülmüş bir objektif sorumluluğu çağrıştırmaktadır. Bu nedenle failin bir hukuki değeri ihlal etmesine sebep olan hataya kaynaklık eden taksirin sabit ve muayyen olması gerektiğine dikkat edilmelidir.

b. Suça etki eden sebeplerde hata: TCK'nın 30/2. maddesinde ise “Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” kuralı konarak, hafifletici veya ağırlaştırıcı sebepler hakkındaki hatanın da fail lehine değerlendirilmesi gerektiği öngörülmüştür. Bu durumda, olayda suça etki eden bir neden olmadığı halde var zanneden ya da böyle bir neden olduğu halde bunu bilmeyen veya yok zanneden kişi, bu hatasından yararlanır. Örneğin sıradan bir taşı, altından yapılmış sanarak çalan kişi 145. maddede öngörülen hafifletici sebepten yararlanacaktır. Keza annesini öldürmek isteyen bir kişiye, karanlıkta annesi zannettiği kadını öldürdüğünde, 82. maddedeki ağırlaştırıcı sebep uygulanmayacaktır.²⁷

c. Hukuka uygunluk sebeplerinde ve kusurluluğu etkileyen sebeplerde hata: 30. maddenin 3. fıkrasında yer alan “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda

²⁶ Gerçekten, bu konuda verilen bazı örneklerde failin kusurlu hatalı olduğuna peşinen hükmedilmektedir. Örneğin askerlikten terhis olup gelen A'nın, babası tarafından hasmı zannedilerek vurulması örneğinde denmektedir ki; “baba biraz daha dikkat ve özen gösterseydi, bahçede bulunan kişinin, oğlu olduğunu farkedebilirdi” (Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005, s. 387). Keza Dönmez-Erman da (c. II, s. 316) “çalılık arkasında bir şeyin kimıldamakta olduğunu görüp de bunu av hayvanı sanarak ateş eden, fakat bir hayvanı vuran avcı, yanılmıştır; fakat yanılması büsbütün kusursuz değildir, zira gereken dikkat ve özeni göstermemesinden ileri gelmiştir...” diyerek işaret ettiğimiz önyargıya kapılmışlardır.

²⁷ Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatları da bu doğrultudaydı. Örnekler için bkz. Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, 3. Baskı, Ankara 2002, s. 691.

kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” hükmü ise hukuka uygunluk sebeplerinde veya kusurluluğu etkileyen sebeplerde²⁸ hataya düşülmesi halini düzenlemektedir. Bu da fiili hatanın bir türüdür, çünkü fiilin negatif bir unsuru olan²⁹ “hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması” şartı üzerinde yanılığın oluşmuştur. Diğer bir deyişle, fiili hukuka uygun kılan bir sebep bulunmamasına rağmen, failin böyle bir sebebi var sanması söz konusudur.³⁰ Örneğin, asayişin olmadığı bir yerde, karanlık bir sokakta yürüyen kişi, arkadan koşarak gelmekte olan kimsenin kendisine saldıracağını zannettiğinde, meşru müdafaa-nın olduğu hususunda yanılmaktadır.³¹ Bu kişi, hatasından m. 30/3.

²⁸ Cebir ve tehdit gibi etkenlerin kusurluluğu tamamen ortadan kaldırdığını; haksız tahriğin ise kusuru azalttığı ifade edilmişti. 30/3. madde, doğal olarak genellikle hukuka uygunluk sebepleri bağlamında ele alınsa da, kişinin cezai sorumluluğunu tamamen kaldıran hallerde veya sorumluluğu azaltan haksız tahrik halinde de hataya düşmesinin mümkün olduğunu gözardı etmemek gerekir. Mesela, haksız bir fiilin varlığı konusundaki yanılığın kaçınılmaz ise, TCK m. 29 gereğince failin cezası indirilir (bu konuda bkz., Öztürk/Erдем, s. 196 vd.). Biz de anlatımımızda hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı/yokluğu meselesini merkeze almayı yeğledik; çünkü bu konu, hukuka uygunluk sebepleri çerçevesinde daha sık gözlemlenmekte ve tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

²⁹ Toroslu, s. 79.

³⁰ Tersine bir durumda, yani hukuka uygunluk sebebi varken yok sanılarak, güya suç işlendiğinin zannedilmesi durumunda ise mefruz suç vardır, suç işlenmiş sayılamaz. Hatta Dönmezer/Erman (c. II, s. 21) ve İçel/Sokullu/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver (s. 111) bu bağlamda şu örneği de nakletmektedirler: “Bir kimse husumet beslediği bir kişiye rastlayıp da ona ateş etse, fakat bu kişi daha önce faili öldürmek amacıyla ona nişan almış durumda bulursa, diğer bir deyişle, fail mağdurun tecavüz etmek üzere olduğunu bilmese ve ateş etmiş olması kendini savunmak amacıyla olmasa olmasa da meşru müdafaa varlığını kabul etmek gerekir.” Özgenç ise objektif olarak hukuka uygunluk sebebinin varlığı, fakat failin bilincinde olmadığı durumlarda faili teşebbüsten cezalandırmak gerektiğini savunmaktadır (s. 429).

³¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 6. 2. 1995 tarih ve 1/34 esas sayılı kararında buna benzer bir olayda hukuka uygunluk sebebinin objektifliği ölçütünü korumuş, ancak meseleyi sınırın aşıp aşılmadığı noktasına getirmiştir. Elbette bu tarz bir değerlendirme isabetli değildir. Çünkü sınırın aşılması olgusunda objektif ve sübjektif olarak bir meşru müdafaa doğar; sonra müdafaa'nın meşruluğunu tartışmalı kılan aşırılık meydana gelir. Ceza Genel Kurulu'nun kararı özetle şöyledir: “...Yolun kapatıldığını ve silahlı şahısların olduğunu gören sanık, bu kişilerin silahlarını bırakarak yaklaşmalarını söylemiş, onlar yaklaşırken arka taraftan silah atılması üzerine havaya iki el ihtar atışı yapmış ve bu arada, saldırıya uğradıklarını zanneden jandarma erleri, silah sesinin geldiği yolun dışındaki çalılık bölgeye doğru ateş etmişlerdir. Burada bulunanların ‘biz korucuyuz, ateş etmeyin’ demeleri üzerine ateş kesilmiş ve yaralılar hastaneye kaldırılmışlardır... Sanıklar, ihbar üzerine gece vakti teröristlerin yolu kestiği ve baskın yapacakları endişesi ile olay yerine gelip gerekli güvenlik önlemlerini almışlar, bu sırada topluluktan ateş edilmesi üzerine

gereğince yararlanacaktır. Ancak burada şu hususa dikkat edilmelidir; 30/3'te mazur görülen hata, bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarının oluşup oluşmadığı noktasındaki hatadır.³² Örnekteki kişinin meşru müdafanın maddi şartlarının oluştuğunu sanması gibi... Ama, adeta yeni bir hukuka uygunluk sebebi ortaya çıkaran ya da var olan hukuka uygunluk sebebinin genişleten fiiller, fiili hata değil, kural hatasıdır. Örneğin acı çeken hastasının ötenazi talebine uygun müdahalede bulunan doktor, kanunun bu fiili hukuka uygun kabul ettiğini düşünerek davranmışsa da, hatasından yararlanamaz.³³

Kanun, m. 30/3 bağlamında hatanın "kaçınılmaz" olmasını istemektedir. Bu ibare; hatanın taksirli olması halinde ve fiilin taksirli şekli düzenlenmişse failin cezai sorumluluğunun doğacağı şeklinde açıklanmaktadır.³⁴ Öte yandan bu konuda, "hukuka aykırılığa taalluk eden hatanın taksiri ile suçun kusurluluk unsuru arasında bir rabıta olmadığı"³⁵ ifade edilmiş olduğu gibi; hukuka uygunluk sebeplerinde hata eden kişinin, taksirli olamayacağı, bilakis fiili gerçekleştirirken kasıtlı hareket ettiği de ileri sürülerek, bu noktada taksirle bağdaşmayan bir durumun ortaya çıkacağı da savunulmuştu.³⁶ Keza, fail taksirli olarak yanılabilir, özel bir düzenleme³⁷ yoksa, genel taksir kavramının bu tür yanılmaya

bu ruh haleti içinde ve Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ile Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetki Yönetmeliği'nin tanıdığı yetkiler çerçevesinde mevcut saldırıyı önlemek amacıyla ateş etmişlerdir. Bu oluşa göre sanıkların yasal savunma sınırlarını aşmadıkları, öldürme ve yaralama fiilini yasal savunma koşulları altında işledikleri anlaşıldığından direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir." (Kaban, Mater/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/Yalvaç, Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 2001, s. 68 vd.)

³² Özgenç, s. 425. Dönmezer/Erman da bu hususun altını çizmekte ve hukuka uygunluk sebebinin kapsam ve muhtevasına ilişkin olmayan hatayı, fiili hata olarak kabul etmektedir (c. II, s. 26).

³³ Özgenç, s. 425.

³⁴ Toroslu, s. 124; Centel/Erman/Çakmut, s. 296; Demirbaş, s. 231; Özgenç, s. 430. Bu konuda ayrıca bkz., Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Ankara 1995, s. 149 vd.

³⁵ Kunter, Nurullah, *Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1949, s. 152.

³⁶ İçel/Sokullu/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 113.

³⁷ Bu bağlamda şu düzenlemeler örnek olarak verilmiştir: İsviçre Ceza Kanunu m. 19/2: "Gereken ihtimam sayesinde hatayı bertaraf edebilecek olan suçlu, kanun fiili taksirli bir cürüm olarak cezalandırıldığı takdirde, taksir sebebiyle ceza görür"; İtalyan Ceza Kanunu m. 59: "Fail cezayı bertaraf eden sebeplerin varlığına hata ile inanıldığı takdirde, bu sebepler daima onun lehine olarak nazara alınır. Ancak, taksirden doğan bir hata sözkonusu olduğunda, fiil kanunen taksirli bir cürüm olarak öngörülürmüştü, cezalandırılma bertaraf edilmiş olmaz." (Dönmezer/Erhan, c. II, s. 26.)

uygulanamayacağı, dolayısıyla eylemin hukuka aykırı sayılmasının mümkün olmadığı da kaydedilmişti.³⁸ Artık kanunumuz, bu hususta bir düzenlemeye sahiptir. Buna göre hukuka uygunluk sebebinin oluştuğu noktada hataya düşen kişi, bu hatası kaçınılmaz ise, hukuka uygun hareket etmiş kabul edilecektir. Kaçınılmazlık ölçütü, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılması gereğinin bir sonucu olarak anlaşılmalıdır. Öyleyse, kaçınılabılır hatada taksir vardır. Bu halde faili cezalandırabilmek için, fiilin taksirli şeklinin düzenlenmesi gereğini şart koşan İtalyan Ceza Kanunu da bu tespiti doğrulamaktadır. Bizim kanunumuza göre de, “*gerekli dikkat ve özeni gösterseydi, hukuka uygunluk sebebinin doğmadığını fark edebilecekti*” dediğimiz bir kişi, kaçınılabılır hataya düşmüş olarak kabul edilecek ve taksirli olarak sorumlu olacaktır.³⁹

B. Eski Kanunda

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 52. maddesinde şu hüküm bulunmaktaydı: “*Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faille tahmil olunmaz. Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlenmiş gibi telâkki olunarak, fail cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffefeden istifade eder*”. Bu maddede (mağdurun kimliğinde) hata ve sapma (“*sair bir arıza*”) halleri düzenlenmişti. Önce hataya değinirsek; maddede cezai sorumluluğu etkilemeyen, yani esassız hata düzenlenmişti.⁴⁰ Bu hata da tüm maddi konuyu kuşatıcı bir tarzda değil de, sadece şahısta hata açısından düzenlenmişti. Örneğin failin A’yı öldürmek istediği, fakat karanlıkta yanılarak B’yi A zannederek öldürmesi gibi bir durumda 52. madde uygulanmaktaydı. Ölenin sıfatından kaynaklanan şiddet sebebi (örneğin hatayla öldürülen, failin annesi) olduğunda ise ceza ağırlaştırılmıyordu. Sapma bakımından ise 52. madde, şahısta yapı-

³⁸ Dönmezer/Erhan, c. II, s. 27.

³⁹ Centel/Erman/Çakmut, s. 297.

⁴⁰ Bilakis, yeni kanunda 30. maddede, sorumluluğu kaldıran önemli (esaslı) hata halleri düzenlenmiştir. Şahısta esassız hata gibi önemli olmayan hatanın ise, tıpkı eski kanunda olduğu gibi ceza sorumluluğuna etki etmeyeceği, 30/1. maddenin anlamından çıkarılabilecek bir sonuçtur. Bu hususta yukarıda fiili hata hakkındaki açıklamalarımızın yeterli olacağı kanısındayız.

lan esassız hata ile aynı sonuçları öngörmüştü. Yani hata ile değil de, aracın doğru kullanılmaması, kuvvetli rüzgâr gibi harici bir sebeple suçun kastedilenden başkasına karşı işlenmiş olması halinde de aynı çözüm öngörülmekteydi. O halde 1926 tarihli TCK'da sadece hedefte tek neticeli sapmanın hükme bağlanmış olduğunu ifade edebiliriz. Yani kastedilen sonucun, başkası üzerinde gerçekleşmesi aranmaktaydı; hem istenen, hem de istenmeyen kişi veya kişilerin zarara uğraması karşısında ise 52. madde yanıt olamıyordu.⁴¹ Bu tarz olaylarda genel hükümlerden hareketle değerlendirme yapılmaktaydı.

Bu arada, eski kanunun 52. maddesinin, sapma veya hatayla meydana gelen sonuç ile kastedilen sonuç arasında mahiyet farkı olması durumunda da uygulanmaya elverişli olmadığını belirtmemiz gerekir. Örneğin bir kimseyi yaralamak kastıyla atılan taşın, o kimseye isabet etmeyip, arabanın camını kırmasında da sapma ve tek netice vardır, ama suç değişmesi de vardır. 765 sayılı kanunun 52. maddesi bu gibi suçta sapma hallerini kapsamadığı için, bu durumda da genel ilkelere göre çözümlenme yapılmaktaydı. Kısaca, eski kanun, sapmanın orijinal şekli olan hedefte tek neticeli sapma dışındaki sapma hallerini doğrudan bir hüküm altına almamıştı.

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda sapmanın hiçbir çeşidine yer verilmediği hususunu yinelediğimizde, 30. maddedeki hata hükümlerinin sapmanın herhangi bir oluş biçimine çözüm olabilecek nitelikte olmadığını da vurgulamak gerekecektir. Ancak bu durumun çok büyük zorluğa yol açacağı fikrinde değiliz. Çünkü 765 sayılı kanun yürürlükteyken de tek neticeli sapma dışındaki sapma halleri (çok neticeli sapma, suçta sapma, illiyet bağında sapma) genel ilkelere bırakılmıştı. Artık bunlara tek neticeli sapma da eklenmiştir. Kanımızca, sapma durumunda hangi sonuçlara varılacağını, yeni kanun herhangi bir maddesiyle zorunlu olarak dolaylamış da değildir. O halde, mesela gerekçede ifade edilen hedefte sapmayı suçların içtimaı bağlamında ele almak gibi çıkarımlara da uymak zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle, çeşitli sapma halleri karşısında uygulanması gerektiğini düşündüğümüz çözüm yolları aşağıda belirtilecektir.

⁴¹ Yargıtay ise, hareketin hedeflenen konunun dışında ayrıca başka bir konu üzerinde de netice doğurması halinde bile, sorumluluğu 765 sayılı TCK'nın 52. maddesine göre tayin edebiliyordu. Bu doğrultudaki bazı kararlar (1. CD, 1. 2. 1983, 208/208; CGK, 10. 10. 1975, 4-259/278) için bkz. Özgenç-Şahin, s. 387 vd.

III. SAPMA ÇEŞİTLERİ VE CEZAI SORUMLULUĞUN BELİRLENMESİ SORUNU

A. Hedefte Sapma

1. Hedefte Tek Neticeli Sapma

Bir inhiraf (sapma) nedeniyle, kastedilen neticenin başka bir şey veya kimse üzerinde gerçekleşmesine hedefte tek neticeli sapma denir. Örneğin fail A'ya ateş ettiği halde; elinin titremesi veya mermi yoluna aniden üçüncü bir kişinin girivermesi gibi bir sebepten dolayı⁴² B'nin bu kurşuna maruz kalması durumunda tek neticeli sapma vardır. Bu halde, eski kanunun 52. maddesi doğrultusunda uygulamada bir duraksama yaşanmamaktaydı.

Mesela, saldırganlara ateş etmek isterken, kendisini saldırganların elinden kurtarmak isteyen gece bekçisini öldüren sanığın kasten adam öldürmeden cezalandırılması uygun bulunmuş; bir şahsa ateş etmek isterken, olay yerine gelen tanıkların elinden almak istedikleri tabancanın patlamasıyla başkasının öldüğü olayda ise sanığın eyleminin taksirle ölüme sebebiyet verme değil, kasten adam öldürme olduğu kabul edilmiştir.⁴³ Yeni kanunumuzla birlikte bu hususta önceki kararlardan farklı bir yol izlemek elbette mümkündür. Nitekim öğretide bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, tek neticeli sapmada biri tamamlanmış iki suç bulunmaktadır.⁴⁴ Buna göre istenen suç açısından teşebbüs, gerçekleşen suç açısından ise olası kast ya da taksir sorumluluğu doğmalıdır. Yani yukarıdaki örneğe göre, fail A'yı öldürmeye teşebbüsten, B'yi ise öldürmekten cezalandırılacaktır. Ölüm neticesine yönelik sorumluluğu ise taksir veya olası kasttan hangisinin var olduğu belirleyecektir.⁴⁵

⁴² Dönmezer/Erhan, c. II, s. 323.

⁴³ CGK, 15. 2. 1982, 287/43; CGK, 1. 11. 1971, 460/357 (Centel/Erman/Çakmut, s. 442).

⁴⁴ İçel/Sokullu/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 279; Özgenç, s. 579 vd; Yüce, s. 326.

⁴⁵ Özgenç, s. 579. Ayrıca, tek neticeli sapmada, biri teşebbüs aşamasında kalmış kasıtlı bir suç, diğeri ise (kanunda taksirli şekli düzenlenmiş ise) tamamlanmış taksirli suç olmak üzere iki suçun ortaya çıktığını olduğunu kabul edip, öte yandan bu suçlar arasında fikri içtima ilişkisi kuran görüş için, Öztürk/Erdem, s. 194.

Diğer bir görüşe göre ise,⁴⁶ failin sadece meydana gelmiş fiilden sorumlu tutulması gerekir. Bu fiil ise gerçekleştirilmek istenen neticenin, başka bir maddi konu üzerinde gerçekleştirilmesinden ibarettir. Bu nedenle fail lehine bir çözümlemeyle failin işlemek istediği tek suçtan sorumluluk doğmalıdır. Eski kanunun yaklaşımını teyid eden bu görüşe biz de taraftarız. Çünkü tek neticeli saptamada bütün unsurları ile oluşmuş bir suçun sadece konusu⁴⁷ değişmiş oluyor. Tıpkı şahısta hata gibi tek neticeli saptamada da fiilin başka bir kişi veya karşı işlenmiş olması, kusurluluğa etki etmez. Öyleyse kusurluluğun kalkması söz konusu olamayacağı gibi, değişmesi de mümkün değildir. Gerçekten de, tek neticeli saptamada, ortada biri kastedilip de gerçekleşmeyen netice bakımından teşebbüs halinde kalmış bir suç, diğeri ise kasıtlı olmayarak gerçekleşen netice bakımından taksirli bir suç olmak üzere iki suç bulunuyor değildir.⁴⁸ Ortada tek netice ve tamamlanmış tek suç vardır;⁴⁹ bu da, sübjektif olarak kurgulanan ve fakat diğer bir şey veya kişi üzerinde gerçekleşen neticeden başka bir netice değildir. Dolayısıyla bu çözümde yeni bir manevi unsur icat edilmiş değildir.

Bu nedenlerle, suçun kastolunan kişiye karşı işlenmiş varsayılmasını en uygun çözüm yolu olarak kabul ediyoruz. Hal-i hazırda da bunu engelleyecek bir yasa hükmü bulunmamaktadır. O halde uygulamada, 765 sayılı TCK'nın 52. maddesindeki sonuçlara uygun olarak süregelen görüş ve kararların⁵⁰ devam etmemesini gerektirecek zorunlu bir sebep de yoktur. Sadece, eski kanunun 52. maddede kurduğu

⁴⁶ Dönmezer/Erhan, c. II, s. 323, Demirbaş s. 349; Soyaslan, s. 453; Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, c. II, İstanbul 1989, s. 354.

⁴⁷ Daha önce de (bkz. 10 no. lu dipnot) belirttiğimiz gibi, saptamada ve hatada değişenin sadece mağdur olmayabileceği, daha üst bir kavram olarak maddi konu denmesinin daha isabetli olacağını düşünüyoruz. Eski kanunun 52. maddesindeki "... kastettiği şahıstan başka bir şahsın zararına..." ifadesi, tek neticeli saptamayı ve esassız hatayı sadece şahsın (mağdurun) kimliğiyle sınırlamaktaydı. Artık, kanunumuzda sapmanın bu kadarı bile düzenlenmemiş olduğuna göre, varılacak sonuçlar bakımından mağdurun kimliğinde sapma haliyle yetinmemek de gerekecektir.

⁴⁸ Dönmezer/Erhan, c. II, s. 324.

⁴⁹ Önder, c. II, s. 356.

⁵⁰ Örneğin; "Sanık, başkasını yaralamak isterken, kurşun babasına değdiğine göre, TCK'nın 52. maddesi gözetilmeyerek eylemin babaya karşı işlendiğinden söz edilmesi yanlış olur" (4. CD, 1. 6. 1979, 3881/3631); "...saldırganlara ateş etmek isterken, kendisini saldırganların elinden kurtarmak isteyen genelev bekçisini öldüren sanığın, kasten adam öldürmeden cezalandırılması gerekir" (CGK, 15. 2. 1982, 1-287/43); kararlar için bkz. Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, c. I, 2. baskı, Ankara 1998, s. 1074 vd.

varsayımın, tek neticeli sapmanın olduğu bir olayda ayrıca ve somutça kurulması gerekecektir. Bu arada, kastedilen suç yönünden teşebbüse, gerçekleşen sonuç içinse taksirli veya olası kasıtlı sorumluluğa hükmedilebilmesi, ancak herhangi bir "arıza" yani sapma yoksa kabul edilmelidir. Örneğin failin A'ya fırlattığı sopa, fırtına nedeniyle hedeften saparak B'yi yaralamışsa; fiilin A üzerinde gerçekleştiği varsayımı kurulmalı fikrindeyiz. Ancak failin sopayı fırlattığı A, yüzüne doğru gelen cismi fark edip hemen eğildiği için, sopanın B'ye isabet ettiği gibi bir olayda iki ayrı sorumluluk rejimi doğmalıdır. Sorunu bu şekilde çözdüğümüzde, meydana gelen bazı isabetsizliklerde, teknik anlamda hedefte sapma doğmuş olmayacaktır. Böyle istisnai durumlarda, hedef konu açısından teşebbüsten, diğer konu açısından da (kusur varsa) tamamlanmış bir suçtan (ayrı ayrı) sorumluluk yolu açılabilir.

Tek neticeli sapmayı bu şekilde ele alınca, suça etki eden sebepler meselesine de ayrıca değinmek gerekir. Eski kanun, bu noktada doğabilecek problemlerden ikisini (gerçekleşen sonuçta ağırlaştırıcı sebep bulunması ve kastedilen suçta hafifletici sebeplerin bulunması) çözecek, gene fail lehine bir tutum izlemeye devam etmişti.⁵¹ Tek neticeli sapmada sadece bir suçun olduğu yönündeki düşüncemizin doğal sonucu olarak eski kanunun yaklaşımına katılmaktayız.⁵² Bu konuda karşımıza çıkabilecek çeşitli ihtimallerden hareketle genel olarak şu sınıflandırma yapılabilir:

a. Gerçekleşen sonuçta ağırlaştırıcı sebeplerin bulunması: Sapma sebebiyle oluşan başka sonuçta, fiilden kaynaklanmayan, tamamen maddi konudan doğan bir şiddet sebebi varsa da, faile uygulanmamalıdır.⁵³ Örneğin komşusunun arabasına attığı taşın, trafik polisinin arabasına isabet etmesi durumunda; fail, 152. maddedeki şiddet sebepli mala zarar verme suçundan değil, 151. maddedeki suçun basit şeklinde sorumlu olacaktır. Keza, A'ya fırlatılan sopanın, ona değil de gebe

⁵¹ "...cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz. Belki cürüm kastolunan şahsa karşı işlenmiş gibi telakki olunarak fail, cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffifeden istifade eder."

⁵² "TCK. nun 52. maddesi ile kabul edilen sisteme göre sanık ancak meydana gelen eylemden sorumludur. Kastedilen kimsenin eylemden zarar görmemesi ve zarar gören kimsenin sıfatından doğan cezayı ağırlaştırıran nedenin sanığa yükletilmemesi, bu hukuki sistemin sonucudur." CGK, 15. 1. 1968, 110/2 (Artuk/Gökçen/Yeni-dünya, s. 686).

⁵³ Dönmezer/Erhan, c. II, s. 327.

bir kadına isabet ederek, çocuğun vaktinden evvel doğmasına yol açması gibi bir olayda da mağdurdan kaynaklanan bu şiddet sebebi (m. 87/1-e) faile uygulanmamalıdır.

Maddi konunun niteliğinden değil de, failin hareketinden⁵⁴ veya sübjektif durumundan⁵⁵ kaynaklanan ağırlaştırıcı sebepler ise faile yüklenmelidir. Bu, mağdurun değişmesinin herhangi bir rol oynamadığı,⁵⁶ suçun işleniş şekliyle doğan⁵⁷ bir ağırlaştırıcı sebebin bulunması anlamına gelmektedir. Örneğin A'yı eziyet çektirerek öldürmek isterken, sapma gibi bir arıza sonucunda B'yi eziyetle öldüren kimse m. 82/1-b'den sorumlu tutulmalıdır; zira bu şiddet sebebi, mağdurla ilgili değildir. Aynı şekilde tasarlayarak, kan güderek veya töre saikiyle adam öldürme fiilinde de doğrudan doğruya suçtan zarar gören kişiden doğmayan bir şiddet sebebi bulunduğundan; fail, nitelikli adam öldürmeden sorumlu tutulmalıdır.⁵⁸ Nitekim Yargıtay da, tasarlama eyleminde bulunan kişinin sapmadan yararlanacağına, yani bu ağırlaştırıcı sebebin suçtan zarar görenin sıfatından kaynaklandığına karar vermiştir.⁵⁹

b. Kast edilen suçta hafifletici sebebin bulunması: Hedefte tek neticeli sapmada, sübjektif yöne verdiğimiz üstünlüğün dolaylı bir sonucu da, failin gerçekleştirmek istediği suçta bulunan hafifletici sebeplerden yararlanabilmesidir. Örneğin A, kendisini haksız tahrik eden B'yi öldürmek amacıyla ateş eder de, kurşun yoldan geçen C'ye isabet ederek onun ölümüne sebep olursa; A'nın, kastettiği suçta bulunan hafifletici sebepten (m. 29, haksız tahrik) faydalanması gerekir.

c. Kast edilen suçta ağırlaştırıcı sebebin bulunması: Bu ihtimalde verilen klasik örnek, failin babasını öldürmek isterken, hedefte sapma sebebiyle, başka bir şahsı öldürmesi durumudur. Gerçekleşmeyen suçta bulunan hafifletici sebeplerden faili yararlandırmanın simetrik

⁵⁴ Örneğin silahla yaralama (m. 86/3-e).

⁵⁵ Örneğin kan gütmeye saikiyle adam öldürme (m. 82/1-j).

⁵⁶ Dönmezer/Erhan, c. II, s. 328.

⁵⁷ Demirbaş, s. 352.

⁵⁸ Dönmezer/Erhan, c. II, s. 332; Demirbaş, s. 352; Önder, c. II, s. 335.

⁵⁹ "Öldürülmesi kastolunanın yerine başkasının öldürülmesi halinde taammüden dolayı cezanın teşdidine mahal yoktur" Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 8. 7. 1936, 14/32. (kararlar için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 687, 690). Bu konuda ayrıca bkz., Ersoy, Yüksel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002, s. 114, 95 no. lu dipnot.

sonucu, gerçekleşmeyen şiddet sebeplerinin de faile uygulanmasıdır. Fakat bu durumda bir mefruz suçun faile yükletilmesi söz konusu olacaktır ki; dış dünyaya yansımamış, daha doğrusu farklı yansımış bu iradeden faili sorumlu tutmak, TCK'da açık bir hüküm var olmadığı sürece mümkün değildir.⁶⁰ Bu yüzden, "baba öldürmek istenirken, başka bir kişinin öldürülmesi" gibi örneklerde subjektif yöne taraftar olmaktan vazgeçerek, failin suçun basit şeklinden sorumlu tutulması gerektiğini düşünmekteyiz.

Hatta hem kastedilen suçta, hem de gerçekleşen sonuçta ağırlaştırıcı sebebin bulunması halinde dahi, fail sadece suçun basit şeklinden sorumlu tutulmalıdır. Örneğin A, kızını öldürmek için ateş etmiş ve kurşun oğluna isabet etmişse, hem kastedilen suçta, hem de gerçekleşen sonuçta bir şiddet sebebi vardır.

Bu örnekte, daha önce kabul ettiğimiz iki ölçüt bir arada bulunmaktadır. Şöyle ki, oğlun ölümünde, mağdurun sıfatından kaynaklanan bir ağırlaştırıcı sebep bulunmaktadır; bu, faile uygulanmamalıdır. Kastedilen suçtaki şiddet sebebi bakımından ise mefruz suç vardır, yani suç yoktur. Dolayısıyla kızına ateş edip oğlunu öldürmek; annesine ateş edip babasını öldürmek gibi örneklerde fail, adam öldürmenin nitelikli hallerden sorumlu tutulmamalıdır.⁶¹

⁶⁰ Dönmezer/Erhan, c. II, s. 334. Aksi yönde görüşler için, Erem, s. 447 vd.

⁶¹ Dönmezer/Erhan, c. II, s. 329; Demirbaş, s. 352; Önder, c. II, s. 335; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 691. Öte yandan Yargıtay bir kararında mefruz suç açısından bakmayarak, failin işlemeyi kastettiği suçta bulunan ama dış dünyaya çıkmayan şiddet sebebinin uygulamaktan yana olmuştur: "... Sanık karısını öldürmek kastıyla ateş etmiş, fakat asıl hedefine de isabet eden mermiler, kadının kucağındaki kızına dahi isabet ederek hedefte hata nedeniyle çocuğu öldürmüştür. Kadın ise yaralanmış fakat ölmemiştir... Hafifletici sebeplerden faydalanılacağını bildiren madde hükmü, sadece çocuğun sıfatından doğan şiddet sebeplerinin sanığa yükletilmesine engeldir. Ama doğrudan doğruya öldürülmek istenen kadının sıfatından doğan ağırlaştırıcı sebebin uygulanmasını ve CK'nın 449/1. maddesiyle ceza tayinini önleyici bir nitelik taşımamaktadır. Tersine, sanığın tıpkı karısını öldürmüş gibi ceza görmesi, 52. maddenin kabul ettiği ilkeye ve adalet ölçülerine tamamen uygundur... Aksi halde, sanığın arasında hiçbir akrabalık bağı bulunmayan bir kişiyi hedef aldığı sırada başka herhangi bir kimseyi öldürmesi halinde, göreceği cezayı kendisine vermek gerekecektir ki, bu hal hukuk ölçülerinin ve adalet dengesinin sebepsiz olarak sanık lehine bozulması sonucunu doğurur..." CGK, 19. 2. 1973, 1-446/163 (Yaşar, Osman, *Uygulamada Türk Ceza Yasası-Genel Hükümler*, Ankara 2000, s. 848).

2. Hedefte Çok Neticeli Sapma

Failin kastettiği netice ile birlikte, istemediği diğer netice veya neticelerin meydana gelmesi halinde çok⁶² neticeli sapmadan söz edilir. Örneğin A'ya sıkılan kurşunun, A'nın vücudundan çıkarak B'ye de isabet etmesi durumunda çok neticeli sapma vardır. Keza birkaç el ateş edilip de kurşunlardan birinin, hedeflenmeyen şahsı yaralaması halinde de bu kavram akla gelecektir. Sapmanın bu çeşidinde, meydana gelen neticelerin hangi hükümler kapsamında değerlendirileceği tartışmalıdır.

30. maddenin gerekçesinde, suçların içtimaı hükümleri bağlamında bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir. Eğer kastedilen, zincirleme suç ise, gerçekleşen tüm neticelerin gerisinde *"bir suç işleme kararının icrası"*nın (m. 43) olduğu da kabul ediliyor demektir ki böylesi bir kabul, sapmanın tabiatıyla bağdaşmaz.⁶³ Öyleyse, sapma ve zincirleme suçun aynı noktaya bağlanmaları mümkün değildir. Fakat bu durum gözardı edilerek, çok neticeli sapmada gerçekleşen neticelerin aynı (örneğin A'nın vücudunu delip çıkan kurşunun B'yi de öldürmesi) olması halinde, zincirleme suç kapsamındaki 43/2. maddenin⁶⁴ uygulanması; sonuçların farklı olması halinde (örneğin A'yı öldürüp vücuttan çıkan kurşunun B'yi yaralaması) ise fikri içtimanın uygulanması (44. madde) gerektiği savunulmuştur.⁶⁵ Gerçekleşen neticelerin

⁶² Doktrinde genellikle iki neticeli veya çift neticeli sapma denilen bu duruma, çok neticeli sapma demek yanlışsızdır. Çünkü istenen neticenin yanı sıra gerçekleşen başka netice, aslında en az bir tanedir; yani birden fazla olabilir; örneğin bir trene zarar verme için fırlatılan taşın veya taşların, trenin camını kırması ve de içeridekilerden birinin ölümüne, diğerinin ise yaralanmasına yol açması durumunda olduğu gibi...

⁶³ Toroslu, s. 173. Bu konuda ayrıca bkz. Sancar, Türkân Yalçın, Mütessesil Suç, Ankara 1995, s. 61 vd. ; İçel, Kayıhan, Suçların İctimai, İstanbul 1972, s. 136 vd.

⁶⁴ *Zincirleme Suç* başlıklı 43. maddenin 1. ve 2. fıkrası şöyledir: *"(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir... (2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fülle işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır."*

⁶⁵ Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. baskı, Ankara 2001, s. 371 vd; Özgenç, s. 584. Özgenç, 43/2. maddeyi zincirleme suçun bir görünüm biçimi olarak değil de, fikri içtimanın bir şekli olarak değerlendirmektedir. Buna göre, 44. madde, farklı neticelerin doğmasından hareketle "farklı neviden fikri içtima"; 43/2. madde de aynı neticeler gerçekleştiği için "aynı neviden fikri içtima" olarak adlandırılmaktadır. Ne var ki, 43. maddenin 2. fıkrasını, birinci fıkrasıyla birlikte

aynı olması noktasından ifade etmek gerekirse, 43/2. maddeyi, zincirleme suç bağlamında düşünmenin dışında bir seçeneğe kanun izin vermemektedir. Hal böyle olunca, 43/2. maddeyi, 1. fıkradaki “değişik zamanlar” şartına getirilen bir istisna olarak kabul ederek,⁶⁶ tek hareketle,⁶⁷ aynı anda, aynı suçu en az iki defa işleme çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Örneğin, birkaç kişiye birden sövülmesi durumunda, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması noktasında artık bir duraksamaya yer yoktur.

Çok neticeli saptamada fikri içtimanın (m. 44)⁶⁸ gündeme gelip gelmeyeceği ise daha eski bir sorundur. Çünkü doktrinde bu konuda çeşitler görüşler bulunduğu gibi; uygulamada da farklı çözümler benimsendiği olmuştur. Görüş ayrılıkları, fiil kavramına verilen değişik anlamlardan kaynaklanmaktadır. Söz konusu görüşler şöyle gruplandırılabilir:

a. Harekete üstünlük veren görüşe göre “tek fiil”: Fiilin tek olup olmadığına karar verebilmek için hareket sayısına önem veren görüşe (*hareket teorisi*) göre, bir hareketler zincirinin sayısını belirlerken, hareketlerin gerçekleştiği yer, zaman, irade ve aracın arka arkaya kullanılması gibi kriterler göz önünde bulundurulurken karar verilir.⁶⁹ Bunun sonucunda ise failin tek bir iradi kararla hareket ettiği tek bir kurşunun sıkılması gibi bir olayda, ne kadar sonuç gerçekleşmiş olursa olsun, hareket ve bu bağlamda eş anlamlı olarak fiil tek kabul edilmektedir. Öbür taraftan, mesela iki kurşunun sıkılması (tetiğin iki kere çekilmesi) olayında iradi kararlar gerçekleştirilen eyleyiş iki tane olduğu için, hareket ve dolayısıyla fiilin de iki tane olduğu sonucuna varılmaktadır.⁷⁰ Bu durumda hareket teorisi görüşü doğrultusunda, birden fazla kurşun sıkılması, birden fazla kere taş atılması gibi durumlarda fikri

düşünmek gerekirken, 44. maddenin bir cüzü gibi kabul etmeye sistematik açıdan da imkân yoktur.

⁶⁶ Toroslu, s. 234; Centel/Erman/Çakmut, s. 503.

⁶⁷ Kanun, 43/2’de fiil tabirini kullanmışsa da, burada fiilin bir alt unsuru olarak kabul ettiğimiz hareketin anlaşılması gerektiği hakkındaki yorumlara (Toroslu, s. 234, 236) katılmaktayız.

⁶⁸ *Fikri İçtima* başlıklı 44. madde şöyledir: “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.”

⁶⁹ Bkz., Centel/Erman/Çakmut, s. 490. Bu teori doğrultusundaki görüşler için, Özgenç, s. 202 vd.; Demirbaş, s. 448; Önder, c. II, s. 360.

⁷⁰ Özgenç, s. 584.

içtimanın olmadığı kanısına varılabilecektir. Bir de, bu görüşte “hareket”, tekrarlanan eyleyşlerin her birinden (ard arda bıçak saplama hareketinin her bir defası), bu parçaların tamamı olan eylemin bütününe kadar geniş bir yörüngeye uzanmaktadır.

O halde 44. maddenin gerekçesindeki örnekler üzerinden varılan sonuçların⁷¹, fiili hareketten ibaret gören bu anlayıştan kaynaklandığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Ancak, gerekçeye hakim olan bu anlayışın, yeni Türk Ceza Kanunu’nun fikri içtima bakımından hareket teorisine üstünlük verdiği anlamına geldiğini ileri süren görüşlere⁷² ise katılmamaktayız. Çünkü madde metninde bu yönde bir “hüküm”, dolaylı olarak dahi bulunmamaktadır. Uygulamada önceki kanun zamanında fiil kavramına nasıl farklı anlamlar verilebildiyse, şimdi de fiilin tekliliğinin nasıl yorumlanacağı konusunda yaklaşım farkları görülebilecektir. Kaldı ki, gerekçe, gerekçedir; kanun değildir şüphesiz. Sonuç olarak, (İtalyan Ceza Kanunu’nda yer alan ve faili -cezası yarıya kadar artırılmak kaydıyla- sadece en ağır neticeden sorumlu tutan hükme benzeyen) bir kural kanunumuzda bulunmadıkça, faili tek neticeden dolayı cezalandırmak doğru değildir.⁷³

b. Suç işleme kararını da göz önünde bulunduran görüşe göre “tek fiil”: Bu görüş doğrultusunda, bir fiilin tek olabilmesi için, objektif olarak tek hareketin varlığının yetmeyeceği, sübjektif olarak da tekliliğin olması gerektiği savunulmaktadır.⁷⁴ Bu bağlamda, “bir kurşunla bir kişinin öldürülmesi ve ötekinin de sapma sonucunda yaralanmasında iki fiilin bulunduğu doğru değildir; burada hareket tektir, sonuç birden fazladır; ancak bu sonuçlar hem tek hareketten, hem de tek bir suç işleme kastından (öldürme kastı) doğduğu için fikri içtima vardır” denmiş; öte yandan, failin becerisine güvenerek ve isteyerek tek kurşunla iki kişiyi öldürmesi olayında, tek hareket olmasına rağmen iki kast olduğu düşüncesiyle,

⁷¹ “...Bir kişiyi yaralamak için fırlatılan sopa, mağduru yaraladıktan sonra veya mağdura isabet etmeden vitrin camına çarparak kırılmasına neden olabilir. Bu durumda sopa fırlatma fiiliyle hem tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış kasten yaralama suçu hem de başkasının malına zarar verme suçu işlenmiş olmaktadır... Bu gibi durumlarda kişi işlediği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olmaktadır ve bu suçlardan en ağır cezayı gerektireni ile cezalandırılmasıyla yetinilmelidir.”

⁷² Centel/Erman/Çakmut, s. 492.

⁷³ Dönmezer/Erhan, c. II, s. 335.

⁷⁴ Bu görüş doğrultusunda, Soyaslan, s. 250; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 849; Yüce, s. 377 vd.

fiilin tek olamayacağı ve dolayısıyla fikri içtimanın da oluşamayacağı ileri sürülmüştür.⁷⁵

Fiilin sayısına sübjektif değerlendirme doğrultusunda karar veren bu görüşün, suçun maddi unsurunun var oluş biçimine, manevi unsuru ön şart kılması gibi bir sakınca taşıdığı düşüncesindeyiz. Bu sakınca dolayısıyla, sübjektif teori, zincirleme suç ile fikri içtima arasında kavram karışıklığına da yol açmaktadır. Halbuki, sübjektif unsur sayesinde birden çok ihlâl, "zincirleme" hale gelir; tek fiil ölçütü ise, birden çok suçun fikri içtimayı sağlamasına yarar.⁷⁶ Kaldı ki, fikri içtimada failin iradesindeki teklik; kast mefhumunun tekliğinden farklı olarak, hukuk düzenini ihlâlâ yönelen yalnız bir iradenin bulunması anlamına gelir.⁷⁷

c. Neticeye üstünlük veren görüşe göre "tek fiil": Fiili tespit ve tasvir ederken, neticeli suçlarda hareketi gerekli ama yetersiz kabul eden bu görüş açısından tek sonuç varsa, tek fiil var demektir. O halde, bu noktada fiil dendiği zaman ne sadece hareket, ne de sadece netice; bunların ikisi birden kastedilmiş olunuyor.⁷⁸ Bizim de savunduğumuz bu anlayış, fiilin varlığı için hareketi, neticeyi ve bu iki arasındaki nedensellik bağına birlikte düşünmeyi gerektirmektedir. Örneğin, tabancanın mağdura yöneltilip ateşlenmesi hareket; bu hareketten bir ya-

⁷⁵ Örnekler için bkz., Centel/Erman/Çakmut, s. 491. Sübjektif unsurun hesaba katıldığı, ancak fiilin objektif tarafının netice bağlamında saptandığı şu örnek de dikkate alınmalıdır: "...A isimli şahsın, arka arkaya duran B ve C isimli şahısları bir kurşunla öldürmesi halinde fikri içtima yoktur. Çünkü failin objektif olarak da sübjektif olarak da amacı tek değildir. Ortada iki netice vardır. O halde iki ayrı fiil vardır..." (Soyaslan, s. 250).

⁷⁶ Sancar, s. 36. Dönmezer/Erman da bu hususu, aynı doğrultuda olmak üzere "fikri içtimada ortak bir unsuru bulunan birden çok suç vardır ve bu suçlar bir tek fiil ile meydana gelmektedir" diyerek ifade etmişlerdir (s. 383).

⁷⁷ Dönmezer/Erhan, c. II, s. 382.

⁷⁸ Dönmezer/Erhan, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 12. Baskı, c. I, İstanbul 1997, s. 369. Aynı doğrultuda görüşler için, Kunter, Nurullah, "Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi", *İHEM*, c. XIV, sayı: 1-2, s. 364 vd.; Alacaktan, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara 1962, s. 32 vd.; İcel/Sokullu/Akinci/Özgenç/Sözuer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 49 vd.; Toroslu, s. 237; Öztürk/Erdem, s. 195; Ersoy, s. 127. Ayrıca Centel/ Zafer/Çakmut da neticeye üstünlük veren görüş yanlısı değerlendirmelerde bulunmuşlar (s. 491); ancak "bir bomba ile örneğin on kişinin öldürülmesinde hareket tek olmakla birlikte, meydana gelen eylem sayısı ondur, çünkü on öldürme eylemi vardır. Bu olayda fikri içtimada fiilin tek olması şartı gerçekleşmiş olmasına karşın, birden fazla farklı suçun oluşması şartı gerçekleşmemiştir" örneğiyle beraber fiil kavramını harekete indirgeyen görüşe de sahip çıkmışlardır (s. 494 vd.).

ralanmanın meydana gelmesi ise dış alemdeki değişiklik, yani neticedir.⁷⁹ Bu anlamda hareket, maddi unsurun öğelerinden biri olmakta,⁸⁰ birden fazla kere ateş etme durumunda ise her bir ateş ediş, hareketin parçaları, cüzleri haline gelmektedir. O halde, bir adamın iki kurşunla öldürülmesinde de, tek kurşunla öldürülmesinde hareket tektir. Fiil ise zaten tektir, çünkü netice bir tanedir.

Bu açıklamalar karşısında fiil, hareketin değil; maddi unsurun ta kendisi olmak durumundadır. Öyleyse fiilin tek olup olmadığını belirlemede, sonucun, açıkçası dış dünyada meydana gelen değişikliğin kaç tane olduğuna bakmak gerekecektir. Değişiklik birden fazla ise, fiil de birden fazladır, çünkü netice birden fazladır. Buradan çıkan diğer bir sonuç ise, bir fiilin ancak bir neticesinin olabileceğidir. Hiçbir fiilden iki netice doğmaz. Bir kurşunla bir kimsenin öldürülüp, diğerinin yaralanmasında iki netice doğduğuna göre iki fiil vardır. Bu fiiller ise kasten adam öldürme fiili ve taksirle adam öldürme fiilidir. Keza pazar yerine konan bir bombanın patlamasıyla ölen ve yaralanan kişilerin olması durumunda da meydana gelen sonuçlar adedince fiil bulunmaktadır.

Fikri içtima ise, tek bir fiilden iki veya daha fazla ihlâlin/suçun doğabileceği durumları bir hükme bağlar. Diğer bir deyişle, öyle bazı sonuçlar vardır ki kanunda tarif edilen farklı suç tiplerine dahil olabilir. Bu bağlamda oluşan çeşitli ihlâllerin, tek fiilden kaynaklandığının kabul edilebilmesi için, doğal olarak bunların aynı anda⁸¹ gerçekleşmesi de gerekmektedir.⁸² Deyim yerindeyse fikri içtimada bir fiilden iki, üç... suç; ikiz, üçüz... olarak doğmaktadır. Örneğin alenen cinsel saldırıda bulunma (ırza geçme) durumunda tek bir fiil vardır (yani netice tektir), ancak bu fiilden doğan suçlar ise TCK'nın 102. maddesin-

⁷⁹ Alacakaptan, s. 32.

⁸⁰ Nitekim, İtalyan Ceza Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında, önceleri hareketin tek olmasından söz edilmiş iken, bu deyimın yerinde olmadığı, asıl neticenin tek olması halinde fikri içtimanın bulunabileceği ileri sürülerek, hareket tabirinin yerine, neticeyi içeren fiil ibaresi konulmuştur (Kunter, "Fikri İçtima...", s. 365).

⁸¹ Gerek Dönmezer/Erman (c. II, s. 387), gerekse İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/ Mahmutoğlu/ Ünver'in (s. 387) "aynı zamanda" diyerek belirttikleri bu ölçütü, en küçük zaman birimi olan an/lahza noktasında durdurmak gerektiği düşünce-sindeyiz.

⁸² İçel, Kayıhan, "Fikri İçtima Üzerine Bir İnceleme", *İHF*M, XXX, S. 1-2, s. 180 vd.; ayrıca bkz., İçel/Sokullu/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 50 vd.; Dönmezer/Erhan, c II, s. 375 vd.

deki cinsel saldırı ve 225. maddesindeki hayasızca harekette bulunma suçudur.⁸³ Fiilin ve dolayısıyla fikri içtimanın bu şekilde bir anlayışla değerlendirilmesinin, fikri içtimayla ilgili verilecek örneklerin sayısını azaltacağı noktasındaki tespit⁸⁴ elbette doğrudur. Ancak bu, fiile verilen anlamı yanlışlayacak bir husus olmadığı gibi, meselenin niteliği ile ilgili de değildir. Kaldı ki, fiilin hareketle anlamdaş kabulü sonucunda, fikri içtima örneklerinin sayıca hayli kabarık olacağı da ayrı bir gerçektir.

d. Hedefte çok neticeli sapmada fikri içtima kuralları uygulanmalı mı?: Fiil sayısını belirlerken neticeye üstünlük tanıyan görüşe taraftar olmamız; iki veya daha fazla neticenin olduğu bir olayda, fiili de iki veya daha fazla saymamızı sağlamaktadır. Şu halde, tek bir fiilin sözkonusu olamayacağı çok neticeli sapmada fikri içtimaı kabul etmemize imkân yoktur.⁸⁵ Hal böyle olunca, hedefte çok neticeli sapmanın meydana geldiği durumlarda, genel ilkelerden hareketle başka çözümler üretilmelidir. Buna göre örneğin, failin A'yı öldürmek için sıkıdığı kurşun(lar), A'nın vücudundan çıkıp B'yi de öldürürse; fail, hedef aldığı kişi açısından kasıtlı adam öldürmeden sorumlu tutulmalı, hedeflenmemiş şahıs için ise taksir, bilinçli taksir veya olası kasttan biriyle sorumlu olmalı, hatta istemediği bu sonuç açısından taksiri dahi yoksa cezalandırılmamalıdır. Aynı eksendeki bir başka örnekte de, devlet başkanına attığı bombanın onun yanında bulunan başka kişilere de isabet edeceği ihtimali karşısında kayıtsız kalan, muhtemel neticeyi kabullenen failin, sapmadan kaynaklanan neticeler bakımından da olası kastla sorumlu olacağı ifade edilmiştir.⁸⁶

Yargıtay'ın ise, çok neticeli sapmada sorumluluğun kapsam ve dayanağına karar verirken sürekli aynı görüşten esinlenmediği fark edilmektedir. Örneğin şu olayda Yargıtay, bizim de katıldığımız üzere, fiil kavramını sadece hareketten ibaret olarak değerlendirmemiştir: *"Sanığın av tüfeği ile, toplu halde bulunan şahıslara karşı, onlardan birkaçının bu atıştan yaralanabileceğini bilerek yaptığı bir el ateş etme fiili ile çeşitli kanun hükümlerinin ihlâl edildiği Yerel Mahkemece de kabul edildiğine göre;*

⁸³ Örnek için bkz. Toroslu, s. 237.

⁸⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 847.

⁸⁵ Dikkat edilirse, "işlenen suçlar aynı ise fikri içtima uygulanamayacak" gibi bir tespiti gündeme getirmeye gerek duymaksızın, fiilin tek olmadığı noktasından yola çıkarak, her ihtimalde sapmada fikri içtimaı reddetmekteyiz.

⁸⁶ Dönmezer/Erhan, c. II, s. 336.

olayımızda halli gereken husus TCK'nın 79. maddesinde kullanılan 'bir fiil' deyiminden neyin anlaşılması gerektiğini tespit etmektir. Fiil, dış alemdeki değişiklik olduğuna göre; fiilin esas kısmını netice oluşturur. Şu halde, fikri içtimanın bulunabilmesi için, her şeyden önce bu neticenin de tek olması gerekir. Bu nedenle, bakılacak husus, dış alemdeki değişikliğin birden fazla olup olmadığıdır. Olayımızda ise, av tüfeğiyle yapılan atış tek olmakla birlikte, değişiklik ve netice iki tanedir. Ortada 'bir fiil' yoktur ve fikri içtima söz konusu edilemez."⁸⁷

Keza Yargıtay, "öldürmeye karar verdiği eşine, iki el ateş edip vurduğu esnada müteakip atışlarına devam ederken, araya giren ve kendisine engel olmak isteyen maktulü öldürdüğü, ona isabetin öngörülebilir olduğu halde maktulü de sakınmadan, onu bertaraf etmeye özenmeden maktuleye yönelik atışlarını sürdüren ve bu sırada vaki kayma-sekme-saptırma gibi herhangi bir arıza nedeniyle maktulün de vurulmasını gerçekleştiren sanığın fiilinde..." TCK'nın 79. maddesinin uygulanmasına yer olmadığı kararını vererek,⁸⁸ çok neticeli sapmayı suçların içtimanından farklı değerlendirdiğini ortaya koymuştur.

Öte yandan, üst mahkemenin, hareket teorisine üstünlük veren görüşe uygun kararlar⁸⁹ verdiği tanık olduğumuz gibi; sübjektif tek-

⁸⁷ CGK, 18. 10. 1982, 4-296/365 (Savaş/Mollamahmutoğlu, c. I, s. 1102).

⁸⁸ CGK, 4. 2. 1997, 1996/1-300, YKD, Mayıs 1997, s. 784 vd. Aynı doğrultuda örnek kararlar için, CGK, 1. 10. 1984, 9/404; CGK, 9. 3. 1981, 6/84; 2. CD, 5. 12. 1962, 12579/14339 (Savaş/Mollamahmutoğlu, c I, s. 1071 vd.).

⁸⁹ "Sanığın A'yı kasten yaralamak maksadı ile ateş ettiği tabancadan çıkan kurşunun onu yaralayıp vücudunu terk ettikten sonra o civarda bulunan B'ye isabet ederek onu da yaraladığı ve böylece işlediği tek eylem ile kanunun muhtelif hükümlerini ihlâl eylediği meydana çıkmasına rağmen TCK'nın 79. maddesi hükmü dikkate alınmadan mağdurun yaralanmasından dolayı da ayrıca ceza tayin edilmesi kanuna aykırıdır" 4. CD 25. 4. 1972, 3262/3636 (Özgenç/Şahin, s. 386). Yukarıda hareket teorisinden bahsedilirken ifade edildiği şekilde, Özgenç-Şahin; bu olayda tek kurşun sıkıldığı için tek fiil ve dolayısıyla fikri içtima olduğunu kabul ederek, Yargıtay'ın kararına katılırken; şu olayda ise birden fazla kurşun sıkıldığından dolayı birden fazla fiil olduğunu ifade ederek, üst mahkemenin fikri içtima değerlendirmesine katılmamaktadırlar: "...Sanığın Hüseyin'e tevcih ederek sıkığı kurşunlardan birinin hedefte sapma sonucu aynı istikamette yürümekte olan Melahat'e tesadüf eseri isabetle, onu da yaralamış olması ve TCK'nın 52 ve 79. maddelerinin sarahati karşısında; direnme hükmünde isabet görülmemiştir. Olayın açıklanan işleniş tarzına ve TCK'nın 52 ve 79. maddeleri hükümlerine, kanun koyucunun amacına göre; sanığın fiilinin tek suç teşkil ettiği gözetilmeden, iki ayrı suçtan mahkumiyetine karar verilmesi hukuka aykırıdır." (CGK, 10. 11. 1975, 4-259/278; Özgenç/Şahin, s. 387).

lik teorisine bağlanabilecek kararlarına⁹⁰ da rastlayabilmekteyiz. Bütün bu örnekler, çok neticeli sapma konusunda uygulamada oturmuş bir içtihadın, istikrara kavuşmuş bir kararın olmadığını ortaya koymaktadır. Öyleyse, TCK'nın 30. madde gerekçesinde iddia edildiği gibi, "uygulamada hedefte sapmanın suçların içtimaı ve özellikle fikri içtima bağlamında ele alınmakta" olduğu da, doğru bir tespit değildir. Yeni kanunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması karşısında, tek neticeli sapma konusunda da ifade ettiğimiz gibi, Yargıtay'ın neticeyi fiilin bir parçası olarak görerek, dış alemdeki değişiklik olarak değerlendiren kararlarının, çok neticeli sapma olgusunda da devam edip, istikrar kazanmasını uygun bulmaktayız.

B. Suçta Sapma

Kastedilen ile gerçekleşen arasında netice farkı varsa, diğer bir ifadeyle, sapma sebebiyle farklı hukuki konuların ihlal edilmesi söz konusu ise suçta saptanmadan söz edilir.^{91,92} Örneğin, A, B'nin arabasına

⁹⁰ "...Sanık otoda O. Y. , C. Y. ve T. Y. 'nin olduğunu tahmin ederek otonun cam hizasına geldiğinde yakın mesafeden bir el ateş edip jip şoförü Bayram ile jipin arkasındaki jandarma eri G. SH. 'yi öldürmüştür... Bu oluşa göre; sanık, hasımlarının bulunduğu kanısıyla ve bunların tümünü öldürmek kastıyla jipe ateş etmiştir. Bilirkişi açıklamasına dikkaten içinde şevrotin bulunan tek kırma av tüfeğiyle bir el ateş edilse bile, üç kişiye isabetin vaki olacağı anlaşılmaktadır... Hal böyle olunca, TCK'nın 79. maddesinin uygulanmaması gerekir. Sanık kullandığı av tüfeğindeki şevrotinlerin dağılacığı ve jipte üç hasmının da bulunduğu bilinci ve kastı ile ateş etmiştir. Sanığın ölen jandarma erine öldürme kastıyla ateş etmediğinden TCK 52. madde delaletiyle 448. maddesine göre hükümlendirilmesi doğru ise de; bu atış sırasında yaralananlardan hasmı O. Y. hakkında 79. maddenin uygulanması isabet-sizdir; onu öldürmek kastıyla ateş etmiştir..." CGK, 9. 3. 1981, 6/84 (Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 1377) . Aynı doğrultuda bkz. CGK. , 8. 2. 1988, 1-559/25; CGK, 19. 3. 1990, 1-55/76; 1. CD , 1. 2. 1983, 208/3639 (Centel/Erman/Çakmut, s. 492).

⁹¹ Toroslu, bu durumu "sonuçta sapma" şeklinde isimlendirmektedir (s. 175). Bu tabir, şu bakımdan daha isabetli görünmektedir; sapma dolayısıyla gerçekleşen başka sonuçta suç meydana gelmemiş olabilir; ama bu durumda bile 'sonuç'ta sapılmıştır. Bu nedenle sonuçta sapma, her halde geçerli ve daha kapsayıcıdır.

⁹² Yeni TCK da, 1926 tarihli TCK gibi suçta sapma haline yer vermemiştir. Dolayısıyla, bu meseleye genel ilkelerden hareketle çözüm aranmaya devam edilecektir. Öte yandan İtalyan Ceza Kanunu m. 38. 'de sapma sonucu gerçekleşen başka suç için açık hükmün olduğu görülmektedir: "Suçun icra araçlarının kullanılmasında yanılma veya başka neden dolayısıyla, istenenden başka bir neticeye sebebiyet verilirse, fiil kanun tarafından taksirli bir cürüm olarak öngörüldüğü takdirde, fail istemediği neticeden taksir sebebiyle sorumlu olur." (Centel/Erman/Çakmut, s. 443).

taş atmış, ancak taş C'ye isabet etmişse, suçta sapma sözkonusudur. Görüldüğü gibi, bu tür sapmada suçun niteliğinde bir değişiklik olmaktadır.

Suçta sapma da tek veya çok neticeli olabilir. Örneğimizde A'nın attığı taş, arabanın camını kırıp, C'yi de yaralamışsa, çok neticeli (suçta) sapma vardır. Buna karşılık, A'nın attığı taşın, arabaya hiç değmeden C'ye isabet edip onu yaraladığı olayda ise tek neticeli (suçta) sapma bulunmaktadır.

Suçta tek neticeli sapma durumunda fail, kastettiği ancak gerçekleştiremediği sonuca teşebbüsten sorumlu olacak, gerçekleşen sonuç bakımından ise olası kast veya taksir gereğince sorumlu tutulacaktır.⁹³ Örneğin yukarıdaki örnekte fail, arabaya taşı atmadan evvel C'yi görmüş; "taş ona da gelirse gelsin" demişçesine kayıtsız bir kabullenmeyle hareket etmişse; mala zarar verme suçuna teşebbüsten ve olası kasıtlı yaralama suçundan sorumlu olacaktır. Bu durumda faili hedefte sapmanın aksine olarak, teşebbüsten de sorumlu tutmak yanlış oluşumuzun sebebi, ortaya çıkan nitelik farkıdır. Yani failin kastının aynen gerçekleştiği varsayımında bulunmaya imkan yoktur, zira değişen sadece bir hedef ya da mağdur veya eşyadan ibaret değildir.⁹⁴ Hukuki konudaki sapma, gerçekleşse de gerçekleşmese de, kastı nazara almayı zorunlu kılmaktadır.

Suçta çok neticeli sapmada ise fail işlediği tüm suçlardan sorumlu olmalı ve gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır.⁹⁵ Yani, arabaya taş

⁹³ Bazen de, failin cezasız kalabileceği suçta sapma durumları olabilir. İstenen ama gerçekleşmeyen suç bakımından aracın elverişsizliği gibi bir durum varsa, "işlenemez suç"tan dolayı sorumluk doğmayacaktır. Gerçekleşen başka netice ise hiç öngörülmemiş, öngörülmesi de gerekmez ve beklenebilir ise failin taksirine dahi hükmolunamayacak; dolayısıyla fail hiç ceza almayacaktır.

⁹⁴ Dönmezer/Erhan, c. II, s. 326.

⁹⁵ Kunter, "Fikri İçtima...", s. 365; Dönmezer/Erhan c. II, s. 325; Toroslu, s. 175; İçel/Sokullu/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 279; Soyaslan, s. 455; Öztürk/Erdem, s. 194; Centel/Erman/Çakmut, s. 491. Öte yandan bu durumda, (hareket teorisi bağlamında) hareket tek ise (tek kurşun, tek sopa, tek taş...) suçta çok neticeli sapmada fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiği görüşü için, Özgenç, s. 580; Demirbaş, s. 448; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 692, Yüce, s. 326. Hedefte çok neticeli sapmada fikri içtimanın uygulanabilmesi sorunu konusunda yukarıdaki açıklama ve örnekler suçta sapmaya da aynen teşmil edilebileceğinden, bu tartışmaları tekrar etmek istemiyoruz.

atan fail, hem arabanın camını kırmış, hem de C'yi yaralamışsa; mala zarar verme ve yaralama suçundan ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Öte yandan birine sopa fırlatıp, hem yaralamaya hem de sapma sonucunda vitrinin camının kırılmasına neden olan kişi ise sadece kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır. Bunun sebebi ise, mala zarar fiilinin taksirli şeklinin kanunda düzenlenmemiş olmasıdır.

C. Nedensellik Bağında Sapma

Sapmanın bu çeşidi, belirli bir tarzda gerçekleştirilmek istenen bir suçun, başka bir tarzda meydana gelmesi halini ifade eder.⁹⁶ Örneğin A'nın B'yi boğulması için denize atması, fakat B'nin boğularak değil, kafasını taşa çarptığı için beyin kanamasından ölmüş olması durumunda, nedensellik bağında sapma meydana gelmiştir. Nedensel sürecin, failin öngörüsünden farklı oluştuğu, ancak istenen sonucun yine de meydana geldiği bu gibi durumlarda,⁹⁷ sapma kusurluluğa etki eden bir sebep olarak kabul edilemez. Çünkü nedensel süreç sapsa da, failin kastını ortadan kaldıracak nitelikte değildir.⁹⁸ Zira kast, failin davranışını ve o davranıştan beklediği, istediği sonucu kapsar.⁹⁹ Dolayısıyla, nedensellik sapmasında, failin kastettiği neticeden sorumlu olmaya devam etmesi gerekir. Sadece, sapma sonrası nedensellik bağında bir şiddet sebebi bulunmaktaysa; bu, faile uygulanmamalıdır.

Nedensellik, suçun manevi unsuruna ait olmayıp, maddi unsurunun bir şubesi olduğuna göre; failin istediği sonuç, failin hareketinden doğmayan,¹⁰⁰ yani başka bir nedensel süreçten ortaya çıkmışsa; bu durumda nedensellik sapmasından değil, nedensellik değişmesinden söz edilmelidir. Nedensellik değişmiş, yani "*ayrı bir illi seri*"¹⁰¹ ortaya çıkmışsa, suçun maddi unsuru tamam olmadığı için; fail, kastettiği sonuç gerçekleşse de, bundan sorumlu tutulmamalıdır. Örneğin A, B'yi öldürmek için ateş etmiş, ama B yaralanmıştır. Daha sonra B, hastaneye kaldırılmak üzere alındığı ambulansın kaza yapması sonucunda

⁹⁶ Dönmezer/Erhan, c. II, s. 336.

⁹⁷ Toroslu, s. 175.

⁹⁸ Öztürk/Erдем, s. 195.

⁹⁹ Toroslu, s. 132.

¹⁰⁰ Nedensellik sapmasında bile, sapmış olsa da failin hareketinden doğan bir sonuç vardır; yani aynı illi süreç devam etmektedir.

¹⁰¹ Dönmezer/Erhan, s. 337; Demirbaş, s. 196.

ölmüştür. İşte bu durumda faile, adam öldürmeye teşebbüsten ceza vermekle yetinilmelidir. Çünkü nedensellik değişmesi meydana gelmiştir.¹⁰²

Bu konuda asıl tartışma; failin tamamlandığını zannettiği suçu gizlemek için bazı hareketlerde bulunması ve suçun bu hareketlerin sonucunda tamamlanması halinde gündeme gelmektedir.¹⁰³ Örneğin, A, B'yi öldürmek için ateş etmiş ve B yığılıp kalmıştır (ama ölmemiştir). A, B'nin öldüğünü zannederek, suçun izlerini yok etmek için onu nehre atmış ve de ölüm sonucu bu son nehre atma hareketinden meydana gelmiştir. Bu durumda bizim katıldığımız görüş, olayda yeni bir illi sürecin doğduğu, bu nedenle failin ilk süreçteki hareketinden dolayı adam öldürmeye teşebbüs, ikinci süreç dolayısıyla da taksirli adam öldürme olmak üzere iki ayrı suç işlediğidir.¹⁰⁴

SONUÇ

1. “Sapma” olgusunu konu alan çalışmamızda hata, fiil, kusurluluk, içtima gibi cez a hukukunun temel meselelerine de değinilmiştir. Bu kaçınılmazdır; çünkü sapma olgusu, başından sonuna neredeyse bütün genel ilkelere şu ya da bu şekilde dokunmaktadır. Bu durum, ceza kanunumuzda sapmaya yer verilmemiş olmasını fazla yadırgamayışımıza da sebep olmaktadır; zira ceza hukukumuzun genel ilkeleri doğrultusunda, meselenin içinden çıkmak mümkündür. Örneğin, tek neticeli sapmada TCK'nın genel ilkeleri, eski kanunun 52. maddesinde kabul edildiği gibi failin kastettiği suçu işlediğini varsaymayı engellememektedir.

2. Sapma, hatanın bir çeşidi değildir. Hata durumunda gerçeğe uymayan bir zannediş vardır. Sapmada ise fail zan ile hareket etmemektedir; iradesi ile eşya arasında bir uyumsuzluk yoktur; ama dışsal bir sebeple uyumsuzluk ortaya çıkıvermektedir. Bu aykırılık, failin iradesiyle ilgili bir durum değildir.

¹⁰² Öztürk/Erdem ise böyle durumlarda “önemli nedensel sapma” ifadesini kullanmaktadır (s. 195).

¹⁰³ Toroslu, s. 175.

¹⁰⁴ Bu konudaki farklı görüş ve yaklaşımlar için bkz., Toroslu, s. 175; Dönmezer/Erhan, s. 229, 337.

3. Özellikle çok neticeli sapma konusunda oluşan görüş farklarına, “fiil” olgusuna verilen değişik anlamlar kaynaklık etmektedir. Bu bağlamda takip ettiğimiz görüş sonucunda; fiili, hareketi, hatta hareketin cüzlerini ayırtırmayı gerekli gördüğümüzü ifade etmeliyiz. Bu gerekliliği önemsiyoruz, çünkü ceza kanununun hakkında hüküm koyduğu fiilin, olan-biten davranışı aşan bir yanının bulunduğunu düşünüyoruz. Cezalandırılmaya, yani bir sorumluluğa yol açan “fiil”, neticeli suçlarda hareketten ibaret değildir. Dış alemde meydana gelen değişiklik olarak tanımladığımız netice de fiilin bir parçasıdır. Bu nedenle, fiilin dış âlemde meydana getirebileceği değişiklik de kendi sayısı kadar olacaktır. Yani bir fiilin, -varsa- bir neticesi olabilir. Kanun bu neticeyi suç sayabilir. Bazen de kanunun çeşitli hükümleri aynı neticeyi suç sayabilir. Bu düşüncelerden şu sonuçlar çıkar: Bir kere, fiilin, dolayısıyla neticenin suç olabilmesi için ceza kanununun o fiili suç sayması gerekir. İkincisi, suç sayılan bir fiil, bir hukuki değeri, menfaati ihlâl etmiştir. Nihayet, bazen tek bir fiil, yani varsa tek bir netice, birden fazla hukuki değeri ihlâl edebilir. Ama bu, “bazendir” ve bu durumda fikri içtima kuralları uygulanmalıdır. Şu halde; çok neticeli sapmada netice “çok” olduğu için, fikri içtima kurallarının çözüm olamayacağı kanısındayız.

4. Çok neticeli sapma halinde, uygulamada bazen fiili neticeyle beraber değerlendiren görüş doğrultusunda, bazen de çalışmamızda belirtilmiş olan diğer görüşler doğrultusunda karar verilmiş olması, TCK’nın 30. madde gerekçesinde ileri sürülen “uygulamada hedefte sapmanın suçların içtimai ve özellikle fikri içtima bağlamında ele alınmakta” olduğu tespitinin yerinde olmadığını göstermektedir. Zaten, kanunun “hata” ve “fikri içtima” ile ilgili maddelerinin gerekçesindeki ifadeler bağlayıcı olmadığı gibi; TCK’nın fikri içtima hakkındaki düzenlemesine uygun olmadığını da düşündüğümüz görüşlerdir. Teknik anlamda gerekçe, söz konusu düzenlemeye niçin gerek duyulduğu sorusunun cevabıdır. Gerekçe metninde yer alan ve bir gereksinimin doğuş sebebi dışında kalan hususlar ise birer görüş ve yorum olarak kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara 1962.
- Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet /Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, 3. Baskı, Ankara 2002.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. Baskı, İstanbul 2005.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2005.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 12. Baskı, c. I, İstanbul 1997.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. II, 12. Baskı, İstanbul 1999.
- Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, c. I, Ankara 1993.
- Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 1962.
- Ersoy, Yüksel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002.
- İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoglu, Fatih S. /Ünver, Yener, *Suç Teorisi*, 2. Baskı, İstanbul 2000.
- İçel, Kayıhan, "Fikri İctima Üzerine Bir İnceleme", *İHFM XXX*, sy. 1-2.
- İçel, Kayıhan, *Suçların İctimai*, İstanbul 1972.
- Kaban, Mater/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/Yalvaç, Gürsel, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları*, Ankara 2001.
- Kunter, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1949.
- Kunter, Nurullah, "Fikri İctima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi", *İHFM*, c. XIV, sayı: 1-2.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, c. II, İstanbul 1989.
- Özek, Çetin, "Ceza Normunun Varlığında Hata", *Ünal Tekinalp'e Armağan*, c. III, İstanbul 2003.
- Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Ankara 1995.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, 2. Baskı, Ankara 2005.

Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhuriyet, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. baskı, Ankara 2001.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2005.

Sancar, Türkân Yalçın, *Müteselsil Suç*, Ankara 1995.

Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, c. I, 2. baskı, Ankara 1998.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. baskı, Ankara 2005.

Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, 7. Baskı, Ankara 2005.

Yargıtay Kararları Dergisi, Mayıs 1997.

Yaşar, Osman, *Uygulamada Türk Ceza Yasası-Genel Hükümler*, Ankara 2000.

Yüce, Turhan Tufan, *Ceza Hukuku Dersleri*, c. I, Manisa 1982.

TUTUKLU ÇOCUKLARIN GÖZÜYLE ÇOCUK ADALET SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Özlem CANKURATARAN ÖNTAŞ*

Modernizm, sanayileşme, aydınlanma felsefesi ile birlikte bugünkü çocukluk paradigmasının da temelleri atılmıştır. Günümüzün çocuğa bakış biçimi, büyük ölçüde Rousseau'nun yolunu açtığı, insanın ve dolayısıyla çocuğun doğal olarak "iyi" kabul edildiği, çocuğun ilk günahın sembolü olarak görülmeyip "kötülüğün" nedeninin toplumda aranmaya başlandığı 18. yüzyılın ikinci yarısından mirastır. Bu yıllar, eğitim ile modern anlamda "yurttaş"ın birbirleri için vazgeçilmez görülmeye başlandığı, politik düşünce tarihinde "toplumsal sözleşme" olarak ifadesini bulan yeni bir toplum ve iktidar ilişkisinin şekillendiği yıllardır (Bumin 1983: 16).

Hümanist çocukluk anlayışına yönelik olan Avrupa kökenli akım, çocukların refahı konusunda devletin sorumluluk almasını etkilemiştir. 19. yüzyılda devletin çocukların bir koruyucusu olarak yasa yapma hakkı olması fikri, hem yeni, hem de radikaldir (Postman 1995: 75). Bu aynı zamanda paternalist ya da korumacı anlayışın ürünü olarak da kabul edilebilir. Paternalistler, çocukların iyiliği için yalnız ana babasının değil, devletin de müdahalesinin gerektiğini savunmuşlardır (Franklin 1993: 235). Başka bir deyişle modern devletin görevi, çocuğun güvenliğine özen göstermek bakımından yalnızca ana babayı desteklemek ve denetlemek değil, aynı zamanda çocukların yetenekleri doğrultusunda gelişmelerini güvence altına alarak, onların ekonomik ve sosyal refahını da sağlamak olmalıdır (Akyüz 1999: 491).

* HÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Sosyal Hizmet Bölümü.

Bugünkü çocukluk paradigması anlayış, düşünce ve uygulama bağlamında kendisini Çocuk Hakları Sözleşmesi çerçevesinde göstermektedir. Çocuk Hakları Sözleşmesi çocuğun yaşaması, gelişmesi, korunması ve katılımı açısından toplumlara yeni amaç, ilke, yaklaşım ve standartlar sunmaktadır. Taraf devletler, sözleşmenin ortaya koyduğu çerçeve doğrultusunda çocukla ilgili politika, yasal-örgütsel yapı, hizmet modeli, gereksinme ve beklentilerini yeniden gözden geçirmek zorundadır (Uluğtekin 1999:1; Cılga 1999:306).

Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuğun bir bütün olarak ve sistemler içinde ele alınmasını öngörmektedir. Ailesi, arkadaşları, öğretmenleri, sağlık çalışanları, sosyal hizmet uzmanları çocukla ilgili bu sistemler bütünüünün en önemli parçalarındandır. Ancak bu sistemler içinde çocuğun sokakta yaşaması ve çalışması, sosyal risklere açık olması, suça yönelmesi ve suç işlemesi sürecinde başka kurumların ve kişilerin de sorumlulukları ortaya çıkmaktadır. Modern toplumlarda polis, mahkeme, tutukevi ve islahevi gibi kurumlar da yer almaktadır.

Suçta yönelen çocukların haklarını uluslararası düzeyde ele alan belli başlı belgeler başta Çocuk Hakları Sözleşmesi olmak üzere Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Küçüklerin Korunması İçin Birleşmiş Milletler (Havana) Kuralları, Riyad Kuralları ve Çocuk Mahkemelerinin Yönetimi Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Beijing Kuralları)dır. Burada Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS)'nin 40. maddesi, Beijing Kuralları ve Havana Kuralları'nın bazı maddeleri özellikle ele alınacaktır. ÇHS'nin 40. maddesi suça yönelen çocuklar için şu güvenceleri sıralamaktadır: Güvencelerden birincisi *"haklarındaki suçlama yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılma"*dır. İkinci temel güvence *"haklarındaki suçlamalardan kendilerinin hemen ve doğrudan doğruya; ya da uygun düşen durumlarda ana babaları ya da yasal vasileri kanalı ile haberli kılınmak ve savunmalarının hazırlanıp sunulmasında gerekli yasal ya da uygun olan başka yardımdan yararlanma"*sıdır. Bir başka güvence ise *"çocuğun tanıklık etmesi ya da suç ikrarında bulunması için zorlanmaması; çocuğun aleyhine ve lehine olan tanıkların eşit koşullarda sorgulanmasının sağlanması"*dır. Bir diğer önemli güvence de *"kovuşturmanın her aşamasında özel hayatın gizliliğine tam saygı gösterilmesi"*dir.

Daha önce belirtildiği gibi Beijing Kuralları'nda da çocuk-polis ilişkisi ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu kuralların 8. maddesinde *"her*

aşamada küçüğün afişe olması, damgalanması gibi zarara yol açabilecek durumların ortadan kaldırılması için gizliliğe azami özen gösterilmelidir" hükmüne yer verilmiş; aynı maddenin ikinci fıkrasında "küçük suçlunun kimliğine ilişkin hiçbir bilginin yayınlanmasına izin verilmemelidir" ilkesi ile polis dahil her aşamada gizlilik ilkesinin önemine dikkat çekilmiştir.

Beijing Kuralları'nın 10. maddesi "Bir küçük gözetilene alınır alınmaz, durum derhal ebeveynine veya yasal veli ya da vasisine bildirilir." hükmü ile çocuğun özgürlüğünün esas olduğunu belirtmiştir. Aynı kuralın ikinci fıkrasında "hakim yahut yetkili makam gecikmeksizin serbest bırakma çaresini düşünmelidir" ilkesine yer vermiştir. Üçüncü fıkra usul hükümlerinin bazı yönleri ile çocukların işlediği suçlarla ilgili polisin davranışına ilişkindir: "Yasayı uygulamakla görevli makamlarla küçük suçlunun ilişkileri, daima küçüğün yasal durumunu gözetir tarzda ve onun iyiliği ve olayın özelliğinden dolayı zarar görmemesi esasına dayalı olarak düzenlenmelidir."

Beijing Kuralları'nın 12. maddesinde çocuğun karşı karşıya geldiği meslek elemanlarından birisi olan polisin özel yetişmiş "çocuk polisi" olmasını öngördüğü bilinmektedir. 12. madde küçük suçlularla sık sık temas halinde olan polis görevlilerinin özel olarak eğitilmesini gerekli kılmakta ve büyük kentlerde özel polis birimlerini oluşturulmasını öngörmektedir. Özel polis birimlerinin oluşturulmasının bir diğer nedeni de çocukların suçtan korunması ve suç işlemelerinin önlenmesidir.

Beijing Kuralları'nın 13. maddesinde tutuklu yargılama en son çare olarak vurgulanmıştır. Tutukluluk yerine alternatif önlemler önerilmiştir. Tutuklu yargılanan küçüklerin yetişkinlerden ayrı tutulması ve ihtiyaç duydukları her türlü yardımdan yararlanmaları bir ilke olarak ortaya konmuştur.

Havana Kuralları özgürlüğünden yoksun bırakılmış çocuklarla ilgili bir takım düzenlemeleri içermektedir. Belgenin III. Bölüm'ü gözetilene bulunan ve tutuklu çocuklarla ilgilidir. Buna göre 17. maddede gözetilene bulunan veya muhakeme devam ederken tutuklu bulunan ("yargılanmamış") çocukların masum sayılacağı ve buna göre muamele göreceği; çocukları tutuklamaktan mümkün olduğu kadar kaçınılması gerektiği ve istisnai hallerle sınırlı olarak tutuklama kararı verileceği; bu amaçla alternatif tedbirlerin uygulanması için her türlü çaba gösterileceği" belirtilmiştir. Aynı maddede tutukluma kararının alındığı durumlarda tutma süresini mümkün olan en kısa süreye indirmek için, bu işlemlerin

süratle yapılmasına öncelik verileceği; tutuklu çocukların, hükümlü çocuklardan ayrı yerlerde tutulacağı vurgulanmıştır.

Yukarıda sözü edilen uluslararası belgeler değerlendirildiğinde çocukların polisle ilişkilerinin düzenlenmesinin temelinde yer alan ve çocuğun yararına olan bazı önemli noktalar şunlardır:

1. Çocuklara süreç hakkında bilgi verilmesi,
2. Polis tarafından alıkonulan çocuğun anında anne ve babasına ya da vasisine bilgi verilmesi,
3. Çocuklarla ilgili yapılacak işlemlerin en kısa sürede yapılması,
4. Çocuğun kimliğinin medya ve kamuya karşı saklı tutulması,
5. Çocukların fotoğraf ve parmak izinin alınmasına ilişkin sınırlamaların olması,
6. Çocukla ilgili kayıtların yetişkinlerin kayıtlarından ayrı tutulması,
7. Çocuğa zarar verecek muameleden sakınılması (kelepçe kullanılmaması, adli tıp incelemelerinde çocukların mühürlenmemesi, hastanede yatağa zincirlenmemesi gibi),
8. Çocuğun adalet süreci içine çekilmeden, toplumdaki diğer kaynaklara yönlendirilmesi,
9. Çocuğun suç işlemesini önlemeye yönelik hizmetlerde yer alması.

Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuk adalet sisteminin yeniden yapılmasını gerektirmiştir. Bu yeniden yapılanmada politika ve uygulamalara yol gösterecek araştırmalara gerek vardır.

YÖNTEM

Bu araştırmada çocuk hakları perspektifiyle tutuklu yargılanan çocukların polisten başlayarak tutukevine kadar nasıl bir süreç yaşadıkları niteliksel araştırma yöntemi kullanılarak eleştirel bir bakış açısıyla ortaya çıkarılmaya çalışılmıştır.

Veri Toplama Süreci

Bu araştırma sırasında, Ankara’da bulunan çocuk tutukevinde, 2001 Ağustos-Aralık ayları arasında yargılanan 40 çocukla derinlemesine görüşmeler yapılmıştır. Bu görüşmelerde, çocukların suç davranışı ile birlikte polisten başlayarak tutukevine kadar nasıl bir deneyim geçirdiklerini ortaya koymak amaçlanmıştır.

Araştırmanın tutukevinde gerçekleştirilmiş olması çocukların yaşadıklarını olduğu gibi anlatmalarını görüşmelerin başlangıcında bir güçlük olarak ortaya çıkmış, ancak çocukların araştırmacıya güven geliştirmesi ile üstesinden gelinmeye çalışılmıştır. Görüşmelere başlamadan önce çocuklarla koğuşlarına gidilerek tanışılmıştır. Araştırmacı çocuklara görüşmeye katılımın gönüllü olduğunu ve bu görüşmelerin yargılama sürecini etkilemeyeceğini özellikle belirtmiştir. Bazı çocuklar özellikle anlattıklarının yargı sürecini etkileyip etkilemeyeceği konusunda araştırmacıya sorular sormuşlardır. Çocuklar sorulara yanıt verirken *“işte benim ifadem budur”* diyerek görüşmeyi ifade alma ile karıştırmışlar, araştırmacı ise bunun bir araştırma olduğunu ne kadar gerçekleri yansıtır o kadar yarar getireceğini çocuklara anlatmaya çalışmıştır.

Çocuklarla görüşmeler tutukevinin yönetim ve sosyal hizmet uzmanlarının olduğu idare katında daha çok fotoğraf çekimleri için kullanılan bir masa ve üç sandalyenin olduğu bir odada yapılmıştır. Çocuklar odaya koğuşlarından infaz memuru tarafından getirilmiştir. Çocukların kaldıkları koğuşta görüşme yapılmak istenmiş ancak odada tek başına bir çocukla görüşme yapma olanağı olmadığından görüşme sözü edilen odada yapılmıştır. Görüşme odasına gelen çocuklar mutlaka pencereden dışarıya bakıp *“Şimdi dışarıda olmak vardı”* demişlerdir. Bazı çocuklar da *“Ankara nasıl abla?”* diye sormuşlardır. Görüşmelere katılan dört çocuk son on beş günlerini tek kişilik müsaade odasında geçirdiklerinden soruları anlamakta ve yanıtlamakta oldukça zorlanmışlardır. Görüşmelerin tamamı çocukların izinleri alınarak kayda alınmıştır. Çocuklar görüşme sonrasında seslerini dinlemek istemiş ve kayıt cihazına da özel ilgi göstermişlerdir. Görüşmeler sırasında çocukların bazılarının kış olmasına rağmen çorapsız ve sadece bir gömlek giyinmiş olmaları dikkat çekicidir. Bunun yanı sıra çocukların kollarındaki kesikler ve bazı özel dövmelemleri oluşu da araştırmacının ilgisini çekmiş ve çocuklarla bu durumlar da konuşulmuştur.

Bulgular ve Yorumlanması

Niteliksel araştırmanın bir gereği olarak veri toplama süreci ile bulguların yorumlanması eşzamanlı yapılmıştır. Görüşmenin yapıldığı gün kayıtlar çözümlenmiş ve bazı yeni sorular eklenmiştir. Bir yandan çocukların gözaltı sürecinde yaşadıkları benzerlikler ortaya çıkarken diğer yandan da farklılıklar da ortaya çıkarılmaya çalışılmıştır. Görüşmelerin dökümleri araştırmacı dışında iki kişi tarafından okunup değerlendirilmiştir. Araştırmacı görüşme dökümlerini birkaç kez yeniden okumuş ve analizini yapmıştır (Creswell 1994, Neuman 2000).

Araştırmaya ilişkin bulgular verilirken çocuklar anonimleştirilerek çocuklara çiçek ismi verilmiştir. Bunun bir nedeni de çocukların kimliklerini saklamaktır.

Bulgular ve Tartışma

Bulgular ve tartışma bölümünde öncelikle araştırmaya gönüllü olarak katılan çocukların tanıtıcı bulguları verilmektedir. Çocuklarla yapılan derinlemesine görüşmelerden elde edilen bulgular bölümünde polisle başlayıp tutukevine kadar giden bir süreçte algılamaların ve analizler bulunmaktadır.

Tanımlayıcı Bulgular

Tutukevinde en fazla sayıda 17 yaş grubu, en az sayıda ise 14 yaş grubundan çocuk bulunmaktadır. Bu durum, çocuklar hakkında tutuklama kararının, genelde 15 yaş sonrası suç işlendiğinde verildiğinin göstergesi olarak yorumlanabilir. Çocukların suç türlerine bakıldığında ilk sırada hırsızlık (%74.5) yer almaktadır. Bu bulgular literatürle de uyumludur.

Çocukların çoğunluğunun ailesinde Türkçe konuşulmakta buna karşın iki çocuğun evinde Kürtçe konuşulmaktadır. Çocukların tamamına yakınının ailesi İç Anadolu Bölgesi'nden göç etmişlerdir.

Çocukların tamamına yakını kentin gecekondu bölgelerinde yaşamaktadırlar. Üç çocuk ise kente başka bölgelerinden çalışmak için gelmişlerdir. Araştırmaya katılan çocukların babalarının çalışmadığı

ya da informal sektörde çalıştıkları görülmektedir. Annelerin daha çok evlere temizlik işine giderek çalıştıkları görülmektedir. Çocukların da çok küçük yaşlardan itibaren çalışmaya başladıkları ve ağırlıkla mobilya işkolunda, oto sanayinde ya da hizmet sektörünün diğer dallarında yani küçük ve orta büyüklükteki işletmelerde çırak statüsü ile çalıştıkları görülmektedir. Çocukların sekiz tanesi sokakta çalışmaktadır.

Çocukların çoğunun ana babasının birlikte olduğu, kırk çocuktan sadece sekizinin ana babasının ayrı olduğu görülmektedir. Kardeş sayılarına bakıldığında iki ile yirmi arasında değişen sayılarda kardeşleri vardır. Ailede ana baba dışında akrabalar ile birlikte yaşayan dört çocuk vardır. Çocukların yakın akrabaları ile aynı semtte yaşadıkları görülmektedir.

Çocukların hemen hepsinin aile ve akrabalar içinde suça yönelen modeller bulunduğu görülmektedir. Çocukların, suç davranışı gösteren bu modellerin, adam öldürme ve yaralama gibi cezaevi kültürü içinde statüsü yüksek suç türlerini belirtmiş olmaları ilgi çekicidir.

Çocukların bir bölümü ilkokul dördüncü sınıfta, bir başka bölümü ise orta ikide terk etmişlerdir. Çocukların baba ve anneleri de en çok ilkokul mezunudur.

Görüşme yapılan 40 çocuktan yarısı "tiner" ve "Bally" gibi uçucu maddeler kullandıklarını belirtmişlerdir.

Çocukların biri hariç hepsinin polisle birden fazla karşılaştıkları ve gözaltına alındıkları görülmektedir. Toplam gözaltı sürelerine bakıldığında ise bir ile yedi gün arasında değiştiği ifade edilmiştir. Bununla birlikte üç çocuğun da daha önce tutukevinde hırsızlık nedeniyle kaldığı görülmektedir.

ANALİTİK BULGULAR

Polisle Karşılaşma, Üç Maymun Oyunu ve Kısır Döngünün Oluşması

Tutuklu çocuklar için polis, bir yandan kaybolduklarında, aç kaldıklarında yardım istedikleri bir kişi olarak yer alırken diğer yandan daha çok cezalandıran ve korkulan bir kişidir.

Çocuklara suçları sorulduğunda avukatla birlikte hazırladıkları senaryo ifadeyi anlatmaktadırlar. Çocukların çoğunluğu tutukevine kadar yaşadıkları bu süreci kısaca anlatmışlar ve *“işte ifadem budur”* biçiminde bitirmişlerdir. Özellikle birçok kez suç işlemiş çocuklar son suçlarını anlatmışlar, diğerlerini görüşme süresinde sorulan sorularla anlatmışlardır Olayı anlatırken mahkemeye benzer şekilde anlatımda buldukları *“efendim”* gibi kelimelerle cümlelerini tamamladıkları gözlenmiştir.

Tutuklu çocuklar arasında basit hırsızlık yaptıklarında polis yakalarsa *“bir tokat atıp bırakacaklarını”* öğrenenler bulunmaktadır. Çocuklar ilk suçu işlediklerinde korktuklarını ancak parasını harcayıp, gezip eğlendiklerinde çok hoşlarına gittiğini belirtmişlerdir. Bunu da özellikle suç davranışının devamını sağlayan bir haz kaynağı olarak görmek mümkündür. Genellikle on beş yaşına kadar basit suçlar işleyen bu çocuklar, giderek daha ağır suçlar işlemeye başlamışlardır. Polis tarafından yakalanıp savcılığa çıkarılan çocuklar hakkında tutuksuz yargılama kararı verilmiştir. Bu kararı çocuklar serbest kaldıkları biçiminde anlamışlardır. Çocukların çoğunluğu bu ilk suçu işlediklerinde ailelerine haber verilseydi, bir daha yapmayacaklarını belirtmişlerdir. Çocuklar yaptıkları suç davranışını *“artık kaşar olmuştuk, bu işler bizim için hobi oldu”* diye ifade etmektedirler.

Tutuklu çocuklar, polisin kendilerini gözaltına almalarıyla birlikte yaşadıkları süreci genelde *“polis aldı sonra mahkemeye çıktık, işte buraya geldik”* biçiminde ifade etmişlerdir. Gözaltı sürecinde yaşadıklarını her aşamayı tek tek sorulduğunda ayrıntıları anlatmışlardır. Çocukların polisle başlayıp tutukevine kadar geldikleri süreci böyle anlatmalarının nedenlerinden biri gözaltı sürecinin karmaşık olmasıdır. Yine sürekli suç işleyen çocukların süreci daha iyi anlattıkları söylenebilir. Bazı çocuklar, polis tarafından evlerinden özellikle akşamları gözaltına alınmışlardır. Polisler, evden alırken çocukların yalnızca ifadelerini alıp bırakacaklarını belirtmişlerdir. Bu çocukların bazılarının önce arkadaşları polis tarafından gözaltına alınmış, arkadaşının kendi ismini polise söylemesi ile kendileri de gözaltına alınmışlardır. Bazı çocukların da aile üyelerinden biri polis tarafından gözaltına alınmış, böylece çocuğun teslim olması sağlanmıştır. Bir çocuk ise kendisi gidip polise teslim olmuştur. Görüşülen çocukların çoğunluğu yargı süreci sonunda cezaevine gireceklerini hiç akıllarına getirmediklerini ifade etmişlerdir. Bunun çocuk-

ların yargı sürecinde yeterince bilgilendirilmedikleriyle ilgili olduğu düşünülmektedir. Bazı çocuklar kendilerine karakolda suçlarını itiraf ederlerse bırakılacağına söylendiğini belirtmişlerdir.

Suç isnadı ile yakalanan çocuğun gözü ile çocuk adalet sisteminin üç aktörü vardır. Bunlar polis, savcı, ve hakimdir. Çocuklar tutukevine gelene kadar yaşadıkları süreçte çoğunlukla bu üç aktörden söz etmektedirler.

“İlk gittim beni bir sorguladılar. ...Bir sabah vardiyasına anlatıyon. İki vardiya oldukları için sabah anlatıyon, bir de akşam anlatıyon... Sen söylüyon o bilgisayarda yazıyor. Bunu bir götürün, aşağıya bırakın diyor. Götürüp nezarethaneye atıyorlar. ...küçük, leş gibi pis pis kokuyor. 7 tane vardı, ayrı ayrı tutuyorlar. Benle cürümümü (suç ortağı) aynı yere atmıyorlar. Uykuya dalıyon, tekrar alıyorlar. Gidip bir kağıt imzalattıyorlar, geri indiriyorlar. Hiç uyuyamıyorsun, 5 dakikada bir gelip kaldırıyorlar. Ondan sonra Adli Tıp'a götürüyorlar. Polisin biri oğlum bak dövdüğümüzü bir söyleyin diyor, savcılıktan alırsız, sizi 3-5 gün daha yatırırız diyor. Kimse anlatmıyor. Dövdü diyemiyoz. Akşama kadar dakika başı kağıt imzalattıyorlar. Okuyamıyon da, ne olduğunu bilmiyon mecbur imzalatacağın diyor. Ertesi gün adliyeye sevk ettiler. (Sorular üzerine), Parmak izi, resim falan çektiler. Şubeye (Hırsızlık Şubesi) bir baro avukatı gelmiş ben görmedim. Adliyeye gittik biz yapmadık, biz etmedik diyin, başka birinin üzerine atın dedi. Biz de frar cürümün üzerine attık. İlk savcılıkta yapmadık dedik. Hakimin önüne çıktık. Hakim E. İle beni tahliye etti. İkinci mahkemede özel avukatlar biz yaptık ama gasp olduğunu bilmiyorduk diyin dedi öyle anlatınca hakim de bizi tutukladı” (Karanfil, Doğum Yılı: 1985).

Çocukların gözaltı süreçlerinin ayrıntılarına bakıldığında polisin çocukların hepsine kelepçe taktığı söylenebilir. Çocuklar özellikle işyerlerinden ya da evlerinden alındıklarında polis arabasına bindirildikten sonra kelepçe takıldığını belirtmişlerdir. Kelepçe çocukların çok rahatsız oldukları bir semboldür:

“Transite bindirince hemen kelepçeyi taktılar, koltuğun ayaklığına bağladılar” (Ortanca, Doğum Yılı: 1986).

„ ... şeyde (kelepçe) takıyorlardı kemiğimi kıracaklardı neredeyse öyle bir sıkıyorlardı ki bileğimi oynatamıyordum” (İtir, Doğum Yılı: 1986).

Son çocuğun ifadesinden de anlaşılacağı üzere kelepçe bir kötü muamele aracı olarak da kullanılmaktadır. Gözaltına alınan çocuklar eğer karakol polisi tarafından gözaltına alınmış ise karakola getirilmektedir. Çocukların suç türü, yaşları ve polis kaydının olup olmaması gözaltı süreçlerini değiştirmektedir.

İlk kez gözaltına alınan çocuklar ile bir kaç kez gözaltına alınan çocukların gözaltı süreçleri değişmektedir. Çocuk hırsızlık ya da gasp yapmış ise ve bunu birkaç kez özellikle de bir grupla birlikte yapmışsa çocuğu mutlaka karakol yerine il emniyet müdürlüğünün asayiş şubesi hırsızlık/gasp büro amirliğine bağlı çalışan sivil polisler sorgulamaktadırlar. Çocuklar burayı "2. Şube" olarak ifade etmektedirler. Görüşülen çocukların tamamı karakol polisinin iyi davrandığını, sivil polislerin ise çok kötü davrandıklarını belirtmişlerdir.

Çocukların gözaltı sürelerine bakıldığında, en az bir gün en çok yedi gün kalan çocuk vardır. Gözaltı süresinin bu kadar uzun olmasının nedeni, çocuğa suçunu itiraf ettirmek olarak düşünülebilir. Çocuğun gözaltı süreci, işlediği suç türüne bağlı olarak da değişmektedir. Bir yaralama ve bir de cinsel suç işleyen çocuğun gözaltı işlemleri karakolda yapılmıştır ve çocukların gözaltı süreleri de 24 saat sürmüştür.

Gözaltı süresince çocuklar polisin "doğruyu anlat, sizi kurtaracağız" biçiminde önerilerde bulduklarını belirtmişlerdir. Çocuklar, polisin kendilerini kurtaracaklarına gerçekten inanmışlardır. Polisler, çocuklara "kaç işin var?" sorusuyla sorgulamaya başlamaktadırlar. "iş" hem çocukların hem de polislerin özellikle hırsızlık suçu için kullandıkları bir tanımlamadır.

Polisin bu süreçte çocuklardan kendi çevrelerinde suç işleyenlerle ilgili bilgi istedikleri, yani işbirliği teklif ettikleri görülmektedir.

"İlk tutukevinden girip çıktıktan sonra polis benim cezaevinde iken olan olaylarla ilgili ağzımı aradı. Beni muhbir gibi kullanmak istedi" (Lale, Doğum Yılı: 1985).

Bazı çocuklar ise gözaltı sürecinde yaptıkları diğer suçları öğrenmek için polisin kendilerini kurtaracaklarını belirtmişlerdir.

"Bir adam bize sigara uzattı. Benim arkadaşım sigara içmiyor dedi. Oğlum bu olaylardan başka var mı eğer başka bir arkadaşın varsa sizi gözcü yaparım

dedi. Gözcü her şeyden yırtar okudun mu avukata hiçbir şey anlatmayın dedi" (Nergis, Doğum Yılı: 1985).

Bazı çocukların tanıdıkları polis olduğu görülmektedir. Bu tanıdık polisler aracılığı ile karakoldan bırakıldıklarını belirtmişlerdir.

Bu süreçte çocuğun suç davranışının gerçekleştiği yere götürüldüğü, suçu birlikte işlediği arkadaşlarının evlerine gidildiği belirtilmiştir. Çocuklar bu uygulamayı "keşif" olarak tanımlamaktadırlar. Büyük bir ihtimalle polisler yer gösterme için bu kavramı kullanmaktadır. Yer göstermeye götürülen bir çocuk "kelepçe ile insanların arasında dolaştırdılar. Çok utandım" (Mine, Doğum Yılı: 1985) diyerek bu sürecini anlatmıştır.

Bir başka çarpıcı nokta bu süreçte çocuklar aileleri ile görüştürülmemektedir. Polis, çocuktan istediği bilgileri aldıktan sonra çocuklara ailelerine haber vermek isteyip istemediklerini sormaktadır. Çocuklar ailelerinden utandıkları ya da ilişkileri koptuğu için bunu istemediklerini söylemektedirler. Ancak, çocuğun tutuklanacağı kanısı oluşur ise mahkemeye çıkarılırken, eğer çocuğun ailesine ulaşılacak bir telefon numarası varsa ailesine haber verilmektedir. Bazı çocukların ailelerine, tutukevine geldikten sonra ulaşmıştır.

Gözaltı süresince, çocukların temel gereksinimlerinin karşılanmasında olumsuzluklar belirgindir. İlginç olan, çocuk polise suçunu itiraf ederse, bu temel ihtiyaçlar kolaylıkla giderilmektedir. Dikkat çekici bir başka nokta ise polisin çocuklara sigara vermesidir.

Sürecin aşamalarına baktığımızda, çocukların parmak izlerinin alındığı ve fotoğraflarının çekildiği görülmektedir. Çocuklar parmak izinin neden alındığı ve fotoğrafın neden çekildiği konusunda bilgi vermemişlerdir.

"Bak şimdi meşhur olacaksın dedi. Boynuma numara asıp fotoğrafımı çektiler" (Ortanca, Doğum Yılı: 1986).

Bu süreçte vurgulanması gereken bir başka nokta, çocuğun suç davranışı ne kadar şiddet dolu ve toplumun ilgisini çekecek noktadaysa, o zaman medyaya haber verilmektedir.

Avukat, mutlaka mahkemeye çıkılacak son gün baronun CMUK komisyonundan çağırılmaktadır. Çocuklar, avukatın "baro avukatı"

olması nedeniyle kendilerini savunmadıklarını düşünmektedirler. Bu nedenle de özel avukat tuttuklarını belirtmişlerdir. Çocuklar, avukatların kendilerine suç kabul etmemeleri, gerekirse suç başkasının üstüne atmalarını telkin ettiklerini belirtmişlerdir. Avukatların çocuklara daha az ceza almalarını sağlayacak senaryo ifadeler oluşturdukları da çocuklar tarafından belirtilen bir başka noktadır. Cinsel suç işleyen bir çocuğa çağırılan avukat ise, çocuğun avukatlığını kabul etmemiştir. Cinsel suç işleyen çocukların avukatlar tarafından bile dışlanması düşündürücüdür.

Değinilmesi gereken önemli bir nokta da gözaltı sürecinin başında ve sonunda mutlaka “Adli Tıp Rapor”u alınmaktadır. Bu rapor, çocuğun gözaltı süresince kötü muameleye maruz kalıp kalmadığını kanıtlamak için yapılan doktor muayenesinin sonucunu göstermektedir. Bu raporlar, adli tıbbın bulunmadığı yerlerde hastanelerden ya da sağlık ocaklarından alınmaktadır. Çocukların hemen hepsi kendilerine işkence yapıldığını, ancak bunu adli tıp doktoruna söyleyemediklerini belirtmişlerdir. Bunun nedeni, polis tarafından tehdit edilmeleridir.

“Bir şeyiniz var mı diyor polis gözümün içine bakıyor. Var desek on katı daha fazlasını yiyeceğiz mecbur geri gidiyoruz emniyet sarayına” (Nilüfer, Doğum Yılı: 1986).

Çocukların polis ile adli tıp doktoru arasında bir işbirliği olduğu kanısı da vardır.

Polisler gibi diğer aktörler de avukat, savcı ve hakim çocuklara süreçle ilgili bilgi vermemektedirler. Bu nedenle özellikle ilk kez yargılanmış tutuksuz yargılanmasına karar verilmiş çocuklar serbest kaldıklarını cezalandırılmadıklarını belirtmişlerdir. Çocuklar gözaltı sürecinde neyle karşılaşacaklarını bilmediklerini, eğer bilseler bu “iş”lere başlamayacaklarını belirtmişlerdir. Yine çocuklar bu davranışlara yeni başladıklarında şu tür yanlış bilgilerle cesaretlendirilmektedir. “Polis karakola alıp, iki tokat atıp, geri bırakıyor. Hırsızlığın cezası yok” gibi yanlış bilgilerle bu tür kanun dışı eylemlere başladıklarını belirtmişlerdir. Çocuklar yetişkin mahkemesinin ceza verdiği ve çocuk mahkemesinin ise ceza vermediğini belirtmişlerdir.

Bu araştırmada tutuksuz yargılanmasına karar verilen çocuklar için sistemde çok büyük bir boşluk tespit edilmiştir. Tutuksuz yargılanan çocuklar, suç davranışına zemin oluşturan ortama yeniden dönmekte-

dirler. Böylece çocuk bir yandan yargılanırken diğer yandan suç davranışını göstermeye devam etmektedir. Bu aşamada çocuğa uygun önleyici sosyal hizmetlerin oluşturulmamış olması, çocukların suç davranışını kronikleştirmesine neden olmaktadır.

Polisin davranışı, suç türleri açısından değişmektedir. Hırsızlık ve özellikle gasp nedeni ile yakalanan çocuklar polis tarafından kötü muameleye maruz kalmaktadır. Çocukların sıklıkla belirttikleri işkence, fiziksel işkencedir. Bunun yanı sıra psikolojik işkence de yer almaktadır. Kaba dayak, soğuk suyla ıslatma en çok sözü edilen sorgulamada kullanılan işkence yöntemlerinden birisidir.

“Polis seninle konuşalım dedi. Üstümü çıkart dediler televizyonun sesini açıp hortumla dövüyorlar, emniyet sarayında konuşmazsan kafana silahla vururum dedi. Beyaz gömleği gözüme bağladılar. Isladılar bir iki dakika geçti testisleri sıkıyor kafama tas gibi bir şey indi, kafamın tepesi yandı benim gözümün önünde arkadaşımı dövdüler. Bu olaylardan sonra polislere gıcık oluyordum, dövüp küfür ettikleri için öldürmek istiyordum.” (Nergis, Doğum Yılı: 1985).

Elektrik işkencesi, eğer çocuk suçunu itiraf etmemişse son noktada kullanılmaktadır. Elektrik işkencesi ile korkutma da çok dile getirilmiştir.

“İlk gözümü bağladılar dövdüler anlat dediler anlattık. Bak dedi siz iki olay daha yapmışsınız. Bu yapmadığımız olaydı. Ondan sonra gözlerimizi şeyle bağladılar, ayakkabı keçesi gibi bir şeyle. Eğ kafanı dedi, eğdik bam bum bam bum hep dövdüler. Ondan sonra üst kata çıkardılar. Üst katta halıfleks gibi bir şeyler var. Ortada bir tane masa var. Oraya yatırdılar. Yat dedi, elimi falan bağladılar, dedi söylüyor musun. Efendim biz yapmadık, söyle dedi. Yoksa sana elektrik vereceğiz. Dedim yapmadık efendim. Ondan sonra orda kablo vardı, kabloyu elimize deydirmeye başladı, göbeğimize ondan sonra o işkencelerden sonra yaptık dedik.” (Erguvan, Doğum Yılı: 1986).

Tutuklu çocuklar işkence ile yapmadıkları suçları da kabullendiklerini belirtmişlerdir. Gözaltı sürecinde çocuğun işkence ile suç davranışını kabul etmesinin, özellikle çocukların kendi suç davranışlarının önemsiz olarak algılanmasında etkili olduğu düşünülmektedir. Bunda, polisin çocukların deyimiyle başka “işleri” de çocuğa işkenceyle kabul ettirmesinin önemli olduğu söylenebilir. Çünkü yapsın ya da yapmasın, bir ya da daha fazla suç dosyasını kabul etmek zorunda kalan çocuğun, kendi

suçuyla ilgili dosyası ve suç davranışı, bu ortamda önemini yitirmektedir. Böylece çocuk, kendi davranışı ile ilgili sorgulamaya gitmemekte ve karşısındaki insandan bu şekilde görmüş olduğu davranış nedeniyle kendi davranışını mazur görmektedir.

"... Karakolu önce o. İlk ... Karakolu muydu neydi ismi oraya götürdüler. Ondan sonraye ordan işte şubeye götürdüler. Şubede bizim zaten iki suçumuz vardı. İki tane daha yıktılar, yapmadığımız iki suçu. İşkence zoruyla, elektrik zoruyla onlardan aldık" (Hatmi, Doğum Yılı: 1985).

Çocuklar Ankara Emniyeti'nde sorgulandıkları yeri 2. şube ya da "şube, yıkım yeri, ezim yeri" olarak adlandırmaktadırlar. Şubeyi anlatırken özellikle orada "burada Allah yok Peygamber izinde" yazdığını belirtmektedirler. Cinsel işkence de özellikle sabikalı ve gasp isnadı ile yakalanan çocuklara polisin uyguladığı işkence yöntemlerinden birisidir. Haya sıkmanın çoklukla kullanıldığını bir çocuk utanarak da olsa ifade etmiştir.

"16 yaşında idim anlatılmayacak şeyler yaptılar. ...Ne bileyim söylenmeyecek artık anlatıyım. Anadan doğma çırılçıplak soydular, daha sonra eline bir eldiven geçirdi söylemesi ayıp benim hayalarımı sıktı böyle yani böyle beş gün yattım ben buralarım (karnını gösteriyor, yüzü acı içinde) ağrıdı" (Menekşe, Doğum Yılı: 1987).

Cinsel işkence diğerlerine göre daha zor anlatılabilecek işkence türlerindedir. Bu nedenle cinsel işkenceden birkaç çocuk söz etmiştir. Alıntı yapılan bu çocuk haya sıkmanın hırsızlık ve gasp nedeni ile gözaltına alınan herkese yapıldığını belirtmiştir.

Çocukların polis tanımlamalarına bakıldığında, hep olumsuz cümleler yer almıştır. Bir çocuk, "ayıdan post, polisten dost olmaz" (Fulya, Doğum Yılı: 1984) demiştir. "Aç gözlü, bebeleri ezen kişiler" (İğde, Doğum Yılı: 1985) olarak tanımlamıştır.

Çocukların bazıları polisin dövmekte haklı olduğunu söylerken, bazıları da dövmemeleri gerektiğini belirtmişlerdir.

Tutuklu çocukların cezaevinde kaldıklarına ilişkin bir sembollerini bulunmaktadır. Bu sembol, ellerinin üstünde üç nokta biçimindedir. "Duymadım, görmedim, bilmiyorum" anlamına gelen bu üç nokta yani üç maymun oyunu çocukların polis sürecinden başlayarak tutukevinde de

sürdürdükleri bir davranış biçimidir. Bu sembolün, çocukların hemen hepsinde oluşu, bir anlamda onların cezaevi okulundan geçtiklerinin anlatımı olduğunu düşündürmektedir.

Tutuklu tüm çocukların uykusuzluk sorunu olduğu görülürken, Bunun polis sürecinde yaşadıklarıyla ilgili olduğu kadar, kaldıkları koğuştta kendilerini güvende hissetmemeleriyle ilgili olduğu da düşünülebilir. Bazı çocuklar, gözaltı sürecinde yaşadıkları işkencenin etkileriyle ilgili olarak rüyalarında polisin kendilerini ya da arkadaşlarını öldürdüklerini belirtmişlerdir.

Tutukevi sonrası, sabıkalı olmaktan ve polisin damgalayıcı tutumundan kurtulmak için, buldukları kenti hatta ülkeyi değiştirmeyi düşünen çocuklar bulunmaktadır.

Çocuklar için tutukevi “düşükleri” bir yerdir. Çocukların hepsi “mahkumun rüyası tahliye rüyasıdır” biçiminde isteklerini belirtmişlerdir. Bazı çocuklar ise özellikle sokakta yaşayan çocuklar, tutukevini yetiştirme yurduna benzetmektedir.

“Evi olmayan için tutukevi güzeldir. İyi desem iyi değil, kötü desem kötü değil. Burada olmak daha iyi, ama annemi, arkadaşlarımı özlüyorum” (Nergis, Doğum Yılı: 1985).

Bu çocuklar, özellikle suç işleyip tutukevine gelmektedirler. Böylece çocuk adalet sisteminin bir kurumu çocuklar tarafından bir korunma yeri haline dönüşmektedir. Burada çocukların aileleriyle kopan ilişkilerini yeniden kurma özlemi altta yatan en önemli nedenlerden biridir. Tutukevinde çalışanlar, çocukların bazılarının tutukevinin verdiği giyecekleri ailesine verdiğini belirtmişlerdir.

Orta sınıf ailelerden gelen bir çocuk, cezaevinde çocukluğunu kaybettiğini belirtmiştir. Yine bu çocuklardan biri kapalı kalmaktan artık kafasının çalışmadığını belirtmiştir. Diğer çocuklar ise bunların farkında değildir. Onların çoğunluğunun çocukluk yaşantısının çok kısa sürdüğünü söylemek mümkündür.

Tutukevi, çocuklar için bir yandan da yeni suç öyküleri öğrendikleri, yeni arkadaşlıklar edindikleri bir okul olarak da işlev görmektedir. Böylece, suç zincirinin en önemli halkalarından birisinin de kapalı bir kurum olan tutukevi olduğu söylenebilir.

“Arkadaşlarımı kıskanarak bazı toplumun kabul etmediği suçları işlediğim için hırsızlık olaylarına karıştım yanı onların herşeyi var benim niye olmasın diye bazı arkadaşlarla tanışıp onlarla yukarıda belirttiğim gibi hırsızlık. Olaylarına karıştım ...sonra ceza evinde değişik suçlardan yatan arkadaşlarla tanışıp değişik suçları onlardan öğrendik örneğin, araba çalmayı çelik kasa açmayı ve bunu gibi” (Lale, Doğum Yılı: 1985).

Çocukların çoğunluğu Çocuk Hakları Sözleşmesi’ni duymadığını söylerken birkaç çocuk tutukevinde ve karakolda duyduklarını belirtmiştir.

“Karakolda da vatandaşlık hakları yazıyor ama hiç biri yapılmıyor” (Nergis, Doğum Yılı: 1985).

Bazı çocuklar ise Çocuk Hakları Sözleşmesi denildiğinde sokakta yaşayan çocuklardan söz etmişlerdir.

Sokakta yaşayan bir çocuk ise sözleşmeyi bildiğini, ancak çocukların hala kötü muameleye maruz kaldıklarını aşağıdaki cümleyle çarpıcı bir biçimde ifade etmiştir.

“Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 27. maddesi 18 yaşından küçüklere polis hiçbir şekilde işkence yapamaz der ama kağıt üzerinde kalır” (Papatya, Doğum Yılı: 1985).

Çocuklar, tutukeviden ve ıslahevinden çıktıktan sonra kendileri için suç işlemeyecekleri yeni bir yaşama başlamaları konusunda umutsuz olduklarını belirtmişlerdir. Burada özellikle *“toplumun önyargısı”* ve *“sicillerinin bozuk”* olması nedeniyle iş bulamayacaklarını belirtmişlerdir.

“Sabıkalı bir yere ortama girdiğinde barınamaz dışlanır” (Arslanağzı, Doğum Yılı: 1986).

Çocuk Hakları Sözleşmesi bağlamında çocuğun yararına işleyen bir çocuk adalet sisteminin misyonu çocuklar için yeniden sosyal adaleti sağlamak olmalıdır.

Bir başka deyişle çocuğu nesneleştiren ve şeyleştirilen bir mekanizma yerine onun özne olmasını sağlayacak yani özgürleştirecek sistemler oluşturmak gerekir.

Sonuç ve Değerlendirme

Bugün çocukların İnsan Hakları Anayasa'sı olan Çocuk Hakları Sözleşmesi suça itilen çocukların haklarını koruyan bir anlayışla düzenlenmiş bir çocuk adalet sistemi kurmayı zorunlu hale getirmektedir. Öyleyse bu sistemin polisten başlayarak kapalı bir kurum olan tutukevine kadar nasıl işlediğini çocukların değerlendirmesiyle ele alan bu çalışmanın sonuçları ön soruşturma süreci ve yargılama sürecini yeniden yasal örgütsel düzeyde yapılandırmayı gerektirmektedir.

Bugün var olan sistemin çocukları kronik suç işleyen kişiler haline dönüştürdüğü görülmektedir. Polisten başlayarak hakları ihlal edilen çocuklar bu süreçte bir ezme ezilme döngüsü içinde sıkışıp kalmışlardır. Bu döngüde var olabilmenin ilk şartı şiddet kullanmaktır. Suç davranışı bu süreçte son nokta olan tutukevinde kendini yenilemekte ve yeni suç davranışları üretmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyüz, Emine, "Cumhuriyet Döneminde Çocuk Hukukundaki Gelişmeler" B. Onur (Ed.), *Cumhuriyet ve Çocuk 2. Ulusal Çocuk Kültürü Kongresi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Çocuk Kültürü Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, No:2, 1999: 491-506.
- Bumin, Kürşat, *Batı'da Devlet ve Çocuk*, Alan Yayıncılık, İstanbul 1983.
- Cankurtaran, Öntaş, Özlem, "Çocuk Hakları ve Güçlendirme Yaklaşımı Bağlamında Suça Yönelen Çocuk ve Polis İlişkisi" HÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Hizmet Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2004.
- Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve İlgili Mevzuat, 2559 Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu*, Seçkin Yayınevi, 2001.
- Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve İlgili Mevzuat, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği*, Seçkin Yayınevi, 2001.
- Cılga, İbrahim, "Türkiye'de Çocuk Hakları Çalışmaları", B. Onur (Ed.), *Cumhuriyet ve Çocuk 2. Ulusal Çocuk Kültürü Kongresi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Çocuk Kültürü Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, No:2, 1999: 506-517.
- Creswell, John W, *Research Design Qualitative and Quantitative Approaches*, New Delhi, Sage Publications 1994.

- Çağlar, Ali, "Türk Polisi'nde Sosyalleşme ve Polis Kültürü", İ. Cerrah ve Emin S. (Ed.), *Türkiye'de Suç ve Polislik*, Ankara, Güner Matbaacılık, 2000:115-144.
- Franklin, Bob, *Çocuk Hakları*, (Çev.: Alev Türker), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1993.
- Neuman, Lawrence, (2000), *Social Research Methods- Qualitative and Quantitative Approaches*, Allyn and Bacon, USA.
- Postman, Neil, *Çocukluğun Yokoluşu*, (Çev.: Kemal İnal), Ankara: İmge Kitapevi, 1995.
- Türkiye İnsan Hakları Vakfı Tedavi Ve Rehabilitasyon Merkezleri Raporları, Ankara, 1990-2003.
- Uluğtekin, Sevdâ. "Çocuk Suçluluğu ve Hizmet Modelleri" *Adli Tıp Anabilim Dalı Adli Psikoloji Programı Ders Notları*, Ankara Üniversitesi 1999-2000.
- Yıldırım, A. ve Hasan Ş. *Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma Yöntemleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000.

TUTUKLAMAYA VE TUTUKLULUK HALİNİN DEVAMINA İTİRAZ KURUMU

Ş. Cankat TAŞKIN *

Tutuklamaya itiraz 5271 sayılı CMK bakımından şüpheliye güven-
ce sağlayan çok önemli bir Ceza Muhakemesi kurumudur. Bu kurum,
AİHS m. 5/3 ve Anayasa m. 19/ 7 ile güvencelenmiştir.

Tutuklamaya itirazın incelenmesi bakımından CMK 101/5, 104/2,
267 ve 268 hükümleri uygulanmaktadır. Buna göre, sorgu yargıcının
CMK 100 vd. maddelerine göre vereceği bir tutuklama kararına karşı
kararı veren yargıevine (mahkemeye) 7 gün içinde itiraz edilebilir.
(CMK 101/5 ve 268/1)

İtiraz üzerine tutuklama kararını veren yargıevi bu kararını ya 3
gün içinde düzeltir ya da itiraz dilekçesinin kendisine verildiği tarihin-
den itibaren 3 gün içerisinde bu karardan dönmezse (tutuklamaya
devam kararı verirse) en geç 3. günün sonunda itirazı bir üst dereceli
yargıevine kendiliğinden gönderir. (CMK 105). Ancak üst dereceli
yargıevinin bu itirazı ne kadar süre içerisinde görüşeceği yasada açıkça
düzenlenmemiştir. Yargıevi, bunu aynı gün ya da ertesi gün görüşe-
bileceği gibi; iş yoğunluğu gerekçesiyle bu konuyu görüşmeyi ileri bir
tarihe de atabilir.

*Burada dikkat edilmesi gereken, kararı veren mercinin kararını düzelt-
meyerek üst dereceli yargıevine göndermesinin aslında özü itibarıyla bir tür
"TUTUKLAMAYA DEVAM" kararı olmasıdır. Aynı şekilde, üst dereceli
yargıevinin de tutuksuz yargılama talebini reddetmesi de özü itibarıyla bir
"TUTUKLAMAYA DEVAM" kararıdır.*

* Avukat, Bursa Barosu.

Tutuklamaya itiraz durumunda CMK 105'te incelemeyi yapacak olan üst dereceli yargievinin tutuklama kararı hakkında ne kadar süre içerisinde karar vereceğine ilişkin yasada belirli bir sürenin belirtilmemiş olması kişinin AİHS m. 5/3 anlamında makul sürede salıverilme hakkının ihlali anlamında gelebilecektir. Zira, tutuklu kişi ne zaman yargıevine çıkacağından ya da hakkında ne zaman dava açılacağından veya salıverilmesinin ne zaman gerçekleşeceğinden bihaberdir. Bu durum, kişiyi ruhi olarak da oldukça zorlayacaktır.

Görüşümüze göre, yasadaki bu boşluğun ve tutuklunun kişi hürriyetinin AİHS 5/3'e, (yargılama sürerken AİHS 6'ya) ve Anayasa 19/7'ye aykırı olmaması için, üst dereceli yargievinin tutukluluk halini ne kadar süre içerisinde karara bağlayacağı Anayasa 19'a ve CMK 105'e açıkça yazılmalıdır. Hatta, belirtilen o süre içerisinde üst dereceli yargievinin karar vermemesi durumunda kişinin "*derhal salıverileceği*" ve yargılamaya tutuksuz devam edileceği de Anayasa m. 19 ve CMK m. 105 ile güvenceye bağlanmalıdır. Konması gereken bu süre bireysel suçlar bakımından en çok 7, toplu suçlar bakımından 15 gün olarak belirlenebilir. Böylece, devletin kendi düzenine de hızlı işletmesi sağlanabilecek ve şüphelilerin kişi özgürlükleri kısıtlanmamış olacağından AİHS m. 5'te; BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 3 ve 9'da; BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 9'da ve AY 19'da güvencelenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ihlal edilmesi olasılığı ortadan tamamen kaldırılmış olacaktır.

Buna ilişkin yasal bir düzenleme getirilene dek kişinin tutuklu kalacağı süre de AY 19'da belirtilen süre kadar (bireysel suçlarda en çok 48 saat; toplu suçlarda en çok 4 gün) olmalıdır.

Aksi durumda aşağıda inceleyeceğimiz AİHM kararlarında verilen ölçütlerden de anlaşılacağı gibi, kişi özgürlüğünün makul süreden fazla kısıtlanması söz konusu olabilecektir ki bu da kişiye tinsel üzü (manevi işkence) yapmaktan farklı değildir. Eşdeyişle, kişi ne zaman salıverileceğini ya da en geç ne kadar süre içerisinde hakkında iddia-name yazılıp yargıevine çıkarılacağını bilmelidir. Bir hukuk devletinde, şüpheli "*ölüm cezasının infazını bekleyen idam cezası hükümlüsü gibi*" bekletilmemelidir.

İkinci ve bizce yasanın mantığıyla da en çok bağdaşan çözüm CMK 109 vd maddelerinde belirtilen ve özü itibarıyla da (ağırlığı yönünden)

tutuklamadan farkı olmayan, hatta bazen sonuçları bakımından tutuklamadan daha ağır sonuçlar doğurabilen adli kontrole ilişkin bazı düzenlemelerin, tutuklama ve tutukluluk halinin devamı bakımından kıyasen uygulanmasıdır. Örneğin, CMK 111’de belirtilen “*Adli Kontrol Kararının Kaldırılması*” hükmünün CMK 110/2’ye yaptığı gönderme sayesinde, adli kontrole yapılacak itiraz üzerine itirazı görülecek olan yargı evinin adli kontrolü değiştirebileceği gibi, bu kontrolü tamamen kaldırabilmesi de mümkün olabilecektir. Yargıevi, bu kararı en geç 5 gün içerisinde verebilecektir.

CMK’da özgürlükler yararına yorum yoluyla kıyas mümkün olduğundan ve yasamızda da ilk itiraz üzerine tutuklamanın devamına karar veren üst dereceli yargıevinin kararını ne kadar süre içerisinde vermesi gerektiği de açıkça düzenlenmediğinden ortada bir “örtülü yasa boşluğu” vardır. Yasada boşluk olması-hele ki tutuklama gibi özgürlük kısıtlayıcı bir konuda- kabul edilemeyeceğinden CMK 111’deki 5 günlük inceleme süresinin tutuklama bakımından da kıyasen uygulanması ve tutuklamaya itirazı görecektir olan üst dereceli yargıevinin de CMK 111’deki 5 günlük süre içerisinde itirazı kesin olarak karara bağlaması yerinde olacaktır. Bu önerimizi ilk önerimizle birleştirmek ve 5 gün içerisinde üst dereceli yargıevi tarafından tutuklama hakkında karar verilmediği takdirde, şüphelinin derhal salıverilmesinin de yasal hatta Anayasal güvenceye bağlanması yerinde olacaktır.

Burada CMK 102’yi de irdelemek yerinde olacaktır. CMK 102’ye göre, Ağır Ceza Mahkemelerinin görevine giren suçlarda tutukluluk süresi en çok 2 yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde gerekçesi de gösterilmek şartıyla en çok 1 yıl daha uzatılabilecektir. Süre hiçbir durumda 3 yılı geçemeyecektir. Ağır Ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde ise tutukluluk süresi en çok 6 ay olabilecek ve bu süre zorunlu hallerde gerekçesi de gösterilerek en çok 4 ay daha uzatılabilecektir. Yani toplam tutukluluk süresi bu suçlar bakımından en çok 10 ay olacaktır.

Ne var ki 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’un 12. maddesine göre CMK 102 maddesi 1 Nisan 2008 tarihinde yürürlüğe girecek ve bu tarihe kadar da 1412 sayılı CMUK’nun 110. maddesi yürürlükte olacaktır.

1412 sayılı CMUK 110. maddesi kanaatimizce CMK 102’den daha ileri ve daha özgürlükçü bir düzenlemedir. Çünkü 110. mad-

deye göre tutukluluk süresi hazırlık soruşturmasında 6 ayı geçemez. Kamu davası açılınca bu süre, hazırlıktaki süre dahil 2 yılı geçemez. (Demek ki suç ağır cezalı bir suç olsa bile sanık ağır ceza mahkemesinde en çok 1. 5 yıl tutuklu kalacak ve sonra salıverilecektir.)

Ancak soruşturmanın veya yargılamanın zorluğu, geniş kapsamlı olması sebebiyle belirtilen sürelerin sonunda kamu davası açılmamış veya hüküm kurulamamış ise, fiilin cezasının alt sınırı 7 seneye kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda tutuklama kararı kaldırılır. (Demek ki Cumhuriyet Savcısı en geç 6 ay içerisinde iddianameyi hazırlayıp yargıevine sunacaktır ve yargievi de en geç 2 yıl içerisinde kararını verecektir. Vermezse tutuklama kararı kaldırılacaktır. Bu konuda yargıevine takdir hakkı verilmemiştir.)

7 sene ve daha fazla cezalar ile, müebbet ağır hapis gerektiren suçlarda; tutuklama sebebine delillerin durumuna ve sanığın şahsi hallerine göre tutukluluk halinin devamına veya sona erdirilmesine yada uygun görülecek nakdi kefalet karşılığında salıverilmesine karar verilebileceği hükme bağlanmıştır.

Buna göre, yeni düzenleme sadece alt sınırı 7 yıl veya üstü olan suçlar bakımından eski düzenlemeden daha teminatlıdır. Çünkü eski düzenlemeye göre, alt sınırı 7 yıl ya da üzerinde ceza içeren bir suçta tutuklama süresi 2 yıllı sınırlı olmayabilecektir. Oysa yeni yasada bu süre uzatılmış haliyle bile en çok 3 yıl olacaktır.

CMK 102, yukarıda belirttiğimiz veriler ışığında yeniden düzenlenmeli ve en az 1412 sayılı CMUK'nın 110. maddesindeki güvenceleri içerecek duruma getirilmelidir.

Ancak CMK 102 (1 Nisan 2008'e dek 1412 sayılı CMUK 110) CMK 105'teki eksikliği gidermek için değil, sanığın kovuşturma sırasında en çok ne kadar tutuklu kalacağını belirtmek için konmuş olan bir düzenlemedir. Şu halde, CMK 105'teki sorunun çözümü bakımından yukarıda önerilen çözümlerden birinin tartışılması uygun olacaktır.

KONUyla İLGİLİ AİHM KARARLARI

Konunun öneminin daha iyi anlaşılması bakımından bazı AİHM kararlarını incelemekte yarar vardır.

AIHM, tutukluluk halinin devamı ve kişinin salıverilme isteminin makul süre içerisinde değerlendirilmesi bakımından aşağıda örnek olarak verdiğimiz kararlarında belli ölçütler koymuştur. Bu kararlardan bazıları şunlardır: Luberti-İtalya Kararı (79-23. 02. 1984); Neumeister-Avusturya Kararı (6-27. 06. 1968); Stögmüller-Avusturya Kararı (10-10. 11. 1969); Wemhoff-Almanya Kararı (07-27. 06. 1968), Ringeisen-Avusturya Kararı (14-16/07/1971). Mansur-Türkiye Kararı (14-8. 6. 1995)

Wemhoff-Almanya Kararı'nda mahkeme tutuk halinin değerlendirilmesi için Komisyon'un önerdiği 7 ölçütü belirtmektedir. Bu 7 ölçüt şunlardır:

1. Tutukluluğun Gerçek Uzunluğu

Komisyonla göre, kişi tutuklanmışsa m. 5/3 ve 5/1'deki makul sürede salıverilmesi gerekmektedir. Buradaki makul süre deyişi muğlaktır; tam belirgin değildir. Bu süre, somut olayın özelliğine göre değerlendirilecektir.

2. Suçun Niteliği, Öngörülen ve Mahkumiyet Halinde Verilmesi Beklenen Ceza İle, Verilebilecek Cezanın İnfazından Tutukluluk Süresinin Düşülmesini Sağlayan Yasal Hükümler Bakımından Tutukluluk Süresi Değerlendirilmelidir

Komisyonun değerlendirmesine göre, bu konuda tutukluluk süresinin uzunluğu söz konusu suçun niteliğine, öngörülen ve verilmesi beklenen cezaya göre değişebilecektir. Bununla birlikte, ceza ile tutukluluk süresinin uzunluğu arasındaki ilişki belirlenirken Sözleşmenin 6/2. maddesi ile güvencelenen "MASUMLUK KARİNESİ" dikkate alınmalıdır. *Tutukluluk süresi, mahkumiyet sonucunda verilecek olan cezanın süresine çok yaklaşacak olursa bu kurala (masumluk karinesine) uyulmamış olur.*

3. Tutuklu Kişinin Maddi, Ahlaki ve Diğer Açılardan Durumu

Tutuklu kişinin suç işlemeye meyilli bir yapıya sahip olup olmadığı (sabıka durumu), gelir durumu (özellikle hakkında hükmedilebilecek kefaleti karşılayabilmesi bakımından), toplumdaki saygınlığı, mesleği tutuklu kalacağı sürenin takdiri bakımından önem taşır.

4. Sanığın Tavrı

Sanık sorgulamanın veya yargılamanın gecikmesinde ya da hızlanmasında etkili olmuş mu? Ayrıca sanığın (şüphelinin) kanun yollarına başvurması sonucunda yargılamada ya da tutukluluk halinin devamında bir gecikme olmuş mu? Tutuklu kişi, kefaletle salıverilmeyi talep etmiş mi ya da başka güvenceler önermiş mi?

5. Olayın Özellikleri

Olayın soruşturulmasındaki güçlükler (olayın karmaşıklığı, tanıkların ve suç ortaklarının sayısı, yurt dışından delil elde edilme ihtiyacı vs)

6. Soruşturmanın Yürütülme Tarzı

Soruşturma sisteminin uygulanabilirliği ve soruşturma makamlarının olayı ele alırken gösterdikleri dikkatle soruşturmayı yürütüş tarzları.

7. Yargısal Makamların Tavrı

Yargısal makamlar, yargılama sürerken salıvermeye ilişkin istekleri nasıl değerlendirmiştir? Ayrıca bu makamların yargılama tamamlandığında bu konudaki tavırları nasıldır?

Komisyonu göre bu 7 ölçüt her somut olaya uygulanmalı ve tutukluluk süresinin makullüğü buna göre değerlendirilmelidir.

Somut olayda tutukluluk süresi bu 7 ölçüte göre değerlendirildiğinde, başvuru evliliğini zedeleyen ve anne-babasıyla olan ilişkilerini olumsuz etkileyen uzun tutukluluk süresi aşırıdır ve makul sayılamaz. (Başvuru yaklaşık 3 yıl boyunca tutuklu kalmış ve yargıç her seferinde tutukluluk süresini "kaçma tehlikesi" nedeniyle uzatmıştır. Hatta başvuru kefaletle tahliye talepleri de yeterli gerekçe gösterilmeden reddedilmiştir.)

Mahkemeye göre, (p. 60) *cezanın ağır olma olasılığı tutuklama için yeterli değildir.* Bununla birlikte Alman Mahkemeleri kaçma tehlikesinin

bulduğuna dair kararlarını gerekçelendirirken muhakemenin ilk aşamalarında, sanığın maddi durumuyla ilgili şartlara ve onun durumuna dayanarak dikkatli davranmışlardır. Bu nedenle olayda ihlal yoktur.

Konuyla ilgili önemli ölçütler koyan diğer karar ise Stögmüller-Avusturya Kararı'dır. Stögmüller tefecilik yasasındaki suçları işlediği gerekçesiyle gözaltına alınır. Kaçma tehlikesi ve delilleri karartma tehlikesi bulunduğu gerekçesiyle ertesi gün tutuklanır. 1 ay 18 gün tutuklu kaldıktan sonra geçici olarak salınır. 2 ay kadar sonra bu kez sahtekarlık ve bazı fonları zimmetine geçirmekten Stögmüller hakkında 2. kez soruşturma açılır. Bu soruşturmadan Stögmüller'in yaklaşık 2 yıl sonra haberi olur. Yargıevi başvuru için ifadesini almak için çağırır fakat o sırada başvuru yurt dışında olduğundan ifade almanın geciktirilmesini talep eder. Talebi kabul edilir. Başvuru yurt dışından dönünce derhal ve kendiliğinden yargıcın önüne gider fakat bu kez de yargıç iş yoğunluğunu gerekçe göstererek başvuru için ifadesini almaz.

Savcı aynı gün başvuru hakkında tutuklama ister. Gerekçe olarak da başvuru için salıverilirken verdiği sözde durmadığını ve hatta yurt dışına çıktığını, bu nedenle de kaçma tehlikesi bulunduğunu belirtir. Savcının istemine uyan sorgu yargıcı, istemdeki gerekçelerle başvuru için tutuklar.

Başvuru birkaç gün sonra tutuklamaya itiraz ederek salıverilmesini ister. Gerekçesinde de işi gereği yurt dışına çıkmak zorunda olduğunu, hatta yurt dışına çıkmadan önce yargıçla konuşup her keresinde izin almasının gerekip gerekmediğini sorduğunu; yargıcın buna gerek olmadığını, yalnızca gideceği yerin adresini aile bireylerine bildirmesinin yeterli olduğunu belirttiğini; ayrıca pilotlukla uğraşmak istediğini yargıca belirttiğini, yargıcın buna da itiraz etmediğini; yurt dışına kaçmasından kuşulanılmadığını hatta yurt dışında bulunması nedeniyle ifadesinin 2 kez ertelendiğini ancak döner dönmez derhal ifade vermek için kendiliğinden yargıcın önüne geldiğini belirtmiştir.

Buna karşılık savcı tutukluluk durumunun sürmesi yönünde görüş bildirmiş ve yargıevi de savcının isteğine uyararak yurt dışına çıkabilmesi için başvuruya genel bir izin verilmediğinden bahsetmiş, her seferinde dönüp ifade vermesinin olayla ilgili olmadığını belirtmiş; CMK 191. maddesindeki yemini ihlal etmenin bile başlı başına tutuklama için

yeterli bir neden olduğunu belirterek salıverilme istemini 1 ay 20 gün sonra reddetmiştir.

Başvurucu üç buçuk ay sonra 2. kez itiraz etmiş ve bu başvuru da aynı gerekçelerle reddedilmiştir. Başvurucunun 3. başvurusu güvence vermesi ve CMK 191. maddesine göre yemini alınması koşuluyla kabul edilmiştir.

Başvurucunun 2. tutukluluk hali 2 yıl 1 gün sürmüş ve başvuru toplamda 2 yıl 7 hafta tutuklu kalmıştır.

İlk soruşturma başvurusunun salıverilmesinden sonra 3, soruşturmanın başlamasından ise yaklaşık 5 yıl sonra sonuçlanmış; soruşturma ve kovuşturma boyunca 179 tanık dinlenmiş; 140 sayfalık iddianame hazırlanmış ve başvurusunun iddianamede 1. sırada gösterildiği 3 sanık hakkında kovuşturma açılmıştır.

Başvurucu 19 olaydan suçlu görülerek toplam 4 yıl 6 ay ağır hapis cezasına çarptırılmıştır.

Başvurucu AİHM'e 2. tutuklamasından 1 yıl sonra ve salıverilmeden yaklaşık 1 yıl önce başvurarak haksız yere tutulduğunu ve sözleşmenin 5/3. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Komisyon 5/3. maddenin ihlalini saptamıştır.

AİHM hükümetin itirazlarını tartışırken şu önemli noktaları gerekçesinde belirtmiştir:

1. Hükümetin iddia ettiği gibi tutuklama nedenleri ile tutuk halinin uzunluğu (madde 5/1. c ile 5/3) ayrılamaz

5/1. c'ye göre aranan "gözaltına alınmak için makul kuşku" duyulması koşulu bir kimsenin tutuklanması için de olmazsa olmaz koşuldur. Ancak 5/3'e göre, tutukluluğun devam etmesi bakımından makul kuşkunun sürmesi de tek başına tutukluluk halinin belirli bir süre devam etmesinden sonra yeterli olmaz.

2. 5/3'te belirtilen makul süre ile 6/1 deki makul süre farklıdır

6'daki makul süre her türlü olaya uygulanır ve bu hükmün amacı dava taraflarını yargılama sürecindeki gecikmelere karşı korumaktır.

Bu hüküm, özellikle ceza yargılamasında bir kimsenin uzun süre suç isnadı altında kalmasını önler.

5/3'teki makul süre ise tutuklu bulunan kimseler için öngörülmüştür. *Bu hüküm, tutuklu kişinin yargılamasına ayrı özen gösterilmesi gerektiğini belirtir. Hazırlık soruşturmasının süresinin şikayet konusu olmadığı hallerde bile tutukluluk dönemi makul süreyi aşmamalıdır.*

Bu nedenle gözaltı nedeni ne olursa olsun ve soruşturma ne kadar uzun sürerse sürsün, 5/3 kendi içerisinde bağımsız bir hükümdür ve yalnızca tutuklu kişiler için uygulanmalıdır.

Bir devletin az sayıda soruşturma görevlisinin bulunması veya yargıçların iş yükünün soruşturma sisteminin süratle işlemesine engel olması gibi nedenler, tutukluluk süresinin makullüğünün değerlendirilmesinde önemli olamaz.

3. Sözleşmenin 5/3. maddesi ihlal edilmiştir

AİHM'e göre, hakkında suç isnadı bulunan bir kimsenin tutuklanmasında veya tutukluluk halinin devam etmesinde suçta tekerrür tehlikesi Avusturya iç hukuku bakımından haklı bir nedendir. Fakat, başvuru hakkında ilk salıvermeden sonra benzeri suçları işlediği yönünde ihbarlar olmasına rağmen savcılığın bu ihbarlardan yalnızca 2 tanesini değerlendirmiştir.

Tutukluluk halinin devamında gerekçe olarak suçta tekerrür gösterilmiştir. Ancak burada Avusturya yargıevleri, başvuruçunun yeni yaşam tarzını hiç dikkate almamış, başvuruçunun faizcilik işini bırakarak pilotluğa başlamasının tekerrürün koşullarını oluşturmayacağını öngörmemiştir. Bu nedenlerle olayda tekerrür tehlikesi kalmamıştır.

Avusturya yargıevleri, tutukluluk halinin devamına gerekçe olarak *başvuruçunun ağır ceza alabilecek durumda olmasını, pilotluk lisansının bulunmasını ve babasının uçaklarının bulunmasını gerekçe olarak göstermiştir.*

Ne var ki Mahkeme'ye göre (AİHM) sanığın sık sık yurt dışına çıkması, pilotluk lisansına sahip olması ya da cezanın ağırlığı sanığın kaçma şüphesini haklı gösterecek gerekçeler değildir. Sanık, tutuklu kalmak yerine kaçmayı yeğlediğinde bunun sonuçlarının kendisi bakımından daha az kötü olabileceğini düşünmelidir.

Ayrıca, sanığın tutukluluğa gösterdiği uyumsuzluk, ülkesiyle, ailesiyle ve işiyle ilgili bağlantıları da tutuk halinin devamı kararı verilirken dikkatle araştırılmalıdır.

Oysaki olayda yargıevi bu noktaları hiç gözetmemiştir. Sanık ilk salıverilmesinden sonra birçok kez yurt dışına çıkmış ve her seferinde de geri dönmüştür. Hatta ifade vermeye kendisi (zor kullanmaya gerek kalmaksızın) gelmiştir. Başvurucunun bu davranışları kaçma tehlikesi bulunmadığını göstermektedir. Başvurucunun 2. salıverilme isteğinin güvenceye bağlanarak kabul edilmesi gerekirken tutukluluk halinin devamına karar verilmesi sözleşmenin ihlali sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle mahkeme (AİHM), tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

AİHM, Luberti-İtalya Kararı'nda da benzer ölçütler kullanarak, akıl hastalığı nedeniyle gözetim altına alınmış bir kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılabilmesi için "o kimsenin akıl hastası olduğunun güvenilir biçimde gösterilmesini, akli hastalığın güvenlik tedbirini ve muhafaza altına alınmayı haklı göstermesini (o derecede ileri bir hastalık olmasını), muhafazanın sürmesi için de ileri derecedeki akıl hastalığının devam ediyor olması" koşullarını aramaktadır. AİHM, eğer bu kişinin iyileştiği doktor raporlarıyla belgelenmişse o kişinin derhal salıverilmesi gerektiğine değinmiştir. Bu nedenle de Luberti'nin iyileştikten sonra dahi haksız yere gözetim altında tutulmasının sözleşmenin 5/4. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiş ve İtalya'yı tazminata mahkum etmiştir.

Neumeister-Avusturya Kararı da konuyla ilgili öğretici bir karardır: AİHM bu kararda önce 2 ay ardından salıverildikten sonra yeniden tutuklanarak 26 ay tutuklu kalan ve 5 tahliye isteminin reddi sonucu üst mahkemelerin de bu istemi reddetmesiyle sonuçta kefaletle salıverilen (ilk duruşma tutuklanmasından yaklaşık 6. 5 ay sonra açılmıştır) Neumeister'in başvurusunu değerlendirirken, tutukluluk halinin devamı bakımından şu temel ilkeleri belirlemiştir:

1. Masumiyet Karinesi Korunmalıdır

"Tutuklulukta geçecek olan sürenin makullüğü değerlendirilirken sanığın mahkum oluncaya dek masum sayılması ilkesi korunmalıdır. m. 5/3'ün amacı bir kimsenin tutukluluğunun makullüğü ortadan kalktığı zaman o kimsenin salıverilmesidir. Ulusal makamlar tutukluluğun makul sınırları aşmış olduğuna karar verirken, tutukluluk için kamu yararının gerçekten bulunup

bulunmadığı konusundaki lehteki ve aleyhteki tüm koşulları dikkate almak durumundadırlar. Mahkeme (AİHM), tutukluluğun sözleşmeyi ihlal edip etmediğine karar verirken, salıverilme talepleri üzerine yargısal makamların verdikleri kararlardaki gerekçelere ve tutukluluğa karşı yapılan itirazda gösterilen maddi olaylara dayanır.

... Her bir tutukluluğa itirazın reddi kararına karşı ayrı ayrı Strasbourg'a başvurmak aşırı şekilcilik olur.

2. Sanığın Kişisel Koşulları Dikkate Alınmalıdır

"... Mahkeme(AİHM), başvurucunun tutukluluğunun devamı için gerekçe olarak gösterilen kaçma tehlikesinin olayda bulunup bulunmadığını incelemiştir. Mahkemeye göre kaçma tehlikesi sadece sanığın mahkumiyet halinde alabileceği cezanın ağırlığına dayanmaz; sanığın karakteri, ahlaki durumu, evi, mesleği, aile bağları, kovuşturulduğu ülke ile bağlantıları gibi, bu tehlikenin varlığını teyid eden veya salıverilmesini gerektiren diğer etkenlere dayanır. Tutukluluk uzadıkça kaçma tehlikesi azalır. "

"... Bu koşullarda başvurucunun kaçma tehlikesi, kefaletle salıverilme talebinin reddedilmesini gerektirecek kadar büyük değildir. Mahkemeye göre, önerilen kefalet miktarı sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak için konmuştur. Duruşmaya gelmemesi durumunda ödediği kefaleti kaybedeceğinden, bu miktarın sanığı kaçmaktan caydırarak kadar olup olmadığını değerlendirmek için sanığın durumuna, malvarlığına ve bunu sağlayan kişilerle olan ilişkisine bakılmalıdır. Olayda başvurucunun önerdiği kefalet miktarı kendisinin duruşmaya gelmesini sağlayacak miktarda iken yargısal makamların bunu reddetmeleri yerinde değildir. Bu nedenlerle Mahkeme olayda tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının İHLAL EDİLDİĞİ (m. 5/3) sonucuna varmıştır. "

AİHM, AİHS 5/3'ün ihlal edildiğine hükmederken, 5/4'ün ihlal edilmediğini karara bağlamıştır. Başvurucu, tutukluluk ile ilgili kararların yazılı salıverilme talepleri üzerine kendisinin ve avukatının yokluğunda ve fakat savcının görüşü alındıktan sonra karara bağlanmasının silahların eşitliği ilkesi ile bağdaşmadığını iddia etmiştir. Bunun üzerine AİHM şöyle karar vermiştir:

"Mahkemeye göre, silahların eşitliği ilkesi sözleşmenin 6. maddesindeki adil yargılanma şartının içinde yer almakta olup, bu ilke 5. madde bakımından yapılan salıverilme taleplerine uygulanmaz. Tutukluluk muhakemesi sırasın-

da bütünüyle yazılı veya tarafların dinlendiği bir usul gecikmeye sebebiyet verebilir. ”

Özellikle kararın bu son paragrafı, ülkemiz uygulamasındaki tutukluluk halinin devamına yönelik kararların aslında AİHM içtihatlarına aykırı olmadığını göstermektedir. Uygulamada ağır ceza mahkemeleri, tutukluluk halinin incelenmesini en geç 30 günde yapmakta ve (şeklen) duruşma açmaktadırlar (CMK 108). Bu duruşmada da savcının mütaalaası alınıp yargıçların kararı yazılmaktadır. Buraya müdafî çağrılmaktadır ve çoğu kez müdafiler bu oturumda bulunmamaktadırlar. Hatta sanık dahi duruşmaya getirilmemektedir. AİHM’in bu içtihadı dikkate alındığında, uygulamanın bu yönüyle AİHS m. 5/4’e aykırılık oluşturmadığı anlaşılmaktadır. Ancak yine de bu kararda AİHM olanak varsa tutukluluk halinin devamının da duruşma açılarak yapılmasını önermektedir.

CMK 146/4 hükmü de yukarıdaki veriler ışığında değerlendirildiğinde burada da tam anlamıyla CMK 147 vd hükümlerine göre bir sorgu işlemi yapıldığı görülmektedir. Yukarıdaki ilkelerin bu durumdaki şüpheli ya da sanık bakımından da uygulanması gerekmektedir.

AİHM, Ringeisen-Avusturya Kararı’nda Avusturya’yı AİHS m. 5/3’e aykırı davrandığı nedeniyle tazminata mahkum etmiştir. Karardan bazı dikkat çekici bölümler şöyledir:

p. 105-107: *“Mahkemeye göre, hileli iflas suçundan ceza koşturması sırasında tutukluluğa karar veren Avusturya yargısal makamları, hiçbir biçimde kaçma tehlikesinin bulunduğunu iddia etmemişler; bir yandan sanığın hile yapma tehlikesini öte yandan suçta tekerrür tehlikesini göstermişlerdir. Hükümetin ileri sürdüğü tanıklara baskı yapma tehlikesi bulunduğu gerekçesi, tutuklamayı haklı göstermemektedir. Çünkü hileli iflas konusunda soruşturma yargıcı tarafından polise verilen talimat sonucu bu alanda kovuşturma 31 Ağustos 1964 tarihinde başlamış, ancak başvuruçunun 3 Eylül ve 20 Ekim 1964 tarihlerinde ifadesi alınmıştır. Başvuruçunun soruşturma tarihinden itibaren tutuklanıncaya kadar geçen yaklaşık 5 aylık süre serbest kalmıştır. Bu süre içinde başvuruçunun isteseydi, soruşturma yargıcının dinleyebileceği tanıklara yaklaşık ifadelerini değiştirmeye zorlayabilirdi. ”*

Mansur-Türkiye Kararı da tutuklama kararı verilirken yargıevlerinin dikkat etmesi gereken ölçütlerin neler olması gerektiğini göster-

mesi bakımından öğreticidir. Buna göre, ülkemiz uygulamasında gerek sorgu yargıevlerinin tutuklama kararında gerekse esas yargıevlerinin tutuklamanın devamına ilişkin kararlarında gösterdiği gerekçeler çoğu kez basmakalıp ve tekdüzedir. (mevcut delil durumu, suçun vasıf ve mahiyeti, verilecek cezanın ağırlığı... vb...) AİHM, bu yaklaşımı sözleşmenin 5. maddesine aykırı görmüş ve Türkiye'yi pek çok kez mahkum etmiştir. Mansur Kararı bunlardan yalnızca biridir. Bu karardan dikkat çekici bölümler şöyledir:

(p. 52) “... Bu bağlamda ulusal yargı mercileri, varsayılan masumiyet ilkesini geçerli ölçüde dikkate alarak, kişisel özgürlüğe saygı kuralından kamu yararı adına taviz gerektiren haklı bir gerekçenin mevcudiyetine ilişkin lehte ve aleyhteki esasların tümünü incelemeli ve serbest bırakılma başvurularına ilişkin kararlarında bunları tesbit etmelidir...”

(p. 53) “... Edirne 1. Ağır Ceza Mahkemesi, başvuranın tutukluluk süresinin devamına ilişkin hususu dokuz kez görüşmüştür. Bay Mansur'un serbest bırakılmasının reddedilme gerekçesi olarak “suçlamaların niteliğini” ve “delil durumunu” öne sürmüş ve üç kez de kararı için bir gerekçe göstermemiştir. ”

(p. 56) “... Delil durumu” ifadesi suça ilişkin ciddi göstergelerin mevcut olduğu ve devam ettiği şeklinde anlaşılmaktadır. Genel olarak ilgili etkenler olmasına rağmen, mevcut davada bunlar şikayet konusu tutukluluğun devamını haklı çıkarmamaktadır. ” (aynı yönde bkz., 27. 11. 1991 tarihli Kemmache-Fransa Kararı (No 1 ve 2)

Tutukluluk halinin devamının incelenmesi bakımından gerek yargıevlerimizin gerekse meslektaşlarımızın AİHM ölçütlerine uymaları ülkemizin tazminata mahkum olmaması ve bundan önemlisi, ülkemizde hukukun layıkıyla uygulanması, kişi hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmemesi ile hukuk devleti ilkelerinin yerleşmesi bakımından önem taşımaktadır.

Ayrıca, AİHM içtihatlarına uygun olmayan tutuklama kararları ya da Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen ve kanaatimizce “iddianame benzeri” nitelik taşıyan tutuklama ya da adli kontrol istemi, uygulamada sıklıkla görüldüğü gibi, basmakalıp ifadelerle tutuklama ya da adli kontrol istemi içeriyorsa ve hakkında koruma tedbirine hükmedilen kişi de bu ifadelere dayanan haksız tutuklama nedeniyle AY 19/son

ve CMK 141 vd. hükümlerine göre devletten tazminat almışsa; devletin haksız tutuklamaya neden olan Cumhuriyet Savcısı ile haksız tutuklayan sorgu yargıcı ya da haksız ve basmakalıp ifadelerle tutukluluk halinin devamına karar veren esas mahkemesi yargıcı hakkında AY 129/5 gereğince rücu hakkını kullanması gerekir.

Hatta “*iddianame benzeri*” olan Cumhuriyet Savcısının tutuklama (adli kontrol) istemi, AİHM içtihatlarındaki ölçütlerle ya da CMK 100 ve 109’daki koşullarla örtüşmüyor ve basmakalıp ifadeler içeriyorsa, yargievinin CMK 174’ü (özellikle 1/b) şüpheli lehine kıyasen uygulayarak bu istemi savcıya iade etmesi ve şüphelinin tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakılması gerekir. Aksi taktirde uygulamada sıklıkla yapılan hatalar (basmakalıp gerekçelerle tutuklama ya da adli kontrol isteme ya da tutuklamaya veya bunun devamına karar verilmesi gibi) sona ermeyecek, pek çok mağduriyetin önü açılacak ve Türkiye Cumhuriyeti AİHM’nde yüklü tazminatlar ödeme tehlikesiyle karşı karşıya gelebilecektir.

AY 90/son hükmüne göre, uluslararası sözleşmeler yasalara göre öncelikle uygulanır. Şu halde, uluslararası sözleşmelerin uygulamasını gösteren yargievi kararlarının da (AİHM gibi) iç hukukumuzda dikkatle izlenmesi ve üst yargievi kararı olarak-yol gösterici-nitelikte benimsenmesi önem taşımaktadır. Ayrıca tutuklama ve adli kontrol gibi kişi özgürlüğünü kısıtlayabilen koruma önlemleri hakkında yargıçlarımızla savcılarımızın çok iyi bir eğitimden geçirilmesi ve AİHM içtihatlarını özümsemeleri derhal sağlanmalıdır. Ne yazık ki uygulamada yargıçlarımız ya da savcılarımız çoğu kez AİHM içtihatlarından habersizdirler ve yanlış kararlara imza atmaktadırlar.

Unutulmamalıdır ki siyasi gelişme hukuki gelişmeyle bağlantılıdır. Çağdaş uluslarla aynı çizgiye gelmek için etkin ve doğru çalışan adalet düzenini oturtmamız ve yerleştirmemiz gerektiği açıktır. Bu nedenle de AİHM içtihatlarını yakından izlemeli ve uygulamaya yerleştirme çabası içerisinde olmalıyız.

UNVAN MI? ÜNVAN MI? YOKSA TÜRKÇEMİZİ BİLİNÇLE İŞLEMELER Mİ?

Saffet CAN *

*“Türkçem
Benim ses bayrağım!”*

F. H. Dağlarca

“Türkçenin, bugün ‘kültür dilleri’ diye nitelediğimiz dillerin çoğundan eski, köklü bir dil olduğu düşüncesindeyim. Bizim en eski yazılı dil ürünlerimiz, aynı zamanda yazın ürünlerimizden saydığımız Orhun Yazıtları’dır. Bu yazıtlarda çok gelişmiş, sanatlı ve uzun bir gelişme dönemini geride bırakmış izlenimini veren bir dil çıkıyor karşımıza. Ayrıca bu dil arı bir dildir. Yabancı öğeleri çok az bir dildir. Türkçe anlatım olanakları çok geniş, anlatım yolları çok değişik olan güçlü bir dildir. Anadolu’da gelişen dilimizde, yabancı etkilerle ve değişik etkenlerle Türkçenin bu anlatım olanakları izlenmemiştir. Örneğin Arapça ve Farsçanın sözcüklerini alıp, benimsemek gibi bir tutum içine girilmiştir. Bunun sonucunda, Dil Devrimi’ne gelinceye kadar, Türkçesi olan hem de Türkçesi canlı bulunan birçok ögenin bırakıldığını, unutulduğunu; yerine yabancı öğelerin alındığını görüyoruz. Büyük Atatürk’le girdiğimiz uygarlığa yönelme savaşımızda dilde değişiklik kaçınılmaz bir gereksinme olarak ortaya çıkmıştır. Yaşa yıştaki değişiklik; yeni birçok kavramın girmesini, bunlara yeni karşılıklar bulunmasını, bu işlemin de Türkçenin olanaklarından yararlanılarak gerçekleştirilmesini gerektirmiştir. Kaldı ki, Türkçemiz sınırsız denecek kadar anlatım olanakları olan bir dildir.”¹

* Avukat İstanbul Barosu.

¹ Prof. Dr. Doğan Aksan, Bkz., A. Binyazar, M. Öztekin; *Yazın ve Bilim Dilimiz*, Türk Dil Kurumu, 1978.

Soru: “Mahkemelerde yargıçlarımızın, avukatlarımızın kullandıkları sözcüklerin söylenişi çok zor. Hem de bu sözcüklerin anlamını kavrayamıyoruz.”²

Yanıt: “Mahkemelerimizde kimi yargıçların, avukatların eski, ağdalı hukuk dilini kullandıkları doğrudur. Ama bunun yanında birçok yargıcımızın, sözgelişi, Yargıtay’ın, Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında arı Türkçe kullandıkları da bir gerçektir.

Aslında Anayasamız, kendi diliyle yargıçlara ve yasalara yol göstermiştir. Bizim eski Teşkilât-ı Esasiye Kanunu’nun dili %25 Türkçedir. Ama Anayasamızın dili %70 Türkçedir.”³

“Ne yazık ki biz şimdiki halde bir dil dilencisiyiz. Kâh Acemlerin ve hele şimdi de Frenklerin kapılarını çalarak sözcük ve kural sadakası dileniyoruz. İşte bu dilencilik rezaletinden kurtulmak için kendi dilimizin düzeltilmesini gene kendi dilimizin içinde aramalıyız”⁴ diyen Ahmet Mithat Efendi ise, bu sorunun çözümünde nasıl bir yol izlenmesi gerektiğini ta 1880’lerde açıklamıştır.

Ne var ki günümüzde de Türkçemiz, özellikle bir yabancı dili çat pat öğrenenlerin kullandığı yabancı sözcüklerin saldırısına uğramakta, çok eskiden dilimize girmiş olanlarını bir yandan atmaya çalışırken yeni yeni yabancı sözcükler gereksizce karşımıza çıkartılmaktadır. Yabancı kökenli sözcükler girdikleri dile kurallarını da yanında getirirler. Örneğin, “Teşkilat-ı Esasiye” biçimindeki bir ad tamlaması Türkçemizin özüne aykırıdır. Yine ‘kanunî faiz’ adlandırmasında olduğu gibi Türkçemizin özünde, ilgi (nispet) ekini adın sonuna getirip o adı sifata dönüştüren ne bir kural ne de böyle bir uzun ‘î’ sesi yoktur. Bu adlandırmayı ‘yasal faiz’ biçiminde söylersek ancak Türkçemizin özüne uygun bir anlatım yapmış oluruz. Bu nedenle ‘Teşkilat-ı Esasiye’ adlandırması özel anlatımlar dışında dilimizde kullanılmadığı gibi ‘kanun’ sözcüğünün de dilimizde kullanımına artık gerek yoktur. Anlatım ve yazım bozukluğu yapmama düşüncesiyle, ‘kanunî’ sıfatının şapkalı ‘î’ ile mi yoksa düz ‘i’ ile mi yazılması gerektiği ikilemi de böylece

² Ankara Radyosu’nda, 7 Ocak–4 Nisan 1975 tarihleri arasında yayınlanan “Dilimiz” adlı izlenceyi sunanlara bir dinleyicinin gönderdiği soru. Bu yayındaki konuşmalar yukarıda adı geçen yapıtta bulunmaktadır.

³ Ömer Asım Aksoy, bkz., a. g. y.

⁴ A. Binyazar, M. Öztekin, bkz., a. g. y.

ortadan kalkmış olur. Yasaların kimilerinde, bu yasaya ek bir anlam katmayan, 'hakkında' ögesinin kullanılması yasa adlandırmalarındaki biçim birliğini de bozmaktadır. Bu nedenle "Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanun" adlandırması yerine 'Yasal Faiz ve Direnim Faizi Yasası' denmesi günümüz Türkçesine daha uygun düşmez miydi? Türk Ticaret Yasası ve Türk Borçlar Yasası tasarılarında 'direnim' terimi yerine 'temerrüt' sözcüğünün kullanılması güzel Türkçemize hiç de yakışmamıştır. Yüksek Yargıtay'ın kararlarında başarıyla kullanılan 'direnim' sözcüğünün yasa terimi olması için bir elli yıl daha mı beklememiz gerekecek yoksa.

UNVAN MI? ÜNVAN MI?

Türk Ticaret Yasası Tasarısı için "m. 39 vd. da hep 'unvan' şeklinde bir yazılışa rastlanmakta ise de, uygulamada ve bazı sözlüklerde 'unvan' biçiminde yazılmaktadır"⁵ diyen eleştiri çok yerinde olarak Türkçemizin önemli bir sorununu ortaya koymaktadır. Bu saptama dilimiz açısından irdelendiğinde 'unvan', 'u' ile mi yoksa 'ü' ile mi yazılırsa daha uygun olur sorunu karşımıza çıkmaktadır. Türkçe sözlüklerde bu sözcüğün 'unvan', 'ünvan', 'unvân', 'ünvân' olarak dört değişik biçimde yazıldığı görülmektedir. Saygıdeğer Hirsch'in saptamalarına göre⁶ Türkçemizde 'ü' seslisinin "özel bir anlamı" olduğunu var saysak bile, 'unvan' sözcüğünün tek biçimde yazılması ve söylenmesi, ünlü uyumu kuralı da göz önüne alındığında, oldukça zor görünmektedir. Türk Dil Kurumu sözlüğünde 'unvan' yazılışıyla verilen Arapça kökenli bu sözcüğün anlamı; "Bir kimsenin işi, mesleği veya toplum içindeki durumu ile ilgili olarak kullanılan ad, san"⁷ olarak açıklanmaktadır.

Ticaret hukukumuzda 'unvan' sözcüğü 'ticaret unvanı' teriminde geçmektedir. Türk Ticaret Yasası 41-54. maddeleri ticaret unvanına ilişkin kuralları ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

Kısacası bu sözcüğün doğru kullanımı ticaret hukuku ve uygulaması açısından ayrı bir önem taşımaktadır. Yazımı tartışmalı, yabancı

⁵ Bkz., Doç. Dr. M. Bahtiyar, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili...", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 61, Kasım/Aralık 2005.

⁶ Bkz., Ernst E. Hirsch, *Anılarım*, TÜBİTAK.

⁷ Bkz., *Türkçe Sözlük*, TDK.

kökenli bu sözcük yerine; Kaşgarlı Mahmut'un 'Divan'ında "sayma, itibar", günümüz Türkçe sözlüklerinde ise "1. Ün, şan, şöhret. 2. Saygı veya belirtme sözü, unvan"⁸ anlamlarına geldiği belirtilmiş olan 'san' sözcüğünün kullanılması gerektiği kanısındayım. Ayrıca ticaret hukuku terimi olarak 'san' sözcüğüne, benzer anlamlar da yükleyerek bu sözcüğü sözlüklerin karanlık sayfalarından aydınlığa çıkartabiliriz. Ticaret hukuku uygulamalarında tacirler için ticaret unvanlarının kullanılması gerektiğinden bu bilim dalı için san (unvan) teriminin ayrı bir önemi vardır.

Fransızcada 'nom', İngilizcede 'name' sözcükleri, kullanımına göre kişinin adı, soyadı veya unvanı anlamına gelebilmektedir.⁹ Oysa bu sözcükleri Türkçeye çevirirken bir tek sözcüğün karşılığı olarak bazen 'ad, soyadı veya unvan' sözcüklerinin üçünü de belirtmek gerekmekte, zengin Türkçemizin yeterince işlenememiş olması nedeniyle de bu durum bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

"Ne adını sanını, ne kalıbını kıyafetini, ne de oturup kalkmasını... beğenirdim"¹⁰ anlatımıyla çok değerli yazarımız Y. K. Karaosmanoğlu, 'san' sözcüğünü soyadı anlamına da gelebilecek biçimde kullanmıştır. Günümüz Türkçesinde "adı, sanı belli değil" biçimindeki anlatımlarda, "Sanlı" olarak da özel adlarda kullanılmaktadır 'san'. Bu sözcüğün ticaret hukuku terimi olarak 'ad, soyadı veya unvan' anlamına gelebilecek biçimde kullanılmaya çok uygun olduğu kanısını taşımaktayım. Örneğin: "Ödeyecek olan kişinin ad ve soyadı" biçimindeki bir anlatım her tacir için 'unvan' kavramını vermediğinden ticaret hukuku açısından eksik bir anlatım olmaktadır. 'Ad, soyadı veya unvanı' anlamını verebilmek

⁸ Bkz., *Türkçe Sözlük*, TDK.

⁹ Kaynağın Fransızca metninde "nom", İngilizcesinde "name" olarak geçen bu sözcüklerin kökeni Sanskritçeye kadar uzanmaktadır. Türkçemizdeki Farsça kökenli 'nam' ile Almandaki 'name' de aynı kökten gelmektedir. Ne var ki bu sözcüklerin Fransızca ve İngilizcede kullanım alanları oldukça geniştir. Örneğin bu sözcükler, her iki dilde de genel olarak ad; Fr. 'nom, prénom', İng. 'name, first name' biçimleriyle gerçek kişinin adı; Fr. 'nom, nom de famille', İng. 'family name, last name, surname' biçimleriyle soyadı; Fr. 'nom commercial, nom social', İng. 'name of a firm' biçimlerinde 'san' (unvan); kaynakta Fr. "le nom de celui qui doit payer", İng. "the name of the person who is to pay" biçimindeki kullanımlarda 'ad, soyadı veya san (unvan)' anlamlarına gelebilmektedir. Bkz., *Dictionnaire Moderne, Français-Anglais, Anglais-Français*, Larousse, Collection Saturne, 1979; *İngilizce-Türkçe Sözlük*, H. Atalay, TDK, *Fransızca Türkçe Sözlük*, T. Saraç, Adam; *Grand Larousse*.

¹⁰ Bkz., *Türkçe Sözlük*, TDK.

amacıyla bu üç sözcük yerine Türkçede de tek bir sözcük olarak 'san' sözcüğünü, "Ödeyecek olan kişinin sanı" biçimindeki anlatımlarda kullanabiliriz. 'San'ın bu anlama geldiği ya ilgili yasa maddesi içinde ya da gerekçesinde belirtilebilir. "Ticaret sanı ve işletme adı" biçimindeki bir anlatımda ise 'san'ın yalnızca unvan anlamına geldiği açıktır. Başka bir örnek: Avukatlık Yasası madde 55- "Avukatların iş elde etmek için, reklâm sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında avukat sanı ile akademik sanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır" biçiminde yazıldığında san sözcüğünün unvan anlamında olacağı apaçıktır. Ayrıca san sözcüğünü bu anlamlarıyla kullandığımızda, unvan sözcüğünün 'u' ile mi yoksa 'ü' ile mi yazılması gerektiği tartışması da anlamını kendiliğinden yitirir.

Bu anlatılanlar ışığında Türk Ticaret Yasası Tasarısı 671. maddesinin, san sözcüğü kullanılarak daha uygun bir Türkçe ile kaynağa uygun çevirisi:

MADDE 671 - Poliçe;

a) senet metninde "poliçe" terimini, senet başka bir dille yazılmışsa o dilde poliçe karşılığı olarak kullanılan terimi,

b) belirli bir tutarın ödenmesi konusunda kayıtsız koşulsuz havaleyi,

c) ödemesi gereken kişi (ödeyici)nin sanını (ad, soyadı veya unvanını),

d) vadeyi,

e) ödemenin yapılması gereken yeri,

f) kime veya kimin emrine ödenecek ise onu sanını,

g) düzenlenme tarihini, yerini ve

h) düzenleyenin imzasını

içerir.

Yukarıdaki maddeye ilişkin olarak Türk Ticaret Yasası Tasarısı'nın 'a' bendinde: "senet metninde 'poliçe' kelimesini ve eğer senet Türkçeden başka bir dille yazılmışsa, o dilde poliçe karşılığı olarak kullanılan kelimeyi"

biçiminde bir anlatım kullanılmış. Bu anlatım biçimi ilk bakışta doğru gibi görünmekte, ne var ki Türk hukukunda ‘*poliçe*’ bir tek sözcük ile adlandırılmış olsa da, gerek Fransız hukukunda “*lettre de change*” gerekse İngiliz hukukunda “*bill of Exchange*” biçimlerinde, sözcük ile değil sözcüklerle adlandırılmıştır. Nasıl ki hukukta azın içinde çok yok ise, dilde de tekil anlamdaki bir sözcükle çoğul kavramı verilemez. Kaynağın hem Fransızca, hem de İngilizce metninde hem tekil, hem de çok sayıda sözcükten oluşan adlandırmaları da kapsayan bir öge kullanılmıştır. Bu nedenle bu madde çevirisinde kaynağın İngilizce metnine uygun olarak ‘*terim*’ sözcüğünün kullanılması uygun görülmüştür.¹¹

SON SÖZ

Günümüz Türkçesinin hukuk dilindeki Türkçe kökenli sözcükler oranının yüzde 25’lerden yüzde 70’lerin üzerine çıkmış olması, ülkemizde hukuk bilimini geriye götürmemiş, daha anlaşılır kılmıştır. Bu nedenle dil ile düşünce arasındaki ilişki de göz önüne alındığında, zengin ve güzel Türkçemizin bilinçle işlenmesinde hukukun bilimcileri ve uygulayıcılarına da önemli görevler düşmektedir.

¹¹ Terim kavramı; TDK *Türkçe Sözlük*’ün 1988 baskısında “Bir bilim, sanat, meslek dalıyla veya bir konu ile ilgili özel ve belirli bir kavramı olan söz” diye tanımlanmış iken, bu sözlüğün 2005 baskısında ‘söz’ yerine “kelime” denmiş olmakla, yukarıda açıklanan poliçe adlandırmalarında olduğu gibi, terim kavramı içinde sözcükler (kelimeler) de bulunduğundan çok doğru olan ilk tanımın değiştirilmesi uygun olmamıştır.

MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

N. Berkay KIRCI *

1. Tarihçe

İnsanoğlunun kendi yarattığı nesne veya objeleri işaretleme ve bu suretle onları diğerlerinden farklı ve ayırt edici niteliğe büründürme isteği, çok eski dönemlerden itibaren süregelen bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Günümüzdeki anlamıyla markanın, ilk olarak hangi tarihlerde görülmeye başlandığı hususuna ilişkin olarak pek çok görüş ortaya atılmıştır. Bu noktada, bazı yazarlar, ilk marka örneklerini, Güney Fransa'nın Lascaux mağaralarında bulunan bizon şekillerine kadar götürmekte,¹ bazıları bu işaretlerin ticari bir işlevi görmekten çok sahiplik belirten özellikleri olması nedeniyle, tarihteki ilk markaların Mısır ve Mezopotamya medeniyetlerinde görüldüğünü;² ve yine bazı yazarlar *"bu işaret ve sembollerin ticaret değil ve fakat mülkiyet markaları olduğunu, markaları ticaret ile bağlantılandırmanın şart olduğunu, bu nedenle de markanın oluşmasındaki ağırlıklı rolün özellikle İtalya, Almanya, İsviçre ve Fransa'daki loncaların kullandığı işaret ve sembollerden"* başlatılması gerektiğini iddia etmektedir.³

Bir markanın en önemli ve öncelikli özelliği: *"ayırt edici niteliği haiz olması"*dır. Bu işaret, sembol, logo, vs ticari faaliyetler esnasında kullanılması gerekliliği ise şüphesizdir.

* Avukat, Ankara Barosu.

¹ (Johnson, David, (2005), Trademarks -A history of a billion-dollar business, Information Please® Database, Pearson Education)

² Foster, Frank H./Shook, Robert L., Patents, Copyrights & Trademarks, U.S.A, John Wiley & Sons, Inc., 1993, syf.19 - 23

³ Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, 2002, Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 303

Bu noktalardan hareketle, İngiltere, Fransa, Almanya, Hollanda ve İspanya'da yapılan kazılarda, Roma İmparatorluğu'nun kurulduğu tarihten sonraki ilk üç yüz yıla ait ve üzerlerinde "FORTIS" ibaresi bulunan yağdanlıkların ortaya çıkarıldığı ve bu "yağdanlıklar üzerinde yer alan ilgili ibarenin, günümüzdeki marka kavramına eşdeğer bir özellik gösterdiği ve sahibinin değişik bölgeleri de kapsayan oldukça geniş bir dağıtım kanalının bulunduğu"⁴ hususları ile beraber değerlendirildiğinde, günümüzdekine benzer ilk markaların "Roma İmparatorluğu'nun dönemi"nde görüldüğünü iddia etmek, yanlış olmayacaktır.

2 - Fikri Mülkiyet Kavramı ve Marka

Fikri mülkiyet, sınai, ilmi, edebi ve sanatsal alandaki fikri çabanın neticesinde ortaya çıkan ve ticari alandaki her tür hakkı ifade etmek için kullanılan bir kavramdır.

Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatını Kuran Sözleşme'nin (Stockholm) tarifler kenar başlıklı 2. maddesinin VIII. bendinde fikri mülkiyetin:

- Edebi, artistik ve ilmi eserleri,
- Sanat yorumcularının eserlerini ve icracı sanatçıların eserlerini, fonogramlar ve radyo yayınlarını,
- İnsani çaba sonucu husule getirilen her alandaki buluşları,
- Bilimsel keşifleri,
- Endüstriyel tasarımları,
- Mal ve hizmet markaları ile ticari unvan ve işletme adlarını,
- Haksız rekabete karşı her tür korumayı,
- Yine sınai, ilmi, edebi ve sanatsal alandaki fikri çabanın neticesinde ortaya çıkan ve ticari alanda kullanılan her tür hakkı" kapsayacağı açık bir biçimde ifade edilmiştir.

Bu maddeden de görüleceği üzere, fikri mülkiyet, genel olarak, "fikri haklar" olarak adlandırılabilir telif hakkı ve komşu hakların

⁴ Brian J. Winterfeldt, *History of Trademarks*, Dow, Lohnes & Albertson, PLLC, Washington, DC, USA, INTA Bulletin Archive: March 2002.

düzenlenmiş olduğu alan ile “sınai haklar” olarak adlandırılan ve marka, tasarım, patent ve faydalı model, entegre devre topografyaları, coğrafi işaretler ve benzer unsurları bünyesinde barındıran iki ana bölüme ayrılmakta ve ilgili çalışmanın konusu olan marka da sınai haklar içerisinde değerlendirilmeye alınmaktadır.

3. Markanın Tanımı ve Unsurları

3.1. Tanımı

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de markanın doğrudan bir tanımına yer verilmemiştir. Durum böyle olmakla birlikte, ilgili KHK’nın “Markanın İçereceği İşaretler” kenar başlıklı 5. maddesinde: “Markanın, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini, bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her tür işareti içereceği” ifade edilmiştir.

Yine 09.04.2005 tarih ve 25781 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren ve 05.11.1995 tarih ve 22454 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan bir önceki yönetmeliği yürürlükten kaldıran, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelik’te de marka: “Bir işletmenin imalâtını ve/veya ticaretini yaptığı malları ve/veya sunduğu hizmetleri, başka işletmelerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan ticaret ve/veya hizmet markası olarak da nitelendirilebilen işaret” olarak tanımlanmıştır.

3.2. Unsurları

Markanın hangi unsurlardan oluşması gerektiği, yukarıda zikredilen tanımlardan da çok net biçimde anlaşılmaktadır. Buna göre bir markadan bahsedilebilmesi için her şeyden önce kapsamı yukarıda belirtilen bir “işaretin bulunması” ve bu işaretin bir işletmenin mal veya hizmetlerini, bir başka işletmenin mal veya hizmetlerinden “ayırt edebilecek” nitelikte olması gerekmektedir.

Bu unsurlara ek olarak, böyle bir işaretin, 556 sayılı KHK’nın sağ-

lamış olduğu korumadan yararlanabilmesi için ayrıca usulüne uygun olarak tescil edilmesi de gerekmektedir.

4. Markanın Hükümsüzlüğü ve Bazı Temel Kavramlar

4.1. Hükümsüzlük Kavramı

Hükümsüzlük, sözlük anlamıyla: “Yürürlükten çıkarılmış, yürürlüğü kalmamış, geçersiz kılınmış” kavramlarına tekabül etmektedir.

Marka hukuku anlamında hükümsüzlük ise: “Tescil edilmiş bir markanın, gerekli koşullara sahip olmaması nedeniyle dava yoluyla iptali ve böylece evvelce elde edilmiş marka hakkının son bulması demektir.”⁵

4.2. Hükümsüzlük Talebi ve Hükümsüzlüğün Etkisi

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 43. maddesine göre, bir markanın hükümsüz kılınmasını, zarar gören kişiler, Cumhuriyet Savcıları veya ilgili resmi makamlar, açılacak bir dava vasıtasıyla, görevli ve yetkili ihtisas mahkemelerinden talep edeceklerdir.

Mahkemelerin markanın hükümsüzlüğüne ilişkin vereceği karar, KHK'da belirtilen istisnalar haricinde, geçmişe etkili olacaktır.

Bu bağlamda, markanın hükümsüz sayılmasından önce, ilgili markaya tecavüz nedeniyle verilmiş ve hukuken kesinleşmiş ve uygulanmış herhangi bir karar bulunmakta ise; yine hükümsüzlüğe ilişkin karardan önce yapılmış veya uygulanmış herhangi bir sözleşme bulunmaktaysa, bunlar ilgili hükümsüzlük kararından etkilenmeyecektir.

4.3. Markanın Hükümsüzlüğü Davasının Koşulları

Bir markanın hükümsüzlüğünden bahsedebilmek için birtakım koşulların kümülatif olarak bir arada bulunması gerekmektedir.

⁵ Şanal, Osman, *Markanın Hükümsüzlüğü*, Adalet Yayınevi, Ankara 2004, s. 83

4.3.1. Ön Koşul-Tescilli Bir Markanın Bulunması

*“Marka hakkı başka bir ifadeyle, marka sahipliği, tescil ile iktisap edilmektedir”*⁶. Bu duruma: *“marka hakkının iktisabında tescil ilkesi”* veya sadece *“tescil ilkesi”* denilmektedir. Dolayısıyla, bir işaretin marka olarak adedilebilmesi ve 556 sayılı KHK’nın sağladığı korumadan yararlanabilmesi için öncelikle yukarıda özellikleri belirtilmiş olan işaretin, 556 sayılı KHK ve bunun uygulanma şeklini gösteren yönetmelikte yer alan usul ve esaslara uygun olarak tescil edilmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde, ortada tescilli bir marka bulunmayacağından bunun hükümsüzlüğü veya iptalinden söz etmek de mümkün olamayacaktır.

4.3.2. 556 Sayılı KHK’nın 42. maddesinde Sayılı Hallerden Birinin Bulunması:

Tescilli bir markanın hükümsüzlüğünün talep edilebilmesi için gerekli en önemli koşul, 556 sayılı KHK’nın 42. maddesinde belirtilen hallerden birinin bulunmasıdır. KHK’nın ilgili maddesinde yer alan düzenleme dikkatlice incelenecek olursa, bu hallerden bir kısmının hükümsüzlüğü istenen markada önceden beri varolduğu ve bir diğer kısmının ise markanın tescil edilmesinden sonraki bir dönemde ortaya çıktığı varsayılmaktadır.

4.3.2.1. Hükümsüzlüğü İstenen Markada Önceden Beri Varolduğu Addedilen Haller

Bu haller, 42. maddenin a ve b bentlerinde düzenlenen marka tescilinde red için mutlak ve nisbi nedenleridir.

4.3.2.1.a. 556 sayılı KHK madde 7’de sayılan haller

“5.madde kapsamına girmeyen yani ayırt edici özelliği bulunmayan;”
“aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan;”
“ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini

⁶ Tekinalp, a. g. e., s. 324

belirten işaret ve adlandırmaları, münhasıran veya esas unsur olarak içeren;" "ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içeren;" "malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli içeren;" "mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltan"; 'yetkili mercülerden kullanılmak için izin alınmamış ve dolayısıyla Paris Sözleşmesinin 2 inci mükerrer 6 ıncı maddesine göre reddedilmesi gereken;" "Paris Sözleşmesinin 2 inci mükerrer 6 ıncı maddesi kapsamı dışında kalan ancak kamuyu ilgilendiren tarihi, kültürel değerler bakımından halka mal olan ve yetkili mercilerin tescil izni vermediği arma, amblem veya nişanları içeren;" "sahibi tarafından izin verilmemiş ve Paris Sözleşmesinin 1inci mükerrer 6ncı maddesine göre tanınan markaları içeren'; 'dini değer ve sembolleri içeren;" "kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı olan" markaların tescili halinde ilgililer tarafından hükümsüzlüğü talep edilebilecektir.

Bilindiği üzere 7. maddede sayılan haller, kamu düzenini ilgilendiren, dolayısıyla herhangi bir itiraz ya da başka bir prosedüre gerek kalmaksızın, Türk Patent Enstitüsü'ne yapılan marka başvurusu sonrası gerçekleştirilen re'sen incelenme aşamasında reddi gereken hallerdendir. Buna rağmen, ilgili ibarenin yayına çıkarılması ve yayın aşamasında dahi itiraz edilmeksizin tescil edilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu tür bir durumda, 42. maddede sağlanan imkan vasıtasıyla, ilgili kişiler, tescil edilen ve 7. maddeye aykırı olan markanın hükümsüz kılınmasını talep edebilecektir.

Bu noktada, özellikle tanınmış markalarla ilgili olarak, hükümsüzlük davasının, tescil tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde açılmasının şart olduğu belirtilmelidir. Diğer hükümsüzlük nedenlerine dayalı olarak açılacak davalarda, herhangi bir süre öngörülmemişken, tanınmış markalara ilişkin bu şekilde bir süre sınırlamasının getirilmiş olmasının temel nedeninin, Paris Sözleşmesi'nin birinci mükerrer 6. maddesinin 2. fıkrasında sözleşmeye üye devletlere bu yönde bir süre sınırlaması getirilmesi yönündeki tavsiyeden kaynaklandığı düşünülmektedir. Kötü niyetin varlığı halinde ise herhangi bir süre sınırlaması bulunmamaktadır.

4.3.2.1.b. 556 sayılı KHK madde 8'de sayılan haller:

8. maddede sayılan nisbi red nedenlerinin bulunması halinde de ilgili marka tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilmesi talep edilebilecektir.

Buna göre, tescil edilen marka, *“tescil edilmiş veya tescil için daha önceki bir tarihte başvurusu yapılmış bir marka ile aynı ise ve aynı mal veya hizmetleri kapsıyorsa;”* *“tescil edilmiş veya tescil için daha önceki bir tarihte başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ve kapsanılan mal veya hizmetler de bir ayniyet veya benzerlik göstermekte ise ve her iki marka arasında ilişki olduğu ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali bulunmaktaysa;”* *“marka sahibinin ticari vekili veya temsilcisi tarafından, marka sahibinin izni olmaksızın ve haklı bir gerekçe belirtilmeksizin tescil edilmişse;”* *“başkasına ait kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsamaktaysa,”* ilgililer tarafından, yapılan bu tescilin hükümsüzlüğü talep edilebilecektir.

42. maddenin b bendinde nisbi red nedenlerine dayanan hükümsüzlük hallerine ilişkin düzenlemede, 8. maddenin son paragrafı ile ilgili ayrıksı bir duruma yer verildiği gözlemlenmektedir. 8. maddenin son paragrafına göre, bir markanın yenilenme nedeniyle koruma süresinin dolmasından sonraki iki yıl içerisinde, aynı veya benzer markanın, aynı veya benzer mal ve hizmetler için tesciline ilişkin başvuru, önceki marka sahibinin itirazı üzerine reddedilecektir. Buna rağmen herhangi bir başvurunun yapılması ve tescil edilmesi halinde, önceki marka sahibi, sonraki marka tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep edebilecektir. Genel kural bu olmakla birlikte, 42. maddenin b bendinde bulunan hüküm nedeniyle, açılan davada, önceki hak sahibi, markanın koruma süresinin bitiminden itibaren iki yıl içerisinde, ilgili markayı kullanmamışsa, ilgili davayı ikame edemeyecektir.

Yukarıda da izah edilmeye çalışıldığı üzere, nisbi red nedenleri, üçüncü kişilerin daha önceki bir tarihte çeşitli nedenlerle elde ettikleri birtakım haklardan kaynaklanan ve bu nedenle de bu kişiler tarafından ileri sürülmesi gereken nedenler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mutlak red nedenlerinde olduğu gibi nisbi red nedenlerine dayanarak hükümsüzlük davasının açılacağı süreye ilişkin olarak da kanunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda marka bir kez tescil edildikten sonra, nisbi red nedenlerine dayanarak açılacak hükümsüzlük davasının, markanın koruma süresince (on yıl ve yenilediği takdirde onar yıllık periyotlarda) açılacağı iddia etmek,

hukuka uygun olmayan birtakım durumların ortaya çıkmasına neden olacaktır.

Örneğin önceki tarihte tescil edilen veya tescil için başvurusu yapılan başka bir markanın sahibi, tescil edilen ve esasen 8. maddeye aykırı bulunan sonraki tarihli bir markanın hükümsüz kılınmasını, bu markanın koruma süresince talep edebilecektir ki bu, aradan kabul edilebilir bir zaman dilimi geçtikten sonra o markaya yatırım yapan, mal veya hizmetlerini o marka altında tanıtan sonraki tarihli marka sahibi açısından telafi edilemeyen zararların ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu noktada, Yasaman'ın isabetli bir şekilde belirttiği üzere, *"önceki hak sahibinin dürüstlük kuralı gereğince göstermesi gereken bir davranış biçimi bulunmaktadır: dava hakkını kabul edilebilir bir süre içerisinde kullanmak."*⁷

Peki acaba özellikle bu hal için, kabul edilebilir veya makul olarak öngörülen süre ne olmalıdır?

Yargıtay 11. HD'nin 25.12.1997 tarih ve 1997/5417 E. -1997/9676K. sayılı kararı, 11.09.2000 tarih ve 2000/5607 E.-2000/6604 K. sayılı kararı, 08.04.2002 tarih ve 2001/10860 E.-2002/3275 K. sayılı kararı ve benzer pek çok kararında:

"KHK'nın 42. maddesinde hükümsüzlük davasının açılacağı süre hususunda bir düzenleme getirilmemiş olmakla birlikte, aynı maddede Paris Konvansiyonu'na göre tanınmış sayılan marka sahiplerinin hükümsüzlük davasını, 'tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde' açmasının gerektiğinin belirtildiği, dava açma hakkının sınırsız sürede kullanılmasının da yasanın ruhu ve hukuk mantığı ile bağdaşmayacağı gözetilerek, bu yasal boşluğun, tanınmış markalar için öngörülen 5 yıllık sürenin, diğer markalar yönünden açılacak davalar için de uygulanarak doldurulmasının uygun olduğu" görüşlerine yer vermiş bulunmaktadır.

Yargıtay ve doktrinde kabul edilen bu uygulama, 8. maddeye (nisbi red nedenlerine) dayanarak açılacak hükümsüzlük davaları için yerinde olsa da; 7. maddede yer alan mutlak red nedenlerine dayanarak açılacak davalar (özellikle kamu düzenini doğrudan ilgilendiren haller) için mümkün gözükmemektedir. Aksi takdirde, kamu menfaatini ve hatta kamu düzenini ilgilendiren ve bu nedenle reddedilmesi, tescil edilmemesi gerekirken her nasılsa tescil edilen markalara karşı bu sürenin

⁷ Yasaman, Hamdi, *Marka Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 856.

geçirilmesi nedeniyle hükümsüzlük davası açılmaması ve bu suretle, kamu menfaatini açıkça ihlal eden bu ibarelerin yaşamasına müsaade edilmesi yolu açılmış olacaktır.

4.3.2.2. Hükümsüzlüğü İstenen Markada Sonradan Ortaya Çıkan Haller

4.3.2.2.a. Markanın Kullanılmaması

Markanın tescil tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde kullanılması gerekmektedir. 42. maddenin lafzından, bu kullanımın “*ciddi anlamda*” yani markanın kendinden beklenen fonksiyonları gerçekleştirecek şekilde yapılmasının gerektiği anlaşılmaktadır.

Marka, haklı bir neden olmadan kullanılmaz veya kullanımına beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilirse, iptal edilecektir. KHK’da düzenlenen iptalden kasıt, markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesidir.

Bu noktada, “*KHK 42/1-c’nin ikinci cümlesinde bir istisnaya yer verilmiş ve beş yılın dolması ile hükümsüzlük davasının açıldığı tarih arasında markanın ciddi biçimde kullanılmış olmasının, hükümsüzlük nedeni sayılamayacağı kabul olunmuştur.*”⁸

Yine aynı bentte yer alan bir diğer hükme göre, markanın kullanımı, davanın açılacağı düşünülerek gerçekleştirilmiş ise, bu durumda mahkeme davanın açılmasından önceki üç ay içerisinde gerçekleştirilen kullanmayı da dikkate almayacaktır.

4.3.2.2.b. Marka Sahibinin Davranışları Nedeniyle Markanın Mal veya Hizmetler İçin Yaygın bir Ad Haline Gelmesi

Yukarıda da ifade edildiği üzere, markanın en önemli işlevi: “ayırt edici niteliği haiz olması”dır. Bu nitelik, ilgili markada başvuru tarihinden itibaren bulunabileceği gibi; 7. maddenin son fıkrası ve 42. maddenin son fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, sonradan da iktisap edilebilmektedir. Bu noktada, bir markanın yaşamaya devam edebilmesi, tescil,

⁸ Arkan, Sabih, *Marka Hukuku*, AÜHF Döner Sermaye Yayınları, Ankara 1998, s. 162.

yenileme gibi hususlar bir kenara bırakılacak olursa, bahsedilen bu ayırt edici niteliğini koruması ile mümkündür. Eğer bir marka, sahibinin davranışları sonunda, bu ayırt edici niteliğini kaybeder ve tescilli olduğu mal veya hizmetler için yaygın bir ad haline gelmeye başlarsa, o markanın hükümsüzlüğü talep edilebilecektir. Yalnız burada üzerinde özellikle durulması gereken husus: *“ayırt edici nitelik kaybının, markanın sahibinin davranışı sonucu gerçekleşmesi”* dir. Aksi takdirde, markanın hükümsüzlüğünün talep edilmesi söz konusu olamayacaktır.

4.3.2.2.c. Markanın Kullanım Sonucunda, Tescil Edildiği Mal veya Hizmetlerin Niteliği, Kalitesi, Üretim Yeri ve Coğrafi Kaynağı Konusunda Halk Nezdinde Yanlış Anlaşılması:

Bu durumda da tıpkı bir önceki şıkta açıklanmaya çalışıldığı üzere, ilgili markanın tescilinden sonraki bir tarihte, sahibi tarafından gerçekleştirilen kullanım neticesinde, tescil edildiği mal veya hizmetlerin niteliği, kalitesi, üretim yeri ve coğrafi kaynağı konusunda halk nezdinde yanlış anlaşılmaya neden olması gerekmektedir.

“Bir başka ifadeyle, markanın iptali için, halkta yanlış anlamaya sebebiyet verecek şekilde kullanılmış olması gerekecektir.”⁹

4.3.2.2.d. 59. Maddeye Aykırı Kullanım

556 sayılı KHK'nın 54, 55 ve devam eden maddelerinde düzenlenen bir garanti markasının ve/veya ortak markanın, teknik yönetmeliğe aykırı olarak kullanılması ve bu kullanıma markanın sahibi tarafından belirli bir süre göz yumulması halinde; ilgililerden biri, mahkemeye başvurarak durumun düzeltilmesini isteyebilecektir. Mahkeme, bu başvurunun ardından, gerekli düzeltmenin yapılması için ilgili markaların sahibine belirli bir süre verecektir. Bu süreye rağmen ilgili aksaklıklar giderilmediği takdirde, mahkeme, markayı hükümsüz kılacaktır.

5. Sonuç:

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, genel itibarıyla, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar ve bağlantılı diğer uluslararası hukuk metinleri ile bir bütünlük ve uyum teşkil etmektedir.

⁹ Yasaman, Hamdi, *a. g. e.*, s. 876

Durum böyle olmakla birlikte, uygulamada yaşanan birtakım aksaklıklar, hatalardan ötürü, bazen başından itibaren tescil edilmemesi gereken işaretlerin tescilinin gerçekleştiği veya tescil edildiği dönemde herhangi bir aykırılık bulunmasa da sonradan ortaya çıkan bir takım nedenlerle ilgili düzenlemelere aykırı hale gelen markaların olduğu görülmektedir. Yukarıda izah edilmeye çalışılan bu olumsuzluklardan doğrudan zarar gören veya görececek olan ilgililer, markanın hükümsüzlüğünü, tescil gerçekleşikten sonra talep edebilmektedir.

Marka sahipleri, hükümsüzlük gibi bir müeyyide ile karşılaşmamak için, kendilerini, işaretlerinin sürekliliğini sağlayabilmek için azami özeni göstermek mecburiyetinde hissetmekte ve yine sadece bireysel değil ve fakat kamusal alanda ortaya çıkabilecek pek çok problemin bu sayede önüne geçilmektedir. Anlatılmaya çalışılan bu sonuçlar ise 556 sayılı KHK'nın kendisinden beklenen ihtiyaçlara cevap verebilme özelliğinin artmasına neden olmaktadır.

KAYNAKÇA

Kitap:

Arkan, Sabih, *Marka Hukuku*, AÜHF Döner Sermaye Yayınları No:48, Ankara 1998.

Foster, Frank H./Shook, Robert L., *Patents, Copyrights & Trademarks*, U.S.A, John Wiley & Sons, Inc., 1993.

Şanal, Osman, *Markanın Hükümsüzlüğü*, Adalet Yayınevi, Ankara 2004.

Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2002.

Yasaman, Hamdi, *Marka Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.

Makale:

Brian J. Winterfeldt, *History of Trademarks*, Dow, Lohnes & Albertson, PLLC, Washington, DC, USA, INTA Bulletin Archive: March 2002.

Johnson, David, (2005), *Trademarks - A history of a billion-dollar business*, Information Please® Database, Pearson Education.

İHTİRAZİ KAYIT İRADESİNİN AÇIKLANMASI

(İhtirazi Kayıt İleri Sürme Hakkının Kullanılması)

Halil YILMAZ*

1. Giriş

Kişiler, toplum içinde bulunmanın zorunlu kıldığı yol ve yöntemleri kullanarak yaşantıları için önem taşıyan ekonomik gereksinimlerini karşılamak amacıyla diğer kişilerle değişik hukuksal ilişkilere girerler. Özel hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleşen bu ilişkiler nedeniyle günlük yaşantıda sürekli olarak bir şeyler alınır satılır. Her hukuksal ilişkinin sonunda taraflar birbirlerine karşı alacaklı ve borçlu durumuna girerler.

Alacaklı olmak alacaklıya karşı taraftan alacağı konusu olan borcun ifasını isteme yetkisini verir. Ancak alacaklı ve borçlu olmaktan kaynaklanan hukuksal ilişkiler çok defa basit bir kalıp içinde gerçekleşmez. Bazen borçlu, dönemlik edimleri gerektiren borçlar bakımından belli bir dönem için yaptığı ifa ve asıl edimin ifası karşısında alacaklının suskunluğunu borcun geri kalan kısmı için de ifa edilmiş sayıldığı varsayımında bulunabilir.

Esasen borcun sona ermesi, bir edimi yerine getirme yükümlülüğünün hukuksal olarak sona ermesini ifade eder. Bu yolla borçlu borcundan kurtulurken, alacaklının alacak hakkı da ortadan kalkmış olur. Uygulamada borcun sona ermesi ile borç ilişkisinin sona ermesi aynı bağlamda ele alınmakla birlikte, borcun sona ermesi borç ilişkisinin sona ermesinden farklı bir anlama gelir. Borç ilişkisinin sona ermesi borcun sona ermesine göre daha geniş bir alanı ifade eder. Borç ilişkisinin sona

* Ankara Hakimi.

ermesinden söz edilebilmesi için bu ilişkiden doğan bütün asli ve fer'î borçların sona ermesi gerekir.¹

Borçlar Kanunu'nun "*borçların sukutu*" başlığı ile başlayan üçüncü babında; yenileme, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, ifa imkansızlığı, takas ve zamanaşımı borcu sona erdiren sebepler olarak gösterilmiştir. Borcu sona erdiren bir sebep olan ibranın bu bölümde düzenlenmemiş olmasına karşın, borcu sona erdirmeyen bir sebep olan zamanaşımı bu bölümde düzenlenmiştir. Keza borcun en normal sona erme şekli olan ifaya da bu bölümde yer verilmemiştir.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın "*Borç İlişkisinin Sona Ermesi ve Zamanaşımı*" başlıklı üçüncü bölümünün ilk maddesi olan 136. maddesinde saklı tutulma kavramı altında ihtirazi kayıt ilişkisine yer verilmiştir. İhtirazi kayıt ileri sürmemek tasarının ifadesi ile hakların saklı tutulmaması borcu sona erdirmekle birlikte borç ilişkisini sona erdiren bir durum değildir. Bu nedenle tasarıda sistematik açıdan düzenlemenin yeri uygun seçilmemiştir.

Asıl borcun sona ermesi bu borç ilişkisinden doğmuş olan yan borçların sona ermesini gerektirmemekle birlikte, bazı koşullar altında aksinin gerçekleşmesi mümkün olur ve yan borçların da sona ermesine sebep olabilir. Bu durumda borç sona ererken borç ilişkisi sona ermiş olmaz. Asıl borcun ifası karşısında alacaklının suskunluğu, borcun fer'ilerinin istenmediği, kendisini bu şekilde yapılan ifa ile tatmin edilmiş kabul ettiği, bu nedenle borcun ifa edilmiş sayıldığı sonucunun çıkmasına yol açabilir. Halbuki alacaklı ifanın bitmediği düşüncesindedir. Ne var ki alacaklının bu düşüncesi karşı tarafa bildirilmedikçe, yasa ifanın yapıldığı yönündeki borçlu varsayımlarını desteklemektedir. Yasal olarak da desteklenen bu sonucun aksine sonucun elde edilmesi, daha açıkçası borcun geri kalan kısmının ifasının istenebilmesi, alacaklının bu yöndeki iradesini açığa vuran aktif bir davranışının varlığını gerektirmektedir. Alacaklı bu aktif davranışı göstermediği takdirde ifanın geri kalan kısmından zımnen feragat etmiş sayılacaktır. İşte alacaklının göstermesi gereken bu aktif davranışının hukuksal karşılığı ihtirazi kayıt beyanında bulunmasıdır. İhtirazi kayıt beyanının ne şekilde gösterileceği konusunda yasada bir açıklık bulunmaması nedeniyle sorunun çözümü

¹ Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 356.

alacaklının ifa karşısında takınacağı tavra göre çözüm bulacağı için ihtirazi kayıt ileri sürme hakkının incelenmesi gereği duyulmuştur.

2. Kavram ve Tanım

Kavramın yasal bir tanımı bulunmamaktadır. İhtirazi kayıt, aslen Osmanlıca kayd-ı ihtirazi şeklindeki iki sözcüğün birleştirilmesinden oluşmakta; geri durma, çekinme, ön koşul, kabul etmeme ve yakın anlamlarda kullanılmaktadır.² İhtirazi kayıt, hukukun genel ilkeleri içinde uygulama alanı bulan bir kurumdur. Özel hukuk alanında borç ilişkileri bakımından ifa ile bağdaştırılması nedeniyle daha çok borçlar hukuku ve ticaret hukukuna ait bir kavram olarak kendini göstermektedir. Ne var ki, kavramın kendini uygulamada tanıtmaya vergi hukuku bağlamında gerçekleşmiştir. İhtirazi kayıt ileri sürme hakkı, asıl borç ilişkisinden kaynaklanan ve ona bağlı olarak varlık kazanan bir haktır. Hukuk düzeni, ifadaki belirsizliğin hak sahibine zarar vereceğini düşündüğü konularda, bu belirsizlikten kaçınmak için ihtirazi kayıt ileri sürme hakkının kullanımına yer vermiştir. Çoğu kere alacaklının borcun tam ifa edilip edilmediği konusundaki tereddütlerinin bir ürünüdür. Bu amaçla, alacaklının kendi iç iradesi ile fiili uygulama arasındaki yorum farkını gidermek için başvurulmuş ve alacaklıya geleceğe ait güvence sağlayan bir hak niteliğindedir. Bir hukuksal ilişkiden doğan borcun kısmen ifasından, borcun kalan kısmının da ifa edildiği sonucunun çıkmasını önleyici niteliğe sahip olduğu düşünülürse, ihtirazi kayıt ileri sürmeye ilişkin etkinin geçmişe değil de geleceğe etkili olması gerektiği görülür.

3. İhtirazi Kayıt Beyanının Hukuksal Niteliği

İhtirazi kayıt çok bilinen bir kavram olmasına rağmen Türk hukukunda özellikle borçlar hukukunda çok işlenmiş bir konu değildir. Türk hukukunda ihtirazi kayıt ileri sürülmemesinin, ifa yerine geçen bir borçtan kurtulma şekli olarak algılandığı söylenebilir. İhtirazi kayıt ileri sürülmemesinin yol açtığı hak kaybı, hak sahibinin (alacaklının)

² Develioğlu, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Aydın Kitabevi, Ankara 2001, s. 420.

örtülü irade beyanı ile o haktan vazgeçmiş sayılmasına ilişkin yasal sonuca (karineye) dayanmaktadır. İhtirazi kayıtsızlığı ortaya çıkaran örtülü irade beyanına karşılık ön koşulun (ihtirazi kayıt) açıklanması alacaklının borçluya karşı yönelttiği bir irade bildiriyle yapılır. Bu bildirim ifanın kabulü ya da en geç ifanın kabulünün ardından derhal yapılmalıdır. İhtirazi kayıt, ifanın gerçekte yerine getirilmemesine rağmen, yapıldığı varsayımı ile borçlunun borçtan kurtulma olanağını ortadan kaldırmaktadır. Henüz tam bir ifa yapılmadan ifanın herhangi bir aşamasında karşı tarafın borcu sona erdirmeye iradesinin sonuca ulaşmasına engel olunmaktadır. Bu nedenle ihtirazi kaydın hakkı koruyucu işlevi olan bir irade beyanı olduğu söylenebilir.

İhtirazi kaydın ne olduğu konusuna ihtirazi kaydın yokluğu çerçevesinden bakarak açıklamak yararlı olabilir. Borçlunun kısmi ifası teknik anlamda tam bir ifa olmamakla birlikte, alacaklının ihtirazi kayıt ileri sürmemesi halinde teknik anlamda tam ifanın sonuçlarını doğuracaktır. İhtirazi kayıtsızlık borcun teknik anlamda ifası dışında borçtan kurtulmanın bir şeklidir. Dolayısı ile borcun sona ermesinin sebebi ifaya değil ihtirazi kayıtsızlığa dayanır. İhtirazi kayıt hukuksal sebebi ile kurulan bağ, borcun kısmen ifası ile kalan borcun sonlanması arasındaki sürecin kesintiye uğratılmasıdır. Bu nedenle ihtirazi kayıt yeni bir borç ortaya çıkarmamaktadır. Amaç yeni bir borç ortaya çıkarmak değil, borç ilişkisinin mevcut borcun kısmi ifası yoluyla sona ermesine engel olmaktır.

İhtirazi kayıt hukuksal niteliği itibari ile, varması gerekli bir irade beyanı olarak alacaklı tarafından bizzat ya da temsilcisi aracılığı ile borçluya veya temsilcisine yöneltilmek suretiyle ifanın bitmediğinin hatırlatılmasıdır.³ Ancak ihtirazi kayıt alacağı muaccel hale getiren ya da yasal yükümlülükten kurtulmanın yolu olan bir ihbar olarak algılanmamalıdır. İhtirazi kayıt beyanı hatırlatılan borcun varlığının teyit edilmesidir. Yargıtay bir kararında ihtirazi kayıt (önkoşul) konusunda *“alacaklının borçluya karşı yönelttiği bir irade bildiri ile yapılır. Önkoşul ileri sürme hakkı, bir hakkın korunmasına yarayan yenilik doğuran haklardandır...”* nitelemesinde bulunmuştur.⁴ Bilindiği gibi yenilik doğuran haklar, hak sahibine tek taraflı ve varması gereken bir irade beyanı ile yeni bir hu-

³ Yılmaz, Halil, *Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulaması*, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 47.

⁴ Y. 13. HD'nin 02.11.1994 tarih, 1994/6201-1952 sayılı kararı.

kuksal durum meydana getirme yetkisi veren haklardır. Karşı tarafın rızası ve katkısı olmadan hak sahibinin irade bildirimini ile istenen yeni sonuç meydana gelir. Meydana getirilen hukuksal durum, bir hakkın veya hukuksal ilişkinin kurulması, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması şeklinde olabilir. Bu nedenle yenilik doğuran haklar, meydana getirdikleri hukuksal sonuçlara göre üçe ayrılır. Bunlar; kurucu yenilik doğuran haklar, değiştirici yenilik doğuran haklar ve bozucu yenilik doğuran haklar şeklinde ortaya çıkarlar. İhtirazi kayıt beyanı, bir hakkın korunmasını sağlayan irade beyanından ibaret olup, mutlaka haklar kategorisinde bir yere konulması gerekmez.

Kaldı ki, yenilik doğuran haklar yalnızca bir defa kullanılmaya uygun olan haklardır. Oysa ihtirazi kayıt ileri sürme hakkı hak sahibine sürekli olarak kullanma yetkisi vermektedir. Zira her ifa öncesi veya ifa sırasında bu hakkın kullanılmasına bir engel bulunmamaktadır. Alacaklının ifaya ilişkin hakkını her defasında borçluya hatırlatmasında hukuksal yararı bulunmasa bile borçlunun bu hatırlatmadan göreceği bir zarar yoktur. Diğer taraftan, bir kez kullanılan yenilik doğuran hakkın, geri alınması ve hakkın kullanılmasından önceki hukuksal duruma dönülmesi mümkün değildir.⁵

Buna karşılık ihtirazi kayıt ileri sürme hakkının geri alınarak ifaya ilişkin talepten vazgeçilmesi borçlu muhatabın onayına bağlı olmadığı gibi yasal bir engel de bulunmamaktadır. Zira, borçlunun kısmi ifasına ilişkin işleminin tam ifa sonuçlarını doğurması ihtirazi kayıt beyanı ile önlenmektedir. Böylece borçlunun borcun tamamen ifa edilmiş sayılmasına yol açacak işlemine karşılık alacaklının hakları korunmuş olmaktadır. İhtirazi kaydın konusu, korunması amaçlanmış özel hukuka özgü bir haktır. Hak sahibi ihtirazi kayıt ileri sürmekle yasada düzenlenmiş olan ifaya ilişkin iradesini sürdürmek ya da sürdürmemek konusundaki seçeneklerden ifayı talep hakkında seçim kararı vermektedir. İhtirazi kayıt beyanı mevcut bir hakkın ortadan kalkmasına engel olduğu için, bir tasarruf işlemi değildir. İhtirazi kaydın esas hukuksal ilişki (hak-alacak) üzerindeki etkisi ise ifa işleminin bitmediğinin hukuksal olarak borçluya hatırlatılmasıdır.

⁵ Buz, Vedat, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.257.

4. İhtirazi Kayıt Hakkının Kullanılması

4.1. Hak Sahibi

İhtirazi kayıt hakkı sahibi, İhtirazi kayıt hukuksal işlemi ile borçlunun hukuksal alanında borcun ifasına dönük sonuç doğurmaya yetkili kılınan kişidir. İhtirazi kayıt ileri sürme hakkına sahip olan kişi, bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbesttir. Hak sahibini bu hakkı kullanmaya zorlayan yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Keza muhatap olan borçlunun da hak sahibini bu hakkı kullanmaya zorlama yetkisi bulunmamaktadır.

İhtirazi kayıt hakkının kullanılması tek taraflı bir irade beyanı ile esasen muhatabın hukuksal alanında bir değişiklik meydana getirmedikçe göre, alacaklı hak sahibi bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbestçe karar verme ve seçme hakkına sahiptir. İsterse hakkı kullanır ve alacak hakkının kalan kısmını güvenceye bağlar isterse hakkı kullanmayarak ihtirazi kayıtsızlığın borçluya sağladığı avantajların ortaya çıkmasını olanaklı kılar.

İhtirazi kayıt ileri sürülmesinin istenilen hukuksal sonucu doğurması için hakkı kullanan kişinin bu tür bir yetkiye sahip olması gerekir. Yetkisiz kişinin kullandığı ihtirazi kayıt herhangi bir hukuksal sonuç doğurmaz. Ancak hak sahibinin icazet vermek sureti ile hakka sonradan geçerlilik tanınması mümkündür. İhtirazi kayıt ileri sürme hakkının mutlaka hak sahibi tarafından ileri sürülmesi koşulu yoktur. Hak sahibi ile hakkı kullanan kişi farklı kişiler olabilir.

Öyleyse bu hak, hak sahibi alacaklı tarafından bizzat kullanılabilen gibi, onun adına irade bildiriminde bulunmaya yetkili kişi tarafından da kullanılmasına engel yoktur. Dolayısı ile ihtirazi kayıt yasal veya iradi temsilci tarafından kullanılabilir. Özellikle tüzel kişiler açısından tüzel kişiliğe ait olan bu hak tüzel kişiliği temsile yetkili organ ya da kişiler tarafından kullanılır. Keza tam ehliyete sahip olmayan gerçek kişiler adına yasal temsilcileri kullanır.

Sınırlı ehliyetsizler açısından bakılacak olursa, ihtirazi kayıt hakkını kullanmak, hakkı kullanan kişileri borç altına sokan ya da ona ait bir hakkın sona ermesine yol açan bir işlem olmadığı için yasal temsilcilerinin izni veya icazetine gerek olmaksızın tek başına kullanmaları mümkündür. Hak sahibi, hakkı kullanmak bakımından bir başkasına

temsil yetkisi verebilir. Ancak temsil yetkisi olduğu iddiasında bulunan kişinin temsil yetkisinin varlığını ispat etmesi gereklidir. Aksi takdirde borçlu açısından ortada ihtirazi kayıtsızlıktan kaynaklanan bir ifanın varlığı söz konusu olacaktır.

İhtirazi kayıt ileri sürme hakkının birden fazla kişiye ait olması mümkündür. Bu durumda ihtirazi kayıt ileri sürme hakkının hak sahiplerinden birisi tarafından kullanılmasının yeterli sayılıp sayılmayacağı ya da hep birlikte mi kullanılması gerektiği sorusu, hak sahipleri arasındaki ilişkinin ve söz konusu ihtirazi kayda ilişkin hakkın ifa biçimine göre ayırım yapılarak cevaplandırılması gereken bir sorudur. Borçlunun borca ilişkin ifayı alacaklılardan birisine karşı yapması, borcun diğer alacaklılar bakımından da ifa edildiği sonucunu doğuruyorsa, borcun ifa edildiği muhatap diğer alacaklılar adına ifayı kabule yetkili olacağından, onlar adına ihtirazi kayıt ileri sürme hakkının varlığını kabul etmek mantığa uygun bir çözümdür. Ne var ki borç alacaklıların her birisine karşı ayrı ayrı ifası gereken bir borç ise, borçlunun alacaklılardan birisine karşı yaptığı ifa diğer alacaklılar açısından geçerli bir ifa sayılmayacağı için, kendisine karşı ifa yapılan alacaklının ihtirazi kayıt ileri sürmemesi diğer hak sahiplerinin de ihtirazi kayıt ileri sürmediklerini göstermez.

4.2. Muhatap

İhtirazi kayıt hakkı sahibinin karşısında bulunan kişi pasif bir konumdadır. Kendisine karşı yapılan ihtirazi kayıt beyanı karşısında muhatap kişi olmanın dışında bir hukuksal konuma sahip değildir. Alacaklının bu hakkı kullanmasına engel olma gücü bulunmamaktadır. Ancak ihtirazi kaydın geçerli şekilde kullanılıp kullanılmadığı konusunda uyuşmazlık çıkarılabilir. Bu durumda mahkemenin, hak sahibinin bu hakkın süresinde, başka bir anlam çıkmasına yol açmayacak şekilde ve yetkili kişi tarafından kullanılıp kullanılmadığı bakımından inceleme yapması söz konusu olacaktır.

İhtirazi kayıt hakkının gerçekte muhatap olan kişiye karşı kullanılması gerekir. Bu kişi borcu ifa eden kişidir. Borcu ifa eden muhatap kişi borçlu olabileceği gibi muhatabın yasal ya da hukuksal işlem ile yetkili kılınan temsilcisi olabilir. İhtirazi kayıt hakkının kullanılmasına muhatap olan kişi konumunda birden fazla kişinin bulunması durumunda

borcun ifa yönünden bölünüp bölünememesine göre ayırım yapmak suretiyle çözüm bulunması gerekir.

5. İhtirazi Kayıt Beyanının Özellikleri

5.1. Tek Taraflı İşlem Olma Özelliği

İhtirazi kayıt beyanında bulunmak yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması değil ise de, her yenilik doğuran hakkın kullanılmasında olduğu gibi, ihtirazi kayıt beyanı da tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıdır. İhtirazi kayıt beyanının karşı tarafa varmış sayılması için onun hakimiyet alanına ulaşmış olması yeterlidir. Karşı tarafın hakimiyet alanına ulaştığı anda varmış sayılır. İhtirazi kaydın kullanıldığına ilişkin beyan karşı tarafa varır varmaz hukuksal sonuçlarını doğurur. Ayrıca karşı tarafın bunu öğrenmesi koşulu aranmamalıdır. Karşı tarafın bu beyanı öğrenme olanaklarına sahip olması yeterlidir. Kaldı ki muhatabın buna karşı koyma olanak ve yetkisi bulunmamaktadır.

İhtirazi kayıt, ortada teknik bir ifa bulunmaması nedeniyle borcun sona ermesini engelleyen, yeni bir borç ilişkisi kurulmaksızın mevcut borcun varlığının alacaklı açısından korunmasını sağlayan, asıl borçla aynı hukuksal sebebe dayalı irade beyanından ibarettir. Ayrıca ihtirazi kayıt ilişkisinin kurulması için bir sözleşme yapılmasına gerek olmadığı gibi herhangi bir dava açılması koşulu da bulunmamaktadır. Tek taraflı irade beyanı ile hüküm ve sonuçlarını meydana getirir.

5.2. Belirli Bir Hukuksal İlişkiye (İfaya) Bağlı Olma Özelliği

İhtirazi kayıt ileri sürmek ifayla doğrudan ilgili bir hakkın kullanılması demektir. Bu nedenle alacak bakımından ifayı kabul eden kimsenin ifayı kabul yetkisine sahip olması gerekir. İfayı kabul yetkisi, kamu alacaklarına ilişkin ifanın kabulünde önem kazanmaktadır. Kamu yönetiminde yetkiler açıkça tanımlanıp önceden belirlendiği için yönetime ait bir haktan ancak yönetimi yasal olarak temsil eden kişiler yasalarda belirtilen koşul ve yöntemlere uymak suretiyle vazgeçebilir. Yönetim adına bir haktan vazgeçmeye yetkili olmayan bir kimsenin ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin işlem yapmış olması ile yönetim açısından her hangi

bir hakkın ortadan kalktığına kabulü hukuken mümkün değildir.⁶

Borçlar Kanunu'nun gerek 88. maddesi gerekse 113. maddesi ödeme karinesini belirtmekte olup emredici bir hüküm ifade etmemektedir. Burada borçlu lehine tanınan karinenin aksi alacaklı tarafından ispat edilebilmelidir. Alacaklı ihtirazi kayıt ileri sürdüğünü ispat ettiği takdirde geriye kalan alacak ya da hak canlılığını devam ettirecektir. B

K'nın 113. maddesi; *"Asıl borç tediye ile veya sair bir suretle sakıt olduğu takdirde kefalet ve rehin ve sair fer'i haklar dahi sakıt olur. Evvelce işleyen faizleri talep hakkının mahfuz bulunduğu beyan edilmiş veya hal icabından neşet eylemiş olmadıkça bu faizler talep olunamaz. Gayrimenkul rehine ve kıymetli evraka ve konkordatoya müteallik hususi hükümler mahfuzdur."* 88. maddesi ise *"Faizden veya icar bedeli gibi muayyen zamanlarda ödenmesi lazım gelen sair borçlardan ihtirazi bir kayıt dermeyan etmeksizin bir taksit için makbuz veren alacaklı, ondan evvelki taksitleri de tahsil etmiş sayılır. Senet borçluya iade edildikte borç (sakıt) olmuş sayılır"* hükmünü içermektedir.

Maddelerdeki düzenlemeye göre, asıl borç ödeme ile veya sair bir suretle düştüğü takdirde kefalet, rehin ve sair fer'i haklar da düşmüş olur. Maddede önceki cümleden de aynı sonuca varmak mümkün olmasına karşın yasa ayrıca önceden işleyen faizlere ilişkin talep hakkının saklı tutulduğunun anlaşılmasında halinde bu faizleri talep hakkının düşeceğini aynı hüküm içinde düzenlemiştir. Borçlarda bir devreye ait ödemede ihtirazi kayıt ileri sürülmemesinin veya makbuz verilmesinin daha önceki devreye ait borçların ödendiğine karine teşkil edeceği hükme bağlanmıştır. Kuşkusuz alacaklı bu karinenin aksini iddia ve ispat hakkına sahiptir.⁷

Söz konusu karinenin uygulanması için ifanın alacaklı veya temsilcisine karşı yapılmış olması gerekir. Bu anlamda, örneğin kira parasının tevdi mahalli olarak kabul edilen bir bankaya yatırılmış olması daha önceki aylara ait kira parasının alındığına dair karine oluşturmaz. Çünkü banka ne alacaklı ne de alacaklının temsilcisidir. Sözleşmede, bedelin bir bankadaki hesaba yatırılacağına kararlaştırılmış olması (BK'nın 91. m.) bankayı alacaklı yapmayacağı gibi alacaklı adına ifa bakımından yetkili temsilci durumuna da getirmeyeceğinden bankadan alınan dekontlar

⁶ Y.13. HD'nin 02.11.1994 tarih, 1994/6201-9521 sayılı kararı.

⁷ YHGK'nun 07.04.2004 tarih, 2004/11-209-209 sayılı kararı.

BK'nun 88. maddesi anlamında makbuz niteliğine sahip değildir. Keza banka, alacaklı tarafından verilmiş bir talimat olmadıkça alacaklı adına ihtirazi kayıt iradesini bildirmek ve ileri sürmek yetkisini de haiz değildir.⁸

Hakka ilişkin irade beyanının karşı tarafa ulaşması yeterlidir. Ayrıca hükümlerini doğurması için borçlunun ya da karşı tarafın kabul beyanına ihtiyaç yoktur. İhtirazi kaydın geçerliliği ifanın ve ifayı kabulün geçerliliğine ilişkin genel ilkelere bağlıdır. Karşı taraf ihtirazi kaydın hukuken gerçekleşmediği iddiasında ise bunu mahkemede menfi tespit davası yoluyla ileri sürebilir. Hakkın geçerliliğine ilişkin saptama bakımından ehliyet, temsil, irade fesadı gibi işlemin geçerliliğine etki eden genel hükümler uygulanır. Örneğin, yapılan işlemde gabine ait koşulların gerçekleşmesi, hakkın kullanımına ilişkin geçerlilik üzerinde de sonuçlar doğurur.

5.3. Hakkın Kullanılmasından Sonra Geri Alınabilmesi

İhtirazi kayıt hakkının bir defa kullanılması ile istenen hukuksal sonuç elde edilmiş olur. İhtirazi kayıt beyanı esasen borçlunun hukuksal durumunda bir değişiklik meydana getirmez. Borçlunun, kendi hukuksal durumunda lehine değişiklik meydana getirme amacını etkisizleştirmektedir. Bu nedenle bir defa kullanılmasından sonra tekrar kullanılması zaten korunmaya alınmış bir hakkın yeniden korunmaya alınması demek olacağından anlamsız bile olsa buna yasal bir engel bulunmamaktadır. İhtirazi kayıt beyanı borçlunun hukuksal durumunda bir değişiklik meydana getirmez. Daha açıkçası borçlunun ifa yükümlülüğüne ek bir yükümlülük getirmez. Borçlunun hukuksal durumunda bir değişiklik meydana getirmemesi onu bir kez kullanılan irade beyanının geri alınmamasına ilişkin yasakla yüz yüze getirmez. Bu nedenle ihtirazi kayıt beyanının muhataba varmasından sonra da geri alınabilmesi mümkündür. Zira geri almanın engellenmesinde muhatabın korunmaya değer bir hakkı bulunmadığı gibi geri almanın muhataba zarar verme işlevi bulunmamaktadır. Kaldı ki, ihtirazi kayıt beyanının geri alınmasının bir anlamı da bulunmamaktadır. Zira, alacaklı bunu geri almak yerine ifa beklentisinden vazgeçtiğini açıklayabilir.

⁸ YHGK'nun 09.04.1969 tarih,1969/4-156/218 sayılı kararı.

5.4. Hakkın Kullanılmasının Şarta Bağlanamaması

Yenilik doğuran haklar kural olarak şarta bağlı olarak kullanılmazlar. İhtirazi kayıt ileri sürmek yenilik doğurucu bir hak olmamakla birlikte ihtirazi kayıt beyanında bulunma hakkının kullanılmasının şarta bağlanması kendi yapısını uygun değildir. İhtirazi kayıt ileri sürmek ifa ile doğrudan bağlantılı bir hakkın kullanılmasıdır. İfa istenir ya da istenmez. Bunun şarta bağlanması isteniyor ise ifanın şarta bağlanması gerekir. Ayrıca ihtirazi kayıt ileri sürmenin şarta bağlanmasında bir yarar yoktur. Zira bu hakkın kullanımının şarta bağlanması borçlu muhatabın hukuksal durumunda bir belirsizliğe yol açacağı gibi bir güvensizlik ve kargaşa ortamı ortaya çıkaracaktır.

5.5. Hakkın Kullanılmasının Hak Düşürücü Süreye Bağlı Olması

Eğer irade açıklaması bir süreye tabi tutulmuşsa hakkın mutlaka bu hak düşürücü süre içerisinde kullanılması gerekir. Bir hakkın kullanılması ancak o hakkın sona ermesinden önce mümkün olabilir. İhtirazi kayıt beyanında bulunma hakkının kullanılması da belli bir süreye bağlıdır. Bu sürenin bitimi ile hak ortadan kalkar. Sürenin geçmiş olması ile hakkın sona ermesine yol açması, o süre içinde hak sahibinin hakkını kullanmamış olmasından daha açıkçası hak sahibinin hareketsiz kalmasından kaynaklanmaktadır. İhtirazi kayıt ileri sürme hakkı ifadan önce veya ifa sırasında hakkın sona ermesinden önce kullanılabilir. İfa sona erdikten sonra bu hakka ilişkin beyanda bulunulamaz. Bu nedenle ihtirazi kayıt ileri sürme hakkının temas ettiği hakkın yasal ya da sözleşme ile belirlenen süresi içinde kullanılması gerekir. BK'nın 113. maddesi gereğince asıl borç tediye ile veya sair bir surette sakıt olduğu takdirde fer'i hakları da sakıt olur.

Bu nedenle ihtirazi kayıt hakkının kullanılmasına ilişkin bu süre, o hakkın (alacağın) ifasının yapılmış sayıldığı ana kadar varan süredir. Bununla beraber herhangi bir süre belirlenmemişse, kural olarak ihtirazi kayıt ileri sürme hakkı zamanaşımına uğramaz. Zira ihtirazi kayıt ileri sürme hakkı sahibinin hakkını kullandığına dair irade açıklamasının muhataba varmasıyla sonuçlarını meydana getirecek olması zamanaşımı uygulamasını bu hakkın içeriğine uygun düşürmemektedir. Sonuçlarını

doğurması için borçlunun kabulüne, işbirliğine ya da hakkın işlerlik kazanması için cebri icra yollarına başvurulması ihtiyacı bulunmamaktadır. İhtirazi kayıt ileri sürme hakkının kullanımı zamanaşımına bağlı değil ise de hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Hak düşürücü süre muhatabın korunmasına hizmet eder. Sonsuz sürede kullanılabilir olması borçlu muhatap açısından aynı sürede hukuksal durumda belirsizlik ve tedirginliğin sebebi olacaktır.⁹ Yargıtay bir kararında, çocuğun doğumundan itibaren bir yıllık hak düşürücü sürede açılması gereken babalık davasının ana tarafından süresinde açılmaması nedeniyle reddedilmesi karşısında hakkın aslı düşmüş olduğundan, ona bağlı fer'i hak niteliğinde olan tazminat davasının da reddinin gerektiğini belirtmiştir.¹⁰ İhtirazi kayıt ileri sürmek suretiyle korumaya alınan asıl hakkın zamanaşımına uğraması mümkündür.

5.6. Hakkın Devri

İhtirazi kayıt ileri sürme hakkının bağlı olduğu ifanın konusu olan alacak haktan ayrı olarak devredilip devredilemeyeceğine kısaca göz atmakta yarar vardır. İhtirazi kayıt ileri sürme hakkı kendisini doğuran asıl haktan ayrı olarak tek başına devri mümkün değildir. Çünkü ihtirazi kayıt ileri sürme hakkı ancak bağlı olduğu asıl hak ile birlikte bir anlam ifade eder. Dolayısı ile bu hakkın devri ancak, bağlı olduğu asıl hakkın (alacağın) temlikıyla birlikte hüküm ifade eder. Bu hakkın kullanımı bakımından faiz alacağı uygulamada en sıklıkla ortaya çıkan fer'i haktır. Faiz alacağının asıl alacaktan bağımsız olarak temlik edilmesi mümkündür. Bu nedenle asıl borcun ifasından (ödenmesinden) önce faiz alacağının temlik edilmiş olması halinde alacaklının ihtirazi kayıt ileri sürme yükümlülüğünden söz edilemez. Alacağın temlikine ilişkin işlemin hukuksal geçersizliği, ihtirazi kayıt hakkının devrinin geçersizliğine de yol açar. Temlik mümkün ve caiz olmayan haklar bakımından ihtirazi kayıt ileri sürme hakkının devri de söz konusu olmayacaktır. İhtirazi kayıt ileri sürme hakkının üçüncü kişiye verilmesinde ısrar edilmek isteniyorsa, ona temsil yetkisi verilmek suretiyle aynı amaca varmak mümkündür.

⁹ Buz, *a. g. e.*, s. 263.

¹⁰ Y.2. HD'nin 12.04.1983 tarih 1983/1774-3217 sayılı kararı.

6. İhtirazi Kayıt Beyanının Şekli

6.1. Açık olarak

İhtirazi kayıt ileri sürme hakkının kullanılması belli bir şekle bağlı kılınmamıştır.¹¹ İhtirazi kayıt iradesinin herhangi bir şekilde açıklanması yeterlidir. Bu nedenle açık bir irade beyanı ile kullanılabilmesi gibi örtülü irade beyanı ile de kullanılabilir. Açık irade beyanı yazılı veya sözlü olarak tamamen iradeyi gösteren bir davranışla kullanılabilir. İhtirazi kayıt açık olarak; ifa sırasında sözlü olarak beyan edilmesi ya da yazılı olarak dilekçe verilmesi şeklinde ileri sürülebilir. Ancak uygulamada, ispat nedeniyle genellikle yazılı şekil kullanılmaktadır. Hakkın kullanılması olanaklarına sahip olmak hakkın kullanıldığı anlamına gelmez. Hak sahibinin hakkın kullanımına ilişkin irade beyanı muhatap tarafından şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılması gerekir. Dolayısı ile hak sahibi hakkın kullanımına ilişkin irade beyanını sözlü olarak muhataba açıklayabilir. Bu anlamda hak sahibi ifadan önce veya ifa sırasında, “*ihtirazen, ihtirazi kayıtla, alacağın kalan kısmına ilişkin haklarımı saklı tutuyorum, faiz hakkım saklıdır...vb*” biçiminde ifa beklentisini gösteren sözcükler kullanmak suretiyle açıklayabilir. Hak sahibinin ihtirazi kayıt iradesini yazılı olarak ileri sürmesi de mümkündür. Hak sahibi ifadan önce veya ifa sırasında, ifa beklentisini gösterir iradesini açıklayan dilekçeyi muhataba vermek suretiyle bunu gerçekleştirebilir.

Ayrıca ifayı kabulün belli bir şekle bağlı olması durumunda, söz konusu ifanın kabul edildiği şekle yazılı not düşülerek bu irade açığa vurulabilir. Karşı tarafa telgraf çekmek, iadeli taahhütlü mektup göndermek, noterden ihtar çekmek, fax çekmek..vb şekillerde ihtirazi kayıt iradesi açıklanabilir.¹² İhtarnameın noterden çekilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak gerçekten ihtarname yoluyla ihtirazi kayıta bulunulup bulunulmadığının ispatı bakımından noterden çekilen ihtarname kolaylık sağlar. İhtirazi kayıt iradesinin kullanılması bakımından bir şekil koşulu aranmamakla birlikte, belli kişiler arasında bu hakkın

¹¹ Yılmaz, *Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulaması*, a. g. e., s.50.

¹² “...Davacı işçiyeye taksitler halinde bonolarla kıdem tazminatının tamamının ödendiği süreçte, son ödemeden önce Noterlikçe çekilen ihtarname ile faiz alacağını saklı tutmuştur. Borçlar Kanunu'nun 113. maddesi kapsamında bu belgenin ihtirazi kayıt olarak nitelendirilip ödeme tarihlerine göre geçmiş günler faizi hesap edilip hüküm altına alınması gerekir.” (Y.9. HD'nin 15.02.1999 tarih 1998/19727-2077 sayılı kararı, Yılmaz, *Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulaması*, a. g. e., s.77).

kullanılması belli geçerlilik şartına bağlanmıştır. Buna ilişkin düzenleme TTK'nun 20. maddesinde görülmektedir. Bu hükme göre, "...tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek veya mukaveleyi fesih yahut ondan rücu maksadıyla yapılacak ihbar ve ihtarların muteber olması için noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılması gerekir."

İhtirazi kayıt iradesinin karşı tarafa yansıtılmasının bir diğer şekli ise yargı yoludur. İhtirazi kayıt hakkının kullanılmasının kural olarak davaya ihtiyacı yoktur. Ancak hak, mahkemeden hukuksal koruma ve aracılık istenerek, dava açılmak suretiyle kullanılabilir. Alacağın tamamen ifasından önce alacaklı tarafın fer'i alacakların ifasına ilişkin iradesini açtığı dava ya da yaptığı takip yoluyla borçluya yöneltmesi mümkündür. Söz konusu dava ya da takipten feragat edilmediği sürece yeniden ihtirazi kayıt ileri sürülmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Gerek icra takibinde ve gerekse dava ile faiz isteme iradesinin sürdürülmüş olması esasen BK. 113. maddesinde yer alan çekince ileri sürme iradesinin sürdürülmesi esasına dayanmış olduğundan alacaklının artık icra takibinden sonra asıl alacağı tahsil ederken ihtirazi kayıt koymasına gerek yoktur.¹³ Davanın derdest olması ya da bunun bir ilamla karara bağlanmış olması bu iradenin sürdürülmesi açısından yeterlidir. Bu açıdan bakıldığında faiz alacağının bir ilamla hüküm altına alınmış olmasının, daha sonraki kısmi ifaların kabulünde halin icabından kaynaklanan ihtirazi kayıt beyanı olduğu kabul edilmelidir.¹⁴

6.2. Halin İcabı Olarak

Açık irade beyanının dışında ihtirazi kayıt iradesinin varlığı halin icabından anlaşılabilir.¹⁵ Halin icabı, açık irade beyanı olmamakla birlikte

¹³ Y.11. HD'nin 01.12.2003 tarih 2003/4182-11326 sayılı kararı, Ayrıca, "Davacının bu dava ile alacağının faizi ile tahsilini talep ederek faiz isteme iradesini sürdürmüş olmasına, esasen BK.113. maddesinde yer alan çekince koşulunun, isteme iradesinin sürdürülmesi esasına dayanmasına ve davacının artık, davadan sonra asıl alacağı tahsil ederken ihtirazi kayıt koymasına gerek bulunmamasına, kaldı ki davada HUMK'nun 94/2 maddesine uygun bir kabul beyanı olmayıp..." (Y. 11. HD'nin 08.12.2003 tarih 2003/4519-11536 sayılı kararı), Ayrıca Y.9. HD'nin 22.10.2001 tarih 2001/17011-16443 sayılı kararı.

¹⁴ Y.12. HD'nin 21.6.2001 tarih 2001/10348-11211 sayılı kararı (Yılmaz, Halil, "Halin İcabından Kaynaklanan İhtirazi Kayıt İradesi," *Yaklaşım*, Temmuz 2005, s. 254).

¹⁵ "...Davacının ödeme öncesinde kuruma verdiği dilekçede faiz istemini dile getirmiş olması karşısında, tediye tarihinde ayrıca bu yönde bir ihtirazi kayıt ileri sürülmesine gerek yoktur. Zira anılan düzenleme uyarınca birikmiş aylıklara işleyen yasal faize ilişkin hakkının varlığı

gerek tarafların konumu gerek ilişkinin niteliği ve gerekse olayın kendine özgü koşullarının ayrı ayrı ya da bir bütün olarak değerlendirilmesinden, borç ilişkisinde alacaklının ihtirazi kayıt ileri sürme arzusunda olduğu sonucu çıkarılabiliyorsa, halin icabından kaynaklanan ihtirazi kayıt iradesinin varlığından söz edilebilir.¹⁶

Örneğin Yargıtay'ın bir kararında da belirtildiği üzere, kooperatif genel kurulunca ödeme günü belirlenerek aidat istenmesi, ödenmemesi halinde temerrüt faizi uygulanmasına ilişkin alınan kararın kesinleşmesi durumunda, bu karar tüm ortakları bağlayacağı için, BK'nın 101/2. maddesi hükmü karşısında, ortaklara temerrüt ihtarı keşidesine gerek kalmadan borcun ifası istenebilecektir.

Genel kurul kararında temerrüt faizi uygulanmasına karar verilmesi durumunda, BK'nın 113/2. maddesinde belirtilen halin icabı nedeniyle, alacaklının aidat aslını tahsil ederken temerrüt faizine ilişkin bir çekince koymasına gerek yoktur.¹⁷

İhtirazi kayıtsızlıktan dolayı borçlunun fer'i nitelikteki edimler bakımından borçtan kurtulabilmesi için alacaklının borcun aslının ödenmesi anında gerek açık olarak ve gerekse halin icabından dolayı ihtirazi kayıt (ön koşul) ileri sürebilecek durumda ve konumda olması gerekir. Alacaklı ihtirazi kayıt ileri sürebilecek konumda değilse borçlunun ihtirazi kayıtsızlığa dayalı olarak fer'i borçlardan kurtulma olanağı yoktur. Örneğin, banka ya da havale gibi ödemelerde alacaklının borçluya karşı ihtirazi kayıt iradesini ortaya koyma olanağı bulunmamaktadır.¹⁸ Ayrıca banka ihtirazi kayıt ileri sürülmesi bakımından alacaklının temsilcisi konumunda değildir.

"Dava konusu gider ve avans payları Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 20. maddesi hükmü uyarınca bağımsız bölüm malikleri tarafından yönetime ödenmesi gereken borç olup bunlar, makbuz mukabilinde ve tüm kat maliklerinin her zaman denetleyebilecekleri muhasebe kayıtları kapsamında ödenmesi gereken aidatlardır. Davalı dahi kat maliki olarak yönetimin bu alacağının alacaklısı

halin icabından anlaşılmaktadır." (Y.10. HD'nin 11.03.2003 tarih 2003/1132-1895 sayılı kararı) (Yılmaz, "Halin İcabından Kaynaklanan İhtirazi Kayıt İradesi," *a. g. m.*, s. 254).

¹⁶ Yılmaz, "Halin İcabından Kaynaklanan İhtirazi Kayıt İradesi," *a. g. m.*, s. 252.

¹⁷ Y.11. HD'nin 26.05.2003 tarih, 2002/13118-5507 sayılı kararı.

¹⁸ Y.19. HD'nin 14.03.2005 tarih, 2004/8796-2667 sayılı kararı.

hüviyetindedir. Bu nedenle Borçlar Kanunu'nun 88. maddesi bu gibi alacaklarda uygulanmaz, davalı ödemeyi yaptığını belge ile ya da yönetimin kayıtları ile kanıtlamak durumundadır.”¹⁹

İhtirazi kayıt iradesinin örtülü şekilde -yasanın ifadesi ile hal icabından dolayı- varlığı borç ilişkisinin taraflarının fiili konumundan da çıkarılabilir. Örneğin, tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinin karşılıksız olması düşünülemez. Ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görmüş olan tacir, uygun bir ücret isteyebileceği gibi verdiği avans ve yaptığı masraflar karşılığında ödeme tarihinden itibaren faize de hak kazanır. Yaptığı hizmet ve işlerden dolayı ücret ve faiz istemek tacir olmanın sonuçlarındandır. Dolayısı ile Yargıtay'a göre tacirin ticari işletmesini ilgilendiren işlerden dolayı faiz istemediğine ilişkin açık irade beyanı olmadıkça halin icabından dolayı faiz isteminde bulunduğu varsayılır.²⁰ Ayrıca yine Yargıtay'ın uygulamasına göre kamu alacakları bakımından da kamunun her zaman halin icabından dolayı alacağını istediği kabul edilmektedir.²¹

¹⁹ Y.18. HD'nin 19.03.1993 tarih, 1993/1087-3753 sayılı kararı.

²⁰ “Davacı vekili, Faisal Dış Tic. ve Paz. AŞ'ye tahakkuk ettirilen gecikme cezasının hesaplarına geç intikalinden dolayı, davacıya Faisal Dış Tic. AŞ tarafından davalı bankanın “Rıhtım Şubesi” aracılığı ile 4.11.1991 tarihinde 37.908.449 lira havale gönderildiğini, ancak 51 gün gecikme ile geldiği için faiz zararının 7.212.687 lira olduğunu, bu miktarın aylık % 10 faizi ile birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili yanıt dilekçesinde, havalenin adı mektupla çıkarıldığını, ve o nedenle gecikmesinden PTT idaresinin sorumlu olduğunu, davacının veya havaleyi gönderenin daha modern araçlarla havaleyi göndermediği için, bu sonuca katlanmaları gerektiğini, havalenin 25.12.1991 tarihinde davacı hesabına geçirildiğini, bu arada hesabın değişik hareketler gördüğünü, davacının hiçbir ihtirazi kayıt koymadan parayı çektiğini, bu durumda davanın BK 113/2. maddesi'ndeki gibi istekte bulunamayacağını, ayrıca havalenin gönderildiği hesabın yıllık % 5 faiz uygulamasına tabi olduğunu, istenen faizin fahiş olduğunu davanın reddi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece; iddia, savunma ve dosya içindeki kanıtlara göre, havalenin gecikmesinde kusuru olmadığını davalının kanıtlamak zorunda olduğu ve davalının bu savunmayı kanıtlamadığı, havalenin ulaşması için makul sürenin yedi gün olduğu, BK'nın 113/2'ye göre davacının doğan faiz alacağının halin icabından kaynaklandığı, davacının tacir olup, gelen parayı ticari faaliyetlerinde kullanacağı ispatı gerekmeyen bir olgu olup, davacının gelen parayı % 5 faiz getiren bir işte tutamayacağı hayatın olağan akışı gereğidir. Bu durumda davacının uğradığı zarar % 48 reeskont faizi olmalıdır. Davalı bankanın verdiği zararın, havaleyi 44 gün geciktirmeden dolayı % 48 reeskont faiz oranı üzerinden 2.223.962 lira olduğu anlaşıldığından; davanın kısmen kabulü ile 2.223.962 liranın dava tarihi olan 15.7.1992 tarihinden itibaren işleyen % 48 reeskont faizi ile birlikte davalıdan tahsiline fazla kısmın reddine karar verilmiştir. (karar Y.11. HD'nin 10.05.1994 tarih 1994/20-4119 sayılı kararı ile onanmıştır.)

²¹ Devlet alacağı söz konusu olan davalarda faiz istemi için ihtirazi kayıt ileri sürülme-

İhtirazi kayıt ileri sürmek alacaklının hak isteme iradesini sürdürmüş olması esasına dayanır. Bu iradenin varlığı sözleşme hükümleri içinde saptanabiliyorsa, sonradan sözleşme hükümlerinin aksine gerçekleştirilen fiili uygulama sözleşmedeki iradeyi kaldıracı, değiştirici ve yeni bir sözleşme oluşturur nitelikte olmadığından alacaklının bu uygulama karşısında ihtirazi kayıt ileri sürmediği sonucuna varılamaz.²² Fiili uygulamadan doğan ihtirazi kayıtsızlık ancak ifa yükümlülüğüne ilişkin iradeyi açık şekilde yansıtan sözleşme hükümlerinin yokluğunda esas alınabilir.²³

7. Hakkın Sona Ermesi

İhtirazi kayıt hakkı hak sahibinin tek taraflı irade beyanı ile kullanabildiği için muhatabın işbirliğine ihtiyacı yoktur. Ne var ki ihtirazi kayıt hakkının sonsuza kadar kullanılabilmesi muhatabı hukuksal ilişkide ifa bakımından bir güvensizlik ve ikilem içinde bırakabilir. Bu nedenle hakkı kullanma hakkı bakımından bazı sona erme nedenlerinin bulunması bir zorunluluktur. ,

Bu sebeplerin en başında hak düşürücü sürenin dolması gelir. Hakkın kullanımı için öngörülen hak düşürücü sürenin geçmesi ile artık bu hakkın kullanım olanaklarını hak sahibinin iradesine bağlı olmaktan çıkarır. Hak sahibinin bu hakkı kullanmasını engelleyen hata, hile ikrah gibi genel hukuka ait sebeplerin bulunması durumunda ihtirazi kayıtsızlık söz konusu olmayacaktır. Hakkın kullanımını engelleyen sebeplerin kalkmasından itibaren o sebebe özgü yasal süre içinde ihtirazi kayıt hakkının kullanılması mümkündür (BK. m. 21, m. 31).

İhtirazi kayıt ileri sürme hakkını sona erdiren sebeplerden birisi de feragattir. Hukuk düzenince açıkça yasaklanmadığı sürece her türlü haktan feragat etmek olanaklıdır. İhtirazi kayıt hakkından feragat, feragatta bulunan kişinin sahip olduğu hakkın sona ermesine yol açar.

sine gerek yoktur.(Y.15.HD'nin,18.10.2001 tarih 2001/3439-4651 sayılı kararı) (Neyin kamu alacağı olduğu AATUHK'nun 1. maddesinde açıklanmıştır.).

²² YHGK'nun 09.02.2005 tarih 2005/3-23-48 sayılı kararı, (Fiili uygulama taraflar arasında zımni anlaşma meydana getirmez. Bu açıdan Y.6. HD'nin 08.3.2004 tarih 2004/1341-1492 sayılı kararı ile varılan sonuç yerinde görülmemiştir.).

²³ YHGK'nun 14.5.2003 tarih 2003/15-268-347 sayılı kararı.

Buna karşılık hak sahibinin ölümü, ihtirazi kayıt hakkını sona erdiren bir sebep değildir.

Uygulamada ortaya çıkan sorunlardan birisi de, kesinleşen davanın dava dilekçesinde fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmaksızın yeni dava dilekçesi ile ek talepte bulunulmasının mümkün olup olmadığıdır. Bu noktada sorunun çözümü, ilk davada fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulmamış olmasının, alacağın bu miktarla sınırlandığı şeklinde kabul edilip edilemeyeceği, buna bağlı olarak da, fazla alacak miktarı bakımından zımni bir feragatte bulunulmuş sayılıp sayılamayacağına ilişkin kuşkunun giderilmesi ile mümkündür. Feragat iradesi ister zımni, isterse açık şekilde ortaya konulmuş olsun, feragat edilmiş bir hak dava yoluyla tekrar talep edilemez.

Çünkü, dava yoluyla bir hak talebinde bulunulabilmesi için, o hakkın maddi hukuk bakımından mevcut olması gerekir. Hiç var olmayan veya başlangıçta var olmakla birlikte zımni de olsa feragat nedeniyle bizzat hak sahibi tarafından ortadan kaldırılan (böylece, borçlu yönünden söndürülen) bir hak için, usul hukukunun kurum ve kuralları kullanılarak talepte bulunulması mümkün değildir. Nitekim, kısmi davada saklı tutulan alacak bölümü için açılan bir ek davada, alacak miktarını gerçekte olduğundan daha az bildiren ve fazlaya ilişkin hakkını da saklı tutmayan alacaklının, bu şekilde, alacağını bu az miktarla sınırladığı, dolayısıyla da, fazla kısım yönünden zımni bir feragatte bulunmuş olduğu kabul edilmelidir. Yine, fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmadığı için sonradan aynı hakka ilişkin açılan davanın kısmi dava olarak nitelendirilmesine olanak bulunmamaktadır.

O nedenle tam dava olarak kabulü gereken bir davadan sonra, alacağın kalan bölümü için ayrı (ek) bir dava açılması durumunda, önceki (tam) davada mahkemenin alacağın tamamı hakkında karar vermiş olması karşısında, kesin hüküm nedeniyle ek davanın reddi gerekir.

Ayrıca ilk davada fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmayan davacı alacaklı, o davada davasını dayandırdığı vakılardan doğan alacağının tümünü dava etmiş ve alacağın dava dışı bıraktığı kesiminden zımnen feragat etmiş sayılır. Dolayısı ile feragate konu kısım ek dava yoluyla talep edilemez. O halde, ilk davada fazla hak bakımından ihtirazi kayıt bildirmemiş olan bir alacaklının (davacının) HUMK'nun 185/2. maddesi çerçevesinde borçlunun (davalının) kabul etmesi dışında, bu alacak

bölümü için ıslah veya ek dava yoluyla talepte bulunamaz. HUMK'nun 87. maddesi de davacıya bu yolda hak vermez.²⁴

8. İspat

İhtirazi kayıt ileri sürme hakkının kaynağını oluşturan BK'nun 113. maddesi genel hüküm niteliğindedir.²⁵ Bu nedenle mahkeme ihtirazi kayıttan kaynaklanan savunma nedeniyle asıl hakkın ifasına ilişkin usulsüzlükleri de inceleyebilecektir.²⁶ Bu bağlamda, usulüne uygun bir ifanın varlığı ile ifayı kabul edenin yetkili olup olmadığının değerlendirilmesi yapılabilecektir.²⁷ İhtirazi kaydın geçerliliği ifanın ve ifayı kabulün geçerliliğine ilişkin genel ilkelere bağlıdır. Örneğin, teminat mektubu verilmesi borcu sona erdiren usulüne uygun bir ifa olmadığı için alacaklının ihtirazi kayıt ileri sürmesine gerek yoktur.²⁸

²⁴ YHGK'nun 05.11.2003 tarih 2003/5-668/634 ve YHGK'nun 08.10.2003 tarih, 2003/9-510/555 sayılı kararı.

²⁵ "...para borçlarına ilişkin genel nitelikteki hukuk kuralı olan B.K.nun 113. maddesi..." (YHGK'nun 09.6.2004 tarih 2004/12-320-345 sayılı kararı).

²⁶ "...Dava, Kasko sigorta poliçesinden kaynaklanan tazminatın geç ödenmesi nedeniyle oluşturduğu iddia edilen faiz alacağına tahsili istemine ilişkindir. BK'nun 113. maddesi hükmü asıl borcun sakıt olmasının fer'ilerinin de kaideten ortadan kalkması sonucunu doğuracağını havi olup, mahkemece bu hükmün, davacının ibranameyi müzayaka halinde imzaladığı, bir başka ifade ile olayda gabinin şartlarının oluşturduğundan bahisle dikkate alınmayıp, dava kabul edilmiş ise de, karar yerinde gabin'in şartları tartışılıp, bu yönde bir değerlendirme yapılmamış olduğundan, eksik inceleme sonucu oluşturulan hüküm, bu yönden de doğru görülmemiştir." (Y.11. HD'nin 04.03.2002 tarih 2001/9471-1767 sayılı kararı), Y.11. HD'nin 08.7.1993 tarih 1992/5590-5054 sayılı kararı.

²⁷ "Alacağın aslının çekincesiz ödenmesinin kabulü Borçlar Yasası'nun 113. maddesi hükmünce faiz isteme hakkını düşürür. Bu karine ödemeyi kabul eden alacaklının bu konuda yasanın varsaydığı iradesine dayanır. Ancak, kamu kurumunun ödemeyi kabul eden organı kurum adına irade açıklamasına yetkili değilse düşme varsayımı uygulanamaz. Ayrıca daire düzeltme nedenleriyle bağlı olduğundan 5434 sayılı yasaya göre Emekli Sandığı'nun iradesini Yönetim Kurulu'nun temsil edip tahsilatların (ihtirazi kayıtsız) çekincesiz para tahsil etmiş olmasını Borçlar Yasası'nun 113. maddesinin var sayılan irade ilkesini uygulamayı gerektirip gerektirmeyeceğinin tahsilatların yetkili avukatla birlikte parayı almış olmasının duruma etkisinin ne olacağına tartışılmasına yer yoktur. (Y.4. HD'nin 22.01.1974 tarih 1973/14141-220 sayılı kararı).

²⁸ "...Borcun hangi hallerde sona ereceği Borçlar Kanunu'nun 113 ve ardından gelen maddelerinde gösterilmiştir. Yargıtay'dan tehirli icra kararı alınabilmesi için icra müdürü tarafından münasip bir mehil verilebilmenin koşulu olarak banka teminat mektubu ibraz edilmesi, borcu sona erdiren bir neden değildir. Başka bir anlatımla İİK'nun 36. maddesi gereğince icra müdürü tarafından mehil verilebilmesi için ibraz edilen teminat mektubu ödeme yerine

Fer'i hak niteliğinde olmayan ve dönemlik borç niteliği taşımayan dolayısı ile asıl borcun bir parçası olan borcun ifası (kısmi ödeme) için ihtirazi kayıt ileri sürülmemesi borcun geri kalan kısmını ortadan kaldırmaz. Bu anlamda asıl borcun bir parçası olduğu için geriye kalan vade farkı alacağı için ihtirazi kayıt ileri sürülmesine gerek yoktur.²⁹ BK'nın 113. maddesi ile tanınan bu hakkın sağladığı alacağın yargılamayı gerektiren bir alacak olması mümkündür. Uyuşmazlığın icra mahkemesinin görevine girdiği durumlarda dar yetkili icra mahkemeleri hakkın varlığını saptama bakımından yargılama yapmaya yetkili olmadığı için icra mahkemelerinde ihtirazi kayıt hakkının tartışması yapılamaz.³⁰

Yukarıda da açıklandığı üzere kural olarak herhangi bir geçerlilik koşuluna bağlı olmayan ihtirazi kayıt hakkının geçerliliğinin ispatı HUMK'nun 288. maddesi vd hükümlerine bağlıdır. Bu hükme göre belli bedelin üzerinde değer ifade eden hukuksal işlemlerden kaynaklanan ihtirazi kaydın senetle ispat edilmesi gerekir.

İspat bakımından alacağın niteliği ve maddi olguların gerçekleşme biçimi önemlidir. BK'nın 88. maddesi açısından bakıldığında sorun alacağın devri (periyodik) bir eda olup olmadığının tespitinde toplanmaktadır. Bu yönün çözümü aynı zamanda davanın çözümüne de etkili olacaktır. Bilindiği gibi, MK'nın 6. maddesi hükmünce, alacaklı kural olarak hakkını dayandırdığı olguların varlığını nasıl ispat ile yükümlü ise, alacaklının ifa isteğine karşı ifada bulunduğunu ileri süren borçlu da, borcun düşmesi sonucunu doğuran bu olayı ispat ile yükümlüdür. Birden fazla borçtan kaynaklanan farklı ifaların mevcut olması halinde alacaklının ihtirazi kayıt beyanının hangi ifaya karşılık geldiğini bildir-

geçmez. Borç, teminat mektubunun paraya çevrildiği anda ödenmiş olur. Mercice, bu yön gözetilmeden, teminat mektubunun paraya çevrildiği tarih yerine icra dosyasına ibraz edildiği tarihe kadar faiz istenebileceğinin kabulü isabetsizdir.” (Y.12. HD'nin 23.03.1992 tarih 1991/9435-3517 sayılı kararı).

²⁹ Y.11. HD'nin 04.03.1999 tarih 1998/9793-1821 sayılı kararı.

³⁰ “...Takip dayanağı ilamda, idari para cezasının kaldırılmasına karar verilmiştir. İlam, eda hükmünü içermemektedir. Alacaklı, 506 sayılı kanun uyarınca kendisinden tahsil edilen para cezasının istirdadını talep etmiştir. Borçlu vekili ise; takip şekline karşı çıkmamış, idari para cezasının alacaklıya 15.12.1995 tarihinde ödendiğini, faiz talep edemeyeceğini bildirmiş, alacaklı da bu ödemeyi kabul etmiştir. Bu durumda, BK'nın 113. maddesine göre faiz alacağının tahsilinin gerekip gerekmeyeceği yargılama sonucu belirlenebilir. Bu nedenle, itirazın kabulüne karar verilmek gerekirken reddi isabetsizdir” (Y.12. HD'nin 23.05.1996 tarih 1996/6513-6988 sayılı kararı) Ayrıca YHGK'nun 09.6.2004 tarih 2004/12-320-345 sayılı kararı.

mesi gerekir. Borçlunun ifasını herhangi bir ihtirazi kayıt koymaksızın kabul etmiş olan alacaklı, sonradan söz konusu ifanın borca uygun surette olmadığını iddia ederse, bu iddiasını ispat yükünü de artık kendi üzerine almış demektir.

Görülüyor ki, borcun ifasını ispat, asıl olarak borçluya ait bir yüküdür. Ne var ki borcunu ifa etmiş olan borçlu, ifayı ispat yolunda bir takım haklarla ve lehine konulmuş bazı karinelerle desteklenmiştir. BK'nın 87-89. maddelerinde buna ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Yasa koyucu borçluya, ifasını ispat olanağını sağlama bakımından az yukarıda anılan maddelerde makbuz ve senedin iadesini isteme hakkını vermiş ve buna bazı karineler bağlamıştır. Bu karineler 88. madde de düzenlenmiştir. Anılan maddedeki düzenlemeye göre, belirli dönemlerde ödenmesi gereken borçlar, faizli borçlar ve senedin borçluya iadesiyle ilgilidir. BK'nın 88. maddesi bir feragat karinesini içermekte olup, 113. maddedeki düzenlemeye paralel emredici bir hüküm niteliğinde değildir.

Bu itibarla alacaklı, bu karinenin aksini makbuz karinesini çürütmeğe elverişli delillerle (belge, yemin vb. gibi bir delille) ispat edebilir. Unutulmamalıdır ki BK 88'deki karine, maddede anılan nitelikteki edimler için söz konusudur. Açıkçası edim, devri (periyodik) olmalıdır. Bu açıdan içinde tekerrür unsuru bulunan bütün edalar periyodiktir. Diğer bir söyleyişle, düzenli aralıklarla ödenen borçlar, aynı borç ilişkisinden doğarak belirli zaman aralıkları ile tekrarlanan edimlerdir. Bu edimlere örnek olarak, hisse senetlerine isabet eden temettüleri, infa senetlerinin ve lisans haklarının sağladığı gelirler, kira, akdi faizler, taksitli satışlarda taksitler, dernek aidatları, gazete ve mecmua abonman ücretleri, bir havagazı ve elektrik şirketine yapılan periyodik edalar, sigorta primleri, nafaka borçları gösterilebilir. Burada alacaklı, normal olarak taksitleri almadan daha sonraki devrelere ait taksitleri (edaları) kabul etmez. Bu nedenle 88. madde, Yargıtay'a göre etraflı bir hesabı gerektiren (bilirkişi incelemesini ya da yargılamayı gerektirmesi denilebilir.) ve özellikle zarar söz konusu olan ilişkilerde uygulanamaz.³¹

"Borçlar Yasası'nın 88. maddesi bu biçimde belli dönemlerde gerçekleşen borçlardaki sonraki dönemlerin ödenmesinde çekince gösterilmemesini alacaklının daha önceki dönemlerde gerçekleşen borç taksitlerinin ödendiği iradesine işaret saymaktadır. Bu hükmün uygulanması için bilimsel eserlerde borcun bir

³¹ YHGK'nun 20.11.1981 tarih,1980/13-1923/757 sayılı kararı.

tek hukuki nedene dayanması ve belli zamanlarda (Periyodik) olması yeterli sayılmaktadır. Yasa genellikle duraksamayı gideren kurallar (Hukuki karineler) koymaktadır. Böyle bir durumda hakim genellikle ancak aksi ispatlanmadıkça bir olayı belli nitelikte bir iradenin deyimi olarak benimseyecektir. Nafaka borcu da bu nitelikteki borçlardandır.”³²

Borçluya karşı, alacaklının ihtirazi kayıt ileri sürmesi yargılama hukuku açısından bir itiraz teşkil eder. İhtirazi kaydın itiraz olarak nitelendirilmesi özellikle yargılama hukuku açısından büyük önem taşır. Alacaklının bu itirazı, ifanın iddia edilen sınırlar içinde gerçekleşmediği veya hiç gerçekleşmediğinin ileri sürülmesi anlamına gelmektedir. Yargıç açılan bir dava içinde bir itiraz sebebinin varlığını öğrendiği takdirde, bunu görevinden ötürü doğrudan göz önüne almakla yükümlü olması nedeniyle ihtirazi kayıt ileri sürülüp sürülmediğini de görevinden ötürü doğrudan gözetir.³³

9. Sonuç

BK'nın 113. maddesi içinde bulunduğu bölümün başlığı altında borcu sona erdiren bir sebep olarak gösterilmiştir. Faiz ve gecikme zammı gibi fer'i borçlar, asıl borca bağlı olarak doğar. Yasanın anılan maddelerinde öngörülen kural uyarınca asıl borcun sona erdiği durumlarda bu borca bağlı fer'i borçların da sona ereceği açıktır. Bu husus kendiliğinden gerçekleşir. Borçlu, asıl borç ya da dönemlik borçlar itibarı ile kısmi ifayı yaparken, borcu sona erdirme iradesi bulunmasa dahi daha sonra alacaklıya atfen ihtirazi kayıtsızlığı ileri sürmesi halinde borcun sona ermesine ilişkin sonuçlar doğmaya başlayacaktır. Anılan hükümlere göre fer'i hakların asıl borca bağlı olarak sona ermemesinin nedeni ise, “ihtirazi kayıt” beyanıdır. İhtirazi kayıt, alacaklının bazı hakları ileride kullanmakta serbest bulunduğu dair irade açıklamasıdır. Bu irade açıklaması ya açık şekilde ya da halin icabından anlaşılır. Bu açıdan kamu alacakları imtiyazlı alacaklardır. İhtirazi kayıtsızlığa rağmen kamu alacağı niteliğini haiz fer'i hakların sona ermemesi kamu alacağının

³² Y.4. HD'nin 07.05.1974 tarih 1973/956-2339 sayılı kararı.

³³ “Birikmiş aylıkların ödendiği tarihte davacının, Borçlar Kanunu'nun 113.maddesine göre ihtirazi kayıt öne sürüp sürmediği araştırılıp incelenmeksizin faiz alacağına hükmolünmüş bulunması isabetsiz olduğu gibi, ..” (Y. 10. HD'nin 15.05.2003 tarih 2003/3410-4247 sayılı kararı).

imtiyazlı (halin icabı) olmasından kaynaklanmaktadır.³⁴

İhtirazi kayıt iradesinin ileri sürülmesi, alacaklının kendisine yasal olarak tanınan bir hakkın kullanılmasından ibarettir. Bu hakkın kullanımı ile borcun fer'ilerini de kapsayan hukuksal bütünlüğünün bozulmasının önlenmesine ilişkin koruma sağlanmaktadır. Bir kez kullanılmakla sonuçlarını doğuracağından artık aynı borç ilişkisinden kaynaklanan her ifade böyle bir iradenin ortaya konulmasına gerek yoktur. Asıl borcun ifasının başlangıcında saklı tutulmasa bile Borçlar Yasası'nın 113. maddesine göre asıl borcun tamamı ödeninceye kadar faiz hakkının saklı tutulduğunun beyan edilmesi veya bu durumun halin icabından anlaşılması halinde her zaman ayrıca faiz istemine ilişkin dava açılabilir. İhtirazi kaydın usul hukuku bakımından itiraz niteliğini haiz olması nedeniyle uyuşmazlık halinde mahkeme asıl edimin ifasından önce fer'i alacaklar (örn. faiz) için ihtirazi kayıt konulup konulmadığını araştırıp sonucuna göre bir karar vermelidir. Örneğin, asıl borcun sona ermesinden önce faiz hakkında açılmış ve devam etmekte olan bir dava ve takibin bulunması, ödemeyi kabul eden kişinin irade bildiriminde bulunmaya yetkili olmaması veya ödemededen önce faiz alacağının temlik edilmiş olması, faiz alacağının bir ilâmla hüküm altına alınmış olması asıl borcun ödenmesi sırasında fer'i alacakları talep hakkının saklı tutulduğu anlamında kabul edilebilir.³⁵

İhtirazi kaydın arkasında hak arama yollarının açık tutulması, en önemlisi de hukuksal güvenliğin sağlanması gerekçesi bulunmaktadır. İhtirazi kayıt yolu, yasanın borçluya ifa yolunda tanıdığı karinelere karşı yine yasanın alacaklıya tanıdığı bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Alacaklının yapılan eksik ifaya karşı ihtirazi kayıt koyma isteminin karşı tarafça kabul edilmemesi yasanın alacaklıya tanıdığı hakkın kullanılmasının engellenmesi anlamına geleceği için bu hakkın kullanılmasının karşı tarafça engellenmesi söz konusu olamaz. Alacaklının ihtirazi kayıt hakkını kullanırken buna gerekçe gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır.

³⁴ YHGK'nun 18.02.2004 tarih, 2004/10-104-94 sayılı kararı.

³⁵ YHGK'nun 08.11.1995 tarih 1995/12-794-944 sayılı kararı.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

TÜRKİYE VE TERÖRİZM

RAPOR

TBB TARAFINDAN OLUŞTURULAN PROJE GRUBU
TARAFINDAN HAZIRLANMIŞTIR - 2006

TÜKETİCİ HUKUKUNDA PAKET TUR SÖZLEŞMELERİ*

Ömer ÖKSÜZ **

GİRİŞ

Ülkemizde son yıllarda hızla gelişen sektörlerin başında turizm gelmektedir. Gerek içinde yaşadığımız coğrafi yapının elverişli oluşu, gerekse sayıları hızla artan turizm işletmeleri dolayısıyla seyahat faaliyetleri küçümsenemeyecek oranlardadır.¹

Seyahat, insanların, tatil zamanlarını geçirdikleri, gezme, dinlenme, eğlenme, yeni yerler keşfetme gibi çok çeşitli ihtiyaçlarını karşıladıkları önemli bir faaliyettir. Böyle amaçlarla başlanan bir gezi programını sorunsuz geçirmek, elbette ki tüm tüketicilerin en doğal haklarıdır.

* Bu çalışma, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans programı tüketici hukuku dersinde seminer ödevi olarak sunulmuş ve Yrd. Doç. Dr. Ebru Ceylan tarafından kabul edilmiştir.

** Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi, İstanbul Barosu'na kayıtlı Stj. Avukat.

¹ İç turizm pazarına yönelik 'Hane Halkı Turizm Araştırması' 1997.

Turizm Bakanlığı Araştırma ve Değerlendirme Dairesi, 1983, 1992, 1997 yıllarında hane halkı fertlerinin yurtiçi ve yurtdışı seyahat davranışlarını ortaya koymak üzere hem yurt içi hem de yurtdışına yönelik turizm hareketlerini gösteren araştırmalar yapmıştır. 1997 yılındaki araştırma yapıldığı zaman yıl Türkiye nüfusu 62,6 milyon idi. Anket, 18 218 hanede 21 il ve 100 ilçede ülkeyi temsil edecek biçimde yapılmıştır. Araştırma kapsamındaki 40 milyon 291 bin 270 hane ferдинin 15 milyon 973 bini yani yüzde 39,6'sı en az 1 gece süren seyahatlere çıktıklarını beyan ettiler. 1997 yılı anketi hane halkı fertlerinin yaptığı seyahat harcamalarının 5,4 milyar dolara ulaştığını ortaya koydu. Bu araştırmaya göre 4,7 milyar dolar yurtiçi seyahatlere ve 677 milyon dolar da yurtdışı seyahatlere harcanmıştır. Kişi başı ortalama harcama yurtiçi seyahatlerde 111 ABD doları ve yurtdışı seyahatlere de 790,3 ABD doları olarak gerçekleşmiştir. Bu araştırma için bkz., <http://www.trsab.org.tr>

Her ne kadar turizm ile ilgili bazı yasal düzenlemeler² uzun yıllardır mevzuatımızda yer alsada, günümüz koşullarında yetersiz kalmıştır. Nihayet 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a³ 4822 sayılı Kanun'la 06.03.2003 tarihinde "Paket Tur" başlıklı madde, 6/C olarak eklenmiştir.

Aslında 1996 tarihli Seyahat Acentaları Yönetmeliği⁴ m. 4/a seyahat acentalarının hizmetleri arasında "Tur Düzenlemek" faaliyetini şöyle tanımlamıştır: "Bir programa bağlı ya da programsız, yurtiçinden yurtdışına, yurtdışından yurtiçine veya yurtiçinde gerçekleşen, geceleme veya geceleme olarak gezi, spor, eğlence, dini, sağlık, eğitim, kültürel, bilimsel ve mesleki inceleme, teşvik veya destek amaçlı seyahat ve bunun içinde yer alan hizmetleri organize etmek, pazarlamak, gerçekleştirmek." Bu düzenlemeyle de doğrudan doğruya olmasa bile, dolaylı biçimde seyahat acentalarının faaliyetleri çerçevesinde, seyahat sözleşmesi Türk hukukuna girmiştir.⁵

Bu çalışmada "paket tur" diye tabir edilen sözleşme ile ilgili olarak yasa da yer alan tanımlar, kavramlar ve bunlara bağlı sorunlar, tüketicinin hak ve borçları, sözleşmeden sorumlu olanlar ele alınacaktır.

I. PAKET TUR SÖZLEŞMESİYLE İLGİLİ TERİNOLOJİ

4077 sayılı TKHK m. 6-C "paket tur" başlığını taşımaktadır. Ancak doktrinde ve uygulamada seyahat sözleşmesi, gezi sözleşmesi, gezi düzenleme sözleşmesi, tur gibi kavramlar kullanılmaktadır.

Seyahat sözleşmelerinde tüketicilerin karşılaştıkları sorunlar karşısında atılan somut adımlar, uluslararası düzeyde 1970 tarihli Brüksel Anlaşması⁶ ile sonuçlanmıştır. İşte bu anlaşmada "Seyahat Sözleşmesi" teriminin, acentaların hem seyahat organize etme hem de organize edil-

² 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu (RG, S 14320, T 28.09.1972).

Seyahat Acentaları Yönetmeliği (RG, S. 22747 T. 04.09.1996).

³ RG, 08.03.1995 S. 22221.

⁴ RG, 04.09.1996 S. 22747.

⁵ Havutçu Ayşe, "Seyahat Sözleşmesi ve Ayıplı İfa Halinde Tüketicinin Hakları," *Manisa Barosu Dergisi*, Temmuz- Ekim 1997, Y. 16, s. 30.

⁶ Brüksel Anlaşması'yla ilgili bilgi için bkz., Tonner, Klaus, *Der Reisevertrag, Kommentar zu 651a-k bgb* Neuwied 1979, s. 52; aynı yazar, *Reiserecht im Europa*, s. 4, s. 45 (Havutçu, dipnot 6).

miş seyahatlerin pazarlanmasına aracılık etme faaliyetlerini kapsamak üzere kullanılmış olması, terminoloji konusunda tereddütler yaratmıştır⁷. Doktrinde, gezi düzenleme (Reiseveranstaltungsvertrag, le conrat de voyage) ile gezi aracılığı sözleşmesi (Reisevermittlungsvertrag, le conrat d'intermediare de voyage) birbirinden farklı sözleşmeler olarak görülmektedir⁸.

Bu çalışmada, kanundaki düzenlemeye uygun olarak “*Paket Tur Sözleşmesi*” terminolojisi kullanılacak ve kapsamı belirtilerek, terminolojide kullanılan diğer terimler ile karşılaştırılması yapılacaktır.

II. TÜKETİCİLERİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA PAKET TUR SÖZLEŞMESİ DÜZENLEMESİ

Madde: 6-C

“Paket tur sözleşmeleri; ulaştırma, konaklama ve bunlara yardımcı sayılmayan diğer turistik hizmetlerin en az ikisinin birlikte, her şeyin dahil olduğu fiyatla satılan veya satış taahhüdü yapılan ve hizmeti yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsayan veya gecelik konaklamayı içeren ve bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunlu, önceden düzenlenmiş yazılı sözleşmelerdir.”

Paket tur sözleşmelerine ilişkin usul ve esasları Bakanlık belirler.”

İlgili yasal metnin 2. bendinde Bakanlığa⁹ usul ve esasları belirleme yetkisi verilmiştir. Sözleşme özgürlüğü ile ilgili olan böyle bir düzenlemenin yasayla yapılması gerekirken Bakanlığa verilen yetki yerinde değildir.¹⁰

Nitekim Bakanlık, bu konu ile ilgili olarak TKHK m. 6-C/II'den aldığı yetkiye binaen Paket Tur Sözleşmeleri Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik¹¹(bundan sonra Paket Tur Yönetmeliği olarak adlandırılacaktır) ile bir düzenleme yapmıştır.

⁷ Havutçu, s. 31.

⁸ Zevkliler Aydın/Aydoğdu Murat, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 198.

⁹ 4077 sayılı TKHK m. 3-a ve Paket Tur Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.

4-b'de Bakanlık, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı olarak ifade edilmiştir.

¹⁰ Zevkliler/Aydoğdu, s. 196.

¹¹ RG, 13.06.2003, S. 25137.

A. PAKET TUR SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Paket tur sözleşmeleri atipik sözleşmelerden karma sözleşme niteliğindedir.

Karma sözleşmeler, kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların, kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesiyle meydana gelirler.¹² Paket tur sözleşmelerine baktığımızda;

- taşıma sözleşmesi (ulaştırma hizmeti),
- kira sözleşmesi (konaklama hizmeti),
- satış sözleşmesi (bedel ödeme),

gibi kanunda tüm unsurları ile belirtilmiş, yani tipik sözleşmelerin bir kombinasyonu görülür.¹³

Taraflardan birinin çeşitli tiplere özgü birden fazla edimde bulunma, diğerinin ise tek bir edimi yerine getirme, çoğunlukla bir miktar para ödeme borcu altına girdiği sözleşmelere “*kombine sözleşmeler*” denir.¹⁴

Paket tur sözleşmeleri de, tüketicinin para ödeme borcu, diğer tarafında taşıma, kira gibi tipik sözleşmelerin ifası borcu altına girdiği bir sözleşme olduğundan, karma sözleşmelerden kombine sözleşmelerdir.

B. PAKET TUR SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

Paket tur sözleşmesinin tarafları, tüketici ve turu düzenleyen seyahat acentasıdır.

Paket Tur Yönetmeliği m. 2, “*Bu yönetmelik, paket tur, paket tatil veya paket seyahatler gibi isimler adı altında, ulaştırma, konaklama ve bunlara yardımcı sayılmayan diğer turistik hizmetlerin en az ikisinin birlikte, her şeyin dahil olduğu fiyatla satılan veya satış taahhüdü yapılan ve hizmeti 24 saatten uzun bir süreyi kapsayan veya gecelik konaklamayı içeren sözleşmelere*

¹² Yavuz Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri* (Özel Hükümler), 2. Baskı, Beta, İstanbul 2001, s. 10.

¹³ Zevkliler/Aydoğdu, s. 201.

¹⁴ Yavuz, s. 10.

uygulanır” diyerek yasal düzenlemenin kapsamını çizmektedir. Yine aynı yönetmelik m. 4-c de “*Kar amacıyla turistlere ulaştırma, konaklama, gezi, spor ve eğlence imkanları sağlayan, onlara turizmle ilgili bilgiler veren, bu konuya ilişkin tüm hizmetleri gören ticari kuruluşlara seyahat acentası denir*” şeklindeki ifade dolayısıyla, sözleşmenin bir tarafında seyahat acentası yer almaktadır.

1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu m. 1’de yapılan “*seyahat acentası*” tanımı¹⁵ ile Paket Tur Yönetmeliği’nde yapılan tanım birbiriyle örtüşmektedir. Tanımlardaki “*kar sağlama*” unsuru ayırt edici özellik taşır. Kazanç elde etme amacı olmaksızın böyle bir tur veya gezi düzenleyen kişi yasa (TKHK) anlamında satıcı ya da sağlayıcı olmadığından, bu gezinin TKHK kapsamına giren bir Paket Tur Sözleşmesi olduğu söylenemeyecektir. Örneğin, bir derneğin kendi üyelerine veya bir okulun öğrencilerine gezi düzenlemesinde durum böyledir. Ancak dernek kendi üyeleri veya okul kendi öğrencileri için paket tur düzenleyen kişiyle sözleşme yapıyorsa, ortada Paket Tur Sözleşmesi vardır.¹⁶

Paket Tur Sözleşmesi’nin diğer tarafında, hizmeti satın alan tüketici yer almaktadır. Tüketici ise, TKHK m. 4/e ve Paket Tur Yönetmeliği m. 4/d’de “*Bir mal veya hizmeti, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlarda ise “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla*” denilmesi üzerinde durmak gerekir. Kanunun lafzından çıkan sonuca göre, ticari veya mesleki amaçlarla tura katılan kişi TKHK kapsamında tüketici sayılmayacaktır. Örneğin, ticari bir kuruluşun, ticari amaçlarla kongre veya seminer düzenlemesi için paket tur sipariş etmesi ve bu tura katılmasında durum böyledir.¹⁷

Oysa Avrupa Birliği Direktifi’nde,¹⁸ tüketici daha geniş tanımlanmakta ve seyahate katılan ne amaçla katılırsa katılsın tüketici sayılmaktadır. Yine ulusal mevzuatımızda yer alan 1996 tarihli Seyahat Acentaları

¹⁵ Seyahat acentaları kar amacıyla turistlere ulaştırma, konaklama, gezi, spor ve eğlence sağlayan, onlara turizmle ilgili bilgiler veren, bu konuya ilişkin tüm hizmetleri gören ve turizm ekonomisine ve genellikle ödemeler dengesine katkıda bulunan ticari kuruluşlardır.

¹⁶ Zevkliler/Aydoğdu, s. 199-200.

¹⁷ Zevkliler/Aydoğdu, s. 200.

¹⁸ Bundan sonra direktif diye anılacaktır.

Yönetmeliği'nde "tüketici; seyahat acentası hizmetini veya ürününü bizzat faydalanmak üzere satın alan kişiyi" ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla seyahate katılan kişinin amacı (ticari veya mesleki) önem arz etmemektedir.

Gerek Direktif'te gerekse 1996 tarihli Paket Tur Yönetmeliği'nde tüketiciyi böyle dar kapsamda tutan bir uygulama olmamasına rağmen, TKHK daki düzenleme *kanımca* isabetsiz bir düzenlemedir.

C. PAKET TUR SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN SORUMLULUĞU

Paket Tur Yönetmeliği m. 9 uyarınca turu düzenleyen acenta, tüketiciye karşı sorumludur. Dolayısıyla tüketici, acentanın yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemesinden dolayı TKHK'a dayanarak paket turu düzenleyen acentaya başvurabilir.

Paket turu düzenleyen acenta, tüketiciye olan yükümlülüklerini yerine getirebilmek için otel sahibi, taşıyıcı gibi kişilerle sözleşme yapmak durumundadır. Bu kişiler BK m. 100 anlamında ifa yardımcılarıdır. Tüketici, bu ifa yardımcılarına ancak haksız fiillerinden dolayı başvurabilecektir.

Uygulamada karşımıza sıkça çıkan bir konuya da değinmek gerekir. Bazen bir acentanın düzenlediği bir paket tur, başka bir acenta tarafından tüketiciye pazarlanmaktadır. Pazarlama işini yapan acentaya "aracı acenta" denilmektedir. TKHK'da ve Paket Tur Yönetmeliği'nde aracı acenta ile ilgili bir tanım ya da düzenleme yoktur. Ancak Avrupa Birliğinin Turistik Geziler (paket turlar) Hakkındaki Yönergesi'nde "aracı firma, organizatör tarafından bütünleştirilmiş paket turların satışını yapan veya bunu sunan kişiyi ifade eder" denildikten sonra sözleşme şu şekilde tanımlanmıştır:

"Tüketiciyi ve organizatör ve/veya aracı firmayı bağlayan anlaşmayı (Gezi Sözleşmesini) ifade eder." 1996 tarihli Seyahat Acentaları Yönetmeliği'nin sorumluluk başlıklı 33. maddesi ise aynen şöyledir: "Seyahat acentaları bizzat düzenledikleri faaliyet ve başka seyahat acentasının düzenlediği faaliyete ilişkin pazarlama hizmetlerinde tüketicilere karşı faaliyetin içerdiği tüm hizmetlerden sorumludur."

Yukarıda izah edilen düzenlemelerde aracı acenta, hem tanımlanmış hem de tüketiciye karşı sorumlu tutulmuştur. Doktrinde ise aracı acentayı sorumlu tutan yasal düzenlemeler eleştirilmektedir¹⁹. Bu görüş aracı acentayı sorumlu tutan yasal düzenlemeleri BK ve TTK hükümlerine aykırı bulmaktadır.

Hal böyle iken 2003 tarihinde mevzuatımıza giren Paket Tur sözleşmeleri ile ilgili TKHK m. 6-C de ve Paket Tur Yönetmeliği'nde aracı acentanın tanımlanmaması ve sorumlu olup olmayacağı hususunun incelenmemesi *kanımca*, isabetsiz olmuştur. Bu noktalar yasal mevzuatımıza eklenirse bu konuda Avrupa Birliği Yönergesi ile de uyum sağlanmış olacaktır.

Yasamızdaki bu eksikliği belirttikten sonra mevcut düzenlemeye rağmen durumu değerlendirmek gerekir. Doktrinde TKHK kapsamında yalnız paket turu düzenleyen acentanın sorumlu olacağı, aracı acentanın ise yalnız vekalet hükümleri (BK 390) çerçevesinde sorumlu olacağı savunulmaktadır.²⁰

Kanımca, aracı acentanın sorumluluğu açısından Paket Tur Yönetmeliği m. 4-c deki tanımın incelenmesi gerekir. Yönetmelik m. 4-c aynen şöyledir: "*Seyahat acentası, kar amacıyla turistlere ulaştırma, konaklama, gezi, spor ve eğlence imkanları sağlayan, onlara turizmle ilgili bilgiler veren, bu konuya ilişkin tüm hizmetleri gören ticari kuruluşları ifade eder.*"

Dolayısıyla aracı acenta da, kar amacıyla yaptığı pazarlama hizmeti tanımdaki -tüm hizmetler- kapsamında değerlendirilmeli ve aracı acentanın TKHK kapsamında sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Bu, hem kanunun lafzından çıkan bir sonuçtur hem de Direktife uygun ve tüketici yararına olan bir çözümdür.

D. PAKET TUR SÖZLEŞMESİ'NİN UNSURLARI

Paket Tur Sözleşmesi'nin unsurlarını yasadan yararlanarak şu şekilde sıralayabiliriz:²¹

¹⁹ Havutçu, s. 41.

²⁰ Zevkliler/Aydoğdu, s. 198.

²¹ Zevkliler/Aydoğdu, s. 204.

- Paket tura dahil belli sayıda hizmet edimlerinin varlığı (*edimlerin bütünlüğü unsuru*),
- Paket tura dahil hizmetlerin karşılığının götürü (toplam) olarak kararlaştırılması (*ücret unsuru*),
- Paket tura dahil hizmetlerin bir günden uzun bir süreyi veya en azından gecelik konaklamayı içermesi (*süre unsuru*),

1. Edimlerin Bütünlüğü Unsuru

Edimlerin bütünlüğü unsuru, birbirinden bağımsız nitelikteki en az iki edimin mevcut olmasını ve bunların birbiriyle ilişkilendirilmesini zorunlu kılar.²²

Kanundaki tanıma bakıldığında, sanki paket tur sözleşmelerinden bahsedebilmek için;

- Ulaştırma,
- Konaklama,

ve bunlara ilaveten,

- Ulaştırma ve konaklamaya yardımcı sayılmayan turistik hizmetlerin en az ikisinin birlikte olması gerektiği gibi bir kanı uyanmaktadır.

Fakat burada düzeltici bir yorum yaparak mevzuatımızı yabancı hukuklardaki bu düzenlemelere uygun yorumlamak gerekir. Şu halde düzeltici yorumla, taşıma (taşıma) veya konaklamanın mutlaka paket tur içinde olması gerektiği gibi bunlara yardımcı sayılmayan diğer turistik hizmetlerinden en az birisinin yani toplam iki edimin paket tur hizmeti içinde olması gerekir.²³

Yasada böyle en az iki hizmet ediminin aranmasının altında paket tur sözleşmelerini bireysel seyahat sözleşmelerinden ayırmak amacı yatmaktadır. Örneğin bir kişi tatile çıktığında ve otelde konaklamak için bir sözleşme yaptığında ya da kendi arabasıyla gezmeye çıktığında paket tur sözleşmesinden bahsedilmeyecektir.

²² Havutçular, s. 31.

²³ Zevkliler/Aydoğdu, s. 205.

Yine üzerinde durulması gereken diğer bir hususta şudur: Yasaya göre, sözleşmede bulunması gereken ikinci hizmetin ulaştırma veya konaklama hizmetine yardımcı sayılmayan bir turistik hizmet olması gereğidir.

Örneğin tren ile yapılan bir ulaştırma hizmetinde tüketicinin trenin yataklı vagonundan yararlandırılması, ulaştırma hizmetine yardımcı bir hizmet olduğundan asli bir edim olarak değerlendirilmeyecektir.

2. Götürü Ücret Unsuru

Yasada, her ne kadar paket tura dahil hizmetlerin karşılığının götürü olarak kararlaştırılması zorunlu bir unsur gibi gösterilmiş ise de yabancı hukuk düzenlemelerinde olduğu gibi götürü ücret unsuru zorunlu bir unsur olmayıp genelde rastlanılan bir durumdur. Nitekim direktifte ve İsviçre’deki Paket Turlar Hakkındaki Kanun’da, paket tura dahil hizmet edimlerinin ayrı ayrı ücretlendirilmesinde de paket tur sözleşmesinin olduğu, açıkça vurgulanmıştır.²⁴

3. Süre Unsuru

Yasada açıkça belirtildiği gibi paket turlara dahil hizmetlerin yirmi dört saatten uzun süreyi kapsaması veya en az bir gecelik konaklamayı içermesi gerekmektedir. Dolayısıyla paket tura dahil hizmetlerden en az bir tanesi konaklamaya ilişkin olmalıdır. Konaklamaya ilişkin hizmetin yer almadığı bir turizm faaliyetine paket tur diyebilmek için ise, en az yirmi dört saat sürmesi gerekir.

Dolayısıyla bu süre unsurlarına uygun olmayan bir tur, örneğin günübirlik turlar TKHK anlamında paket tur sayılmayacaktır.

E. PAKET TUR SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Paket Tur sözleşmeleri, TKHK m. 6-C de açıkça belirtildiği üzere yazılı yapılmak zorundadır. Aynı husus Paket Tur Yönetmeliği’nde de

²⁴ Zevkliler/Aydoğdu, s. 206.

tekrar edilmiştir. Paket tur yapılacağına dair bir ön sözleşme yapılacak ise bu da yazılı yapılmalıdır.²⁵

Yine yasada belirtilen diğer bir nokta da yazılı olarak yapılan bu sözleşmelerin bir nüshasının²⁶ tüketiciye verilmesi zorunluluğudur. Nüsha fotokopi değildir.²⁷ Dolayısıyla kanundan çıkan sonuç, yazılı olarak hazırlanan Paket Tur sözleşmelerinin iki adet hazırlanması ve taraflarca imza edilerek, imzalı bir tanesinin de tüketiciye verilmesi gereğidir.

Paket Tur Yönetmeliği m. 5 sözleşmede yer alması gereken hususları düzenlemektedir. Buna göre sözleşmede:

- Sözleşme taraflarının, isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri,
- Hareket, dönüş tarihi ve saatleri ile kesintiler dahil paket turun süresi,
- Paket tur sırasındaki duraklama yerleri, nakil bağlantıları dahil turun güzergahı, ulaşım araçlarının cinsi, konaklama yeri ve sınıfı, bunların süreleri, yemek öğün sayısı, varsa rehber ve ücreti ile paket tura dahil diğer hizmetlere ilişkin bilgiler,
- Paket tur öncesi ve paket tur sırasındaki fesih koşulları,
- Seyahat acentasının kusuru veya sözleşmeye kısmen ya da tamamen uymaması hallerinde ödeyeceği tazminat ile ödenmiş olan paranın iadesine ilişkin bir taahhüt,
- Mücbir sebep sayılan haller ve bu durumda tarafların hak ve sorumlulukları,
- Paket turun Türk Lirası olarak vergiler dahil fiyatı ve ödeme şekli,
- Vadeye göre faiz ile birlikte ödenecek Türk Lirası olarak toplam satış fiyatı,

²⁵ Zevkliler/Aydoğdu, s. 207.

²⁶ Nüsha: Birbirinin tıpkısı olan yazılı şeylerin her biri, bkz., www.tdk.gov.tr/tdksozluk.

²⁷ Bkz., dipnot 25.

- Faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirtilen faiz oranının % 30 fazlasını geçmemek üzere gecikme faiz oranı,
 - Peşinat tutarı,
 - Ödeme planı,
 - Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları,
- yer alır.

Paket Tur Yönetmeliği m. 12'ye göre “*Seyahat acentası, paket tur hakkında bilgi isteyen tüketiciye tanıtım amaçlı bir broşür vermek zorundadır. Broşürün içerdiği hususlar, seyahat acentası için bağlayıcıdır. Söz konusu özelliklerde yapılacak değişiklikler ancak broşürde açıkça belirtilmek ve sözleşme akdedilmeden önce, tüketiciye bildirilmek şartıyla, sözleşme akdedildikten sonra ise tarafların açık mutabakatı ile değiştirilebilir*”.

Bu broşürde;

- Vergiler dahil fiyat ve ödeme koşulları,
 - Gidilecek yer ve ulaşım biçimi,
 - Kalınacak yerin özellikleri,
 - Yemek ve gezi planı,
 - Paket tur programı,
 - Uluslararası seyahatlerde pasaport ve vize koşulları,
 - Seyahat acentasının, paket tura katılacak tüketici sayısının yeterli olmadığı durumda Paket turun iptalini tüketiciye bildireceği en son tarih,
- gösterilir.

Bu broşürdeki bilgilere²⁸ ek olarak seyahat acentası, tüketiciye sözleşme akdedilmeden önce yazılı olarak aşağıdaki hususları içeren konularda bilgi verir:

- Seyahat acentasının yerel temsilcisinin adı, adresi ve telefon numarası ile bunların bulunmaması halinde tüketicinin zor durumda kaldığında başvurabileceği yerel irtibat noktasının adı, adresi ve telefon numarası,

²⁸ 1618 sayılı yasa m. 19 acentaya, gerçeğe aykırı ve yanıltıcı tanıtma ve reklam yasağı getirmekle beraber, reklam ve tanıtma belgelerinden birer nüshayı, dağıtımlarından 15 gün önce Turizm ve Tanıtma Bakanlığı'na gönderme ödevi yüklemiştir. Bu da tüketicilerin yanıltılmasını ve aldatılmasını önleyici bir tedbir olarak önemlidir.

- Varsa ara durakların zamanı, yeri ve ulaştırma bağlantıları ile yolcu tarafından kullanılacak ulaşım aracının özellikleri,
- Reşit olmayan kişilerin yurt dışına yolculuğu veya yurt dışında kalmaları halinde, tüketici veya tüketicinin kaldığı yerle doğrudan teması sağlayacak bilgiler,
- Tüketici tarafından iptal masraflarını ya da kaza veya hastalık halinde ülkesine geri gönderilme de dahil olmak üzere yardım masraflarını teminat altına alacak isteğe bağlı bir sigorta sözleşmesi yapılmasıyla ilgili bilgiler.

Broşürde bu bilgilerin eksik olması, seyahat acentasının bilgi verme borcunu gereği gibi yerine getirmemiş olması nedeniyle sorumluluğunu doğurur.²⁹ Burada şunu da belirtelim ki, broşürde yer alan reklamlara uygun hizmet vermeme de, ayıplı hizmet olarak kabul edilir.

Kanımca burada eleştirilmesi gereken şudur: Öncelikle bu broşürün verilmesi zorunluluğu ancak tüketicinin talebi halinde vardır. Dolayısıyla tüketici talep etmez ise böyle bir broşür verilmeyecektir. Ancak tanıtım broşürü ile ilgili, Yönetmeliğin 12. maddesinde broşürde gösterilecek bilgiler arasında;

"f. Uluslararası seyahatlerde pasaport ve vize koşulları,

g. Seyahat acentasının, paket tura katılacak tüketici sayısının yeterli olmadığı durumda paket turun iptalini tüketiciye bildireceği en son tarih, gösterilmektedir."

Paket tur sözleşmesinde yer alması gereken bu hususların sadece tüketicinin talebi ile verilecek broşürde yer alması tüketiciyi korumak anlamında isabetsiz olmuştur.

Ayrıca Yönetmelik m. 12'nin başlığı "*Tanıtım Broşürü*" dür. Dolayısıyla broşürün işlevi, başlığın lafzına göre, turu tanıtmak adına bilgiler vermesidir. Yukarıda anılan "*f*" ve "*g*" maddeleri broşürün işlevine de uygun değildir.

Ancak, bu maddelerin sözleşmede de yer alması halinde, her ne kadar turun tanıtımı ile ilgili olmasa da, broşürde de yer alması tüketici-

²⁹ Aslan, İ. Yılmaz, *Tüketici Hukuku*, 2. Baskı, Ekim 2004, s. 538.

ciyi koruyucu olabilir. Çünkü, tüketiciler genellikle sözleşmeden önce verilen bu tür broşürlerdeki bilgilere göre tura katılmaktadırlar.

Yukarıda, aracı acentanın sadece vekalet hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulması gerektiği yönündeki görüşlere değindik. Ancak görüldüğü üzere tanıtım amaçlı verilen bu tip broşürler son derece önemli bilgiler içermekte ve ayrıca çoğu zaman da tüketiciyi etkilemektedir. Dolayısıyla, bir seyahat acentasının düzenlediği paket turu satan veya sunan aracı acenta paket turdaki hizmetler dolayısıyla sorumlu tutulmalıdır ki, müşteriye bilgi verirken daha özenli davranınsın.

F. PAKET TUR SÖZLEŞMESİ'NDE TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki; taraflar, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde Yasaya ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla çeşitli haklar ve borçlar belirleyebilirler.³⁰ Genellikle bu tip sözleşmeler önceden hazırlanmış matbu sözleşmeler olduğundan, TKHK m. 6' da ki düzenleme dolayısıyla haksız şartlar tüketiciyi bağlamayacaktır.

Ancak, burada genel anlamda sözleşmeye tipik özelliklerini veren hak ve borçlara değinmek gerekir.

1. Tüketicinin Hak ve Borçları

Tüketicinin hakları genellikle şunlardır:

- Paket tura dahil hizmetlerden yararlanma hakkı,
- Bilgi alma hakkı (tanıtıcı broşür isteme hakkı vb.),³¹

Tüketicinin borçları genellikle şunlardır:

- Kararlaştırılan ücreti ödeme borcu,
- Sözleşmede kararlaştırılan veya dürüstlük kuralları gereği ek (vize, pasaport...) giderleri ödeme borcu,
- İşbirliği yapma ve özenli davranma borcu,

³⁰ Nitekim Y. 13. HD 18.11.2002, E. 8734, K. 12293' de öncelikle sözleşme hükümlerinin dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir (bkz., Kazancı İçtihat Bankası).

³¹ Zevkliler/Aydoğdu, s. 210.

- Açıklama ve bilgi verme borcu.³²

2. Paket Tur Düzenleyenin Hak ve Borçları

Paket tur düzenleyenin hakları genellikle şunlardır:

• Paket tur düzenleyenin en önemli hakkı ücret isteme hakkıdır. Ayrıca yukarıda sayılan tüketicinin borçları da doğal olarak paket turu düzenleyenin haklarıdır.³³

Paket tur düzenleyenin borçları genellikle şunlardır:

- Seyahat edimini gereği gibi yerine getirme borcu,
- Aydınlatma borcu (Paket turu düzenleyen, tüketicuyu seyahat ile ilgili hususlarda aydınlatmakla yükümlüdür. Örneğin, pasaport, vize sağlık gibi konularda),
- Sır saklamak borcu (1618 sayılı kanun gereği acenta, müşterilerinin isim ve adresleriyle, geziyle ilgili kişisel hususları saklamakla yükümlüdür),
- Teminat gösterme borcu.³⁴

G. FİYAT DEĞİŞİKLİKLERİ

Paket Tur Yönetmeliği'nin 6. maddesine göre:

“Sözleşmede öngörülen fiyat ve koşullar ancak, liman ve havaalanına iniş vergileri gibi harç, vergi ve ücretler ile döviz kurlarından kaynaklanan fiyat değişiklikleri halinde değiştirilebilir. Bundan başka kural olarak fiyat değiştirilemez.”

³² Zevkliler/ Aydoğdu, s. 210.

³³ Havutçu, s. 36.

³⁴ 1618 sayılı Seyahat Acentaları Birliği Kanunu m. 12 gereği, “Seyahat acentaları ve şubeleri, müşterileri ile biletlerini satacakları ulaştırma müesseselerine sunacakları hizmetler ve tüm seyahat acentalığı işlemlerinden doğacak yükümlülüklerine karşılık teşkil etmek üzere bir kuruluş teminatı vermek zorundadır.” Ayrıca Seyahat Acentaları Yönetmeliği m. 43 gereği A grubu ve geçici A grubu acentalarının yurtdışına düzenleyecekleri turlarda doğabilecek tüketici haklarına karşılık olmak üzere, tur masraflarının % 25’i tutarında bir teminat Turizm Bakanlığı’na verilir. Verilen bu teminat turun bitiş tarihinden itibaren iki ay süreyle Bakanlık’ta tutulur. Bakanlık elinde tuttuğu teminatlarla, acentanın sunduğu hizmetin ayıplı olması halinde, tüketicinin talebini karşılar.

Yukarıda sayılan haller dolayısıyla yapılan fiyat değişikliklerinde ise tüketicinin herhangi bir tazminat ödemedi, bazı seçimlik hakları vardır. Bunlar:

1. Tüketici, değişiklikleri ve fiyat üzerindeki etkisini açıkça belirten ek sözleşmeyi kabul eder.

2. Tüketici, sözleşmeden döner, fakat, seyahat acentasının kendisine ikame bir paket tur sunabilmesi halinde eşdeğerde bir paket tur alma hakkı vardır.

3. Tüketici, sözleşmeden döner ve sözleşme kapsamında ödemiş olduğu tüm bedeli 10 gün içinde (Kanımca, bu süreyi acentaya, tüketiciden aldığı bedeli ödemesi için düzenleyici bir süre olarak kabul etmek gerekir. Yoksa tüketici açısından hak düşürücü bir süre olarak yorumlamak kanunun amacına ters düşecektir) geri alır

Kanımca, fiyat değişikliğini düzenleyen ilgili maddede bazı eksiklikler vardır. Örneğin paket tura katılmak için tüm hazırlıklarını yapan, gerekli zaman dilimini ayarlayan bir tüketicinin, paket tura çok az bir süre kala fiyatların anılan nedenlerden biri ile değiştiğinin bildirilmesi halinde, ödediği bedeli geri alarak sözleşmeden dönmeye pek mümkün gözükmemektedir. Her şeye rağmen, tüketici, fiyat değişikliğini bir anlamda kabul etmek zorunda kalacaktır. Bu anlamda, fiyat değişikliklerinin bildirilmesi için paket tura çıkmadan önce belirli bir zaman diliminin ortaya koyulması gerekmektedir. Nitekim direktife göre de ancak bu konuda paket tura katılmadan yirmi gün öncesine kadar fiyat değişiklikleri tüketiciye yansıtılabilir.

H. PAKET TUR SÖZLEŞMESİ'NİN DEVRİ

Paket Tur Yönetmeliği'nin 7. maddesine göre:

"Tüketici, paket tura devam etmesinin mümkün olmaması durumunda, hareketten en az 7 gün önce seyahat acentasına niyetini bildirerek rezarvasyonunu, paket tur açısından geçerli tüm koşulları yerine getiren bir üçüncü kişiye devredebilir. Bu durumda, paket turu devreden ve devralan, sözleşmeye taraf seyahat acentasına karşı, bakiye tutarın ve söz konusu devirden doğan tüm ilave masrafların ödenmesinden müteselsilen sorumludurlar."

Paket turu düzenleyen açısından tura katılacak kişinin kim olduğu önem arz etmediği için sözleşmenin devri, yani tüketicinin değişmesinin mümkün olması sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir.

Burada hem sözleşmeyi devreden hem de devralan tüketici, paket turu düzenleyene karşı;

- Sözleşmenin kalan tüm bedeli üzerinden,
- Söz konusu devir dolayısıyla doğabilecek masraflar dolayısıyla,

müteselsilen sorumludurlar.

I. SEYAHAT DÜZENLEYENİN EDİMLERİNİ YERİNE GETİRMEMESİ VE SORUMLULUK

Paket Tur sözleşmelerinde tüketici açısından en büyük problem paket turu düzenleyenin sözleşmede kararlaştırılan edimlerini yerine getirmemesidir. Bu konu ile ilgili yasal düzenleme Yönetmelik m. 9' dadır. Bu hükme göre:

“Sözleşmeye taraf seyahat acentası sözleşmeden doğan yükümlülüklerin gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı sorumludur. Ancak sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi tüketicinin kusuruna veya mücbir bir sebebe dayanıyorsa, seyahat acentası sorumlu tutulamaz.

Paket tur sırasında, seyahat acentasının sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturan hizmetlerden bir veya birkaçını sağlamaması ya da sağlayamayacağına anlaşılması durumunda; seyahat acentası, paket turun devam etmesi için tüketiciye ilave maliyet getirmeyen eşdeğerde alternatif düzenlemeler yapar ve sözleşmede yer alan hizmetler ile sunulan hizmetler arasındaki farkı tazmin eder.

Söz konusu düzenlemeleri yapmak mümkün değilse, ya da bunlar haklı nedenlerle tüketici tarafından kabul edilemez ise; seyahat acentası tüketicinin hareket yerine veya kabul edeceği herhangi bir dönüş noktasına geri dönmesi için eşdeğerde ulaşım imkanını sağlar. Tüketicinin yaptığı tüm ödemeleri 10 gün içinde iade eder ve gerekli hallerde tüketicinin zararını tazmin eder.”

Düzenlemeye göre;

• Seyahat acentasının kısmen veya tamamen sağlayamadığı ya da sağlayamayacağı anlaşılan edimin sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturması gerekir (Esaslı olmayan - önemsiz - unsurlar için bu yola gidilemez). Eksikliğin önemli olup olmadığı her somut olaya göre ayrıca değerlendirilir. Önemsiz eksiklikler birden fazla ise ücret indirimi talep edilmelidir.³⁵

• Eksikliğin önemli olduğu durumlarda paket turu düzenleyen, paket turun devam etmesi için tüketiciye ilave maliyet getirmeyen eşdeğerde düzenlemeler yapar.

• Söz konusu düzenlemeleri yapmak mümkün değilse, ya da bunlar haklı nedenlerle tüketici tarafından kabul edilemez ise seyahat acentası tüketicinin hareket yerine ya da kabul edeceği herhangi bir dönüş noktasına geri dönmesi için ulaşım imkanını sağlar ve tüketicinin yaptığı tüm ödemeleri on gün içinde iade eder.

Ayrıca tüketici, yönetmeliğin 11. maddesine göre sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halini, hizmetin ifa edilmesi gerektiği ya da ifa edildiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde ilgili hizmet sağlayıcısına ve seyahat acentasına bildirmek zorundadır.

Ancak, acentayı sorumlu tutabilmek için, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi, tüketicinin kusuruna veya mücbir sebebe dayanmamalıdır. Burada "*tüketicinin kusuru*" ifadesini "*tüketicinin ağır kusuru veya kastı*" şeklinde anlamak gerekir. Hatta burada tüketicinin kusurundan değil illiyet bağına kesecek davranışından söz etmek gerekir; çünkü tüketici kusurlu olmasa bile illiyet bağına kesecek şekilde davranışta bulunabilir (örneğin istemeden bulaşıcı hastalığa yakalanması vb.). Mücbir sebep taraflara yüklenemeyen, önceden öngörülemeyen sebeplerdir. Örneğin savaş, salgın hastalık vb. Bu durum sözleşmenin imkansızlığı ile yakından ilgilidir. Buna göre sözleşmenin yerine getirilmesi başlangıçta imkansızsa (taraflar hastalığın varlığını bilmeden Uzakdoğu'ya seyahat sözleşmesi yapmış olsunlar) sözleşme başlangıçtan itibaren geçersiz olacaktır (BK m. 20). Sözleşmenin yapılmasından sonraki imkansızlık ise, BK m. 117 gereği borç sona erecek ve taraflar edimlerini geri isteyebileceklerdir.³⁶

³⁵ Zevkliler/Aydoğdu, s. 215.

³⁶ Zevkliler/Aydoğdu, s. 216.

Tüketicinin edimlerini, özellikle ücret ödeme borcunu yerine getirmemesi halinde, durumun ne olacağı Paket Tur Yönetmeliği'nde belirtilmemiştir. Bu gibi durumlarda genel hükümler (BK m. 96 vd.) uygulama alanı bulacaktır.³⁷

İ. SORUMSUZLUK KAYDI

Paket Tur Yönetmeliği'nin 10. maddesi, tüketici adına olumlu ve kanunun amacına uygun bir düzenlemedir. Madde: “Sözleşme metninde veya müstakil herhangi bir belgede tüketicinin bu Yönetmelikte yer alan haklarını kullanmaktan feragat ettiğine dair veya seyahat acentasının bu Yönetmelikten kaynaklanan yükümlülüklerini sınırlayan veya ortadan kaldıran kayıtlar geçersizdir.” şeklindedir.

III. PAKET TUR SÖZLEŞMESİNDE HUKUKİ SORUNLARIN DOĞMASI HALİNDE TÜKETİCİLERİN BAŞVURABİLECEĞİ MERCİİLER

Herşeyden önce TKHK kapsamında tüketiciler, TKHK m. 22 gereği “Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine” başvurabileceklerdir. Bu anlamda başvurabilecekleri yargı organı ise TKHK m. 23 uyarınca “Tüketici Mahkemeleri” dir.

Ayrıca, Seyahat Acentaları Yönetmeliği m. 44 hükmü gereği, tüketicinin, seyahat acentası aleyhine mahkemeye veya TÜRSAB bünyesinde bulunan kuruluna başvurmuş olması halinde veya seyahat acentası tarafından tüketici aleyhine mahkemeye veya TÜRSAB bünyesinde bulunan tahkim kuruluna³⁸ başvurulması halinde, talep, bu makamların belirlediği miktarda karşılanır.

Nitekim, “Yurtdışı Paket Tur Tip Sözleşmeleri”nde olduğu gibi, TÜRSAB Tahkim Kurulu,³⁹ uyuşmazlığı çözecek makam olarak yetkilendirilebilir. Fakat TKHK m. 6 ya dayanılarak çıkartılan “Tüketici

³⁷ Zevkliler/Aydoğdu, s. 216.

³⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Kuru/Aslan Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, 14. Bası, Yetkin, Ankara 2003, s. 931 vd.

³⁹ Bu konuda Türsab Tahkim Kurulu Yönetmeliği çıkarılmıştır (bkz. www.tursab.org.tr)

*Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik*⁴⁰ EK a-15 uyarınca bu gibi şartlar tüketicinin, mahkeme ya da başka başvuru yollarını kısıtladığından Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca haksız şart olarak değerlendirilmiştir.

TÜRSAB'ın hazırlamış olduğu "*Türkiye Seyahat Acentaları Birliği Turizm Tüketicileri Taleplerini Değerlendirme Amaçlı Kütahya Çizelgesi*" de tüketici sorunlarının çözülmesinde faydalanılan bir çizelgedir. Bu çizelgede olumlu sayabileceğimiz bir düzenleme şudur. Çizelgede sadece sözleşmeye göre taahhüt edilen hükümler değil aynı zamanda olması gereken hizmetlerin aksamasından da bahsedilmiştir. Çizelge tüketicilerin bedel iade taleplerinin değerlendirilmesinde yararlanılacak bir kaynak niteliğindedir.

Yukarıda da değinildiği üzere acentanın verdiği teminatlar ile ilgili olarak tüketici, 1618 sayılı Yasa m. 16 uyarınca zararlarının tazmini için Turizm Bakanlığı'na başvurabilecektir.

SONUÇ

Paket tur sözleşmeleri, gerçek anlamda 4822 sayılı kanunla yasal mevzuatımıza giren bir kurum olmakla beraber, insanların seyahate olan yoğun eğilimleri dolayısıyla hayatımızın akışı içerisinde sık sık karşımıza çıkmaktadır.

TKHK da paket tur sözleşmelerinin tarafları konusundaki eksiklikler olduğu kanısındayım. Şöyle ki; "*tüketici*" dar kapsamda tutulmuş, ticari ve mesleki amaçlarla paket tura katılanlar TKHK a göre tüketici sayılmamıştır. Bu bağlamda mesleki amaçlarla, örneğin bir seminere katılan kişinin TKHK dan yararlanamaması yerinde değildir.

Nitekim, AB Direktif'inde ve 1996 tarihli Seyahat Acentaları Yönetmeliği'nde seyahate katılanın amacı ne olursa olsun "*tüketici*" sayılmıştır. Sözleşmenin diğer tarafını oluşturan seyahat acentaları açısından da, aracı acentayı sorumlu tutmayan görüşe katılmayarak, bizim mevcut mevzuatımıza göre dahi aracı acentanın sorumlu olduğu kanısındayım.

⁴⁰ RG, 13.06.2003, S. 25137.

Kanunda, paket tur sözleşmesinin unsurlarına bakıldığında, sanki, en az dört tane edimin bir araya gelmesi halinde böyle bir sözleşmeden bahsedebileceğimiz gibi bir kanı uyanmaktadır. Doktrinde ise bu yanlış anlaşılma düzeltici bir yorum yapılarak giderilmeye çalışılmaktadır. Kanunun lafzının böyle bir yoruma gerek bırakmayacak şekilde düzeltilmesi de yerinde olacaktır.

Kanuna göre tanıtım broşürü, ancak tüketici talep edilirse verilmektedir. Dolayısıyla acentanın böyle bir broşür verme zorunluluğu yoktur. Oysa broşürde yer alan bazı hususlar sözleşmede dahi olmayan önemli noktalardır. Bu hususların sözleşmeye eklenmesi yerinde olacaktır.

Kanunumuz, fiyat değişikliği halinde bu değişikliğin tüketiciye bildirileceği süre ile ilgili bir düzenleme getirmemiştir. Oysa direktifte paket tura katılmadan yirmi gün öncesine kadar bu değişikliklerin tüketiciye yansıtılabileceği düzenlenmiştir. Bu hususta bir sürenin belirlenmesi, tüketici yararına bir düzenleme olacaktır.

Paket turlar, gerek ekonomik olması gerekse insanların çoğu kez daha önce gitmedikleri bir yere profesyonel bir ekiple gitmek istemeleri dolayısıyla sıkça tercih edilen bir gezi türüdür. Uygulamaya baktığımızda ise şikayetlerin birçoğunun, seyahate katılan tüketicilerin beklentileri ile karşılaştıkları arasında ki fark dolayısıyla ortaya çıktığı görülmektedir. Bu bağlamda, tüketicilerin mutlu bir seyahat geçirmesinin ayrıntılarda saklı olduğu kanısındayım. Tüketici, katılacağı paket tur ile ilgili tüm ayrıntıları bilecek olursa, karşılaştıkları, sürpriz olmaktan çıkacak ve daha seyahate çıkmadan önce turun özelliklerine göre tercih yapabilecektir.

KAYNAKLAR

- Aslan, İ. Yılmaz, *Tüketici Hukuku*, 2. Baskı, Ekim 2004.
Başöz, Lütfü /Çakmakçı, Ramazan, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, İstanbul, Legal, 2003.
Baykan, Renan, *Tüketici Hukuku*, 2. Baskı, İTO Yayınları, İstanbul 2005.
Deryal, Yahya, *Tüketici Hukuku*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2004.
Doğan, Gül, "Otelcilik Sözleşmesi," *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, C. 1, S. 2, s. 229 vd.

- Havutçu, Ayşe, "Seyahat Sözleşmesi ve Ayıplı İfa Halinde Tüketicinin Hakları," *Manisa Barosu Dergisi*, Temmuz- Ekim 1997, Y. 16, s. 27 vd.
- Kuru/Aslan/ Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, 14. Bası, Yetkin, Ankara, 2003.
- Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Beta, İstanbul 2002.
- Zevkliler, Aydın, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.
- Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- Yavuz, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2001.

HACZE ÂDİ (TAKİPLİ) KATILMA (İİK m. 100)

Talih UYAR*

Borçlusuna ait bir malı önce haczettiren alacaklının bu haczine, aynı borçlunun diğer alacaklılarının hangi koşullarla katılabilecekleri (iştirak edebilecekleri) İcra ve İflâs Kanunu'nun 100 ve 101 ve 2 68. maddeleri ile 6183 s. Âmme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında(ki) Kanun'un 21 ve 69. maddelerinde düzenlenmiştir.¹

I. Bu maddenin konusunu oluşturan hacze katılma (iştirak) hakkında çeşitli hukuk sistemleri birbirinden değişik çözüm şekilleri benimsemişlerdir.^{2,3}

Gerçekten;

a. Alman ve Avusturya Hukukunda; haciz, önce haciz koyduran alacaklı lehine haczedilen mal üzerinde haciz tarihinden itibaren bir tür rehin hakkı meydana getirir ve bu nedenle, kendisinden sonra gelen

* Avukat, İzmir Barosu.

¹ Bkz., 19. HD 21.10.2004 T. 1744/10396; 21.3.1995 T. 1870/2577.

² Ayrıntılı bilgi için bkz., Akcan, R., *Hacze İştirak*, s. 27 vd.; Deren (Yıldırım), N., *Türk, İsviçre ve Alman hukukunda Hacze (Adi İştirak (Tez)*, s. 4 vd.; Deren (Yıldırım), N., *İcra Hukukunda Paylaştırmaya İlişkin İlkeler Hakkında Düşünceler (İcra Hukuku Analizleri)*, s. 1 vd.; Kuru, B., *"İcra ve İflas Hukuku El Kitabı"*, s. 457; Deynekli, A., / Kısa, S., *Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli*, s. 3 vd.; Yılmaz, E., *Hacze Takipli Katılma (Hacze Adi İştirak)* AHFM, 1973/1-4, s. 272 vd.; Kuru, B., *İcra Hukuku*, C. 1, s. 844; Üstündağ, S., *İcra Hukuku*, s. 228 vd.; Postacıoğlu, İ., *İcra Hukuku*, s. 426 vd.; Berkin, N., *İcra Hukuku Rehberi* s. 263 vd.; Arar, K., *İcra Hukuku*, s. 222; Gündoğan, B., *İcra Hukuku*, s. 86; Ansay, S. Ş., *Hukuk, İcra ve İflâs Usulleri*, s. 119; Önen, T., *Hacze İmtiyazlı (Takipsiz) İştirak (Yarg. D. 1984/1-2, s. 131 vd.)*.

³ Bu konuda ayrıca bkz., *"Hükümet Tasarısı"* ve *"Adalet Komisyonu"* Gerekçeleri (Uyar, T., *Gerekçeli-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu*, C. 2, s. 3151 vd.).

alacaklılara karşı ilk haczi koyduran alacaklı, bir ayrıcalık (imtiyaz) hakkına sahip olur. Hacze katılmayı kabul etmeyen bu sistem; *“alacakta öncelik, ilk teşebbüs edene aittir”* ilkesine dayanır.

b. Fransız hukukunda; Alman hukukunun tam tersine, borçlunun mallarının, bütün alacaklılarının ortak rehini olduğu esastan hareket edilerek, bir alacaklının koyduğu hacze, diğer bütün günü gelmiş alacaklıların katılabilecekleri kabul edilmiştir. Bu sistem, *“alacaklıların eşitlikle tasfiyesi”* ilkesine dayanmaktadır.

c. İsviçre hukukunda; alacaklıya, hacedilen mal üzerinde mutlak ve münhasır bir rüçhan hakkı tanınmamıştır. Tersine, diğer alacaklılar, aynı hacze belirli koşullar altında katılabilmek olanağına sahip kılınmışlardır. İsviçre hukuku, hacze katılmayı *“gurup sistemine”* göre kabul etmiştir. Bu sistemde, alacağı muaccel ve nizalı olmayan her alacaklı, ilk hacizden 30 gün içinde hacze katılabilir. İlk haczi koyduran alacaklı, 30 gün geçmeden satış isteyemez. 30 günden sonraki haciz istemleri, ikinci alacaklılar sırasını teşkil eder, birinci alacaklılar gurubu alacaklarını almadan, ikinci gurup alacaklılara pay verilmez.

Türk hukukunda ise, nispeten İsviçre hukukundaki sisteme benzer bir sistem kabul edilmiş olmakla beraber, oradaki *“gurup sistemi”*nden ayrılmış ve hacze katılma; kabul edilen koşullarla, İsviçre hukukundan daha dar tutulmuştur.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesi ile kabul edilen sisteme göre alacağı, haczi koyduran alacaklının alacağından evvel doğmuş olan alacaklı, bu hususu yasanın öngördüğü belirli vasıtalarla ispat ederek, hacze aynı derecede katılabilir.

II. Hacze âdi (takipli) katılmanın bağlı olduğu koşullar:

1. *Hacze katılmak (iştirak etmek) isteyen alacaklının, borçlunun karşı icra takibinde bulunmuş ve bu takibinin kesinleşmesi sebebiyle, kendisine haciz istemek yetkisinin (İİK m. 78/1) gelmiş olması gerekir.*

Hacze katılmak isteyen alacaklının, daha önce ilk haczi koyan alacaklının bu haczine katılabilmesi için, borçlu hakkında takip yapmış (ve bu takibin kesinleşmiş) olması gerektiği için, bu tür katılmaya *“takipli katılma”* denilmektedir.

Rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, kendisine *“geçici rehin*

açığa belgesi” verilen alacaklı da –borçlusunun diğer mallarının haczini isteme yetkisini kazandığından– bu belgeye dayanarak, İİK mad. 100’deki ilkeler çerçevesinde, borçlunun diğer alacaklılarının koydurduğu hacze katılabilir (İİY m. 150f).

Başka bir alacaklı tarafından –daha önce– yapılan (konulan) hacze katılabilmek, bir alacaklı için çok önem taşır. Çünkü, bu olanağı elde ederse, o malın satış bedelinden kendisine de pay ayrılma ihtimali doğar. Aksi takdirde, haciz tarihi önce olan –ve bu haczine başkaları katılmamış olan– alacaklı, satış bedelinden önce yararlanır.⁴

2. *Hacze katılmak isteyen alacaklının alacağı ilk haczi koydurmuş olan alacaklıdan önce doğmuş olmalıdır.* Bunun için de; **hacze katılmak isteyen alacaklının alacağı;**

aa. İlk haciz **ilâmsız** bir takibe dayanıyorsa; takip talebinden önce;

bb. İlk haciz **ilâmlı** bir takibe dayanıyorsa; bu ilâmın verildiği davanın açıldığı tarihten önce; doğmuş olmalıdır.

“*Sıra cetveli*” (İİK m. 140), İİK hacze katılabilecek alacaklılar dikkate alınarak düzenleneceğinden, öncelikle ilk haciz’in saptanması gerekir.⁵

Burada bahsedilen “*ilk haciz*”den maksat, “*ilk önce uygulanan haciz*”dir.⁶ Yoksa, önce verilen «haciz kararı» ilk haciz sayılmaz. **Yüksek mahkeme**, “*haciz teskeresinin (yazısının) yazılma tarihinin değil bankaya (ve tapu idaresine) ulaşma tarihinin derece kararında (sıra cetvelinde) önem taşıdığını,*”⁷ “*haciz kararının alınmış olmasının sıra cetvelinde yer alan alacaklıların sırasını tayinde önem taşımadığını, haciz kararının trafik kaydına işlendiği tarihe göre alacaklılara sıra cetvelinde yer verileceğini*”⁸ “*derece kararının düzenlenmesinde, haczin ‘talep tarihi’ değil, ‘uygulanma tarihi’nin esas alınacağını*”⁹ belirtmiştir...

⁴ Bkz., 12. HD 20.10.1989 T. 3389/12566; 9.3.1989 T. 7330/3346.

⁵ Bkz., 19. HD 30.9.1999 T. 4983/5413.

⁶ Kuru, B., *El Kitabı*, s. 458; Akcan, R., a. g. e., s. 56; Yılmaz, E., a. g. m., s. 281; Akya-zan, S., *İhtiyati Hacizler ve Hacze İştirak Dereceleri*, s. 64; Deynekli, A.,/Kısa, S., a. g. e., s. 11.

⁷ Bkz., 12. HD 22.9.1988 T. 12222/10179.

⁸ Bkz., 19. HD 20.11.1997 T. 7368/9877.

⁹ Bkz., 19. HD 20.4.1992 T. 2715/1424.

Keza ilk haczin, kanun hükümlerine uygun olarak konulmuş bir haciz olması gerekir.¹⁰ Gerçekten, haciz İİK m. 78 gereğince; ödeme (icra) emrindeki süre geçtikten ve ilâmsız takibe karşı borçlu itirazda bulunmuşsa, bu itiraz kaldırıldıktan sonra alacaklının istemi üzerine konulabilir. Kanunun öngördüğü bu koşullar gerçekleşmeden konulan haciz hükümsüzdür. Böyle bir haciz, tarih itibariyle diğer hacizlerden önce olsa bile, 100. maddeye göre, hacze iştirak derecesinin tespitinde “ilk haciz” olarak dikkate alınmaz.

Eğer ilk haciz, icra veya ödeme emrindeki ödeme süresi geçmeden, borçlunun onayı ve alacaklının istemi üzerine konulmuşsa, bu haczin uygulandığı tarih, borçlunun diğer alacaklarına karşı –İİK m. 20 gereğince– “ilk haciz tarihi” olarak ileri sürülemez. Her ne kadar borçlu, kendi lehine olan itiraz süresi (ödeme süresi)nin beklenmesine gerek görmeyebilirse de, onun bu vazgeçmesi üçüncü kişilere etkili olmaz (İİK m. 20). Yasal süreler geçmeden borçlunun onayı ile konulan haciz, üçüncü kişilere karşı yasal süreler geçtikten sonra konulmuş olarak hüküm ifade eder...¹¹ Bu durumu şöyle örneklendirmek mümkündür. A, borçlusu B hakkında “âdi senet”e dayanarak 10.7.2006 tarihinde ödeme emri tebliğ ettirmiş ve 11.7.2006 tarihinde borçlunun onayı ile evindeki buzdolabına haciz konulmuştur. B’nin diğer bir alacaklısı olan C ise yine bir “âdi senet”e dayanarak B’ye 8.7.2006 tarihinde ödeme emri tebliğ ettirmiş ve itiraz süresinin geçmesinden sonra 16.7.2006 tarihinde aynı buzdolabını haciz ettirmiştir. Burada C, “haczettirdiği buzdolabını kendisinden önce haciz ettiren A’nın bu haczinin geçerli olmadığını çünkü A’nın takibine göre haciz tarihinin en erken 18.7.2006 olabileceğini” ileri sürerek “kendisinin 14.7.2006 tarihinde uygulattığı haczin, ‘ilk haciz’ olması gerektiğini” bildirebilir. Bu iddiasının kabulü gerekeceğinden, C’nin haczi, “ilk haciz” sayılacak ve C’den önce haciz yapmış olan A, bu hacze –aşağıda belirtilecek olan diğer bir koşul gereğince– “takibi âdi senede dayandığından” iştirak edemeyecek ve haczedilen malın satış bedelinden tek başına C yararlanacaktır. Yüksek mahkeme, benzer durumlarda (C) konumundaki alacaklıların korunmasını sağlamak için, “sıra cetvelinin (derece kararının) düzenlenmesi sırasında, İİK mad. 20 hükmünün doğrudan doğruya –icra dairesince– gözetileceğini” belirtmiştir.¹²

¹⁰ Akyazan, S., a. g. e., s. 62

¹¹ Bkz., 19. HD 10.2.2005 T. 5892/999; 14.2.1995 T. 1044/1117; 13.12.1994 T. 9190/12471–19. HD 24.6.1999 T. 3794/4391; 27.11.1997 T. 7676/10089

¹² Bkz., 12. HD 9.11.1982 T. 7731/8187.

Ayrıca belirtelim ki; İİK'nın 20. maddesi borçlunun "sürelerden feragate ve hacze muvafakat etmesi (onay vermesi) halinde uygulanır. İtiraz ve ödeme süreleri dolmadan konulan hacze borçlunun muvafakati bulunmaması halinde, konulan haciz geçersiz olur.¹³

Yüksek mahkeme; "*hacze katılma konusunda göz önünde bulundurulacak, geçerli olarak uygulanmış hacizler*"e ilişkin olarak;

*"İİK mad. 106 ve 110 uyarınca, haciz tarihinden itibaren taşınırların 1 yıl taşınmazların ise iki yıl içinde 'satış masrafı' verilerek (İİK m. 59) satışlarının istenmemiş olması halinde, haczin düşeceğini"*¹⁴

*"Kara taşıt araçlarının fülü ve kaydi hacizleri arasında doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından fark bulunmadığını, bu araçların sicil kaydına konulan haczin de tıpkı fülü haciz gibi geçerli olduğunu ve sıra cetvelinde hangi haciz önce ise ona öncelik tanınacağını"*¹⁵

*"Kara taşıt araçlarının fülen haczi ile kayden haczi arasında hukuken bir fark bulunmadığını, İİK m. 106'daki satış isteme süresinin kaydi haciz ile de başlayacağını ve araç fülen haczedilmemiş (muhafaza altına alınmamış) ve kıymet takdiri yapılmamış dahi olsa, kayden haczedildiği tarihten itibaren İİK m. 106 uyarınca, satış masrafı da yaptırılarak (İİK m. 59) satışının talep edilmemiş olması halinde, araç üzerindeki haczin düşeceğini"*¹⁶

*"Kara taşıt aracının siciline haciz konulduktan sonra fülen hacze-dilmesinin 'yeni bir haciz işlemi' olduğunu, bu durumda satış isteme süresinin de bu tarihten itibaren işlemeye başlayacağını"*¹⁷

*"Kara taşıt araçlarının trafik kaydına haciz konulduktan sonra İİK m. 106'ya göre bir yıl içinde satış masrafının da (İİK m. 59) yatırılarak satışının istenmemesi halinde haczin düşeceğini, icra memurunun satış talebinin 'füli haciz ve kıymet takdiri yapılmamış olması nedeniyle' reddetmiş olması durumunda bu karara karşı icra mahkemesine şikayet yoluna başvurulması gerekeceğini, aksi takdirde araç üzerindeki haczin düşeceğini"*¹⁸

¹³ Bkz., 19. HD 11.10.2005 T. 7244/9913; 7.7.2005 T. 985/7719; 30.6.2005 T. 970/7359.

¹⁴ Bkz., 19. HD 16.2.2006 T. 10947/1479; 27.10.2005 T. 5562/10740; 7.7.2005 T. 2848/7744.

¹⁵ Bkz., 19. HD 26.1.2006 T. 9425/467; 2.7.1998 T. 3926/4617; 21.5.1998 T. 3002/3536.

¹⁶ Bkz., 19. HD 8.12.2005 T. 8171/12286; 24.11.2005 T. 6311/11552; 3.2.2005 T. 4257/664.

¹⁷ Bkz., 19. HD 7.7.2005 T. 2583/7734.

¹⁸ Bkz., 19. HD 21.4.2005 T. 10907/4498; 7.4.2005 T. 9510/3777.

“Kıymet takdiri ve fülî haciz yapılmamış dahi olsa haciz tarihinden itibaren taşınırın bir yıl, taşınmazların ise iki yıl içinde (İİK m. 106, 110) satış masrafı da yatırılarak (İİK m. 59) satışlarının istenmemiş olması halinde konulmuş olan hacizlerin düşeceğini”¹⁹

“Alacaklının kanuni süresi içinde (İİK m. 106) satış istemesine rağmen ihalenin –örneğin; alıcı çıkmaması nedeniyle– gerçekleşmemesi halinde alacaklının önce ‘satış talebi’ nin ve tapuya haczin konulmasından itibaren iki yıl geçince de ‘haciz’in düşeceğini (bu hacze artık sıra cetvelinde pay ayırlamayacağını)”²⁰

“Ödeme emri tebliğ edilmeden konulan haczin geçersiz olduğunu, borçlunun hakkındaki takibi haricen öğrenmesinin takibi kesinleştirmeyeceğini”²¹

“Borçlu tarafından bankaya verilen ve banka tarafından üzerinde rehin hakkı iddia edilen kambiyo senetlerinin bankaya İİK 89’a göre haciz ihbarnamesi gönderilerek haczedilebileceğini”²²

“103 davetiyesinin tebliğ edilmemesinin haczi geçersiz kılmayacağını”²³

“Gemi siciline kayıtlı olmayan gemiler ‘taşınır’ sayıldığından, fülen haczedilmelerinin zorunlu olduğunu”²⁴

“Yarış atlarının, yarış atları ile soy kütüğündeki kayıtlarına haciz konularak haczedilemeyeceğini, yarış atlarının ancak yapılacak fülî hacizle haczedilebileceğini”²⁵

“Borçlunun elinde bulunmayan hisse senetlerinin bunları elinde bulunduran Takas ve Saklama AŞ’ye haciz kararının tebliği ile haczedilebileceğini”²⁶

“Borçlunun bankadaki alacaklarının İcra ve İflas Kanunu hükümlerine uygun olarak haczedilmesi halinde, bu haczin alacaklısına hacze iştirak imkanı sağlayacağını”²⁷

¹⁹ Bkz., 19. HD 24.11.2005 T. 6405/11556; 20.10.2005 T. 4865/10450.

²⁰ Bkz., 19. HD 1.12.2005 T. 7817/11950; 1.12.2005 T. 7685/11946; 24.2.2005 T. 7179/1868.

²¹ Bkz., 19. HD 21.6.2001 T. 3557/4872; 9.10.1997 T. 5754/8293; 8.5.1997 T. 2424/4677.

²² Bkz., 19. HD 12.10.2000 T. 6124/6722; 28.11.1996 T. 6832/10663.

²³ Bkz., 19. HD 16.2.1999 T. 91/780; 21.5.1998 T. 2994/3533.

²⁴ Bkz., 19. HD 17.12.1998 T. 7103/7731.

²⁵ Bkz., 19. HD 6.2.1997 T. 8698/954.

²⁶ Bkz., 19. HD 30.1.1997 T. 9338/616; 21.9.1995 T. 6663/7285.

²⁷ Bkz., 19. HD 16.12.1996 T. 6946/10045.

“İş makinelerinin ticaret ve sanayi odalarındaki sicil kaydına haciz konularak haczedilebileceğini”²⁸

“Alacaklının açıkça satış talep etmeden sadece kıymet takdiri talebinde bulunmuş (ve icra dairesince kıymet takdiri işleminin yapılmış) olmasının-İİK m. 106 ve 110 uyarınca haczin düşmesini önlemeyeceğini”²⁹

“İcra müdürlüğüince alacaklının talebi üzerine-yasal dayanaktan yoksun olarak verilen ‘haczin devamına’ ilişkin kararın, haczin düşmesini önlemeyeceğini”³⁰

“İştirak halinde mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazın tapu kaydına haciz koyan alacaklının, İİK’nın 106. maddesinde öngörülen iki sene içinde icra mahkemesinden yetki belgesi alıp, ‘ortaklığın giderilmesi’ davası açması halinde, süresinde satış istemiş sayılacağını (ve bu suretle haczin düşmesinin önlenmiş olacağını)”³¹

“Taşınmazın tapu kaydına haciz şerhinin konulmasıyla, taşınmazın fiilen haciz edilmiş sayılacağını ve derece kararında (sıra cetvelinde) bu tarihin göz önünde bulundurulacağını”³²

“Konkordato öneli içinde uygulanan haczin, hacze katılma olanağı vermeyeceğini”³³

“‘Derece kararı’ (sıra cetveli) düzenlenmeden önce, haczedilen malların ‘aynı mal’ olup olmadığının saptanması gerekeceğini”³⁴

“Alacaklının ayrıca haciz etmediği malların satış bedelinden pay istemeyeceğini”³⁵

“Borçlunun satılan malının bedeli veznedeyken, takip konusu alacaktan fazla kısmının başka alacaklılar tarafından haciz edilmesi halinde, hacze katılma koşullarına göre ‘sıra cetveli’ (derece kararı) düzenlenmesi gerekeceğini”³⁶

ifade etmiştir...

²⁸ Bkz., 19. HD 1.10.1996 T. 5249/8492.

²⁹ Bkz.,19. HD 4.7.1995 T. 5815/6108; 13.12.1994 T. 9236/12477.

³⁰ Bkz., 19. HD 2.6.1995 T. 4279/4887.

³¹ Bkz., 19. HD 20.12.1994 T. 10157/12870.

³² Bkz., 19. HD 6.7.1993 T. 5413/4972; 12. HD 14.12.1987 T. 1053/12977; 19.10.1987 T. 14443/10329.

³³ Bkz., 19. HD 2.2.1993 T. 11634/579.

³⁴ Bkz., 12. HD 24.3.1986 T. 9674/3205.

³⁵ Bkz., 12. HD 8.3.1984 T. 12840/2644.

³⁶ Bkz., İİD 11.5.1964 T. E: 5692.

“Hacizin hangi saatte uygulandığı” konusunda çıkan uyuşmazlık, haciz tutanağı’nın içeriğine göre çözümlenir.”³⁷

Aynı gün uygulanan hacizlerde, diğerinden daha önce –saat ve dakika olarak– uygulandığı tespit edilen haciz “ilk haciz” sayılır.³⁸ Eğer aynı gün uygulanan hacizlerde saat ve dakika olarak hangisinin daha önce uygulandığı tespit edilemezse, paylaştırma –alacaklıların aynı derecede hacze katılmış oldukları kabul edilerek– garameten –yani, alacaklılar arasında, alacakları oranında, aynı derecede– yapılır.³⁹ Yüksek mahkeme;

“Birden fazla alacaklının haciz işlemlerinin aynı gün tapuya işlenmiş olmaları –ve hacizin işlenme saatlerinin belli olmaması– halinde, satış bedelinin bu alacaklılar arasında ‘garameten paylaştırılması’ gerekeceğini, hacizlerin yevmiye numaralarına göre ‘bir alacaklının haczinin daha önce olduğu’ sonucuna varılamayacağını.”⁴⁰

“Tapu kaydına işlenmesi için aynı gün icra dairesine gönderilen iki alacaklıya ait haciz teskeresinin (yazısının), Tapu dairesince aynı gün tapuya işlenmiş olması halinde, taşınmazın satış bedelinin iki alacaklı arasında garameten paylaştırılması gerekeceğini”⁴¹

“Aynı memur tarafından aynı gün, aynı yerde, aynı eşyalar üzerinde haciz konulması halinde, alacaklıların aynı derecede hacze iştirak edeceğini (birinin diğerine önceliği bulunmayacağını)”⁴²

“Borçlunun maaşına aynı tarihte (aynı haciz müzekkeresi ile) haciz koyan alacaklıların birbirine karşı önceliği olmayacağından, paylaştırmanın alacaklılar arasında garameten yapılması gerekeceğini”⁴³

belirtmiştir.

İİK m. 100/I, C. 1’deki “ilk haciz” Kesin Haciz’i ifade etmektedir.⁴⁴

³⁷ Bkz., 12. HD 7.12.1988 T. 3588/15056.

³⁸ Bkz., 12. HD 28.9.1987 T. 11961/9380; 5.5.1987 T. 8969/6054; 7.1.1969 T. 465/333.

³⁹ Bkz., HGK, 18.4.1975 T. E: 1973/İc. 205, K: 568; İİD 20.3.1970 T. 2721/2934; 28.3.1960 T. 2263/2293.

⁴⁰ Bkz., 12. HD 26.9.1988 T. 12012/10325.

⁴¹ Bkz., 19. HD 6.10.2005 T. 3969/9625.

⁴² Bkz., 19. HD 8.5.1997 T. 2483/4679; 5.5.1987 T. 8969/6054.

⁴³ Bkz., 19. HD 27.2.1996 T. 331/1570.

⁴⁴ Deren (Yıldırım) N., a.g. tez, s. 14.

Başka bir deyişle ne "ihtiyati haciz"⁴⁵ ve ne de "geçici haciz"⁴⁶ ilk haciz olamaz. Çünkü, İİK m. 100/I'deki "satılan malın tutarı vermeye girinceye kadar..." denilmiştir. Bu tür hacizlerde ise alacaklının satış isteminde bulunma hakkı yoktur.

3. Hacze katılmak isteyen alacaklının alacağı 100. maddenin 1-4. bentlerinde sayılan belgelere dayanmalıdır. Başka bir deyişle hacze katılmanın ikinci koşulu olan -yukarıda belirtilen- "öncelik koşulu"nun yasanın, -100. maddede- öngördüğü belgelerden biri ile isbat edilmesi gerekir. Bu belgeler şunlardır:

aa. İlk haciz ilâmsız takibe dayanıyorsa, takip talebinden, ilâma dayanıyorsa, dâva açılmasından önce yapılan takip üzerine (kesin) aciz belgesi (İİK m. 143, 105/I, 251).⁴⁷ Burada aciz belgesinin (borç ödemedi aciz belgesinin) de takip veya dâva tarihinden önce alınmış olması gerekli değildir. Sadece, o aciz belgesinin alınmış olduğu icra takibinin, ilk haciz sahibi alacaklının takip veya dâva tarihinden önce yapılmış olması gerekli ve yeterlidir.⁴⁸

"Kesin aciz belgesi"nden (İİK m. 143, 105/I, 251) farklı olarak "geçici aciz belgesi" (İİK m. 105/II), hacze katılma olanağı sağlamaz. Çünkü, İİK m. 105/II'de, bu belgenin sadece "alacaklıya İİK m. 277'ye göre tasarrufun iptali davası açma hakkını vereceği" öngörülmüştür...⁴⁹

Hem haciz ve hem de iflâs takibi sonunda alınan «aciz belgesi» hacze katılma olanağı verir. Hatta maddede geçen "aciz belgesi" sözcüğü "rehin açığa belgesi"ni (İİK m. 150f-II) de içerir. Eğer "rehin açığa belgesi" buraya -yani; İİK m. 100/1'e- dahil sayılmazsa, İİK m. 100/4 anlamında "resmi dairelerin yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri belge" olarak kabul edilmelidir.⁵⁰

⁴⁵ Akyazan, S., a. g. e., s. 60; Yılmaz, E., a. g. e., s. 281; Deynekci, A./Kısa, S., a. g. e., s. 10.

⁴⁶ Yılmaz, E., a. g. m., s. 282; Akcan, R., a. g. e., s. 59; Deynekci, A./Kısa, S., a. g. e., s. 10.

⁴⁷ Bkz., 19. HD 24.1.2002 T. 6624/478; 6.2.1997 T. 9853/967; 27.1.1997 T. 366/528

⁴⁸ Kuru, B., *El Kitabı*, s. 459; Kuru, B., *İcra ve İflâs Hukuku*, C. 1, s. 847; Yılmaz, E., a. g. m., s. 284

⁴⁹ Deren (Yıldırım), M. a. g. e., (tez) s. 18; Gürdoğan, B. *İcra-İflâsı Takiplerinde Borçlunun Tamamen veya Kısmen Aczini Tesbit Eden Vesikalar* (Batider, 1963, C. II, S: 1, s. 17; Öztekin, S. *İcra ve İflâs Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası* (İİK. m. 143; m. 251), s. 29; 67

⁵⁰ Yılmaz, E., a. g. m., s. 284; Kuru, B., *El Kitabı*, s. 459; Kuru, B., a. g. e., C. 1, s. 847

Burada şu hususu belirtmek gerekir ki, iflas takibi sonunda verilen aciz belgesinde; hacze katılma konusunda, “*aciz belgesinin alındığı iflâsın açıldığı tarih*” esas alınır.⁵¹

bb. Aynı tarihlerden (takip talebi veya dava ikamesi) önce açılmış bir dava üzerine alınmış ilâm.⁵²

Burada, ilamın verildiği davanın, ilk haczi koyduran alacaklının takip veya dava tarihinden önce açılmış olması yeterlidir, ayrıca ilamın da ilk haczi koyduran alacaklının takip veya dava tarihinde önce alınmış olması gerekli değildir.⁵³

Ayrıca belirtelim ki; burada sözügeçen “*ilam,*” İİK m. 38’deki “*ilam niteliğindeki belgeler*”in tümünü kapsamaz. Bunardan sadece “*mahkeme huzurundaki sulh ve kabuller*” (HUMK. m. 95) buraya girebilir.⁵⁴

Hacze katılma olanağı sağlayan takibin, ilamla takibin «*ilamlı takip*» olarak başlaması zorunluluğu bulunmadığından, koşulların oluşması halinde, «*itirazın iptali*» davası sonucunda alınan ilamla da hacze katılmak mümkün olabilir...⁵⁵

cc. Aynı tarihlerden (takip talebi veya dâva açılması) önceki tarihli resmî veya tarih ve imzası tasdikli bir senet.

Maddede sözügeçen “*resmî senetler*”den maksat, tapu memurları tarafından düzenlenen tapu ve ipotek senetleri ile noterler tarafından re’sen düzenlenen (1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 84-89, 60/1, 11) borç ikrarını içeren senetlerdir.^{56 57}

“*Tarih ve imzası tasdikli senetler*” ise, ilgililerce dışarda hazırlanıp notere imza ve tarihin tasdiki için ibraz edilen senetlerdir. Noter, kendisine ibraz edilen böyle bir âdi senedi huzurunda ilgililere imzalatır ve

⁵¹ Kuru, B., *İflâs ve Konkordato Hukuku*, s. 347

⁵² Bkz., 19. HD 6.10.2005 T. 4108/9629; 28.4.2005 T. 11910/4751; 17.2.2000 T. 122/1042; İİD 9.10.1964 T. 10253/10903

⁵³ Kuru, B., *El Kitabı*, s. 459; Kuru, B., a.g. e., C. 1, s. 847; Üstündağ, S., *İcra Hukukunun Esasları*, s. 230; Yılmaz, E., a. g. m., s. 285

⁵⁴ Akyazan, S., a. g. e., s. 66; Kuru, B., a.g. e., C. 1, s. 847, dipnot 11; Yılmaz, E., a. g. m., s. 283; Deynekli, A.,/Kısa, S., a. g. e., s. 10

⁵⁵ Bkz., 19. HD 30.4.1998 T. 2049/2932

⁵⁶ Akyazan, S., a. g. e., s. 68

⁵⁷ Bkz., İİD 6.12.1956 T. 6268/6325

imzanın kendi huzurunda atıldığını, imzayı atan kimseye ait olduğunu belirterek imzayı tasdik eder. (Noterlik Kanunu m. 60/IV, 90-93) Bu işlemlerdeki imza ve tarih, sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olur, (Noterlik Yasası m. 82/III)

Yüksek mahkeme;

“Kambiyo senedine dayanılarak, İİK m. 100 uyarınca hacze iştirak tarihinde bulunulamayacağını”⁵⁸

“Faturaların İİK’nın 100. maddesinde öngörülen belgelerden olmadığını”⁵⁹

“Genel Kredi Sözleşmesi’nin, İİK’nın 100/I-3. maddesinde öngörülen belgelerden olmadığını”⁶⁰

belirtmiştir...

dd. Aynı tarihlerden (takip talebi veya dâva açılması) önceki tarihli resmî dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bir makbuz veya belge. Bu belgeler, resmi daireler veya yetkili makamlar tarafından verilmiş olduklarından, bunlarda alacaklı ve borçlunun imzası bulunmaz. Bu belgelere örnek olarak; rehin açığa belgesi⁶¹ kesin borç ödemedi aciz belgesi (İİK 105/I, 143) (İİK m. 152) gösterilebilir.

Maddede öngörülen bu durumlar sayılarak belirtilmiş (tahdidî) olup genişletilemez.⁶² Böyle bir düzenlemeye gerek duyulmuş olmasının nedeni, gerçek olmayan (muvazaalı) alacakların ortaya çıkarılmasını ve dolayısı ile hacze katılmaya hakkı olan gerçek alacaklıların bundan zarar görmelerini önlemektir. Bu sebeple; noterden onaylı dahi olsa ticari defterlere dayanarak hacze katılma isteminde bulunulamaz. Aynı şekilde, âdi senetlere dayanarak da, hacze iştirak edilemez.⁶³ Ancak, âdi senedin tarihi, HUMK. m. 299/II’ye göre kesinleşmişse, artık bu

⁵⁸ Bkz., 19. HD 13.10.2005 T. 4661/9994; 13.11.1997 T. 7478/9487; 8.11.1995 T. 9599/9410.

⁵⁹ Bkz., 19. HD 15.10.1998 T. 5708/6124.

⁶⁰ Bkz., 19. HD 26.6.1997 T. 4571/6636; 28.6.1994 T. 4588/6938.

⁶¹ Bkz., 19. HD 3.7.1997 T. 4082/6974.

⁶² Postacıoğlu, İ., *a.g. e.*, s. 428; Yılmaz, E., *a. g. m.*, s. 283; Berkin, N., *a. g. e.*, s. 266; Üstündağ, S., *a. g. e.*, s. 230; Pekcanitez, H.,/Atalay, O.,/Özkan, M. S.,/Özekes, M., *a. g. e.*, s. 194; Deynekli, A.,/Kısa, S., *a. g. e.*, s. 10.

⁶³ Bkz., İİD 22.2.1957 T. 1089/1375.

senetlere dayanarak da –“*tarih ve imzası tasdikli bir senette*” olduğu gibi– hacze katılmak mümkün olmalıdır. Çünkü bundan sonra, alacaklı ile borçlunun anlaşarak senedin tarihine tesir etmeleri imkansızdır. Bu halde alacağın hiç olmazsa âdi senedin tarihinin kesinleştiği tarihten önce doğmuş bulunduğu sâbittir.⁶⁴ Burada şu hususu da belirtelim ki, İcra ve İflâs Kanununda yapılması gereken değişiklikleri hazırlamak için görevlendirilen komisyonda, 100. maddeye; “*Aynı tarihlerden mukaddem tarihli olduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 299. maddesinin ikinci fıkrasına göre kesinleşen, gayri resmi senetlere istinat eden alacaklar*” şeklinde, âdi senetli alacakların da hacze katılmasını mümkün kılacak bir fıkra eklenmesi teklif edilmişse de,⁶⁵ bu teklif tasarıya girememiştir.

Yüksek mahkeme;

“*Karşılıksız olduğu bankaya yazdırılmış olan çekin, İİK’nın 100/I-4. maddesinde sayılan belgelerden olmadığını*”⁶⁶

“*Banka kredi sözleşmelerinin İİK’nın 100/I-4. maddesinde sayılan belgelerden olmadığını*”⁶⁷

“*İcra kefaletnamelerinin, İİK’nın 100/I-4. maddesinde sayılan belgelerden olmadığını*”⁶⁸

belirtmiştir.

4. Hacze katılmak için sonuncu koşul; hacze katılmak isteyen alacaklının haczedilen malın bedeli vezneye girinceye kadar, hacze katılma isteminde bulunmasıdır.

Doktrinde bu koşulun, maddede yazılı olduğu şekilde ifade edilmesinin hatalı olduğu belirtilmiştir:

aa. Katılmanın, “*satılan malın tutarı vezneye girinceye kadar*” olabileceğine dair ifade şekli, yasanın diğer maddelerindeki ifade şekli ile uyumlu değildir. Gerçekten, iflâs bahsinde İİK m. 186/I’de konkordato bahsinde İİK m. 304’de hep “*paraya çevrilme*” deyimini geçmekte, daha sonraki bir

⁶⁴ Kuru, B., a. g. e., s. 849; Kuru, B., İcra ve İflâs Kanunu Değişikliği Hakkında Düşünceler, s. 43.

⁶⁵ Kuru, B., İcra ve İflâs Kanunu Değişikliği Hakkında Düşünceler, s. 43.

⁶⁶ Bkz., 19. HD 31.10.1996 T. 5833/9605; 4.4.1995 T. 2882/3157.

⁶⁷ Bkz., 19. HD 27.2.1996 T. 511/1574.

⁶⁸ Bkz., 19. HD 28.3.1995 T. 1984/2922.

aşama olan “*paranın vezneye girme*”sinden bahsedilmemektedir.

bb. Ayrıca; “*paranın vezneye girmesi*” ne demektir? Memur tarafından paranın alınması mı, kaydedilmesi mi yoksa kasaya konulması mıdır?

cc. Haczedilen mal, para olduğu takdirde, bu *para* tahsil edildiği gün veya saatte kasaya konabileceğinden ve konması da gerektiğinden, başka alacaklılar için bir iştirak fırsatı kalmayacaktır.⁶⁹

Bu gibi durumlarda hacze katılabilme “*paranın icra kasasına girmesine kadar*” olmalıdır...⁷⁰ Alacak hacizlerine katılmada da aynı çözüm şekli benimsenebilir...⁷¹

dd. Satış tutarının vezneye girmesi, alıcının satış bedelini erken veya geç ödemesine ve icra memurunun tahsil ettiği parayı erken veya geç olarak icra veznesine yatırmasına göre değişen bir durumdur. Bu husustaki gecikmelerden, sonradan haciz koydurana alacaklıların yararlanmaları gerekir.⁷²

Bu gerekçelerle, maddedeki “*satılan malın tutarı vezneye girinceye kadar*” deyiminin –kaynak yasada olduğu gibi– “*mal paraya çevrilinceye kadar*” şeklinde anlaşılması gerekeceği belirtilmekte ise de,⁷³ maddenin mutlak ifadesi karşısında, bu görüşün uygulamada benimseneceği kuşkuludur. Ayrıca şu hususu da belirtelim ki; İcra ve İflâs Yasası’nda yapılması gereken değişiklikleri hazırlamak için –1962 senesinde– görevlendirilen komisyonda, 100. maddenin birinci cümlesinin; “*haczedilen mal paraya çevrilinceye kadar*”... şeklinde değiştirilmesine ilişkin teklif⁷⁴ benimsenmemiştir.

Yasanın bugün için yürürlükte bulunan çözüm şekli benimsenince, haczedilen para veya ilk haciz üzerine satılan malın tutarı vezneye girdikten sonra ileri sürülen katılma istemleri –süre bakımından– kabul

⁶⁹ Ansay, S. Ş., *Hukuk, İcra ve İflâs Usulleri*, s. 123.

⁷⁰ Yılmaz, E., a. g. m., s. 289.

⁷¹ Yılmaz, E., a. g. m., s. 289; Deren (Yıldırım) N., a. g. e., (tez), s. 33; Akcan, R., a. g. e., s. 88.

⁷² Belgesay, M. R., *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, s. 300; Postacıoğlu, İ., a. g. e., s. 438; Kuru, B., *Düşünceler*, s. 42.

⁷³ Kuru, B., a. g. e., s. 849; *Düşünceler*, s. 42; Ansay, S. Ş., a. g. e., s. 123; Berkin, N., a. g. e., s. 267.

⁷⁴ Kuru, B., *Düşünceler*, s. 43.

edilemeyecektir.⁷⁵ Bunun gerekçesi, bu suretle vezneye giren paraların, ilk haczi koyduran alacaklı nam ve hesabına vezneye alınmış ve bundan böyle bu alacaklının malvarlığına dahil edilmiş olmasıdır... Bu suretle ilk haczi koyduran alacaklı adına vezneye giren satış tutarı, bu alacaklının alacaklıları tarafından haczedilebilir. Bu nedenle hacze katılma isteminin süresinin, “ilk haciz üzerine satılan malın tutarının vezneye girdiği tarihe kadar” zaman ile sınırlanmış olması, ilk haczi koyduran alacaklıda alacağı bulunan üçüncü kişilerin, bu alacaklı adına vezneye yatırılan parayı haczettirebilmeleri ve bu haklarının korunması bakımından da rol oynar.⁷⁶

Borçlunun icra veznesindeki parasının –örneğin; satış bedelinden, alacaklıların alacakları ödendikten sonra (borçluya geri verilmek üzere) artmış olan paranın– borçlunun başka alacakları tarafından haczedilmesi halinde, hacze katılmada “zaman koşulu” nun aranmaması başka bir deyişle, paralar paylaşılınca kadar hacze katılma istemlerinin kabul edilmesi uygun olur.⁷⁷ Çünkü bu durumda para zaten icra veznesinde bulunmaktadır.

III. Maddede sayılan ve buraya kadar açıklanan dört koşula durulmaları uyan alacaklılar, konulan ilk hacze aynı derecede katılırlar. Bu sayılan koşullara durumları uymayan alacaklılar, ilk haczi koyduran alacaklının derecesinde, onunla birlikte hacze katılamazlar.⁷⁸ Bu alacaklılar ancak, önceki dereceden artacak bedeller için hacze katılabilirler. Yani, hacze katılmada, ikinci dereceyi teşkil ederler (m. 100/son).

Haczedilen şeyin kıymeti, hacze katılan bütün alacaklıların alacaklarına yetmezse, icra memuru alacaklıların istemi üzerine, “ilave hacizler” yapar (m. 100/II).

“İlave haciz”, bağımsız bir haciz olmayıp, asıl; (önce yapılan) hacze bağlıdır ve onun akibetine tâbidir. Asıl haciz düşerse, ilave haciz de düşer. İlave hacizler, ilk haciz tutanağının altına yazılır ve haciz sahipleri ile borçlulara bildirilerek, “üç gün içinde bir diyecekleri varsa, bunu icra dairesine bildirmeleri” gereği kendilerine duyurulur (İİK m. 104/III).

⁷⁵ Bkz., 19. HD 27.2.2003 T. 7110/1566; 12.12.2002 T. 9666/7792; 29.3.2001 T. 951/2291.

⁷⁶ Akyazan, S., a. g. e., s. 65.

⁷⁷ Yılmaz, E., a. g. m., s. 289.

⁷⁸ Bkz., 19. HD 29.1.2004 T. 65520/718; 23.1.2003 T. 4759/498; 24.1.2002 T. 6624/478; 8.2.2001 T. 9314/1030.

İlave hacizlere, asıl hacizden bağımsız olarak katılmak mümkün değildir.⁷⁹

IV. Hacze katılma isteminin ilk haczi koyan icra dairesine bildirilmesi gerekir. Çünkü, sıra cetveli (derece kararı) ilk haczi uygulayan (koyan) icra dairesince yapılır.^{80 81} Bu uygulanan ilk haczin “*kesin*” (icrai) haciz olması gerektiğini tekrar belirtelim. Bu nedenle, ilk uygulanan haciz “*ihtiyati haciz*” ise, bunu uygulayan icra dairesi, “*sıra cetveli*” düzenleyemez.

Yüksek mahkeme⁸² “*Başkası tarafından haczedilen mallara daha sonra haciz koymuş olan alacaklının, ayrıca ‘hacze katılma talebinde bulunmasına gerek olmadığını’*” belirtmiştir...

İcra memuru, hacze katılma koşullarının gerçekleşmiş olup olmadığını inceleyerek, katılma istemi hakkında bir karar verir. İcra memurunun kararı olumsuz ise, hacze katılma isteminde bulunan alacaklı, buna karşı “*şikâyet*” yoluna gidebilir. İcra memurunun kararı olumlu ise, yani icra memuru hacze katılma istemini kabul etmişse, diğer alacaklılar buna karşı şikâyet yoluna gidebilirler mi? Doktrinde bu konuda iki görüş ile sürülmüştür.

Bir görüşe göre,⁸³ icra memurunun bu kararına karşı da diğer alacaklılar şikâyet yoluna başvurabilirler. Diğer bir görüşe göre⁸⁴ ise, diğer alacaklıların bu aşamada şikâyet hakkına sahip oldukları biraz şüphelidir. Gerçekten, hacze katılmaya rağmen diğer alacaklılar, alacaklarını tamamen alabiliyorlarsa, şikâyet yoluna başvuramamaları gerekir. Bu alacaklılar, ancak “*pay cetveli*” düzenlendikten sonra hacze katılma isteminin kabulü kararını şikâyet konusu yapabilirler (İİK m.142/son).

Yüksek mahkeme,⁸⁵ Herhangi bir ayırım yapmadan, “*alacaklıların,*

⁷⁹ Deren (Yıldırım), N., a. g. tez, s. 60.

⁸⁰ Bkz., 12. HD 5.6.1989 T. 12960/8173; 12.5.1986 T. 11777/5534; 31.3.1986 T. 9492/3524 vb.

⁸¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, C. 7, İİK mad. 142.

⁸² Bkz., 19. HD 22.4.1999 T. 2380/2720.

⁸³ Kuru, B., *El Kitabı*, s. 461; Kuru, B., a. g. e., C. 1, s. 851; Yılmaz, E., a. g. m., s. 309; Pekcanitez, H.,/Atalay, O.,/Özkan, M. S.,/Özekes, M., a. g. e., s. 195; Üstündağ, S., a. g. e., s. 233; Akcan, R., a. g. e., s. 164 vd.

⁸⁴ Postacıoğlu, İ., a. g. e., s. 440.

⁸⁵ Bkz., 12. HD 12.2.1981 T. 179/1307.

icra memurunun hazırladığı 'derece kararı'na karşı şikâyet yoluna başvuru-
leceğini" kabul etmiştir.

İcra mahkemesinin şikâyet üzerine vereceği red veya kabul kararı
ise temyiz edilebilir (İİK m. 363/8).

V. Hacze katılma istemi kabul edilirse, hacze katılanlar bir derece
oluştururlar.

Hacizli malın satılmasından elde edilen paradan önce "birinci dere-
cede" hacze katılan alacaklılara alacakları ödenir. Geriye para artarsa, bu
"ikinci derecede" hacze katılmış olan alacaklılar arasında paylaşılır. Bu
alacaklıların da alacaklarını tamamen almalarından sonra, geriye para
artarsa bu da "üçüncü derecede" hacze katılmış olan alacaklılar arasın-
da paylaşılır. Paylaştırma bir şekilde -paylaştırılacak para bitinceye
kadar- devam eder.

Hacizli malın değerinin, hacze katılan bütün alacaklıların alacak-
larını karşılamaması halinde, icra memuru "ek (ilave) hacizler" yapar
(İİY m. 100/II).

Hacze katılan tüm alacaklıların alacaklarını, satılan hacizli malların
tutarı karşılayamazsa, icra memuru, İİY m. 140'a göre bir sıra cetveli
düzenler. Buna uygulamada "derece kararı" da denilmektedir.

Satılan malların tutarı, bütün alacaklıların alacaklarına yetmiyorsa
-az önce belirttiğimiz gibi- önce "birinci derece", artan para sonra "ikinci
derece", artan para daha sonra "üçüncü," "dördüncü," "beşinci" vb. derece
alacaklılara alacakları ödenir.

Satılan malların tutarı, birinci derecedeki alacaklılara bile yetmi-
yorsa, icra memuru İİK m. 206'ya göre birinci derecedeki alacaklılar
arasında "sıra cetveli" düzenler ve dağıtımını buna göre yapar.

Demek ki, hacze katılma sonucunda "katılma dereceleri" -ve gere-
kiyorsa; her derece içinde de İİK m. 206'ya göre düzenlenecek "sıra
cet-velleri"- bulunur.⁸⁶

Bu şekilde yapılan dağıtım sonucunda, alacağını alamamış olanlar
bulunursa, bunlara "borçlar ödemedi aciz belgesi" (İİK m. 143) verilir.

⁸⁶ Yılmaz, E., a. g. e., s. 312.

VI. Ayrıca şu hususu da belirtelim ki, kanunumuz, “*maaş ve ücret hacizlerinde*” hacze katılmayı kabul etmemiştir. İlk alacaklı, borçlunun maaş veya ücreti üzerine ilk haczi koydurduktan sonra, hacze katılma koşulları gerçekleşse dahi bir başka alacaklı, ilk hacze katılamaz.⁸⁷ Borçlunun ücretinden kesilen para ile, önce ilk haciz sahibi alacaklının alacağı tam olarak ödenir, ondan sonra ikinci haciz sahibi alacaklıya ödeme yapılmaya başlanır (İİK m. 83/II).⁸⁸

VII. “*İhtiyati tedbir kararına*” dayanılarak, “*hacze katılma*” isteminde bulunulamaz. Çünkü, tedbir kararları, “*sıra cetveli*”nde dikkate alınmaz...⁸⁹

VIII. Bazı alacakların –genelde; *imtiyazlı alacakların*– hacze katılmaları özellik taşır.

“*Nafaka alacağı*”ndan dolayı uygulamada, borçlunun taşınır/taşınmaz malların başka alacaklılar tarafından haczi üzerine borçluda “*nafaka alacağı*” bulunan alacaklılar, ilk haczi koymuş olan icra dairesine başvurarak “*nafaka alacağının İİK m. 206’ya göre birinci sırada imtiyazlı olduğunu*” belirterek, satış bedelinden kendilerine öncelikle ödeme yapılmasını istemektedirler.

Nafaka alacağı, alacaklısına –borçlusuna hakkında önceden takip yapmadan– borçlunun malları üzerine başka alacaklılar tarafından konulmuş olan hacze katılma (iştirak) “*takipsiz hacze katılma*” hakkı verirse de, nafaka alacaklısı bu hacze ancak İİK 100 ve 101’in koşulları çerçevesinde katılabilir. Bu durumda kendilerine alacağının tamamı ödenir.

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak;

“*Nafaka alacağından dolayı konulan hacze, daha sonra taşınmaz malikinin vergi borcundan dolayı konulan haczin iştirak edeceğini, ancak nafaka alacağı ‘imtiyazlı alacak’ olduğundan, önce nafaka alacaklısına ‘tam ödeme’ yapılması gerekeceğini*”⁹⁰

⁸⁷ Bkz., 19. HD 1.12.2005 T. 6586/11935; 10.2.2005 T. 5892/999.

⁸⁸ Bu konuda ayrıca bkz., Bu eser, C. 5; İİK. m. 83, “s. 7414”.

⁸⁹ Bkz., 19. HD 29.5.2003 T. 2610/5736; 22.9.1992 T. 7279/40303; 4.5.1992 T. 3177/1815.

⁹⁰ Bkz., 19. HD 27.10.2005 T. 8593/10741.

“Borçlunun taşınmazı üzerine ilk haczi koymuş olan alacaklının bu hacizden sonra aynı taşınmazın hem nafaka alacaklısı ve hem de vergi dairesince haczedilmesi halinde, önce nafaka alacaklısına alacağıнын tamamının ödenmesi ve artan paranın da diğer iki alacaklı (ilk haczi koyan alacaklı ile vergi dairesi) arasında ‘garameten’ paylaşılması gerekeceğini”⁹¹

ifade etmiştir...

“İşçi alacağı”ndan dolayı uygulamada, borçlunun taşınır/taşınmazı üzerine haciz konulduktan sonra “işçi alacağının İİK m. 206’ya göre ‘birinci sırada’ imtiyazlı olduğu” belirtilerde, borçlunun satılan/satılacak olan taşınırının/taşınmazının satış bedelinden öncelikle ödeme yapılması istenmektedir.

İİK m. 206, iflas halinde yapılacak “sıra cetveli”ni düzenleyen bir hükümdür. İflas halinde, işçi alacakları “birinci sırada imtiyazlı”dır. Haciz yoluyla yapılan takiplerde ise, işçi alacakları, haciz tarihi önce olan âdi alacaklıların önüne geçmez. Ancak, İİK’nın 100. maddesinde sayılan belgelere dayanan işçi alacakları, önceki hacze iştirak ettiklerinde, onlara karşı imtiyazlı duruma gelirler ve kendilerine onlardan önce ödeme yapılır.

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak;

“İşçi alacaklarının iflâs halinde ‘birinci sırada imtiyazlı’ ise de, hacze iştirak halinde, işçi alacağının, haciz tarihi önce alan âdi alacaklıların önüne geçmeyeceğini, ancak İİK’nın 100. maddesinde sayılan belgelere dayanan işçi alacaklarının önceki hacze iştirak etmesi halinde, onlara karşı imtiyazlı duruma geleceğini (onlardan önce ödeneceğini)”⁹²

“İşçi alacağından dolayı konulan haczin, daha önce kamu alacağından dolayı konulan hacze iştirak edemeyeceğini”⁹³

belirtmiştir.

“Avukatlık ücreti”nden dolayı uygulamada, “yazılı avukatlık ücret sözleşmesi” ya da “mahkemece hükmedilen avukatlık ücretinin yer aldığı

⁹¹ Bkz., 19. HD 27.10.2005 T. 5523/10737.

⁹² Bkz., 19. HD 24.3.2005 T. 445/3091; 24.3.2005 T. 8481/3124.

⁹³ Bkz., 19. HD 12.11.2004 T. 5466/11345; 17.6.2003 t. 4077/6560; 12.6.2003 T. 4285/6218.

ilam" a dayanılarak, müvekkil-borçlunun taşınır/taşınmazına haciz konulduğunun öğrenilmesi üzerine, takibin yapıldığı icra dairesine başvurularak "avukatlık ücreti alacağıının rüçhanlı olduğu" belirtilerek, borçlunun satılan/satılacak taşınırın/taşınmazının satış bedelinden öncelikle ödeme yapılması istenmektedir.

Şu hususu hemen belirtelim ki; İİK m. 101' de "avukatlık ücreti"nden dolayı, "takipsiz hacze katılmanın mümkün olabileceği öngörülmemiş olduğundan, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 166/II. maddesinde⁹⁴ belirtilen "rüçhan hakkı", borçlu-müvekkil hakkında icra takibi yapılmadan, doğrudan doğruya icra dairesine başvurularak ileri sürülemez...

Avukatlık Kanunu'nun 166/II. maddesinde düzenlenmiş olan "rüçhan hakkı"nın avukat tarafından ileri sürülebilmesi için; "avukatın müvekkili-borçlu hakkında icra takibi yapmış ve avukata bu takibin kesinleşmesi sonucu haciz isteme yetkisinin gelmiş olması" + "avukatın alacağıının, ilk haczi koymuş olan diğer alacaklıdan önce doğmuş olması" bu durumun avukat tarafından İİK m. 100' de öngörüldüğü şekilde kanıtlanması gerekir.

İİK m. 100'nün koşulları çerçevesinde müvekkili borçlunun taşınır/taşınmazı üzerine "ilk haczi" koymuş olan alacaklının alacağına katılan alacaklı, ancak o zaman, o taşınır/taşınmazın satış bedelinden kendisine "diğer alacaklılara nazar rüçhan hakkı tanınmasını" (önce ödeme yapılmasını) isteyebilir. Avukatın bu talebinin kabul edilebilmesi için, satışı sözkonusu olan taşınırın/taşınmazın avukatını çalışması (girdiği dava) sonucunda borçlu müvekkilinin malvarlığına girmesini ya da malvarlığından çıkmasını sağlamış olması gerekir (Av. K. m. 166/II, C. 1).

Yüksek mahkeme de "Avukatlık Kanunu'nun 166/II. maddesine göre

⁹⁴ 1136 s. Av. K. m. 166/II; "Avukat, müvekkili tarafından verilen veya onun namına aldığı malları, parayı ve diğer her türlü kıymetleri, avukatlık ücreti ve giderin ödenmesine kadar, kendi alacağı nispetinde elinde tutabilir.

Avukat, sözleşme ile kararlaştırılan ve hakim tarafından takdir olunan ücretinden dolayı, kendi çalışması sonucunda müvekkilin muhafaza ettiği veya kazandığı mallar ve davadaki diğer taraftan ilam gereğince tahsil edilecek para yahut alınacak mallar üzerinde diğer alacaklılara nazaran rüçhan hakkını haizdir. Rüçhan hakkı, vekâletnamenin düzenlenme tarihine, vekaletname umumi ise iş sahibi adına ücret konusu işten dolayı ilk yapılan resmi başvurma tarihine göre sıra alır. (4667 sayılı yasa ile ek) iş sahibinin iflası halinde avukatın vekâlet ücreti alacağı da rüçhanlıdır. Ancak, 2.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 206. maddesinin birinci fıkrası hükmü saklıdır."

*avukatın 'sözleşme ile kararlaştırılan' ve 'hakim tarafından takdir olunan' ücretinden dolayı, 'kendi çalışması sonucunda müvekkilinin muvafaza ettiği veya kazandığı mallar' ve 'diğer taraftan ilam gereğince tahsil edilecek para yahut alınacak mallar' üzerinde rüçhan hakkına sahip olduğunu"*⁹⁵

belirtmiştir.

IX. Buraya kadar açıkladığımız İİK m. 100 hükmü, âdi (özel) alacaklar için uygulanır, kamu alacakları hakkında uygulanmaz.

Çünkü, *"kamu alacaklarının hacze katılması"* özel bir kanun olan 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 21/I. maddesi⁹⁶ ile özel olarak düzenlenmiştir.

a. Bu kanun ile; *"âdi (özel) alacaktan dolayı İİK'ya göre haczedilen bir malın daha sonra -hacizli mal paraya çevrilinceye kadar- 6183 s. kanuna göre yapılan takip sonucunda kamu alacağından dolayı da kesin olarak"*⁹⁷ *haczedilmesi halinde, kamu alacağının ilk konulan hacze -İİK m. 100'deki koşullar aranmaksızın- katılması"* kabul edilmiştir. Bu katılma sonucunda, satılan malın bedeli, alacaklılar arasında *"alacakları oranında"* (garameten) paylaşılır. Başka bir deyişle, kamu alacağının *"haczedilen mallar paraya çevrilmemiş bulunduğu sürece"* hacze katılması ve satış bedelinden garameten hisse

⁹⁵ Bkz., 19. HD 23.1.2003 T. 6434/511; 26.9.2002 T. 1821/6101.

⁹⁶ Amme alacaklarında rüçhan hakkı.

Madde 21 - "Üçüncü şahıslar tarafından haczedilen mallar paraya çevrilmeden evvel o mal üzerine amme alacağı için de haciz konulursa bu mal alacak da hacze iştirak eder ve aralarında satış bedeli garameten taksim olunur. Genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezaları ve bunlara bağlı zam ve faizler için tatbik edilen hacizlerde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 268 nci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi uygulanmaz.

Rehinli alacaklıların hakları mahfuzdur. Ancak, gümrük resmi, bina ve arazi vergisi gibi eşya ve gayrimenkulün aynından doğan amme alacakları o eşya ve gayrimenkul bedelinden tahsilinde rehinli alacaklardan evvel gelir.

Borçlunun iflası, mirasın reddi ve terekenin resmi tasfiyeye tabi tutulması hallerinde amme alacakları imtiyazlı alacak olarak 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 206 ncı maddesinin üçüncü sırasında, bu sıranın önceliğini alan alacaklar da dahil olmak üzere tüm imtiyazlı alacaklar ile birlikte işleme tabi tutulur."

⁹⁷ Gerek doktrinde (Kuru, B., *El Kitabı*, s. 462; Akcan, R., *a. g. e.*, s. 155) ve gerekse Yargıtay içtihatlarında (bkz., 19. HD 8.12.2005 T. 8182/12288; 27.10.2005 T. 5329/10733; 30.12.2004 T. 2273/13444 "6183 s. K. 13'e göre konulan ihtiyati haczin, icra dairelerinin önce koyduğu hacze katılma hakkını kamu idarelerine vermediği, yani ihtiyati haciz halinde 6183 s. kanunun 21/I hükmünü uygulanmayacağı" kabul edilmektedir...

alması, bu maddedeki hükümle kabul edilmiş bulunmaktadır.^{98, 99}

Ancak, önemi nedeniyle belirtelim ki, az önce açıklanan sonucun doğabilmesi yani kamu alacağının da önceki hacze katılıp satış bedelinden –aynı sırada– garameten pay alabilmesi için, kamu idaresince konulmuş (uygulanmış) geçerli bir haciz bulunmalıdır.¹⁰⁰

Bu nedenle, kamu idaresinin icra dairesine gönderdiği “*haciz bildirisi*” b aşlıklı maktu (basılı) yazıya dayanılarak –ayrıca, kamu idaresi tarafından, özel kişilerce haciz edilip sattırılan taşınır üzerine fiilen haciz konulduğu, bu konuda düzenlenmesi gereken haciz tutanağı getirtilip incelenmeden– kamu idaresinin önceki hacze iştirak ettirilemez.¹⁰¹

Aynı şekilde, kamu idaresi, tapu kaydına haciz koydurmadığı taşınmazın satış bedelinden –sadece icra dairesine yazı gönderip, satış bedelinden kendisine pay ayrılmasını bildirerek– yararlanamaz (hacze katılamaz).¹⁰²

“*Garameten taksim olunur*” deyimini, “*aynı dereceye kayıtlı alacakların tamamını ödemeye para yetmezse, satış bedelinden elde edilen paranın, alacaklıların alacakları oranında taksim edilmesini*” ifade etmektedir.

Yüksek mahkeme, “*kamu alacaklarının önceki hacze garameten katılması*” (6183 s. K. m. 21/I) ile ilgili olarak;

“*‘Fon’ tarafından yapılan takipler sırasında hacizlerin de –6183 s. K. m. 21/I uyarınca– ‘ilk hacze katılma imkanı’ vereceğini*”¹⁰³

“*Borçlunun taşınmazı üzerine ilk haczi koymuş olan alacaklının bu haczinden sonra, aynı taşınmazın hem nafaka alacaklısı ve hem de vergi dairesince haczedilmesi halinde, önce nafaka alacaklısına alacağının tamamının ödenmesi, ve artan paranın da diğer iki alacaklı (ilk haczi koyan alacaklı ile vergi dairesi)*

⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz., Gülseven, M., *Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun*, s. 144 vd.; Akmansu, M., *Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun Şerh* (ve izahları), s. 128 vd.; Aykaç, K., *Şerh ve İzahlı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun*, s. 115 vd.; Yılmaz, E., a. g. m., s. 306; Önen, E., a. g. m., s. 156; Akcan, M., a. g. e., s. 132 vd.

⁹⁹ Bkz., 19. HD 9.2.2006 T. 10322/1166; 26.1.2006 T. 9319/458; 1.12.2005 T. 6880/11913 vb.

¹⁰⁰ Bkz., 19. HD 9.2.2006 T. 10111/1154; 13.10.1994 T. 7318/9371.

¹⁰¹ Bkz., 12. HD 24.4.1985 T. 14141/3884; HGK. 28.6.1977 T. 5963/6513.

¹⁰² Bkz., 12. HD 2.6.1983 T. 3168/4406.

¹⁰³ Bkz., 19. HD 1.12.2005 T. 7688/11947.

arasında 'garameten' paylaştırılması gerekeceğini"¹⁰⁴

"İflas idaresince düzenlenen sıra cetvelleri hakkında –kamu alacaklarının sırası yönünden– 6183 s. Kanununun 21/1 değil, 21/III fıkrası hükümlerinin uygulanacağını"¹⁰⁵

"SSK'nun ancak kamu alacağı niteliğindeki alacaklarının 6183 sayılı kanun uyarınca önceki hacizlere iştirak edebileceğini, buna karşın sebepsiz zenginleşme, haksız fiil ve sözleşmelerden doğan alacakları için konulan haciz-lerin, 6183 sayılı Kanununun 21/I maddesi uyarınca ilk hacze iştirak edemeyeceğini (Bu alacakların ilk hacze iştirak edip edemeyeceğininin, İİK'nın 100. maddesine göre belirleneceğini)"¹⁰⁶

"İlk haczin dayandığı alacak hangi sebepten doğmuş olursa olsun, kamu alacağı için haciz konulması halinde, kamu alacağının ilk hacze iştirak edeceğini"¹⁰⁷

"6183 sayılı Kanun'un 77. maddesine göre haczedilen taşınır malların cinsi ve nev'inin niteliğinin, sayısının, tahmin edilen değerinin, haciz tutanağında belirtilmemiş olması halinde haczin geçerli olmayacağını"¹⁰⁸

"Aracın aynından doğmayan vergi alacağından dolayı satıştan önce konulan haczin garameten paylaşma olanağı sağlayacağını"¹⁰⁹

"İhtiyati haciz kesin hacze dönüştükten sonra, kamu alacağı için konulan haczin, İİK'nın 100. maddesindeki koşullar aranmaksızın, ilk hacze katılacağını"¹¹⁰

"Hacizli aracın sicil kaydına paraya çevrilmeden önce kamu alacağından dolayı haciz konulması halinde, İİK'nın 100. maddesindeki koşullar aranmaksızın, kamu alacağının da hacze katılacağını ve satış bedelinin garameten paylaştırılması gerekeceğini"¹¹¹

¹⁰⁴ Bkz., 19. HD 27.10.2005 T. 5523/10737.

¹⁰⁵ Bkz., 19. HD 29.9.2005 T. 3672/9351.

¹⁰⁶ Bkz., 19. HD 26.6.2003 T. 1477/6888; 25.6.1996 T. 4737/6584; 3.10.1995 T. 7705/7823.

¹⁰⁷ Bkz., 19. HD 27.1.2000 T. 8051/408.

¹⁰⁸ Bkz., 19. HD 11.11.1999 T. 6782/6728.

¹⁰⁹ Bkz., 19. HD 11.11.1999 T. 6783/6717; 28.10.1999 T. 6303/6363.

¹¹⁰ Bkz., 19. HD 30.1.1997 T. 9835/624.

¹¹¹ Bkz., 19. HD 15.12.1993 T. 638/995.

“Kurumlar vergisinden doğan alacağın imtiyazlı alacak durumunda bulunmaması nedeniyle, vergi dairesinin hacziyle diğer alacaklı bankanın haczinin aynı tarihte yapılmış olması halinde, satış tutarının garameten paylaşılması gerekeceğini”¹¹²

belirtmiştir.

4958 s. Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu’nun 21. maddesi ile 1479 s. Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu (Bağ-Kur) Kanunu’nun 17. maddesinde *“Kurumun alacaklarının Devlet alacağı derecesinde imtiyazlı olduğu”* öngörüldüğünden gerek SSK ve gerekse Bağ-Kur *“prim alacaklarından dolayı”* az önce açıkladığımız 6183 s. kanunun 21/II. maddesi çerçevesinde, yani İİK m. 100’deki koşullar aranmadan ve *“hacizli mal paraya çevrilinceye kadar”* hacze katılabilir (506. s. kanun m. 80/IV).

İİK’na göre icra dairesince haczedilmiş olan mala, birden fazla kamu idaresi tarafından, kamu alacağından dolayı haciz konulmuş olursa, bu kamu alacaklarının hepsi hacze katılır ve satış bedeli hepsi arasında garameten paylaşılır.¹¹³

İİK’na göre icra dairesince konulmuş olan haciz, imtiyazlı bir alacak –örneğin; işçi alacağı– için konulmuş dahi olsa, kamu alacağı yine bu hacze katılır ve satış bedeli *“imtiyazlı alacak”* ile *“kamu alacağı”* arasında garameten paylaşılır.

b. Dikkat edileceği üzere; burada, kamu alacağına hacze katılma olanağı, –İİK m. 100’de olduğu gibi– *“satış bedelinin vezneye girmesine kadar”* değil, *“satış tarihine kadar”* tanınmıştır.¹¹⁴

Ayrıca, kamu alacağına tanınan ayrıcalık, hacze katılmasını sağlamak bakımındandır. Yoksa, *“kamu alacağı”* âdi alaktan önce sırada yer alacak değildir.

Kamu alacağının diğer alacaklardan önce gelmesi, yalnız; gümrük resmi, bina ve arazi vergisi, veraset ve intikal vergisi, eşya ve taşınmazın

¹¹² Bkz., 12. HD 8.2.1989 T. 5709/1685.

¹¹³ Bkz., 19. HD 3.6.1999 T. 3365/3853.

¹¹⁴ Bkz., 19. HD 1.12.2005 T. 7486/11939; 29.9.2005 T. 3644/9349; 23.6.2005 T. 1780/7074.

aynından doğan vergi cezaları, motorlu taşıtlar vergisi¹¹⁵ gibi eşya ve gayrimenkulün aynından doğan kamu alacakları için kabul edilmiştir. Hatta bu takdirde, bunların rehinli alacaklılardan dahi önce gelecekları belirtilmiştir. (6183 s. Y. m. 21/II).

Bunların dışında; gelir vergisi, kurumlar vergisi, kıymet artış vergisi, mâli denge vergisi, gibi kamu alacakları *"imtiyazlı alacak"* sayılmazlar ve kamu idaresi, bu alacaklarından dolayı daha önce konulan hacze *"ayni derecede"* katılır yani, hacizli malın satış bedeli, ilk önce haciz koyan alacaklı ile daha sonra aynı hacze, aynı derecede katılan alacaklı arasında *"garameten"* paylaşılır.

Ayrıca belirtelim ki; katma değer vergisi ise -3065 s. Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 55. maddesinde¹¹⁶ belirtilen mallarla sınırlı olarak, bu mallar rehinli olsa bile, cebri icra satış bedelinden -zam ve cezaları ile birlikte- öncelikle ödenir.¹¹⁷

c. Buna karşılık, kamu alacağından dolayı 6183 s. yasa gereğince konulan hacze, alacağı özel hukuktan doğan alacaklıların -âdi ve imtiyazlı alacakları için- katılması kabul edilmemiştir.

Bu nedenle, 6183 s. yasaya göre konulmuş olan hacze, âdi (özel) alacaklılar, İİK mad. 100'deki koşullar çerçevesinde dahi katılamazlar.¹¹⁸ ¹¹⁹Yüksek mahkeme,¹²⁰ *"Sosyal Sigortalar Kurumu'nun prim alacaklarının 'kamu alacakları' gibi işlem göreceğini bu nedenle, prim alacağından dolayı haczedilen malların, daha sonra üçüncü kişiler tarafından haczedilmesi halinde, üçüncü kişilerin önceki Kurum'un haczine katılmayacaklarını, satış bedelinden, önce Kurum'un alacağının ödenmesi gerekeceğini"*

belirtmiştir.

¹¹⁵ Bkz., 19. HD 26.1.2006 T. 9306/457; 30.6.2005 T. 2355/7380.

¹¹⁶ 3065 s. Katma Değer Vergisi K. m. 55: "Mükelleflerin fabrika, imalathane, ticarethane, şube, satış mağazası ve depolarında mevcut ilk madde, yarı mamul ve mamul madde stokları, üçüncü şahıslara satılmış veya rehnedilmiş olsa dahi, Katma Değer Vergisi ile zam ve cezalarının teminat ı hükmünde olup, bedellerinden ilk önce sözü edilen hazine alacağı tahsil olunur."

¹¹⁷ Bkz., 19. HD 29.9.2005 T. 3810/9356.

¹¹⁸ Kuru, B., a. g. e., C. 1, s. 854; Önen, E., a. g. m., s. 156; Akyazan, S., *İcra ve İflâs Kanunu'ndaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerine İnceleme ve Açıklamalar*, s. 132.

¹¹⁹ Bkz., 19. HD 20.10.2005 T. 5069/10457; 3.7.2003 T. 2576/7353; 9.2.2002 T. 9902/3532; 19. HD 12.11.2004 T. 5466/11345; 17.6.2003 T. 4077/6500; 12.6.2003 T. 4285/6218.

¹²⁰ Bkz., 12. HD 3.5.1984 T. 2443/5589 (Uyar, T., Haciz, s. 830).

d. Aynı borçlunun (aynı) malları üzerine, birden fazla kamu idaresi tarafından farklı tarihlerde kamu alacağından dolayı haciz konulmuş olursa, –kamu alacağının bu haciz tarihinden önce tahakkuk etmesi koşuluyla– hacizli malın satış bedelinden önce ilk haciz koyan daire yararlanır yani önce onun alacağı ödenir, para artarsa, bu artan para, daha sonra haciz koydurmuş olan daireye –hacze iştirak tarihine göre– ödenir (6183 s. Kanun m. 69).^{121 122}

¹²¹ Amme idareleri arasında hacze iştirak:

(183, s. K. madde 69: “Her amme idaresi, diğer bir amme idaresi tarafından yapılan hacizlere, amme alacağı bu haciz tarihinden önce tahakkuk etmiş olmak şartıyla haczedilen mallardan herhangi biri paraya çevrilinceye kadar iştirak edebilir.

Hacze iştirak halinde, hacizli malın bedelinden ilk önce haczi yapan dairesinin alacağı tahsil olunur. Artanı hacze iştirak tarihi sırası ile alacaklarına mahsup edilmek üzere, hacze iştirak eden dairelere ödenir.”

¹²² Bkz., 19. HD 15.12.2005 T. 8591/12569; 1.12.2005 T. 7089/11915; 24.11.2005 T. 6554/11560 vb.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay 4. Ceza Dairesi

T. 19.04.2006
E. 2004/21680
K. 2006 /9696

* Yakalama
* Gözaltına alma
* Kişi özgürlüğü ve güvenliği
* Konut dokunulmazlığı
* Kolluk görevlilerinin arama izni
(AİHS m. 5, 8; AY m. 19/2, 21;
2559 s. Polis Vazife ve Salahiyet
K. m.13;1412 s. CMUK m.94-99, 127-131;
5271 s. CMK m. 116-121)

Yerel mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle, başvurunun nitelik, ceza türü, süresi ve suç tarihine göre dosya görüşüldü:

Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi.

Vicdani kanunun oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görülmemiştir.

Ancak; Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nce 18.5.1954 tarihinde onaylanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi, Anayasa'nın 19/2, Polis Vazife ve Salahiyet Yasası'nın 13. ve olay tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYY'nin 127-131, 5271 CYY'nin 90-98 maddeleri ile Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 5. maddelerinde hangi koşullarda kişilerin yakalanıp gözaltına alınabileceği belirlenmiş; yine anılan sözleşmenin 8, Anayasa'nın 21, 1412 sayılı CYY'nin 94-99, 5271 CYY'nin 116-121. maddeleri ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 7 ve 8. maddelerinde bir suç sebebiyle kolluk görevlileri tarafından kişilerin konutuna müdahale edebilmenin koşulları açıklanmıştır.

Anılan sözleşmenin yanında Anayasa ve yasalarla güvence altına alınan “kişi özgürlüğü ve güvenliği” ile “kişilerin özel hayatı, aile hayatının gizliliği, konut dokunulmazlığı” ilkeleri çağdaş hukuk düzeninin vazgeçilmez bir parçası olarak kabul edilen insan haklarının en temel ilkeleri arasında yer almaktadır. Kolluk görevlilerinin yasal olarak verilmiş bir görev olmadıkça, hak ve özgürlükleri sınırlayıcı işlemler yapmasına olanak bulunmamaktadır. Kişilerin, isteği olmaksızın kısa süre için de olsa kolluk görevlileri tarafından alıkonulması, gözaltına alma olarak tanımlandığından, kendi isteği olmaksızın kişilerin böyle bir muameleye tabi tutulması, ancak yukarıda sayılan düzenlemeler çerçevesinde gerçekleştirilmelidir. Sözü edilen düzenlemelerde aranan koşullar bulunmadığı ve uymak zorunda buldukları yasal bir zorunluluk olmadığı sürece kişilerin tutulması, alıkonulması, araçta ya da karakolda bekletilmesini ise haksız gözaltına alma olarak nitelendirmek gerekmektedir.

Somut olayda, yakınanların evlerinde arama yapmayı haklı gösterecek arama konusunda verilmiş hakim kararı olmadığı gibi hakim kararı olmadan arama yapılabilecek durumlara ilişkin Yasada öngörülen koşullardan herhangi birinin gerçekleşmemesine, diğer yandan yakınanların gözaltına alınmalarını haklı gösterecek yasal bir neden de bulunmamasına karşın, salt yakınanlardan birinin de karıştığı ileri sürülen hırsızlık suçunun şüphelisi olarak aranan bir başka kişinin yakalanabilmesi amacıyla, gece saat 04.00 sıralarında yakınanların kapısına gelerek, aramakta oldukları M. G. adlı kişinin adresinin yakınanlarca bilinebileceği düşüncesiyle, önce A. T.’nin zilini çalarak kendisini sordukları, onu bulamayınca kardeşi H. T.’nin evine girerek arama yapıp, onu polis aracına aldıkları, daha sonra da evde olduğunu öğrendikleri A. T.’nin evinde arama yapmak için girdikleri, ancak onun direnmeleriyle karşılaşınca evden ayrılıp H. T.’yi de araca bindirip karakola götürerek yaklaşık yarım saat beklettikten sonra serbest bıraktıkları kabul edilmesi karşısında; soruşturma evresinde ifadeleri alınan ve olayla ilgili bilgisi bulunan tanıklar S. N. E, C. B. ve E. T. dinlenip, yakınan H. T.’yi gözaltına alma konusunda yetki kullanan görevli ile sanıklardan hangilerinin yakınanların evlerine girdiği belirlendikten sonra; yasalarda öngörülen hükümlere uymaksızın

a) Yakalama işlemi gerçekleştiren sanığın eyleminin özgürlüğü sınırlama;

b) Yakınanların evlerine girdiği saptanan sanıklar yönünden de, memurun konut dokunulmazlığın bozma suçlarının oluşacağı gözetilmeden, “yakalamalı ve aramalı konumunda olan kişileri araştırmak ve bu

kişilerin suç işlemlerini önlemek amacıyla eylemlerin gerçekleştirildiği” ve yakınların arama konusunda izin verdiklerine ilişkin beyanları olmadığı ve bu yönde tutanak bulunmadığı halde, “rıza dahilinde yasal işlemler yapıldığı” biçiminde yetersiz gerekçelerle beraat kararları verilmesi,

Yasaya aykırı ve O yer C. Savcısı’nın temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden tebliğ nameye uygun olarak hükmün bozulmasına, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 19.04.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 31.04.2004

E. 2004/1-186

K. 2004/189

*** Muris muvazaası**

*** Tapu iptali ve tescil**

(4721 s. TMK m. 706; 818 s. BK m. 213;
2644 s. Tapu K. m. 26)

Taraflar arasındaki “*muvazaa nedeniyle tapu iptali, tescil*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Sakarya 2. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 10.06.2003 gün ve 2002/383 E- 2003/428 K. sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 17.09.2003 gün ve 2003/8519-9035 sayılı ilamı ile; (... dosya içeriğine ve toplanan delillere göre dava konusu 681 parsel sayılı taşınmazın 3.kişiler adına hükmen kayıtlı iken 1/2 payının 1972 yılında, 370/4600 payının da 1975 yılında satış suretiyle davalıya intikal ettiği, miras bırakanla kayden bir bağlantısının bulunmadığı anlaşıldığından bu parsel yönünden davanın reddedilmesinde bir isabetsizlik yoktur.

680 parsel sayılı taşınmazın ise, 13/16 payının miras bırakana ait iken 4.2.1991 tarihinde davalının baldızı Nurhan’a satılarak devredildiği, Nurhan’ın da bu payı 8.7.1993 tarihinde satış suretiyle davalıya temlik ettiği kayden sabittir.

Bilindiği üzere; uygulamada ve öğretide “*muris muvazaası*” olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibariyle nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek,

gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir.

Bu durumda yerleşmiş Yargıtay içtihatlarında ve 1-4-1974 tarih 1/2 sayılı İnançları Birleştirme kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Medeni Kanun'un 706, Borçlar Kanunu'nun 213 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaası nedeniyle geçersizliğinin tespitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler.

Hemen belirtmek gerekir ki bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir, çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan, bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bunun içinde ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri olayların olağan akışı miras bırakanın sözleşmeyi yapmaktan haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır.

Somut olay ve toplanan deliller yukarıda açıklanan ilkelerle birlikte değerlendirildiğinde miras bırakanın satışa ihtiyacı olmadığı, ara malik Nurhan'ın taşınmazı hiç kullanmadığı alım gücünün bulunmadığı, satış bedelleri ile gerçek değerler arasında bariz fark belirlendiği böylelikle devirlerin muvazaalı biçimde gerçekleştirildiği sonucuna varılmaktadır. Hal böyle olunca, 680 parsel sayılı taşınmazdaki miras bırakan payı yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanılığın değerlendirilmesi ile anılan parsel hakkındaki davanın da reddedilmesi doğru değildir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 25.02.2004
E. 2004/18-92
K. 2004/107

* İrtifak hakkı
* Kamulaştırma bedelinin tespiti
* Tapuya tescil
* Davalının davanın açılmasına sebebiyet vermediği gerekçesiyle, davası reddedilen davacıya vekalet ücretinin hükmedilmemesi
(4650 s. K. ile değişik
2942 s. Kamulaştırma K. m. 5, 6, 8, 10;
AY m. 46; 1086 s. HUMK m. 423/6)

Taraflar arasındaki "kamulaştırma konusu irtifak hakkı bedelinin tespiti ve bu hakkın tapuya tescili" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Denizli Asliye 2. Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 2.5.2003 gün ve 2002/1060-2003/381 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 2.10.2003 gün ve 7010-7138 sayılı ilamı ile, (... Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre sair temyiz itirazları yerinde değildir.

Ancak;

Yargıtay'ın önüne gelen uyuşmazlık kamulaştırma bedelinin tespiti istemine ilişkin olup, davanın niteliğine göre kendini vekille temsil eden taraflar lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca maktuen vekalet ücretine karar verilmesi gerekirken vekalet ücreti takdirine yer

olmadığı biçiminde hüküm kurulması doğru değildir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, 4650 sayılı yasayla değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Yasası'nın 10. maddesi uyarınca kamulaştırma konusu irtifak hakkı bedelinin tespiti ve bu hakkın tapuya tescili istemine ilişkindir.

Davacı Türkiye Elektrik Dağıtım AŞ vekili; dava konusu taşınmaz da daimi irtifak tesisi için davacı idarece kamu yararı kararı alınmış olup, 2942 sayılı Kamulaştırma Yasası'nın 4650 sayılı yasa ile değişik 8. maddesine göre satın alma usulü ile taşınmazın devri konusunda davalı mal sahibi ile anlaşma sağlanamadığını ileri sürerek; anılan yasanın 4650 sayılı yasa ile değişik 10. maddesi uyarınca taşınmazın kamulaştırma bedelinin tespitine ve irtifak hakkının davacı idare adına tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davaya cevap vermeyip, yargılamaya da katılmamıştır.

Mahkemenin; "*Bilirkişi kurulunca, irtifak hakkı bedelinin 595.030.000 TL. tespit edildiği*" gerekçesiyle, "*Davanın kabulü ile, idarece bankaya bloke edilen 595.030.000 TL. irtifak hakkı bedelinin hükmün kesinleşmesi beklenmeden davalıya ödenmesine, taşınmazda tesis edilen irtifak hakkının davacı idare adına tapuya tesciline, davacı lehine vekalet ücreti takdirine yer olmadığına*" dair verdiği karar, özel dairece yukarıda açıklanan nedenle bozulmuş; yerel mahkeme, "*davalının, davanın açılmasına sebebiyet vermediği anlaşıldığından, vekalet ücretinden sorumlu tutulamayacağı*" gerekçesiyle, önceki kararında direnmiştir.

Görüldüğü üzere, özel daire ile yerel mahkeme arasındaki uyumsuzluk; idarece 2942 sayılı Kamulaştırma Yasası'nın 4650 sayılı yasa ile değişik 10. maddesi uyarınca kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmazın idare adına tescili istemiyle açılan davanın niteliğine göre, davacı idare lehine vekalet ücretine hükmedilmesinin gerekip gerekmediği, noktasındadır.

Uyuşmazlığın çözüme geçilmezden evvel, 2942 sayılı Kamulaştırma Yasası'nın satın alma usulü ve bedel tespiti esaslarını düzenleyen 8. ve 10. maddelerinde 4650 sayılı yasa ile getirilen değişiklik ve bu bağlamda kamulaştırma bedelinin tespiti ile idare adına tesciline ilişkin davanın hukuki niteliği üzerinde durulmasında yarar vardır.

4/11/1983 gün ve 2942 sayılı Kamulaştırma Yasası'nın uygulanması sırasında ortaya çıkan sorunların sağlıklı bir biçimde çözümü ve Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen ve asıl kural olan, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarının nakden ve peşin olarak ödenmesi koşuluyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların objektif esaslara göre hızlı, doğru ve sağlıklı bir şekilde kamulaştırılması esasının tam olarak uygulanmasının sağlanması amaçlanarak, 24/4/2001 gün ve 4650 sayılı yasa ile değişik hükümler getirilmiştir.

4650 sayılı yasa ile, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'ndaki mevcut kamulaştırma sistemi değiştirilerek, öncelikle yasanın 8. maddesinde öngörülen satmalma usulü uygulamalarının sağlanması; tarafların anlaşamaması veya ferah verilmemesi halinde 10. madde gereğince kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti ve idare adına tescili öngörülmüştür.

Yasa değişikliği ile getirilen düzenleme sonucu, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun bedel artırımına ilişkin 14. maddesi ve taşınmazın idare adına tescili hükümlerini içeren 16 ve 17. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

O halde, Kamulaştırma Yasası'nda, 4650 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonucu getirilen yeni sistemde; anılan yasanın 5. maddesinde sayılan mercilerce verilecek kamu yararı kararlarının 6. madde uyarınca onaylanmasından sonra, 8. maddede belirtilen esaslar çerçevesinde idarenin, kıymet takdir komisyonu ve uzlaşma komisyonu kurarak, tespit edilen tahmini bedeli belirtmeksizin, taşınmazı pazarlıkla ve anlaşarak satmalma iradesini malike bildirmesi; kamulaştırmanın satın alma usulü ile yapılamaması halinde, idarece, 10. maddeye göre kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti ve taşınmazın idare adına tescili istemiyle Asliye Hukuk Mahkemesi'nce müracaat etmesi gerekir.

Bu noktada, mahkemece adil ve hakkaniyete uygun bir kamulaştırma bedeli tespit edilip, taşınmaz malın idare adına tesciline ve kamulaştırma bedelinin hak sahibine ödenmesine karar vermek, Kamulaştırma Yasası'nın değişik 10. maddesinin amir hükmü gereğidir.

Görölmektedir ki, idarece satın alma aşamasında tespit edilip, malike dahi bildirilmeyen tahmini bedel taraflar açısından bağlayıcı olmadığından, sonraki aşamada kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti ve taşınmazın idare adına tescili amacına yönelik olarak açılan davada; kamulaştırma bedelinin artırıldığı ya da eksiltildiği, eş deyişle tahmini bedelden yüksek ya da düşük bir bedele hükmedildiğini söylemek mümkün değildir.

Bu itibarla, gerek pazarlık aşamasında tahmini bedeli bilmeyen mal sahibinin, gerekse kamulaştırmanın sonuçlandırılması için yasaca öngörölen zorunluluk çerçevesinde mahkemeye müracaat eden idarenin, eldeki davada haklı ya da haksız olduğundan söz edilemez.

Yine yasa değişikliğiyle getirilen düzenlemeyle, 10. madde uyarınca mahkemenin, kamulaştırmayı sonuçlandırarak; bir taraftan tespit edilen kamulaştırma bedelinin hak sahibi davalıya ödenmesine, diğer taraftan taşınmaz malın idare adına tesciline karar vermesi karşısında, tarafların davada haklılık ya da haksızlığının söz konusu olmadığı açıktır.

Öte yandan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 423. maddesinin 6. bendinde açıkça belirtildiği gibi, vekalet ücreti bir yargılama gideridir. Bu nedenle, 29/5/1957 gün, 4/16 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda yazılı olduğu şekilde, yargılama giderlerinden olan avukatlık parası, diğer yargılama giderlerinde olduğu gibi mahkemece kendiliğinden hükme bağlanır.

Kural olarak, davada haklı çıkan taraf kendisini vekil ile temsil ettirmiş ise, vekalet ücreti diğer yargılama giderleri gibi haksız çıkan taraftan alınarak haklı çıkan tarafa verilir (HUMK m. 416, m. 417)

Ne var ki, az yukarıda yapılan açıklama ve gerekçeler ışığında, sözü edilen ana kuralın; kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti ve taşınmazın idarece adına istemiyle açılan davalarda uygulanma olanağının bulunmadığı, kuşku ve duraksamaya yer olmaksızın görölmektedir.

Davacı idare lehine taşınmazın tescili, davalı mal sahibi lehine kamulaştırma bedelinin tahsili sağlandığından, kendini vekille temsil eden taraflar lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca maktuen vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Hal böyle olunca, yerel mahkemece aynı yöne işaret eden bozma kararına uyularak, kendini vekille temsil ettiren davacı lehine maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup, direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**T. 28.04.2004****E. 2004/5-241****K. 2004/241***** Yargılamanın yenilenmesi yoluyla taşınmazın iadesi ve tescili***** Kamulaştırmadan vazgeçme**(2942 s. Kamulaştırma K. m. 21, 22, 23;
1086 s. HUMK m. 445)

Taraflar arasındaki “*yargılamanın yenilenmesi yoluyla taşınmazın iadesi ve tescil*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Küçükçekmece 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 24.12.2002 gün ve 1993/1025 E. 1995/969 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 07.04.2003 gün ve 2003/2842-4964 sayılı ilamı ile; (... dava, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 23.maddesi uyarınca kamulaştırılan taşınmazın iade-i muhakeme yoluyla geri alınması istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Kamulaştırma Kanunu’nun 23. maddesinde kamulaştırmayı yapan idarece kamulaştırma amacına uygun hiçbir işlem ve tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa mal sahibinin taşınmazı geri alabileceği öngörülmüştür.

Dosyada mevcut Küçükçekmece 2.Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 1993/1025 Esas ve 1993/969 Karar sayılı dava dosyasında, davacının bu geri alım hakkına dayanarak açtığı davanın reddedildiği ve bu red kararının da 13.3.1997 tarihinde kesinleştiği anlaşılmıştır. Taşınmazların sahibi olan davacının kesinleşen bu red kararından sonra iade-i muhakeme yoluyla geri istemesi HUMK’un 445. maddesinde yazılı hususlardan hiçbirisine uymadığından davanın reddi yerine, kabulüne karar verilmesi,

Doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, kamulaştırılan taşınmazın 2942 sayılı Kamulaştırma Yasası'nın 23.maddesi uyarınca yargılamanın yenilenmesi yolu ile geri alınması istemine ilişkindir.

Davacı, davalı Milli Savunma Bakanlığı tarafından kamulaştırılan Küçükçekmece ilçesi, ikitelli köyü 108, 110, 112, 117 ve 2320 parsel sayılı taşınmazlarının askerî tatbikat ve atış alanı olarak kullanılmak üzere kamulaştırıldığını, ancak bu taşınmazların kamulaştırma amacı yönünde kullanılmadığını, bu nedenle Kamulaştırma Yasası'nın 23. maddesi uyarınca açtığı davanın, davalı idarenin davaya konu taşınmazların kamulaştırma amacı doğrultusunda kullandığını bildiren yazısı dayanak alınarak reddedilip Yargıtay onamından geçerek kesinleştiğini, ancak yıllar sonra aynı yerde Küçükçekmece 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 29.11.1995 gün ve 1993/1025 Esas 1995/969 K. sayılı ilamı ile aynı zamanda ve aynı amaçla kamulaştırılan taşınmazların kamulaştırılmasından vazgeçildiğini öğrendiğini, davalı idarenin emsal dosyadaki belgelere göre 2320 numaralı parselin kamulaştırmasından da vazgeçmiş ve bazı taşınmazların önceki maliklerine iade edilmiş olduğunu, davalının kendilerinin bu bilgiye ulaşmasını engellediğini, önceki mahkemenin hükmüne dayanak aldığı, idarenin 15.10.1995 tarihli yazısının gerçeği yansıtmadığını ileri sürerek, yargılamanın yenilenmesi yoluyla Kamulaştırma Yasası'nın 23.maddesine göre dava konusu taşınmazların kendisine iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı idare, davada yargılamanın yenilenmesi nedenlerinin bulunmadığını, dava konusu taşınmazın arsa ofisine tahsis edilene kadar kamulaştırma amacı doğrultusunda kullanıldığını ileri sürerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemenin, dava konusu yerde bulunan ve aynı amaçla kamulaştırılan diğer tüm taşınmazların içerisinde yer aldığı 2663 sayılı parselin, ihtiyaç kalmayan taşınmazların satışını düzenleyen 189 sayılı kanuna göre satılması nedeniyle, burada bulunan diğer parsellerin kamulaştırmasının durdurulduğu ve daha sonra kamulaştırmadan vazgeçildiği, bir kısım taşınmazların sahiplerine iade edildiği, davacının ise bu belgelere tesadüfen ulaştığı, iade koşullarının ve yargılamanın yenilenmesi koşul-

larının oluştuğu gerekçesiyle davanın kabulüne ilişkin olarak kurduğu hüküm, özel dairece yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuş mahkeme önceki kararında direnmiştir.

Uyuşmazlık, somut olayda HUMK m. 445'te öngörülen yargılamanın yenilenmesi koşullarının gerekleşiş gerçekleşmediği noktasında toplanmaktadır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden; dava konusu 9 pafta 108, 110, 112, 117 ve 43 pafta 2320 parsel nolu taşınmazlar ile başka kişilere ait birçok parselin, davalı idarece atış alanı olarak kullanılmak üzere Aralık 1983'de kamulaştırdığı, 19.07.1984 tarihinde davacı tarafından ferağ verilmek suretiyle davalı idare adına tapuya kaydedildiği, takdir edilen bedelin artırımı için açılan davada kısmen kabul edilerek bedelin kesinleştiği ve bu davanın görülmesi sırasında kamulaştırılan parsellere ait bilgi ve krokilerin dosyaya gönderildiği anlaşılmaktadır.

Davacı tarafından 15.07.1993 tarihinde dava konusu taşınmazların davalı idarece kamulaştırma amacına uygun Şekilde atış alanı olarak kullanılmadığı, olduğu gibi bırakıldığı iddiası ile Küçükçekmece 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde geri alım davası açılmış ise de, mahkemece taşınmazların atış alanı olarak kullanıldığı, ayrıca atış alanı ve gümrük alanı olarak kullanılması halinde her hangi bir tesis yapılmasının gerekmediği gerekçesi ile, 1993/1025 Esas ve 1995/969 Karar sayılı ilamı ile, bu dava reddedilmiş ve Yargıtay denetiminden geçerek 13.03.1997 tarihinde kesinleşmiştir.

Yargılamanın iadesi olağanüstü bir kanun yoludur ve sebepleri HUMK'un 445. maddesinde sınırlı (tahdidi) olarak sayılmıştır. Bu sayırlar dışındaki bir nedenle yargılamanın iadesi talep edilemez. (YHGK. 17.04.1996 gün ve 1996/10-112-282 sayılı ilamı). Davacı da HUMK'un 445'de sayılan sebeplerden I nolu bende dayanmıştır.

Yargılamanın yenilenmesi, bazı ağır yargılama hatalarından ve eksikliklerinden dolayı, maddi anlamda kesin hükmün ortadan kaldırılmasını ve daha önce kesin hükme bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama ve inceleme yapılmasını sağlayan olağanüstü bir kanun yoludur. Dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilmesi için öncelikle hükmün kesinleşmiş olması Şarttır.

Yargılamanın yenilenmesi nedenleri Şunlardır; 1-Yeni bir senet veya belgenin ele geçirilmiş olması (HUMK 445/1).

Davacı bu bende dayandığından, bu bendi daha yakından incelemekte yarar bulunmaktadır. Yeni bir senet ya da belgenin ele geçirilmiş olmasının yargılamanın yenilenmesi nedeni olabilmesi için, aşağıdaki koşulların tümünün birlikte gerçekleşmesi gerekir. Buna göre;

a) Bu senet ya da belgenin davaya bakıldığı sırada mevcut olması,

b) Yeni ele geçirilmiş olan senet veya belgenin, hükmü etkileyecek nitelikte olması,

c) Bu senet veya belgenin hükmün verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması,

d) Bu yeni senet veya belgenin yargılama sırasında bir zorlayıcı nedenden (mücbir sebep) veya lehine hüküm verilen tarafın eyleminden dolayı elde edilememiş olması,

e) Yargılamanın yenilenmesini isteyen tarafın bu senet veya belgeyi yargılama sırasında elde edememesinde kusurlu olmaması gereklidir.

Buna göre, kendi kusuru ile bu senet veya belgeyi yargılama sırasında elde edememiş ve mahkemeye vermemiş olan taraf yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunamaz.

2- Hükme esas alınan senedin sahte olduğunun bir mahkeme hükmü ile saptanmış olması (HUMK 445/2).

3- Hükme esas alınan bir ilamın kesin hükümle ortadan kaldırılmış olması (HUMK 445/3).

4- Tanığın yalan tanıklıktan dolayı mahkum olması (HUMK 445/4).

5- Bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor vermekten mahkum edilmiş olması (HUMK 445/5).

6- Karşı tarafın yalan yeminden dolayı mahkum edilmiş olması (HUMK 445/6).

7- Karşı tarafın hükme etkili hile kullanmış olması (HUMK 445/7)

8- Vekil veya mümessil olmayan kişilerin huzuru ile davanın görülmüş olması (HUMK 445/8).

9- Davaya bakması yasak olan hakimin hüküm vermiş olması (HUMK 445/9).

10- Bir dava hakkında birbirine aykırı iki hüküm bulunması (HUMK m. 445/10) gerekir. (Prof. Dr. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, G. Baskı, Cilt 5. 2001, s. 5164 vd).

Bu durumda, davacının yargılamanın iadesi talebinin kabul edilmesi mümkün değildir. Şöyleki;

Somut olaya baktığımızda; 2942 sayılı Kamulaştırma Yasası'nın 23/3. maddesine göre aynı amacın gerçekleşmesi için birden fazla taşınmaz mal birlikte kamulaştırıldığı takdirde bu taşınmaz malların durumun bir bütün oluşturduğu kabul edilerek, geri alma hakkı buna göre değerlendirilir. Davacının açtığı bedel artırma davasında dava konusu taşınmazların dışında davalı idarece atış alanı olarak kullanmak gayesi ile başka şahıslara ait parsellerinde kamulaştırıldığı konusunda bilgi ve belge vardır. Zaten bu konu davacının da kabulündedir. Davacının geri alım davası açarken, diğer kamulaştırılan parsellerin son durumunu da öğrenmesi gerekirdi. Zira, geri alma davasını açma süresi bu parsellerden kamulaştırması ve bedeli en son kesinleşen parselin kesinleşme tarihinden itibaren hesaplanır. Bu hazırlıklar yapılmadan açılan davanın hak düşürücü süreden reddedilme ihtimali mevcuttur. Bu itibarla, diğer araştırmaların yanında, tapu sicil müdürlüğünden bu parseller hakkında bilgi almak gerekir. TMK'nın 1020 (eski 928) maddesine göre tapu sicili herkesi açıktır. İlgisi olduğunu ispat eden herkes gerekli bilgi ve belgelerin kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebilir. Kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez. Davacının da açacağı geri alma davasından bahsederek bu belgelere ulaşması mümkün olup, davasını açmadan bunu başaramaması durumunda bile, dava açtığında, henüz davanın başında mahkemeden bunu talep ederek, yine bu belgelere rahatlıkla ulaşabilmesi olanağı mevcuttu. Dosya kapsamından davacının bu tür bir araştırma yapmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla yargılama sırasında davacının bu belgelere ulaşmasını engelleyen zorlayıcı nedenden bahsetmek mümkün değildir. Bu belgelere ulaşamamasında davalı idarenin bir eylemi de söz konusu değildir.

Öte yandan, davacının bahsettiği belgeler HUMK'un 445/1 de ifade edilen nitelikteki belgelerden de değildir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 22. maddesine göre, kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya

kamu yararına yönelik her hangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması halinde, keyfiyet idarece mal sahibi veya mirasçılarında 7201 sayılı Tebliğat Yasası hükümlerine göre duyurulur. Ancak, burada idare bu şekilde hareket etmeye zorlanamaz. Davacının emsal gösterdiği Özcan Tumbalı, idareye müracaat ederek taşınmazı iade almış ise de, davacının açtığı davada idare iadeye yanaşmamıştır.

Kamulaştırmadan vazgeçmeye gelince;

2942 sayılı yasanın 21. maddesine göre idare ancak kamulaştırma ve bedel kesinleşinceye kadar kamulaştırmadan vazgeçebilir. Olayımızda olduğu gibi daha sonra kamulaştırmadan vazgeçilemez. Bu itibarla, dava konusu 2320 nolu parselin kamulaştırmasından da idarenin vazgeçmesi, teknik açıdan mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, yargılamanın iadesi davasının özel dairesinin kararında belirtildiği gibi reddedilmesi gerekirken mahkemece kabul kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 06.10.2004
E. 2004/1-433
K. 2004/483

* El atmanın önlenmesi,
yıkım ve ecri misil
* Kamu düzenine ilişkin hususlarda
aleyhe bozma yasağının
uygulanmaması
* Ecri misil isteminde görevli
mahkeme
(2886 s. Devlet İhale K. m. 75;
1086 s. HUMK m. 7;
2577 s. İYUK m. 2; AY m. 13, 36;
6183 s. K. m. 1)

Taraflar arasındaki “meni müdahale, kal ve ecri misil” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Menderes Asliye Hukuk Mahkemesi’nce meni müdahale ve kal davasının reddine, ecri misil talebinin idari yargının görevli olması nedeniyle görev yönünden reddine dair verilen 6.3.2003 gün ve 2002/52 E. 2003/87 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin

12.6.2003 gün ve 2003/6371-7065 sayılı ilamı ile; (... dava, çaplı yere elatmanın önlenmesi, yıkım ve ecri misil isteklerine ilişkindir.

Dosya içeriğine, toplanan delillere göre; davacı idarenin çap kaydına üstünlük tanınmak suretiyle elatmanın önlenmesi ve yıkıma karar verilmesinde bir isabetsizlik yoktur. Davalının temyiz itirazları yerinde değildir, reddine.

Ne var ki; haksız fiil tazminatı niteliğindeki ecri misil isteği bakımından adli yargı yerinin görevli olduğu düşünülmezsizin yanılıgılı gerekçeyle idare mahkemesinin görevli olduğundan bahisle, dava dilekçesinin yargı yeri yönünden reddine karar verilmesi doğru değildir. Görev kamu düzenine ilişkin olup, yargılamanın her aşamasında resen dikkate alınması gerekir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı Hazine, 2385 Ada, 2 Parsel sayılı, Jandarma Genel Komutanlığı'na tahsisli taşınmaza davalının kaçak konut inşa etmek suretiyle el attığını ileri sürerek, el atmanın önlenmesi, yıkım ve ecri misil isteğinde bulunmuş, mahkemenin "elatmanın önlenmesi ve yıkım isteklerinin kabulüne, ecri misil istemine ilişkin davada ise, 2886 sayılı yasanın 75. maddesi uyarınca işin idari yargıyı ilgilendirdiğinden söz edilerek dilekçenin görev yönünden reddine" dair verdiği karar yukarıda açıklanan nedenle özel dairece bozulmuş, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Ancak öncelikle; ilk kararı temyiz etmeyen davacının direnme kararını temyiz edip edemeyeceği üzerinde durulmalıdır.

Davacı ilk kararı davalı ile birlikte temyiz etmemiş olmasına rağmen direnme kararını tek başına temyiz etmiştir.

Kural, ilk kararı temyiz etmeyen tarafın direnme kararını temyiz etme hakkı olmadığı yönündedir. Bozulan hüküm temyiz edilmemekle usule ilişkin işlemler temyiz etmeyen aleyhine kesinleşir ve buna bağlı

olarak bozmadan sonra verilen ilk hükmün tekrarından ibaret olan kararı temyiz yetkisi kalmaz.

Ancak bu usul kuralı mutlak bir kural olmayıp istisnaları bulunmaktadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 7. maddesinde, -kamu düzenine ilişkin bulunması nedeniyle (4.2.1959 T. 13/5 sayılı içtihadı birleştirme kararı)- mahkemenin kendisine tevdi olunan işe bakmaya görevli olup olmadığına re'sen (doğrudan)de karar verebileceği hükmüne bağlanmış bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca görev kurallarına aykırılık Yargıtay tarafından da kendiliğinden gözetilir. Öte yandan kamu düzenine ilişkin hususları kendiliğinden gözetmekle yükümlü olan Yargıtay, hükmü temyiz edenin aleyhine de bozabilir. Bir başka anlatımla kamu düzenine ilişkin hususlarda aleyhe bozma yasağı uygulanmaz. (Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, -2001- C. 1, s. 217; C. 4, s. 3407, 3434). Yani Yargıtay kamu düzenine aykırı bir husustan dolayı hükmü temyiz edenin aleyhine (temyiz etmemiş olan tarafın lehine) olarak da bozabilir. Çünkü kamu düzenine ilişkin hususları Hakim (ve Yargıtay) kendiliğinden gözetmekle yükümlüdür. (Baki Kuru *Hukuk Muhakemeleri Usulü* - 2001 - C. 5, s. 3730)

Yargı yolu (görev) kamu düzenine ilişkindir ve bu durumda davacı ilk kararı temyiz etmemiş olsa bile görev yönünden davanın reddine ilişkin direnme kararını temyiz edebilir.

Açıklanan gerekçelerle davacının temyiz talebinin incelenmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamış; işin esasının görüşülmesine geçilmesine oybirliği ile karar verilmiştir.

İşin esası olan yargı yoluna ilişkin temyiz itirazlarına gelince;

Bilindiği gibi, gerek öğretide ve gerekse yargısal uygulamalarda ifade edildiği üzere ecri misil, diğer bir deyişle işgal tazminatı, hak sahibinin kötü niyetli zilyetten isteyebileceği bir tazminat olup, 08.03.1950 tarih 22/4 sayılı İnançları Birleştirme Kararı'nda "... fuzuli işgalin kiraya benzetilemeyeceği; ... haksız bir eylem sayılması gerektiği ... bir zarar meydana gelirse bunun tazmin ettirileceği, ... Medeni Kanun'un (eski) 908. maddesi anlamında zilyedin faydalanmasından doğan bir istem olduğu..." vurgulanmıştır. Ecri misil, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira geliri karşılığı zarardır.

a)Haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklindeki olumlu zarar,

b)Kullanmadan doğan olumlu zarar,

c)Malik yada zilyedin yoksun kaldığı fayda (olumsuz zarar) eciri misilin kapsamını belirler. Haksız işgal, haksız eylem niteliğindedir.

Yargıtay'ın ilgili tüm daireleri ve Hukuk Genel Kurulu, kararlarında özetlenen bu ilkeleri esas almışlardır. Bu durumda eciri misilin tahsili için genel mahkemelerde genel hükümlere göre dava açılabileceğinde kuşku bulunmamaktadır.

Eldeki davada Hazinenin davacı olması nedeniyle, olayın 1.1.1984 tarihinde yürürlüğe giren 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesi açısından irdelenmesine gelince;

Anılan maddede, *“devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan malların gerçek ve tüzel kişilerce işgali üzerine fuzuli işgalden bu kanunun 9. maddesinde ki yerlerden (ticaret odası, sanayi odası, borsa veya bilirkişilerden) sorulmak suretiyle 13. maddede gösterilen komisyonca (ilgili idare memurunun başkanlığında en az bir uzman veya maliye memuru) takdir ve tespit edilerek eciri misil isteneceği, eciri misil talep edilebilmesi için Hazine'nin işgalden dolayı bir zarara uğramış olmasının gerekmediği ve fuzuli işgalin kusurunun aranmayacağı, eciri misilin fuzuli işgal tarafından rızaen ödenmemesi halinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunacağı, işgal edilen taşınmazın, idarenin talebi üzerine bulunduğu yer mülkiye amirince en geç 15 gün içinde tahliye ettirilerek idareye teslim edileceği”* hükmü öngörülmüştür.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 20.02.1989 tarih 2/1 sayılı ilke kararında da *“2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesi uyarınca, fuzuli işgalden istenecek eciri misilin belirlenmesi ve istenmesi üzerine açılacak davaların çözüm yerinin, eciri misilin belirlenmesi ve işgalciden istenilmesi işlemlerinin idari niteliği nedeniyle idari yargı yeri olduğu”* açıklanmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmeler sırasında olayın dava açısından incelenmesinde; davacı Hazine'nin dava açamayacağı, dava açmakta hukuki yararı bulunmadığı ileri sürülmüş, çoğunluk aşağıdaki gerekçeyle bu görüşe katılmamıştır.

Gerçekten de; 2886 sayılı kanunun 75. maddesine göre Hazine'ce eciri misil ihbarnamesinin düzenlenip tebliği işleminden sonra, ihbarnamenin iptali, eciri misil gerekip gerekmediği veya fazla talep edildiği

iddiasına dayalı işlem ve davaların idari nitelikte bulunduğu, çözüm yerinin idari yargı olduğu kuşkusuzdur.

Uyuşmazlık, Hazine tarafından 2886 sayılı kanunun 75. maddesine göre ecri misil tespit edilmeksizin ecri misil ihbarnamesi gönderme yolu tercih edilmeden doğrudan doğruya genel hükümlere göre genel mahkemelerde Hazine tarafından fuzuli işgale karşı dava açılıp açılmayacağı, anılan maddenin Hazinenin seçimlik hakkını ortadan kaldırıp kaldırmadığı noktasındadır.

Bilindiği gibi, dava hakkı Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 13.10.2001 gün 4709 sayılı kanun ile değişik 36. maddesinde *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz"*.

Yine Anayasa'nın 13.10.2001 gün 4709 sayılı kanun ile değişik 13. maddesinde *"Temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz"* hükümleri bulunmaktadır.

Konu bir temel hakkın kullanılması ile ilgilidir. 2886 sayılı kanunun 75 ve diğer maddelerinde ecri misil ihbarnamesinin tebliğinden önce veya 2886 sayılı kanunun hiç uygulanmadığı hallerde Genel Mahkemelerde ecri misil davasının açılmayacağı konusunda Kanun ile konulmuş sınırlayıcı bir hüküm bulunmadığından, TC Anayasası'nın 36 ve 13. madde hükümleri de gözetildiğinde somut olayın özelliği itibariyle davacı Hazine'nin dava hakkının bulunduğu kabulü zorunludur.

Ecri misil istemi iki şekilde düzenlenmiştir.

1-2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesi ile ecri misil alacağı için hazineye özel bir tespit, tahsil ve tahliye imkanı tanınmış olup, hazine isterse 75.madde uyarınca tespit ettiği ecri misili ihtarname veya ihbarname ile fuzuli işgale tebliğ edip, rızaen ödenmemesi halinde 6183 sayılı kanun hükümlerine göre tahsil edebilir, taşınmazın bulunduğu yer mülkiye amirince fuzuli işgali tahliye ettirebilir. Ancak bu durumda, ortada idari bir işlem söz konusu olacağından, idari işlemin iptali talebi idari yargıda görülür.

2- Hazine dilerse seçimlik hakkını kullanarak 2886 sayılı kanunun 75. maddesinde sözü edilen komisyonu oluşturmadan ihbarname veya ihtarname düzenlemeden ve bunu işgale tebliğ etmeden yani idari bir işlem yapmadan doğrudan doğruya genel mahkemede, genel hükümlere göre el atmanın önlenmesi, yıkım ve ecri misil istemine ilişkin dava açabilir.

Somut olayda olduğu gibi Hazine seçimlik hakkını dava yolu ile kullanmış ise hakim gerekli araştırma ve soruşturmayı yaparak sonucuna göre karar vermek zorundadır. Mülkiyet uyuşmazlıklarına ilişkin davalarda genel mahkemelerce verilen el atmanın önlenmesi, yıkım ve ecri misil kararları icra dairelerince infaz edilerek tahsil yoluna gidilecektir.

Hazine'nin ecri misil alacağı bir kamu alacağı ise de, bu alacak kamu ilişkisinden (hukukundan) değil haksız eylemden kaynaklanan haksız işgal tazminatıdır. Nitekim, 6183 sayılı kanunun 1. maddesinde kanun koyucu aynı düşünceyi benimsemek suretiyle "*Devlet, vilayet hususi idareleri ve belediyelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğan alacaklarının bu kanun kapsamında olmadığını*" açıkça belirtmiştir.

Öte yandan, 2886 sayılı kanunun 75. maddesi ile getirilen bu imkânın bir zorunluluk olarak yorumlanması doğru değildir. Hazinesinin ecri misil isteyebilmesi için genel mahkemeye dava açma zorunda olmaması, bu konuda idari işlem düzenleme ve böylece sorunun idari yargıda çözümlenmesi zorunluluğu olarak düşünülmemelidir.

Somut olayda, sadece ecri misil isteği yer almamış onun yanında, el atmanın önlenmesi ve yıkım isteğiyle birlikte haksız eylemden kaynaklanan bir tazminat istenmiştir. Hazine seçimlilik hakkını kullanarak doğrudan doğruya genel mahkemeye dava açmıştır. Esasen, Hazine'yi bu olanaktan alıkoyan bir yasal hüküm de bulunmamaktadır. Yasa koyucu başka türlü düşünseydi, 2886 sayılı kanunun 75. maddesinde, ecri misilin genel yargı yolu ile takip ve dava edilemeyeceğini de düzenlerdi.

Diğer taraftan, haksız eylemden kaynaklanan bir alacağın dava edilmesinde hukuksal yararın varlığı tartışılmaz bir gerçektir. Özellikle, el atmanın önlenmesi ve yıkım ya da başka bir dava ile ecri misil istenmesi halinde, ecri misille ilgili davayı idari yargıya göndermek; genel mahkemedeki davaları bekletici sorun saymak, eciri misilin tahsilinin uzunca bir süre sürüncemede kalması sonucunu doğurur.

Hazine'nin hukuksal yararı ecri misilin diğer isteklerle birlikte sonuca bağlanmasındadır.

Nitekim, Hukuk Genel Kurulu da 2886 sayılı kanunun 1.1.1984 yılında yürürlüğe girmesinden sonra intikal eden işlerde, ecri misil taleplerinin ihbarname ya da ihtarname şartına bağlı olmadığını, Hazine'nin beş yıllık süreye ilişkin olarak ecri misil isteyebileceğini karara bağlamış, görev hususuna değinmemiştir(HGK 2.4.1986 tarih 1985/3-150 E, 1986/347 K ve HGK 15.11.1985 tarih 1984/3-154 E, 1985/913 K).

Kaldı ki, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi idarenin işlem ve eylemlerine karşı açılan davaları İdari Yargı kapsamına almıştır. İdarenin şahıslar aleyhine açtığı davalar ise bu kapsama girmemektedir.

Eldeki davada idari anlamda alınmış bir karar yapılmış idari bir işlem ya da eylem bulunmadığı gibi, komisyon da oluşturulmamıştır. Mahkemece, bu husus gözetilmeksizin ecri misil isteminde idari yargının görevli olduğundan söz edilerek, görevsizlik kararı verilmiş olması yerinde görülmemiş olup, bu husus Hukuk Genel Kurulu'nun 25.2.2004 tarih 2004/1-120 E, 96 K., 02.06.2004 tarih 2004/1-294 Esas, 2004/320 K. sayılı kararlarında da aynen benimsenerek ecri misil isteminde de adli yargının görevli olduğu açıkça vurgulanmıştır.

Tüm bu nedenlerle Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen, ecri misil isteği yönünden de gerekli araştırma ve soruşturma yapılarak hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğine değinen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, mahkemece önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

Karşı Oy Yazısı

2886 sayılı yasanın 75. maddesine göre Hazine'nin ecri misil talep edebilmesi için karşı tarafından işgalinden dolayı bir zarara uğramış olması gerekmediği gibi, fuzuli işgalin de kusuru aranmaz. Ecri misil alacağı fuzuli işgal tarafından kendi rızası ile ödenmez ise, 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun hükümlerine göre tahsil olunur. Hazine alacağı bu şekilde ve devlet alacağı olarak tahsil edilme olanağı varken İİK'ya göre takip yapılamaz. Yasada özel takip imkanı varken davacının genel hükümlere göre icra takibi yapması kabul edilemez.

Adliye Mahkemeleri “Özel Hukuk”dan doğan alacaklar için görevli sayılmıştır. Ecri misil alacağı ve vergi alacağı gibi kamu alacaklarının araştırılması ve soruşturulması adliye mahkemelerine ait olmadığı gibi takibi de İİK’ya göre değil, 6183 sayılı kanuna göre yapılır. Hazine bu alacağını kamu gücünü kullanarak tahsil eder. Hazine’ye böyle bir yetki ve kolaylık tanınmasına, kusur ve haklılık aranmadan doğrudan doğruya 6183 sayılı kanuna göre idari yoldan alacağını tahsil imkanı verilmiş olmasına rağmen adliye mahkemelerine gidip haklılık ve kusur oranının da araştırıldıktan sonra bir karar verilmesini istemek Hazine’ye hiçbir pratik fayda sağlamaz. Hazine’nin davalıdan talep ettiği ecri misil kamu alacağı mahiyetinde ve niteliğindedir. Ecri misil alacaklarının tahakkuk aşamasındaki uyuşmazlıklara idare tahsil aşamasındaki uyuşmazlıklara da vergi mahkemelerinde bakılması ve bu kararlara karşı kanun yolunun Danıştay olması da ecri misil davasından doğan alacaklarının kamu alacağı niteliğinde olduğunu göstermektedir. Bu güne kadar Hazinenin açtığı ecri misil davalarına idare mahkemelerinde ve dolayısı ile Danıştay’da bakılmakta olup, Danıştay ve İdari Mahkemesi tarafından Adliye mahkemeleri ve Yargıtay’a hiçbir dosya gönderilmediği gibi Uyuşmazlık Mahkemesi’ne de gönderilmemiştir. İş yükü zaten çok fazla olan Yargıtay’a Hazinenin açtığı ecri misil davalarını da getirmek ne derece doğru olur hususu da gözden kaçırılmamalıdır.

2886 sayılı kanunun 75, 13,9, 6183 sayılı kanun hükümleri, HUMK’un 7. maddesi gereğince Hazinenin kamu alacağı niteliğinde olan ecri misil davalarına idare mahkemelerinde bakılır, adli mahkemeler görevli sayılamaz. Bu itibarla aksine oluşan çoğunluk görüşüne katılmadığımızı arz ediyoruz.

Erkan Ertürk
5. HD Üyesi

F. E. Kabasakal
3. HD Üyesi

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 15.12.2004
E. 2004/13-761
K. 2004/708

* Alacak
* Kefalet sözleşmesi
* Halefiyet
* Faiz talebi
(818 s. BK m. 483 vd.)

Taraflar arasındaki ‘alacak’ davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Trabzon Asliye 3. Hukuk Mahkemesi’nce davanın kısmen

kabulüne dair verilen 29.4.2003 gün ve 2001/381-2003/172 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 20.2.2004 gün ve 2003/9437-2004/1903 sayılı ilamı ile,

...Davacı, davalıya kefaleten Trabzon 2. İcra Müdürlüğü'nün 1999/2268 sayılı dosyasına toplam 1.608.700.000 TL ödediğini belirterek bu miktarın ödeme tarihinden itibaren yasal faizi ile tahsilini istemiştir.

Davalı, kredinin kendisi tarafından kullanılmadığını, faizin başlangıç tarihinin doğru olmadığını, zamanaşımının gerçekleştiğini savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece 1.296.607.000 TL. asıl alacağın ödeme tarihlerinden itibaren yasal faizi ile tahsiline, davacının banka hesabına 11.1.2000 tarihinde yatırılan 334.314.000 TL'nin ise işlemiş faizden mahsubuna karar verilmiş; hüküm, davalı tarafça temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Davacı, davalıya kefil olması nedeniyle alacaklıya ödediği meblağın ödeme tarihlerinden itibaren yasal faizi ile tahsilini istemiştir. Mahkemece yapılan inceleme sonucu davacının alacaklarından kesinti yapılarak icra dosyasına toplam 1.296.607.000TL ödeme yapıldığı ancak yapılan bu ödemenin 334.314.000 TL'lik kısmının davacının bankada açılan hesabına virman yapılarak iade edildiği, böylelikle davacının kefil olması nedeniyle yaptığı ödemelerinin neticede 962.293.000 TL. olduğu dosya içeriğiyle sabittir. Mahkemece davacının yaptığı ödemelere her ödemenin yapıldığı tarih itibarıyla faiz yürütülmüştür. BK.101 maddesi gereğince muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla mütemerrit olur. Temerrüde düşmeyen borçludan temerrüt faizi istenemez. Davacı davadan önce davalıyı temerrüde düşürmediğinden faize dava tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekir. Mahkemece aksine düşüncelerle ödeme tarihinden itibaren faize hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir....)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve direnme kararının verildiği tarih itibarıyla HUMK'un 2494 sayılı yasa ile değişik 438/II. fıkrası hükmü gereğince duruşma isteğinin reddine karar verilip dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü

Dava, kredi sözleşmesinde davalının kefil durumundaki davacının, kefaleti nedeniyle dava dışı alacaklı bankaya icraen ödediği davalıya ait borçtan dolayı, alacak istemine ilişkindir

A- Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, kefil olduğu davalıya ait borç nedeniyle davacı hakkında dava dışı alacaklı Banka tarafından yapılan icra takibi sonucunda, eczacı olan davacının çeşitli kurumlardaki alacaklarına haciz konulup kesintiler yapıldığını ileri sürerek, davacının bu şekilde ödemek zorunda kaldığı toplam

1.608.700.000 TL'nin, kesintilerin yapıldığı tarihlerden itibaren yasal faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

B- Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, icra takibine konu borcun, davalının yöneticisi davacının ise üyesi olduğu dava dışı bir kooperatif için alınan ve kooperatif hesabına aktarılan krediden kaynaklandığını, kooperatifin iflası üzerine, kredi veren bankanın bireysel kredi borçluları ve kefiller hakkında icra takibi yaptığını, dolayısıyla borcun davalıya ait olmadığını, gerçekte taraflar arasında kefalet ilişkisi de bulunmadığını, davacının kredi sözleşmesini borçlu olarak imzaladığını, davacının kefalet nedeniyle ödediği miktarın dava dilekçesinde ileri sürülenden çok daha az olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

C- Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Yerel mahkeme, kefil sıfatıyla imzaladığı kredi sözleşmesi nedeniyle alacaklı bankaca taraflar hakkında yapılan icra takibi sonucunda, davacının değişik tarihlerde toplam 1.296.607.000 TL ödemek zorunda kaldığı, sonradan 11.1.2000 tarihinde hesabına 334.314.000 TL yatırıldığı; Borçlar Kanunu'nun 496. maddesi uyarınca ödemek zorunda kaldığı miktarlar

nedeniyle alacaklının haklarına halef olan davacı kefilin, borçlu davalıyı ayrıca temerrüde düşürmesi gerekmeksizin, ödeme tarihlerinden itibaren yasal faiz isteyebileceği gerekçesiyle, bilirkişi raporunu esas alıp, sonradan yapılan kısmi ödemeyi de gözeterik, davanın kısmen kabulüne, farklı tarihlerde yapılan ödemeler toplamı 1.296.607.000 TL'nin, her bir ödeme tutarına, ödeme tarihinden dava tarihine kadar yasal faiz uygulanmak suretiyle davalıdan tahsiline, dava tarihinden sonraki dönem için sadece 962.293.000 TL tutarındaki asıl alacağa yasal faiz yürütülmesine karar vermiştir.

D- Temyiz Evresi ve Direnme:

Davalı vekilince cevap dilekçesindeki savunma tekrarlanmak suretiyle ve ayrıca mahsup işleminin yanlış yapıldığı öne sürülerek temyiz edilen karar, özel dairece yukarıdaki gerekçeyle ve oyçokluğu ile bozulmuş;

Yerel mahkeme gerekçesini tekrarlayarak önceki kararında direnmiştir. Bu karar davalı tarafca temyiz edilmiştir

E- Maddi Olay:

Dava dışı İş Bankası Trabzon Şubesi ile davalı arasındaki 25.12.1997 tarihli "Genel Nakdi ve Gayri nakdi Kredi Sözleşmesi" ile, davalıya 6.000.000.000 TL nakdi kredi kullanılmış, daha sonra 13.9.1998 tarihinde limit 15.000.000.000 TL'ye çıkartılmış ve sözleşmeyi davacı "Müşterek Borçlu/Müteselsil Kefil" sıfatıyla imzalamıştır. Alacaklı banka vekilince 15.7.1999 tarihli takip talebiyle, kredi borçlusu davalı ile aralarında davacının da bulunduğu kefiller hakkında, kredi sözleşmesine dayalı olarak 20.028.426.845 TL'nin 12.7.1999 tarihinden itibaren temerrüt faiziyle birlikte tahsili istemiyle yapılan ilamsız icra takibi kesinleşmiş, borçlular hakkında hacizler uygulanmış, davacının muhtelif kurumlardaki alacakları için haciz ihbarnameleri gönderilmiş ve bu şekilde, eczacı olan davacının kurumlardaki alacaklarından değişik tarihlerde farklı miktarlarda kesintiler yapılmak suretiyle toplam 1.296.607.000 TL tahsil edilmiştir.

F- Gerekçe

Maddi olgu, bozma ve direnme kararlarının içerikleri itibariyle Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davaya konu paranın, üçüncü kişilerdeki alacaklarından muhtelif tarihlerde ve muhtelif miktarlar üzerinden kesintiler yapılmak suretiyle tahsil edilmiş olması

karşısında; davadan önce davalıya ihtarname de göndermemiş olan davacının, eldeki davada, her bir kesinti tutarına, kesintinin yapıldığı tarihten itibaren faiz istemesinin mümkün bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, yukarıda “*Maddi Olay*” başlığı altında belirtildiği üzere, taraflar arasında, davacının davalıya ait kredi borcuna kefil olmasından kaynaklanan, borcun ticari nitelikte olması nedeniyle müteselsil kefalet niteliği taşıyan, esasen bu niteliği sözleşmede de açıkça vurgulanmış olan bir kefalet ilişkisinin varlığı çekişmesizdir. Dolayısıyla, Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlığın, kefalet müessesesi çerçevesinde çözümlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Borçlar Kanunu, kefaleti 483. ve ardından gelen maddelerinde ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş; bir çok sözleşme türüne ilişkin düzenlemelerinden farklı olarak, 484. maddede, kefalet sözleşmesinin geçerliliğini yazılı olma koşuluna bağlamış; biçime ilişkin bu koşula içerik yönünden başka bir koşul daha eklemiş; sözleşmenin geçerli olabilmesi için kefilin sorumlu olacağı miktarın sözleşmede açıkça gösterilmesini zorunlu saymıştır.

Sözleşme serbestisi ilkesini benimseyen ve kural olarak sözleşmeleri geçerlilik yönünden şekil (biçim) koşuluna tabi tutmayan Borçlar Kanunu’nun, bazı sözleşmelerin geçerliliğini şekle bağlamasındaki temel nedenin, tarafları o sözleşme konusunda bir kez daha, etraflıca düşünmeye sevk etmek ve böylece onları sözleşmenin doğurması muhtemel risklerden korumak olduğu, öğretide ve kararlılık kazanan yargısal kararlarda oybirliğiyle benimsenmiştir.

Kefalet sözleşmesi yönünden, geçerliliğin, şekle ilişkin koşula ek olarak, içerikle ilgili başka bir koşula daha (kefilin sorumlu olacağı miktarın açıkça gösterilmesi koşuluna) bağlamasındaki amacın; kendisine ait olmayan bir borç için sorumluluk altına giren, hatta, müteselsil kefaletin söz konusu olduğu durumlarda asıl borçludan bağımsız olarak tek başına doğrudan doğruya takip edilebilmesi bile olanaklı bulunan kefil, mümkün mertebe korumak olduğu da kuşkusuzdur.

Kısaca, yasa koyucu kefaleti borçların ifasını sağlamanın zorunlu bir yolu ve borçlar hukukunun vazgeçilmez bir kurumu olarak düzenlemekle birlikte; kefilin hukukun cevaz vereceği tüm olanakları kullanmak suretiyle koruyup, kollama amacını da hep ön planda tutmuştur. Örneğin, Borçlar Kanunu’nun, az önce sözü edilen 484. maddesindeki

kuraldan başka, 486. maddede, adi kefile yönelinebilmesinin koşulları sınırlı olarak gösterilmiş, 490. maddede kefilin dava masrafları ve faiz yönünden sorumluluğunu kısıtlayan hükümler getirilmiş, 491. maddede muacceliyet, 494. maddede sınırsız zamanlı kefalet yönünden kefilin koruma amaçlı düzenlemelere yer verilmiş, 496. ve sonraki maddelerde de, kefilin sahip olduğu haklar ayrıntılı biçimde gösterilmiştir.

Bunlardan, 496. madde, kefilin ödediği borç miktarı oranında, alacaklının borçluya karşı sahip olduğu haklar yönünden, onun halefi olacağını ve bu halefiyetten önceden feragat edilemeyeceğini öngörmektedir.

Dolayısıyla, kefaletle ilişkin tüm yasal kuralların, kefilin kefaleti altındaki borçtan alacaklıya karşı sorumluluğunu yerine getirmesine olanak tanıyacak ve ancak, kefilin olduğu borçluya karşı mağduriyetini de önleyecek şekilde yorumlanması zorunludur. Bozma ilamındaki karşı oy yazısında da aynı gerekçeye dayanılmıştır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde:

Davacı kefil, dava dışı kredi alacaklısı Banka tarafından yapılan icra takibi sonucunda, davalıya ait borcun bir kısmını, muhtelif kurumlardaki ilaç bedeli alacaklarından yapılan kesintilerle ödediğine göre, Borçlar Kanunu'nun 496. maddesi hükmü uyarınca, ödeme miktarıyla sınırlı olarak, alacaklı bankanın davalıya karşı sahip olduğu haklar bakımından, onun halefi durumuna gelmiş; eş söyleyişle, eğer davacı kefil bu şekilde bir ödeme yapmamış olsaydı, alacaklı banka, borçlusu durumundaki davalıya karşı hangi haklara sahip olacak; ondan neyi, hangi koşullarla isteyecek idiyse, davacı da davalıdan aynısını isteyebilme hakkına sahip olmuştur. Yargıtay uygulamasında, somut olay bakımından bu kurala getirilen tek istisna, alacaklının sıfatından (tacir olmasından) kaynaklanan hakların kefile tanınmamasıdır.

Davalının kredi borcunu sözleşmede öngörülen sürede ödemediği çekişmesiz olduğuna göre, sözleşme hükümleri uyarınca temerrüdün gerçekleştiği tarih bir yana, bu borç yönünden en geç icra takip tarihinde temerrüde düşmüş olacağı açıktır. Bu durumda, alacaklı Banka, davalıdan en azından icra takip tarihinden itibaren faiz isteme hakkına sahip olacağına göre, ödeme nedeniyle onun halefi durumuna gelen davacının da, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, doğal olarak takipten daha sonraki tarihlerde gerçekleşen her bir kesinti tutarı için, kesintinin yapıldığı günden itibaren davalıdan faiz isteme hakkına sahip bulunacağına

kuşku ve duraksamaya yer yoktur. Yukarıda değinildiği üzere, kefil durumundaki davacı, alacaklı Bankanın sadece sıfatından kaynaklanan haklar bakımından onun halefi sayılamaz. Somut olay bakımından, alacaklının tacir sıfatından kaynaklanabilecek tek hak, alacağa yasal faizin üzerindeki bir oranda faiz istemektir; ki, somut olayda davacı yasal faiz istemiş olmakla, bu istisnanın da uygulama yeri yoktur.

Hal böyle olunca, davacı kefilin, her bir ödeme tutarı için ödeme tarihinden itibaren yasal faiz istemesi haklı; Yerel Mahkemenin aynı gerekçeye dayalı direnme kararı da yerindedir. Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kapsamı itibariyle, faiz başlangıç tarihleri yönünden Özel Dairece incelenmesi gereken bir husus da bulunmadığından, usul ve yasaya uygun olan direnme kararı onanmalıdır.

* * *

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi

T. 13.03.2006

E. 2005/3718

K. 2006/2575

* Manevi tazminat

* Kişilik haklarına saldırı

(AY m. 1, 2, 3, 4)

Davacı, vekili Avukat A.Ö. tarafından, davalı O. Ö. aleyhine 24.2.2004 gününde verilen dilekçe ile manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 23.12.2004 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili dava dilekçesinde, müvekkilinin akademik kariyeri ile ilgili geniş açıklamalarda bulunduktan sonra halen Başbakanlık Müsteşarı olarak görevine devam ettiğini, davalının 2.1.2004 tarihinde bir televizyon kanalında ana haber bülteninde programa canlı yayın konuğu olarak katıldığını ve yaptığı konuşmada müvekkilinin kişilik haklarına saldırıda bulunduğunu, müvekkilinin 1995 yılında yaptığı bir konuşmanın gerekçe gösterildiğini ve sanki 1995 yılında değil de yeni konuşuyormuş gibi ifadeler kullanıldığını, müvekkilinin Türkiye Cumhuriyeti'ni yıkmak gibi bir fikir ve davranışı bulunmadığını

Şeyhülislam da olmadığını, fetva vermesinin söz konusu edilemeyeceğini, “Cumhuriyet devrini tamamlamıştır” gibi bir ifadeyi hiçbir zaman kullanmadığını, “devlet önemli değildir” demediğini, “Cumhuriyetin İslamlaştırılması” gibi bir söyleminin de olmadığını, davalının sözleri sebebiyle derin üzüntü duyduğunu, çevresinde küçük düşürüldüğünü ileri sürmüştür.

Davalı ise, 1995 yılında yaptığı konuşmada söylediği sözler nedeniyle davacıyı eleştirdiğini, davacının bugün değiştiğini ileri sürmediğini, Cumhuriyet’in nimetlerinden yararlanarak buraya gelmiş bir kişinin Cumhuriyet’e ömür biçmesinin doğru olmadığını, Şeyhülislam’a benzetilmesinin kişiyi küçültücü nitelik taşımadığını, davanın haksız ve yersiz olduğunu savunmuştur.

Mahkemece “Davalının eylemi, davacının kişilik haklarına saldırı oluşturduğundan ve ortada bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığından davalının manevi tazminat sorumluluğunun doğduğu kabul edilmiştir”.

Davalının delilleri arasında bulunan ve dosyaya ibraz edilen, *Bilgi ve Hikmet Dergisi*’nin 1995 yılında basılan 12. sayısının 3 ile 7. sayfalarında davacının “21. yüzyıla girerken Dünya ve Türkiye Gündeminde İslam” konulu sempozyumda yaptığı konuşmanın yayımlandığı görülmektedir. Davacı bu konuşmasında “Yine başlangıçta kurulurken ortaya atılan Cumhuriyet ilkesinin de zayıfladığını ve işlevini kaybettiğini görüyoruz. Halk için ve halk adına yönetim diye tarif edilen Cumhuriyet kavramının aslında artık bizim için çok fazla bir mana ifade etmediğini söylememiz de mümkündür... Türkiye’de Cumhuriyet İlkesi’nin yerini katılımcı bir yönetime devretmesi gerektiği ve nihayet laiklik ilkesinin yerinin İslam’la bütünleşmesinin gerekli olduğu kanaatini taşıyorum. Böylece Türkiye Cumhuriyeti’nin başlangıçta ortaya koyduğu bütün temel ilkelerin Laiklik, Cumhuriyet ve Milliyetçilik gibi bir çok ilkenin yerini daha çok katılımcı daha adem-i merkezi, daha müslüman bir yapıya devretmesi sorumluluğu ve artık bunun zamanının geldiği düşüncesini taşıyorum” biçiminde açıklamalarda bulunmuştur.

Davacının, Başbakanlık müsteşarı olmasından sonra, daha önceki yıllarda yaptığı bu konuşma gündeme gelmiş ve çeşitli kademelerde eleştiri konusu olmuştur. Dosya içindeki bilgi ve belgelerden CHP Başkan Vekili’nin davacının bildirisini TBMM’de konu ettiği ve eleştirdiği, Ankara Üniversitesi Senatosu’nun 30.12.2003 tarihli kınama yazısı yayınladığı, davacının da “1995 yılında söylediği sözlerin geçen dokuz yılda yaşanan gelişmelerle doğrulandığını” ifade ettiği anlaşılmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 1. maddesine göre "Türkiye Devleti Bir Cumhuriyettir" 2. maddesine göre ise "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliği'ne bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir" 4. maddesine göre de "Anayasa'nın 1. maddesindeki devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez."

Yukarıda açıklandığı gibi davacı, 1995 yılında bir sempozyumda yaptığı konuşmasında Cumhuriyet ve laiklik ilkelerinin yerini İslamla bütünleşmeye terk etmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Davacının, ileri sürdüğü bu görüşleri Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yer alan değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez nitelikteki hükümleri ile bağdaşmamaktadır. Davalı da dava konusu konuşmasında davacının bu fikirlerini eleştirmiş ve davacının Şeyhülislam gibi fetvalar verdiğini ileri sürmüştür. Davacı Anayasa ile bağdaşmayan görüşler savunduğuna göre eleştirilere de katlanmak durumundadır. Davalının davacı ile ilgili olarak söylediği sözler bu açıdan değerlendirildiğinde eleştiri kapsamında kalmakta olup düşünce açıklaması niteliğindedir. Bu nedenle hukuka aykırılıktan söz edilemez. Şu durumda davanın tümünden reddi gerekirken kısmen kabul edilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle Bozulmasına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 13.3.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 14.04.2005

E. 2005/1024

K. 2005/3794

* Bağ-Kur sigortalılığının tespiti

* Re'sen kayıt ve tescil

(2926 s. K. m. 2, 3, 5, 7, 9, 10, 36;

506 s. SSK m. 79)

Davacı, 1.4.1994 tarihinden itibaren 2926 sayılı yasaya göre tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitini istemiştir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş ise de, bu sonuç usul ve yasaya uygun bulunmamaktadır.

Gerçekten, davanın yasal dayanağını oluşturan 2926 sayılı yasada

506 sayılı yasanın 79. maddesine koşturmuş tarım Bağ-Kur hizmetlerinin tespitine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir.

Somut olayda, davacının tarım Bağ-Kur sigortalısı olarak tescil kaydı bulunmamaktadır. Ayrıca, 2926 sayılı yasanın 7. maddesi hükmüne göre, bu yasaya göre sigortalı sayılanlar, sigortalı sayıldıkları tarihten itibaren en geç üç ay içinde kuruma başvurarak kayıt ve tescillerini yaptırmak zorundadırlar. Anılan yasanın 5. maddesi ile 7. maddede belirtilen süre içinde kayıt ve tescillerini yaptırmayan sigortalıların hak ve yükümlülüklerinin kayıt ve tescil edildikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren başlayacağı hükmü getirilmiştir.

Ancak, dosya içerisinde mevcut Tarım Kalkınma Kooperatifi'nden gelen ekici bordrosu içeriklerinden davacıyla ilgili olarak Nisan 1994 yılı döneminden itibaren Bağ-Kur prim tevkifatları yapıldığı anlaşılmaktadır. 2926 sayılı yasanın 2. ve 3. maddeleri kapsamında kendi nam ve hesabına tarımsal faaliyette bulunanlardan yasanın uygulanma tarihinde 50 yaşını dolduran kadınlarla, 55 yaşını dolduran erkekler dışındakiler bakımından tarım Bağ-Kur sigortalılığı zorunlu sigortalılık niteliğinde bulunmaktadır. Başka bir ifade ile sigortalı olmak hak ve yükümlülüğünden vazgeçip, kaçınmak mümkün değildir. Her ne kadar, aynı yasanın hak ve yükümlülüklerinin kayıt ve tescil edildikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren başlayacağı öngörülmüş ise de, re'sen tescil başlığını taşıyan 9. maddeye göre bu yasa kapsamında sigortalı sayılanların sigortalılıklarının başladığı tarihten itibaren 3 ay içinde kuruma kayıt ve tescillerini yaptırmayanların tescil işlemlerinin kurumca re'sen yapılması gerekmektedir. 2926 sayılı yasanın 36. maddesi kapsamında kurumun prim alacaklarını Bakanlar Kurulu kararı ile ürün bedellerinden tevkifat suretiyle tahsil etmesi mümkündür. Bu bağlamda 2. madde kapsamına girenlerin belirtilen şekilde prim borçlarının ürün bedellerinden tevkifat suretiyle kesilerek Bağ-Kur'a ödenmesi halinde kayıt ve tescil için kuruma başvuru olmasa dahi bahse konu biçimde prim ödenmesi suretiyle kayıt ve tescil konusundaki iradelerini ortaya koydukları tartışmasızdır. Davaya konu olayda da, davacının 1994 yılı döneminden sonraki tarımsal faaliyetine ilişkin olarak tüm primleri ürün bedellerinden tevkifat suretiyle kesilerek adına Bağ-Kur hesabına yatırılmıştır. Bağ-Kur'un iş bu prim ödemesine rağmen, sigortalıyı re'sen kayıt ve tescil etmemesi yasanın kendisine yüklediği re'sen tescil mükellefiyetine aykırılık teşkil etmektedir. Davalı kurumun Anayasa'dan kaynaklanan sosyal güvenlik görevini gereği gibi yapmamasının sonuçlarının sigortalıya yükletilerek, davacının bu süredeki sigortalılığının

geçersiz sayılması Medeni Kanun'un 2. maddesinde öngörülen genel nitelikteki objektif iyi niyet kuralları ile de bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, 2926 sayılı yasanın 10. maddesine göre, tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışmanın yasal karinesi olan belge ve kayıtların da davacı adına bulunduğu ortadadır. Bu durumda, davacıyla ilgili olarak ilk Bağ-Kur prim tevkifatı yapıldığı tarihi takip eden aybaşından itibaren davacının tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitine karar verilmesi gerekirken, 1.4.1994 tarihinden itibaren tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğuna karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Ne var ki bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK 438/7 maddesi uyarınca hükmün düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 14.03.2005

E. 2004/10358

K. 2005/2355

* Bağ-Kur sigortalılığının tespiti

* Re'sen tescil

* Prim borçlarının tevkifat suretiyle ürün bedellerinden kesilmesi

(2926 s. K. m. 2, 3, 5, 7, 9, 10, 36;

506 s. SSK m. 79)

Davacı, 1994-2000 yılları arasında 2926 sayılı yasaya göre tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitini istemiştir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş ise de, bu sonuca eksik araştırma ve inceleme ile varılmıştır.

Gerçekten, davanın yasal dayanağını oluşturan 2926 sayılı yasada 506 sayılı yasanın 79. maddesine koşut geçmiş tarım Bağ-Kur hizmetlerinin tespitine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir.

Somut olayda, davacının tespit istediği dönemde tarım Bağ-Kur sigortalısı olarak tescil kaydı bulunmamaktadır. Ayrıca, 2926 sayılı yasanın 7. maddesi hükmüne göre, bu yasaya göre sigortalı sayılanlar, sigortalı sayıldıkları tarihten itibaren en geç üç ay içinde kuruma başvurarak kayıt ve tescillerini yaptırmak zorundadırlar. Anılan yasanın 5. maddesi ile 7. maddede belirtilen süre içinde kayıt ve tescillerini yaptırmayan sigortalıların hak ve yükümlülüklerinin kayıt ve tescil

edildikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren başlayacağı hükmü getirilmiştir.

Ancak, dosya içerisinde mevcut TEKEL'in 16.1.2003 tarihli yazısında davacının 1993-1995-1996-1998-2000 yıllarında Tekel'e ürün teslim ettiği, fakat Bağ-Kur prim tevkifatı yapılıp yapılmadığının belirtilmediği anlaşılmaktadır.

2926 sayılı yasanın 2. ve 3. maddeleri kapsamında kendi nam ve hesabına tarımsal faaliyette bulunanlardan yasanın uygulanma tarihinde 50 yaşını dolduran kadınlarla, 55 yaşını dolduran erkekler dışındakiler bakımından tarım Bağ-Kur sigortalılığı zorunlu sigortalılık niteliğinde bulunmaktadır. Başka bir ifade ile sigortalı olmak hak ve yükümlülüğünden vazgeçip, kaçınmak mümkün değildir. Her ne kadar, sigortalıların hak ve yükümlülüklerinin kayıt ve tescil edildikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren başlayacağı öngörülmüş ise de, re'sen tescil başlığını taşıyan 9. maddeye göre bu yasa kapsamında sigortalı sayılanların sigortalılıklarının başladığı tarihten itibaren 3 ay içinde kuruma kayıt ve tescillerini yaptırmayanların tescil işlemlerinin Kurumca re'sen yapılması gerekmektedir. 2926 sayılı yasanın 36. maddesi kapsamında kurumun prim alacaklarını Bakanlar Kurulu kararı ile ürün bedellerinden- tevkifat suretiyle tahsil etmesi mümkündür. Bu bağlamda 2. madde kapsamına girenlerin belirtilen şekilde prim borçlarının ürün bedellerinden tevkifat suretiyle kesilerek Bağ-Kur'a ödenmesi halinde kayıt ve tescil için kuruma başvuru olmasa dahi bahse konu biçimde prim ödenmesi suretiyle kayıt ve tescil konusundaki iradelerini ortaya koydukları tartışmasızdır. Davaya konu olayda da, davacının 1993-1995-1996-1998-2000 yıllarında Tekel'e ürün teslim ettiği, ancak Bağ-Kur prim tevkifatı yapılıp yapılmadığının mahkemece araştırılmadığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, 2926 sayılı yasanın 10. maddesine göre, tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışmanın yasal karinesi olan belge ve kayıtların da davacı adına bulunduğu ortadadır. Bu durumda, davacıdan Bağ-Kur prim tevkifatı yapılıp yapılmadığının, yapılmış ise *ilk Bağ-Kur primi kesintisinin (tevkifatın) gün ve ay da belirtilmek suretiyle hangi tarihte yapıldığının* TEKEL'den sorularak verilecek cevaba göre davacıyla ilgili olarak *ilk Bağ-Kur prim tevkifatı yapıldığı tarihi takip eden aybaşından itibaren davacının tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tesbitine karar verilmesi gerekirken*, eksik araştırma ve inceleme ile 1.1.1994-31.12.2000 tarihleri arasında tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğuna karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 29.03.2005
E. 2005/2930
K. 2005/3007

* Zararlandırıcı sigorta olayı
sonucu ölen sigortalı
* İş mahkemeleri kararlarına karşı
karar düzeltme yolu
* Kararda açık-maddi hata
* Maddi tazminat

(5521 s. İş Mah. K. m. 8/3; 3213 s. K.)

Davalılardan Özsayan Madencilik İnş. San. Tic. Ltd. Şti. vekili 9.3.2005 tarihli dilekçesi ile dairemizin 25.1.2005 gün 2004/12724 E., 2005/16 K. sayılı kararında açık maddi hata bulunduğundan bahisle düzeltilmesini istemiştir.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8/3. maddesi gereğince iş mahkemelerinden verilen kararlara ve buna bağlı Yargıtay ilamına karşı karar düzeltme yolu kapalıdır. Ancak; Yargıtay onama ya da bozma kararlarında açıkça maddi hatanın bulunduğu hallerde, dosyanın yeniden incelenmesi mümkündür. Zira maddi yanılıya dayalı olarak verilmiş onama ya da bozma kararları ile, hatalı biçimde hak sahibi olmak, evrensel hukukun temel ilkelerine ters düştüğünden karşı taraf yararına sonuç doğurmamalıdır. Dairemizin giderek Yargıtay'ın yerleşmiş görüşleri de bu doğrultudadır.

İncelenen bozma ilamında "maddi tazminatın red edilmiş olmasına göre davacının tüm, davalının sair temyiz itirazlarının red edilerek, davacı anne yararına hüküm altına alınan 40.000.000.000 TL manevi tazminatın fazla olduğundan bahisle" yerel mahkeme kararının bozulduğu anlaşılmaktadır. Oysa temyiz incelemesine konu Ankara 9. İş Mahkemesi'nin 11.10.2004 gün 372-510 sayılı kararında davacılar anne Fatma Gürbüz'ün maddi tazminat talebi olmadığı gibi hüküm altına alınan manevi tazminat miktarı da 40 milyar TL. değil 25 milyar TL'dir. Öte yandan davacıların bir bölümü açısından maddi tazminata karar verildiği, maddi tazminat talebinin tüm davacılar bakımından red edilmediği açıktır. Hal böyle olunca dairemizin 25.1.2005 gün 12724-16 sayılı ilamının, temyiz

incelemesine konu dosyaya ve karara ait olmadığı, aynı iş kazasında ölen işçilerden Abdullah Şengül'ün annesi tarafından açılan ve temyiz incelemesi dairemizin 2004/12723 E., 2005/15 K. sayı ile yapılan davanın ilamının bir örneğinin zuhulen bu dosyaya da eklendiği, maddi yanılığının düzeltilmesi gerektiği anlaşılmalı dairemizin 25.1.2005 gün 12724-16 sayılı ilamının kaldırılmasına karar verilerek dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçeleri sebeplere Kömür İşletmeleri AŞ'nin sorumluluğunun üst işveren olmasından değil, sözleşmeden ve 3213 sayılı yasaya aykırı tutum ve davranışlarından kaynaklanmasına, temyiz kapsamı ve temyiz nedenlerine göre davacıların tüm, davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Zararlandırıcı sigorta olayı sonucu ölen sigortalının tazminatının hesaplanmasında gerçek ücretin esas alınması koşuldur. Öte yandan gerçek ücretin ise; işçinin kıdemi ve yaptığı işin özelliğine göre işçiye verilmesi gereken ücret olduğu Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindedir.

Somut olayda işyerinde TİS düzeninin bulunmadığı yetkili sendikanın 19.7.2004'de belirlendiği ve hüküm tarihinden sonra 3.11.2004 günü ilk TİS'in imzalandığı dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Öte yandan hükümden sonra imzalanan TİS'deki ücretlerin işverence sunulan 2004/5.,6.,7. aylara ait bordrolardaki ücretlerle uyumlu olduğu da gözlenmiştir. Hal böyle olunca da işverence sunulan bordrolardaki ücretler yerine davalılardan Özsayan Madencilik Ltd. Şti.'ne ait maden işyerinde uygulaması olmayan TİS deki ücretler dikkate alınarak tazminatın belirlenmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Kaldı ki, Türkiye maden işçileri sendikasında bildirilen ücretler birinci gurup işçiler için belirlenen ücret olup, davacının yaptığı işin özelliğine göre hangi grupta yer aldığı belirlenmeden hesaplama yapılması da hatalıdır.

3- Olayın oluş şekline, müterafık kusur oranlarına, husule gelen elem ve ızdırabın derecesine, tarafların sosyal ve ekonomik durumuna, paranın alım gücüne, özellikle 26.6.1966 gün ve 1966/7-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın içeriğine ve öngördüğü koşulların somut olayda; gerçekleşme biçimine, oranına, niteliğine hak ve nesafet kurallarına göre davacılar yararına hüküm altına alınan manevi tazminatların fazla olduğu açıkça belli olmaktadır.

Yapılacak iş, işverence ibrazlı bordrolardaki ücretler giderek TİS'nin kamu düzenine ilişkin olduğu gözetilerek sonradan imzalanan TİS hükümleri ve kazalının bulunduğu guruba göre hak sahiplerinin tazminatları yeniden hesaplatılmak, kurum tarafından hüküm tarihine en yakın tarihteki verilere göre bildirilen peşin sermaye değeri zarardan indirilmek davacılar yararına makul manevi tazminat takdir etmek ve sonucuna göre karar verilmekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgulara aykırı biçimde yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

T. 05.04.2005

E. 2005/2322

K. 2005/3388

* **Yurtdışı hizmetlerini borçlanmak**

* **Yetkili mahkeme**

(3201 s. K.; 506 s. SSK;

5521 s. İş Mah. K. m. 5, 15;

1086 s. HUMK m. 9, 17, 77, AY m. 141)

Davacı, 3201 sayılı yasa uyarınca yurtdışı hizmetlerini borçlanmak için davalı kuruma yaptığı başvurunun kabul edilmesi gerektiğinin tespitini istemiştir. Bu yönüyle, uyuşmazlığın 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun uygulamasından kaynaklandığı açıktır. Öte yandan, Sosyal Sigortalar Kanunu'nda, yetki ile ilgili bir düzenlemenin mevcut olmadığı da ortadadır. Hal böyle olunca, uyuşmazlığın 5521 sayılı yasanın 15. maddesinin yollamada bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 9. ve 17. maddeleri gereğince çözümlenmesi gerektiği söz götürmez. Yukarıda sözü geçen 9. maddeye göre, kurum merkezinin bulunduğu Ankara İş Mahkemesi'nde dava açılabilir gibi, 17. maddeye göre de, kurum şubesinin bulunduğu Aydın'da da dava açılabilir. 5521 sayılı yasanın 5. maddesi buna açıkça imkan vermektedir. Bunun için, uyuşmazlığın, şube muamelesinden kaynaklanmasına gerek yoktur. Zira, kurumu temsilen kurum avukatlarının, şubenin bulunduğu yerde kurum aleyhine açılan davaları takibe yetkili olduğu açık-seçiktir. Terisinin kabulü halinde, Anayasa'nın 141. ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 77. maddenin öngördüğü emredici nitelikteki hükümler,

göz ardı edilmiş olur ki, bu hususun hukukça korunmasına olanak olmadığı da tartışmasızdır.

Somut olayda, davacının, kurum şubesinin bulunmadığı Nazili i'de, ancak SSK Aydın İl Müdürlüğü'ne karşı dava açtığı anlaşılmaktadır. Kurumun süresinde yetki itirazı üzerine Mahkemece, Ankara İş Mahkemesi yetkili gösterilerek yetkisizlik kararı verilmiş ise de, kamu düzenine ilişkin işbu davanın, en az masrafla ve en kısa sürede sonuçlandırılmasında tarafların menfaati bulunduğundan, kurum şubesinin bulunduğu Aydın İş Mahkemelerinin de yetkili olduğunun kararda belirtilmemesi bozmayı gerektirir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

Karşı Oy Yazısı: Davacı, sigortalı davasını Nazilli Asliye(İş) Mahkemesi'nde açmıştır.

Davalı SSK vekili süresi içinde ileri sürdüğü yetki itirazında, davanın HUMK'un 9. maddesi uyarınca, davalı Kurumun ikametgahının bulunduğu Ankara İş Mahkemesinde açılıp görülmesi gerektiğini açıklayarak yetki itirazında bulunmuştur.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'da yetki ile ilgili bir düzenleme mevcut olmadığından, 5521 sayılı kanunun 15. maddesinin yollama bulunduğu HUMK'un 9. maddesine göre davalının ikametgahı sayılan Ankara İş Mahkemesi'nde dava açılabileceği gibi aynı kanunun 17. maddesine göre de işlemi yapan kurum şubesinin bulunduğu Aydın İş Mahkemesi'nde davanın açılabileceği tartışmasızdır. Görülüyor ki davacı yetkili mahkemeyi seçmek konusunda seçimlik hakka sahiptir.

Sorun davacının seçimlik hakkını kullanmayarak yetkisiz mahkemede dava açması halinde, seçimlik hak kendisine düşen davalının HUMK'un 23. maddesine uygun biçimde yetkili mahkemelerde birini itirazında bildirmesi halinde, mahkemenin bildirilmeyen diğer yetkili mahkemeyi yetkili olduğuna karar vermek zorunda olup olmadığı

noktasında toplanmaktadır. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamasına ve bilimsel görüşlere göre, davalının yetki itirazında bildirdiği mahkeme gerçekten yetkili ise, yetkisizlik kararı veren mahkeme sadece o mahkemeyi yetkili olarak gösterir ve dava dosyasını o mahkemeye gönderir. O mahkeme başka yetkili mahkeme bulunsa bile, yetki itirazında bildirilmeyen - mahkemenin yetkili olduğuna karar veremez.(Y. 13. HD 07.05.1992, 3889/4271,; İBD 1997/1-3., s. 207) (Prof. Dr. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. 1, s. 617 Yıl 2001) Dava ekonomisi gerekçesi ile yerleşmiş bu kural göz ardı edilemez. Yasalarımızda –kesin yetki kuralı dışında– mahkemelerin doğrudan yetkili mahkemeyi tayin ve tesbitine olanak sağlayan bir düzenleme de mevcut değildir.

Somut olayda davalı, HUMK'un 23. maddesine uygun şekilde yetki itirazında seçimlik hakkım kullanarak, yetkili mahkemenin genel müdürlüğünün bulunduğu Ankara olarak bildirmiş ve mahkemece de bunun üzerine Ankara Mahkemesi'nin yetkili olduğuna karar verilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında, yetkili olmayan Nazilli Asliye (İş) Mahkemesi'nde açılan bu davanın, davalının itirazına uygun olarak Ankara İş mahkemelerinin yetkili olduğuna ilişkin yasaya uygun mahkeme kararının onanması gerekirken, usul ve yasaya uygun olmayan gerekçelerle bozulması yönünde oy kullanan sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz. 05.04.2005

DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay 8. Daire

T. 31.10.2005
E. 2004/ 2981
K. 2005/ 4478

* Görevden çekilmiş sayılma
disiplin cezasının iptali
* Usule uygun sevk alınarak
yatılan hastaneden alınan hastalık
raporunda davacıya atfedilen bir kusur
bulunmaması
(2547 s. Yüksek ğretim K.; 2577
s. İYUK m. 49, 54)

Temyiz İsteminde Bulunan: İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü

Karşı Taraf: Prof. Dr. Pertev Bil gen

İstemın zeti : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı'nda ğretim yesi olarak görev yapmakta olan davacının, görevinden çekilmiş sayılma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin İstanbul Üniversitesi Disiplin Kurulu'nun 23.08.2001 gün ve 12 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada; davacının usulüne uygun sevk olarak yattığı hastaneden alınan hastalık raporunda davacıya atfedilen bir kusur bulunmadığı, ayrıca belirtilen sürede hastanede tedavi gördüğü açık olan davacı hakkında mazeretsiz olarak görevine gelmediğı söylenemeyeceğinden hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden İstanbul 6. İdare Mahkemesinin 23.09.2002 gün ve E. 2001/1533, K. 2002/ 1089 sayılı kararının, hukuka aykırı olduğu öne sürülerek 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın zeti: Yanıt verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Leyla AKTAŞ'ın Düşüncesi: İstemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Eren SONBAY'ın Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49' uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesi'nce işin gereği görüldü.

Danıştay Başkanlar Kurulu'nun 16.6.2004 gün ve 2004/ 13 sayılı kararı ile Danıştay Onikinci Dairesinde görülmekte olan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda belirtilen öğretim elemanları, memur ve diğer personelin disiplin işlerine ilişkin dava ve temyiz başvurularının Dairemizde görülmesine ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca kararın düzeltilmesi istemlerinin dosya devri yapılan dairece sonuçlandırılmasına karar verildiğinden işin esasına geçildi.

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenip bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 49. maddesinin 1. fıkrasında yazılı nedenlerin bulunmasına bağlıdır.

İdare mahkemesince verilen kararın dayandığı gerekçe usul ve yasa uyarınca olup, bozulmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına ve yargılama giderlerinin temyiz isteminde bulunan üzerinde bırakılmasına 31.10.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

NOT: Kararın gerekçesi için söz konusu İdare Mahkemesi kararı aşağıda yayımlanmıştır.

* * *

İstanbul 6. İdare Mahkemesi

T. 23.09.2002

E. 2001/ 1533

K. 2002/ 1089

* Görevden çekilmiş sayılma
disiplin cezasının iptali

* Sağlık raporunun geçerliliği

* Usulsüz sevk

* Sağlık raporunun düzenleniş
şeklinde davacının kusurunun
bulunmaması**Davacı:** Pertev BİLGİN**Davalı:** İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü

Davanın Özeti: Davacı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı'nda öğretim üyesi olarak görev yapmakta iken görevden çekilmiş sayılma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin 23.10.1999 günlü ve 2001/ 12 sayılı Üniversite Disiplin Kurulu kararının Florance Nightingale Hastanesi'nde böbrek rahatsızlığı nedeniyle yatarak tedavi gördüğünü hastalığının sağlık raporuyla belgelendiğini, bu nedenle izinli sayılması gerekeceği gibi görevi terk etmek amacıyla göreve gelmemek gibi bir durumun söz konusu olamayacağını, sevk ve raporun geçerliliği konusunda sorumlu tutulamayacağını işlemin sebep, konu ve amaç yönlerinden hukuka aykırı olduğunu iddia ederek iptalini istemektedir.

Savunmanın Özeti: Davacının aldığı 3 aylık sağlık raporunun usulüne uygun olmadığına tespiti üzerine tesis edilen işlemin mevzuata uygun olduğu savunularak davanın reddi istenilmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren İstanbul 6. İdare Mahkemesi'nce önceden duyurulan günde davacı ile davalı idare vekilinin duruşmaya geldikleri görüldü. Tarafların iddia ve savunmaları dinlendikten sonar duruşmaya son verildi. Dava dosyası incelenerek işin gereği görüldü:

Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 10. maddesinin c bendinde "*İzinsiz veya kurumca kabul edilen mazereti olmaksızın göreve kesintisiz 10 gün terk etmek*" görevden çekilmiş sayılma disiplin cezasını gerektiren fiiller arasında sayılmıştır.

Öte yandan Memurların Hastalık Raporlarını Verecek Hekim ve

Sağlık Kurumları Hakkında Yönetmelik'in, "Hastalık İzinlerinin Verilmesi" başlıklı 9. maddesinde memurların merkezde kurum amirinin, illerde kurum amirinin teklifi üzerine mülki amirin yurt dışında misyon şefinin onayı ile hastalık raporlarında gösterilen istirahat süreleri kadar hastalık izni verileceği, ... bu yönetmelik ile Devlet Memurları Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliği'nde tespit edilen usul ve esaslara uyulmaksızın alınan hastalık raporlarına dayanılarak hastalık izni verilemeyeceği, ikinci fıkrasında belirtilen sebeplerle Hastalık izni verilmediği halde görevlerine başlamayan memurların izinsiz ve özürsüz olarak görevlerini terk etmiş sayılarak haklarında 657 sayılı kanunun ve değişiklikleriyle özel kanunların bu kanunla ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Yukarıda yer alan mevzuat hükümlerinin incelendiğinde bir memurun almış olduğu raporun hastalık iznine çevrilmesinden önce idaresince fenne ve usule uygun olmadığı yolunda bir tereddüte düşülmesi halinde, sağlık raporlarının başka bir resmi sağlık kuruluna incelettirilmesi veya hastanın bizzat muayenesinin sağlanması mümkün olmakla birlikte, bu tetkik sonucu raporun fenne ve usule uygun olmadığı tespit edildiğinde raporun hastalık iznine çevrilemeyeceğinin ilgiliye duyurulması ile görevine başlamasının istenilmesi, bu yönde yapılan tebligata rağmen görevine başlamayanlar hakkında müeyyide uygulanması gerekmektedir.

Uyuşmazlık konusu olayda davacının İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı'nda Profesör ünvanıyla görev yapmakta iken Florance Nightingale Hastanesi'nde 22.10.1999-20.12.1999 tarihleri arasında yatarak tedavi görerek 3 ay süreyle istirahatine ilişkin sağlık raporunun rektörlüğe sunulması üzerine raporun geçerliliği konusunda soruşturma açıldığı raporun Cerrahpaşa Tıp Fakültesi'nde inceletilerek anılan hastaneye yapılan sevk usulsüz olduğunun ve raporun sağlık kurulunca verilmediğinin tespiti üzerine, anılan raporun kabul edilmemesi suretiyle dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmıştır.

Olayda davacının Hukuk Fakültesi Dekanlığınca sevkini yapılması ve sağlık raporunun düzenleniş şeklinde davacıya atıf kabil bir kusur bulunmamaktadır.

Davacının 3.2.2000 tarihli yazısıyla soruşturmacılara hastanede tedavi gördüğü için savunma yapmaya gelebileceğini bildirdiği ve savunma isteme yazısının adı geçen hastanede tebliğ edildiği görül-

düğünden belirlenen sürelerde hastanede tedavi gördüğü sonucuna ulaşılmakla izin almadığı veya kabul edilmesi gerekli bir mazereti olmadığı söylenemez.

Diğer taraftan sağlık raporunun usulüne uygun olmadığından tespitinden bahisle raporun hastalık iznine verilemeyeceğinin davacıya duyurularak göreve başlamasının istenilmesi yapılan tebligata rağmen göreve başlamaması halinde işlem tesis edilmesi gerektiğine dair zorunlu usul kuralının uygulanmadığı da görülmektedir.

Hal böyle olunca davacının izinsiz veya kurumca kabil edilen mazereti olmaksızın görevi kesintisiz 10 gün terk etmesi fiillerinin olayda gerçekleşmediği anlaşılmakla dava konusu işlemde mevzuata uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu işlemin iptaline aşağıda dökümü yapılan 36.310.000 T.L. yargılama giderlerinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, tebligat avansından artan kısmın istemi halinde davacıya iadesine, 23.09.2002 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

* * *

Danıştay 4. Daire

T. 31.10.2005
E. 2006/2026

* 356 sıra no'lu VUK Genel Tebliği'nin "B-İcra dairelerince alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar verilen vekalet ücretlerinin belgelendirilmesi" bölümünün iptali
(213 s. VUK m. 227, 336, 237;
4396 s. K. m. 5 ile değişik mükerrer m.
257/1-1; 2577 s. İYUK m. 27/2)

Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını İsteyen: Tekirdağ Barosu Başkanlığı, Tekirdağ

Davalı: Maliye Bakanlığı, ANKARA

İstemin Özeti: 23.2.2006 gün ve 26089 sayılı *Resmî Gazete'* de yayımlanan 356 sıra nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinin "B-İcra Dairelerince Alacaklı Taraf Avukatına ödenmesine Karar verilen Vekalet Ücretlerinin Belgelendirilmesi" bölümünün iptali istemiyle açılan dava sonuçlanıncaya kadar yürütmenin durdurulması isteminden ibarettir.

Savunmanın Özeti: 213 sayılı kanununun 227. maddesine göre üçüncü kişilerle muamele ve kayıtların tevsikinin zorunlu olduğu, aynı kanunun mükerrer 257. maddesinin 1 numaralı bendinde Maliye Bakanlığı'na verilen yetki kapsamında yapılan düzenlemenin yasal olduğu savunulmaktadır.

Tetkik Hakimi Hayrettin Korucu'nun Düşüncesi; Dava dilekçesinde ileri sürülen nedenler ve uyuşmazlığın niteliğine göre 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesi hükmü uyarınca yürütmenin durdurulmasına ilişkin istemin kabulü gerektiği düşünülmüştür.

Danıştay Savcısı A. Kemal Terlemezoğlu'nun Düşüncesi: Yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi için 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığından istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesi'nce gereği görüldü: 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 2. fıkrasında, Danıştay veya idari mahkemelerin, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilecekleri belirtilmiştir.

23.2.2006 gün ve 26089 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan 356 sıra nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nin "B-İcra Dairelerince Alacaklı Taraf Avukatına ödenmesine Karar verilen Vekalet Ücretlerinin Belgelendirilmesi" başlıklı bölümünün iptali istemiyle açılan davada yürütmenin durdurulması istenilmektedir.

356 sıra nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nin iptali istenen "B. icra Dairelerince Alacaklı Taraf Avukatına ödenmesine Karar Verilen Vekalet Ücretlerinin Belgelendirilmesi" başlıklı bölümünde; bakanlığa intikal eden olaylardan, icra dairelerince borçludan alınarak, müvekkili adına takibat yapan alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar verilen avukatlık (vekalet) ücretlerinin belgelendirilmesi hususunda tereddüde düşüldüğünün anlaşıldığı, Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 257. maddesinin bakanlığa verdiği yetkiye dayanılarak bundan böyle söz konusu avukatlık ücretlerinin belgelendirilmesinde aşağıdaki hususlara uyulması zorunluluğu getirildiği belirtildikten sonra, "icra dairelerince borçludan alınarak müvekkili adına takibat yapan alacaklı taraf avukatına

ödenmesine karar verilen avukatlık (vekalet) ücretinin avukata ödendiği anda, avukat tarafından borçlu adına en az 2 nüsha serbest meslek makbuzu düzenlenecek ve makbuzun avukatta kalan nüshasına da icra dairesince ödemenin yapılmış olduğuna dair bir şerh düşölerek, ödemeyi yapan memur tarafından (sicil numarası da yazılarak) imzalanacaktır. Yukarıda belirtilen şekilde yetkili memura imzalatılmadığı tespit edilen her bir serbest meslek makbuzu için ayrı ayrı Vergi Usul Kanunu'nun 352-11/7. maddesine göre söz konusu avukat adına usulsüzlük cezası kesilecektir." düzenlemesine yer verilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "Yetki" başlıklı Mükerrer 257. maddesinin 4369 sayılı kanunun 5. maddesiyle değişik 1. fıkrasının 1. bendinde; Maliye Bakanlığı'nın; Mükellef ve meslek grupları itibariyle muhasebe usul ve esaslarını tespit etmeye, bu kanuna göre tutulmakta olan defter ve belgeler ile bunlara ilaveten tutulmasını veya düzenlenmesini uygun gördüğü defter ve belgelerin mahiyet, şekil ve ihtiva etmesi zorunlu bilgileri belirlemeye, bunlarda değişiklik yapmaya; bedeli karşılığında basıp dağıtmaya veya üçüncü kişilere bastırıp dağıtmaya veya dağıttırmaya, bunların kayıtlarını tuturmaya, bu defter ve belgelere tasdik, muhafaza ve ibraz zorunluluğu getirmeye veya kaldırmaya, bu kanuna göre tutulacak defter ve düzenlenecek belgelerin tutulması ve düzenlenmesi zorunluluğunu kaldırmaya yetkili olduğu, 4008 sayılı kanunun 7. maddesiyle eklenen fıkrada, Maliye Bakanlığı'nın, birinci fıkrada yazılı belge tasdik işlemini; noterlere, kanunla kurulmuş mesleki kuruluşlara veya uygun göreceği diğer mercilere yaptırmaya, ticari kazançları basit usulde tespit edilen gelir vergisi mükelleflerine özel bir defter tuturmaya ve bu konulara ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye yetkili olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Mükerrer 257. maddede verilen yetkinin kapsamının maddede sayılmış olan konularla sınırlı olduğu, açıkça yetki verilmemiőt bir konuda idarenin düzenleme yetkisi bulunduğundan söz edilemeyeceği ayrıca yasada düzenlenmiş olan bir konuda idari düzenleyici işlemlerle yasadaki düzenlemeye ters düşen farklı bir uygulama getirilemeyeceği bunun verginin kanuniliği ilkesi ile de bağdaşmayacağı açıktır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "Makbuz Mecburiyeti" başlıklı 236. maddesinde, serbest meslek erbabının, mesleki faaliyetlerine ilişkin her türlü tahsilatı için iki nüsha serbest meslek makbuzu tanzim etmek ve bir nüshasını müşteriye vermek, müşterinin de bu makbuzu istemek ve almak mecburiyetinde olduğu, makbuz muhteviyatı başlıklı 237. maddede, Serbest meslek makbuzlarına; 1. Makbuzu verenin soyadı adı veya unvanı, adresi, vergi dairesi ve hesap numarası; 2. Müşterinin

soyadı, adı veya unvanı ve adresi; 3. Alınan paranın miktarı; 4. Paranın alındığı tarihin; yazılacağı ve bu makbuzların serbest meslek erbabı tarafından imzalanacağı, serbest meslek makbuzlarının seri ve sıra numarası dahilinde teselsül ettirileceği belirtilmiştir.

213 sayılı kanunun 236 ve 237. maddelerinde serbest meslek makbuzlarına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş, serbest meslek makbuzunun hangi şartlarda, kime ve nasıl düzenleneceği açıkça gösterilmiş, ihtiva etmesi gereken bilgiler tek tek sayılmıştır. Buna göre serbest meslek makbuzu ancak müşteri adına düzenlenebilecek ve sadece avukat tarafından imzalanması yeterli olacaktır. Maliye Bakanlığına kanunla açıkça düzenlenmiş olan bu konuda yeni bir düzenleme yapması konusunda yetki verilmiş olduğu düşünülemez.

Bu durumda, serbest meslek makbuzuna ilişkin yasal düzenlemeler arasında yer almayan ve kanunda belirtildiği şekilde, avukatın müşterisi olmayan karşı taraftan icra kanalıyla tahsil ettiği paralar için serbest meslek makbuzu düzenlenmesi ve bunun icra memuru tarafından imzalanması zorunluluğu getirilmesi ve bu uygulamanın yaptırım olarak usulsüzlük cezası öngörülmesi, kanunla idareye tanınan yetkinin aşılması anlamına geldiğinden 356 sıra no' u Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nin dava konusu edilen bölümünde yasaya uyarlık görülmemiştir.

Bu nedenle, 23.2.2006 gün ve 26089 sayılı *Resmi Gazete'* de yayımlanan 56 sıra nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nin "*B-İcra Dairelerince Alacaklı Taraf Avukatına ödenmesine Karar verilen Vekalet Ücretlerinin Belgelendirilmesi*" bölümünün iptali istemiyle açılan dava sonuçlanıncaya kadar yürütmenin durdurulmasına, 25.10 YTL. harcın yürütmenin durdurulmasını isteyen den alınmasına 20.6.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 16.06.2006
E. 2006/218
K. 2006/235

* İtiraz
* TBB Disiplin Kurulu'nun
kesin olan kararları
(Av. K. m.157)

Şikayetli avukat, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin 17.05.2005 günlü ve 2005/... Esas, 2005/... Karar sayılı kararının "onanmasına" dair 21.01.2006 tarih ve 2005/... Esas, 2006/... Karar sayılı Kurulumuz kararına itiraz etmiştir.

Avukatlık Yasası'nın 157. maddesinin açık hükmüne göre, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun uyarma, kınama ve para cezalarına ilişkin kararları kesin olup, bu kararlar aleyhine ancak idari yargı yoluna gidilebilir.

Kaldı ki, kurulumuzca esas hakkında karar verilerek dosyadan el çekildiğinden ve Avukatlık Yasası'nda karar düzeltilmesi yoluna olanak sağlayan bir hüküm de bulunmadığından bu yönlerden de itiraz dilekçesinin incelenmesi olanaksızdır.

Sonuç olarak, karar düzeltilmesi istemi niteliğindeki itiraz dilekçesinin reddine oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 16.06.2006

E. 2006 /163

K. 2006/232

* Müdafilik görevi

* Mesleğin gerektirdiği kamu

hizmetini ihlal

* Savunma hakkı

(Av. K. m. 137)

Şikayetli, Kars Ardahan Bölge Barosu Ardahan Temsilciliği tarafından müdafii olarak görevlendirildiği halde, 29.04.2001 tarihinde karakola çağırılmasına rağmen gitmeyerek müdafilik görevini yerine getirmediği iddiası ile Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü tarafından disiplin yönünden gereği yapılması, Kars Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan istenilmiştir.

Şikayetli avukat; 29.04.2001 günü gece saat 24.00-00.30 sıralarında evinden çağırıldığını, ifade verecek şahsın hemen serbest bırakılmayacağını, ertesi günü karakolda hazır bulunacağını bildirdiğini, ertesi günü karakolu aradığında ifadenin alındığını, gelmesine gerek kalmadığını bildirdiklerini, öte yandan; şüphelinin 18 yaşından büyük olduğundan zorunlu müdafie gerek olmadığını, 29.04.2001 tarihinde de nöbetçi olmadığını, bölge baro başkanlığınca resmi bir atama yazısı almadığını, ayrıca şüphelinin nöbetçi avukat istemediğini kendisinden öğrendiğini, bildirerek soruşturmanın dayanaksız olduğunu savunmuştur

Şikayetli, Ardahan Ağır Ceza Mahkemesi'nin kesinleşen 2002/ ... Esas, 2001/ ... Karar sayılı ve 11.06.2002 tarihli kararı ile "nöbetçi olduğu halde çağırıldığı göreve gelmeyerek mesleğin gerektirdiği kamu hizmetini ihlal etmesi" nedeniyle TCK 230 ve diğer ilgili maddeleri hükümlerine göre cezalandırılmıştır.

Şikayetli hakkında baro yönetim kurulunca disiplin kovuşturması açılmasına karar verilmiş ve Kars-Ardahan Bölge Barosu Disiplin Kurulu'nca da başka bir husus araştırılmadan, şikayetlinin nöbetçi olduğu halde müdafilik görevini yapmadığından uyarma cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikayetli itiraz etmiştir. İtirazında Ağır ceza Mahkemesi kararına karşı 5237 sayılı yasa kapsamında yeniden değerlendirme yapılması için başvurusu olduğunu, bunun sonucunun beklenmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Avukatlık Yasası'nın 137. maddesi, avukatlar hakkında yapılacak kovuşturmalarda, isnat olunan hususun avukata açıkça ve yazılı ola-

rak bildirilmesi, yazılı savunmasının istenmesi ve bu savunma için en az on günlük bir süre tanınmasını zorunlu saymıştır. Şikayet konusu dosyada, disiplin kovuşturması açılması kararından sonra şikayetliden savunmasını yazılı olarak bildirmesi, kanıtları ve duruşma istemi varsa bunu da açıklaması için en az on gün süre verilmediğinden, şikayetlinin savunma hakkı kısıtlanmıştır. Bu yasal zorunluluk yerine getirilmeden karar verilmesi usul ve yasaya aykırı görülmüş ve kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının kabulüne, şikayetliye isnat olunan hususun açıkça ve yazılı olarak bildirilerek yazılı savunmasının istenmesi, bunun için en az on günlük süre verilmesi, ayrıca varsa kanıtlarını ve duruşma istemi olup olmadığı hakkında açıklama istenmesi ve bundan sonra oluşacak duruma göre gerekli kararın verilmek üzere Kars-Ardahan Bölge Barosu Disiplin Kurulu'nun kararının bozulmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 17.06.2006
E. 2006/158
K. 2006/230

* Aynı işte menfaati zıt tarafları temsil
* Avukatlık mesleğine güveni ihlal
(Av. K. m. 34, 38/b; TBB Meslek Kuralları. m. 35)

Şikayetlinin, şikayetçinin yetkilisi ve hissedarı olduğu İ. Konfeksiyon San. Tic. AŞ'nin vekili olduğu sırada, bu şirket çalışanlarından C.P.'nin şirket aleyhinde açmış olduğu davayı da takip ettiği, bu sebeple Avukatlık Yasası'nın 34, 38/b ve TBB Meslek Kuralları'nın 35.maddesine aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu, baro disiplin kurulunca şikâyetlinin "kınama cezası" ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Şikâyetin konusu, aynı zamanda çıkarı zıt kişilerin vekâletini üstlenmektir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetlinin C.P. vekili olarak 2002 senesinde İ. Konfeksiyon AŞ aleyhinde, Ankara 12. İş Mahkemesi'nde 2002/... sayılı davayı açtığı ve bu davanın 2003 yılında 2003/... Karar

sayılı ve 09.07.2003 tarihli karar ile sonuçlandırıldığı, ancak hükmün şikâyetli tarafından temyiz edildiği, bu tarihten sonra 14.01.2004 tarihinde Ankara 21. Noterliği'nin 2088 sayılı vekâletnamesi ile şikâyetlinin, İ. Konfeksiyon San. ve Tic. AŞ ile, şikâyetçiye ait diğer iki şirketin vekâletini üstlendiği, şirketin vekâletini üstlendikten sonra hükmün Yargıtay tarafından bozulduğu, dosyada vekaletten istifa edilmediği için duruşma gününün şikâyetliye tebliğ edildiği, ancak şikâyetlinin duruşmaya girmediği, anlaşılmıştır.

Avukatlık Yasası'nın 38. maddesinin b fıkrası; avukatın aynı işte menfaati zıt olan bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalâa vermiş olursa teklifi reddetmek zorunda olduğunu,

TBB Meslek Kuralları'nın 35. maddesi de avukatın, aynı davada birinin savunması öbürünün savunmasına zarar verebilecek durumda olan iki kişinin birden vekâletini kabul edemeyeceğini düzenlemiştir.

Bu düzenlemelerde ortak unsur, aynı işte menfaati zıt kişilerin vekâlet görevinin üstlenemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Menfaati zıt olan diğer tarafın vekaletinin alınması, avukatlık mesleğine duyulan güveni ihlal ettiğinden, yasa koyucu böyle bir düzenlemeye gitmek ihtiyacını duymuştur. Aksi takdirde, taraflardan her biri yeterli savunulmadığı duygusuna kapılır ki, bu da avukata duyulması gereken güveni kökten sarsar.

Şikâyete konu olayda, şikâyetli 2002 yılında İ. Konfeksiyon TC AŞ aleyhine C.P. vekili olarak dava açmış, dava red ile sonuçlandığından, şikâyetli Avukat tarafından temyiz edilmiştir. Davanın temyiz incelemesi aşamasında olduğu sırada, 2004 yılında ise İ. Konfeksiyon AŞ, şikâyetliye vekâletname vermiştir. Şikâyetlinin, C.P. vekili olarak İ. Konfeksiyon AŞ aleyhine açmış olduğu dava, Yargıtay tarafından bozulmuş, bozma kararı ile birlikte duruşma günü şikâyetliye tebliğe çıkmış ve şikâyetli tarafından da alınmıştır. Bozmadan sonraki duruşmaya şikâyetli davacı vekili olarak katılmamış, davalı katılmış, davacı vekili şikâyetlinin katılmaması sebebiyle dava işleminden kaldırılmış sonrada açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.

Şikâyetli avukatın, C.P. vekili olarak açtığı davanın kesin olarak sonuçlanmadan, aynı davanın davalısı olan İ. Konfeksiyon Tic. AŞ'nin vekaletini alması, önceki davadaki davacı vekilliği görevinden çekilmemiş

olması, Yargıtay bozmasından sonrada davacı tarafın vekilliği devam etmesine karşın, bozma kararı ve duruşma günü ile ilgili tebligatı alarak, davada hem davacı hem de davalı vekili konumunda olmakla Avukatlık Yasasının 38/b maddesine ve TBB Meslek Kuralları'nın 35.maddesine aykırı davranmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu sebeple, Baro Disiplin Kurulu'nun şikayetlinin kınama cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddi ile Ankara Barosu Disiplin Kurulunun "kınama cezası verilmesine" ilişkin kararının onanmasına, oyçokluğu ile karar verildi.

* * *

T. 16.06.2006
E. 2006/156
K. 2006/228

* Mesleğin itibarını sarsacak davranış
* Avukatın düşüncelerini açıklarken objektif olması
* Meslektaş hakkında küçük düşürücü nitelikte söz
(Av. K. m. 157/2; TBB Meslek Kuralları m. 5, 27/1)

Şikayetli avukat hakkında Muğla Baro Başkanlığı'na sunduğu 01.02.2005 günlü dilekçede kullandığı "...Sayın Baro Başkanı tarafından ne için görüşmeye çağrıldığımı dahi bilmeden ve ayaküstü azarlanır tarzda" senli benli hitaplara maruz kalarak, 'bu hafta içinde bu işi hallet' deyişinden nakil görüşmesi için çağrıldığımı anlamış bulunmaktayım."

"Nezaket kuralları gereği sokaktaki insana dahi hal hatır sorulurken Baro Başkanı olmuş bir meslektaşına yakıştıramadığım hitap ve konuşma tarzının yanı sıra niye burada olduğum ve naklim konusundaki düşüncelerim konusunda konuşmama fırsat verilmediğinden işbu dilekçe ile baroya bilgi verme gereğini duydum"

Keza sayın baro başkanının "...neden Ankara Barosu'ndanım diyorsun?', 'ben seni hep burada görüyorum', 'bu hafta içinde bu işi hallet', 'gerekeni yaparım' tarzı nezaket dışı ve bir baro başkanının ağzından ziyade, daha çok ceza davaları takip etmiş bir avukat olarak sanık müvekkillerin ikrarlarından

duymaya alışkın olduğum bir üsluba maruz kalmamın ve aile terbiyesi gereği olarak söz kesmeye alışkın olmamamın neticesi ve karşımdaki ben dinlemedikçe konuşmamanın sonucu olarak ilerde oluşabilecek barolar arası yazışmalarda kullanmak üzere işbu dilekçeyi baronuza sunuyorum” sözleriyle Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 5 ve 27/1. maddelerine aykırı davranıldığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu Baro Disiplin Kurulu’nca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, incelemenin duruşmalı olarak yapılmasını talep etmiş ise de; Avukatlık Yasası’nın 157/2 maddesi, *“Birlik Disiplin Kurulu, disiplin davalarını dosya üzerinden inceler. Ancak işten veya meslekten çıkarma cezasına yahut işten yasaklamaya dair kararların incelenmesi sırasında, ilgili avukatın isteği üzerine veya kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verilebilir”*, hükmü uyarınca, itiraz edilen karar uyarma cezası olduğundan duruşma talebinin reddi gerekmiştir.

Şikayetli avukat Ankara Barosu’nun sicil nolu avukatı olduğunu, ailevi nedenlerle Muğla’ya nakil yapmak istediğini, Muğla Baro Başkanı’nun kendisiyle görüşme isteğinde bulunduğunu öğrenince baroya gittiğini, on kadar avukatın yanında kendisini *“..Ankara Barosu’ndan Avukat Aysun...”* olarak tanıttince beklemediği bir agresif tavırla azarlandığını, Baro Başkanı’nun agresif bir insan olduğu hususunda önceden uyarılması sebebiyle olay yerinde karşılık vermediğini, dilekçede kullandığı sözlerin bizzat şikayetçi Baro Başkanı’nun kendi tavır ve beyanları olduğunu, kullanılan ifadelerin eleştiri amacına uygun ve bu amacı açıklamak için zorunlu ifadeler olduğunu, nezaket dışı ve agresif üslubu tasvip etmenin mümkün olmadığı için Baro Başkanı’nun tavırlarından dolayı cezalandırılmış olacağını, oysa bu tutuma karşı oldukça yumuşak ifadeleri özenle seçerek kullandığını, suçsuz olduğunu bildirmiştir.

Olayın ve savunmanın gerçek olduğu kabul edilse dahi, şikayetli avukatın 01.02.2005 tarihli dilekçede; *“Bir kamu hizmeti olan mesleğimi ahlaka, hukuka ve avukatlık mesleğinin tabi olduğu Avukatlık Kanunu, Yönetmeliği’ne uygun ve mesleğin gereği kurallar mucibince ve avukatlık mesleğini başka bir işi bulamadığı için değil, bilinçli olarak sürdürmekteyim. Avukat olmanın yanı sıra ‘tahsil cehaleti alır, eşeklik baki kalır’ sözünü kendine düstur edinmiş biri olarak; sadece mesleğimle değil, hal ve hareket ve tavırlarımla da örnek bir insan olmaya çalışmışımdır...”* sözlerinin de, ne amaçla yazıldığına açık olması karşısında,

Hangi olumsuz koşullar altında olursa olsun, avukatın hakarete hakaretle karşılık vermesi, mesleğin itibarını sarsacak şekilde davranan avukatın kusurunu ortadan kaldırmaz. Tahrikin varlığı ve derecesi ne olursa olsun, avukatın yasal yol ve yöntemler içinde kalarak uğradığı haksızlığı gidermeye çalışması, “özünde Hukukçu kimliği taşıyan” bir meslek mensubunun asli görevidir.

Şikayetlinin, meslektaşına karşı sarf ettiği sözler, incelik ve nezaketten uzaktır.

Şikayetli avukatın 01.02.2005 günlü dilekçede kullandığı sözler ile, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5. maddesinde yazılı, “Avukat yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır. Mesleki çalışmasında avukat, hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmalıdır”, 27/1. maddesinde yazılı “Hiçbir avukat, herhangi bir meslektaşı, özellikle hasım vekili meslektaşı hakkında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüş ve düşüncelerini açıkça belirtmez” hükmüne aykırı davranmıştır.

Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu'nun “Disiplin suçu” oluşturan eylemle ilgili olarak yaptığı hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş ve kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, şikayetli Avukat A.K.'nin itirazının reddi ile, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun “uyarma” cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi

* * *

T. 16.06.2006
E. 2006/154
K. 2006/227

* Haktan vazgeçme anlamındaki işlemlerde, müvekkilin yazılı muvafakatinin alınması zorunluluğu
* Avukatlık görevini ihmal
* Özen yükümlülüğü
* Mesleğin itibarını sarsacak davranışlardan kaçınmak
(Av.K.m.34; TBB Meslek Kuralları m.3,4)

Şikayetli avukat hakkında, Erdemli Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/... esasında kayıtlı boşanma davasında, müvekkilinden yazılı mu-

vafakat almaksızın, tanık dinlenmekten vazgeçtiği, karar duruşmasına mazeretsiz olarak katılmadığı ve kararı temyiz etmeyerek kesinleşmesine sebebiyet vererek avukatlık görevini ihmal ettiği, iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, tanık S.Ş.'nin şikayetçinin oğlu olup şikayetçinin isteği ile dinletmekten vazgeçtiğini, karar duruşmasına 12.12.2003 günü Mersin 2. Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki 2003/ ... Esas sayılı davanın duruşması sebebiyle mazeret vererek katılmadığını, kararın tebliği üzerine şikayetçi ile görüştüğünü, "nesini temyiz edelim, aynen tasdik gelir" demesi ve masraf da vermemesi üzerine temyiz etmediğini, boşanma dava dosyası tetkik edildiğinde görevini tam olarak yaptığının görüleceğini bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

İncelenen dosya kapsamından, tanık S.Ş.'nin dinlenmesinden 18.09.2003 günlü duruşmada vazgeçildiği, 12.12.2003 günlü duruşmaya mazeret bildirilmediği, 12.12.2003 gün ve 2003/ ... Esas, 2003/ ... Karar sayılı kararın 15.03.2004 tarihinde tebellüğ edildiği ve temyiz edilmeksizin 31.03.2004 tarihinde kesinleştiği, dosyadaki bilgi ve belgelerle sabit bulunmaktadır.

Bir haktan vazgeçme anlamındaki işlemlerden dolayı müvekkilin yazılı muvafakatinin alınması zorunludur. Herhangi bir vazgeçme eyleminde, müvekkilin zararı olmayacağı düşünülse dahi, bu hususun vekil edene bildirilmesi ve yazılı olurunun sağlanması, avukatlık mesleğinin ciddiyeti ve görevin özenle yerine getirilmesi ilkesinin gereğidir.

Avukatlık Yasası madde 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın madde 3-4 deki ilkeler göz önünde bulundurulduğunda, "avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe olan güveni sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütmek" ve "mesleğin itibarını sarsacak her türlü tutum ve davranıştan özenle kaçınmak zorundadır."

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş, eylem Avukatlık Yasası 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları 3 ve 4. maddelerine aykırı olduğundan kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukat itirazının reddine, Mersin Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 16.06.2006
E. 2006/149
K. 2006/222

*** Avukatlık asgari ücret tarifesine göre karşı tarafa yüklenen avukatlık ücreti**
*** Vekalet ücreti ile ilgili haksız takip yapılması**
(Av. K. m. 34, 135/2, 4667 sayılı K. ile değişik m. 163, 164/son, 165; TBB Meslek Kuralları m.3, 4)

Şikayetli avukat hakkında “şikayetçi aleyhine Alanya 1. İcra Müdürlüğü'nün 2001/5266 sayılı dosyası ile icra takibi yaptığı, itiraz üzerine Alanya 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2001/... Esas, 2003/... Karar sayılı kararının verildiği, şikayetli avukat tarafından müvekkili şirket adına, anlaşma nedeniyle ibraname ve feragatname düzenlediği, ibralaştıkları ve toplam anlaşılan miktarın ödenmesine rağmen, şikayetli avukatın mahkeme kararında belirtilen avukatlık ücreti için Alanya 1.İcra Müdürlüğü'nün 2003/... sayılı dosyası ile şikayetçi aleyhine icra takibi yaptığı ve görevini kötüye kullandığı” iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve Avukatlık Yasası'nın 34, 135/2 ve TBB Meslek Kuralları'nın 3, 4. maddeleri gereğince kınama cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, “ibra ve feragat sözleşmesini” müvekkili adına imzaladığını, avukatlık ücreti konusunda bir anlaşma olmadığını, Avukatlık Yasası'nın 164/son maddesi “dava sonunda kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle, takas ve mahsup edilemez, haczedilemez” hükmü nedeniyle vekalet ücretinin şahsi bir hak olduğunu ve yasanın amir hükmü gereğince buna aykırı anlaşma yapılamayacağını, karşı tarafın avukatının mahkeme kararında belirtilen, kendilerine takdir olunan ücret için icra takibi yaptığını ve buna itiraz ederek takibi iptal

ettirdiklerini, bunun üzerine kendisinin de icra takibine tevessül ettiğini, fazladan bir tahsilat yapılmadığını”, bildirmiştir.

Avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder.

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 sonunda haksız çıkan tarafa yüklenen ikinci tür avukatlık ücreti yargılama giderlerindedir.

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’ne göre karşı tarafa yüklenen avukatlık ücreti kişisel hak niteliğindedir.

Avukatlık ücretinin vekil olan avukat lehine değil, asil adına hükmedilmesi gerektiği Yargıtay hukuk ve ceza dairelerinin kararlarında belirtilmektedir.

Avukatlık Yasası’nın 164/son maddesine göre “dava sonunda kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle, takas ve mahsup edilemez, haczedilemez”.

Avukatlık Yasasınının 165.maddesine göre “iş sahibinin birden çok olması halinde bunlardan her biri , sulh veya her ne suretle olursa taraflar arasında anlaşmayla sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde her iki taraf avukat ücretinin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu sayılırlar”.

Avukatlık Yasası’nın 164/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 “dava sonunda kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle, takas ve mahsup edilemez, haczedilemez” şeklinde değiştirilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 15/10/2005 gün, E:2004/..., K:2004/... sayılı kararında; “Her iki düzenleme vekil ile müvekkil arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözülmesine 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 çıkarılmıştır. Esasen sözleşme özgürlüğü prensibi gereğince, 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" denilmektedir.

Olayımızda; şikayetli avukatın, müvekkili adına bizzat kendisinin düzenlediği 4/8/2003 tarihli "İbraname ve Feragatname" başlıklı belge;

"Alanya 1. İcra Müdürlüğü'nün 2001/...5266 Esas sayılı dosyası ve bu dosyaya yapılan itiraz neticesi tarafımızca açılan Alanya ..Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıçlığı'nun 2001/... Esas, 2003/... Karar sayılı dosyasına ilişkin olarak, borçlu T. Tur. Ltd. Şti'den tüm alacaklarımız ve fer'ilerine karşılık 14.000.000.000.TL aldık. Her iki dosya için bahsi geçen bedelin üstünde kalan miktarlardan feragat ediyoruz. Her iki dosya nedeni ile borçlu T. Ltd. Şti'ni en geniş biçimde ve gayri kabili rücu olacak şekilde ibra ediyoruz. Her iki dosyadan dolayı borçlu şirketten hiçbir hak ve alacağımız yoktur. İbra ve feragat, tahsil eden alacaklı A.Y., Y. Turizm İşl..Ltd. Şti. vekili avukat V. K. (Kaşe ve imza)" şeklinde düzenlenmiştir.

Eğer bu anlaşma şikayetli avukatın dışında her iki tarafça düzenlenmiş olsa idi Avukatlık Yasası'nın 165. maddesi uyarınca her iki tarafta müteselsilen avukatlık ücretinden dolayı sorumlu olacaktı. Ancak söz konusu belge, bizzat şikayetli avukatın kendisi tarafından hazırlanmış ve imzalanmıştır. Kapsamlı bir şekilde düzenlenmiş, hiç bir hak ve alacağın kalmadığı açık bir şekilde belirlenmiştir. Bu düzenleme avukatlık ücretini de kapsamaktadır.

Ayrıca karşı taraf avukatının vekalet ücreti ile ilgili haksız takip yapması şikayetli avukata da takip yapma hakkı vermez. Yasaya aykırı eylem ve işlemler emsal olamaz.

Bu nedenlerle, şikayetli avukatın eylemi disiplin suçu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nun, eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik bulunmuş ve kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile, Antalya Barosu Disiplin Kurulu'nun "kınama" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 16.06.2006
E. 2006/ 148
K. 2006/221

* **Avukatın hasım tarafla görüşmesinin ancak avukatı ile yapılabilmesi**
(TBB Meslek Kuralları m. 31)

Şikayetli avukatın, “şikayetçi avukatlar tarafından yürütülen icra takiplerinde, borçlu vekili olarak takip dosyasına vekaletname koyup, şikayetçilerin müvekkili asil ile haricen anlaşma yaptığı, bu şekilde şikayetçilerin azledilmesine sebebiyet verdiği, aynı kişinin davalarında şikayetçilerin bulunmadığı duruşmada, asilin davadan feragatini temin ettiği ve bundan şikayetçilerin bilgisinin olduğunu söyleyerek karar alınmasını sağladığı” iddiaları ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu’nca, borç ile ilgili anlaşmanın alacaklı asil ile borçlu arasında yapıldığı, davalardan feragatın de şikayetçilerin müvekkili tarafından bizzat yapıldığı ve bu konulardaki hukuki girişimlerinin şikayetli avukat açısından disiplin suçu oluşturmadığı, ancak şikayetli avukatın, şikayetçilerin müvekkili ile doğrudan görüşmesi ve tarafların anlaşmasını sağlanmasının, TBB. Meslek Kurallarınının 31. maddesine aykırılık oluşturduğu kabul edilerek uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

TBB Meslek Kuralları’nın 31. maddesi “avukat hasım tarafın ancak avukatı ile görüşebilir. (hasımın avukatı yok ise) avukatın hasımla teması zorunlu sınırlar içinde kalır. Hasımla her temastan sonra avukat müvekkiline bilgi verir.” hükmünü içermektedir. Avukatın hasım tarafla görüşmesinin ancak avukatı ile yapılabilmesi hükmü mutlak olup, hasımın avukatının bulunmaması halinde dahi görüşme “zorunluluk” sınırı ile bağlı bulunmaktadır. Avukat, bir davada, başka bir meslektaşının temsil ettiği kimse ile meslektaşının izni haricinde, doğrudan onunla temasa geçmesi disiplin suçunu oluşturmaktadır. Avrupa Birliği Avukatlık Meslek Kuralları’nın “Avukatların Birbirleri ile İlişkileri” bölümünün 5.5 maddesinde de “bir avukat herhangi bir davada veya mesele de başka bir avukat tarafından temsil edildiğini veya danışma hizmeti aldığını bildiği bir kişiyle, o kişinin avukatının muvafakatı olmadan o dava veya mesele hakkında doğrudan haberleşemez” düzenlemesi bulunmaktadır. Görüldüğü gibi bu kural Avrupa Birliği ülkelerinde, daha katı bir biçimde düzenlenmiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında, şikayetçi avukatların müvekkili olan ve icra takiplerindeki alacaklı asilin kendisine başvurarak anlaşmak istediğini bildirmesi üzerine durumu kendi müvekkiline ilettiğini,

böylece tarafların anlaşmasının sağlandığını, bu anlaşmanın uygulanması sırasında, şikayetçilerin müvekkili asilin bizzat hakaret ettiğini bildirmiştir.

Şikayetli avukatın, şikayetçilerin müvekkilinin kendisine başvurması sırasında, şikayetçilerin vekaletinin devam etmekte olduğunu bildiği, avukatları ile olan durumunu sorması üzerine, bu kişinin avukatlarını azlettiğini beyan etmesi üzerine bu konuyu araştırmadığı ve görüşmeyi gerçekleştirerek, tarafların sulh oldukları anlaşılmıştır.

Bu nedenlerle, şikayetli avukatın eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan, Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukatın eylemini TBB Meslek Kuralları'nın 31. maddesine aykırı olduğuna ilişkin kabulünde hukuksal isabetsizlik bulunmuş kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddi ile Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 16.06.2006
E. 2006/137
K. 2006/213

*** Meslektaş aleyhine baro hakem kurullarında takip edilecek davaların baroya bildirilme zorunluluğu**
(Av. K. m. 157/7, 167;
TBB Meslek Kuralları m. 27/2)

İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin 11.02.2005 gün ve 2004/... Esas, 2005/... Karar sayılı kararına yapılan itiraz üzerine kurulumuzun 10.02.2006 tarihli ve 2005/... Esas, 2006/... Karar sayılı kararı ile itirazın kabulüyle uyarma cezasının kaldırılmasına ve şikayetli avukat hakkında "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" oyçokluğu ile karar verilmiş, ancak Adalet Bakanlığı'nun 14.04.2006 tarihli ve (08899) sayılı işlemi ile "yapılan değerlendirmede ve verilen kararda hukuki isabet görülmediği" gerekçesiyle dosya bir daha görüşülmek üzere geri gönderilmiştir.

Geri göndermeye ilişkin yazı ile birlikte dosya bir kez daha incelenip gereği görüşülüp düşünüldü:

Adalet Bakanlığı'nun geri gönderme gerekçesinde; "1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun (Anayasa Mahkemesi'nin 3.3.2004 gün ve Esas 2003/..., Karar 2004/... sayılı kararı ile iptal edilmeden önceki) 167. maddesinde düzenlenen ve baronun bulunduğu yargı çevresinin en kıdemli Asliye Hukuk Hakimi başkanlığında, baro yönetim kurulunca seçilecek iki avukat üyeden oluşacağı belirtilen baro hakem kurullarının, TBB Disiplin Kurulu kararında da değiştirildiği üzere yargı yerleri oldukları hususunda kuşku bulunmadığından, söz konusu hakem kurullarının sırf baro bünyesinde görev yaptıklarından bahisle avukatların baro hakem kurullarında meslektaşları aleyhine takip edecekleri davaların baroya bildirilme zorunluluğunun olmadığı, dolayısıyla Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesine aykırı bir davranışın bulunmadığı yolunda yapılan değerlendirmede isabet bulunmadığı" bildirilmiştir.

Bakanlığın geri gönderme gerekçesi kurulumuz da oylanmış, kurulumuzun tesis ettiği 2005/... Esas, 2006/... Karar sayılı ve oyçokluğu ile verilmiş kararımız, Avukatlık Yasası'nın 157/7 maddesinin aradığı 2/3 çoğunluğu sağlayamadığından, Bakanlığın geri gönderme gerekçesi doğrultusunda, şikayetlinin eylemi disiplin suçu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirme isabetli bulunmuş ve uyarma cezası verilmesine ilişkin kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, itirazın reddi ile İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının Avukatlık Yasası'nın aradığı ısrar oranına ulaşamadığından onanmasına, oyçokluğu ile karar verildi.

* * *

T. 16.06.2006
E. 2006/132
K. 2006/209

*** Yazılı ücret sözleşmesi yapılmadığında asgari ücret tarifesinin uygulanması esası**
*** Avukatlık asgari ücret tarifesine göre hak edilen ücretten fazla bir miktarın yedinde tutulması**

(Av. K. m. 34, 163/son, 168;
TBB Meslek Kuralları m. 3, 43)

Şikayetli avukat hakkında İzmir 13. İcra Müdürlüğü'nün 2003/... Esas sayılı dosyasından tahsil ettiği 854.550.000.TL nin 400.000.000.

TL'sini müvekkiline ödediği, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nden fazla ücret almak suretiyle Avukatlık Yasası 34. madde ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 43. maddesi hükümlerine aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli, 23.07. 2002 tarihinde meydana gelen trafik kazası sebebiyle İzmir 7. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2002/ ... Esas sayılı davayı açtığını, 31.10.2002 tarihinde 410.000.000 TL alacağın tahsiline karar verildiğini, İzmir 13. İcra Müdürlüğü'nün 2003/ ... Esas sayılı dosyasında harçlar kesildikten sonra 854.550.000.TL tahsil ettiğini, 2002 yılı İzmir Barosu Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre davadan 600.000.000 TL ücret alması gerekirken miktarın azlığı nedeniyle 250.000.000 TL mahsup ve ücret makbuzu düzenlediğini, icra takibi için %15 ücret alması gerekirken %10 olarak 68.578.973 TL mahsup ile ücret makbuzu düzenlediğini ve şikayetçiye verdiğini, makbuzlara herhangi bir itiraz olmadığını, 12.344.215 TL icra ücreti vekalet KDV'si ve 68.578.973 TL icra ücreti vekaleti olmak üzere toplam 444.502.161 TL ücreti alıkoyduğunu, bakiye 409.497.839 TL'den 400.000.000 TL'yi şikayetçiye ödediğini, istenirse kalan 9.497.839 TL'yi ödemeye hazır olduğunu, baro tarifesine göre ücret tahsil etmiş bulunduğundan tayin edilen cezanın kaldırılmasını istemiştir.

Baro Yönetim kurullarının hazırlamış olup üyelerine duyurdukları ve kendi bölgelerinde alınması gereken en düşük ücretin gösterildiği tarifeler, resmi niteliği olmayan, vekil/müvekkil ilişkisinde uygulanması öngörülen ve mesleki dayanışmayı teşvik eden tavsiye niteliğindeki tarifelerdir.

Uygulanması zorunlu ve resmi nitelikteki Avukatlık Asgari Ücret Tarifeleri, Avukatlık Yasası'nın 168. maddesinin öngördüğü koşullarda Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanıp, Adalet Bakanlığı'nca onaylanarak resmi gazetede yayınlanan tarifelerdir.

Şikayetli avukat yazılı ücret sözleşmesi sunmamış, dosya içindeki ifadelerinde de yazılı sözleşme yapılmadığını kabul etmiştir. Bu durumda Avukatlık Yasası'nın 163/son maddesi hükmüne göre asgari ücret tarifesinin uygulanması esastır.

Şikayetli avukatın tahsil edip şikayetçi müvekkiline ödemediği para, asgari ücret tarifesi nazara alınarak hesaplanacak olan vekil ücretinin çok üstünde bir miktara tekabül etmekte ve şikayet edilenin Avukatlık asgari ücret tarifesine göre hak ettiği ücretin üstünde bir miktarı yedinde tuttuğu anlaşılmaktadır.

Yazılı ücret sözleşmesi olmadığından, Baro Yönetim Kurulu'nun vekil/müvekkil arasındaki ücretler hakkında tavsiye niteliğinde olmak üzere yayınlamış olduğu tarifeyi dava ve icra takiplerine uygulayarak fazla para tahsil etmekten ibaret eylem, Avukatlık Yasası 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 43. maddelerine aykırıdır.

Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve meslek itibarını zedeleyecek her türlü davranıştan kaçınmak suretiyle yapmak zorundadır.

Bu nedenlerle eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulunca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddine, İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının "*onanmasına*", oybirliği ile karar verildi.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ

KARARLARI

Çevirenler: Elif EKİNCİ*
Serkan CENGİZ**

ÜÇÜNCÜ DAİRE

Von Hannover/Almanya Davası

(Başvuru No. 59320/00)

Von Hannover v. Almanya Davasında,

Başkan : Mr. □ □Cabral Barreto,

Yargıçlar : Mr. □ □Ress, Mr. L. Caflisch, □Mr. □ □Türmen,
Mr. □ □Zupančič, Mr. □ □Hedigan, Mr. □ □Traja □

ve

Daire Yazı İşleri Müdürü Mr. □ □Berger' den oluşan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Üçüncü Daire),

6 Kasım 2003 ve 3 Haziran 2004 tarihlerinde yaptığı oturumlar sonrasında, 3 Haziran 2004 tarihinde aşağıdaki şekilde karar vermiştir:

USUL İŞLEMLERİ

1. Bu dava, Monako vatandaşı Caroline Hannover (başvurucu) tarafından Alman Federal Cumhuriyeti aleyhine İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme'nin (Sözleşme) 34. maddesi uyarınca 6 Haziran 2000 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılmış bir başvurudan (no. 59320/00) kaynaklanmaktadır.

* Avukat, İzmir Barosu.

** Avukat, İzmir Barosu.

2. Başvurucu, davasında, Alman Mahkeme kararlarının sözleşmenin 8. maddesi ile garanti altına alınan “Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı” hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

3. Başvuru, mahkemenin 4. Dairesi’ne havale edilmiştir (Mahkeme İç Tüzüğü, m. 52/1). Bu daire içinde davayı inceleyecek olan heyet, Sözleşme’nin 27/1 maddesi ve İç Tüzüğün 26/1 maddesi uyarınca oluşturulmuştur.

4. Mahkeme, 1 Kasım 2001 tarihinde dairelerinin yapısını değiştirmiştir (İç Tüzük, m. 25/1 maddesi). Dava, yeni oluşturulan Üçüncü Daireye gönderilmiştir (İç Tüzük, m. 52/1).

5. Daire, 8 Temmuz 2003 tarihli kararıyla başvuruyu kabuledilir bulunduğunu açıklamıştır.

6. Başvurucu ve hükümet, davanın esasına ilişkin değerlendirmelerini sunmuşlardır (İçtüzük, m. 59/1). Tüm bunların yanı sıra, Daire Başkanı tarafından davaya katılmalarına müsaade edilen Alman Magazin Yayıncıları Derneği (*Verband deutscher Zeitschriftenverleger*) ve Hubert Burda Media GmbH & Co. KG şirketi de yazılı görüşlerini mahkemeye ulaştırmıştır (Sözleşme, m. 36/2 ve İç Tüzük, m. 44/2). Başvurucu, bu görüşlere yanıt vermiştir (İç Tüzük, m. 44/5).

7. Duruşma, 6 Kasım 2003 tarihinde Strasbourg’daki İnsan Hakları Binası’nda halka açık olarak yapılmıştır (İçtüzük, m. 59 § 3).

Mahkemede tarafları temsil edenler:

(a) Hükümet için;

Mr.	K. Stoltenberg, <i>Ministerialdirigent</i> ,	Ajan
Mr.	A. Ohly, Beyrut Üniversitesi’nde Medeni Hukuk Profesörü,	Temsilci
Mrs.	A. Laitenberger,	Baş Ajan Danışman

(b) Başvurucu için,

Mr.	M. Prinz, avukat,	Temsilci,
Ms.	C. Moffat, avukat,	
Mr.	A. Toucas, avukat,	Danışmanlar

Mahkemedeki duruşmalar, Mr Prinz, Mr Stoltenberg ve Mr Ohly tarafından yürütülmüştür.

OLGULAR

1. DAVA İLE İLGİLİ OLAYLAR

8. Monako Prensi 3. Rainer'in büyük kızı olan başvurucu 1957 doğumludur. Resmi ikametgahı Monako'da olmakla birlikte çoğunlukla Paris'te yaşamaktadır.

Başvurucu, Prens Rainer'in ailesi'nin bir mensubu olarak «*Prenses Grace Vakfı*», «*Monako Prensi Pierre Vakfı*» gibi bazı yardım ve kültür amaçlı vakıfların başkanlığını yürütmekte ve ayrıca Kızılhaç Balosu, Uluslararası Sirk Festivali'nin açılışı gibi olaylarda da Kraliyet ailesini temsil etmektedir. Bununla birlikte, başvurucu, Monako Devleti veya kurumları adına herhangi bir görev yerine getirmemektedir.

A. Meselenin Arka Planı

9. Başvurucu, 90'lı yılların başından itibaren özel yaşamına ait fotoğrafların birçok Avrupa ülkesinde magazin basını tarafından yayınlanmasını engellemeye –çoğu zaman yargısal yollarla– çalışmaktadır.

10. Yargılamaların konusu olan ve aşağıda da atıfta bulunulan fotoğraflar, Burda Yayınevi tarafından *Bunte* ve *Freizeit Revue* adlı Alman dergilerinde ve Heinrich Bauer Yayınevi tarafından da yine bir Alman dergisi olan *Neue Post*'ta yayınlanmıştır.

1. İlk seri fotoğraflar

a. Başvurucunun *Freizeit Revue* dergisinde yayınlanan beş fotoğrafı (30 temmuz 2003 tarihli 30. sayı)

11. Bu fotoğraflar, başvurucuyu Saint-Rémy-de-Provence'de bir restoranın terasında, kuytu bir köşede oyuncu Vincent Llindon ile görüntülemektedir. Derginin ilk sayfasında “*Vincent ile yaşadığı büyük aşkın fotoğrafları*” yazılmış ve bu fotoğraflarla birlikte «*son zamanların en romantik aşkı* » başlığı atılmıştır.

b. Başvurucunun *Bunte Dergisi*'nde yayınlanmış 2 fotoğrafı (4 Ağustos 1993 tarihli 32. sayı)

12. «*Caroline ve melankoli. Hayatı art arda gelen talihsizlikten oluşan bir roman, diyor yazar Roig*» manşetli ilk fotoğraf başvurucuyu ata binerken göstermektedir. İkinci fotoğrafta, başvurucu oğulları Pierre ve Andrea ile birlikte. Bu fotoğraflar «*Bir erkeğin ideal kadını olabileceğine inanmıyorum*» başlıklı bir makaleyle ilgilidirler.

c. Başvurucunun *Bunte Dergisi*'nde yayınlanmış yedi fotoğrafı (19 Ağustos 1993 tarihli 34. sayı)

13. İlk fotoğraf başvurucuyu ve kızı Charlotte'u kano yaparlarken; ikinci fotoğraf Andrea'yı (başvurucunun oğlu) kollarında bir çiçek buketi ile göstermektedir.

Üçüncü fotoğraf, başvurucuyu çantası omzunda tek başına alışveriş yaparken; dördüncü fotoğraf Vincent Lindon ile bir restoranda, beşinci fotoğraf ise, yine başvurucuyu tek başına bisiklete binerken göstermektedir.

Altıncı fotoğrafta, başvurucu, Vincent Lindon ve Pierre (başvurucunun oğlu) birlikte. Yedinci fotoğraf ise başvurucu, koruması ile birlikte çarşıda alışveriş yaparken çekilmiştir.

Fotoğrafların ilişkili olduğu makaleye «*Saf mutluluk*» başlığı konmuştur.

2. İkinci seri fotoğraflar

a. Başvurucunun *Bunte Dergisi*'nde yayınlanmış 10 fotoğrafı (27 Şubat 1997 tarihli 10. sayı)

14. Başvurucunun bu fotoğrafları, Zürih Alpleri'ndeki kayak tatili sırasında çekilmiştir. Fotoğraflarla birlikte yayınlanan makale ise «*Caroline.... hayata dönen kadın*» başlığını taşımaktadır.

b. Başvurucunun *Bunte Dergisi*'nde yayınlanmış 11 fotoğrafı (13 Mart 1997 tarihli 12. sayı)

15. Bu fotoğraflarda, başvurucu ve Prens Ernst August von Hannover, Saint-Rémy-de-Provence'de bir at gösterisindedirler. Fotoğraflar, «*Öpücük. Ve artık gizleyemeyecekler*» başlıklı bir makale birlikte ile yayınlanmıştır.

«*Prenses Caroline ile Paris'te*» manşeti ile yayınlanan diğer dört fotoğraf ise başvuruçuy Paris'teki konutundan çıkarken çekilmiştir.

c. Başvuruçunun *Bunte Dergisi*'nde yayınlanmış 7 fotoğrafı (10 Nisan 1997 tarihli 16. sayı)

16. Derginin ilk sayfasında yayınlanan fotoğraflarda başvuruçuyu, Prens Ernst August Von Hannover birlikte, derginin iç sayfalarındaki fotoğraflarda ise yine Prens ile tenis oynarken ve bisikletlerinden inerken göstermektedir.

3. Üçüncü seri fotoğraflar

17. *Neue Post* Dergisinde (no 35/97) yayınlanan fotoğraf dizisinde, başvuruçunun Monte-Carlo Plajı'nda sendeleyip yere düşerken çekilmiş plaj havlusuna sarınmış bir halde mayolu fotoğrafları yer almaktadır. Oldukça bulanık olan bu fotoğraflar, «*Prens Ernst August yumruk attı ve Prenses Caroline sendeleyerek yüz üstü yere düştü*» başlıklı bir yazı ile birlikte yayınlanmıştır.

B. Alman Mahkemeleri'nin Yargılaması¹

.....

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE AVRUPA HUKUKU²

.....

HUKUK

I. SÖZLEŞMENİN 8. MADDESİNİN İHLALİ İDDİALARI

43. Başvuruçusu, Alman Mahkeme kararları ile Sözleşme'nin 8. maddesi ile garanti altına alınan, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına müdahale edildiğini iddia etmektedir.

Maddeye göre:

¹ İlgili bölüm çevrilmemiştir.

² İlgili bölüm çevrilmemiştir.

“1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı duyulması hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”

A. Tarafların ve davaya katılanların iddiaları

1. Başvurucu

44. Başvurucu, on yılı aşkın bir süredir, Alman yargısı önünde başarıya ulaşmaksızın özel hayatın korunması hakkını etkin kılmaya çalıştığını belirtmiştir. Başvurucu, konutundan çıktığı andan itibaren; gündelik hayatının tüm hareketlerini takip eden paparazziler tarafından; karşıdan karşıya geçerken, çocuklarını okuldan alırken, alışveriş yaparken, gezinti yaparken, sportif faaliyetleri esnasında ya da tatile çıkarken; sürekli olarak taciz edildiğini iddia etmektedir.

Başvurucuya göre, kendisi gibi “kamuoyu tarafından tanınan” bir kişinin özel hayatına sağlanan koruma Alman hukukunda asgari düzeydedir. Çünkü “yalıtılmış ortam” kavramı, Federal Hukuk Genel Kurulu Mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi tarafından çok dar tanımlanmıştır. Buna ilaveten, bu korumadan faydalanabilmek için yalıtılmış bir alanda bulunduğunu her seferinde ispat etme yükü de başvurucuya aittir. Bu nedenlerle başvurucu, her türlü mahremiyetinden (kişisel gizliliğinden) mahrum bırakılmış ve paparazzilerin hedefi olmaksızın serbestçe hareket edememiştir.

Başvurucu, kendisini resmi işler dışında gösteren fotoğraflarının yayınlanmasının Fransa’da kendi ön iznine tabi olduğunu belirtmiştir. Bu fotoğraflar, Fransa’da çekilmekte ve ardından Almanya’ya satılmakta ve orada da yayınlanmaktadır. Başvurucunun Fransa’da yararlandığı özel hayatına ilişkin koruma, bu şekilde Almanya’da (Alman Mahkeme kararları sayesinde) sistematik olarak bertaraf edilmektedir.

Başvurucu, basın özgürlüğü konusunda, demokratik bir toplumda basının halkın bilgilendirilmesinde ve kamuoyunun oluşmasında oynadığı esaslı rolün farkında olduğunu; fakat bu davadaki durum-

da magazin basınının amacının başvuruçunun gündelik hayatına ait önemsiz fotoğrafları yayınlamak okuyucularının röntgenci eğilimlerini tatmin etmek ve bundan büyük kar elde etmeye çalışmaktan ibaret olduğunu belirtmektedir.

Başvuruçucu son olarak, yayımlanan fotoğrafların her birinde yalıtılmış bir ortamda bulunup bulunmadığının tespit edilmesinin maddi olarak imkansız olduğunu vurgulamıştır. Sonuç olarak, fotoğrafların yayımlanmasından sonra yargısal prosedürün aylar sürmesi nedeniyle, başvuruçucu bu süre zarfında fotoğrafını çekebilecek paparazzilerden korunabilmek amacıyla her hareketini devamlı surette kontrol etmeye mecbur bırakılmıştır. Zira, bu başvurunun konusu oluşturan fotoğrafların çoğunun çekildikleri kesin saatin ve mekanın belirlenmesi imkansızdır.

2. Hükümet

45. Hükümet, Alman hukukunun, demokratik bir toplumda basın özgürlüğünün temel rolünü değerlendirirken, ihlalleri önlemek ve toplum tarafından tanınan kişilerin dahi özel hayatlarının etkin korunmasını garanti altına almak için yeterli güvencelere sahip olduğunu ileri sürmüştür.

Hükümetin ifadesine göre, Alman mahkemeleri, mevcut davada, başvuruçunun sözleşmenin 8. maddesi ile garanti altına alınmış olan özel hayatına saygı hakkı ile 10. madde ile garanti altına alınmış basın özgürlüğü arasında (bu konuda devlete tanınmış takdir hakkını da gözeterek) adil bir denge kurmuştur.

Alman mahkemeleri, ilk olarak, söz konusu fotoğrafların yalıtılmış bir ortamda çekilmemiş olduğunu tespit etmiş; ikinci olarak, fotoğrafların magazin basını tarafından yayımlanmasının da etkisiyle, özellikle basın özgürlüğü ışığında, özel hayata dair korumanın sınırlarını değerlendirmiştir.

Oysa kamuya mal olmuş bir kişinin (toplumda ayırt edicilik kazanmış) özel hayatının korunması, ilgili kişiyi idari işlerini yerine getirirken gösteren fotoğrafların izinsiz yayımlanmalarının sınırlandırılması gerektirmez; zira, bu kişinin halk karasında nasıl davrandığını bilme hususunda toplumun yasal bir menfaati vardır.

Hükümete göre, basın özgürlüğünün Federal Anayasa Mahkeme-

si tarafından yapılan bu tanımı, sözleşmenin 10. maddesi ve Avrupa Mahkemesi'nin ilgili içtihatları ile uyum içindedir.

Buna ilaveten, yalıtılmış ortam kavramı, yerel mahkemenin basın özgürlüğünü özel hayatın korunmasına karşı dengelerken göz önünde bulundurduğu tüm önemli faktörler içinde sadece bir tanesidir.

Buna bağlı olarak, kamuoyunda tanınan kişilerin, halk arasında fotoğraflandıkları takdirde, özel hayatlarına dair koruma daha az olmakla beraber, örneğin bu fotoğrafların kitleleri şok etmeyecek türden olması gibi diğer öğeler de rol oynayabilir.

Son olarak, hükümet, başvurucunun Saint-Rémy-de-Provence'daki bir dağ restoranında oyuncu Vincent Lindon ile çekilmiş olan fotoğraflarının yayınlanmasının yasal olmadığına hükmeden Federal Mahkeme kararının, bu kişinin özel hayatının konutu dışında da korunduğunu gösterdiğini yinelemiştir.

3. Davaya katılanlar

46. Alman Dergi Editörleri Birliği, Fransız hukuku ve İngiliz hukuku arasında orta yolu bulan Alman hukukunun, özel hayatın korunması hakkı ile basın özgürlüğü arasında adil bir denge gözettiğini dile getirmiştir.

Birliğe göre, Alman hukuku, gerek Avrupa Konseyi'nin özel hayatın korunması ile ilgili 1165 sayılı kararında belirtilen ilkelerle gerekse her zaman demokratik toplumlarda basın özgürlüğünün önemini vurgulayan Avrupa Mahkemesi kararları ile de uyum içindedir.

Toplumun bilgilendirilme hususundaki meşru menfaati sadece siyasetçilerle sınırlı olmayıp başka nedenlerle tanınır hale gelmiş olan kişilere de sirayet eder. Basının "gözcü" rolü burada dar olarak yorumlanmamalıdır. Bu bağlamda siyasi yorum ve magazin haberleri arasındaki sınırın hızla belirsizleştiği gerçeğini de göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Bilindiği üzere, özel hayatın korunması hakkında yeknesak bir Avrupa standardı mevcut olmayıp devletlerin bu konuda oldukça geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır.

47. Burda Şirketi, Alman Dergi Editörleri Birliği'nin bu görüşlerine katılmış ve Alman hukukuna göre, mahkemelerin halkın bilgilendirilmekteki menfaati ile kişinin görüntüsünün kullanılmasını kontrol

etme hakkı arasında çok açık ve somut olayın özelliklerini gözeten bir denge kurmaları gerektiğini belirtmiştir.

Hal böyle olmakla birlikte kamuya mal olmuş kişiler dahi, dikkate alınması gereken bir korumadan faydalanırlar ve son zamanlardaki mahkeme içtihatları da bu korumayı destekleyen bir eğilim göstermiştir. Başvurucu, 1982 yılında annesinin vefatından beri, resmi olarak Monako kraliyet ailesinin “*First Lady*” sidir ve bu sıfatıyla halk açısından bir model oluşturmaktadır.

Buna ilaveten, Grimaldi ailesi, her zaman basın dikkatini çekmeye çalışmıştır. Bu nedenle halkın bu konudaki ilgisinden bizzat kendileri de sorumludurlar. Bu sebeple, özellikle resmi görevleri de göz önünde bulundurulduğunda, başvurucuyu bir basın kurbanı olarak görme olanağı yoktur. Söz konusu fotoğraflar, başvurucu toplum içindeyken çekilmişler ve bu nedenle de işbu fotoğrafların yayınlanması, başvurucunun kendi görüntüsünün kullanılmasını kontrol etme hakkına müdahale etmemiş ve itibarına da zarar vermemiştir.

B. Mahkemenin Değerlendirmesi

1. Başvuru konusu ile ilgili olarak

48. Mahkeme 8 Temmuz 2003 tarihli kabuledilebilirlik kararında belirttiği gibi, başvurucunun çocuklarıyla olan fotoğraflarının artık bu başvurunun konusu olmadığını ifade etmiştir.

Aynı değerlendirme, *Freizeit Revue* isimli dergide yayınlanmış (30. sayı, 22. 07. 1993) ve başvurucuyu, Vincent Lindon ile Saint-Rémy bölgesindeki bir restoranın ücra bir köşesinde görüntüleyen fotoğraflar için de söz konusudur (bkz., yukarıdaki 11. paragraf). Alman Federal Hukuk Genel Kurulu Mahkemesi (Court of Justice), 19 Aralık 1995 tarihli kararında, başvurucunun özel hayata saygı hakkını ihlal eden bu fotoğrafların bir daha yayınlanmasını yasaklamıştır (bkz., yukarıda 23. paragraf).

49. Buna bağlı olarak mahkeme, mevcut başvurunun, başvurucu hakkındaki makale serisi ile birlikte yayınlanan aşağıdaki fotoğraflar ile ilgili olduğunu belirtmenin önemine dikkat çekmiştir:

(i) *Bunte Dergisi*'nde (5 Ağustos 1993 tarihli 32. sayı) yayınlanan başvurucuyu ata binerken gösteren fotoğraf (bkz yukarıda 12. paragraf).

(ii) *Bunte Dergisi*'nde (19 Ağustos 1993 tarihli 34. sayı) yayınlanan başvurucuyu alışveriş yaparken, Vincent Lindon ile bir restoranta; tek başına bisiklete binerken; ve korumasıyla birlikte bir marketteyken gösteren fotoğraflar (bkz., yukarıda 13. paragraf).

(iii) *Bunte Dergisi*'nde (27 Şubat 1997 tarihli 10. sayı) yayınlanan başvurucuyu Avusturya'da kayak tatilinde gösteren fotoğraflar (bkz., yukarıda 14. paragraf).

(iv) *Bunte Dergisi*'nde (13 Mart 1997 tarihli 12. sayı) yayınlanan başvurucuyu Prens Ernst August von Hannover ile Paris'teki evinden yalnız dışarı çıkarken gösteren fotoğraflar (bkz., Yukarıda 15. paragraf).

(v) *Bunte Dergisi*'nde (10 Nisan 1997 tarihli 16. sayı) yayınlanan başvurucuyu Prens Ernst August von Hannover ile tenis oynarken ve ikisini bisikletlerinden inerken gösteren fotoğraflar (bkz., yukarıda 16. paragraf).

(vi) *Neue Post Dergisi*'nde (35/97. sayı) yayınlanan başvurucunun Monte Carlo plajında sendelerken çekilmiş olan fotoğraflar (bkz., yukarıda 17. paragraf).

2. 8. maddenin uygulanabilirliği bakımından

50. Mahkeme, özel hayat kavramının kişinin adı (22 Şubat 1994 tarihli Burghartz-İsviçre kararı, Seri A no. 280-B, p. 28, § 24) ve kişinin resmi (21 Şubat 2002 tarihli Schüssel-Avusturya kararı, no. 42409/98) gibi kişisel kimliğe bağlı olan halleri kapsadığını yinelemiştir.

Dahası, Mahkeme'ye göre, özel hayat, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü içermektedir; Sözleşme'nin 8. maddesi ile sağlanan garanti, temel olarak, her bireyin diğer kişilerle olan ilişkilerinde, dıştan gelen bir müdahale olmaksızın, kişiliğinin gelişimini sağlama amacı gütmektedir (bkz., 16 Aralık 1992 tarihli Niemietz-Almanya kararı ve 24 Şubat 1998 tarihli Botta-İtalya kararı *Karar ve İlam Raporları* 1998-I, p. 422, § 32).

Bu nedenle, kamusal bağlama karşın, bu olayda kişi ile diğerleri arasında özel hayat kapsamında değerlendirilebilecek bir etkileşim bölgesi bulunmaktadır (bakınız diğerleri arasında *P. G. ve J. H. v. Birle-*

şik Krallık, no. 44787/98, § 56, ECHR 2001-IX, ve *Peck v. Birleşik Krallık*, no. 44647/98, § 57, ECHR 2003-I.).

51. Mahkeme, bu gibi olaylarda, kişinin özel hayatının korunması ve özel hayatına saygı duyulması beklentisi içinde olduğunu da belirtmektedir. Buna bağlı olarak, Mahkeme, işyerlerindeki telefon konuşmalarının gizlice dinlenmesi ile ilgili bir davada, başvuruçunun bazı konuşmaların mahremiyetine ilişkin haklı bir beklentisi olabileceğine hükmetmiştir (Bakınız *Halford v. Birleşik Krallık*, 25 Haziran 1997 tarihli karar, *Raporlar* 1997-III, p. 1016, § 45).

52. Fotoğraflarla ilgili olarak, Komisyon, kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı 8. maddede öngörülen koruma kapsamının ortaya koyan bir görüşle, fotoğrafların kişilerin özel alanına veya kamuoyunun gözü önünde cereyan eden hadiselere ilişkin olup olmadığı ve bu şekilde elde edilen materyalin sınırlı kullanım amaçlı olup olmadığı veya genel olarak halka sunulmaya elverişli olup olmadığı hususlarını incelemiştir. (bakınız diğerleri arasında, *Friedl v. Avusturya*, 31 Ocak 1995, seri A no. 305-B, Komisyon, p. 21, §§ 49-52, *P. G. et J. H. précité*, § 58, et *Peck précité*, § 61)

53. Mevcut davada, başvuruçunun gündelik yaşantısına dair tek başına ve başkalarıyla çekilmiş fotoğraflarının çeşitli Alman dergilerinde yayınlanmasının özel hayat ile ilişkili olduğuna şüphe yoktur.

3. 8. madde değerlendirmesi bakımından

a. Yerel mahkemelerin durumu

54. Mahkeme, Federal Anayasa Mahkemesi'nin, 15 Aralık 1999 tarihli içtihadı birleştirme kararında, Telif Hakları Kanunu'nun 22. ve 23. maddelerini (yukarıda paragraf 40-41) basın özgürlüğünün gerekliliklerini burada bahsi geçen özel hayatın korunması karşısında dengeleyerek, yani bilgilendirme hususundaki kamu yararı karşısında başvuruçunun yasal menfaatini dengeleyerek yorumladığını belirtmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi, bunu yaparken Alman hukukundaki biri işlevsel diğeri mekansal iki kriteri göz önünde bulundurmıştır.

Federal Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun, kamuya mal olmuş bir kişi olarak, özel hayat korumasından konutu dışında da faydalana-çağını kararlaştırmıştır. Fakat kişi bu korumadan ancak yalnız olmak hususunda, objektif olarak korunabilecek bir amaç ile orada bulundu-

ğu ve yalnız olmasına güvenerek işbu yerlerde toplum önünde davranmayacağı şekilde hareket ettiği, kamunun gözü önünde olmayan yalıtılmış alanlarda faydalanabilir.

Federal Anayasa Mahkemesi, bu kriterler ışığında, ilk derece Federal Mahkeme'nin söz konusu fotoğrafların yayınlanmamasına ilişkin 19 Aralık 1995 tarihli kararının temel hukuka uygun olduğu değerlendirilmesinde bulunmuş; yaptığı analizde, basın özgürlüğüne ki söz konusu magazin basını bile olsa, ve başvurucunun temsil görevi haricinde nasıl bir hayat sürdürdüğünü bilme hususundaki kamu yararına belirgin bir ağırlık vermiştir. (Yukarıda paragraf 25)

55. Federal Anayasa Mahkemesi, başvurucunun iddialarını yukarıda aktarılan içtihadı birleştirme kararına atıfla kabul etmemiştir(bkz., yukarıda 32 ve 38. paragraflar)

b. Özel Hayatın Korunmasına ve İfade Özgürlüğüne Hakim Olan İlkeler

56. Mevcut davada başvurucu, devletin herhangi bir eyleminden ziyade özel hayatının ve kendi görüntüsünün korunması ile ilgili olarak yeterli devlet korunmasının bulunmamasından şikayetçi olmuştur.

57. Mahkeme, 8. maddenin esas olarak kamu görevlilerinin keyfi müdahalelerine karşı bireyi korumayı amaçladığını belirtmekle birlikte, söz konusu maddenin sadece devletin bu tür müdahalelerde bulunmasından kaçınmasını sağlamayı amaçlamadığını bununla birlikte maddenin bahsedilen temel negatif yükümlülüklerine ilaveten devletin özel hayata ve aile hayatına etkin bir saygının sağlanması amacıyla birtakım pozitif yükümlülüklerini de ihtiva ettiğini belirtmektedir.

Bu yükümlülükler, kişilerin birbirleri ile olan ilişkilerini de kapsayacak şekilde, özel hayata saygının güvence altına alınması amacıyla bir takım tedbirler alınmasını gerektirebilir(bakınız, diğerleri arasında, *X ve Y v. Hollanda*, 26 Mart 1985 tarihli karar, Seri A no. 91, p. 11, § 23; *Stjerna v. Finlandiya*, 25 Ekim 1994 tarihli karar, Seri A no. 299-B, p. 61, § 38; ve *Verliere v. İsviçre* (kabuledilebilirlik kararı.), no. 41953/98, ECHR 2001-VII). Bu tedbirlere, kişinin resminin diğerleri tarafından ihlaline karşı korunması hususunda da başvurulabilir.

Devletin 8. maddeden kaynaklanan pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınır kesin bir tanıma imkan vermemektedir. Bununla birlikte, uygulanan ilkeler benzerdir.

Özellikle, her iki olayda, bireyin ve toplumun yarışan menfaatleri arasında kurulması gereken adil dengenin sağlanması gerekir. Adil bir denge kurulmasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Birlikte devletin her iki olayda da belli bir takdir hakkı bulunmaktadır. (bakınız konuyla ilgili pek çok ilgili referans kararlar arasında *Keegan v. İrlanda* 26 Mayıs 1994 tarihli karar, Seri A no. 290, p. 19, § 49, ve *Botta*, yukarıda adı geçen, p. 427, § 33).

58. Özel hayatın korunmasının, sözleşmenin 10. maddesi ile koruma altına alınan ifade özgürlüğü karşısında dengelenmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda, mahkeme, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel öğelerinden birisini oluşturduğunu yineler. 10. maddenin 2. bendine bağlı olarak, söz konusu özgürlük, sadece uygun olarak kabul edilen, zararsız addedilen, farklılık içermeyen haber ve fikirler için değil, aynı zamanda şok eden, rahatsız eden, kızdıran haber ve fikirler için de geçerlidir.

Bu durum “demokratik toplumdaki” da söz edebilmek için var olması gerekli olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin de gereğidir. (bakınız *Handyside v. Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976 tarihli karar, Seri A no. 24, p. 23, § 49).

Bu bağlamda, basın demokratik bir toplumda temel bir rol oynar.

Basının yükümlülüğü, özellikle diğerlerinin şöhretleri ve hakları bakımından birtakım sınırların aşılmasıyla, yükümlülüklerine ve sorumluluklarına uygun olarak kamu menfaatinin ilgilendiren tüm hususlarda bilgi ve fikirlerin iletilmesini sağlamaktır. (bkz., *Observer ve Guardian v. Birleşik Krallık*, 26 Kasım 1991, Seri A no. 216, p. 29-30, § 59, ve *Bladet Tromsø ve Stensaas v. Norveç* [GC], no. 21980/93, § 59, ECHR 1999-III).

Basın özgürlüğü, bir dereceye kadar abartmaya ve hatta tahrike başvurmaya da kapsar. (bakınız *Prager ve Oberschlick v. Avusturya*, 26 Nisan 1995, Seri A no. 313, p. 19, § 38; *Tammer v. Estonya*, no. 41205/98, § 59-63, ECHR 2001-I; ve *Prisma Press v. Fransa* (kabuledilebilirlik kararı), nos. 66910/01 ve 71612/01, 1 Temmuz 2003).

59. İfade özgürlüğünün fotoğrafların yayınlanmasını da kapsamakla birlikte; bu alan, diğerlerinin ünlerinin ve haklarının korunmasının özel önem arz ettiği bir alandır. Mevcut dava, fikirlerin değil, şahıs hakkında çok kişisel ve bir o kadar da özel görüntülerin yayınlanması ile ilgilidir.

Bunun yanı sıra, magazin basınında yer alan fotoğraflar, genellikle ilgisinin bir şekilde çok güçlü bir müdahale ve hatta zulüm hissi yaşamasına neden olan ve sürekli devam etmekte olan bir taciz ortamında çekilmişlerdir.

60. Mahkeme, özel hayatın korunmasını ifade özgürlüğü karşısında dengelemek zorunda olduğu davalarda her zaman basında yayınlanan fotoğraflar ve makalelerin kamu menfaatine yaptığı katkıya vurgu yapmıştır (bakınız geçtiğimiz günlerde açıklanan *News Verlags GmbH & CoKG v. Avusturya*, no. 31457/96, § 52 et seq. , ECHR 2000-I, ve *Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Avusturya*, no. 34315/96, § 33 et seq., 26 Şubat 2002 kararları).

Mahkeme, ele aldığı bir davada, kişinin özel hayatına dair birtakım ilişkilerinin kullanılmasının, kamu yararı düşüncesine dayandırılarak haklılaştırılmayacağını ve bu ilişkilerin genel olarak bir önem teşkil etmediğini belirtmiş ve 10. maddenin ihlal edilmediğine (bakınız yukarıda belirtilen *Tammer* davası, § 68) karar vermiştir.

Bununla birlikte mahkeme, ele aldığı bir başka davada, söz konusu meselenin “*kamuoyunun büyük ilgisini*” çeken güncel bir haber hakkında olduğunu ve yayınlanan fotoğraflarda söz konusu kişinin (bakınız *Krone Verlag*, yukarıda bahsedilen, § 37) özel hayatına ait herhangi bir detay bulunmadığını özellikle belirterek; 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Benzer olarak, Cumhurbaşkanı Mitterand’ın sağlık durumu ile ilgili açıklamalar içeren bir kitabın Cumhurbaşkanı’nın bir önceki özel doktoru tarafından yayınlanması ile ilgili yeni tarihli bir davada, Mahkeme, hem aradan uzun zaman geçtiği hem de Cumhurbaşkanı’nın her biri 7 yıllık iki dönem Cumhurbaşkanlığı dönemindeki olaylara dair kamusal yararın, eski Cumhurbaşkanı’nın tıbbi gizlilikten kaynaklanan haklarının korunması gerekliliğine nazaran daha üstün değerde olduğunu belirtmiş ve netice de (*Plon (Société) c. Fransa*, n° 58148/00, § 53, 18 Mayıs 2004) 10. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

c. Genel prensiplerin mahkeme tarafından uygulaması

61. Mahkeme mevcut davada öncelikle, başvurucuya ait çeşitli Alman dergilerinde yayınlanan fotoğrafların, başvurucuyu gündelik yaşamının çeşitli alanlarında; spor yaparken, gezinti yaparken, restorandan çıkarken veya tatildeyken yani yapısı gereği kişisel gizliliği barındıran faaliyetlerde bulunurken görüntülediğini tespit etmiştir.

Başvurucunun kimi zaman yalnız kimi zaman birileriyle görüntülediği bu fotoğraflar, basında «*Saf Mutluluk*», «*Caroline, hayata dönen bir kadın*», «*Prences Caroline ile Paris'te*» ve «*Öpücük. Ve artık daha fazla saklamıyorlar*» gibi "hayal ürünü" başlıklarla verilen bir makale dizisi ile birlikte yayınlanmışlardır. (bkz yukarıda 11-17. paragraflar).

62. Mahkeme, başvurucunun aynı zamanda Monako Prensi'nin ailesinin bir ferdi olarak bazı kültürel ve hayırsever organizasyonlarda kraliyet ailesini temsil ettiğini belirtmektedir. Hal böyle olmakla beraber başvurucunun, Monako Devleti'nin veya devletin herhangi bir kurumunun adına ve hesabına hareket ettiği resmi bir görevi bulunmamaktadır. (bkz., Yukarıda 8. paragraf).

63. Mahkeme, siyasilerin resmi görevlerini icra edişleri gibi demokratik bir topluma katkı sağlamaya elverişli gerçeklerin aktarılması ile -tartışmalı olanlar dahil-; resmi bir görevi olmayan kişilerin özel hayatlarına ilişkin detayların aktarılması -bu olayda da olduğu gibi- arasında temel bir ayırım yapılması gerektiğine hükmetmiştir.

İlk olayda basın, kamu yararına yönelik fikir ve bilgilerin iletilmesini sağlayarak demokratik bir toplumda temel rolü olan "gözcü" rolünü yerine getirmektedir. (*Observer ve Guardian kararı*). Diğer olayda ise böyle bir durum yoktur.

64. Benzer şekilde, halkın bilgilendirilme hakkı olmakla birlikte, demokratik toplumlarda temel olan bu bilgilendirilme hakkı (özellikle siyasiler söz konusu olduğunda) bazı özel durumlarda kamuoyunda tanınan kişilerin özel hayatlarına ilişkin olayları da kapsayabilmektedir (bakınız yukarıda bahsedilen *Plon (Société) kararı*). Buna karşın görülmekte olan bu davada dava konusu bu değildir.

Gerçekten de, bu dava, yayınlanan fotoğrafların ve fotoğraflarla beraber yayınlanmış olan makalelerin başvurucunun özel hayatına ait detaylar içermesi nedeniyle herhangi bir politik veya kamusal konunun kapsamı dışındadır.

65. Benzer diğer davalarda da belirtildiği gibi, mahkeme, başvuru-
cunun kamuoyunda tanınmış bir kişi olmasına rağmen, yegane amacı
başvurucunun özel hayatına ait detaylarla birtakım okuyucuların me-
rak duygularını tatmin etmek olan söz konusu fotoğraf ve makalelerin
yayınlanmasının topluma herhangi bir menfaat sağlamayacağına karar
vermiştir (bakınız, *diğerleri arasında, Jaime Campmany y Diez de Reven-
ga ve Juan Lu s Lopez-Galiacho Perona v. İspanya* (karar.), no. 54224/00,
12 Aralık 2000; *Julio Bou Gibert ve El Hogar Y La Moda J. A. v. İspanya*
(karar.), no. 14929/02, 13 Mayıs 2003; ve *Prisma Presse*)

66. Bu şartlar altında, ifade özgürlüğü daha dar bir yorumlamayı
gerektirmektedir (bkz *Prisma Presse* kararı ve yukarıda aktarılan *Krone
Verlag* kararı § 37).

67. Bu bağlamda, Mahkeme, Avrupa Konseyi Parlamenterler Mec-
lisi'nin, okuyucularının kamuoyunda tanınan kişiler hakkında her
şeyi bilme haklarının olduğu savıyla sözleşmenin 8. maddesi ile ko-
runan haklara yapılan müdahaleleri haklı çıkarmak çabasında olan
bazı medya şirketleri tarafından «ifade özgürlüğü hakkının tek taraflı
yorumlanması»nı vurgulayan özel hayatın korunmasına ilişkin kararını
da ele almıştır. (bkz., Yukarıda paragraf 42 , ve yukarıda sözü edilen
Prisma Presse kararı).

68. Mahkeme, bunun yanı sıra, önemli bir başka noktaya da de-
ğirmiştir: Görülmekte olan başvuru, her ne kadar sadece başvuru-
cunun hakkındaki fotoğraf ve makalelerin çeşitli Alman dergilerinde yayın-
lanmış olmasına ilişkin olsa da, bu fotoğrafların başvuru-
cunun bilgisi ve rızası olmaksızın çekildiği ve aynı zamanda bir çok tanınmış kişinin
de günlük yaşamlarında tacize maruz kaldığı gerçeği de tamamen göz
ardı edilemez. (bkz., yukarıda 59. paragraf).

69. Görülmekte olan davada, özellikle başvuru-
cunun Monte Carlo Plajı'nda sendeleyip düştüğü esnada çekilmiş olan fotoğraflarda bu
husus kendini çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır (bkz., Yukarıda
17. paragraf). Gazeteci ve fotoğrafçıların plaja giriş çıkış kuralları sıkı
şekilde düzenlenmiş olmasına karşın, söz konusu fotoğrafların yüzler-
ce metre uzaklıktan, muhtemelen yakınlardaki bir evden gizlice  ekil-
diği anlaşılmaktadır. (bkz yukarıda 33. paragraf).

69. Mahkeme, her bireyin kişiliğinin gelişimi için özel hayatının
korunması gereğinin temel önemini yinelemiştir. Bu koruma, yuka-
rıda da belirtildiği üzere, özel aile çemberinin yanı sıra sosyal bir bo-

yutu da ihtiva etmektedir. Mahkeme kamuoyunda tanınan kişiler de dahil olmak üzere herkesin «*özel hayatının korunması*» ve «*özel hayatına saygı duyulması*» hususlarında «*meşru bir beklentiye*» sahip olabileceğini ve bu haklardan da faydalandırılmaları gerektiğini belirtmiştir (bkz., yukarıda 51. paragraf ve diğerleri arasında yukarıda belirtilen *Halford* kararı).

70. Buna ilaveten, kişisel verilerin saklanması ve kopyalanmasını mümkün kılan yeni teknolojik gelişmeler, özel hayat korumasına daha fazla özen gösterilmesini gerektirmektedir (bkz., Parlamenterler Meclisi'nin özel hayata ilişkin kararının 5. maddesi- bkz yukarıda 42. paragraf ve, *diğerleri arasında Amann v. İsviçre* [GC], no. 27798/95, § 65-67, AHİM 2000-II; *Rotaru v. Romanya* [GC], no. 28341/95, § 43-44, AHİM 2000-V; *P. G. ve J. H. , yukarıda belirtilen*, § 57-60, AHİM 2001-IX; ve *Peck*, yukarıda belirtilen, §§ 59-63, ve § 78).

Belirtilen bu özen yükümlülüğü aynı şekilde sistemli olarak belirli fotoğrafların çekilmesi ve geniş halk kitlelerine yayılması hususları için de geçerlidir.

71. Mahkeme son olarak sözleşmenin amacının hakların kuramsal ve göstermelik olarak değil, somut ve etkin bir şekilde korunması olduğunu yinelemiştir. (bkz., diğerleri arasından, *Artico v. İtalya*, 13 Mayıs 1980 tarihli karar, Seri A no. 37, p. 15-16, § 33).

72. Mahkeme, yerel mahkemenin Telif Hakkı Kanunu'nun 23/1. maddesine ilişkin olarak yaptığı, kişiler hakkında «*topluma mal olmuş*» gibi nitelendirmeler de içeren yorumuna katılmamaktadır. Kişinin özel hayatına veya görüntüsünün kullanılmasını kontrol etme hakkına ilişkin çok sınırlı bir koruma sağlayan bu tanımlama, resmi görevlerini yerine getiren siyasetçiler söz konusu olduğunda daha anlaşılır olabilir.

Bununla birlikte, bu tanım, başvuru gibi herhangi bir resmi görevi olmamasına rağmen sadece kraliyet ailesinin bir ferdi olması nedeniyle kamuoyunun ve basın ilgisini çeken «*özel*» kişiler söz konusu olduğunda geçerli değildir.

Mahkeme bu şartlar dahilindeki her olayda, özel hayatın ve görüntünün kullanılmasını kontrol hakkının korunması hususunda Devletin Sözleşme'den kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak amacıyla işbu sözleşmenin daha dar yorumlanması gerektiğine karar vermiştir.

73. Son olarak, günümüz toplumunda halka mal olmuş kişilerle ve bir takım sebeplerle tanınır hale gelmiş kişiler arasında çizilen ayrımın açık ve belirgin olması ve bundan dolayı da, bir hukuk devletinde, kişiye nasıl davranırsa nasıl sonuçlar doğuracağına açık şekilde ifade edilmesi gerekmektedir. Özellikle, bireyin tam olarak nerede ve ne zaman yalıtılmış bir ortamda bulunduğunu, ve ya tam tersi, nerede ve ne zaman 3. kişilerin, özellikle magazin basınının, müdahalelerine maruz kalabileceği bir alanda olduğunu bilmeye hakkı vardır.

74. Mahkeme, yerel mahkemenin hükmüne esas olan kriterlerin, başvurunun özel hayatının etkili şekilde korunması bakımından yeterli olmadığına karar vermiştir.

Başvurucu, kamuya mal olmuş bir kişi olarak, - basın özgürlüğü ve kamu yararı adına- toplumun gözü önünde olmayan yalıtılmış mekanlarda bulunmasına ve dahası ne kadar zor olsa da bunu kanıtlamasına rağmen özel hayatının korunmasını sağlayamamıştır.

Burada dava konusu olan, başvurunun her an fotoğraflarının çekilebileceğini ve çekilen bu fotoğrafların her zaman düzenli aralıklarla geniş bir çevrede yayınlanacağını kabul etmek zorunda olması değil; iş bu fotoğrafların ve fotoğraflarla beraber yayınlanan makalelerin başvurunun özel hayatına ilişkin detaylar taşıyor olmasıdır.

75. Mahkemenin kanaatine göre, mekansal yalıtım kriteri teoriye uygun olmakla birlikte, uygulamada çok muğlaktır ve iş bu kriterin önceden belirlenmesi zordur: Mevcut davada, başvurunun sadece halka mal olmuş bir kişi olarak sınıflandırılması, onun özel hayatına böyle bir müdahaleyi haklı kılmaya yeterli değildir.

d. Sonuç

76. Yukarıda da belirtildiği gibi, mahkeme, özel hayat korumasının ifade özgürlüğüne karşı dengelenmesinde ağırlıklı unsurun yayınlanan fotoğraf ve makalelerin kamu menfaatine katkıda bulunması gerekliliği olduğunu belirtmiştir.

Mevcut davada, fotoğraf ve makalelerin, başvurunun herhangi bir resmi görevi olmaması ve başvurunun özel hayatı ile ilgili olmaları nedeniyle bu tarz bir katkı sağlamadığı açıktır.

77. Buna ilaveten, mahkeme, her zaman yalıtılmış olarak tanımlanmayacak mekanlarda bulunsu dahi ve herkes tarafından tanınma-

sı gerçeğine rağmen halkın başvuruçunun nerede olduğunu ve genel olarak özel hayatında nasıl davrandığını bilme hususunda yasal bir menfaatinin olmadığına karar vermiştir.

Mahkemeye göre, mevcut davada kamunun bir menfaati bulunsa dahi aynı zamanda söz konusu fotoğraf ve makalelerin yayınlanmasında dergilerin de ticari bir menfaati bulunduğundan, bu menfaatlardan başvuruçunun özel hayatının etkin şekilde korunması hakkı diğeri karşısında üstün gelir.

78. Son olarak, mahkemeye göre, yerel mahkemeler tarafından başvuruçunun kriterleri başvuruçunun özel hayatının etkin şekilde korunmasının sağlanması bakımından yeterli değildir. Başvuruçunun özel hayatının korunması ile ilgili "yasal beklentisinin" karşılanması gerekmektedir.

79. Mahkeme, söz edilen tüm bu unsurları hesaba katarak, bu konuda Devlete tanınmış takdir hakkına karşın, Alman mahkemelerinin mevcut menfaatler arasında adil bir denge kuramadığına karar vermiştir.

80. Bu nedenle sözleşmenin 8. maddesinin ihlali edilmiştir.

81. Mahkeme iş bu sonucu göz önünde tutarak, başvuruçunun aile hayatına saygı hakkına dair şikayeti hakkında ayrıca karar vermeyi gerekli görmemiştir.

II. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİ YÖNÜNDE BAŞVURU

82. Sözleşmenin 41. maddesi şöyledir:

"Mahkeme işbu Sözleşme'nin ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verir ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler tarafından iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören tarafın hakkaniyete uygun bir surette tatminine hükmeder."

83. Başvuruçunun, medya tarafından izlenmeksizin çocuklarıyla birlikte normal bir yaşam sürmesini engelleyen Alman mahkeme kararları nedeniyle 50.000 Avro manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Aynı zamanda Alman mahkemelerinde sürmüş olan birçok davanın masraf ve giderlerinin geri ödenmesi amacıyla 142.851.31 Avro talep etmiştir.

84. Hükümet talep edilen miktara itiraz etmiştir. Manevi tazminatla ilgili olarak, başvurunun Alman hukuku uyarınca konutu dışında dahi, özellikle çocuklar söz konusu olduğunda, özel hayat korumasından faydalandığını yinelemiştir. Masraf ve giderlerle ilgili olarak ise, tüm dava muamelelerinin hesaba katılmayacağını, gerçekte varolan değerın başvuru tarafından belirtilen değerden az olduğunu, talep edilen yasal ücretlerin (avukatlık ücretlerinin) geri ödenemeyeceğini belirtmiştir.

85. Mahkeme, 41. madde ile ilgili başvurunun karar vermek için hazır olmadığını; buna bağlı olarak, başvuru ertelenmesi gerektiğine ve ileriki muamelelerin hükümet ile başvuru arasında yapılmaması olası olan anlaşmaya bağlı olarak belirginlik kazanacağını belirtir.³

TÜM BU GEREKÇELERDEN DOLAYI, MAHKEME OYBİRLİĞİYLE;

1. Sözleşmenin 8 maddesinin ihlal edildiğine,

2. 41. madde ile ilgili başvurunun karara hazır olmadığına hükmeder ve,

Buna bağlı olarak,

(a) İşbu son meseleyi bir bütün olarak erteler,

(b) Sözleşme'nin 44/2 maddesi uyarınca hükümeti ve başvurucuyu hüküm tarihinden itibaren 6 ay içinde konuyla ilgili yazılı görüşlerini vermeye ve özellikle ileride yapabilecekleri herhangi bir anlaşmayı mahkemeye bildirilmeye davet eder,

(c) Mahkeme bu başlık altındaki işlemleri saklı tutar ve Daire Başkanı'na gerekli olduğu takdirde kullanılmak üzere konuyla ilgili yetki verir.

İş bu hüküm 24 Haziran 2004 tarihinde İnsan Hakları Binası'nda kamuya açık bir duruşmada Fransızca olarak verilmiştir.

³ Ç. n., Mahkeme 41. maddeye ilişkin başvuru talepleri hakkında taraflar arasında daha sonra varılan "dostane çözüm" uyarınca karar vermiştir. Bu karar uyarınca başvuru lehine 10.000 Avro manevi tazminat, 105.000 Avro masraf ve avukatlık ücreti ödenmesine karar verilmiştir (Başvuru no. 59320/00, 28 Temmuz 2005 tarihli kayıttan düşürme kararı)

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 21 Haziran 2006/26205

5520 Kurumlar Vergisi Kanunu

RG 24 Haziran 2006/26208

5522 Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun

RG 04 Temmuz 2006/26218

5523 Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı Kurulması Hakkında Kanun

5525 Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun

5526 Yükseköğretim Kurumları Teşkilâtı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5528 Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

5529 Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 05 Temmuz 2006/26219

5530 Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- 5533 Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun¹
- 5534 Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5537 Karayolları Trafik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun²
- 5540 Dahiliye Memurları Kanunu, İl İdaresi Kanunu, İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 07 Temmuz 2006/26221

- 5527 Gelir Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun
- 5542 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Moğolistan Hükümeti Arasında Kharkhorin-Khoshoo Tsaidam Arasındaki Bilge Kağan Yolunun Yapımına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 08 Temmuz 2006/26222

- 5524 Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü Kuruluş Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun
- 5531 Orman Mühendisliği, Orman Endüstri Mühendisliği ve Ağaç İşleri Endüstri Mühendisliği Hakkında Kanun
- 5535 Bazı Kamu Alacaklarının Tahsil ve Terkinine İlişkin Kanun
- 5536 Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 12 Temmuz 2006/26226

- 5538 Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

¹ Bkz., Ekler.

² Bkz., Ekler.

RG 18 Temmuz 2006/26232

- 5532 Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun³
- 5539 Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun

TÜZÜKLER

RG 04 Ağustos 2006/26249

- 2006/10691 Seferberlik ve Savaş Hali Tüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük

RG 06 Ağustos 2006/26251

- 2006/10739 Belediye Bütçe ve Muhasebe Usulü Tüzüğü'nün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük
- 2006/10757 Gümrük Müsteşarlığı Teftiş Kurulu Tüzüğü

YÖNETMELİKLER

RG 17 Haziran 2006/26201

- Erciyes Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Haziran 2006/26202

- Yıldız Teknik Üniversitesi Endüstriyel İlişkiler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

³ Bkz., Ekler.

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 19 Haziran 2006/26203

- Hacettepe Üniversitesi Nörolojik ve Psikiyatri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 20 Haziran 2006/26204

- 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik
- Zirai Karantina Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zirai Karantina İnceleme Yönetmeliği
- Resmi İstatistiklerde Veri Gizliliği ve Gizli Veri Güvenliğine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Veri Kalite Kontrol Kurulunun Oluşumu ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Yükseköğretim Kurumları Özürlüler Danışma ve Koordinasyon Yönetmeliği
- Mersin Üniversitesi Tıp Fakültesi Araştırma ve Uygulama Merkezi (Hastanesi) Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Haziran 2006/26205

- Bitki Sağlığı Önlemlerine Yönelik Ahşap Ambalaj Malzemelerinin İşaretlenmesi Hakkında Yönetmelik

RG 22 Haziran 2006/26206

- Başbakanlık Merkez Teşkilatı ve Basımevi Döner Sermaye İşletmesi Müdürlüğü Personeli Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Ankara Üniversitesine Ait Bazı Yönetmeliklerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelikler
- Dicle Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Dicle Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Bölge Kaynaklarının Araştırılması,Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Haziran 2006/26207

- Maliye Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Maliye Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Dalabilir Deniz Araçları Hakkında Yönetmelik

RG 24 Haziran 2006/26208

- Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Haziran 2006/26209

- Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı Muhasebe Uygulama Yönetmeliği

RG 26 Haziran 2006/26210

- Dışişleri Bakanlığı Personeli Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Dışişleri Bakanlığı Personeli Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Adnan Menderes Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 27 Haziran 2006/26211

- İstanbul Üniversitesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ege Üniversitesi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Haziran 2006/26212

- Yağlı Güreş Müsabaka Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Diyanet İşleri Başkanlığı Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Nüfus Yazım Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Et ve Balık Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Fırat Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Veteriner Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Sakarya Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 29 Haziran 2006/26213

- Evrensel Hizmet Gelirlerinin Tahsili ve Giderlerin Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Şebeke Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yıldız Teknik Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Öğretmenlik Meslek Bilgisi Programı Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Yıldız Teknik Üniversitesi Yabancı Dil Geliştirme Sınıfları Öğretim Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Haziran 2006/26214

- Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı (KOSGEB) Destekleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ondokuzmayıs Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Temmuz 2006/26215

- Başbakanlık Vakıflar Genel Müdürlüğü Muhtaç Aylığı ve Vakıf İmarat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hazır Ambalajlı Sıvı Mamullerin Hacim Tespitine Dair Yönetmelik (75/106/AT)
- Ölçü Kabı Olarak Kullanılan Ölçü Şişelerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (75/107/AT)
- Hazır Ambalajlı Mamullerin Ağırlık ve Hacim Esasına Göre Net Miktar Tespitine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (76/211/AT)
- Hazır Ambalajlı Belirli Ürünler İçin Müsaade Edilen Nominal Kapasite ve Dolum Miktarı Serilerine Dair Yönetmelik (80/232/AT)
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Mimarlık-Mühendislik Hizmetleri ve Asgari Ücret-Asgari Çizim ve Düzenleme Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Disiplin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Ayni ve Nakdi Yardım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 02 Temmuz 2006/26216

- Kapadokya Meslek Yüksekokulu Ana Teşkilat ve Kuruluş Yönetmeliği
- Kapadokya Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Yabancı Dil Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Okul Öncesi Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 03 Temmuz 2006/26217

- Hacettepe Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uludağ Üniversitesi Önlisans ve Lisans Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Temmuz 2006/26218

- Millî Eğitim Bakanlığı Ders Kitapları ve Eğitim Araçları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Temmuz 2006/26219

- Türk Silahlı Kuvvetleri Stratejik Hedef Planının Gerçekleştirilmesi Maksadıyla Yapılacak Harcamalar İçin Verilen Avans ve Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu İnsan Kaynakları Yönetmeliği

- Adnan Menderes Üniversitesi Yaz Okulu Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 06 Temmuz 2006/26220

- Emniyet Teşkilatı Personeli Kimlik Kartları ile Polis Kimlik Kokartları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Havaalanları Yer Hizmetleri Yönetmeliğinde (SHY-22) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Sigorta Yoklama Memurları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür ve Turizm Bakanlığı Devlet Koroları ve Toplulukları Yönetmeliği
- Hayvan Deneyleti Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Yaz Dönemi Hazırlık Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

RG 07 Temmuz 2006/26221

- 2006/10560 Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 08 Temmuz 2006/26222

2006/10604 Gümrük Antrepoları Açılması ve İşletilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsünde Değişiklik Yapılmasına Dair Statü
- Sosyal Güvenlik Kurumu Genel Kurulunun Toplanması, Çalışması, Temsilcilerin Görevlendirilmesi ve Yönetim Kurulunun Seçilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Telekomünikasyon Kurumu Telekomünikasyon Uzman Yardımcılığı ve Telekomünikasyon Uzmanlığı Sınav, Görev, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğal Gaz Piyasası Sertifika Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Jeoloji Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 09 Temmuz 2006/26223

- Gazi Üniversitesi Kooperatifçilik Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 10 Temmuz 2006/26224

- İstanbul Ticaret Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 11 Temmuz 2006/26225

- Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Temmuz 2006/26226

2006/10654 İç Denetçilerin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

- Ölçü ve Ölçü Aletleri Tip Onay Belgesi Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ölçü Kabı Olarak Kullanılan Ölçü Şişelerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (75/107/AT)
- Kültür Yatırım ve Girişimlerinin Nitelikleri ve Nicelikleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Orman Mühendisleri Odası Ana Yönetmeliği
- Maltepe Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Okan Üniversitesi Avrupa Birliği Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Okan Üniversitesi Uluslararası Ticaret Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 13 Temmuz 2006/26227

- Kocaeli Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 14 Temmuz 2006/26228

- Kültür Yatırım ve Girişimlerine Gelir Vergisi Stopajı, Sigorta Primi İşveren Payı ve Su Bedeli İndirimi ile Enerji Desteği Uygulamasına Dair Yönetmelik

RG 15 Temmuz 2006/26229

2006/10690 Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilatı ve Personelinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Elemanlarının Eğitim Amacıyla Yurtdışına Gönderilmesinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 16 Temmuz 2006/26230

2006/10660 Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik
- Polis Akademisi Başkanlığı Güvenlik Bilimleri Fakültesi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gemilerde Meteorolojik Rasat Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Maltepe Üniversitelerine Ait Bazı Yönetmeliklerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelikler
- Trakya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uludağ Üniversitesi Kredili Önlisans ve Lisans Öğretim Yönetmeliği

RG 17 Temmuz 2006/26231

2006/10656 Dernek, Vakıf, Birlik, Kurum, Kuruluş, Sandık ve Benzeri Teşekküllere Genel Yönetim Kapsamındaki Kamu İdarelerinin Bütçelerinden Yardım Yapılması Hakkında Yönetmelik

- Denizcilik Müsteşarlığı Personeli Disiplin Amirleri Yönetmeliği

- Kadir Has Üniversitesi Orta-Doğu ve Afrika Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Mustafa Kemal Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Mustafa Kemal Üniversitesi Kent Yönetimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Mustafa Kemal Üniversitesi Tarımsal Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 18 Temmuz 2006/26232

- Devlet Malzeme Ofisi Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Malzeme Ofisi Memurları Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Devlet Malzeme Ofisi Sözleşmeli Personel Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Temmuz 2006/26233

- Hazine Müsteşarlığı Yurt Dışına Lisans Üstü Öğrenim Amacıyla Personel Gönderilmesine İlişkin Usul ve Esasların Belirlenmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Malzeme Ofisi Personel Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Temmuz 2006/26234

- Emniyet Teşkilatında Görevli Memurların Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Yönetmelik
- Polis Meslek Yüksek Okulları Giriş Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 21 Temmuz 2006/26235

2006/10507 Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Kamu Taşınmazlarının Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Dumlupınar Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 22 Temmuz 2006/26236

2006/10655 Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yapıtırılması ile Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik

- Türk Silahlı Kuvvetlerinin İhtiyaç Duyduğu Yedek Subay Adaylarının Seçimine İlişkin Şekil ve Esaslar ile Celp Usulleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Gelirlerinin Tarh, Tahakkuk ve Tahsilatına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Endüstri Tesislerinden Kaynaklanan Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliği
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Tarafından Yapılacak Denetime İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Kredili Sistem Lisans ve Önlisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Temmuz 2006/26237

- Harran Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

- İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 24 Temmuz 2006/26238

- Dumlupınar Üniversitesi Önlisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi Kariyer Planlama Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 25 Temmuz 2006/26239

- Kalkınma Ajanslarının Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Kalkınma Ajansları Personel Yönetmeliği
- Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü Personel Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

RG 26 Temmuz 2006/26240

- Çiftçi Kayıt Sistemi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğal Gaz Piyasası Sertifika Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 27 Temmuz 2006/26241

- Millî Eğitim Bakanlığı Okul Kütüphaneleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Posta Çekleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür ve Turizm Uzman ve Uzman Yardımcılığı Sınav, Atanma, Görev ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu Önlisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 28 Temmuz 2006/26242

- Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Su Ürünleri Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 28 Temmuz 2006/26243

- Tarımda Kullanılan Kimyevi Gübrelere Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü Muhasebe Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İstanbul Teknik Üniversitesi Türk Musikisi Devlet Konservatuvarı Çalgı Bölümü Hazırlayıcı Birim Lise Devresi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Temmuz 2006/26244

- Bakıma Muhtaç Özürlülerin Tesbiti ve Bakım Hizmeti Esaslarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik

- Bakıma Muhtaç Özürlülere Yönelik Resmî Kurum ve Kuruluşlar Bakım Merkezleri Yönetmeliği
- Bakıma Muhtaç Özürlülere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliği
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 30 Temmuz 2006/26245

- Adres ve Numaralamaya İlişkin Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Aktüerya Bilimleri Uygulama, Araştırma ve Eğitim Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Niğde Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Programı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Mantar Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 01 Ağustos 2006/26246

- Jandarma Kriminâl Daire Başkanlığı ve Jandarma Bölge Kriminâl Laboratuvar Amirlikleri Kuruluş, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği
- Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Şebeke Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Ağustos 2006/26247

- Adlî ve İdarî Yargıda Hâkim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Millî Eğitim Bakanlığı Ders Kitapları ve Eğitim Araçları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fındık Lisanslı Depo Yönetmeliği
- İdarî Yargı Hâkim ve Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Ağustos 2006/26248

- Millî Eğitim Şûrası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür Bakanlığı Yerel, Ulusal ve Uluslar Arası Kültür Etkinliklerine Yardım Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Turizm Bakanlığınca Mahallî, Millî ve Milletlerarası Turizm Faaliyetlerini Düzenleyen İl Özel İdarelerine Yapılacak Yardım Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Ağustos 2006/26249

- Belirli Tekstil Ürünleri İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Elektrik Üretim Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Çift Anadal, Yan Dal ve Üstün Başarı Programları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Hazırlık Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 06 Ağustos 2006/26251

- Niğde Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 07 Ağustos 2006/26252

- Trakya Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 08 Ağustos 2006/26253

- Millî Eğitim Bakanlığı İlköğretim Müfettişleri Başkanlıkları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Beykent Üniversitesi Ana Yönetmeliği
- Beykent Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Kocaeli Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesine Ait Bazı Yönetmeliklerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelikler

RG 09 Ağustos 2006/26254

- Maliye Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme, Unvan Değişikliği ve Atama Yönetmeliği
- Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü Hazine Avukatlığına Atanacaklar Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Kurum Tanıtım Yönetmeliği
- Hayvancılık İşletmelerinin Kuruluş, Çalışma, Denetleme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik
- Anadolu BİL Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Cumhuriyet Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Ağustos 2006/26255

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrük Hattı Dışı Eşya Satış Mağazaları ve Depoları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Peyzaj Mimarları Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Okul Öncesi Eğitimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 11 Ağustos 2006/26256

- SOLAS ve MORPAL Sözleşmelerine Göre Bildirimlere İlişkin Yönetmelik
- Özel Tiyatrolara Devlet Desteği Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Ağustos 2006/26257

- Milli Eğitim Bakanlığı Anadolu Öğretmen Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasasında Üretim Faaliyetinde Bulunmak Üzere Su Kullanım Hakkı Anlaşması İmzalanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Ağustos 2006/26258

- Arıcılık Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Bilim Üniversitesi Ana Yönetmeliği
- İstanbul Bilim Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İstanbul Bilim Üniversitesi Döner Sermaye Yönetmeliği

RG 14 Ağustos 2006/26259

- Yolcu Gemilerinin Emniyetine ve Gemideki Yolcuların Kayıt Altına Alınmasına İlişkin Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Ağustos 2006/26260

- Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Sağlık Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Lisans Eğitim,Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Eğitim,Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'nin Ekler bölümü, elimizin altında bulunmasını istediğimiz, ancak gözümüzün önünde bulunmasını istemediğimiz önemli bilgileri, metinleri bünyesinde saklayacaktır. Dergi'nin okunmasını zorlaştıracak, ancak kimilerinin ayrıntılarına önem verdiği uzun metinlere, yasalara, tüzük ve yönetmeliklere burada yer verilecektir. Biz bu bölüme kendi aramızda, eski evlerin vazgeçilmez temiz, düzenli, ancak göz önünde bulunmayan bölümünden esinlenerek "**Kiler**" diyoruz. Büyük ihtiyaçlara cevap verecek bölümün geleceği de sizlerin öneri ve dilekleriyle şekillenecektir.

KANUNLAR

AVUKATLIK KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN

Kanun No. 5533

Kabul Tarihi : 29/6/2006

MADDE 1 - 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 96. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 2 - Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3 - Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

4/7/2006

KARAYOLLARI TRAFİK KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 5537

Kabul Tarihi : 30/6/2006

MADDE 1 - 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 41. maddesinin (c) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"c) Sağlık şartları:

Sağlık şartları bakımından kimlere hangi tür sürücü belgesi verilebileceği hususu yönetmelikle düzenlenir. Sürücü belgesi alacakların ilgili yönetmelikte belirtilen hekimden sürücü olur raporu almaları zorunludur. Bu maddede sözü edilen yönetmelik İçişleri ve Sağlık bakanlıklarınca müştereken hazırlanarak yürürlüğe konulur."

MADDE 2 - Karayolları Trafik Kanununa aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 20 - 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 41. maddesinin (b) bendinde öngörülen A1, A2, B, C, D ve E sınıfı sürücü belgesi alacak olanlarda aranan en az ortaokul veya sekiz yıllık temel eğitimi bitirmiş bulunmaları şartı, bu

kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl süreyle aranmaz. İlkokul mezunu olmaları yeterli sayılır.”

MADDE 3 - Bu kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 4 - Bu kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

4/7/2006

TERÖRLE MÜCADELE KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 5532

Kabul Tarihi : 29/6/2006

MADDE 1 - 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinin başlığı "Terör tanımı" şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 2 - 3713 sayılı kanunun 3. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"**MADDE 3** - 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile 310. maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır."

MADDE 3 - 3713 sayılı kanunun 4. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Terör amacı ile işlenen suçlar

MADDE 4 - Aşağıdaki suçlar 1. maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, terör suçu sayılır:

a) Türk Ceza Kanunu'nun 79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 96, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 142, 148, 149, 151, 152, 170, 172, 173, 174, 185, 188, 199, 200, 202, 204, 210, 213, 214, 215, 223, 224, 243, 244, 265, 294, 300, 316, 317, 318 ve 319. maddeleri ile 310. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar.

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan suçlar.

c) 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 110. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.

ç) 10/7/2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

d) Anayasa'nın 120. maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, olağanüstü halin ilanına neden olan olaylara ilişkin suçlar.

e) 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68. maddesinde tanımlanan suç."

MADDE 4 – 3713 sayılı Kanununun 5. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 5** – 3 ve 4. maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adlî para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fül için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabilir. Ancak, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

Suçun, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezasının artırılması öngörülmüşse; sadece bu madde hükmüne göre cezada artırım yapılır. Ancak, yapılacak artırım, cezanın üçte ikisinden az olamaz.”

MADDE 5 – 3713 sayılı kanununun 6. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında geçen “beşmilyon liradan onmilyon liraya kadar ağır para” ibaresi “bir yıldan üç yıla kadar hapis” olarak, dördüncü fıkrası ise aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiillerin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahipleri ve yayın sorumluları hakkında da bin günden onbin güne kadar adlî para cezasına

hükmolunur. Ancak, yayın sorumluları hakkında, bu cezanın üst sınırı beşbin gündür.”

“Terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçlularını övme veya terör örgütünün propagandasını içeren süreli yayınlar hâkim kararı ile; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet Savcısının emriyle tedbir olarak onbeş günden bir aya kadar durdurulabilir. Cumhuriyet Savcısı, bu kararını en geç yirmidört saat içinde hâkime bildirir. Hâkim kırksekiz saat içinde onaylamazsa, durdurma kararı hükümsüz sayılır.”

MADDE 6 – 3713 sayılı kanununun 7. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 7** – Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1. maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanunu’nun 314. maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır.

Terör örgütünün propaganda-sını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine

iştirak etmemiş olan sahipleri ve yayın sorumluları hakkında da bin günden onbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur. Ancak, yayın sorumluları hakkında, bu cezanın üst sınırı beşbin gündür. Aşağıdaki fül ve davranışlar da bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılır:

a) Terör örgütünün propaganda-sına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerin gizlenmesi amacıyla yüzün tamamen veya kısmen kapatılması.

b) Terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde, örgüte ait amblem ve işaretlerin taşınması, slogan atılması veya ses cihazları ile yayın yapılması ya da terör örgütüne ait amblem ve işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi.

İkinci fıkrada belirtilen suçların; dernek, vakıf, siyâsî parti, işçi ve meslek kuruluşlarına veya bunların yan kuruluşlarına ait bina, lokal, büro veya eklentilerinde veya öğretim kurumlarında veya öğrenci yurtlarında veya bunların eklentilerinde işlenmesi halinde bu fıkradaki cezanın iki katı hükmolunur."

MADDE 7 - 3713 sayılı kanunun mülga 8. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiş ve 8. maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki 8/A ve 8/B maddeleri eklenmiştir.

"Terörün finansmanı

MADDE 8 - Her kim tümüyle veya kısmen terör suçlarının işlenmesinde kullanılacağını bilerek ve isteyerek fon sağlar veya toplarsa, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Fon, kullanılmamış olsa dahi, fail aynı şekilde cezalandırılır.

Bu maddenin birinci fıkrasında geçen fon; para veya değeri para ile temsil edilebilen her türlü mal, hak, alacak, gelir ve menfaat ile bunların birbirine dönüştürülmesinden hasıl olan menfaat ve değeri ifade eder."

"Nitelikli hal

MADDE 8/A - Bu kanun kapsamına giren suçların kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır."

"Tüzel kişilerin sorumluluğu

MADDE 8/B - Bu kanun kapsamına giren suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanunu'nun 60. maddesine göre bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur."

MADDE 8 - 3713 sayılı kanunun 9. maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Görev ve yargı çevresinin belirlenmesi

MADDE 9 - Bu kanun kapsamına giren suçlarla ilgili davalara, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza

Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ağır ceza mahkemelerinde bakılır. Bu suçlardan dolayı onbeş yaşın üzerindeki çocuklar hakkında açılan davalar da bu mahkemelerde görülür."

MADDE 9 - 3713 sayılı kanunun 10. maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Soruşturma ve kovuşturma usûlü

MADDE 10 - Bu kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250 ilâ 252. maddelerinde hüküm bulunmayan hususlarda diğer hükümleri uygulanır. Ancak;

a) Soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise yakalanan veya gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında Cumhuriyet Savcısının emriyle sadece bir yakınına bilgi verilir.

b) Şüpheli, gözaltı süresince yalnız bir müdafii hukuki yardımından yararlanabilir. Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süre ile kısıtlanabilir; ancak bu süre içerisinde ifade alınamaz.

c) Şüphelinin kolluk tarafından ifadesi alınırken, ancak bir müdafii hazır bulunabilir.

ç) Kolluk tarafından düzenlenen tutanaklara, ilgili görevlilerin açık

kimlikleri yerine sadece sicil numaraları yazılır.

d) Müdafii dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir.

e) Bu kanun kapsamında yer alan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada müdafii savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve tutuklu bulunan şüpheli ile yaptığı konuşmaların kayıtları incelemeye tâbi tutulamaz. Ancak müdafii terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet Savcısının istemi ve hâkim kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin müdafiiye verdiği veya müdafiiince bu kişiye verilen belgeler hâkim tarafından incelenebilir. Hâkim, belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu karara karşı ilgililer itiraz edebilirler.

f) Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki, 139. maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendindeki ve 140. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendindeki istisnalar uygulanmaz.

g) 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı

Hakkında Kanun'un 92. maddesinin ikinci fıkrası hükmü bu Kanun kapsamında yer alan suçlar bakımından da uygulanır."

MADDE 10 – 3713 sayılı kanunun 13. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Seçenek yaptırımlara çevirme ve erteleme yasağı

MADDE 13 – Bu kanun kapsamına giren suçlardan dolayı verilen hapis cezası, seçenek yaptırımlara çevrilemez ve ertelenemez. Ancak, bu hüküm, on beş yaşını tamamlamamış çocuklarla ilgili olarak uygulanmaz."

MADDE 11 – 3713 sayılı kanunun 15. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 15 – Terörle mücadelede görev alan istihbarat ve kolluk görevlileri ile bu amaçla görevlendirilmiş diğer personelin, bu görevlerinin ifasından doğduğu iddia edilen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda müdafî olarak belirlediği en fazla üç avukatın ücreti ödenir ve bunlara avukatlık ücret tarifesine bağlı olmaksızın yapılacak ödemeler, ilgili kuruluşların bütçelerine konulacak ödenekten karşılanır.

Avukatların ücretlerinin ödenmesine ilişkin esas ve usûller, Millî Savunma ve İçişleri bakanlıklarınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

MADDE 12 – 3713 sayılı kanunun 17. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Koşullu salıverilme

MADDE 17 – Bu kanun kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında, koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması bakımından 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 107. maddesinin dördüncü fıkrası ile 108. maddesi hükümleri uygulanır.

Tutuklu veya hükümlü iken firar veya ayaklanma suçundan mahkûm edilmiş bulunanlar ile disiplin cezası olarak üç defa hücre hapsi cezası almış olanlar, bu disiplin cezaları kaldırılmış olsa bile şartla salıverilmeden yararlanamazlar.

Bu kanun kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar, hükümlerinin kesinleşme tarihinden sonra bu kanunun kapsamına giren bir suçu işlemeleri halinde, şartla salıverilmeden yararlanamazlar.

Ölüm cezaları, 14/7/2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanunun 1. maddesi ile değişik 3/8/2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'la müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen veya ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan terör suçluları koşullu

ekler

salıverilme hükümlerinden yararlanamaz. Bunlar hakkında ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası ölünceye kadar devam eder.”

MADDE 13 – 3713 sayılı kanunun 19. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 19** – İşlenişine iştirak etmemiş olmak koşuluyla bu Kanun kapsamına giren suç faillerinin yakalanabilmesine yardımcı olanlara veya yerlerini yahut kimliklerini bildirenlere para ödülü verilir. Ödülün miktar, usûl ve esasları İçişleri Bakanlığı’na çıkarılacak yönetmelikte belirtilir.”

MADDE 14 – 3713 sayılı kanunun 20. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 20** – Terörle mücadelede görev veren veya bu görevi ifa eden adlî, istihbarî, idarî ve askerî görevliler, kolluk görevlileri, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürü ve Genel Müdür Yardımcıları, terör suçlularının muhafaza edildiği ceza ve tutukevlerinin savcılar ve müdürleri, Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nde görev yapmış hâkim ve savcılar, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 250. maddesiyle yetkili kılınmış ağır ceza mahkemelerinde görev yapan hâkim ve savcılar ile bu görevlerinden ayrılmış olanlar ve terör örgütlerinin açık hedefi haline gelen veya getirilenler ile suçların aydınlatılmasında yardımcı olanlar hakkında gerekli koruma tedbirleri devlet tarafından alınır.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 250. maddesi uyarınca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nca görevlendirilecek ağır ceza mahkemeleri başkan ve üyeleri ile bu mahkemelerin görev alanına giren suçları soruşturmakla ve kovuşturmakla görevli Cumhuriyet Savcılarının korunma ve güvenlik talepleri ilgili makam ve mercilerce öncelikle ve ivedilikle yerine getirilir. Koruma için ihtiyaç duyulan araç ve gereçler Adalet ve İçişleri bakanlıklarınca temin edilir.

Bu koruma tedbirleri; talep halinde estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünümün değiştirilmesi dahil, nüfus kaydı, ehliyet, evlenme cüzdanı, diploma ve benzeri belgelerin değiştirilmesi, askerlik işleminin düzenlenmesi, menkul ve gayrimenkul mal varlıklarıyla ilgili hakları, sosyal güvenlik ve diğer hakların korunması gibi hususlarda düzenleme yapılır. Korumaya alınmış emekli personelden, meskende korunmaları mutlak surette zorunlu bulunanlar; görev yaptıkları bakanlık veya kamu kurum ve kuruluşlarına ait konutlardan Maliye Bakanlığınca rayiç kiralar dikkate alınarak tespit olunacak kira bedeli ile kiralama esaslarına göre yararlandırılır.

Bu tedbirlerin uygulanmasında, İçişleri Bakanlığı ile ilgili diğer kurum ve kuruluşlar gerekli her türlü gizlilik kurallarına uymak zorundadırlar.

Koruma tedbirleriyle ilgili esas ve usûller Başbakanlıkça çıkarılacak bir

yönetmelik ile belirlenir.

Yukarıda sayılanlardan kamu görevlileri, görevlerinden ayrılmış olsalar dahi terör suçluları tarafından kendilerine veya eş ve çocuklarının canına vuku bulan bir taarruzu savmak için silah kullanmaya yetkilidirler.”

MADDE 15 – 3713 sayılı kanununun 21. maddesinin birinci fıkrasında geçen “Memur ve” ibaresi madde metninden çıkartılmış ve aynı fıkranın (e) ve (ı) bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“e) Malûl olanlar ile ölenlerin dul ve yetimleri, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı’nca kendilerine verilen tanıtım kartlarını ibraz etmeleri durumunda, kamu kurum ve kuruluşlarına ait bütün hastanelerde muayene ve tedavi edilirler. Bunların her türlü tedavi giderleri; ilgililerin herhangi bir kamu kurumu veya kuruluşunda çalışmaları halinde bu kurum veya kuruluşça, emekli, yaşlılık, malûllük veya dul ve yetim aylığı almaları halinde bağlı buldukları sosyal güvenlik kurumunca, herhangi bir kuruma tâbi olarak çalışmamaları, 1/7/1976 tarihli ve 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun kapsamında aylık alanlar hariç emekli, yaşlılık, malûllük veya dul ve yetim aylığı almamaları durumunda Millî Savunma veya İçişleri Bakanlığı’nca

karşılanır. Malûl olanların eksilen vücut organları, yurt içi veya yurt dışında en son teknik usûllere göre yapılması mümkün sunileriyle tamamlanır ve gerekirse tamir ettirilir veya yenisi yaptırılır.”

“ı) Terörle mücadeleden dolayı köyleri boşaltılan üniversite çağındaki öğrencilere ve ölenlerin çocuklarına yüksek öğrenimleri süresince devletçe karşılıksız burs verilir.”

MADDE 16 – 3713 sayılı kanunun ek 2 nci maddesi aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.

“EK MADDE 2 – Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda “teslim ol” emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler.”

MADDE 17 – 3713 sayılı kanununun 1. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları ile 12, 16 ve 18. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 18 – Bu kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 19 – Bu kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

17/7/2006

İzzet Özgenç,
TÜRK CEZA KANUNU
GAZİ ŞERHİ

(Genel Hükümler), Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını,
Ankara 2006, 3. Baskı.

“Gazi” kelimesi ile “Gazi Üniversitesi”ne mi, yoksa Gazi Mustafa Kemal Atatürk’e mi intisap iddia edildiği anlaşılammaktadır. “Gazi” kelimesinin Mustafa Kemal Atatürk’ün imzası şeklinde olması bir karışıklık, teşevvüş yaratılmak istendiğini göstermektedir. İleriye dönük olarak “Gazi Şerhi” ibaresine verilmek istenen işlev ise inandırıcı değildir. Bakanlık tarafından benim gördüğüm üçüncü baskıda bile yazarın planladığı bir gelişme olmaması düşüncemizin haklılığını göstermektedir. Bunun bilimsel ciddiyet ve etik ile bağdaştırılması ne derece doğrudur? Bu sorunun cevabını bilim çevreleri ile bilimsel çalışmaları denetleyen bilimsel kuruluşlar vermelidir.

Bu iltibasa Adalet Bakanlığı’nın karıştırılması da ayrı bir konudur.

Yazarın kitabına “şerh” adını vermesine ve bu iddiada bulunmasına karşın, eser “şerh” niteliğinde sayılabilecek bütünlükte ve anlayışta değildir. Kitapta yazarın büyük ölçüde katkısı bulunduğu bilinen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun, yine yazar tarafından, Sulhi Dönmezer tasarısından etkilenerek yazıldığı sanılan gerekçesi büyük yer tutmaktadır. **T.E.**

Prof. Dr. Durmuş Tezcan
Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem
Yrd. Doç. Dr. Murat Önok
TEORİK VE PRATİK
CEZA ÖZEL HUKUKU
Seçkin Yayınevi, Ankara 2006,
4. Baskı.

5237 sayılı kanunun sistematikğine uygun olarak, kitapta Uluslararası suçlar, Kilere Karşı Suçlar, Toplumla Karşı Suçlar ve Devlete ve Millete Karşı Suçlar pratik ve teorik açıdan incelenmektedir.

Bu nitelikleri ile uygulayıcılar için de başvuru niteliği bulunmaktadır.

Colin İmber,
OSMANLI
İMPARATORLUĞU
1300-1650

Çeviren: Şiar Yalçın, İstanbul
Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul
2006.

Bir hukuk adamı olan Şiar Yalçın, daha önce çevirdiği Osmanlı İmparatorluğu kitabından sonra bu kere de daha yeni bir kitabı (2002) dilimize kazandırmıştır. Kitap kaynakça ve dizin dışında sekiz bölümdür. Kronoloji, Hanedan, Devşirme, Saray, Eyaletler, Hukuk Ordu ve Do-

nanma başlıklarını taşıyan bölümlerin büyük çoğunluğunda ilgi çekici başlıklar bulunmaktadır.

Osmanlı İmparatorluğu eski, klasik yayınlar dışında bu tür yeni kitaplardan okumak, yorumlamak ve değerlendirmek gerekliliğini vurgulamak istiyorum.

Nicolae Jorga

OSMANLI

İMPARATORLUĞU TARİHİ

5 Cilt, Çeviri: Nilüfer Epçeli,
Çeviri Kontrol: Kemal Beydilli, Yeditepe Yayınları, İstanbul 2005.

Jean Babtiste Tavernier,

TAVERNIER

SEYAHATNAMESİ,

Editör Stefanos Yerasimos, Kitap Yayınevi, İstanbul 2006.

Cengiz İlhan,

TÜKETİCİNİN

KORUNMASI

HAKKINDA KANUN,

Şerh, TBB Yayını, Ankara 2006.

Zekeriya Yılmaz,

TAPU İPTALİ VE TESCİL

DÜZELTME DAVALARI

Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.

Dr. Abdullah Uz,

KAMU İHALE HUKUKU

Turhan Kitabevi, Ankara 2005

Kamil Kadioğlu

TÜKETİCİNİN

KORUNMASI HAKKINDA

KANUN,

Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

Prof. Dr. Nur Centel

Doç. Dr. Hamide Zafer

Yard. Doç. Dr. Özlem Çakmut

TÜRK CEZA HUKUKUNA

GİRİŞ

Betaş 3. Bası, İstanbul Ekim 2005.

Prof. Dr. Nur Centel

Doç. Dr. Hamide Zafer

CEZA MUHALEMESİ

HUKUKU

Betaş, 3.Bası, Aralık 2005.

Doç. Dr. Mehmet Demir

SAGLIK VE TIP

HUKUKU MEVZUATI

(Uluslar Arası Kaynaklar), Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

Cengiz Otacı

TÜRK KABAHAHLER

HUKUKU

Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

Hüseyin Denizhan,

TÜRK ANAYASA

HUKUKUNDA KANUN

HÜKMÜNDE

KARARNAMELER

Turhan Kitabevi, Ankara 2006.